T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK (ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK)

ANABİLİM DALI

ROMA I TÜZÜĞÜ IŞIĞINDA MİLLETLERARASI UNSURLU SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN KANUNLAR İHTİLÂFI

Yüksek Lisans Tezi

Aslı KÖK

Ankara-2011

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK (ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK)

ANABİLİM DALI

ROMA I TÜZÜĞÜ IŞIĞINDA MİLLETLERARASI UNSURLU SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN KANUNLAR İHTİLÂFI

Yüksek Lisans Tezi

Aslı KÖK

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Fügen SARGIN

Ankara-2011

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK (ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK)

ANABİLİM DALI

ROMA I TÜZÜĞÜ IŞIĞINDA MİLLETLERARASI UNSURLU SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN KANUNLAR İHTİLÂFI

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Füsun SARGIN

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR	
Prof. Dr. Füsun SARGIN	
Doç. Dr. Esra Gül DARDAĞAN KIBAR	
.....	.....
.....	.....
.....	.....

Tez sınavı tarihi 14.10.2011

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR V

GİRİŞ 1

I. BÖLÜM

ROMA I TÜZÜĞÜ'NE VE TÜZÜK'ÜN DÜZENLEME ALANINA GİREN SİGORTA SÖZLEŞMELERİNE GENEL BAKIŞ

I. Roma I Tüzüğü'nün Hazırlanma Süreci ve Avrupa Birliği Hukukundaki Yeri…….. 5

A. Sigorta Sözleşmeleri ile İlgili Roma I Tüzüğü Öncesindeki Düzenleme ve Uygulamaya Genel Bakış 5

B. Mevcut Düzenlemenin Yetersizliği ve Yeni Bir Düzenleme Yapılması İhtiyacı..... 9

1. Yeni Bir Düzenlemeye Duyulan İhtiyacın Sebepleri.....9

2. Roma I Tüzüğü'nün Düzenlenmesinde Etkili Olan Düşünceler 18

C. Roma I Tüzüğü'nün Hukukî Niteliği ve Üye Ülkelerde Etkisi 23

II. Roma I Tüzüğü'nün Sigorta Sözleşmeleri Bakımından Uygulama Alanını Belirleyen Şartlar 32

A. Milletlerarası Nitelik Taşıma 32

B. Hukukî İhtilâfın Nitelik Bakımından Roma I Tüzüğü Kapsamına Girmesi..... 34

C. Sigorta Sözleşmelerinin İn'ikad Tarihine Göre Kapsama Dâhil Edilebilirliği 39

D. Sigorta Sözleşmelerinin Bağlantılı Olduğu Ülkelere Göre Ayrım Yapılması 40

II. BÖLÜM

SİGORTA SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKU TAYİN EDEN ROMA I TÜZÜĞÜ HÜKÜMLERİ VE BU HÜKÜMLER IŞIĞINDA TÜRK HUKUKUNA DAİR BİR TAHLİL

I. Tüzük'te Yapılan Tasnif Dâhilinde Sigorta Sözleşmeleri ve Uygulanacak Hukuk 44

A. Büyük Risk İçeren Sigorta Sözleşmeleri 48

1. Büyük Risk Kavramı 48

2. Büyük Risk İçeren Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk 52

a. Hukuk Seçimi İmkânı 52

aa. "Hukuk" Kavramı 54

bb. Hukuk Seçiminin Yapılış Biçimi ve Zamanı 58

cc. Hukuk Seçimi ile Uygulanacak Hukukun Parçalanması 63

b. Hukuk Seçimi Bulunmayan Hâllerde Uygulanacak Hukukun Tâyini 65

B. Küçük Risk İçeren Sigorta Sözleşmeleri 69

1. "Küçük Risk" Kavramı 69

2. Küçük Risk İçeren Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk 70

a. Riskin Tümüyle Üye Ülkelerin Sınırları İçinde Doğması Hâli 73

aa. Hukuk Seçimi İmkânı 75

bb. Hukuk Seçimi Bulunmayan Hâllerde Uygulanacak Hukukun Tâyini 83

b. Riskin Tümüyle Üye Ülkelerin Sınırları Dışında Doğması Hâli 86

aa. Hukuk Seçimi İmkânı 86

bb. Hukuk Seçimi Bulunmayan Hâllerde Uygulanacak Hukukun Tâyini 93

c. Riskin Kısmen Üye Ülkelerde Doğduğu Hâller 101

C. Reasürans Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk 105

II. Uygulanacak Hukukun Tayinini Etkileyen Bazı Hâller 109

A. Zorunlu Sigorta 110

B. "Doğrudan Uygulanan" ve "Sözleşmeyle Bertaraf Edilemeyen" Kuralların Etkisi 114

1. Tüzük'ün Terminolojik Ayrımı 114

2. Doğrudan Uygulanan Kuralların Tüzük'teki Görünümü 118

3. Sözleşmeyle Bertaraf Edilemeyen Kuralların Tüzük'teki Görünümü 126

C. Kamu Düzeni 131

III. Roma I Tüzüğü Modeli Işığında Türk Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Tahlili ve Öneriler 135

A. Türk Hukukunda Sigorta Sözleşmelerine Özgü Bir Kanunlar İhtilâfı Kuralının Yokluğu 135

B. Türk Hukukundaki Mevcut Kuralların Sigorta Sözleşmelerine Uygunluğunun Tartışılması 137

1. MÖHUK'un Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Kuralları..... 137

2. MÖHUK'un Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Hükümlerinin Uygulanabilirliğini Etkileyen Maddî Hukuk Kuralları 144

a. Doğrudan Uygulanan Kurallara ve Kamu Düzenine İlişkin MÖHUK Hükümleri..... 144

b. Sigortacılık Kanunu'nda ve Diğer Düzenlemelerde Yer Alan Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi 148

C. Roma I Tüzüğü Modeli Esas Alınarak Türk Hukukuna Dair Düzenleme Yapılması Önerisi..... 150

1. Sigorta Sözleşmelerine Özgü Bir Hüküm Düzenlenmesi Gereği..... 150

2. Riski Esas Alan Bir Ayrım Yapılması Gereği 152

SONUÇ 156

KAYNAKÇA 160

ÖZET..... 170

SUMMARY 172

EK I

EK II

KISALTMALAR

AB : Avrupa Birliği

ABAD : Avrupa Birliği Adalet Divanı

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

AET : Avrupa Ekonomik Topluluğu

AKÇT : Avrupa Kömür Çelik Topluluğu

Art. : Article

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

Bkz. : Bakınız

C. : Cilt

Co. : Company

COM : Commission

COD : Codification

dn. : dipnot

E. : Esas

EC : European Community

ECR : European Court Reports

ed. : edited

EEC : European Economic Community

Est. : Established

EU : European Union

EURATOM : The European Atomic Energy Community

GB : Great Britain

HD : Hukuk Dairesi

Inc. : Incorporation

K. : Karar

karş. : Karşılaştırma

Ltd. : Limited

md. : madde

MÖHUK : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun

N. : Number

OJ : Official Journal

örn. : örneğin

PECL : Principles of European Contract Law

PEICL : Principles of European Insurance Contract Law

RG : Resmî Gazete

s. : sayfa

S. : Sayı

Sec. : Section

t. : tarih

T.C. : Türkiye Cumhuriyeti

TTK : Türk Ticaret Kanunu

UK : United Kingdom

UNIDROIT : Institut International Pour L'unification Du Droit Privé

v. : versus

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

Vol. : Volume

Y. : Year

Yuk. : Yukarıda

GİRİŞ

Özel hukuk kişileri arasındaki bir hukukî ilişkinin tüm unsurlarının sadece tek bir ülke ile bağlantılı olması hâlinde, tarafların geçerli bir hukuk seçimi de yapmamış olması kaydıyla, o ilişkiye söz konusu ülkenin hukuku uygulanmaktadır. Ancak bazı durumlarda, özel hukuk ilişkisinin tüm unsurları tek bir ülkeyle bağlantılı olmayabilir. Örneğin bir hukukî ilişkide sözleşmenin yapıldığı ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifa edileceği yerin farklı ülkelerde olması gibi, ilişkiye milletlerarası nitelik kazandıran pek çok durum söz konusu olabilir. Bununla ilintili olarak; milletlerarası ilişkilerin, özellikle ticaret boyutunda giderek artan bir grafik göstermesi ile birlikte, milletlerarası unsur içeren sözleşmelerle her geçen gün daha çok karşılaşıldığı tartışmasızdır. Çünkü modernleşen ve iletişim araçlarının gelişmesi nedeniyle küçülen dünyada, farklı hukuklara tâbi kişilerin giriştiği sözleşmeler kaçınılmaz olarak artmaktadır.

Bu durum elbette, anılan sözleşmelere hangi hukukun uygulanacağı sorusunu da beraberinde getirmektedir. Çünkü bu nitelikte bir sözleşme, barındırdığı çeşitli milletlerarası unsurlar bakımından farklı ülke hukuklarının uygulama alanına temas etmektedir. Hangi ülke hukukunun söz konusu ilişkiye uygulanacağını ise, kanunlar ihtilâfı kuralları tayin etmektedir. Bunu tayin ederken çeşitli bağlama noktaları tespit edilmekte ve o bağlama noktalarının işaret ettiği yere göre uygulanacak hukuk belirlemesi yapılmaktadır. Örneğin farklı ülkelerde yerleşim yeri bulunan tarafların yaptığı bir satım sözleşmesine uygulanacak hukuk belirlenirken, milletlerarası unsur nedeniyle hâkim, mahkemenin tâbi olduğu hukuk

düzeninin maddî hükümlerini doğrudan uygulamamakta; bu hukuk düzeninin kanunlar ihtilâfı hükümlerine bakarak, somut olay bakımından uygulanacak hukuk tespiti yapmaktadır[1].

Özel olarak Avrupa Birliği hukuku[2] penceresinden bakıldığında ise uygulanacak hukukun tespiti farklılık arz etmektedir. Bilindiği gibi Avrupa Birliği, ABD gibi bir "Birleşik Devlet" statüsüne sahip olmamakla beraber[3]; ilk olarak bir kömür ve çelik topluluğu oluşturmak amacıyla kurulduğu günden beri, üye ülkelerin siyasî ve hukukî yönden bütünleşmesiyle milletlerarası arenada ortak irade gösteren ve giderek daha yeknesak bir hukuk mevzuatını hayata geçiren bir yapı hâline gelmiştir. AB, hedefleri doğrultusunda adalet, güvenlik, sağlık, çevre, eğitim gibi pek çok konuda, üye ülkelerde uygulanagelen kuralların yerine geçmek üzere mevzuatına yeni düzenlemeler eklemiştir. Bu gelişim ve değişimin sonucu olarak, özel hukuk sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirleyen bağlama kuralları konusunda da yeknesak kurallara geçiş olmuştur.

---

[1] Bu noktada belirtmek gerekir ki, kanunlar ihtilâfı kuralları, esasen, o kuralları koyan hukuk düzenine yabancı bir hukukun uygulanmasını öngörmekle beraber; bu kurallar, kanunkoyucular tarafından millî hukukların maddî hükümlerini koruma güdüsüyle kaleme alınmaktadırlar, bkz. Basedow, J., "The Recent Development Of The Conflict Of Laws – Some Comparative Observations", **Japanese And European Private International Law In Comparative Perspective**, Basedow, J. / Baum, H. / Nishitani, Y. (ed.), Tübingen 2008, s. 6, (Conflict Of Laws).

[2] Bilindiği gibi "Avrupa Toplulukları" terimi, AB'nin üç ayağını (AET, Euratom ve AKÇT) ifade eden bütünleşik bir kavram olup, doktrin ve hukukî metinlerde kullanılagelmiştir. Bunun yanı sıra, bazı metinlerde daha kapsamlı bir kavram olan "Avrupa Birliği" tercih edilmiş, ya da uygunluk durumuna göre iki terim birden kullanılmıştır. Bu durumun yarattığı terminolojik karmaşa, 1 Aralık 2009'da yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması'yla giderilmiş ve bu çoklu yapı için ortak olarak "Avrupa Birliği" terimi, geçmişe de etkili olacak şekilde kullanılmıştır, bkz. Treaty of Lisbon Amending The Treaty On European Union And The Treaty Establishing The European Community, OJ C 306, 17.12.2007, s. 1-10. O nedenle çalışmamızda, hem hukukî hem siyasî anlamda, topluluk için "Avrupa Birliği" (veya kısaca "AB"), Avrupa Birliği'nde uygulanan hukuk için ise "Avrupa Birliği hukuku" (veya kısaca "AB Hukuku") ifadesi kullanılmaktadır. Bu bağlamda, terminolojik birlik sağlamak için 2009'dan önceki hukukî belgeler ve doktriner görüşler kullanılırken de, aynı ifadeler tercih edilmiştir. Sadece, yukarıda bahsedilen topluluklara özgü bir bilgi verme gerekliliği hâlinde, bu topluluklar orijinal ismiyle ya da kısaltmasıyla zikredilecektir.

[3] Juenger, F. K., "Two European Conflicts Conventions", **Victoria University Of Wellington Law Review**, Vol. 28, 1998, s. 528.

Avrupa Birliği'nde hukukî bütünleşmenin bir görünümü olarak son yıllardaki en kapsamlı düzenlemelerden biri, sözleşmeden doğan borç ilişkilerini düzenleyen Roma Konvansiyonu[4]'nun işlevini devam ettirmek üzere 17 Haziran 2008 tarihinde[5] Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen "Roma I Tüzüğü[6]"'dür. Tüzük'te iş sözleşmeleri, tüketici sözleşmeleri gibi pek çok özel hukuk ilişkisi ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Bu çalışmanın konusunu ise, temelde Roma I Tüzüğü ile sınırlı olarak, sadece "sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk" oluşturmaktadır. Çünkü sigorta sözleşmeleri dâhil, Tüzük'te düzenlenen her sözleşme tipi, ayrı bir çalışmanın konusu olacak kadar geniş içeriklidir.

Bu bağlamda çalışmamızda, 1980 tarihli Roma Konvansiyonu'nda yer alan sigorta sözleşmeleri ile ilgili kanunlar ihtilâfı kurallarından da bahsedilmekle beraber; esas olarak Roma I Tüzüğü'nün bu konuyu ele alışı yansıtılmaktadır. Bunu yaparken hem somut olarak konuya özgü bağlama kuralları incelenmekte, hem de doktrin görüşlerinden faydalanılarak daha ideal bir düzenlemeye ışık tutmaya çalışılmaktadır. Bu çerçevede Türk Hukukunda sigorta sözleşmelerine uygulanabilecek mevcut hükümler de, karşılaştırmalı bir sonuca varabilmek amacıyla incelenmektedir.

[4] Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations, 80/934/EEC, OJ L 266, 9.10.1980, s. 1-19.
[5] Tüzük, 17.06.2008'de kabul edilip 24.07.2008'de yürürlüğe girmekle birlikte; 17 Aralık 2009'dan sonra akdedilen sözleşmelere uygulanacak, dolayısıyla bu tarihten önce akdedilmiş sözleşmeler ile ilgili çıkan uyuşmazlıklara Roma Konvansiyonu uygulanmaya devam edecektir, bkz. s. 39. Bunun yanı sıra, yer bakımından uygulamada ise, Danimarka'nın istisnai durumu için bkz. s. 40.
[6] Regulation No 593/2008 Of The European Parliament And Of The Council Of 17 June 2008 On The Law Applicable To Contractual Obligations (Rome I), OJ L 177, 4.7.2008, s. 6-16.

Bu bağlamda çalışma, iki bölümden oluşmaktadır: Çalışmanın birinci bölümünde, öncelikle AB Hukukunda Roma I Tüzüğü'nden önceki hukukî durumun çerçevesi çizilerek bu bilgiler ışığında Tüzük'e neden ihtiyaç duyulduğuna cevap aranacak; Tüzük'ün sigorta sözleşmelerine ilişkin hükümlerinin hazırlanışında etkili olan görüş ve düşüncelerden bahsedilecektir. Daha sonra, Tüzük'ün sigorta sözleşmeleri bağlamında kapsamının sınırları çizilecektir. İkinci bölümde, Tüzük'ün sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda nasıl bir sistematik kullandığı incelenerek uygulanacak hukukun tayininde kullanılan bağlama noktaları ele alınacak; bunun yanı sıra Tüzük'teki bağlama kuralları dışında uygulanacak hukuku belirleyen başkaca faktörlere değinilecek ve bu kapsamda, Tüzük'ün uygulanmasının yaratacağı sonuçlar da değerlendirilmeye çalışılacaktır. Son olarak ise Türk Hukukunda milletlerarası unsurlu sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin kurallar belirlenip, Tüzük'ün konuyu ele alış biçimi üzerinden bir karşılaştırma yapılarak Türk Hukuku için öneriler verilmeye çalışılacaktır.

I. BÖLÜM

ROMA I TÜZÜĞÜ'NE VE TÜZÜK'ÜN DÜZENLEME ALANINA GİREN SİGORTA SÖZLEŞMELERİNE GENEL BAKIŞ

I. Roma I Tüzüğü'nün Hazırlanma Süreci ve Avrupa Birliği Hukukundaki Yeri

A. Sigorta Sözleşmeleri ile İlgili Roma I Tüzüğü Öncesindeki Düzenleme ve Uygulamaya Genel Bakış

AB, uzun süreden beri yeknesak kuralların hâkim olduğu bir sigorta piyasası yaratma arzusuyla hareket etmiştir. Bu amaçla, özellikle 70'li yıllardan itibaren AB Hukukuna çeşitli sigorta direktifleri kazandırılmış, bunlarla piyasanın düzenlenmesine çalışılmıştır[7]. Bunun yanı sıra, sözleşmeden doğan tüm borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen Roma Konvansiyonu'nda da sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk, belli şartlar altında uygulama alanına dâhil edilmiş; dolayısıyla, AB hukukunda sigorta sözleşmeleri bakımından hem genel bir düzenleme, hem de sigorta türlerine göre ayrıştırılmış özel sigorta direktifleri uygulanagelmiştir.

[7] Bu bağlamda sigorta sektörü bakımından gelişmiş bir sisteme ve sabit geleneklere sahip olan Birleşik Krallık gibi ülkelerde tek bir sigorta pazarı yaratma düşüncesiyle yürürlüğe konan direktifler, bir yenilikten çok, mevcut sistemin kuvvetlendirilmesi anlamını taşırken; İtalya gibi sigorta sektörünün yeni geliştiği ülkeler için söz konusu sistem, tam anlamıyla bir dönüşümü ifade etmiştir, bkz. Seatzu, F., "The Implementation Of The EC Choice Of Law Rules For Insurance Contracts In Italy: Some Critical Remarks", **Tradition And Innovation Of Private International Law At The Beginning Of The Third Millenium**, Castro, L. P. / Treves, T. / Seatzu, F. (ed.), Chapter 8, New York 2006, s. 224, (Italy).

Roma Konvansiyonu'na özel olarak "sigorta sözleşmesi" açısından bakılınca, bu alanda uygulanacak hukuk hakkında özel bir hüküm bulunmadığı görülmektedir. Bu nedenle Konvansiyon'da sigorta sözleşmeleri için, genel olarak düzenlenmiş bağlama kuralları (md. 3 ve 4) devreye girmektedir. Bununla beraber, uygulama alanı bakımından Konvansiyon'un 1(3). maddesi, sigorta sözleşmelerinden doğan kanunlar ihtilâfında Konvansiyon'un uygulama sınırlarını açıkça çizmiştir. Paragrafa göre Konvansiyon'un hükümleri, "*Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin sınırları içinde yer alan riskleri*[8] *kapsayan sigorta sözleşmelerine*" uygulanmamaktadır. Paragrafın devamına göre, bir riskin üye ülkelerin sınırları içinde olup olmadığı hususu ise, uyuşmazlığı çözen mahkemenin iç hukukuna göre belirlenecektir. Ancak, bu hüküm sadece "sigorta sözleşmeleri" için geçerli kabul edilmiş; "reasürans sözleşmeleri"[9] ayrı tutulmuştur[10]. Bundan anlaşılan, Roma Konvansiyonu'nun, AB sınırları içinde yer alan riskleri kapsayan reasürans sözleşmelerine uygulanabilecek olduğudur.

Sözleşmeye uygulanacak hukukta temel ilkeleri belirleyen Konvansiyon'un kurduğu sistemin yapıtaşını "hukuk seçimi özgürlüğü" oluşturmuştur. Madde 3, taraflara hukuk seçimi özgürlüğünü tanımış ve bu özgürlüğün kullanım şekli ile sınırlarını belirlemiş; madde 4 ise tarafların aralarındaki sözleşmede hukuk seçimi bulunmadığı ölçüde uygulanacak hukukun tayini hâllerini düzenlemiştir. Belirtmek gerekir ki Roma Konvansiyonu, tarafların hukuk seçimi yapmadığı hâllerde uyuşmazlığı "en sıkı ilişkili hukuk"a göndermiş;

[8] "Risk" kavramı, kısaca, "istenmeyen sonuçlar yaratan vakıalar" olarak tanımlanabilir, bkz. Can, M., **Türk Özel Sigorta Hukuku**, Ankara 2009, s. 7. Bu bağlamda sigorta sözleşmeleri açısından risk kavramının, sigortacının sigortalıya tazminat ödemesi sonucunu doğuran olay olduğunu söylenebilir.
[9] Reasürans sözleşmelerinin niteliği ve bunlara uygulanacak hukuk hakkında bkz. s. 105 vd.
[10] Bkz. Konvansiyon md. 1(4).

en sıkı ilişkili hukuku belirlerken ise açıkça karakteristik edim teorisini esas almıştır[11].

Konvansiyon'un kurduğu sistematiğe göre, "sigorta sözleşmeleri" bakımından üç farklı tablonun ortaya çıkma ihtimâli bulunmaktadır[12]:

1) AB dışındaki riskler bakımından; sigortacının AB'de yer alıp almadığına bakılmaksızın, Konvansiyon'un sözleşmeden doğan borç ilişkileri hakkındaki genel bağlama kuralları (madde 3 ve 4) uygulanmakta; buna göre hukuk seçimi bulunmadığı ölçüde madde 4 uyarınca "en sıkı ilişkili" olarak nitelendirilen sigortacının mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukuku, uygulanacak hukuk olmaktadır.

2) AB içinde yer alan sigortacının, AB içindeki riskleri sigortalaması hâli bakımından; uygulanacak hukukun belirlenebilmesi için sigorta direktifleri devreye girmektedir. Bu direktifler ise Konvansiyon'dan farklı olarak, sigorta sözleşmelerinin kendine özgü nitelikleri gözetilerek hazırlanmış pek çok kanunlar ihtilâfı kuralı içermektedir.

3) AB içinde yer almayan bir sigortacının AB sınırları içindeki riskleri sigortalaması hâli bakımından; uygulanacak hukuk her üye ülkenin kendi kanunlar

[11] Bkz. Roma Konvansiyonu md. 4(1) ve 4(2).
[12] Bu değerlendirme için bkz. Roma Konvansiyonu'nun Bir AB Hukuku Belgesine Dönüştürülmesi ve Modernizasyonuna (Roma I Tüzüğü'ne) İlişkin Rapor: 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, 14.1.2003, COM (2002) 654 Final, s. 21, (Green Paper).

ihtilâfı hukuku tarafından belirlenmekte, AB bünyesinde ortak bir ihtilâf kuralı bulunmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki, Konvansiyon'un müzakereleri sırasında AB içindeki risklerin kapsam dışı bırakılmasının sebebi olarak, hâlihazırda konuyla ilgili bir kısım uzmanın sigorta alanında hizmet sunma serbestîsi üzerine çalışıyor olması gösterilmiştir[13]. Daha önce yürürlüğe konan direktiflerin yanı sıra, Konvansiyon'un hazırlanmasından sonraki süreçte de birçok alanda sigorta direktifi AB bünyesine girmiştir. Söz konusu direktiflerin amacı, Avrupa Birliği'nin sigorta piyasasını düzenlemek olduğundan[14]; Konvansiyon'da, AB içinde yer alan riskleri sigortalayan sigorta sözleşmeleri için uygulanacak hukuk düzenlenmemiştir.

Sigorta sözleşmelerine özgü olarak yürürlüğe konmuş olan Avrupa Birliği direktiflerinin öne çıkanları arasında, 22 Haziran 1988 tarihli "Hayat Sigortaları Dışındaki Doğrudan Sigortalara İlişkin İkinci Konsey Direktifi"[15] ile 8 Kasım 1990 tarihli "Doğrudan Hayat Sigortası Direktifi"[16] örnek gösterilebilir[17]. Söz konusu

[13] Green Paper, s. 21.

[14] AB sigorta hukukunu düzenleyen esas itibarıyla üç tür direktifin bulunduğu belirtilmektedir. Bunlar, üye ülkelerin hukuklarını uyumlu hâle getiren direktifler (motorlu taşıt sigortası direktifi gibi), Avrupa tek sigorta piyasasını kurma amacına hizmet eden direktifler (hayat ve hayat sigortası dışındaki sigortalar ile reasürans direktifleri gibi) ve son olarak da, esasen sigorta direktifi olmamasına rağmen sigorta alanına etkileri olan direktifler (93/13/EEC, OJ L 95 sayılı ve 5 Nisan 1993 tarihli Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlara İlişkin Direktif gibi) olarak sınıflandırılmıştır, bkz. Seatzu, F., **Insurance In Private International Law**, Oxford 2003, s. 3, (Insurance).

[15] 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, OJ L 172, 4.7.1988, s. 1-14.

[16] Council Directive 90/619/EEC Of 8 November 1990 On The Coordination Of Laws, Regulations And Administrative Provisions Relating To Direct Life Assurance, Laying Down Provisions To Facilitate The Effective Exercise Of Freedom To Provide Services And Amending Directive 79/267/EEC, OJ L 330, 29.11.1990, s. 50-61.

[17] Bu iki direktif sigorta alanında "ikinci nesil" direktifler arasında gösterilmekte ve sigorta hizmetleri bakımından birinci nesil sigorta direktiflerinin kurduğu sistemi uygulanabilir kılmak amacını taşımaktadır. Bundan önce yürürlüğe konan, yani "birinci nesil" direktifler, 1973 ve 1978 tarihli ve

direktifler, düzenledikleri konuya göre, millî hukukların yanı sıra üye ülkelerde ortak olarak uygulanan pek çok kural getirmektedir. Fakat direktiflerdeki hükümlerin yoruma açık olması ve uygulama boşlukları yaratması sebebiyle üye ülkelerde uygulanan hukuk bakımından yeknesak kurallara ulaşılamadığını belirtmek gerekmektedir[18].

B. Mevcut Düzenlemenin Yetersizliği ve Yeni Bir Düzenleme Yapılması İhtiyacı

1. Yeni Bir Düzenlemeye Duyulan İhtiyacın Sebepleri

Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde uygulanmak üzere yürürlüğe konan Roma I Tüzüğü'nü "sigorta sözleşmeleri" bağlamında incelemeden önce, Tüzük'e hangi gerekçelerle ihtiyaç duyulduğunu ve Tüzük hazırlanırken nasıl bir süreç yaşandığını incelemek, konu bütünlüğü bakımından önem arz etmektedir.

Yukarıda da değinildiği gibi bir uyuşmazlığa uygulanacak hukukun belirlenmesi gündeme geldiğinde, somut olayda birden fazla ülkenin hukuk

---

hayat ve hayat sigortası dışındaki sigorta sektöründe işletme kurma serbestîsi önündeki engelleri kaldırmaya yönelik direktiflerdir. Son olarak sigorta alanında "üçüncü nesil" direktifler yürürlüğe konmuştur. Bunlar 1992 tarihli ve Avrupa tek sigorta piyasasını tamamlamaya yönelik direktiflerdir. Bkz. Seatzu, (Insurance), s. 4; Basedow, J., "The European Insurance Market, Harmonization Of Insurance Contract Law, And Consumer Policy", **Connecticut Insurance Law Journal**, Vol. 7, 2000-2001, s. s. 496-497, (Insurance). Sigorta direktiflerinin üç neslinin toplu bir incelemesi için bkz. Weber-Rey, D., "Harmonisation Of European Insurance Contract Law", **The Harmonisation Of European Contract Law: Implications For European Private Laws Business And Legal Practice**, Oxford 2006, s. 212-220 ve Merrett, L., "The Scope Of The Conflict Of Laws Provisions In The European Insurance Directives", **Journal Of Private International Law**, Vol. 2, N. 2, 2006, s. 409-423, (Insurance Directives).

[18] Bkz. Kramer, X., "The New European Conflict Of Law Rules On Insurance Contracts In Rome I: A Complex Compromise", **The Icfai University Journal Of Insurance Law**, 2008, Vol. XI, N. 4, s.23, (Insurance Contracts In Rome I), s. 26.

düzenine temas eden unsurların bulunması hâlinde, kanunlar ihtilâfı kuralları vasıtasıyla, birbirinden farklı bu hukuklar arasında bir seçim yapılması gerekmektedir. Bu çerçevede, özellikle sözleşmeler hukuku bakımından kanunlar ihtilâfı kurallarının çeşitlilik göstermesinden kaynaklanan sorunlar, belli bir noktada, milletlerarası unsur içeren sözleşmelere uygulanacak hukukun yeknesaklaştırılması için Avrupa Birliği'ni arayışa itmiştir[19]. Bir sözleşmenin milletlerarası unsur taşıması; örneğin bir satım sözleşmesinin taraflarının farklı vatandaşlığa tâbi olmaları ya da farklı ülkelerde yerleşim yeri sahibi olmaları, sözleşmenin üçüncü bir ülkede akdedilmesi, sözleşmeye ait yükümlülüklerin biri ya da birkaçının üçüncü bir ülkede ifa edilecek olması gibi pek çok hâlde söz konusu olabilmektedir[20]. Özel olarak AB Hukuku bakımından ise, serbest dolaşım ve hizmetlerin serbestçe sunumunun bir sonucu olarak, sınırların kalktığı üye ülkeler arasında kaçınılmaz bir ticarî geçişlilik yaşandığı görülmektedir. Bu geçişlilik, ortak pazarın sigorta alanına "kuruluş" ve "hizmet" serbestîsi olarak yansımaktadır[21]. Bu bağlamda, AB'ye üye ülkelerden birinde kurulu bir sigorta şirketinin, ticarî hedefleri doğrultusunda diğer üye ülkelerde girişimlerde bulunmasına, şubeler açmasına esas itibarıyla bir engel bulunmamaktadır. Bu çerçevede AB'nin her noktasına yayılan sigorta şirketlerinin varlığı, milletlerarası unsurlu pek çok sigorta sözleşmesinin yapılmasına temel teşkil eden sebeplerden biridir. Bunun dışında, yine üye ülkeler arasındaki geçişliliğin bir sonucu olarak, farklı üye ülkelerde çeşitli meslek alanlarında faaliyet gösteren özel ve tüzel kişilerin yaptığı iş ve işlemlerin risklerini bertaraf etmek üzere sigortaya ihtiyaç duyulması ya da üye ülkelerdeki taşınmaz

[19] Bkz. Report On The Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations By Mario Giuliano And Paul Lagarde, OJ C 282, 31.10.1980, s. 1, (Giuliano/Lagarde).
[20] Bkz. Giuliano/Lagarde, md. 1, s. 8.
[21] Kender, R., **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku**, İstanbul 2008, s. 12.

malların sigortalanması gereksinimi gibi pek çok etken, sigorta sözleşmesi sayısını arttırmaktadır[22]. İşte, bu gibi unsurları barındıran sözleşmelerde yaşanacak kanunlar ihtilâfı problemini çözmek için Avrupa Birliği Hukukunda yeknesak kurallara duyulan ihtiyaç neticesinde 1991 yılında yürürlüğe giren "Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu", aynı konuda düzenlenen "Roma I Tüzüğü" ile yenilenene kadar, AB Hukukunda, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku belirleyen temel metin olarak geçerliliğini korumuştur. Bu anlamda Roma Konvansiyonu, üye ülkeler arasında kanunlar ihtilâfı kurallarının geniş çapta yeknesaklaştırılması projesinin ilk adımı olarak nitelendirilebilir[23].

Esasen Roma Konvansiyonu'nun hazırlanarak, farklı hukuk metinlerinde yer alan kanunlar ihtilâfı kurallarının birleştirilmesi ihtiyacı, 1968 tarihli (mülga) "Yargılama Yetkisi ve Tenfize İlişkin Brüksel Konvansiyonu[24]"nun devamında karşımıza çıkmıştır[25]. Zira Brüksel Konvansiyonu da, yargılama yetkisi ve tenfiz konularında AB bünyesinde bir yeknesaklaştırma projesidir. Brüksel Konvansiyonu'nun AB Hukukuna kazandırılmasındaki amaç, üye ülkelerden birinde verilen bir mahkeme kararının, ortak pazarın her noktasında sorunsuzca icra edilebilmesidir. Ne var ki Brüksel Konvansiyonu'nun bu amaçla yola çıkan hükümlerinin, sözleşme taraflarına kendileri bakımından daha avantajlı olan

[22] Son yıllarda gelinen noktada, dünya çapındaki hayat, mal ve zarar sigortalarına bağlı prim tutarı bakımından AB'nin %37 ile birinci sırada olduğu, bunu %32 ile ABD'nin takip ettiği belirtilmektedir, bkz. Brown, E. F., "The Development Of International Norms For Insurance Regulation", **Brooklyn Journal Of International Law**, Vol. 34, N. 3, 2008-2009, s. 955.
[23] Briggs, A., **The Conflict Of Laws**, Second Edition, Oxford 2008, s. 153, (Conflict).
[24] Brussels Convention On Jurisdiction And The Enforcement Of Judgments In Civil And Commercial Matters, OJ L 299, 31.12.1972, s. 32–42.
[25] Fawcett, J. / Carruthers, J. M., **Cheshire, North & Fawcett's Private International Law**, Fourteenth Edition, North, P. (ed.), Oxford 2008, s. 668.

mahkemeyi *(forum shopping*) ve dolayısıyla daha lehe kurallar içeren hukuku seçme imkânı vermesi sebebiyle uygulamada problemler yaşanmış ve bunun üzerine Roma Konvansiyonu[26] yürürlüğe koyulmuştur. Böylece, sözleşmeler alanında kanunlar ihtilâfı kurallarını birleştiren ve AB'ye üye tüm ülkelerde yeknesak olarak uygulanacak olan bir düzenlemenin yürürlüğe girmesiyle, uyuşmazlık hangi üye ülkenin mahkemesinde görülürse görülsün, aynı kanunlar ihtilâfı kuralları uygulanacağından, Brüksel Konvansiyonu'nun doğurduğu *forum shopping* riskinin de azalacağı öngörülmüştür[27]. Dolayısıyla bu iki düzenlemenin, uygulama bakımından birbirinin tamamlayıcısı olduğunu söylemek mümkündür.

İşte bu fikrin ışığında hazırlanan Roma Konvansiyonu, hangi ülke hukukunun ilişkiye uygulanacağını belirlerken, öncelikle tarafların dilediği hukuku seçebilmesini, daha sonra ise hukuk seçimi yapılmayan (veya belirli kısımlarında hukuk seçimi bulunmayan) sözleşmelerde izlenecek yolu düzenlemiş ve temelde irade muhtarîyeti ilkesini benimsemekle birlikte, bunun sınırlarını da çizmek suretiyle üye ülkelerde yeknesak bir hukuk uygulaması hedeflemiştir. Bunun yanı sıra Konvansiyon, tüketici (md. 5) ve bireysel iş sözleşmeleri (md. 6) gibi sözleşme türleri bakımından özel kurallar getirerek, ihtiyaç duyulan alanlarda daha öngörülebilir hukukî neticeler sağlamayı ve sözleşmelerdeki zayıf tarafların daha etkin şekilde korunmasını amaçlamıştır. Uygulanacak hukuk kavramının hangi konuları kapsadığı, doğrudan uygulanan kuralların uygulanacak hukuka etkisi, taraflar arasında yapılan sözleşmenin geçerlilik şartları ve yeknesak yorumlama gibi ayrıntılı düzenlemelerin varlığı, Konvansiyon'un öngörülen hedeflere ulaşması için

[26] Bkz. Giuliano/Lagarde, s. 2.
[27] Giuliano/Lagarde, s. 2; Fawcett / Carruthers, s. 668; Lando, O. / Nielsen, P. A., "The Rome I Regulation", **Common Market Law Review**, Vol. 45, 2008, s. 1687-1688, (Regulation).

bütünüyle bir "uygulanacak hukuk sistemi" oluşturulduğuna işaret etmektedir[28]. Nitekim, gittikçe bütünleşen Avrupa'da ülkeler arasındaki ilişkilerin gelişmesiyle birlikte, uygulanacak hukuk ihtilâflarının artması karşısında böyle bir sistem kaçınılmaz olmuştur[29]. Ayrıca bu süreçte, uygulanacak hukukun yeknesak kurallara bağlanmasının, yargı kararlarının öngörülebilirliği bakımından da önem taşıdığı kanaati yaygınlaşmıştır. Buna ilişkin üye ülkelerin Konvansiyon'a geçiş döneminde gösterdiği istek ve irade, bugün yürürlükte bulunan Roma I Tüzüğü'nün Avrupa Komisyonu tarafından yayımlanan raporunda da hatırlatılmıştır. Buna göre bazı üye ülkeler (Danimarka, Lüksemburg, Belçika ve Almanya), Konvansiyon'un pek çok hükmünü, Konvansiyon henüz yürürlüğe girmeden önce uygulamaya başlamış; bazı üye ülke mahkemelerinin yargılamalarında ise yine yürürlükten önce Konvansiyon'un etkileri görülmeye başlamıştır[30]. Dolayısıyla Roma Konvansiyonu'nun, aşamalı bir şekilde de olsa[31] yüksek bir katılım ve uzlaşma ile kabul edildiği ve uzunca bir süre geçerliliğini koruduğu söylenebilir.

[28] Roma Konvansiyonu; gerçek kişilerin ehliyeti, aile hukukundan doğan malvarlığı hakları, kıymetli evrak, şirketler hukuku, tahkim anlaşmaları, trust, delil ve usûl hukuku gibi belirli sayıda konuyu kapsam dışı bırakmıştır, bkz. Konvansiyon md. 1(2).

[29] Bilindiği üzere AB içinde "serbest dolaşım" ve "yerleşme" özgürlüğünün yanında, "üye ülkelerden birinin hukukuna göre kurulma" ve "idare merkezinin üye ülkelerden birinde bulunması" gibi şartlar yerine getirildiği takdirde tüzel kişilerin "hizmet sunma özgürlüğü" bulunmaktadır. Bu, ülkeler arası ilişkileri geliştiren en önemli faktörlerden biri olmakla beraber, uygulanacak hukuk ihtilâflarını da arttırmaktadır. Bu bağlamda ortaklıkların hangi millî hukuka uygun olarak kişilik kazandığı önem taşımaktadır. Zira ortaklık, kişiliğini kazandığı hukukun öngördüğü şartları yerine getirdiği sürece, diğer üye ülkeler bakımından da varlığı ve geçerliliği kabul edilmektedir, bu konuda bkz. Tekinalp, G., "Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri-AT Hukuku Ve MÖHUK", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, Y. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, s. 913-914. Bu bağlamda ortaklıklar, farklı üye ülkelerde şube, acenta gibi kuruluşlarla ticarî faaliyet yürütmekte ve pek çok hukukî tasarrufta bulunmaktadırlar.

[30] Green Paper, s. 16.

[31] Nitekim 1980'de dokuz üye ülkenin hazırlayarak imzaya açtığı Konvansiyon'a katılım, 1984, 1991, 1992 ve 1996 ve 2005'teki katılımlarla beraber son hâline ulaşmıştır, bkz. Fawcett / Carruthers, s. 667-668.

Ne var ki Roma Konvansiyonu'nun oluşturduğu uygulanacak hukuk sistemi de zamanla yeterliliğini ve etkinliğini yitirmiştir. Bunun dolaylı bir sebebi olarak, 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu'nun revize edilmiş ve yerini Brüksel I Tüzüğü[32]'nün almış olması gösterilebilir[33]. Nitekim yargı kararlarının sorunsuzca ve karşılıklı olarak tanınması ve tenfizini sağlayabilmek için, kanunlar ihtilâfı kurallarının da kendi arasında uyumlu ve tutarlı olması gerektiği gerçeği, yeni bir düzenlemeye duyulan ihtiyacı arttırmıştır. Öte yandan, Avrupa Komisyonu 2003'te sözleşme dışı ilişkilere uygulanacak hukuk hakkında bir Tüzük (Roma II Tüzüğü[34]) teklifi daha sunmuştur. Böylece Roma Konvansiyonu, AB'nin milletlerarası özel hukuk metinleri arasında "milletlerarası antlaşma" (*"international treaty"*) niteliğindeki tek metin hâline gelmiştir[35]. Roma II Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesi de, sistemin gerektirdiği tutarlılık ve uyum bakımından Konvansiyon'un yetersizliğini perçinlemiştir. Nitekim Roma I Tüzüğü'nün giriş bölümünün (7). paragrafında, "*Tüzük'ün maddi içeriği ve hükümlerinin Brüksel I ve Roma II Tüzüğü ile ahenk içinde olması gerektiği*" belirtilmiştir. Hatta bu bağlamda Roma I, Roma II ve Brüksel I Tüzüğü'nün "*AB Hukukunun üçlüsü*" olduğu yorumları yapılmıştır[36]. Bunun esas sebebi, Roma ve Brüksel Konvansiyonları arasında amaç ve nitelik bakımından çok sıkı bir bağ bulunmasıdır. Çünkü Brüksel Konvansiyonu'nun (ve yenilenmiş hâliyle Brüksel I Tüzüğü'nün), yargılama yetkisi ile tanıma ve tenfize ilişkin hükümleri, hem sözleşmeden doğan, hem de sözleşme dışı ilişkilere uygulanacak şekilde düzenlenmiştir. Roma II Tüzüğü ise sözleşme dışı ilişkilere

[32] Council Regulation No 44/2001 On Jurisdiction And The Recognition And Enforcement Of Judgements In Civil And Commercial Matters, 16.1.2001, OJ L 12, s. 1-23.
[33] Bkz. Green Paper, s. 16.
[34] Regulation 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, s. 40-49.
[35] Green Paper, s. 13.
[36] Bkz. Lein, E., "The New Rome I / Rome II / Brussels I Synergy", **Yearbook Of Private International Law**, Vol. 10, 2008, s. 178.

uygulanacak hukuku belirleme gayesiyle yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk bakımından Roma I Tüzüğü'nün de hayata geçmesiyle, sistemin parçaları yerli yerine oturmuş bulunmaktadır. Nitekim AB iç pazarının tam mânâsıyla işleyebilmesi için, bütünüyle uyumlulaştırılmış bir hukukî yapıya kavuşturulması önem arz etmektedir[37]. Bunun getirisi ise, uygulanacak hukukta öngörülebilirliğin ve yargısal kesinliğin tam anlamıyla sağlanmasıdır[38].

Roma I Tüzüğü raporunda da Konvansiyon'un bir AB tüzüğüne dönüştürülmesiyle, milletlerarası özel hukuk alanında tam bir tutarlılık sağlanmış olacağı ve bunun, başkaca bir prosedüre gerek kalmaksızın Avrupa Birliği Adalet Divanı[39]'nın (ABAD) "yorum" yetkisine[40] işlerlik kazandırarak tüm üye ülkeler bakımından yeknesak kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasını mümkün kılacağı düşüncesi yer almıştır[41]. Nitekim doktrinde, Tüzük'ten önceki hukukî durum için, sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında genel olarak bir "AB Hukuku"ndan bahsetmenin dahi uygun düşmeyeceği belirtilmiştir[42]. Çünkü, ortak bir mekanizma olarak ABAD'ın yorumlama yetkisi işlerlik kazanmadığı takdirde, üye ülke mahkemelerinin Konvansiyon'u farklı yorumlayıp uygulamaları riski bulunduğuna şüphe yoktur[43]. Özellikle yargılama yetkisine ilişkin ihtilâfları düzenleyen ve Roma Konvansiyonu ile çok yakın bir ilişkisi bulunan Brüksel Konvansiyonu'nun da

[37] Fawcett / Carruthers, s. 669.
[38] Bkz. Tüzük'ün giriş bölümünün 6. paragrafı.
[39] The Court Of Justice Of The European Communities.
[40] Açıklama için bkz. s. 28.
[41] Green Paper, s. 13. Nitekim Konvansiyon'un protokolleriyle ilgili üye ülkelerin onaylarında gecikmeler yaşanmış ve ABAD'ın yorumlama yetkisi tüm üye ülkelerde aynı zamanda gündeme gelememiştir, bkz. Lein, s. 193.
[42] Kessedjian, C., "Party Autonomy And Characteristic Performance In The Rome Convention And The Rome I Proposal", **Japanese And European Private International Law In Comparative Perspective**, Basedow, J. / Baum, H. / Nishitani, Y. (ed.), Tübingen 2008, s. 105.
[43] Fawcett / Carruthers, s. 672.

"tüzük" niteliğinde bir AB Hukuku belgesine dönüştürülüp kuralların revize edilmesiyle, Roma Konvansiyonu'nda da paralel değişikliklere ihtiyaç duyulduğu ve ancak bu şekilde "tutarlı" bir AB Hukuku yaratılabileceği belirtilmiştir[44]. Tüzük'ün hazırlanışında bu hususun öncelikli olarak dikkate alındığı anlaşılmaktadır.

Konvansiyon'un yukarıda belirtilen açılardan tatmin ediciliğini yitirmesinin yanında, "sigorta sözleşmeleri[45]" gibi özel kurallara ihtiyaç duyan[46] bazı alanlarda hüküm içermemesi de AB Hukukunu yeni bir düzenleme yapmaya itmiştir. Sigorta alanında kanunlar ihtilâfı kurallarının yeniden düzenlenmesi ihtiyacı, özellikle son yıllarda bu alanda milletlerarası unsurlu sözleşmelerin sayısının dikkat çekici boyutta artması ile perçinlenmiştir. Hatta milletlerarası ticaret verilerine bakıldığında, sigorta sektöründe yapılan milletlerarası unsurlu sözleşmelerin oranının, diğer ticarî sektörlerde yapılan milletlerarası unsurlu sözleşmelerin çoğundan daha fazla olduğu görülmektedir[47]. Mevcut kanunlar ihtilâfı kurallarının yarattığı sorunları çözecek ve çağın hukuk anlayışını yansıtacak yeni bir metin ortaya çıkarmak zorunlu hâle gelmiştir. Gerçekten de ortak para birimine geçmiş, sigorta pazarının üye ülkelerdeki geçişliliğini sağlamak için gerekli adımları atmış ve 80'li yıllarda olduğundan çok daha bütünleşmiş bir Avrupa'da, yeni

[44] Green Paper, s. 16.
[45] Bilindiği gibi sigorta sözleşmesi, "*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 sözleşmedir*", bkz. 6102 sayılı TTK (kabul t. 13.01.2011, RG t. 14.02.2011, S. 27846, yürürlük t. 01.07.2012) md. 1401 (Halen yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK md. 1263). Başka bir ifadeyle sigorta sözleşmesi, karşılıklı taahhütleri barındıran, rızaya ve iki taraflı güven ilişkisine dayalı tipik bir özel borç ilişkisidir.
[46] Kramer, (Insurance Contracts In Rome I), s.23. Sigorta sektörüne neden özel önem verilmesi gerektiği konusunda bir inceleme için ayrıca bkz. Weber-Rey, s. 208 vd.
[47] Seatzu, (Insurance), s. 27.

koşullara uyan bir kanunlar ihtilâfı sistemi yaratmak kaçınılmaz olmuştur[48]. Nitekim doktrinde, Roma Konvansiyonu'nun oluşturduğu uygulanacak hukuk sistemi bakımından, sigorta sözleşmeleri alanında kanunlar ihtilâfı kurallarının pek çok sigorta direktifine[49] konu olması[50] sebebiyle, uygulanacak hukukun tespiti âdeta bir labirentte yol bulmaya benzetilmiştir[51]. Bununla bağlantılı olarak Konvansiyon'a yöneltilen eleştiriler, en çok "sigorta sözleşmelerine özel bir hüküm düzenlenmesi gereği" noktasında toplanmıştır. Nitekim tüketici sözleşmelerine ve bireysel iş sözleşmelerine özgü kurallar getiren Roma Konvansiyonu'nun, sigorta sözleşmelerine özgü bir hüküm içermemesi ve AB içinde bulunan riskleri haklı bir gerekçe olmaksızın kapsam dışı bırakması üzerinde doktrinde sıkça durulmuştur[52]. Zira Konvansiyon'un AB içinde bulunan riskleri kapsamına almamış olması; bu alandaki bağlama kurallarının yeknesaklaştırılamaması ve AB Hukukunun ahenginin bozulması sonucunu doğurmuştur. Bunun sonucunda AB Hukukunda sigorta sözleşmelerine uygulanan hukuk bakımından, Roma Konvansiyonu ile sigorta direktiflerinin birlikte oluşturduğu sistemin tutarsız, karmaşık ve uygulaması zor hâle geldiği ileri sürülmüştür[53]. Özellikle de yıllar içinde yürürlüğe girip pek çok değişikliğe uğrayan sigorta direktiflerinin yarattığı karışıklık, AB Hukukunda

[48] Basedow, (Insurance), s. 508.
[49] Örneğin motorlu taşıtlara, hayat sigortalarına, reasüransa vb. ilişkin pek çok AB direktifi bulunmaktadır.
[50] Sadece sigorta sözleşmelerinde değil; tüketici sözleşmeleri, kültür varlıklarının AB'ye üye ülkelerden birinin sınırlarından yasa dışı olarak çıkarılması gibi, başka alanlarda da uygulanacak hukuk kuralları içeren AB direktifleri bulunmaktadır, bkz. Green Paper, s. 46.
[51] Kramer, (Insurance Contracts In Rome I), s. 41.
[52] Örn. bkz. Merrett, (Insurance Directives), s. 414.
[53] Bkz. Merrett, L., "Choice Of Law In Insurance Contracts Under Rome I Regulation", **Journal Of Private International Law**, Vol. 5, N. 1, 2009, s. 50, (Insurance Contracts); Kramer, (Insurance Contracts In Rome I), s. 23; Merrett, (Insurance Directives), s. 422; Stone, P., **EU Private International Law**, Cheltenham 2006, s. 329. Bu bağlamda pek çok çevrenin Konvansiyon'un yeterli kesinliği sağlayamadığı eleştirilerine karşı, raporda, söz konusu alanda tam bir kesinliğin her zaman mümkün olmadığının ve hâkimlere uygulanacak hukuku belirleme konusunda mutlak bir özgürlük sağlanması ile rijit kurallarla hiç esneklik sağlanmaması arasında bir denge kurulması gerektiğinin altı çizilmiştir, bkz. Green Paper, s. 16.

amaçlanan şeffaflığa olumsuz etki yapmış ve konunun uzmanları hariç kimsenin anlamadığı bir kurallar bütünü yaratmıştır. Bunun yanı sıra direktiflerin içeriğinin de, bu alana özgü olarak yürürlüğe kondukları hâlde, pek çok sakıncalı sonuca yol açtığı belirtilmiştir. Özellikle AB içindeki risklerin kapsam dışı kalması nedeniyle başvurulan Hayat Sigortaları Dışındaki Doğrudan Sigortalara İlişkin İkinci Konsey Direktifi'nin kanunlar ihtilâfı kuralları bakımından üye ülkelere çok geniş bir uygulama özgürlüğü tanıması ile avantajlı hukukun uygulanması için tarafları *forum shopping*'e yönlendiren bir yapının söz konusu olduğu vurgulanmıştır[54]. Elbette bunun, poliçe sahibi aleyhine sonuçlar doğurma ihtimâli de göz ardı edilecek boyutta değildir. Bununla beraber Tüzük'ün raporunda, bu konuda yapılan eleştirilere cevaben bir açıklama getirildiğini de belirtmek gerekir. Buna göre yukarıda tartışması yapılan konuyla ilgili olarak pratikte endişe edilecek bir durumun söz konusu olmadığı, çünkü hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin kurallar yönünden, AB-dışı hizmet sağlayıcının (sigortacının) AB içinde belirli bir adres göstermesi gerektiği ve dolaylı olarak "AB-içi" hâle geldiği vurgulanmıştır[55].

2. Roma I Tüzüğü'nün Düzenlenmesinde Etkili Olan Düşünceler

Yukarıda açıklanmaya çalışılan gerekçelerle ve özellikle de daha yeknesak kuralların bir araya getirilmesi düşüncesiyle yola çıkan Roma I Tüzüğü'nün ilk somut adımları Ocak 2003'te, Roma Konvansiyonu'nun modernize edilerek AB Hukukuna kazandırılması için Avrupa Komisyonu'nun hazırladığı rapor (*green paper*) ile atılmıştır. Bununla, Avrupa'daki gerçek veya tüzel kişilerce akdedilen ve

[54] Seatzu, (Insurance), s. 262-263.
[55] Green Paper, s. 21-22.

milletlerarası unsur barındıran tüketici, iş, taşıma, kredi gibi sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda, üye ülkelerin mahkemelerinde uygulanacak hukuku yeknesaklaştırma amacı güdülmüştür. Bu amacı gerçekleştirirken, Konvansiyon'da olduğu gibi, sadece AB'ye üye ülkelerin hukuklarının değil, tüm hukukların uygulanacak hukuk olarak belirlenebilmesi esası kabul edilmiştir[56]. Raporun yayımlanmasını takiben üniversiteler, hukuk ve ekonomi alanındaki aktörler gibi pek çok kurum ve kuruluş, bağımsız olarak rapor hakkındaki öneri ve görüşlerini yayımlamıştır[57].

Bu doğrultuda Avrupa Komisyonu, 15 Aralık 2005'te Tüzük'e ait nihai tasarı metnini[58] yayımlamıştır. Bu metin de, pek çok çevre tarafından olumlu ve olumsuz yönleriyle ele alınmış ve tartışılmıştır[59]. Tasarının giriş bölümünde de belirtildiği gibi bu düzenlemeyle amaçlanan; özgürlük, güvenlik ve adaleti sağlayacak bir sistemin kurulmasıdır. Bunu yapabilmek için ise AB'nin özel hukuk ilişkilerindeki yargılamalarda sınırları kaldıran bir işbirliği sisteminin oturtulması gereğinin yanında, üye ülke hukuklarının kanunlar ihtilâfı kuralları arasında eşit bir rekabet ortamının sağlanması için gereken önlemlerin alınması zorunluluğu da

[56] Bkz. Roma Konvansiyonu md. 2 ve Roma I Tüzüğü md. 2.
[57] Örn. Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin 28 ve 29 Ocak 2004'teki oturumlarıyla Roma Konvansiyonu'nun Roma I Tüzüğü'ne dönüştürülmesi konusunda olumlu fikrini ve rapor hakkındaki diğer görüşlerini açıkladığı metin için bkz. Opinion Of The European Economic And Social Committee On The 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, COM (2002) 654 Final, OJ C 108, 30.4.2004, s. 1-22.
[58] Proposal For A Regulation Of The European Parliament And The Council On The Law Applicable To Contractual Obligations, COM (2005) 650 Final, 2005/0261 COD (Proposal).
[59] Örn. 13 Eylül 2006'da Ekonomik ve Sosyal Komite'nin nihaî tasarı metni hakkında görüşlerini açıkladığı metin için bkz. Opinion Of The European Economic And Social Committee On The Proposal For A Regulation Of The European Parliament And Of The Council On The Law Applicable To Contractual Obligations (Rome I), OJ C 318, 23.12.2006, s. 56-61 (ESC Opinion On Proposal). Tasarının raporu için bkz. Report On The Proposal For A Regulation Of The European Parliament And Of The Council On The Law Applicable To Contractual Obligations (Rome I), (Report On The Proposal).

açıkça ifade edilmiştir. Bu bağlamda tasarı, hukukî ve ticarî konulardaki sözleşmelerden doğan borç ilişkileri ile ilgili olan tüm hukukî ilişkilere uygulanacak şekilde düzenlenmiştir. Ancak tüketici sözleşmeleri (madde 5) ve bireysel iş sözleşmeleri (madde 6), genel bağlama kurallarından ayrılarak özel kurallara tâbi tutulmuştur. Esasen Roma I Tüzüğü'nün raporunda, sigorta sözleşmelerine özgü bir kuralın yer alması gerekip gerekmediği de tartışılmış; bu bağlamda AB kurumlarından ve ilgili diğer çevrelerden Konvansiyon'un modernize edilmesine ilişkin görüş talep edilirken, sigorta sözleşmelerinin kendine özgü doğası gereği ve AB Hukukunun şeffaflığının arttırılması bakımından sadece bu sözleşmelere özel bir hüküm düzenlemeye ihtiyaç duyulup duyulmadığı sorulmuştur[60]. Ne var ki sigorta sözleşmeleri ile ilgili herhangi bir düzenleme tasarıda yer almamıştır[61]. Zaten tasarının bir devrim niteliğinde olmadığı, çoğunlukla Roma Konvansiyonu'nun çizdiği çerçevede kaldığı ve kapsamlı bir değişiklik getirmediği doktrin[62], AB organları ve konuyla ilgili diğer kuruluşlar tarafından ifade edilmiştir. Örneğin Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin tasarı ile ilgili yayımladığı görüşte; Roma Konvansiyonu, sigorta direktiflerinin ikinci nesline yetişmediği için bu alanda kanunlar ihtilâfı kuralları düzenlenmeyişinin kabul edilebilir olduğu; ancak Roma I Tüzüğü açısından böyle bir mazeretin kabul görmeyeceği belirtilmiştir[63]. Bunun yanı sıra, çeşitli alanlardaki sigorta türlerine ait farklı

[60] Bkz. Green Paper, s. 22.
[61] Hatta 2007 yılının sonunda yayımlanan, Tüzük'ün yürürlüğe girmesinden hemen önce yapılan değişiklikleri içeren tasarı hakkında raporda dahi, henüz sigorta sözleşmelerine özgü bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir, bkz. Report On The Proposal.
[62] Lando, O. / Nielsen, P. A., "The Rome I Proposal", **Journal Of Private International Law**, Vol. 3, N. 1, 2007, s. 30, (Proposal).
[63] ESC Opinion On Proposal, s. 61.

direktiflerle oldukça karmaşık hâle gelen sistemin, bütünleyici bir yaklaşımla ortak normlara kavuşması gerekliliği üzerinde durulmuştur[64].

Bununla beraber Ekonomik ve Sosyal Komite'nin görüşünde; AB içinde yer alan riskleri sigortalayan sözleşmeler ile, AB dışında yer alan riskleri sigortalayan sözleşmelerin farklı statüye sokulması gerektiği de vurgulanmıştır. Komiteye göre, AB içinde yer alan riskleri sigortalayan sözleşmeleri, Tüzük'ün uygulanacak hukuka ilişkin genel kurallarına tâbi kılmak mantıklı bir seçim olacaktır[65]; zira böylece, sigorta sektörü bakımından geniş bir hukuk seçimi alternatifi yaratılacaktır. Komite ayrıca, geçmişte sigorta şirketlerinin büyük risklerin[66] sigortalanması dışında kalan tüm durumlarda fazlasıyla serbest hareket etmesinden kaynaklanan sorunlar yaşandığını belirtmiş ve devamında, sadece "tüketici" vasfı taşıyan kişilerin[67] özel korumaya ihtiyaç duyduğunu, şirketler gibi daha profesyonel hukuk kişilerinin ise diğer ülke hukuklarının sahasına girerken deneyimli olduklarını veyahut ne zaman hukukî destek alınması gerektiğini idrak edebileceklerini savunmuştur[68].

Tasarıyı yetersiz gören ve düzenlemenin nihai hâli için öneriler getiren bir diğer kuruluş da, "*Max Planck Karşılaştırmalı ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü"*'dür. Enstitü, Roma I Tüzüğü tasarısı hakkındaki düşüncelerini

[64] ESC Opinion On Proposal, s. 61.
[65] ESC Opinion On Proposal, s. 61.
[66] Bu kavramın açıklaması için bkz. s. 48 vd.
[67] Nitekim bazı sigorta sözleşmeleri aynı zamanda tüketici sözleşmesi sayılmakta ve böylece sözleşme, tüketicinin (sigortalının) mutad meskeni hukukunun bağlayıcı kurallarına da tâbi olmaktadır, bkz. Anton, A. E. / Beaumont, P. R., **Anton And Beaumont's Civil Jurisdiction In Scotland**, Second Edition, 1995, s. 325. Bu noktada, sigorta hizmetinin, sigortalının ticarî ya da mesleki faaliyetleri dışındaki amaçlarla yapılmış olmasının, sözleşmeyi bir tüketici sözleşmesi vasfı taşır hâle getirdiği belirtilmelidir, bkz. Seatzu, (Insurance), s. 106
[68] ESC Opinion On Proposal, s. 61.

yayımlamış; hatta burada sigorta sözleşmeleriyle ilgili olarak kendisi bir madde kaleme almıştır[69]. Önerilen bu maddeye göre sigorta sözleşmeleri, sözleşme yapıldığı sırada poliçe sahibinin mutad meskeni hukuku tarafından idare edilmelidir. Ayrıca maddenin devamında tarafların seçebileceği hukuklar gösterilmiş; özel olarak zorunlu sigortalar bakımından ise zorunlu sigortayı yükleyen ülkenin hukukunun uygulanacağı ilkesi getirilmiştir. Maddeye getirilen istisna ise reasürans sözleşmeleri ve büyük risk içeren sigorta sözleşmeleridir. Yani Max Planck Enstitüsü, önerdiği modelde büyük risk-küçük risk ayrımını da kullanmıştır.

Konunun bu şekilde üzerinde durulması, sigorta sözleşmelerinin, uygulanacak hukuk alanında özel kurallara ihtiyaç duyan bir niteliği haiz olduğu savından ileri gelmektedir[70]. İşte, tasarıda yer almamasına rağmen, Roma I Tüzüğü'nün nihai hâlindeki sigorta sözleşmelerine özgü hüküm, bu düşüncenin pek çok hukukî çevre tarafından dile getirilmesiyle ortaya çıkmıştır. Nitekim Roma I Tüzüğü'nün giriş bölümünün (32). paragrafında da, sigorta sözleşmesinin kendine has nitelikleri gereği, poliçe sahibine yeterli bir koruma düzeyi sağlayabilmesi için spesifik hükümlere ihtiyaç duyduğu sonucuna varıldığı görülmektedir. Söz konusu

[69] Max Planck Institute For Comparative And International Private Law, Comments On The European Commission's Proposal For A Regulation Of The European Parliament And The Council On The Law Applicable To Contractual Obligations (Rome I), **Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht**, Vol. 71, 2007, s. 277-278, (Comments On Proposal). Enstitü daha önce de, rapor (*green paper*) hakkındaki görüşlerini yayımladığı belgede, sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuku benzer bir içerikte fakat genel hukuk seçimi maddesinin içinde (md.4(a)'da) düzenlemiştir, bkz. Max Planck Institute For Foreign Private And International Private Law, Comments On The European Commission's Green Paper On The Conversion Of The Rome Convention Of 1980 On The Law Applicable To Contractual Obligations Into A Community Instrument And Its Modernization, s. 109-110, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_i/contributions/max_planck_institute_foreign_private_international_law_en.pdf (09.08.2011), (Comments On Green Paper).

[70] Kramer, X., "Conflict Of Laws On Insurance Contracts In Europe, The Rome I Proposal- Towards Uniform Conflict Rules For Insurance Contracts?", **Insurance And Europe**, M. L. Hendrikse / J. G. J. Rinkes (ed.), Zutphen 2007, s. 85, (The Rome I Proposal).

spesifik hüküm, Tüzük'ün 7. maddesinde[71] kaleme alınmış ve oldukça ayrıntılı düzenlenmiştir.

Esasen Tüzük, sigorta alanında yeni kanunlar ihtilâfı kuralları oluşturmakla beraber; bu kuralların genel olarak sigorta direktiflerinin hükümleri temel alınarak hazırlandığı görülmektedir. Nitekim doktrinde yer alan bir görüşe göre sigortaya özgü kurallar tek bir metinde birleştirilerek uygulama basitleştirilmiş olsa da, karmaşa "öz"de devam etmiş ve içerik açısından ilerleme kaydedilememiştir[72]. Nitekim ileride görüleceği gibi, Tüzük'ün getirdiği sistemde, sigorta direktiflerinin içerdiği birtakım tanım ve düzenlemeler ile tüketiciyi koruyan bazı direktiflerdeki kanunlar ihtilâfı kurallarına da hâlâ başvurma zorunluluğu bulunmaktadır[73]. Dolayısıyla sigorta direktiflerine ihtiyacın tamamen ortadan kalktığını söylemek, bugün için mümkün bulunmamaktadır. Bununla beraber, temelde direktiflerle benzer kurallar da getirmiş olsa, Roma I Tüzüğü'nün şeffaflık ve uygulama kolaylığı bakımından AB Hukukuna getirdiği fayda, göz ardı edilecek boyutta değildir[74].

C. Roma I Tüzüğü'nün Hukukî Niteliği ve Üye Ülkelerde Etkisi

Roma I Tüzüğü ile sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk kurallarının bir araya getirilmesi idealinin hukukî temelini Avrupa Birliği

[71] Tüzük'ün, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde kanunlar ihtilâfı kuralları içeren AB Hukukunun diğer belgelerinin uygulanmasını bertaraf edememesinin tek istisnası, sigortaya özgü 7. maddedir. (Bkz. Tüzük md. 23) Başka bir deyişle 7. madde, aynı alanda kanunlar ihtilâfı kuralları içeren tüm AB Hukuku belgelerinin yerine geçmiştir.
[72] Heiss, H., "Insurance Contracts In Rome I : Another Recent Failure Of The European Legislature", **Yearbook Of Private International Law**, Vol. 10, 2008, s. 265, (Insurance Contracts).
[73] Bkz. s. 88 vd.
[74] Merrett, (Insurance Contracts), s. 52-53.

Antlaşması'nı değiştiren Amsterdam Antlaşması[75]'nın 61(c). maddesi oluşturmaktadır. Buna göre Avrupa Konseyi; özgürlük, güvenlik ve adalet alanında aşamalı olarak ilerlemeyi sağlayabilmek için özel hukuk yargılamasında işbirliğini tesis edecek önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Bu bağlamda 65. maddeye yapılan gönderme ile, sınır aşıcı sonuçları bulunan özel hukuk ilişkilerinde işbirliği sağlamak için alınacak önlemlerin hangi çerçevede olacağı ve neleri içereceği de belirlenmiştir. Antlaşma'nın 65(b). maddesi, üye ülkelerin kanunlar ihtilâfı kurallarının birbiriyle uyumlu hâle getirilmesinin teşvik edilmesi şartını koymuştur.

Tüzük'ün hazırlanışında diğer bir hukukî temel ise Viyana Eylem Plânı[76]'dır. Avrupa Komisyonu ve Konsey tarafından 1999 yılında yayımlanan Plân'ın 40. maddesinde de, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun revize edilmesi ve AB'nin diğer hukukî düzenlemelerinde yer alan kanunlar ihtilâfı kuralları dikkate alınarak bir uyumlulaştırma yapılması gerekliliği vurgulanmış; bunun için Amsterdam Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden itibaren iki yıllık bir süre öngörülmüştür.

Belirtilen temeller üzerine oturtulan Roma I'in, bir "tüzük" olmakla kazandığı hukukî nitelik, bu noktada açıklığa kavuşturulmalıdır.

Bilindiği gibi; süjesi "üye devletler", "AB organları" ve "üye devlet uyruklu özel ve tüzel kişiler" olan Avrupa Birliği hukuku, bu hukuk düzenine taraf olan

[75] Treaty Of Amsterdam Amending The Treaty On European Union, OJ C 340, 10.11.1997, s. 1-144.
[76] Action Plan Of The Council And The Commission On How Best To Implement The Provisions Of The Treaty Of Amsterdam On An Area Of Freedom, Security And Justice (Vienna Action Plan), OJ C 19, 23.01.1999, s. 1-15.

devletlerin egemen yetkilerinin Birlik lehine kısmen devri ilkesine dayanan bir yapıya sahiptir[77]. Bunun bir sonucu olarak, üye ülkelerin yasama mekanizmalarının tek taraflı olarak yeknesak bir AB Hukuku kuralı oluşturmaları mümkün değildir. Zaten bu, AB Hukukunun "supranasyonal" niteliği ile örtüşmeyecek bir durum oluşturur. Bu çerçevede AB'ye üye ülkeler, bir yandan supranasyonal bir hukuk düzeni lehine pek çok konuda egemen yetkilerini devretmekte, diğer yandan da bir parçasını oluşturdukları bu yapının kurumlarının yönetimine katılmaktadırlar[78].

AB hukuku kurallarının üye ülkelerce değil, AB'nin organlarıyla oluşturulmasına ilişkin "yetki ikamesi (*subsidiarity*)" ("ikincil yetki" / "katmanlı yetki"[79]) ilkesi, esasen AB'nin "AET" olarak bir araya geldiği 1957 tarihinden beri AB Hukukunun yapıtaşını oluşturmuş ve giderek artan bütünleşmeyle birlikte daha fazla önem kazanmıştır[80]. Bu ilke, Amsterdam Antlaşması'nın 5. maddesinde de yer almaktadır. Maddeye göre AB, Antlaşma'nın kendisine çizdiği sınırlar dâhilinde ve Antlaşma'nın amaçlarıyla uyumlu olarak yetki kullanacak ve yapılması düşünülen düzenleme; niteliği itibarıyla üye ülkelerce değil, AB tarafından yerine getirilebilecek ise, AB organları harekete geçecektir. Dolayısıyla bu ilkenin, "AB" ile "üye ülkeler" arasındaki ilişki bakımından "yetkinin kimde olduğu" sorusunu cevaplamaya ışık tutan bir ilke olduğu söylenebilir[81]. Yetki devri ilkesi, aynı maddede yer alan ve düzenlemenin, sadece Antlaşma'nın amaçlarının gerektirdiği ölçüde yapılmasına ilişkin "orantılılık (*proportionality)*" ilkesiyle birlikte ele

[77] Günuğur, H., **Avrupa Birliği'nin Hukuk Düzeni**, Ankara 2007, s. 4.
[78] Tekinalp, G. / Tekinalp, Ü., **Avrupa Birliği Hukuku**, İstanbul 2000, s. 66-67.
[79] Kaynak**:** T.C. Avrupa Birliği Genel Sekreterliği: Avrupa Birliği Terimleri Sözlüğü, Ankara 2009, http://www.abgs.gov.tr/files/Sozluk/glossary_for_the_european_union.pdf (25.01.2011).
[80] Bu konuda bkz. Ekşi, N., **Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu**, İstanbul 2004, s. 18-19.
[81] Bkz. Report From The Commission On Subsidiarity And Proportionality, 25.9.2009, COM 2009 (504) Final, s. 2.

alınmalıdır. Roma I Tüzüğü'nün yapılmasıyla amaçlanan da, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk açısından yeknesak bir kurallar bütünü oluşturmak ve böylece farklı üye ülkelerin mahkemelerince verilecek yargı kararlarında azamî öngörülebilirliği sağlamaktır. Bu bağlamda üye ülkelerin tek tek bu amacı gütmesi beklenemez; bunu ancak AB iradesi ve organları gerçekleştirebilir. Bu açıdan Roma I Tüzüğü'nün de yetki ikamesi ve buna bağlı olarak orantılılık ilkesi uyarınca hazırlanmış bir AB Hukuku düzenlemesi olduğu söylenebilir[82].

Bilindiği gibi AB Hukukunun kaynakları, AB'nin kurucu antlaşmaları ve bunlara dayanılarak yapılan diğer antlaşmalar[83] (birincil hukuk[84]) ile AB organlarının, kendilerine bu antlaşmalarla verilen yetkileri kullanarak yaptıkları düzenlemeler (ikincil/türev hukuk) olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna ilâve olarak, ABAD tarafından tanınan hukukun genel ilkeleri, ABAD'ın verdiği kararlar, teamüller, AB'nin üçüncü ülkelerle yaptığı milletlerarası antlaşmalar ve doktrin görüşleri de AB Hukukunun kaynakları arasında sayılmaktadır[85]. "Direktif" ve "karar"lar ile birlikte ikincil hukuk düzenlemeleri arasına giren "tüzük"ler, AB organlarınca kabul edilip AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe girmekte ve ilgili ülkeleri, iç hukuklarında başkaca bir onay, işlem, yorum ve benzeri prosedüre gerek kalmaksızın bağlamaktadırlar[86]. Oysa, AB Hukukunda sigorta

[82] Bkz. Tüzük'ün giriş bölümünün (43). paragrafı.
[83] Bunlar; kurucu antlaşmalarda değişiklik yapan antlaşmalar, katılım anlaşmaları ve katılım anlaşmalarına ekli belgeler, antlaşmalara ekli ekler ve protokollerdir, bkz. Göçmen, İ., **Avrupa Birliği Hukukunda Direktiflerin Bireyler Arasındaki İlişkilere Etkileri**, Ankara 2008, s. 30.
[84] Esas itibarıyla AKÇT, AET ve EURATOM Antlaşmaları. Birincil hukuku ifade eden antlaşmaların bir listesi için bkz. Tekinalp / Tekinalp, , s. 68-69.
[85] Tekinalp / Tekinalp, s. 67.
[86] Bu konuda genel olarak bkz. Günuğur, s. 181; Roma I Tüzüğü bakımından bkz. Lando/Nielsen, (Regulation), s.1688; Bonomi, A., "The Rome I Regulation On The Law Applicable To Contractual

sözleşmelerine yönelik olarak uzunca bir süreden beri uygulanan direktifler, genel bir geçerliliğe sahip olmadıkları gibi; bütünüyle bağlayıcı da değildir, zira sonuçları itibarıyla bağlayıcı olsa da uygulama şekli ve yöntemini üye ülkelere bırakırlar[87]. Dolayısıyla direktifler, doğrudan uygulanmazlar ve tüzükler gibi "birörnek" uygulamayı değil, sadece üye ülkelerde bazı konular bakımından hukukun uyumlulaştırılmasını hedeflerler[88]. Ayrıca ABAD'ın süregelen yorum ve uygulaması sonucu direktifler, bireyler arasındaki ilişkilere de doğrudan etki etmemektedirler[89].

Tüzüklerin temel özellikleri arasında genel ve soyut kurallar içermeleri (belirli sayıdaki süjelere değil, genele hitap etmeleri), tüm yönleriyle bağlayıcı olmaları (yani bir bütün hâlinde uygulanacak olmaları), doğrudan uygulanmaları (iç hukuklarda herhangi bir ek düzenlemeye ya da uygulama işlemine ihtiyaç duymamaları) ve tıpkı iç hukuk düzenlemelerinde olduğu gibi hukuk süjeleri üzerinde doğrudan birtakım hak ve yükümlülükler doğurmaları sayılmaktadır[90]. Genel olarak saydığımız bu özelliklere daha yakından bakmak faydalı olacaktır.

Tüzükler, nitelikleri itibarıyla bir iç hukuk normu gibi üye ülkeleri tüm yönleriyle bağlamakta; ayrıca üye ülkelerde belli kişilere değil, genele yönelmekte

---

Obligations, Some General Remarks", **Yearbook Of Private International Law**, Vol. 10, 2008, s. 167 (Rome I); ayrıca bkz. Garcimartín Alférez, F. J., "The Rome I Regulation : Much Ado About Nothing?", **The European Legal Forum**, 2008, Vol. 2, Sec. I, http://www.simons-law.com/library/pdf/e/884.pdf (12.08.2011), s. 61.

[87] Bkz. Göçmen, s. 38.

[88] Göçmen, s. 38.

[89] Bkz. Göçmen, s. 93 ve aksi görüş için bkz. Göçmen, s. 219 vd.

[90] Bkz. Günuğur, s. 180-181; Tekinalp / Tekinalp, s. 71-72.

ve doğrudan uygulanıp doğrudan etki[91] yaratmaktadır[92]. Dolayısıyla bir tüzük yürürlüğe girdiğinde, üye ülkelerin mevzuatında yer alan ve tüzüğe aykırılık teşkil eden normlar da geçerliliğini yitirmektedir. Bunun sonucu olarak, üye ülkelerin tüzük hükümlerini ulusal çıkarlarına göre yorumlayıp eksik veya seçerek uygulaması mümkün olmamaktadır[93]. Bu durumun ulusal hukuklar bakımından yaratacağı sıkıntılar ise, ABAD'ın "ön karar" mekanizmasının harekete geçirilerek, üye ülkelere uygulama açısından yol gösterilmesi suretiyle en aza indirgenmektedir[94]. AB hukukunun yorumu ve geçerliliği konusunda karar verme yetkisini ifade eden ön karar yetkisi, genel olarak, AB Antlaşması'nın[95] 234. maddesiyle ABAD'a verilmiştir[96]. Amsterdam Antlaşması'nın 68. maddesi çerçevesinde Tüzük'ün yorumlanması da, ABAD'ın yetkisine girmiş olmaktadır. Bununla, görülmekte olan bir davada mahkemenin talebi üzerine AB Hukuku belgesi olarak uygulanan Tüzük maddeleri, ABAD tarafından "ön karar" mekanizması ile yorumlanmakta ve böylece tüm üye ülkelerde sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk kurallarını yeknesak uygulama olanağı doğmaktadır[97]. Üye ülke mahkemesinin bu konudaki talebi, önüne gelen uyuşmazlığın çözümünde karara varabilmek için ABAD'ın yorumuna ihtiyaç duyduğunda söz konusu olmaktadır[98]. ABAD'ın söz konusu kararları, "hukuk yaratma" ve "emsal oluşturma" özelliğine sahip olmakta ve karar, sadece somut

[91] Genel olarak tüzükler doğrudan etki yaratmakla birlikte bazı tüzük hükümleri doğrudan etki yaratmayabilmektedir. Doğrudan etki için hükmün "yeterli derecede açık ve kesin" olması ile "şartsız" olması yeterli görülmektedir, bkz. Göçmen, s. 92.
[92] Bkz. Green Paper, s. 16.
[93] Göçmen, s. 36.
[94] Garcimartín Alférez, s. 62.
[95] Treaty On European Union And Of The Treaty Establishing The European Community (Consolidated), OJ C 325, 2002, s. 1-184.
[96] Adaoğlu, H. S., **Avrupa Topluluğu Hukukunun Üye Ülkelerde Uygulanmasında Ulusal Mahkemeler ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı İlişkisi**, Ankara 2006, s. 148.
[97] Green Paper, s. 15.
[98] Fawcett / Carruthers, s. 672. Mahkeme, bu durumda, ABAD'ın yapacağı yorumu "ön sorun" olarak nitelemekte ve davayı görmeyi askıya alarak "bekletici sorun" hâline getirmektedir, Adaoğlu, s. 155.

uyuşmazlığa değil, AB hukukunun tamamına etki ettiğinden üye ülkelerin hukuklarında bazı değişiklikler yapılmasına da yol açabilmektedir[99]. Böylece, AB hukukunda üye ülke mahkemelerinde verilecek kararlar bakımından yorum birliğine ulaşılmakta ve aynı konularda birörnek uygulama sağlanmaktadır[100]. Belirtmek gerekir ki ABAD'ın ön karar prosedürü, mahkemenin veya tarafların talebi ile hayata geçirilebilmektedir. Bununla birlikte, eğer üye ülke mahkemesi, kararları aleyhine temyize gidilebilen, yani birinci derece mahkemesi niteliğinde ise mahkeme, tarafların ön karar başvurusunu kabul edip etmeme konusunda serbest iken[101]; aleyhine yargı yoluna gidilemeyen kararlar veren bir üst mahkeme niteliğinde ise, tarafların ön karar başvurusunu kabul etmek durumundadır[102].

Tüzüklerin, yürürlüğe girdikten sonra başkaca bir prosedüre ihtiyaç duymadan uygulanabilir olduğuna yukarıda değinilmişti. Bununla beraber bazı tüzüklerin, bir konunun sadece belirli bir kısmını düzenlemesi durumunda söz konusu hükümlerin uygulanması için gerekli işlemleri üye devletlere bırakmasının mümkün olduğunu da belirtmek gerekir[103]. Ancak bu durumda, tüzüğün doğrudan uygulanma ve genele yönelerek etki yaratma niteliklerine aykırılık oluşturmaması

[99] Adaoğlu, s. 148. ABAD'ın verdiği bu kararlar, başvuruyu yapan mahkeme açısından bağlayıcı, diğer üye ülke mahkemeleri açısından ise, AB hukukunun yorumlanması bakımından "göz önüne alma yükümlülüğü getiren", "genel" ve "geriye yürüyen" bir etkiye sahiptir, bkz. Adaoğlu, s. 160; genel etki ve geriye yürüme ilkeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arat, T., **Avrupa Toplulukları Adalet Divanı**, Ankara 1998, s. 148-150.

[100] Bozkurt, E. / Özcan, M. / Köktaş, A., **Avrupa Birliği Hukuku**, Ankara 2008, s. 141; Adaoğlu, s. 150.

[101] Bu noktada birinci derece mahkemesinin dikkate alması gereken husus, ABAD'ın ön karar prosedürünün "gerekliliği"dir, bkz. Adaoğlu, s.156.

[102] Bkz. Adaoğlu, s. 156.

[103] Göçmen, s. 36. Bu durum, tüzüklerin doğrudan ve aynı zamanda uygulanması ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır, bkz. Tekinalp / Tekinalp, s. 132.

için, tüzüğün gerektirdiği ulusal işlemlerden başka tüzüğü iç hukuka yansıtmak adına ulusal işlem yapılamamaktadır[104].

Türev hukuk normlarından olan tüzüklerin doğrudan uygulanması ve etki yaratması ile tümüyle uygulanması ilkeleri AB'nin kurucu antlaşmalarında[105] yer aldığı gibi ABAD'ın pek çok kararında[106] da önemle vurgulanmıştır. Hatta normlar hiyerarşisi ile ilgili olarak oluşacak soru işaretleri bakımından ABAD, millî hukuklara ait anayasal bir norm ile çelişilse dahi, tüzüklerin hükümlerinin doğrudan uygulanacağını, yani çatışma hâlinde AB Hukukunun millî hukuklara tercih edileceğini belirtmiştir[107]. Buna ilişkin ABAD'ın 1978 tarihinde verdiği bir kararda[108], özetle, üye ülke mahkemelerinde AB Hukuku kurallarının uygulama alanı bulduğu davalarda, sonradan yürürlüğe girmiş de olsa bunlarla çatışan millî hukuk kuralları bertaraf edilmek suretiyle bu kurallara tam bir etki tanınması gerektiği vurgulanmıştır. Bununla ilintili olarak, bir AB Hukuku belgesi olan Roma I Tüzüğü'nün belirli maddelerine, üye ülkelerce çekince koyma hakkı bulunmadığını da bu noktada belirtmek gerekir[109].

---

[104] Bkz. Göçmen, s. 36.

[105] Türev hukuk belgelerinin oluşturulmasında AB Hukuku bakımından temel dayanak olarak AB Antlaşması'nın 249. maddesi (eski 189. madde) gösterilebilir. Madde, AB kurumlarının tüzük, yönerge, karar, tavsiye ve görüşler benimsemesi gerektiğini belirttikten sonra tüzüklerin genel uygulama alanına sahip olduğunu ve üye ülkeler bakımından tümüyle bağlayıcı ve doğrudan uygulanabilir olduğunu açıkça vurgulamaktadır.

[106] Örneğin *Fratelli Variola* kararında (Fratelli Variola S.P.A. v. Amministrazione Italiana Delle Finanze, 10.10.1973, Case 34/73 ECR 981), tüzüklerin iç hukuklarda herhangi bir işleme gerek kalmaksızın doğrudan ve yürürlüğe konar konmaz uygulanacağı, böylece doğrudan kişiler üzerinde hak ve yükümlülükler bağlamında etki yaratacağı ve AB Hukukunun üstünlüğü nedeniyle iç hukuk düzenlemelerinin doğrudan uygulamayı önleyici şekilde kullanılamayacağı belirtilmiştir.

[107] Bu konuda bkz. Günuğur, s. 53-55.

[108] Judgement Of The Court Of 9 March 1978, Case 106/77, Amministrazione Delle Finanze Dello Stato and Simmenthal S.P.A., ECR 629-646.

[109] Fawcett / Carruthers, s. 758.

Tüzüklerin bahsi geçen özellikleri yönünden, Roma I'in de bir "direktif"ten ziyade, bir "tüzük" olarak düzenlenmesinin daha uygun olduğu, kendi raporunda vurgulanmıştır. Nitekim rapora göre AB'nin uyumlulaştırmaya çalıştığı, belirli sayıda, yani direktiflerde olduğu gibi sektörel konular değil, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tamamıdır[110]. Bu amaca ise "tüzük" şeklindeki bir hukukî yapıyla daha kolay ulaşılabilecektir; zira tüzükler, üye ülkelerde doğrudan uygulanmakta ve bir direktifin uygulanmasında ortaya çıkabilecek belirsizlikleri bertaraf etmektedir[111]. Fakat aynı raporda, sigorta sözleşmeleri bakımından bu tespitten sapılarak, Roma I'in bir "tüzük" biçiminde yürürlüğe girmesi hâlinde yasama tekniği açısından sigorta ile ilgili kurallara uymayan bir yapının söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Çünkü raporda açıklandığı gibi, sigorta direktifleri hazırlanırken hedeflenen, zayıf taraf olan poliçe sahibinin hukukunun uygulanmasını sağlayacak bazı bağlama noktalarını kullanabilmek için üye ülkelere hareket alanı sağlamak idi. "Tüzük" niteliğindeki bir hukukî metnin ise bu hareket alanını sağlayamayacağına dikkat çeken rapor, Komisyon'un konuyla ilgili çalışmaları sırasında bazı üye ülkelerin sigorta alanında kanunlar ihtilâfı kurallarının yeknesaklaştırılmaması yönünde görüş bildirdiğini hatırlatmıştır[112]. İleride görüleceği gibi sigorta sözleşmeleriyle ilgili olarak duyulan bu endişe, üye ülkelere belli noktalarda hareket alanı sağlanması ile giderilmeye çalışılmıştır.

Roma Konvansiyonu'nun Roma I Tüzüğü'ne dönüştürülmesiyle AB Hukukunda yasama politikası açısından sağlanan tutarlılık da tartışılmazdır. Çünkü

[110] Green Paper, s. 16.
[111] Green Paper, s. 16.
[112] Green Paper, s. 22.

Konvansiyon, bir milletlerarası antlaşma niteliğinde olduğundan, AB yasama politikasıyla tutarlı hâlde kalabilmesi için mütemadiyen gözden geçirilmesi gereken pek çok hüküm içermektedir. Bunlar arasında üye ülkelerin çekince gösterme hakları (Konvansiyon madde 22), bazı alanlarda yeni kanunlar ihtilâfı kuralları yürürlüğe koyma hakları (madde 23), kanunlar ihtilâfına ilişkin çok taraflı diğer milletlerarası sözleşmelere taraf olma hakları (madde 24) gibi pek çok konu yer almaktadır[113].

Sonuç itibarıyla, Roma Konvansiyonu'nun Roma I Tüzüğü'ne dönüştürülmesiyle, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk, milletlerarası bir antlaşma hâlinden çıkarak bir AB Hukuku belgesi niteliği kazanmış ve uygulanacak hukuk konusunda ayrıntılı ve mutlak bir kurallar bütünü oluşturacak şekilde düzenlenmiştir[114]. Böylelikle Roma I Tüzüğü'nün, doğrudan üye ülkelerin iç hukukunda uygulanmasıyla, AB Hukukunun milletlerarası özel hukuk sisteminin bir parçasını oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır[115].

II. Roma I Tüzüğü'nün Sigorta Sözleşmeleri Bakımından Uygulama Alanını Belirleyen Şartlar

A. Milletlerarası Nitelik Taşıma

Roma I Tüzüğü, AB'ye üye ülkelerde uygulanmak üzere yürürlüğe girmiş olmakla beraber, sadece kanunlar ihtilâfı ortaya çıkaran özel borç ilişkilerine

[113] Green Paper, s. 14.
[114] Proposal, s. 4.
[115] Garcimartín Alférez, s. 62.

uygulanacak bir hukukî düzenlemedir. Nitekim Tüzük'ün 1(1). maddesinde "*medenî ve ticarî konularla ilgili sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin kanunlar ihtilâfı doğurduğu hâllere*"[116] uygulanacağı belirtilerek, tamamıyla tek bir ülkeyle bağlantılı olan ilişkilere Tüzük'ün uygulanmayacağı da açıkça ortaya konmuş olmaktadır. Bundan kasıt, en az iki devletin hukuk sistemiyle bağlantıyı ifade eden[117] "milletlerarası nitelik" içeren sözleşmelerin Tüzük'ün uygulamasına dâhil olduğudur[118]. Başka bir deyişle, AB üyesi ülkelerin yargı mercilerinin önüne gelen ve sözleşmenin konusu, ifa yeri, tarafların yerleşim yeri gibi bir veya birden fazla unsurun farklı ülkelerde konumlandığı sözleşmelere, Tüzük uygulanacaktır. Buna göre örneğin sigortalının yerleşim yerinin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede yer alan yazlık evi için yaptırdığı yangın riskine karşı sigortadan ya da kendisi için başka bir ülkede yaptırdığı can sigortasından doğan uyuşmazlık, Tüzük'e tâbi olacaktır. Bunun yanı sıra, tüm unsurları tek bir ülkeyle bağlantılı olup, sadece yabancı bir hukuk seçimi yapılmış bir sigorta sözleşmesi de Tüzük'ün uygulama alanına girecektir. Nitekim Tüzük'ün 3(3). maddesinde, seçimin yapıldığı sırada olayla ilgili tüm unsurların, hukuku seçilen ülkeden başka bir ülkeyle bağlantılı olması durumunda, söz konusu seçimin, diğer ülke hukukunun sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği hüküm altına alınarak,

[116] Esasen Roma Konvansiyonu'nun İngilizce metninde "farklı hukuk sistemleri arasında bir seçim yapılmış olan hâller" ibaresi geçmekle birlikte; Almanca metninde "farklı hukuk sistemleriyle bağlantı gösteren hukukî ilişkiler", Fransızca metninde ise "kanunlar ihtilâfını kapsayan durumlar" ifadeleri kullanılmıştır; bu konuda bkz. Ekşi, s. 62. Tüzük'te ise, Konvansiyon'un Fransızca metninde olduğu gibi "kanunlar ihtilâfı doğuran hâller" ifadesi kullanılmış, Fransızca metinde de aynı ifade korunmuş, Almanca metinde ise "farklı devletler arası bağlantı gösteren hukukî ilişkiler" deyimi yer almıştır. Dolayısıyla bu noktada tam anlamıyla bir terminoloji birliği olduğundan söz edilememektedir.

[117] Ekşi, 63.

[118] Doktrinde "milletlerarası unsur"dan daha geniş bir içeriğe sahip olduğu kabul edilen "yabancı unsur" kavramının da buraya dâhil olduğu belirtilmelidir. Örneğin esas itibarıyla milletlerarası unsur taşımayan bir sözleşmeden doğan uyuşmazlığın; tarafların yerleşim yeri, ifa yeri gibi tüm unsurlarının ait olduğu ülkeden başka bir ülkenin mahkemesinin önüne gelmesi durumunda, davaya bakan mahkeme açısından "yabancı unsur" taşıyacağı kabul edilmektedir, bkz. Ekşi, s. 61. Aslında bu durumda da sonuç itibarıyla, yine farklı ülkeler arasında bir bağlantı oluşmakta ve bu suretle Tüzük'ün uygulama alanına girilmiş olmaktadır.

sadece hukuk seçimiyle olaya yabancılık unsuru kazandırılabileceği ve bu şekilde Tüzük'ün uygulama alanına girileceği dolaylı olarak kabul edilmiş olmaktadır[119].

B. Hukukî İhtilâfın Nitelik Bakımından Roma I Tüzüğü Kapsamına Girmesi

Tüzük'ün hangi nitelikteki sigorta sözleşmelerini uygulama alanına aldığını ve Tüzük'ün sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kurallarının hangi hususlar için uygulanabilir olduğunu belirlemek, çalışma alanımız bakımından öncelikli bir sorundur.

Yukarıda da değinildiği gibi md. 1(1) uyarınca Tüzük, "*medenî ve ticarî konularla ilgili sözleşmeden doğan borç ilişkileri"* ile ilgilenmektedir. Maddenin devamına göre ise, vergi ve gümrük ile idare hukukunu ilgilendiren konular, Tüzük'ün uygulama alanının dışında bırakılmaktadır. Bunun dışında, md. 2'de (a)'dan (j)'ye kadar sayılan "gerçek kişilerin hukukî ehliyeti", "mahkeme seçimi anlaşmaları", "sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk" (*culpa in contrahendo*) gibi diğer bazı konular da, Tüzük'ün uygulama alanı dışındadır[120]. Tüzük'ün özel olarak belirttiği bu konulara göre, örneğin bir sigorta sözleşmesinde

[119] Roma Konvansiyonu bakımından ise bkz. Ekşi, s. 69.

[120] Bunlar sırasıyla, gerçek kişilerin hukukî ehliyetleri (md. 1(2)(a)), ailevî ilişkilerden doğan borçlar (md. 1(2)(b)), evlilik mallarıyla ilgili rejimleri ilgilendiren borçlar (md. 1(2)(c)), kambiyo senetleri, çekler, bonolar vb. kıymetli evraklarla ilgili borçlar (md. 1(2)(d)), tahkim ve mahkeme seçimi anlaşmaları (md. 1(2)(e)), tüzelkişi veya tüzelkişiliği bulunmayan şirketlerin kuruluşu, tescili, hukukî ehliyeti, iç işleyişi veya tasfiyesi, üyelerin ya da çalışanlarının kişisel sorumluluğu gibi konular (md. 1(2)(f)), acentanın merkez adına taahhütte bulunup bulunamayacağı ya da bir organın şirketi veya onun bir organını üçüncü kişilere karşı borç altına sokup sokamayacağı hususu (md. 1(2)(g)), *trust*'ların oluşumu ile kurucular, vekiller ve hak sahipleri arasındaki ilişki (md. 1(2)(h)) ve sözleşmenin kuruluşundan önceki müzakerelerden doğan sorumluluktur (*culpa in contrahendo*) (md. 1(2)(i)).

sigortalının hukukî ehliyetinin bulunup bulunmadığı hususu ya da tarafların sigorta sözleşmesinin kuruluşundan önceki müzakerelerden doğan sorumluluğuna dair sorunlar, sigorta sözleşmesine uygulanacak hukukun alanına girmeyecektir.

Çalışmamızla da bağlantılı olarak, Tüzük'ün uygulanmayacağı sigorta sözleşmesi tipini düzenleyen md. 1(2)(j)'ye göre ise, bir işletme veya işletme topluluğu ya da bir tacir veya tacir topluluğuna tâbi olan işçilerin ya da serbest meslek sahiplerinin; ölüm, iş gücünün kaybı ya da azalması, işle ilgili hastalık veya iş kazası durumlarında, onlara menfaat sağlama amacı güden kuruluşların bu amaçla yürüttüğü faaliyetlerden doğan sigorta sözleşmeleri, başka bir deyişle "sosyal sigortalar", Roma I Tüzüğü'nün uygulama alanından kısmen çıkarılmıştır. Tüzük'ün bu tip sigorta sözleşmelerini kapsamına almamış olmasının sebebi belirtilmemekle ve doktrinde de bu konuda bir değerlendirmeye rastlanmamakla beraber; niteliği itibarıyla bu sözleşmelerde ticarî amaçların değil, sosyal amaçların (iş gücü kayıpları, ölüm vb. sebeplerle mağduriyetleri önlemek gibi) ön plâna çıkmasının md. 1(2)(j)'deki istisnayı doğurduğu düşünülebilir. Ancak md. 1(2)(j)'de açıkça belirtildiği üzere; md. 1(2)(j)'de belirtilen faaliyetleri, Avrupa Konseyi'nin 2002 tarihli Hayat Sigortası İle İlgili Direktifi[121]'nin 2. maddesinde belirtilen hayat sigortası kuruluşlarının yürütmesi hâlinde, Roma I Tüzüğü, bu sigorta sözleşmelerine uygulanabilecektir[122]. Yani Tüzük'ün uygulama alanına getirdiği

[121] Directive Of The European Parliament And Of The Council Of 5 November 2002 Concerning Life Assurance, 19.12.2002, 2002/83/EC, OJ L 345.

[122] Bahsi geçen 2. maddeye göre bu kuruluşlar, AB'ye üye ülkelerden birinde kurulan (veya kurulmayı isteyen) ve aşağıda belirtilen faaliyetleri yürütmeyi amaç edinen işletmelerdir:
"*1. Bir sözleşmeden doğan aşağıdaki sigorta türleri:*
(a) özellikle, yalnızca belirli bir yaşa kadar hayatta kalmaya ilişkin olan hayat sigortası, yalnızca ölüme ilişkin sigorta, belirli bir yaşa kadar hayatta kalmaya veya daha erken ölüme ilişkin sigorta, prim iadeli hayat sigortası, evlilik sigortası, doğum sigortası;
(b) gelir sigortası;

istisna, sadece anılan Direktif'in 2. maddesi kapsamında faaliyet yürüten kuruluşların yapmadığı sigortalar için geçerli olacaktır.

Bu maddeyle belirtilen hâl dışında, sigorta sözleşmeleri bakımından Tüzük'ün uygulama alanına başkaca bir istisna getirilmemiştir. Sonuç olarak Roma I Tüzüğü'nün, md. 1(2)(j)'de istisna olarak belirtilen özelliklerdeki sigorta sözleşmeleri hariç olmak üzere; hayat sigortaları, hayat sigortaları dışındaki doğrudan sigortalar, grup sigortaları[123], reasürans da dâhil olmak üzere tüm sigorta sözleşmelerini kapsadığı söylenebilir. Ancak, bazı sigorta sözleşmeleri ve reasürans sözleşmeleri bağlamında Tüzük'ün uygulama alanının özellik arz ettiğini belirtmek lâzımdır. Zira ileride de görüleceği gibi AB dışında yer alan küçük riskleri içeren

---

(c) hayat sigortasına ek olarak yaptırılan ve özellikle, çalışma ehliyetinin kaybı da dâhil olmak üzere kişisel zararlara karşı hayat sigortası kuruluşlarının yaptığı sigorta, kazadan doğan ölümlere karşı sigorta ve kaza veya hastalıktan doğan sakatlığa karşı sigorta;
(d) İrlanda ve Birleşik Krallık'ta uygulanan, feshedilmeyen kalıcı sağlık sigortası olarak bilinen sigorta türü;
2. Bir sözleşmeden doğmaları ve bireysel sigortanın denetiminden sorumlu idari otoritelerin denetimlerine konu olmaları hâlinde, aşağıdaki faaliyetler:
(a) hisselerini müştereken paraya çevirmek ve daha sonra biriken bu aktifi, hayatta kalanlar ya da ölenlerin hak sahipleri arasında dağıtmak düşüncesine dayanan tontinler vasıtasıyla kurulan üye toplulukları;
(b) önceden kararlaştırılmış, tek veya periyodik ödemelerin karşılığında belirli süre ve meblağ taahhütlerini içeren ve aktüeryal hesaplamaya dayanan sermaye amortismanı faaliyetleri;
(c) işletmenin yatırım yönetimi ve özellikle, ölüm veya işgücünün kaybı ya da azalması durumlarında, ödemelere etki eden rezerv kalemlerini temsil eden aktifleri ve yatırımları yönetmek konusunda ilgili kuruluşun faaliyetleri; başka deyişle grup emeklilik fonu yönetimi;
(d) (c)'de belirtilen faaliyetlere, anaparanın korunması veya en düşük faiz ödemesini kapsayan sigorta eşlik ettiği takdirde, bu faaliyetler;
(e) Fransız Sigorta Kanunu'nun (Code Des Assurances) IV. Kitap 4. Başlık 1. Bölümünde gösterilen sigorta kuruluşlarının gerçekleştirdiği faaliyetler;
3. Üye ülkelerin hukuklarıyla uyumlu olarak, sigorta kuruluşları tarafından, kendine özgü riskleri üzerinden değerlendirilmiş veya planlanmış olan, sosyal sigorta yasasında tanımlanan veya öngörülen insan yaşamının uzunluğunu kapsayan faaliyetler".

[123] Bilindiği üzere grup sigortaları, bir gruba mensup şahısların "poliçe sahibi" olarak değil, bireysel anlamda "sigortalı" olarak kabul edildiği sigortalardır ve sıklıkla bir işyerinin çalışanları açısından geçerli olmaktadır. Bundan başka, örneğin bir bankanın kredi kartını edinmek de, bankanın anlaşmalı olduğu kredi kartı sigortasına tâbi olmaya sebep olmaktadır. Bunun için çoğunlukla ayrı bir sözleşme yapılmamakta, kredi kartı sözleşmesine dâhil olmakla otomatik olarak grup sigortasına tâbi olunmaktadır, bkz. Heiss, (Insurance Contracts), s. 278. Bu anlamda, grup sigortalarının sigortalıları zaman zaman değişebilmekle beraber, grup bütünlüğü hiç bozulmamaktadır, bkz. Seatzu, (Insurance), s. 175.

sigorta sözleşmeleri ile reasürans sözleşmeleri, Tüzük'te sigorta sözleşmelerine özel olarak düzenlenen bağlama kuralı olan 7. maddenin değil; genel bağlama kuralı olan 3 ve 4. maddenin kapsamına girmektedir[124].

Uygulanacak hukukun hangi konuları kapsadığını belirlemek için başvurulan Tüzük'ün 12(1). maddesine göre ise sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk; sigorta sözleşmesinin yorumu, ifası, sözleşme ihlâlinin yaratacağı hukukî sonuçlar, zamanaşımı ve hak düşürücü süre ile borcun sona ermesinin nedenleri ve sözleşmenin hükümsüzlüğünün sonuçlarını tayin etmede kullanılmaktadır. Bununla beraber md. 12(2) uyarınca, hukukî ilişkide ifanın yerine getiriliş biçimi ve eksik ifa durumunda atılacak adımlar bakımından, ifanın yapıldığı ülke hukuku göz önünde bulundurulacaktır.

Tüzük'ün 10(1). maddesine göre, bir sözleşmenin (ya da onun bir maddesinin) maddî varlığı ve geçerliliği de, sözleşme geçerli olsaydı ona Tüzük uyarınca hangi hukuk uygulanacak idiyse o hukuka göre belirlenecektir[125]. Dolayısıyla sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk, sözleşmenin maddî varlığı ve geçerliliğini de kapsamaktadır. Halefiyet konusunda da, Tüzük'ün 15. maddesinde benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, borçluya halef olan bir kimsenin, alacaklıya karşı olan yükümlülükleri de, alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuka göre belirlenmektedir. Örneğin bir sigorta ilişkisinde, sigorta alacağını doğuran olayın gerçekleşmesi durumunda sigortacı, sigortalıya tazminat

[124] Bkz. s. 86 vd. ve reasürans için bkz. s. 105 vd.
[125] Bununla birlikte md. 10(2)'ye göre taraflardan biri sözleşme yapma rızasının bulunmadığı iddiasında ise, md. 10(1)'de belirtilen hukukun kendisine uygulanmasının olayın tüm şartları gereğince "makûl" olmadığı durumlarda, kendi mutad meskeni hukukuna dayanabilmektedir.

ödeyecek; bu şekilde riskin gerçekleşmesine sebep olan ve sigortalıya karşı borçlu durumda bulunan üçüncü kişiye karşı sigortalının sahip olduğu alacak hakkına halef olan sigortacı, söz konusu rücû hakkından doğan taleplerini, sigortalıyla aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuka göre ileri sürebilecektir[126].

Şeklî geçerlilik bakımından ise daha karışık bir düzenleme bulunmaktadır. Madde 11(1)'e göre, sözleşme kurulduğu sırada tarafların veya vekillerinin aynı ülkede bulunduğu durumlarda, Tüzük uyarınca sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun veya sözleşmenin tamamlandığı yer hukukunun; farklı ülkelerde bulunduğu durumlarda ise, yine Tüzük uyarınca sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun veya taraf ya da vekillerinin sözleşme tamamlandığı sırada bulunduğu yer hukukunun veyahut da tarafların bu andaki mutad meskeni hukukunun şekil şartlarını yerine getiren bir sözleşme, şeklen geçerli sayılacaktır. Dolayısıyla seçenekli de olsa şeklî geçerliliğin de, uygulanacak hukukun kapsamına girdiği söylenebilir.

Bu noktada Tüzük'te "atıf" (*renvoi*) müessesesinin görünümünden de kısaca bahsetmek gerekmektedir. Esas olarak, Roma I Tüzüğü'nde atıf konusunun genel çerçevesini Tüzük'ün 20. maddesi düzenlemektedir. Maddeye göre Tüzük hükümleri uyarınca uygulanacağı belirlenen hukuk ile kastedilen, (Tüzük'te aksi belirtilen istisnai hâller dışında) o hukuk düzeninin milletlerarası özel hukuk kuralları dışında kalan, yani maddî kurallarıdır[127]. Kısacası atıf, kural olarak Tüzük kapsamındaki hukukî ilişkiler bakımından reddedilmiş; sadece özel olarak Tüzük'te

[126] MÖHUK kapsamında konuya ilişkin hükümler hakkında yapılan açıklamadan uyarlanmıştır, bkz. Nomer, E. / Şanlı, C., **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul 2010, s. 319.
[127] Aynı düzenleme Roma Konvansiyonu'nun 15. maddesinde de yer almıştır.

belirtilen istisnaî hâller bakımından atfın kabulüne izin verilmiştir. Bu istisnaî hâllerden biri de, sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukla ilgili olarak, md. 7(3)(2)'de düzenlenmiştir. Bu istisna ile ilgili ayrıntılı açıklamalara ileride yer verilecektir[128].

C. Sigorta Sözleşmelerinin İn'ikad Tarihine Göre Kapsama Dâhil Edilebilirliği

Avrupa Parlamentosu Roma I Tüzüğü'nü 17 Haziran 2008 tarihinde kabul etmiştir. Bununla beraber Tüzük'ün zaman bakımından uygulama alanı özellik arz etmektedir. Madde 28'e göre Tüzük, 17 Aralık 2009 tarihinden sonra yapılan sözleşmelere uygulanacaktır. Tüzük'ün 29. maddesinde ise yürürlüğe girme ve uygulanma zamanları birbirinden ayrılmıştır. Buna göre Tüzük, AB Resmî Gazetesi'nde yayımını takip eden 20. gün yürürlüğe girecek fakat 17 Aralık 2009'dan itibaren uygulanmaya başlayacaktır[129]. Buna göre, Resmî Gazete'de yayımlanma tarihi 04.07.2008 olan Tüzük, 24.07.2008'de yürürlüğe girmiş; fakat 17 Aralık 2009'dan itibaren (ve bu tarihten itibaren yapılan sözleşmelere[130] etkili olmak üzere) uygulanmaya başlamıştır[131]. Bu kural, sigorta sözleşmeleri dâhil olmak üzere Tüzük'ün kapsamındaki tüm sözleşmeler için geçerlidir. Dolayısıyla 17

[128] Bkz. 81 vd.
[129] Bunun tek istisnası, 17 Haziran 2009'dan itibaren uygulanacağı öngörülen 26. maddedir. Madde, üye ülkelerin taraf olduğu diğer milletlerarası sözleşmelerle ilgili olarak Komisyon'a bilgi verilmesine ilişkindir.
[130] Esasen Tüzük'ün resmî olarak yayımlandığı 04.07.2008 tarihli metinde "17 Aralık'tan sonra yapılan sözleşmeler" ibaresi yer almaktaydı. Bu ibare, 2009 yılında AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanan bir düzeltme metni ile "17 Aralık 2009'dan itibaren yapılan sözleşmeler" olarak değiştirilmiştir, bkz. Corrigendum To Regulation (EC) No 593/2008 Of The European Parliament And Of The Council of 17 June 2008 On The Law Applicable To Contractual Obligations, OJ L 309, 24.11.2009, s. 87.
[131] Md. 26 hariç.

Aralık 2009'dan önce yapılan bir sigorta sözleşmesi, Tüzük'ün yürürlüğe girdiği tarih olan 24.07.2008'den sonra akdedilmiş olduğu hâlde, zaman bakımından Tüzük'ün uygulama alanı dışında kalmaktadır. Bu durumda, söz konusu sözleşmeler ile ilgili olarak meydana gelen ihtilâflardan doğan davalarda, Roma Konvansiyonu'nun uygulanmaya devam edeceğini belirtmek gereklidir.

D. Sigorta Sözleşmelerinin Bağlantılı Olduğu Ülkelere Göre Ayrım Yapılması

Roma I Tüzüğü esas itibarıyla tüm üye ülkelerde yeknesak bir uygulamayı hedeflemiştir. Bu doğrultuda, Tüzük çalışmaları, AB içinde ortak uygulanacak bir AB hukuku düzenlemesi oluşturmak amacıyla yürütülmüştür. Bu hedef, hemen hemen gerçekleşmiştir. Zira Tüzük, Danimarka hariç tüm üye ülkelerde uygulanmaktadır. Nitekim Avrupa Birliği Antlaşması'na ek olarak Danimarka'nın pozisyonu ile ilgili düzenlenen protokol'ün[132] 1. ve 2. maddeleri uyarınca Danimarka'nın bu Tüzük'ün uygulanmasına katılmayacağı ve hükümleriyle bağlı olmayacağı, Tüzük'ün giriş kısmının (46). paragrafında ortaya konmuştur[133]. Yani,

[132] Protocol On The Position Of Denmark, OJ C 340, 10.11.1997, s. 101.

[133] Esasen, Danimarka'nın Tüzük'ün uygulanmasına katılma hakkı da bulunmamaktadır. Nitekim, Amsterdam Antlaşması'nın IV. Başlığı altında yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının uyumlulaştırılmasına dair önlemlere ve bu amaçla yapılan hukuki düzenlemelere Danimarka, İrlanda ve Birleşik Krallık'ın katılmayacağı, Antlaşma'ya ek olarak bu ülkelere özgü düzenlenen Protokollerde belirtilmekle beraber; İrlanda ve Birleşik Krallık'a, belirli süreler içinde yazılı bildirim yapmaları şartıyla söz konusu düzenlemelerin hazırlık ve karar aşamalarına katılma hakkı tanınmış, Danimarka'ya ise böyle bir hak tanınmamıştır. Bu konuda bkz. Ekşi, s. 17; ayrıca bkz. Bayraktaroğlu Özçelik, G., "Avrupa Topluluğunun Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Uluslararası Anlaşma Akdetme Yetkisi ve C-01/03 Sayılı ve 7 Şubat 2006 Tarihli Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Görüşü", **AÜHFD**, Y. 2008, C. 57, S. 2, s. 23.

Danimarka mahkemeleri Roma Konvansiyonu'nu ve sigorta direktiflerindeki kanunlar ihtilâfı kurallarını eskiden olduğu gibi uygulamaya devam edecektir[134].

Ancak, Tüzük'ün uygulanması bakımından, Danimarka'ya özel bir statü getirilmiştir. Zira Tüzük'te genel olarak "üye ülke" terimi sadece Tüzük'ün uygulandığı ülkeleri (Danimarka hariç) ifade etmekle beraber; Tüzük'ün uygulama alanını düzenleyen md. 1(4)'ün ikinci cümlesinde, md. 3(4) ve md. 7 bakımından tüm üye ülkelerin (Tüzük'ün uygulanmadığı Danimarka dâhil) kastedildiği belirtilmektedir. İleride inceleneceği gibi Tüzük'ün 7. maddesi, sigorta sözleşmelerine özgü bağlama kuralları içerirken; md. 3(4), md. 7'nin kapsamına girmeyen sigorta sözleşmeleri bakımından hukuk seçimi yapılan hâllerde AB Hukukunun sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek hükümlerinin de olaya uygulanmasına ilişkindir. Bu kapsamda, ileride incelenecek olan 7. maddede, riskin bulunduğu yer bağlamında zikredilen üye ülkeler ya da bazı sigorta sözleşmelerinde tarafların seçebileceği hukuklar gösterilirken gönderme yapılan ülkeler arasında, Tüzük'ü kendi mahkemelerinde uygulamayan Danimarka'nın da bulunduğu hesaba katılacaktır. Doktrinde, Danimarka'nın, md. 3(4)'te işaret edilen üye ülkeler arasında sayılması, uygulanacak hukuktan bağımsız olarak ve belli şartlar dâhilinde AB Hukukunun sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek hükümlerinin olaya uygulanmasına ve bu yolla AB Hukukunun söz konusu hükümlerinin korunması açısından bir bütünlük olmasına katkı sağlayacağı için desteklenmiştir[135].

---

[134] Bkz. Plender, R. / Wilderspin, M., **The European Private International Law Of Obligations**, Third Edition, London 2009, s. 296. Bundan başka, Amsterdam Antlaşması'nın 299(3). maddesine göre, Fransa, Hollanda ve Birleşik Krallık'a bağlı olan bazı toprak parçalarının (örn. Hollanda Antilleri) durumu da benzerdir, bkz. Garcimartín Alférez, s.62.

[135] Heiss, H., "Party Autonomy", **Rome I Regulation The Law Applicable To Contractual Obligations In Europe**, Ferrari, F. / Leible, S. (ed.), Munich 2009, s. 6, (Party Autonomy).

Bu noktada, Birleşik Krallık'ın da ilk etapta Roma I Tüzüğü'nün uygulanmasına katılmak istemediği belirtilmelidir. Bu husus, Avrupa Birliği Antlaşması'na ek olarak düzenlenen Birleşik Krallık ve İrlanda'nın pozisyonu ile ilgili Protokol'ün[136] 1. maddesine dayanmaktadır. İrlanda, bu Protokol'ün 3. maddesindeki hakkına dayanarak Tüzük'ü uygulama niyetini bildirmiştir[137]. Birleşik Krallık ise, Tüzük'teki hukuk seçimi, seçim yokluğunda uygulanacak hukuk, tüketici sözleşmeleri, acentayla yapılan sözleşmeler, doğrudan uygulanan kurallar, temlik ve halefiyet konularındaki düzenlemelerle ilgili olarak endişelerini belirtmiş[138] ve bu durum, yukarıda anılan Protokol'ün 1. ve 2. maddelerine yansımıştır[139]. Ancak, konu üzerine hukukî çevrelerden görüş alınan bir değerlendirme safhasından ve Tüzük tasarısındaki bazı düzenlemelerin değiştirilmesinden sonra Birleşik Krallık, söz konusu kararından dönmüş ve Tüzük'ün yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra Avrupa Komisyonu'na, Tüzük'ün uygulanmasına katılma niyetini bildirmiştir[140]. Komisyon, bu talebe cevaben yayımladığı görüşte, Birleşik Krallık'ın AB Hukukunun temel belgelerinden birini oluşturacak olan Roma I Tüzüğü'nü uygulama kararını

[136] Protocol On The Position Of The United Kingdom And Ireland, OJ C 340, 10.11.1997, s. 99.
[137] İrlanda'nın anılan Protokol'de yer alan ve AB'nin özgürlük, güvenlik ve adalet alanında alacağı her tür önleme katılma hakkını kullanma bildirimi için bkz. Declaration By Ireland On Article 3 Of The Protocol On The Position Of The United Kingdom And Ireland In Respect Of The Area Of Freedom, Security And Justice, OJ C 306, 17.12.2007, s. 268-269. Ayrıca bkz. Tüzük'ün giriş bölümünün (44). paragrafı.
[138] Bkz. UK Ministry Of Justice, The Northern Ireland Department Of Finance And Personnel And Scottish Government, "Rome I: Should The UK Opt In?", Consultation Paper CP05/08, 02.04.2008, http://www.justice.gov.uk/docs/cp0508.pdf (21.01.2011).
[139] Bu husus Roma I Tüzüğü'nün giriş bölümünün 45. paragrafına, "Birleşik Krallık'ın Tüzük'ün uygulanmasına katılmayacağı ve hiçbir hükmüyle bağlı olmayacağı" şeklinde yansımıştır.
[140] Dicey, A.V. / Morris, J. H. C. / Collins, L., **The Conflict Of Laws**, Second Cumulative Supplement To The Fourteenth Edition, Collins, L. (ed.), London 2008, s. 220.

memnuniyetle karşıladığını belirtmiş ve bu görüşünün Birleşik Krallık'a bildirimi gününde Tüzük'ün yürürlüğe gireceğini ifade etmiştir[141].

Birleşik Krallık'ın Tüzük'ü kabul etmesinde, Tüzük'ün Konvansiyon'un eleştirilen pek çok yönünü düzeltmiş olması önemli bir etkendir. Bunun yanında, Birleşik Krallık'ın Tüzüğü benimsememesinin, Tüzük'ün AB'de uygulanmasını engellemeyeceği hususu ve bu suretle üye ülkelerin hepsinde (Tüzük'ü uygulamayan Danimarka hariç) Roma I Tüzüğü uygulanırken, Birleşik Krallık'ta uygulanmamasının yaratacağı ikilik de, Birleşik Krallık'ın Tüzük'ü uygulamaya karar vermesinde etkili olmuştur[142].

Özetlemek gerekirse Roma I Tüzüğü'nün 1(4). maddesi uyarınca Tüzük, Danimarka hariç tüm AB üyesi ülkelerde uygulanmakta; bu bağlamda Tüzük'te geçen "üye ülke" terimi, sadece Tüzük'ü uygulayan üye ülkeleri ifade etmektedir. Bununla beraber aynı maddede hukuk seçimiyle ilgili md. 3(4)'ün ve özel olarak sigorta sözleşmelerini düzenleyen md. 7'nin bu kuraldan istisna edilmesi sebebiyle, 3(4). ve 7. maddelerin kapsamına giren sigorta sözleşmeleri söz konusu olduğunda, bu maddelerde belirtilen ülke hukuklarına Danimarka hukuku da dâhil olacaktır.

[141] Bkz. Commission Opinion On The Request From The United Kingdom To Accept Regulation (EC) No 593/2008 Of The European Parliament And The Council Of 17 June 2008 On The Law Applicable To Contractual Obligations (Rome I), 07.11.2008, COM (2008) 730 Final, s. 2.
[142] UK Ministry Of Justice, s. 37.

II. BÖLÜM

SİGORTA SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKU TAYİN EDEN ROMA I TÜZÜĞÜ HÜKÜMLERİ VE BU HÜKÜMLER IŞIĞINDA TÜRK HUKUKUNA DAİR BİR TAHLİL

I. Tüzük'te Yapılan Tasnif Dâhilinde Sigorta Sözleşmeleri ve Uygulanacak Hukuk

Roma I Tüzüğü'nün sigorta sözleşmelerine özgülediği bağlama kuralı, "sigorta sözleşmeleri" başlıklı 7. maddede karşımıza çıkmaktadır. İlk bakışta maddenin, herhangi bir sigorta türü temel alınarak değil, genel anlamda sigorta sözleşmelerine göre kaleme alındığı görülmektedir. Ancak uygulama alanı bakımından, maddenin reasürans sözleşmelerini kapsamadığı, madde metninde açıkça belirtilmektedir. Dolayısıyla 7. madde; reasürans sözleşmeleri hariç olmak üzere, maddenin içerdiği şartları taşıyan tüm sigorta sözleşmelerine uygulanacaktır.

Sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından 7. maddede ayırt edici unsur olarak "riskin büyüklüğü" kabul edilmiştir. Bu noktada, AB'ye üye ülkeler ve bunların dışında kalan ülkeleri, riskin bulunduğu yer açısından da ayırmak gerektiği görülmektedir. Maddenin ilk üç paragrafı aynen şu şekildedir:

1. Bu madde; risk, üye ülkelerden birinde bulunsun ya da bulunmasın, ikinci paragrafta belirtilen sözleşmelere ve üye ülkelerin sınırları içinde bulunan riskleri

sigortalayan diğer tüm sigorta sözleşmelerine uygulanır. Bu madde reasürans sözleşmelerine uygulanmaz.

2. Hayat Sigortası Dışındaki Doğrudan Sigorta Sözleşmelerinin Yapılandırılması ve Takibi ile İlgili Kanun, Tüzük ve İdari İşlemlerin Düzenlenmesine İlişkin 24 Temmuz 1973 Tarihli ve 73/239/EEC Sayılı Birinci Konsey Direktifi'nin 5(d) maddesinde tanımlandığı gibi büyük bir risk içeren sigorta sözleşmesi, bu Tüzük'ün 3. maddesine uygun olarak tarafların seçtiği hukuk tarafından idare edilir.

Uygulanacak hukuk, taraflarca seçilmediği ölçüde; sigorta sözleşmesi, sigortacının mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukuku tarafından idare edilir. Eğer olayın tüm hâl ve şartlarından, sözleşmenin açıkça başka bir ülkeyle daha sıkı ilişkili olduğu anlaşılıyorsa, o ülkenin hukuku uygulanır.

3. Eğer ikinci paragraf kapsamına girmeyen bir sigorta sözleşmesi söz konusu ise, taraflar, madde 3'e uygun olarak yalnızca aşağıdaki hukukları seçebilir:

(a) Sözleşme tamamlandığı sırada riskin bulunduğu üye ülkelerden birinin hukuku;

(b) Poliçe sahibinin[143] mutad meskeninin[144] bulunduğu ülkenin hukuku;

(c) Hayat sigortasında poliçe sahibinin vatandaşı olduğu üye ülkenin hukuku;

(d) Riskin bulunduğu üye ülkeden başka bir üye ülkede meydana gelen olaylarla sınırlı olan riskleri sigortalayan sözleşmeler için, o üye ülkenin hukuku;

---

[143] AB Hukukunda ve doktrininde "poliçe sahibi" (*"policy holder"*) terimi, esasen "sigorta ettiren" teriminin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Genel olarak poliçe sahibi (sigorta ettiren), aynı zamanda sigorta sözleşmesindeki haklardan faydalanan, yani "sigortalı" olmakla beraber; bazı durumlarda poliçe sahibi ile sigortalı farklı kişi olabilmektedir. Bu duruma özellikle üçüncü kişi lehine yapılan hayat sigortalarında rastlanmaktadır. Burada, sözleşmeyi yapan kişi olan "sigorta ettiren" ile, sigorta hakkından faydalanacak olan "lehdar" farklı kişileri ifade etmekte ve sözleşmeden doğan tüm borçları ifa etme yükümlülüğü, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe sigorta ettirene ait olmaktadır, bkz. Can, s. 249. O nedenle Tüzük'ün kullandığı "poliçe sahibi" teriminin, başkası lehine sigorta yapılmayan hâller bakımından hem "sigorta ettiren", hem de "sigortalı"yı ifade ettiği; başkası lehine sigorta yapılan hâller bakımından ise, sadece "sigorta ettiren" kişiyi ifade ettiği söylenebilecektir.

[144] Mutad mesken kavramı "ikametgâh" kavramında olduğu gibi bir günde sahip olunabilecek bir yerleşim yerini değil; kayda değer bir süre boyunca ve sürekli yerleşme niyetiyle sahip olunan yerleşim yerini ifade etmektedir, bkz. Collier, J. G., **Conflict Of Laws**, Third Edition, Cambridge 2001, s. 55-56.

(e) Bu paragrafta yer alan bir sözleşmedeki poliçe sahibinin ticarî veya sınai bir faaliyet ya da serbest meslek yürüttüğü ve sigorta sözleşmesinin bu faaliyetlerle ilgili ve farklı üye ülkelerde bulunan iki ya da daha fazla riski içerdiği hâllerde, ilgili üye ülkelerden birinin hukuku ya da poliçe sahibinin mutad meskeni hukuku.

(a), (b) veya (e)'de düzenlenen hâllerde, belirtilen üye ülkelerin sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından daha geniş bir hukuk seçimi özgürlüğü öngörmesi hâlinde, taraflar bu özgürlüğü kullanabilir.

Bu paragrafa göre uygulanacak hukuk taraflarca seçilmediği ölçüde; sözleşmeye, sözleşme tamamlandığı sırada riskin bulunduğu üye ülkenin hukuku uygulanır.

İlk üç paragrafa bakınca, "büyük risk" ve "küçük risk" ayrımı dâhilinde sigorta sözleşmesini farklı düzenlemeye tâbi tutmanın tercih edildiğini görebiliriz. Esasen bu ayrım, md. 7(2)'de açıkça görüldüğü üzere, Tüzük'e özgü bir ayrım değil; Konsey'in sigorta direktiflerinden biri olan Hayat Sigortaları Dışındaki Doğrudan Sigortalara İlişkin Birinci Konsey Direktifi'nde[145] yer alan eski bir ayrımdır. Buna göre AB'ye üye ülkelerin sınırları içinde olsun ya da olmasın, büyük riskleri içeren sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk, Tüzük'ün 7. maddesine tâbi olacaktır. Eğer risk büyük değilse, 7. maddenin kapsama alanına girilebilmesi için, riskin mutlak surette üye ülkelerden birinde bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla Direktif'te tanımlandığı kadarıyla "küçük" kabul edeceğimiz risklerin, bulundukları yere göre özel ihtilâf kuralı olan 7. madde kapsamına girmemesi söz konusu olabilecektir.

[145] First Council Directive 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, 73/239/EEC, OJ L 228, 16.8.1973, s. 3. Söz konusu ayrım, bu Direktif'in 88/357/EEC ve 90/618/EEC sayılı Konsey Direktifleri ile değiştirilmiş hâlinde bulunmaktadır.

Tüzük'ün sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyiş biçimini anlamak için 7. maddenin birinci paragrafı ile bu paragrafta atıf yapılan ikinci paragrafı birlikte değerlendirmek gereklidir. Maddeye bu şekilde bakılınca, AB'ye üye ülkelerin sınırları dışında bulunan riskleri sigortalayan sözleşmelerin, söz konusu risklerin "büyük" ya da "küçük" olmasına göre farklı kurallara tâbi tutulacağı anlaşılmaktadır. Esasen bu ayrımın, riskin ekonomik değerine ve poliçe sahibinin pazarlık gücüne dayandığı kuşkusuzdur[146]. Dolayısıyla madde hazırlanırken, AB sınırları dışındaki riskleri sigortalayan sözleşmeler bakımından, büyük risk içeren, yani sigortalanan riskin değerinin belli bir sınırın üzerinde olduğu, daha büyük sermayeli şirketlerce ve ticarî getirisi daha yüksek olan sigorta sözleşmelerinde poliçe sahibinin korunmaya muhtaç olmadığı varsayımı üzerinde durulduğu görülmektedir. Nitekim doktrinde, AB sınırları dışında küçük riskler ile büyük risklerin ayrılmasının, poliçe sahibinin özel olarak korunmaya muhtaç olup olmadığı kıstasının dikkate alınmasından kaynaklandığı belirtilmiştir[147]. Bu düşünceyle yapılan ayrıma göre, küçük risk içeren sigorta sözleşmelerinde uygulanacak hukukun seçimi pek çok kısıtlamaya tâbi tutulmuş, pazarlık gücü zayıf olan taraf aleyhine bir hukuk seçimi yapılmasını önlemek amaçlanmıştır. Hukuk seçimi bulunmayan durumlarda da, aynı paralelde bir koruma anlayışının olduğu söylenebilir. Oysa büyük risk içeren sözleşmeler bakımından Tüzük, kural olarak taraflara tam bir hukuk seçimi özgürlüğü tanımış; hukuk seçimi bulunmadığı ölçüde ise sigortacının mutad meskeninin bulunduğu yere bağlanmıştır[148]. Esasen küçük ve büyük risk içeren sözleşmeler için farklı uygulanacak hukuk rejimleri

[146] Seatzu, (Insurance), s. 133.
[147] Gruber, U. P., "Insurance Contracts", **Rome I Regulation The Law Applicable To Contractual Obligations In Europe**, Ferrari, F. / Leible, S. (ed.), Munich 2009, s. 111.
[148] Bkz. md. 7(2).

öngörülmesine ilişkin ayrım, büyük riskleri sigortalatan hukuk kişilerinin, "zayıf taraf" sayılamayacağı düşüncesinden ileri gelmektedir. Bununla beraber, ortaya çıkan sistemin ne denli bu dengeyi koruduğu bazı durumlarda tartışmalı olabilmektedir. Nitekim yakın geçmişteki bazı ABAD kararlarında, güçlü pazarlık kabiliyeti bulunan büyük işletmelerin de "zayıf taraf" olarak nitelendirildiği görülmüştür[149].

A. Büyük Risk İçeren Sigorta Sözleşmeleri

1. Büyük Risk Kavramı

Tüzük'ün 7(3). maddesinde "büyük risk"in ne olduğu, açıkça tanımlanarak değil; Hayat Sigortaları Dışındaki Doğrudan Sigortalara İlişkin Birinci Konsey Direktifi'ne gönderme yapılmak suretiyle belirlenmiştir. Dolayısıyla, büyük risk kavramını açıklamak için, ilgili Direktif hükmünden yararlanmak gerekmektedir.

Direktif'in 5(d). maddesine[150] göre büyük risk kategorileri şunlardır:

(i) Ek-A'da yer alan 4, 5, 6, 7, 11 ve 12 sınıflarındaki riskler;

(ii) Sigortalananın profesyonel olarak ticarî veya sınai bir faaliyet ya da başka bir serbest meslek yürüttüğü ve riskin bu faaliyetlerle ilgili olduğu durumlar bakımından Ek-A'da yer alan 14 ve 15 sınıflarındaki riskler;

[149] Bkz. Tsang, K. F., "Forum Shopping In European Insurance Litigation: What We Have Learned From New Hampshire Insurance Co. v. Strabag Bau", **The Columbia Journal Of European Law Online**, Vol. 16, 2009, s. 3.

[150] Bu madde Direktif'in yürürlüğe girdiği 24.07.1973 tarihli ilk hâlinden sonra yapılan pek çok değişiklik ile hâlihazırdaki şeklini almıştır.

(iii) Sigortalanan, aşağıda yer alan üç kriterden en az ikisinde, belirtilen sınırları aşıyorsa, Ek-A'da yer alan 3, 8, 9, 10, 13 ve 16 sınıflarındaki riskler.

***Birinci aşama**: 31 Aralık 1992'den itibaren:*

-Total bilanço: 12,4 milyon ECU[151]*,*

-Net ciro: 24 milyon ECU,

-Mali yıl süresince ortalama çalışan sayısı: 500.

***İkinci aşama**: 1 Ocak 1993'ten itibaren:*

-Total bilanço: 6,2 milyon ECU,

-Net ciro: 12,8 milyon ECU,

-Mali yıl süresince ortalama çalışan sayısı: 250.

Eğer sigortalanan, 83/349/EC[152] *numaralı Direktif bağlamında hesapları konsolide olan bir özel teşebbüs grubundan ise, yukarıda belirtilen kriterler konsolide hesaplar üzerinden uygulanır.*

Her üye ülke; profesyonel kurumlar, ortak girişimler ve geçici grupların sigortaladığı riskleri (iii)'de belirtilen kategorilere ekleyebilir.

Görüldüğü üzere maddede ekonomik birtakım ölçütler esas alınmak suretiyle büyük riskin tanımı yapılmıştır. Fakat büyük riskin ne olduğunu anlayabilmek için, maddede gönderme yapılan Direktif'in Ek-A kısmına da bakmak gereklidir. Buna göre, *(i)*'nin göndermesiyle, herhangi bir koşul olmaksızın büyük sayılacak riskler, *demiryolu araçlarından doğan tüm zarar ve kayıplar* (Ek A, 4. Sınıf), *uçaklarla ile ilgili tüm zarar ve kayıplar* (Ek-A, 5. Sınıf), *gemilerle ilgili tüm*

[151] "ECU" (European Currency Unit), 13 Mart 1979'da Avrupa Birliği içinde, özellikle de finansal boyutlu milletlerarası sözleşmelerde kullanılmak üzere ortaya çıkmış olan ve üye ülkelerin para birimlerini ortak bir değer üzerinden göstermeye yarayan hesaplama birimidir. ECU, 1 Ocak 1999'da yerini Euro'ya bırakmıştır (1 Euro=1 ECU).

[152] OJ L 193, 18.07.1983, s. 1.

zarar ve kayıplar (deniz, göl, nehir ve kanal araçları dâhil) (Ek-A, 6. Sınıf), *hangi taşıma şekli olursa olsun transit (taşıma hâlindeki) mallarla ilgili (ticarî emtia, yolcu eşyası ve diğer tüm mallar) tüm zarar ve kayıplar* (Ek-A, 7. Sınıf), *uçak sorumluluğu (taşıyıcının sorumluluğu dâhil uçağın kullanımından kaynaklanan tüm yükümlülükler)* (Ek-A, 11. Sınıf), *gemi sorumluluğu (deniz, göl, nehir veya kanallarda kullanılan gemi, tekne ya da vapur gibi su araçlarının kullanımından doğan tüm yükümlülükler)* (Ek-A, 12. Sınıf) olarak belirlenmiştir.

Eğer sigortalanan, ticarî veya sınai bir faaliyet veya herhangi bir serbest meslek yürütüyor ve risk, bu faaliyetlerden doğuyorsa *(ii)* uyarınca *genel olarak iflâs, ihracat kredisi, kredili borçlanma, ipotek* ve *tarım kredisi* borçlarıyla (Ek-A, 14. Sınıf) *doğrudan* ve *dolaylı kefâlet* (Ek-A, 15. Sınıf) ile ilgili olması hâlinde de söz konusu risklerin "büyük risk" sayılacağı belirtilmiştir.

Bunların yanı sıra sigortalanan, *(iii)*'de belirtilen total bilanço, net ciro ve ortalama çalışan sayısı kriterinden ikisinde sınırları aşıyorsa, *motorlu ve motorsuz kara taşıtlarından doğan tüm zarar ve kayıplar (demiryolu araçları hariç)* (Ek-A, 3. Sınıf), *yangın, patlama, fırtına ve benzeri afet, nükleer enerji ve toprak çökmesi gibi doğal afetlerden doğan tüm hasar ve kayıplar (karayolu, demiryolu, havayolu, denizyolu ve transit mallarla ilgili olanlar hariç)* (Ek-A, 8. Sınıf), *8. sınıfla ilgili olmayıp, dolu yağışı ve don olayları gibi afetler ve de hırsızlığa ilişkin tüm hasar ve kayıplar* (Ek-A, 9. Sınıf)*, karada giden motorlu taşıtların kullanımından doğan sorumluluk (taşıyıcının sorumluluğu dâhil)* (Ek-A, 10. Sınıf)*, genel sorumluluk (10, 11 ve 12. sınıf dışında kalan)* (Ek-A, 13. Sınıf) ve *çeşitli mali kayıplar (işçi*

çalıştırmak, genel anlamda gelir yetersizliği, kötü hava şartları, kazanç kaybı, sürekli ve genel harcamalar, öngörülemeyen ticarî harcamalar, pazar payının kaybı, kira veya hasılat zararı, yukarıda belirtilenler dışında kalan dolaylı ticarî kayıplar, ticaret dışı ekonomik kayıplar ve ekonomik kaybın diğer biçimleri (Ek-A, 16. Sınıf) de büyük risk kapsamına alınacaktır. Ayrıca maddenin açık lafzı gereği, sayılan tüm bu büyük risk kategorileri, konsolide hesapları bulunan teşebbüslerin her biri için değil, "konsolide değer" için geçerli olacaktır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, sayılan tüm bu risk kategorileri dışında madde metninde, üye ülkelere, profesyonel kurumlar, ortak girişimler ve geçici grupların sigortaladığı riskleri *(iii)*'de belirtilen kategorilere ekleyebilme yetkisi tanınmıştır.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, doğaları gereği büyük risk oluşturduğu söylenebilecek eşyalar arasında demiryolu hisse senetleri, uçaklar, gemiler ve transit mallar gösterilebilir. Zira bunlarda herhangi bir parasal sınır öngörülmemiştir. Bunların dışındakiler bakımından, örneğin kredi ödemelerindeki acz hâli, kefâlet gibi durumlarda ancak poliçe sahibinin işiyle bağlantılı olmaları durumunda söz konusu riskler büyük risk kategorisine girmektedir. Eğer yangın, zarar veya mal sigortası, genel sorumluluk sigortası ya da diğer ekonomik kayıplar söz konusu ise, riskin büyük kategorisine girebilmesi için poliçe sahibinin belli bir bilançoyu, ciroyu veya asgarî işçi gereksinimini aşmış olması gerekmektedir[153].

[153] Merrett, (Insurance Contracts), s. 54.

2. Büyük Risk İçeren Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

a. Hukuk Seçimi İmkânı

Bilindiği gibi tarafların, aralarındaki özel borç ilişkisine uygulanacak hukuku serbestçe tayin edebilmeleri, bazı istisnalar dışında, millî ve milletlerarası düzenlemelerin temelini oluşturan ve günümüzün modern sözleşmeler hukukunun olmazsa olmaz kabul ettiği bir ilkedir. Bu ilkenin, sözleşme serbestîsi ilkesinin bir uzantısı olduğu kabul edilmektedir[154]. Hukuk seçimi yaparak, taraflar, aralarında doğması muhtemel ihtilâfın hangi hukuka tâbi olacağı konusundaki belirsizliği ortadan kaldırmış olmaktadırlar[155]. Bu doğrultuda, Roma Konvansiyonu ile benzer bir şekilde, Tüzük'te de uygulanacak hukuk sisteminin değişmez ve en temel ilkesini oluşturan kural (md. 3); özetle, tarafların ilişkilerine hangi hukukun uygulanacağını belirleme yetkilerinin bulunmasını öngörmektedir[156]. Kuşkusuz, modern hukuk anlayışının kabul ettiği bu ilke, özellikle ticarî içerikli sözleşmelerde hukukî kesinlik ve öngörülebilirliği sağlamakta oldukça önemli olduğundan[157], sınırlararası ekonomik hayatın devamlılığı ve milletlerarası ticaretle uğraşan kesimlerin hedeflerini gerçekleştirebilmeleri için de kritik rol oynamaktadır[158]. Bu anlamda sigorta sözleşmeleri bakımından da konu, aynı önemi haizdir.

---

[154] Giuliano/Lagarde, s. 13; Briggs, A., **Agreements On Jurisdiction And Choice Of Law**, Oxford 2008, s. 37, (Agreements).

[155] Sargın, F., **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara 2002, s. 37, (Patent).

[156] Tüzük'ün giriş bölümünün (11). paragrafında da, tarafların uygulanacak hukuku serbestçe belirleme özgürlüğünün, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ortaya çıkardığı kanunlar ihtilâfı meselelerinde temel alınacak ilke olduğu belirtilmektedir.

[157] Fawcett / Carruthers, s. 690; Ekşi, s. 92.

[158] Dickinson, A., "Third-Country Mandatory Rules In The Law Applicable To Contractual Obligations: So Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu?", **Journal Of Private International Law**, Vol. 3, N. 1, 2007, s. 59.

Büyük risk içeren sigorta sözleşmelerindeki hukuk seçimi özgürlüğünün Tüzük'teki görünümüne bakmak için, yukarıda bahsi geçen 7(2). maddeyi hatırlamak gerekmektedir. Buna göre büyük risk içeren sözleşmelerde öncelik, "*Tüzük'ün 3. maddesine uygun olarak tarafların seçtiği hukuk*"a verilmiştir. Yani taraflar, Tüzük'ün 3. maddesi ile uyumlu olan bir hukuk seçimi yaptıkları takdirde, uyuşmazlığa bu hukuk uygulanacaktır. Madde 7(2)'nin konuyu gönderdiği 3. madde, "seçim özgürlüğü" başlığını taşımakta ve ilk iki paragrafında hukuk seçimine ilişkin kıstaslar koymaktadır. Dolayısıyla bu alandaki hukuk seçimi koşullarını inceleyebilmek için, Tüzük'ün 3. maddesinin ilk iki paragrafına yakından bakmak gerekmektedir:

Madde 3: Seçim Özgürlüğü

1. Bir sözleşme, tarafların seçtiği hukuk tarafından idare edilir. Bu seçim açıkça yapılmalı veya sözleşme maddelerinden ya da olayın hâl ve şartlarından açıkça belli olmalıdır. Bu seçimle taraflar sözleşmenin tamamına veya sadece bir bölümüne uygulanacak hukuku seçebilirler.

2. Taraflar; ister bu maddeye göre daha önceden yaptıkları hukuk seçimine, ister Tüzük'ün diğer hükümlerine dayanarak, sözleşmeyi, daha önceden onu idare eden hukuktan başka bir hukuka tâbi kılma hususunda her zaman anlaşabilirler. Sözleşmenin kurulmasından sonra uygulanacak hukukta yapılacak hiçbir değişiklik, 11. maddede belirtilen sözleşmenin şeklî geçerliliğine ya da üçüncü kişilerin haklarına zarar vermez.

Görüldüğü gibi madde, hukuk seçimine esas itibarıyla kısıtlama getirmeyen bir yapıya sahiptir[159]. Hatta bu bağlamda, seçilecek hukukla sözleşmenin herhangi bir ilişkisinin bulunması dahi gerekmemektedir[160].

aa. "Hukuk" kavramı

Yukarıda görüldüğü gibi, Tüzük'ün herhangi bir sınırlama getirmeyen lafzı sebebiyle, irade muhtariyeti ilkesi uyarınca tarafların seçeceği hukukun herhangi bir sınırlama olmaksızın dünya üzerindeki tüm ülkelerin hukuklarından biri (ya da birden çoğu) olabileceğine kuşku yoktur[161]. Burada akla gelebilecek soru, seçilecek hukukun sadece bir ülkenin hukuku mu olabileceği, yoksa milletlerarası ticarî tahkimde sık sık karşılaşıldığı gibi, bir ülkenin hukukundan bağımsız bir yapı, örneğin *lex mercatoria*[162] ya da hukukun genel ilkeleri vb. olup olamayacağıdır. Roma Konvansiyonu'nda da hukuk kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler ortaya atılmış olsa da, tartışmalardan ağırlıkla çıkan sonuç, hukuk kavramının bir "ülkenin hukuku" olarak anlaşılması olmuştur[163].

Esasen, Tüzük tasarısının 3(2). maddesinde, AB bünyesinde veya milletlerarası bir sözleşme olarak kabul edilmiş düzenlemelerin öngördüğü ilke ve kuralların uygulanacak hukuk olarak seçilebileceği belirtilmiştir. Bu madde

[159] Madde 3(3) ve 3(4)'te düzenlenen "sözleşmeyle bertaraf edilemeyen hüküm" kısıtlamaları ileride incelenecektir, bkz. s. 126 vd.
[160] Heiss, (Party Autonomy), s. 2.
[161] Bkz. Tüzük'ün "evrensel uygulama" başlıklı 2. maddesi.
[162] Bilindiği gibi *lex mercatoria*, pek çok ülkede kabul görmüş milletlerarası ticarî örf adetleri ve birtakım ilkeleri içeren bir oluşumdur, Lando/Nielsen, (Proposal), s. 30.
[163] Seatzu, (Insurance), s. 98; Fawcett / Carruthers, s. 698; Lando/Nielsen, (Regulation), s. 1695; Heiss, (Insurance Contracts), s. 273; Vernooij, N. W., "Rome I: An Update On The Law Applicable To Contractual Obligations In Europe", **The Columbia Journal Of European Law Online**, http://www.cjel.net/wp-content/uploads/2009/06/vernooij.pdf (12.08.2011), s. 76.

uyarınca her ne kadar doğrudan *lex mercatoria*'nın seçilebileceği anlaşılmasa da[164], *lex mercatoria*'nın bir parçası olarak kabul edilen ve kodifiye edilerek milletlerarası düzeyde benimsenmiş olan UNIDROIT[165] ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri[166]'nin de uygulanacak hukuk olarak seçilebileceği anlamı çıkmakta ve bu husus, Tüzük'ün getirdiği en önemli yeniliklerden birini oluşturmaktaydı[167]. Ne var ki, Tüzük'ün nihaî metninden bu hüküm çıkarılmıştır[168]. Ancak metinden çıkarılan bu hüküm yerine, Tüzük'ün giriş bölümünün (13). paragrafında getirilen düzenlemeye göre taraflar, sözleşmelerine açık ya da zımnî olarak belli bir ülkenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilecekleri gibi (*party reference*); sözleşmelerinin belirli şartlarını ülkelerüstü bir hukuk sisteminin kurallarına ya da milletlerarası sözleşmelerin hükümlerine tâbi kılabileceklerdir[169] (*incorporation*)[170].

---

[164] Bkz. Heiss, (Party Autonomy), s. 9-10. Seçilebilecek hukuklar arasında doğrudan *lex mercatoria*'nın zikredilmemesinin, "*lex mercatoria*'nın kesinliğinin yetersiz olması" sebebine dayandığı belirtilmiştir, bkz. Boele-Woelki, K. / Lazić, V., "Where Do We Stand On The Rome I Regulation?", http://igitur-archive.library.uu.nl/law/2008-0404-200555/UUindex.html, (12.08.2011), s. 9.

[165] *UNIDROIT Principles Of International Commercial Contracts*. Bunlar sadece Avrupa'ya değil, tüm dünyaya yönelik olarak hazırlanan ve dünya ticarî sözleşmeler hukukunun *Restatement*'larını oluşturan ilkelerdir, bkz. Oğuz, A., "Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi", **AÜHFD**, C. 49, S. 1-4, 2000, s. 57.

[166] Principles Of European Contract Law (PECL). Esasen akademisyenlerden oluşan "Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku" adlı proje grubunun hazırladığı taslak (PEICL) da, özel olarak sigorta alanında bir ülkenin hukukundan bağımsız olarak uygulanacak kurallar bütününü içermekte ve uluslarüstü bir "sigorta hukuku" yaratmak için yol gösterici rol oynamaktadır, bkz. Restatement Of European Insurance Contract Law (Est. by Reichert-Facilides, F. / Heiss, H.), Draft Common Frame Of Reference, Chapter III, Section IX, Insurance Contract, 01.08.2009, http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/restatement/sprachfassungen/peicl-en.pdf (25.01.2011). Burada, millî hukukların müdahalesi, sadece düzenlemenin kapsamında olmayan konulardaki emredici kurallarla sınırlıdır.

[167] Lando/Nielsen, (Regulation), 1696. Esasen UNIDROIT gibi metinlere ait kuralların belirlenmesi ve uygulanması da, yabancı bir hukukun kurallarının belirlenmesi ve uygulanmasından çok daha kolay ve pratiktir, bkz. Boele-Woelki / Lazić, s. 10.

[168] Nitekim hüküm, hem bir kısım akademisyen hem de Avrupa Parlamentosu ve Konseyi tarafından eleştirilmiş ve çıkarılmıştır, bkz. Nishitani, Y., "Party Autonomy And Its Restrictions By Mandatory Rules In Japanese Private International Law: Contractual Conflicts Rules", **Japanese And European Private International Law In Comparative Perspective**, Basedow, J. / Baum, H. / Nishitani, Y. (ed.), Tübingen 2008, s. 89. Maddenin, bu kuralların tespitinde yargıca külfet yüklemesi ve kesinlikten uzak olması gibi doktriner tartışmalar için bkz. Heiss, (Party Autonomy), s. 10-11.

[169] Bu, ilgili hukukta yer alan hükümleri kelime kelime sözleşmeye yazmak şeklinde olabileceği gibi, tarafların belirli bir konudaki hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde o hukukun konuyla ilgili hükümlerinin uygulanacağını belirtmeleri ile de söz konusu olabilecektir, Ekşi, s. 73.

Tarafların *incorporation* yoluyla seçtikleri hukukta sınır ise, sözleşmeye uygulanacak ülke hukukunun, emredici nitelikteki kuralları tarafından çizilecektir[171]. Dolayısıyla taraflar, sözleşmelerinin tamamına uygulanmak üzere bütünüyle ülkelerüstü bir hukuk sistemini veya milletlerarası bir sözleşmeyi seçemeyecek, fakat bunlara ilişkin kuralları, uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, sözleşmelerinin bir parçası yapabileceklerdir.

Aslında 3. maddenin kaleme alınış biçimine bakılacak olursa, birinci paragrafta seçilecek hukukun bir "ülkenin hukuku" ile sınırlanmamış olmasına karşın, sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek hükümleri içeren devam eden paragraflarda, "seçilen ülkenin hukukundan başka bir ülkenin hukukuna ait emredici hükümler" ifadelerine yer verildiği için, maddede kastedilenin, "bir ülkenin hukuku" olduğu anlaşılmaktadır[172]. Buna ilave olarak giriş bölümünün (13). paragrafındaki düzenlemenin varlığı sebebiyle de, bir ülkenin hukuku dışında kalan hukuk sistemlerinin uygulanacak hukuk olarak seçilmesinin, ancak ve ancak *incorporation* yoluyla mümkün olabileceğini, doğrudan ve bir bütün olarak ülkelerüstü hukuk sistemlerinin seçilmesinin yolunun kapandığını söyleyebilmekteyiz.

---

[170] Ayrıca bkz. Lando, O., "The Conflict Of Laws Of Contracts, General Principles", **Recueil Des Cours**, Vol. 189, 1984/VI, s. 255.

[171] Lando/Nielsen, (Regulation), s. 1698; Garcimartín Alférez, s. 67. Roma Konvansiyonu'nda böyle bir hüküm olmamasına rağmen aynı yönde bir değerlendirme yapılmıştır, bkz. Fawcett / Carruthers, s. 699.

[172] Roma Konvansiyonu bakımından aynı yönde ileri sürülen görüşler hakkında bkz. Sargın, (Patent), s. 194, dn. 159.

Bu konuyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir husus da, Tüzük'ün giriş bölümünün (14). paragrafındaki düzenlemedir. Buna göre AB Hukukunda, standart sözleşme şartları dâhil olmak üzere, sözleşmeler hukukunun esaslarına ilişkin bir hukukî düzenlemenin yapılması hâlinde, bununla taraflara, söz konusu düzenlemenin kurallarını seçme yetkisinin verilebileceği de öngörülmüştür. Burada amaçlanan, gelecekte yapılacak sözleşmeler hukukuna ilişkin (ve millî hukuklardan bağımsız) bir düzenlemenin getirdiği kuralların uygulanacak hukuk olarak seçilebilmesi için açık kapı bırakmaktır. Bu bağlamda, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin ve buna benzer olarak oluşturulan Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku[173] (PEICL) gibi çalışmaların AB hukukunda uygulanacak hukuk olarak tanınmasıyla, Tüzük bakımından da tatbik sahası bulmasının arzulandığı söylenebilir. Bu düzenlemelerin, ülkelerde bağlayıcı nitelik taşıyacak şekilde hayata geçip geçmeyeceği henüz muğlak olsa da, bir hukuk politikası olarak ve gelecekte yapılabilecek alternatif düzenlemeler açısından önemli görülmüştür[174]. Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, Tüzük'ün 27(1)(a). maddesine göre, 17 Haziran 2013 tarihinde Avrupa Komisyonu, Avrupa Parlamentosu'na bir değerlendirme raporu sunacak ve bu rapor, sigorta sözleşmelerine uygulanacak kanunlar ihtilâfı kurallarının o zamana kadar yaratmış olacağı etkileri konu edinerek, bu etkiler ışığında Tüzük'ün sigorta sözleşmeleriyle ilgili hükümlerinin değiştirilmesine dair bir teklif metnini de içerecektir[175]. Bu metinde sigorta sözleşmeleri alanındaki olası gelişmelerin gözönüne alınması ihtimali bulunduğunu söyleyebiliriz.

[173] Bkz. dn. 166.

[174] Heiss, (Part Autonomy), s. 13. Bunun yanı sıra, eğer düzenleme hayata geçecekse, herhangi bir engele takılmaması için bunun yine bir tüzük şeklinde yapılmasının uygun olacağı belirtilerek, varsayımsal bir tüzüğe ilişkin giriş maddesi örneği verilmiştir; bkz. Heiss, (Part Autonomy), s. 14.

[175] Revize edilecek diğer madde ise 27(1)(b)'ye göre tüketicinin sözleşmelerine uygulanacak hukuk ile ilgili 6. maddedir. *Heiss* gibi Tüzük'ün sigorta sözleşmelerine ilişkin düzenlemesini hayal kırıklığı olarak değerlendiren hukukçular için, bu revizyon maddesinin daha ideal bir kurala ulaşmak için bir

bb. Hukuk Seçiminin Yapılış Biçimi ve Zamanı

Hukuk kavramından ne anlaşılması gerektiğini ortaya koyduktan sonra, seçimin nasıl yapılabileceğini de incelemek gereklidir. Maddeye göre tarafların açıkça bir hukuk seçimi yaptığı ya da sözleşme maddelerinde yer alan yahut da olayın hâl ve şartlarından açıkça bir hukuk seçildiğinin belli olduğu durumlarda, söz konusu hukuk o ilişkiye uygulanacaktır[176]. Bundan anlaşılan, hukuk seçiminin *açıkça* veya *zımnen* yapılabilecek olduğudur. Seçimin açıkça yapılması, "*bu sözleşmeye Fransız hukuku uygulanacaktır*" gibi net bir ifade ile ya da "*bu sözleşme Fransız hukukuna uygun olarak yorumlanacaktır*" gibi daha dolaylı bir göndermeyle yapılabilecektir[177]. Seçimin zımnen yapılmış olması ise sözleşmenin şartlarında seçimin açıkça görülmemesini, başka bir deyişle, hukuk seçimine işaret eden iradeye yönelik doğrudan bir beyanın mevcut olmamasını[178] ifade etmektedir. Seçimin açıkça ya da zımnen yapılmış olması, onun tanımlanabilir olmasını gerektirmektedir. Yani, sözleşme kurulurken, "ileride Alman hukuku veya Fransız hukuku seçilecektir" gibi değişken bir ifade kullanılması, geçerli bir hukuk seçimi bulunduğunu kabul etmek için yeterli olmayacak ve sözleşmenin kuruluşu anı bakımından, seçim yapılmayan hâllerde uygulanacak hukuk kuralları devreye girecektir[179].

---

umut olduğunu belirtmek gerekir, Heiss, (Insurance Contracts), s. 282; Merrett, (Insurance Contracts), s. 66.

[176] Tüzük'ün yürürlüğe girmesinden kısa bir süre öncesine kadar madde metninde Konvansiyon'da yer aldığı gibi hukuk seçiminin "makûl bir kesinlik" ile belli olması ifadesi bulunmaktaydı. Ancak çokça eleştirilen bu ifade "açıkça" ibaresi ile değiştirilmiştir, bkz. Report On The Proposal, s. 24. Nitekim "makûl" kelimesi, doktrinde de kesinlikten uzak bulunmuştur, bkz. Lando/Nielsen, (Regulation), s.1698.

[177] Konvansiyon bakımından da aynı durum söz konusudur, bkz. Briggs, (Conflict), s. 166.

[178] Sargın, (Patent), s. 195.

[179] Fawcett / Carruthers, s. 700.

Zımnî hukuk seçimine mahkeme nezdinde kanıt oluşturacak olgulardan birine örnek olarak, sözleşmenin, belli bir hukuk sistemi tarafından düzenlendiği bilinen standart sözleşme formlarına göre yapılmış olması verilmiş, somut olarak ise *Lloyd's*[180]'un deniz sigortalarına ilişkin poliçe tipi gösterilmiştir[181]. Benzer olarak, bir reasürans sözleşmesinde kullanılan standart formların ait olduğu hukukun da, zımnî hukuk seçimine işaret edeceği söylenebilecektir[182]. Bunun dışında, tarafların daha önceki benzer içerikteki ilişkilerinde açık olarak gösterilen hukuk seçimi de, mahkemenin önüne gelen olayda, zımnen bu hukukun seçildiğini gösterir nitelikte kabul edilmiştir[183]. Örneğin, bir reasürans sözleşmesine ek olarak yapılan sigorta sözleşmesinde, tarafların, hukukî ilişkilerinde esaslı bir değişikliğe gitmemiş olmaları kaydıyla, reasürans sözleşmesinde yer alan hukuk seçimi, zımnen sigorta sözleşmesinde de yapılmış kabul edilebilecektir[184]. Ne var ki bu göstergeler, birbiriyle çeliştiği takdirde, zımnî hukuk seçimine işaret etmekten uzak olacaktır. Söz gelimi, zaman bakımından önce yapılan bir reasürans sözleşmesinde, İngiltere'den başka bir ülkenin hukuku lehine yapılan açık hukuk seçiminin, eğer ek olarak yapılan reasürans sözleşmesi *Lloyd's*'un standart formlarında ve Londra'da yapılmış ise, ek sözleşme için zımnî hukuk seçimine kanıt oluşturduğunu söylemek mümkün olmayacak ve yine, hukuk seçimi yokluğunda uygulanacak kurallara başvurulacaktır[185]. Zımnî hukuk seçimine bir başka gösterge olarak da örneğin tarafların, sözleşmede açıkça Fransız hukukunu seçmiş olmamakla beraber,

[180] *Lloyd's,* İngiltere'de yer alan ve dünyanın önde gelen sigorta borsasıdır. Bu borsaya katılanlar (üyeler), üstlendikleri riskleri kendi aralarında paylaşmaktadırlar.
[181] Giuliano/Lagarde, s. 16.
[182] Fawcett / Carruthers, s. 702-703.
[183] Giuliano/Lagarde, s. 16: Ekşi, s. 101.
[184] Bkz. Fawcett / Carruthers, s. 704.
[185] Fawcett / Carruthers, s. 705.

sözleşmenin belli şartlarını Fransız Medeni Kanunu'na tâbi kılmalarıyla, mahkemece zımnen Fransız hukukunu seçtiklerinin kabul edileceği belirtilmiştir[186].

Zımnî hukuk seçimine ilişkin Roma Konvansiyonu'nun raporunda yer alan yukarıdaki örneklerin çoğunun, Tüzük bakımından da geçerliliği bulunmaktadır. Bununla beraber özel olarak Tüzük'te de, zımnî hukuk seçiminin göstergelerine dair düzenlemelere rastlanmaktadır. Esasen zımnî hukuk seçiminin varlığına ilişkin belirlemenin yapılmasında karşılaşılabilecek tereddütlere binaen Tüzük tasarısının 3(1). maddesinde, tarafların bir üye ülkenin mahkemesini ya da mahkemelerini yetkili kılması hâlinde, o üye ülkenin hukukunun seçildiğinin varsayılması gerektiği şeklinde bir düzenleme yer almıştır. Başka bir ifadeyle, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa mahkeme seçimi, hukuk seçimine kanıt oluşturacak şekilde değerlendirilmiştir. Ancak bu madde Tüzük'e dâhil edilmemiş; bunun yerine, Tüzük'ün giriş bölümünün (12). paragrafında konuya ilişkin daha yumuşak bir ifade kaleme alınmıştır. Buna göre bir hukuk seçiminin var olup olmadığını belirlerken dikkate alınması gereken faktörlerden birisi, tarafların bir ya da daha fazla üye ülkenin mahkemesini uyuşmazlıklarının çözümü için münhasıran yetkili kılmış olmasıdır. Yani burada da mahkeme seçimi, hukuk seçiminin var olup olmadığına dair mutlak bir kanıt olmaktan çok, göz önünde bulundurulması gereken göstergelerden biri olarak ele alınmaktadır. Demek oluyor ki burada, tarafların yapmış olduğu bir yetki anlaşmasında seçilen mahkemenin tâbi olduğu hukukun, tarafların sözleşmelerine uygulanmasını istedikleri hukuk olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapılması gerektiği düşünülmektedir. Bu düşüncenin Tüzük'ün giriş bölümünde yer almasında, bazı üye ülkelerin Roma Konvansiyonu bakımından

[186] Giuliano/Lagarde, s. 16.

mahkeme seçimini zımnî hukuk seçimine gösterge olarak kabul etmelerindeki isteksizliklerinin etkili olduğu belirtilmiştir[187]. Bununla beraber doktrinde bir görüş, zımnî hukuk seçimine dair bu giriş paragrafının, bir "madde" olmasa da, uyuşmazlığı çözen mahkemenin göz ardı edemeyeceği şekilde düzenlendiğini ifade etmektedir[188]. Yine de bu paragrafların, bir "madde" kadar kesinlik ve öngörülebilirlik sağlayamayacağı ve bunlara her üye ülke mahkemesinde farklı hukukî etki tanınabileceği ihtimâlini de göz ardı etmemek gerekir[189]. O nedenle bu noktada belirtmek gerekir ki, bu tür konuların Tüzük'ün giriş kısmında düzenlenerek çözümlenmeye çalışılması neticesinde tatbikatta belirsizlikler ortaya çıkacağını söylemek mümkündür. Zira "yeknesak" da olsa hukuktaki boşluklar ve çeşitlilik, uygulamada sorun yaratacaktır[190].

Söz konusu giriş paragrafında dikkat edilecek bir diğer nokta ise zımnî hukuk seçimi yapılabilecek ülkelerden bahsedilirken sadece "üye ülke" ifadesinin kullanılmış olmasıdır. Yani burada, bir yetki anlaşması vasıtasıyla, üçüncü bir ülkenin hukukunun seçildiğine dair zımnî hukuk seçimi kabulü yoktur. Kısacası, giriş bölümünün (12). paragrafı anlamında bir zımnî hukuk seçiminin kabulünden söz edebilmek için, seçilen mahkemenin üye ülkelerden birinde olması gerekmektedir. Söz konusu paragrafta öngörülen bu kabulün üye ülkeler ile

[187] Fawcett / Carruthers, s. 707.
[188] Bkz. Heiss, (Party Autonomy), s. 2. Nitekim her ne kadar bu paragraflar, birer "madde" gibi ele alınamasa da, Tüzük'ün tamamlayıcısını oluşturmakta ve maddelerin yorumlanmasına rehberlik etmektedir.
[189] Bkz. Bermann, G. A., "Rome I: A Comparative View", **Rome I Regulation The Law Applicable To Contractual Obligations In Europe**, Ferrari, F. / Leible, S. (ed.), Munich 2009, 357-358.
[190] Oğuz, s. 40.

sınırlandırılması, doktrinde, Tüzük'ün uygulanacak hukuk bakımından evrensel uygulama prensibine aykırı olarak değerlendirilmiştir[191].

Esasen Roma Konvansiyonu'nun metninde bu husus yer almamış olsa da, Konvansiyon'a ait *Giuliano/Lagarde* raporunda da yetki ve tahkim anlaşmalarının zımnî hukuk seçimine işaret edebileceği, standart sözleşme şartlarına tâbi olan bir deniz sigortası sözleşmesine ait örnekle açıklanmıştır[192]. Söz konusu örnekte, yetki anlaşmasını zımnî hukuk seçimine kanaat oluşturacak şekilde değerlendirebilmek için sözleşmenin diğer maddeleri ve olayın şartlarının da bu kanaati desteklemesi gerektiği belirtilmiştir. Doktrinde de, Konvansiyon sistemi bakımından yetki anlaşmalarının zımnî hukuk seçimine kanıt oluşturabileceği yönünde görüşler ağırlık kazanmıştır[193].

Maddenin öngördüğü sisteme göre hukuk seçimi her zaman yapılabileceği gibi; bu seçim, taraf iradeleriyle her aşamada değiştirilebilmektedir (md. 3(2)). Bu bağlamda hukuk seçiminin, sözleşmenin kurulmasından önce, sözleşmenin kurulması sırasında, sözleşme kurulduktan sonra ve hatta mahkeme safhasında da yapılabileceği söylenebilir. Ancak taraflar arasındaki hukuk seçimi ilk defa sözleşmenin kuruluşundan sonraki bir safhada yapılmış ise, sözleşmenin kuruluşuyla ilgili uyuşmazlıkların çözümü konusunun, hukuk seçimi yokluğunda uygulanacak hukuka göre yapılması gerekecektir[194]. Bununla beraber, bu değişimin

[191] Boele-Woelki / Lazić, s. 7.
[192] Giuliano/Lagarde, s. 16.
[193] Bu yöndeki bir doktrin görüşüne göre yetki anlaşması, Konvansiyon bakımından da zımnî hukuk seçimine dair kuvvetli bir kanıttır, bkz. Tang, Z., "The Interrelationship Of European Jurisdiction And Choice Of Law In Contract", **Journal Of Private International Law**, Vol. 4, N. 1, 2008, s. 41.
[194] Fawcett / Carruthers, s. 692.

hiçbir şekilde sözleşmenin şeklî geçerliliği ile sözleşmenin kuruluşuyla üçüncü kişilerin (örneğin kefillerin veya bir hakkın lehtarlarının[195]) sahip olduğu kazanılmış hakları ortadan kaldırmayacağı da yine md. 3(2)'nin âmir hükmü olarak karşımıza çıkmaktadır. Somutlaştırmak gerekirse, üçüncü kişi (lehdar) lehine yapılmış bir sigorta sözleşmesinde, uygulanacak hukuk olarak öngörülen hukukun daha sonradan (sözleşmenin ifası, mahkeme safhası vb. durumlarda) değiştirilmesi hâlinde; bu değişim, sigortalının poliçede öngörülen hukuk ile kazandığı hakları zedelemediği ölçüde geçerli olacak; yani sonradan yapılan hukuk seçimi, bu haklar zarara uğradığı ölçüde geçersiz olacaktır. Bunun gibi, tarafların sonradan hukuk seçiminde yaptığı bir değişiklik sebebiyle sözleşmenin şeklen geçersiz hâle gelmesi ve bu şekilde tarafların belirlediği uygulanacak hukuku bertaraf ederek üçüncü kişilerin haklarını zedelemesi de yine md. 3(2) ile önlenmiştir.

cc. Hukuk Seçimi ile Uygulanacak Hukukun Parçalanması

Tüzük'ün 3. maddesine göre hukuk seçiminin sadece belirli konuları, yani sözleşmenin bir kısmını içermesi, ya da farklı bölümler için farklı hukukların seçilebilmesi (parçalama/*dépeçage*[196]) de mümkündür[197]. Ancak md. 3(1)'in hükmü gereği, parçalamaya ilişkin irade de açıkça belirtilmeli ya da olayın şartları bakımından buna ilişkin kuvvetli birtakım göstergeler olmalıdır; aksi hâlde, yani bir belirsizlik ya da tereddüt söz konusu ise olaya tek bir hukuk uygulanmalıdır.

[195] Stone, s. 273.
[196] Bu kavram, Tüzük'ün raporuna ilave olarak getirilen Ek-1'de tanımlanmıştır. Buna göre *dépeçage*, milletlerarası unsurlu bir sözleşmenin farklı bölümlerinin farklı ülke hukukları tarafından idare edilmesidir. Tanımın devamında buna örnek olarak; garanti hükmü İngiliz hukukuna, diğer tüm hükümleri ise Alman hukukuna tâbi olan bir satım sözleşmesi verilmiştir.
[197] Bununla beraber, motorlu taşıt sigortaları ve hayat sigortalarında genellikle yabancı bir unsur bulunmadığı için "parçalama", pratik olarak uygulama alanı bulmamaktadır, bkz. Seatzu, (Insurance), s. 99.

Dolayısıyla tarafların, sözleşmelerinin bir kısmına Alman hukukunun, diğer kısmına ise Hollanda hukukunun uygulanacağını kararlaştırabilecekleri rahatlıkla söylenebilir. Elbette bunun, sözleşmenin parçalanabilir nitelikteki kısımları için geçerli olduğunu da vurgulamak gereklidir. *Giuliano/Lagarde* raporunda bir kısım uzmanın görüşü olarak aktarılan bölüme göre bundan kasıt, sözleşmenin birden fazla bölümünün hukukî ve ekonomik açıdan birbirinden ayrılabilir ve bağımsız olmasıdır[198]. Örneğin bir sigorta sözleşmesinde, poliçe sahibinin İtalya'daki taşınmaz malını yangına karşı sigorta ettirmesiyle ilgili bölüm ile serbest meslek erbâbı olarak çalıştığı Fransa'da meslekî sorumluluk sigortası yaptırmasına ilişkin bölümün farklı hukuklara tâbi kılınması mümkün olabilecektir. Nitekim aynı poliçede yer alan bu iki bölüm de, *Giuliano/Lagarde* raporu ışığında, hukukî ve ekonomik açıdan iki ayrı sigorta sözleşmesine konu olabilecek nitelik taşıdığından; bunları farklı hukuklara tâbi kılmak da, mantıken çelişkili bir durum yaratmayacaktır.

Bu noktada, *Giuliano/Lagarde* raporunun aynı konu hakkındaki açıklamalarının rehberliğinde, farklı hukuklara dair bu seçimin mantıken birbiriyle tutarlı olması ve parçalara ayrılan kısımlara uygulanacak hukukun çatışmaması gerektiğini[199] Tüzük bakımından da söylemenin mümkün olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin, sigorta poliçesinin parçalanabilir bir bölümüne uygulanacak hukuk uyarınca, poliçenin bir hükmünün ihlâli sebebiyle o bölümle ilgili olarak, sigortacı tarafından sigortalıya tazminat ödeme yükümlülüğü kalkarken, aynı poliçenin parçalanabilir başka bir bölümüne uygulanacak hukuk uyarınca, bu diğer bölümle

[198] Giuliano/Lagarde, s. 16.
[199] Giuliano/Lagarde, s. 16.

ilgili olarak sigortalının sahip olduğu tazminat hakkı devam edebilecektir[200]. Bununla beraber, yukarıdaki örnek bakımından, bir bölüme uygulanan hukuk uyarınca poliçe hükmünün ihlâli, poliçenin tümünün hükümsüz olmasını öngörürken, diğer bölüme uygulanacak hukuk böyle bir hükümsüzlük öngörmemekteyse, söz konusu iki hukuk arasındaki bu tutarsızlık, çözümsüzlüğe yol açacaktır. Söz konusu tutarsızlık, örneğin, poliçe sahibinin hak ve yükümlülüklerini belli bir hukuka, sigortacının hak ve yükümlülüklerini ise başka bir hukuka tâbi kılmak gibi bir durumda da ortaya çıkabilecektir[201]. İşte, bu tip durumlarda hukuk seçimini geçersiz kılmak ve uyuşmazlığı, hukuk seçimi olmasaydı hangi hukuk uygulanacak idiyse ona göre çözmek gerekecektir[202]. Aynı şekilde, poliçenin bir kısmına uygulanacak hukukun seçilmiş, fakat kalan kısmı için herhangi bir seçim yapılmamış olması durumunda, seçim yapılan kısım dışında kalan sözleşme bölümleri için, seçim bulunmadığı takdirde uygulanacak hukuka başvurulacaktır[203]. Nitekim *Giuliano/Lagarde* raporunda bu konuyla ilgili olarak, bir bölüm için seçilen hukukun diğer bölümler için de seçilmiş olduğunun varsayılması açıkça reddedilmiştir[204].

b. Hukuk Seçimi Bulunmayan Hâllerde Uygulanacak Hukukun Tâyini

Yukarıda görüldüğü üzere, Roma I Tüzüğü'nün büyük riskleri sigortalayan sözleşmelere uygulanacak hukuk rejimi, hukuk seçimi özgürlüğünü temel almakta ve buna göre tarafların, md. 3'ün çizdiği çerçevede diledikleri hukuku seçme

[200] Benzer olarak bkz. Fawcett / Carruthers, s. 91.
[201] Bkz. Fawcett / Carruthers, s. 692.
[202] Bkz. Giuliano/Lagarde, s. 16.
[203] Fawcett / Carruthers, s. 691.
[204] Giuliano/Lagarde, s. 16-17.

olanağı bulunmaktadır[205]. Tarafların genel olarak bu özgürlüğü kullanmak isteyecekleri, kuvvetle muhtemeldir. Ne var ki bazı hâllerde, hukuk seçimi çeşitli nedenlerden ötürü yapılmayabilir. Bu konuda en sık karşılaşılan hâller, tarafların özellikle kendi istedikleri hukukun uygulanması konusunda ısrarcı olmaları sebebiyle ortak bir hukuk üzerinde uzlaşamamaları, hukuk seçimi yapmayı ihmâl etmeleri ya da önemsememeleri veyahut da yaptıkları hukuk seçiminin herhangi bir sebepten ötürü geçersiz olmasıdır[206]. Hatta "oyun teorisi" olarak adlandırılan kurama göre bazen de taraflardan biri, objektif bağlama suretiyle belirlenecek hukukun menfaatine uygun olacağı kanaatini taşıyıp, bilerek sessiz kalmayı yeğlemektedir[207]. İşte, bu gibi hâllerde hiç kuşkusuz bir uygulanacak hukuk sorunu çıkmaktadır. Esasen böyle durumlarda, bir hukuku diğerine tercih etmek konusunda tamamen âdil bir yol bulmak oldukça zordur[208]. Ne var ki uygulanacak hukukun belirlenmesi bu noktada şart olduğundan, kanunlar ihtilâfı kuralları içeren metinlerde belirli bağlama noktaları oluşturma ihtiyacı doğmaktadır. O hâlde, uygulanacak hukuk ihtilâflarını gidermek için Tüzük'ün hukuk seçimi bulunmayan uyuşmazlıklarda devreye girecek objektif bağlama kurallarını da incelemek gerekmektedir.

Madde 7(2)'nin ikinci paragrafına göre büyük risk içeren sözleşmelerde herhangi bir hukuk seçimi yapılmadığı ölçüde sigorta sözleşmesi *"sigortacının*

[205] Bkz. Roma I Tüzüğü md. 7(2).
[206] Magnus, U., "Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law In The Absence Of Choice", **Rome I Regulation The Law Applicable To Contractual Obligations In Europe**, Ferrari, F. / Leible, S. (ed.), Munich 2009, s. 27.
[207] Whincop, M. / Keyes, M., "Putting The 'Private' Back Into Private International Law: Default Rules And The Proper Law Of The Contract", **21 Melbourne University Law Review**, 1997, s. 524 (Özel, S., "Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Y. 22, S. 2, 2002, s. 579'dan naklen).
[208] Stone, s. 290.

mutad meskeninin[209] *bulunduğu ülkenin hukuku"* tarafından idare edilecektir[210]. Bahsi geçen "mutad mesken" kavramının üye ülke hukuklarında farklı yorumlanabileceği ihtimaline karşı, Tüzük'ün 19. maddesi düzenlenmiştir[211]. Buna göre mutad mesken kavramı, tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan şirketler[212] bakımından "işletme merkezi" (*"place of central administration"*) anlamına gelmektedir[213]. Madde 19(1)'in ikinci cümlesine göre, meslekî faaliyette bulunanın gerçek kişi olması hâlinde ise, mutad mesken kavramının söz konusu gerçek kişi için "asıl işyeri" ("*principal place of business*") anlamına geleceği belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, md. 19(2) uyarınca, eğer sözleşme bir şube, acenta ya da başka bir kuruluşun yürüttüğü faaliyetler çerçevesinde yapılmışsa veya sözleşmeye göre ifa yükümlülüğü bu kuruluşlara ait ise, söz konusu şube, acenta veya kuruluşun bulunduğu yerin de işletme merkezi olarak değerlendirileceğini belirtmek gereklidir[214]. Ayrıca ifade edilmelidir ki, 19. madde uyarınca, işletme merkezi belirlenirken, sözleşmenin yapıldığı an esas alınacaktır.

Paragrafın devamına göre, *"eğer olayın tüm hâl ve şartlarından sözleşmenin açıkça başka bir ülkeyle daha sıkı ilişkili olduğu"* anlaşılıyorsa, o

---

[209] Tüzük'te, gerçek veya tüzel kişiler bakımından bir ayrım yapılmaksızın "mutad mesken" ifadesi geçmektedir.

[210] Burada, açıkça zikredilmese de, temel olarak karakteristik edim teorisine yaslanıldığı görülmektedir. Bu teori hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. s. 96 vd.

[211] Bu açıklayıcı madde, Tüzük'ün giriş bölümüyle tutarlıdır. Tüzük'ün giriş bölümünün (39). paragrafında da, hukukî kesinliği sağlayabilmek için mutad mesken kavramının açık bir tanımının yapılması gerektiği vurgulanmaktadır.

[212] Nitekim sermaye şirketleri hemen hemen tüm hukuklarda tüzel kişi sayılmakla beraber; şahıs şirketleri, bazı hukuklarca tüzel kişi sayılmamaktadır, bkz. Arat, T., **Ticaret Şirketlerinin Tâbiiyeti**, Ankara 1970, s. 25-26.

[213] AB Hukuk İşleri Komitesi'nin, Tüzük tasarısında yapılan değişiklikleri değerlendirirken, bu kavramın, Komisyon'un önerdiği gibi "asıl iş merkezi" ("*principal establishment*") olmadığını vurguladığını da belirtmek gereklidir.

[214] Dolayısıyla, bir şube ya da acentanın da işletme merkezi sayılması sebebiyle şube ya da acentanın bulunduğu ülkenin hukukuna da, ileride incelenecek olan md. 7(2)'nin öngördüğü "daha sıkı ilişkili hukuk" istisnası getirilebilecektir, bkz. Plender / Wilderspin, s. 275.

ülkenin hukuku uygulanacaktır. Görüldüğü gibi "sigortacının mutad meskeni hukuku", aksi ispatlanabilir bir "en sıkı ilişkili hukuk" varsayımından ibarettir. Çünkü bu varsayım, "daha sıkı ilişkili hukuk" istisnası ile çürütülebilecektir. Bu bağlamda doktrinde bir görüş, aksi ispatlanabilen bu varsayımın da hukukî kesinlik ve öngörülebilirliğin sağlanmasına engel teşkil ettiğini ve daha sert bir bağlama kuralıyla sonuca netlik kazandırılması gerektiğini ifade etmektedir[215]. Buna karşıt bir görüşe göre ise bu kural, anlaşılabilir bir gerekçeye dayalıdır; zira düzenlemede, aksi ispatlanabilir bir varsayım yerine katı bir bağlama kuralı getirilmiş olsa idi, hukukî kesinlik konusunda kayda değer bir ilerleme sağlanamayacaktı[216]. Söz konusu görüşe göre bunun sebebi, uyuşmazlığı çözecek hâkimin, daha sıkı ilişkili ülkenin hukukunun uygulanmasını, olayda bu hukuk lehine zımnî hukuk seçimi bulunduğu varsayımını harekete geçirerek sağlayabileceği ve sonuç olarak yine katı bağlama kuralından kaçabileceği ihtimâlinin bulunmasıdır. Konuya başka bir açıdan bakan diğer bir görüş ise, söz konusu varsayımı çürütmenin, çağın sigorta sözleşmeleri bakımından zaten istisnai bir durum olduğunu savunmaktadır[217]. Buna göre, özellikle birden fazla ülkede bulunan risklerin sigortalandığı bir poliçe bakımından ortak bir nokta olan "sigortacının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku", olaya tek bir hukukun egemen olması ve söz konusu poliçe açısından standart kurallar uygulanması bakımından önem arz etmekte ve sigortacı tarafından arzu edilmektedir. Ne var ki bu görüş, uyuşmazlıkla ilgili olarak sigortacının mutad mesken hukukundan daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması ihtimâlini bertaraf etmemektedir.

[215] Heiss, (Insurance Contracts), s. 268.
[216] Gruber, s. 113.
[217] Merrett, (Insurance Contracts), s. 58.

B. Küçük Risk İçeren Sigorta Sözleşmeleri

1. "Küçük Risk" Kavramı

Roma I Tüzüğü'nün 7(2). maddesinin göndermesiyle başvurulan Hayat Sigortaları Dışındaki Doğrudan Sigortalara İlişkin Birinci Konsey Direktifi'nin 5(d). maddesinde tanımlanan büyük risk kavramı, küçük risk kavramını ve bunun sınırlarını açıklamak için de yeterli bilgiyi vermektedir. Nitekim bahsi geçen maddede belirtilen büyük risklerin kapsamına girmeyen tüm riskler, "küçük risk" sayılacaktır. Bu bağlamda, sadece tüketici sözleşmesi özelliği taşıyan sözleşmeler değil, küçük ve orta ölçekli işletmelerin yaptığı ve yukarıda sayılan ekonomik sınırları aşmayan taşıma, kredi, iflâs ve kefâletle ilgili olanların dışında kalan sigorta sözleşmelerinin pek çoğu da küçük risk içeren sigorta sözleşmesi kapsamına girmektedir[218].

Tüzük'ün büyük ve küçük risk ayrımına göre bağlama kuralları getirmesi, doktrinde büyük çoğunluk tarafından olumlu karşılanmaktadır. Gerçekten de, sigorta sözleşmelerinin kendine özgü doğası gereği, bu sözleşmelerin bazılarının zayıf taraf ihtiva ettiği, bazılarında ise iki tarafın da eşit pazarlık gücüne sahip olduğu görülmektedir. Bu anlamda, sigorta sözleşmelerinin, ekonomik ölçütler esas alınarak kategorilendirilmesi ve buna dayanarak bağlama kuralları tesis edilmesi, pratik olmamakla beraber, makûl sayılmalıdır. Nitekim, büyük risk - küçük risk ayrımı sigorta sözleşmesinin doğasına aykırı olmadığı gibi; bu ayrım, sözleşmenin tüketici sözleşmesi vasfı taşıyıp taşımadığına göre bir ayrım yapmaktan çok daha

[218] Gruber, s. 115.

uygun düşmektedir[219]. Çünkü, tüketici sözleşmesi vasfı taşıyan her sigorta sözleşmesinde küçük risk olmayabileceği gibi (örneğin bir tüketicinin satın aldığı yatı sigortalatması gibi); tüketici sözleşmesi vasfı taşımayan her sigorta sözleşmesinde ise büyük risk olmayabilecektir (örneğin küçük bir ticaret şirketinin yaptırdığı mala karşı zarar sigortası gibi). Dolayısıyla riskin büyüklüğüne göre ayrım yapmak, tüketici vasfına göre ayrım yapmaktan daha uygundur. Başka bir deyişle, sözleşmenin zayıf ve güçlü tarafını, o sözleşmenin tüketici sözleşmesi niteliği taşıyıp taşımadığına göre belirlemenin, her olayda doğru sonuca götürmeyebileceğini dikkate almak gereklidir[220].

2. Küçük Risk İçeren Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

Küçük riskin ne olduğunu ortaya koyduktan sonra, Tüzük'te buna nasıl bir değer atfedildiğini irdelemek gerekmektedir. Madde 7'de yapılan ayrıma göre, eğer sigorta sözleşmesindeki risk küçük ise, Tüzük'ün uygulama alanı bakımından daraldığı bir noktaya temas edilmektedir. Bunun sebebi, küçük risklerde riskin bulunduğu yer kriterinin devreye giriyor ve AB'ye üye ülkelerin sınırları içinde bulunmayan küçük riskleri sigortalayan sözleşmelerde, Tüzük'ün sigortaya özgü hükmünün uygulama alanından çıkılıyor olmasıdır. Çünkü hatırlanacağı gibi md. 7(1) uyarınca büyük sayılmayan, fakat üye ülkelerin sınırları içinde bulunan riskleri sigortalayan sözleşmelerin, sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuku özel olarak düzenleyen 7. maddenin uygulama alanında olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla

[219] Merrett, (Insurance Contracts), s. 62.
[220] Benzer olarak, örneğin çokuluslu bir şirketin, küçük ölçekli bir sigorta şirketi tarafından sigortalanmasında olduğu gibi, sözleşmenin güçlü ve zayıf taraflarına dair ön kabullerin çarpık sonuçlara yol açabileceği de gözönünde bulundurulmalıdır, bkz. Sargın, F., "Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım", **AÜHFD**, C. 50, S. 2, 2001, s. 86, (Karakteristik).

diğer hâllerde, yani "küçük" ve "üye ülkelerin sınırları içinde olmayan" riskleri sigortalayan sözleşmeler bakımından, zorunlu olarak Tüzük'ün genel nitelikli bağlama kurallarına başvurulacaktır[221].

Aslında, küçük risklerin sigortalandığı sözleşmeler için farklı bir hukukî rejimin öngörülmesinin sebebi, bu gibi sözleşmelerde sigortalının zayıf[222] ve korunmaya muhtaç olarak değerlendirilmesinin bir sonucudur ve bununla, sigortalı aleyhine sonuçlar doğmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır[223]. Nitekim ekonomik güç faktörü açısından, hizmet sunucusu konumundaki sigorta şirketleri ile sigortalanan kişilerin eşit pazarlık gücü bulunmadığı[224] ve genelde bu kişilerin, sigortacının dayattığı standart sözleşme şartlarına tâbi olduğu göz önünde tutularak, büyük riskli sözleşmeler ve reasürans sözleşmelerine uygulanacak hukukta, küçük risk içeren sözleşmelere uygulanacak hukuktan farklı bir rejim öngörmenin makûl olduğu belirtilmektedir[225]. Ancak görüldüğü gibi Tüzük'ün 7. maddesi, tüm küçük riskler için aynı hukukî rejimi öngörmemiş; risklerin AB içinde veya dışında bulunmasına bağlı olarak uygulanacak hukuk kurallarını farklılaştırmıştır.

---

[221] Bkz. Kramer, (Insurance Contracts In Rome I), s. 40.

[222] Sigortalının pek çok olayda ilişkinin zayıf tarafı olduğu konusunda hemen hemen görüş birliği bulunmaktadır, örn. bkz. Seatzu, (Insurance), s. 40; Sargın, (Karakteristik), s. 66. Ancak sigortalının zayıf konumda olduğu durumlarda genelde tüketici vasfı da taşıması nedeniyle bir doktrin görüşü, zayıf taraf içeren sözleşmeler arasında, sadece "tüketici" ve "bireysel iş" sözleşmelerini saymakta, özel olarak sigorta sözleşmelerini saymamaktadır, bkz. Pocar, F., "Protection Of Weaker Parties In The Rome Convention And The Rome I Proposal", **Japanese And European Private International Law In Comparative Perspective**, Basedow, J. / Baum, H. / Nishitani, Y. (ed.), Tübingen 2008, s. 127.

[223] Bu amaç, Brüksel I Tüzüğü ile bağlantılıdır. Brüksel I Tüzüğü'nün giriş bölümünün (13). paragrafında, sigorta sözleşmelerindeki zayıf tarafın, yargılama yetkisi bakımından da genel hükümlerin ötesinde birtakım kurallar ile korunması gerektiği belirtilmiştir, bkz. Green Paper, s. 21.

[224] Fawcett / Carruthers, s. 715.

[225] Gruber, s. 116.

Öte yandan böyle bir ayrımın yapılması ile bir sözleşmeye, tarafların seçiminin dışında, birden fazla bağlama kuralının uygulanması söz konusu olabilmektedir. Bu ise bir sigorta poliçesi üzerinde hem büyük hem de küçük kategorisine giren iki ayrı risk bulunduğu hâllerde, tek bir poliçeye birden fazla kuralın uygulanmasına yol açarak, taraflarca öngörülemeyen ve istenmeyen sonuçlara sebep olabilecektir[226]. Bunun yanı sıra, ileride görüleceği gibi küçük risklerde, riskin bulunduğu yere göre ya Tüzük'ün 7. maddesi uygulanacak ya da 3. ve 4. maddelerdeki genel bağlama kuralları geçerli olacaktır. Hatta riskin küçük olması ve aynı zamanda AB ülkelerinin sınırları dışında yer alması durumunda, tüketici sözleşmelerine özgü 6. madde hükümlerinin uygulanması da söz konusu olabilecektir[227]. Dolayısıyla tarafların, üzerinde uzlaşmış olduğu tek bir poliçedeki farklı risk gruplarını, farklı hukuklar idare edebilecektir. Aslında Tüzük'ün 3(1). maddesinde de paralel olarak, sözleşmenin farklı kısımlarına uygulanmak üzere taraflarca farklı ülke hukuklarının seçilebilmesi hukuken geçerli kabul edilmiştir. Yani Tüzük, sözleşmeye birden fazla hukukun uygulanmasında sakınca görmemektedir. Bununla beraber, riskin bölünebilir nitelik taşımaması durumunda, uygulanacak hukukun tespiti ve tatbikinde pratik zorluklar yaşanması ihtimâlini de göz ardı etmemek gerekmektedir[228].

[226] Bu durum sadece birden fazla risk söz konusu olduğunda gündeme gelecektir. Aynı risk birden fazla yerde meydana geldiğinde (örneğin bir hayat sigortası poliçesi bakımından sigortalının aralıklarla iki ayrı ülkede oturuyor olması durumunda) ne olacağı ise muğlâktır, bkz. Merrett, (Insurance Contracts), s. 54.
[227] Ayrıntılı açıklama için bkz. s. 86 vd.
[228] Bkz. Merrett, (Insurance Contracts), s. 66.

a. Riskin Tümüyle Üye Ülkelerin Sınırları İçinde Doğması Hâli

Burada en önce açıklığa kavuşturulması gereken soru, riskin nerede bulunduğunun nasıl belirleneceğidir. Bu soruya cevabı veren hüküm, Tüzük'ün 7(6). maddesidir. Madde 7(6), sadece "riskin bulunduğu yer" konusunu çözümlemek için kaleme alınmıştır. Ne var ki burada da yine direktif hükümlerine atıf yapılmış; doğrudan açıklama yapma yoluna gidilmemiştir. Madde 7(6) şu şekildedir:

"Bu maddenin amaçları bakımından hayat sigortaları dışındaki doğrudan sigortalarda riskin bulunduğu ülke, 22 Haziran 1988 tarihli ve 88/357/EEC numaralı Hayat Sigortaları Dışındaki Doğrudan Sigortalara İlişkin İkinci Konsey Direktifi'nin 2(d) maddesine uygun olarak belirlenecek; hayat sigortasında ise riskin bulunduğu yer, 2002/83/EC numaralı Direktif'in 1(1)g maddesi bağlamında sözleşme taahhüdünün yapıldığı ülke sayılacaktır".

Yukarıdaki göndermeye göre, önce hayat sigortası dışındaki sigortalar bakımından Hayat Sigortaları Dışındaki Doğrudan Sigortalara İlişkin İkinci Konsey Direktifi'nin 2(d). maddesine bakmak gerekecektir. Maddeye göre "riskin bulunduğu üye ülke" aşağıdakilerden biri olacaktır:

- *Sigorta binalara ilişkin ise, ya da aynı poliçeyle düzenlenmiş olmak kaydıyla hem binalara hem de bunların muhteviyâtına ilişkin ise, taşınmaz malın bulunduğu üye ülke,*

- *Sigorta herhangi bir türde araca ilişkin ise tescilin yapıldığı üye ülke,*

- *Hangi sınıf veya kategoride olursa olsun, dört ay ya da daha az süreli seyahat veya tatil risklerini içeren poliçelerde, poliçe sahibinin sigorta yaptırdığı üye ülke,*

- *Açıkça yukarıdaki hâllere girmeyen tüm durumlarda, poliçe sahibinin mutad meskeninin bulunduğu üye ülke veya poliçe sahibi bir tüzel kişilik ise tüzel kişiliğin sözleşmeyle ilişkili olan işletmesinin bulunduğu üye ülke.*

Görüldüğü gibi madde, belirli birkaç tür sigorta konusu bakımından riskin bulunduğu yeri net olarak ortaya koymuş, geri kalan tüm hâller için ise poliçe sahibini koruyucu bir tavırla, onun mutad meskenini veya işletmesinin bulunduğu yeri esas almıştır. İstisnaen düzenlenen hâllerde de, riskin bulunduğu yer açısından yapılan belirlemelerin milletlerarası özel hukukta genel olarak kullanılan bağlama noktaları ile uyum gösterdiği görülmektedir. Buna göre riskin konusu taşınmaz mallar ve aynı poliçe ile sigortalanmış muhteviyata ait ise bunların bulunduğu üye ülke; araç ise tescil edildiği üye ülke; dört aya kadar seyahat ve tatil risklerinde ise poliçe sahibinin sigorta yaptırdığı üye ülke, riskin bulunduğu ülke sayılmaktadır. Bu bağlamda, yukarıdaki tanımlamanın genel olarak kabul gören kıstaslarla uyumlu olduğu ve riskin bulunduğu yer kriterinin poliçe sahibiyle yakın ilişkili olan bir hukukun uygulanmasına sebep olarak zayıf tarafı koruma amacına hizmet ettiği belirtilmektedir[229].

[229] Gruber, s. 117.

Hayat sigortaları bakımından ise md. 7(6) uyarınca sözleşme taahhüdünün yapıldığı ülke[230], riskin bulunduğu yer olarak belirlenmiştir. Hayat Sigortası Direktifi'nin 1(1)g. maddesine göre taahhüdün yapıldığı üye ülke ise, poliçe sahibi gerçek kişi ise onun mutad meskeninin bulunduğu; tüzel kişi ise, işletmesinin bulunduğu üye ülkeyi ifade etmektedir. Tüzük'ün 7(6). maddesinde ise "üye ülke" olarak bir sınırlandırma yapılmadığından, bu kuralı tüm ülkeler için geçerli kabul etmek gerekir. Burada, taahhüdün yapıldığı yerin fiziksel anlamda bir önemi olmadığı söylenebilir. Nitekim burada zayıf tarafı koruma eğilimiyle, poliçe sahibinin mutad meskeninin veya ilgili işletmesinin bulunduğu yer, taahhüdün yapıldığı yer olarak belirlenmiştir[231]. Ne var ki burada da bağlama noktalarını oluşturan belli kavramları anlamlandırmak için Direktif hükümlerinden faydalanılmıştır. Bu da, tek başına Tüzük metninin, somut olayda uygulanacak hukuku belirlemeye yeterli olmayacağını göstermektedir. Uygulanacak hukuk kurallarını kodifiye eden ve direktiflerdeki kanunlar ihtilâfı kurallarını büyük ölçüde bünyesinde toplayan Tüzük'te, büyük risk kavramının tanımı ya da riskin bulunduğu yerin belirlenmesi gibi hususlar için direktif hükümlerine işaret etmenin uygulanacak hukuku belirlemek için pratik olmadığı da açıktır.

aa. Hukuk Seçimi İmkânı

Tüzük'ün 7(1). maddesinin açık lafzı gereği, üye ülkelerin sınırları içinde bulunan küçük risklerin, özel bağlama kuralına tâbi olacağı konusunda bir kuşku

[230] "*Country of the commitment*".
[231] Ne var ki üçüncü kişi lehine yapılan hayat sigortalarında, sözleşmenin poliçe sahibinin mutad meskeni hukukuna tâbi kılınması, üçüncü kişi lehine özel bir koruma sağlamayabilir, hatta örneğin sigortacının hukukunun uygulanması bile, kimi durumlarda daha lehe sonuçlar doğurabilir, bkz. Seatzu (Insurance), s. 168.

bulunmamaktadır. Bu bağlamda, üye ülkelerin sınırları içindeki küçük risklerde hukuk seçimine özgü kural, md. 7(3)'te karşımıza çıkmaktadır. Burada, büyük risk içeren sözleşmelerde olduğu gibi sınırsız değil, sınırlı bir seçim hakkı öngörülmüştür. Madde 7(3)(1)'e göre taraflar, yalnızca maddede açıkça gösterilen hukukları seçebilecek, diğer hukuk seçimleri geçersiz olacaktır. Ayrıca, burada yapılacak seçimde de yine Tüzük'ün genel olarak hukuk seçimini düzenleyen 3. maddesiyle uyum arandığı belirtilmelidir.

Madde 7(3) uyarınca, AB içinde bulunan küçük riskleri içeren sigorta sözleşmelerine uygulanmak üzere tarafların seçebileceği hukuklar şunlardır:

(a) Sözleşme tamamlandığı sırada riskin bulunduğu üye ülkelerden birinin hukuku;

(b) Poliçe sahibinin mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukuku;

(c) Hayat sigortasında poliçe sahibinin vatandaşı olduğu üye ülkenin hukuku;

(d) Riskin bulunduğu üye ülkeden başka bir üye ülkede meydana gelen olaylarla sınırlı olan riskleri sigortalayan sözleşmeler için, o üye ülkenin hukuku;

(e) Bu paragrafın uygulandığı bir sözleşmedeki poliçe sahibinin ticarî veya sınai bir faaliyet ya da serbest meslek yürütmesi ve sigorta sözleşmesinin bu faaliyetlerle ilgili farklı üye ülkelerde iki ya da daha fazla riski içermesi hâlinde, ilgili üye ülkelerden birinin hukuku ya da poliçe sahibinin mutad meskeni hukuku.

(a), (b) veya (e)'de düzenlenen hâllerde, belirtilen üye ülkelerin sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından daha geniş bir hukuk seçimi özgürlüğü öngörmesi hâlinde, taraflar bu özgürlüğü kullanabilir.

Görüldüğü gibi küçük ve aynı zamanda AB içinde yer alan risklerde hukuk seçimi sadece *belirli sınırlar içerisinde* serbest bırakılmıştır. O yüzden buradaki seçim hakkına "kısmî bir seçim hakkı" demek doğru olacaktır. Nitekim, tarafların serbest iradeleriyle ilişkilerine uygulanmak üzere diledikleri hukuku belirleyebilmelerini ifade eden hukuk seçimi özgürlüğü, önceden belirlenmiş birkaç seçenekle sınırlandırılmıştır. Bir değerlendirmeye göre bu kısıtlama, üye ülkelerin hukuk seçimi özgürlüğünün kapsamı konusunda tam bir uzlaşmaya varamamış olmalarından dolayı asgarî bir hukuk seçimi standardı olarak ortaya çıkmıştır[232].

Esasen md. 7(3)'ün, seçilmesine cevaz verdiği hukuklara bakınca, açıkça belirtilmese de, bu hukukların genel anlamda poliçe sahibinin bildiği, tanıdığı yerlerin hukuku olduğu; başka bir ifadeyle, düzenlemenin sözleşmenin zayıf tarafı olan poliçe sahibinin çıkarlarını gözetmeyi amaçladığı görülmektedir[233]. Bununla beraber hukuk seçimine getirilen bu kısıtlama, sadece sözleşmeyle objektif olarak en yakın bağlantılara sahip olan ülke hukuklarını seçme hakkı tanımakta ve bu, söz konusu hukukların sözleşmenin zayıf tarafını koruyucu hükümler içeriyor olmasını garanti etmemektedir[234].

---

[232] Gruber, s. 118-119. Tüzük'ün büyük risk içeren sigorta sözleşmelerine öngördüğü hukuk rejiminde ise böyle bir sınırlama yoktur. Nitekim büyük risk içeren sigorta sözleşmelerinde, taraflar, 3. maddeyle uyumlu olmak kaydıyla diledikleri hukuku seçebilmektedirler.

[233] Bkz. Heiss, (Insurance Contracts), s. 270. Oysa Tüzük'ün tüketici sözleşmelerini düzenleyen 6. maddesinde daha farklı bir düzenlemeye gidilmiştir. Madde 6, sınırlı sayıda hukuk belirtme yoluna gitmemiş; ancak seçimin hem Tüzük'ün 1. ve 3. maddesiyle uyumlu olması, hem de tüketiciyi koruyan hükümleri bertaraf etmemesi gerektiğini öngörmüştür. Sigorta sözleşmelerine ilişkin 7. maddede ise açıkça poliçe sahibini koruma gayesi belirtilmemiş, onun yerine sınırlı sayıda bir hukuk seçimi öngörülmüştür. Dolayısıyla iki düzenlemenin yöntemi birbirinden farklı olsa da, amacın zayıf tarafı korumak olduğu söylenebilir.

[234] Özdemir Kocasakal, H., **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul 2001, s. 102.

Belirtmek gerekir ki, üye ülkelerin sınırları içinde doğan küçük risklerde uygulanacak hukuk sistemi, temel olarak sigorta direktiflerindeki sistemi yansıtmakta, esaslı bir değişiklik getirmemektedir. Nitekim yukarıda görülen sınırlı hukuk seçiminin sigorta direktiflerinde yer alan kurallarla paralel seyrettiği söylenebilir. Örneğin Hayat Sigortaları Dışındaki Doğrudan Sigortalara İlişkin İkinci Konsey Direktifi'nin 7(1)(b). maddesinde, poliçe sahibine iki seçenekli bir hukuk seçimi hakkı tanınmıştır. Buna göre poliçe sahibinin riskin bulunduğu üye ülkede mutad meskeni yer almıyorsa, riskin bulunduğu ya da poliçe sahibinin mutad meskeninin bulunduğu üye ülkenin hukukunu seçme konusunda tarafların ikili bir alternatifi bulunmaktadır. Bu örnekler direktifler bağlamında çoğaltılabilir. İşte Tüzük de bu alanda, direktiflerde olduğu gibi, tarafların herhangi bir hukuku değil; önceden belirlenmiş hukukları seçebilmesi üzerine şekillenmiştir.

Tarafların seçebileceği hukukların listesine kısaca bakmak gerekirse, md. 7(3)(a)'da öncelikle "sözleşme tamamlandığı sırada riskin bulunduğu üye ülke hukuku" dikkat çekmektedir. Doktrinde bu hukukun, seçilebilecek hukuklar arasında sayılmasının anlamsız olduğu öne sürülmüş, buna sebep olarak ise esasen AB içindeki küçük risklerde hukuk seçimi bulunmadığı ölçüde zaten riskin bulunduğu yer hukukunun uygulanıyor olması[235] gösterilmiştir[236]. Aynı görüşe göre bu seçeneğin bir anlam ifade edebilmesi, ancak farklı yerde bulunan birden fazla risk söz konusu olduğu hâllerde, hukuklardan biri lehine seçim yapmak ile mümkün olabilecektir[237]. Bu görüş kısmen doğrudur; zira yukarıda belirtilen madde metninde görüldüğü üzere, md. 7(3)'ün ikinci paragrafında, seçilen hukukların taraflara daha

[235] Bkz. md. 7(3)'ün son paragrafı.
[236] Heiss, (Insurance Contracts), s. 269; Gruber, s. 120.
[237] Heiss, (Insurance Contracts), s. 269.

geniş bir hukuk seçimi özgürlüğü sunması durumunda, tarafların bu alternatifi kullanabileceğine ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Dolayısıyla, "seçilmiş" bir hukuk olarak "riskin bulunduğu yer hukuku"nun, "seçim yokluğunda uygulanacak hukuk" olan "riskin bulunduğu yer hukuku"ndan daha geniş bir hareket alanı sunma ihtimâli bulunmaktadır.

Md. 7(3)(b)'de yer alan "poliçe sahibinin mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukuku" seçeneği daha çok poliçe sahibini koruma amacına uygun gözükmektedir. Ancak doktrinde bu seçeneğin, esas itibarıyla seçilebilecek hukuk alternatiflerini çoğaltmadığı, zira sigorta direktiflerinde pek çok sigorta türü bakımından riskin bulunduğu yerin zaten "poliçe sahibinin mutad meskeni" ile tanımlandığı[238], bu yolla poliçe sahibinin mutad meskeninin pek çok olayda objektif bir bağlama kriteri hâline geldiği belirtilmiştir[239]. Buna göre yalnızca, direktiflerde riskin bulunduğu yerin, poliçe sahibinin mutad meskeni olarak gösterilmediği taşınmaz mal mülkiyeti, tescil edilmiş araç ve kısa süreli tatil risklerini içeren sözleşmeler bakımından md. 7(3)(b)'deki seçim, bir anlam ifade edebilecektir. Ancak bu durumda da poliçe sahibinin, taşınmazın bulunduğu, tescilin yapıldığı veya kısa süreli tatil sözleşmesini yapma beyanının sunulduğu yerde mutad meskeni bulunmaması gerekecektir[240]. Bununla beraber, yukarıda md. 7(3)(a) için yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Zira madde metninden açıkça anlaşılacağı gibi, hukuk seçimi alternatifi olarak poliçe sahibinin mutad meskeni hukukunun

[238] Hatırlanacağı gibi md. 7(6), riskin bulunduğu yerin belirlenmesinde Direktif hükümlerine atıf yapmaktaydı. Buna göre riskin bulunduğu yer; taşınmaz mülkiyeti, tescile tâbi araçlar ve kısa süreli tatil riskleri dışında, "poliçe sahibinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku" idi, bkz. s. 73 vd.
[239] Heiss, (Insurance Contracts), s. 269.
[240] Heiss, (Insurance Contracts), s. 270.

belirlenmesi durumunda, md. 7(3)'ün ikinci paragrafına göre tarafların seçimiyle genişletilebilecek bir uygulanacak hukuk rejimi söz konusu olabilecektir.

Tüzük'ün 7(3)(c). maddesinde ise hayat sigortaları için hukuk seçimi imkânı öngörülmüştür. Buna göre bir hayat sigortası poliçesinde, poliçe sahibi herhangi bir Avrupa Birliği ülkesi vatandaşıysa, vatandaşı olduğu bu ülkenin hukukunu seçebilecektir. Bundan dolayı, hayat sigortası yaptıran kişi, Fransa'da ikâmet eden bir Brezilyalı ise, vatandaşı olduğu Brezilya'nın hukukunu seçemeyecektir[241]. Burada dikkat edilmesi gereken başka bir nokta, poliçe sahibinin birden fazla ülkenin vatandaşlığına sahip olduğu hâllerde nasıl bir yol izleneceğidir. Maddede buna ilişkin herhangi bir açıklama yapılmadığı için, kişinin vatandaşı olduğu birden fazla AB ülkesinin hukukundan her birini serbestçe seçebilmesi mümkün gözükmektedir. Bununla beraber, bu konuyla ilgili olarak doktrinde yer alan bir görüşe göre, bu hüküm, zayıf tarafın korunması bağlamında dar yorumlanmalı ve sadece poliçe sahibinin kendisiyle en sıkı ilişkili olan ülkenin hukukunu seçebilmesi olarak kabul edilmelidir[242]. Ne var ki Tüzük'te böyle bir hüküm yer almadığı gibi, poliçe sahibiyle en sıkı ilişkili olan ülkenin hukukunun poliçe sahibini daha fazla koruyan hukuk olacağı da şüphelidir[243].

Md. 7(3)(d), riskin bulunduğu üye ülkeden başka bir üye ülkede doğan riskler için, o üye ülke hukukuyla sınırlı olmak üzere, hukuk seçimi imkânı

[241] Plender / Wilderspin, s. 283.
[242] Gruber, s. 119-120.
[243] Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, zayıf tarafın hukuku, her olayda zayıf tarafı en iyi şekilde koruyan hukuk olmayabilir. Hatta, zayıf tarafın korunması amacıyla uygulanmasından kaçınılan ve karakteristik edim teorisinin işaret ettiği "sigortacının hukuku", somut olay bakımından zayıf tarafı daha çok koruyan hükümler getiriyor olabilir. Böyle bir durumda zayıf tarafa sağlanan yegâne yarar, bildiği, tanıdığı hukukun ona uygulanması olmaktadır, karş. için bkz. Sargın, (Karakteristik), s. 85-86.

tanımıştır. Bir başka ifadeyle bu durumda, riskin doğduğu diğer üye ülkenin hukuku seçilebilecektir. Bu seçeneğin yaygın bir kullanım alanı olup olmayacağı belirgin değilse de, temelde sınırlı olan hukuk seçimi yelpazesini genişlettiği söylenebilir[244].

Madde 7(3)(e)'deki düzenlemeye göre ise, poliçe sahibinin sigorta sözleşmesindeki riskleri doğuran ticarî veya sınai bir faaliyet yürütüyor olması hâlinde, bu faaliyetlerle ilgili olarak farklı üye ülkelerde iki ya da daha fazla risk bulunuyorsa, söz konusu risklerin bulunduğu yere göre bir hukuk seçimi yapılabileceği gibi, poliçe sahibinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun da seçilebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu anlamda md. 7(3)(e)'nin, birden fazla riskin bulunduğu bu gibi durumlar bakımından poliçeye birden fazla hukukun uygulanmasının doğuracağı karışıklığa engel olacak nitelikte bir hukuk seçimi imkânı sağladığı söylenebilir[245].

Az önce de görüldüğü gibi, maddenin sayma yöntemiyle belirttiği hukukların devamındaki ikinci paragrafta, sınırlı hukuk seçimi alternatiflerini genişletici bir istisna öngörülmüştür. Burada; "*7(3)(a), (b) veya (e)'de düzenlenen hâllerde, belirtilen üye ülkelerin sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından daha geniş bir hukuk seçimi özgürlüğü öngörmesi hâlinde, tarafların bu özgürlüğü kullanabileceği*" belirtilmek suretiyle özgürlük alanı dolaylı olarak genişletilmiştir. Yani (a), (b) ve (e)'de sayılan, sırasıyla riskin bulunduğu üye ülke, poliçe sahibinin mutad meskeni ve ticarî vb. serbest meslek yürüten poliçe sahibinin bu faaliyetleriyle ilgisi olan risklerinin bulunduğu üye ülkelerden birinin hukuku ya

[244] Bkz. Heiss, (Insurance Contracts), s. 270.
[245] Bkz. Heiss, (Insurance Contracts), s. 271.

da aynı hâlde poliçe sahibinin mutad meskeni hukuku daha geniş yelpazeli bir hukuk seçimine onay veriyorsa, Tüzük'ün 7(3). maddesinin ikinci paragrafı uyarınca tarafların seçimi hâlinde, md. 7(3)(1)'de sayılan üye ülke hukuklarından farklı bir hukuk uygulanabilecektir. Örneğin md. 7(3)(a)'ya göre, "sözleşme tamamlandığı sırada riskin bulunduğu üye ülkelerden birinin hukuku" bağlamında, sigortalanan bir taşınmaz malın İtalya'da bulunması hâlinde; poliçe sahibinin mutad meskeni Almanya'da olmasına rağmen, İtalyan hukukunun hukuk seçimine ilişkin tarafları daha özgür bırakması hâlinde taraflar, bu avantajı kullanabilecek ve İtalyan hukukunun elverdiği ölçüde hukuk seçimini genişletebileceklerdir[246]. O hâlde bu düzenleme ile sınırlı olmak üzere, atıf müessesesi kabul edilmiştir[247]. Esasen, kanunlar ihtilâfı kurallarını yeknesaklaştıran ve üye ülkelerin iç hukuku gibi doğrudan uygulanan "tüzük" niteliğindeki bir hukukî belgede, millî hukukların kanunlar ihtilâfı kurallarına -istisnaen de olsa- atıf yapılması beklenmemekle beraber[248]; bu kuralın da köklü bir Direktif hükmünün[249] devamı olduğu belirtilmelidir. Bu düzenlemeyle, eğer taraflar arzu ederse seçtikleri hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarını da göz önünde bulundurabilecekleri hüküm altına alınmış ve sınırlı olarak atıf kabul edilmiştir. Doktrinde bu seçeneğin, özellikle hukuk seçimi özgürlüğünü kısıtlamayan İngiliz hukukunun seçilmesi durumunda görülebileceği gibi, ilk bakışta gözükenden daha özgür bir seçim alanı sağladığı belirtilmiş; buna örnek olarak ise poliçe sahibinin İngiliz olması veyahut riskin İngiltere'de bulunması hâlinde tarafların istisnasız her hukuku seçebileceği

[246] Hatta bu kural sadece taşınmazın yer aldığı İtalya mahkemelerinde değil, tüm üye ülke mahkemelerinde uygulanacaktır, bkz. Gruber, s. 121.
[247] Bkz. Plender / Wilderspin, s. 283.
[248] Garcimartín Alférez, s. 75.
[249] Hayat Sigortaları Dışındaki Doğrudan Sigortalara İlişkin İkinci Konsey Direktifi md. 7(1)(d).

gösterilmiştir[250]. Bu noktada, maddenin verdiği bu imkânın, yeknesak ve öngörülebilir bir uygulamaya engel teşkil ettiği yönünde eleştirilerin bulunduğunu da belirtmek lâzımdır[251]. Nitekim bu seçenek, AB Hukukunda kanunlar ihtilâfı kurallarının yeknesaklaştırıldığı bir düzenlemede dahi, üye ülkelerin millî hukuklarına ait kanunlar ihtilâfı kurallarına hâlâ bazı durumlarda başvurmaya devam edileceğini göstermektedir[252]. Bu durum elbette, ticarî nitelikli sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk bakımından, tarafların bu ilişkilerde aradığı güven duygusunu zedeleyici özellik taşımaktadır[253]. Bunun da ötesinde, söz konusu hükmün, sadece AB'ye üye ülkelerin hukuk seçimini genişleten kurallarını dikkate alması; başka bir deyişle, üçüncü ülkelerin hukuklarının tanıyacağı böyle bir özgürlüğü görmezden gelmesi de doktrinde eleştiri konusu olmuştur[254].

bb. Hukuk Seçimi Bulunmayan Hâllerde Uygulanacak Hukukun Tâyini

Hatırlanacağı gibi büyük risk içeren sözleşmelerde, eğer taraflar uygulanacak hukuku seçmemişlerse, sigortacının mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulanmaktaydı. Küçük risk içeren ve üye ülkelerin sınırları içinde bulunan risklerde hukuk seçimi bulunmayan durumlarda ne yapılacağı ise, Tüzük'ün 7(3). maddesinde düzenlenmiştir. Maddede tarafların seçebileceği hukuklar belirtildikten sonra, üçüncü paragrafta, hukuk seçimi yapılmayan

[250] Merrett, (Insurance Contracts), s. 60.
[251] Heiss, (Insurance Contracts), s. 274.
[252] Kramer, (Insurance Contracts In Rome I), s. 39.
[253] Ekşi, s. 89.
[254] Plender / Wilderspin, s. 284.

durumlarda sözleşmeye uygulanacak hukuk hüküm altına alınmıştır. Buna göre eğer taraflar sözleşmenin tamamına ya da bir kısmına uygulanacak hukuku seçmemişlerse, seçim olmadığı ölçüde sözleşmeye, "*sözleşme tamamlandığı sırada riskin bulunduğu üye ülkenin hukuku*" uygulanacaktır. Görüldüğü üzere büyük risk içeren sözleşmeler bakımından sigortacı lehine bir uygulanacak hukuk tayinine gidildiği hâlde, AB içinde yer alan küçük riskleri içeren sözleşmeler bakımından riskin yer aldığı herhangi bir üye ülke hukuku lehine bir uygulanacak hukuk tayinine gidilmiştir. Dolayısıyla burada, üye ülkelerin sınırları dışına çıkılmadıkça, riskin bulunduğu yerin neresi olduğu önemsenmemiş, kayıtsız şartsız bu hukukun uygulanacağına hükmedilmiştir. Bu hukuk yine, sözleşme yapıldığı sırada riskin bulunduğu ülkenin hukuku olarak belirlenmiştir[255]. Riskin bulunduğu yer ise, md. 7(6)'da, iki direktif hükmüne yapılan atıfla belirlenmektedir ve bu hükümle ilgili yukarıda değinilen hususlar burada da geçerlidir[256].

Burada önemli olan nokta, birden fazla riskin bulunduğu sigorta sözleşmeleridir. AB'ye üye ülkelerde bulunan birden fazla risk bakımından, uygulanacak hukukun kapsamında nasıl bir yol izleneceği sorusunun cevabını, Tüzük'ün 7(5). maddesi vermektedir. Burada,*"madde 7(3)(3) ile madde 7(4)'ün uygulaması bakımından, sözleşmenin birden fazla üye ülkede riskler içermesi hâlinde, sözleşme, her biri sadece tek bir üye ülke ile ilgili olan farklı sözleşmelerden meydana gelmiş sayılır"* denilmektedir. Dolayısıyla, aynı sigorta sözleşmesi kapsamında da olsa, her bir üye ülkedeki risk bakımından ayrı bir sözleşme olduğu varsayımından hareket edilecek ve her bir sözleşme için ayrı ayrı

[255] Bkz. md. 7(3)'ün son paragrafı.
[256] Bkz. s. 73 vd.

hukuk belirlenecektir. Maddede bu kuralın uygulanacağı yerlerden biri olarak gösterilen md. 7(3)(3)'te, üye ülkelerin sınırları içinde bulunan ve küçük risk içeren sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun seçilmemiş olması hâlinde, sözleşme yapıldığı sırada *riskin bulunduğu üye ülkenin* hukukunun uygulanacağına hükmedilmiştir. İşte, bu bağlamda bir "yer" belirlemesi yapılırken, sözleşme içeriğine göre birden fazla üye ülkede risk bulunmaktaysa, her bir üye ülkedeki risk kategorisi bakımından bağımsız bir sigorta sözleşmesi yapılmış gibi hareket edilecektir.

Madde, ikinci olarak ise, zorunlu sigortaları düzenleyen md. 7(4)'e değinmiştir. Burada ise bir ya da daha fazla üye ülkenin zorunlu sigorta yapılmasını öngördüğü risk gruplarına uygulanacak birtakım ek kurallar yer almaktadır[257]. Demek ki burada da birden fazla üye ülkede yer alan riskler ortaya çıkarsa, birden fazla sigorta sözleşmesi varmış gibi düşünülecek ve uygulanacak hukuk ayrı ayrı tespit edilecektir. Nitekim md. 7(4), zorunlu sigortaları düzenlediği için, riskin birden çok üye ülkede bulunması durumunun, hangi üye ülkenin getirdiği zorunlu sigorta yükümlülüğünün uygulanacağı konusunda soru işareti yaratma potansiyeli bulunmaktadır. Maddenin, zorunlu sigorta öngören ülkelerin getirdiği her bir risk bakımından ayrı sözleşmeler bulunduğu varsayımına dayanarak, tüm zorunlu sigorta yükümlülüklerinin uygulanmasını sağlamaya yönelik olduğu görülmektedir.

[257] Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 110.

b. Riskin Tümüyle Üye Ülkelerin Sınırları Dışında Doğması Hâli

aa. Hukuk Seçimi İmkânı

Büyük riskleri içeren sözleşmelerde, 3. madde ile uyumlu olmak kaydıyla yapılan hukuk seçiminin Tüzük tarafından geçerli kabul edildiği belirtilmişti[258]. Oysa üye ülkelerin sınırları dışındaki küçük riskler, özel bağlama kuralı olan 7. maddenin kapsamına alınmadığı için bunlara genel bağlama kuralları, yani hukuk seçimi özgürlüğünü ve buna ilişkin şartları düzenleyen 3. madde uygulanacaktır. Yukarıda md. 3 ile ilgili yapılan açıklamalar[259], bu alandaki hukuk seçimi için de geçerlidir. Buradaki fark, sigorta sözleşmesinin aynı zamanda tüketici sözleşmesi niteliği taşıması hâlinde, seçilen hukukun, Tüzük'ün 6(2). maddesi uyarınca tüketicinin mutad meskeni hukukunun sözleşmeyle aksi kararlaştırılamayacak kurallarına aykırılık teşkil ettiği ölçüde geçersiz olacağıdır.

Esasen Tüzük'ün giriş bölümünün (32). paragrafında, taşıma ve sigorta sözleşmelerinin özel olarak düzenlenmiş kurallarının, yolcu ve sigortalı hakkında yeterli korumayı sağladığı gerekçesiyle 6. maddedeki tüketiciyi koruyan hükümlerin bu sözleşmelerde uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak üye ülkelerin dışında bulunan küçük riskleri içeren sigorta sözleşmelerinin, 7. maddenin kapsamından çıkarılarak genel bağlama kurallarına tâbi kılınması nedeniyle, özel bağlama kurallarının kapsamı dışında kalan bu sözleşmeler için 6. maddenin

[258] Bkz. md. 7(2).
[259] Bkz. s. 52 vd.

uygulama alanı bulması mümkün olmaktadır[260]. Açıklamak gerekirse; örneğin bir sigorta poliçesi, bir kimsenin ticarî anlamda, işinin ya da mesleği gereğinin dışındaki sebeplerle, yani tüketici sıfatıyla düzenlenmiş ise[261], bu poliçenin tüketici sözleşmelerine özgü 6. maddenin diğer şartlarını da taşıyor olması hâlinde, 6. madde, söz konusu sigorta sözleşmesine de uygulanacaktır[262]. Sigortalı olup, tüketici niteliği de taşıyan poliçe sahiplerinin yaptığı sözleşmelere uygulanabilecek olan md. 6(1)'de, bu maddenin, taşıma ve sigorta sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerin uygulanmasını bertaraf etmeyeceği belirtilmiştir. Bu ifade, 7. maddenin kapsamına girmeyen sigorta sözleşmelerinin, 6. maddenin etkisine açık olduğunu netleştirmektedir. Bu durumda, AB dışında yer alan küçük riskleri sigortalayan (yani md. 3 ve 4'ün uygulamasına tâbi olan) ve aynı zamanda tüketici sözleşmesi niteliği taşıyan bir sözleşmede, tarafların, tüketicinin mutad meskeni hukukundan başka bir hukuk seçmiş olması hâlinde, bu hukuka, tüketicinin hukukunun sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek hükümleri de etki edecektir[263]. Örneğin, Fransa vatandaşı bir poliçe sahibinin, Florida'da yer alan yazlık evini bir İngiliz sigorta şirketine sigortalatması ve tarafların, uygulanacak hukuk olarak Florida hukukunu seçmesi hâlinde, tüketicinin korunmasına dair hükümler, ilk etapta Roma I Tüzüğü'nün 6. maddesine göre belirlenecek; bunun sonucunda ise genellikle emredici nitelikteki Avrupa tüketici hukukunun olaya uygulanması sonucunu doğuracaktır[264]. Nitekim md. 6(2)'de md.

[260] Bkz. Plender / Wilderspin, s. 290; Kramer, (Insurance Contracts In Rome I), s. 40.
[261] Tüketici sıfatıyla yapılan sözleşmelere dair bu tanımlamaya, hem millî ve milletlerarası hukukî düzenlemelerde hem de doktrinde rastlanmaktadır, örn. bkz. Council Directive 93/13/EEC Of 5 April 1993 On Unfair Terms In Consumer Contracts, OJ L 95, 21.04.1993, s. 29-34, md. 2(b) ; Roma I Tüzüğü md. 6(1); 5718 sayılı MÖHUK md. 26(1); Seatzu, (Insurance), s. 106. "Tüketici" kavramının çeşitli millî ve milletlerarası hukuk metinlerindeki karşılığı hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Güngör, G., **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Ankara 2000, s. 27-32, (Tüketici).
[262] Bkz. Merrett, (Insurance Contracts), s. 59.
[263] Bkz. Merrett, (Insurance Contracts), s. 59.
[264] Heiss, (Insurance Contracts), s. 280.

6(1)'e yapılan göndermeyle, tüketicinin mutad meskeni hukukunun[265] sözleşmeyle aksi kararlaştırılamayacak hükümlerinin tüketici lehine sağladığı korumayı hukuk seçimiyle bertaraf etmenin mümkün olmadığı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla bu maddeye tâbi olan sigorta sözleşmelerinde, tüketicinin (yani sigortalının) mutad meskeni hukukunun emredici nitelikteki tüketici lehine hükümleri, uygulanacak hukuka dâhil olacaktır. Ancak, Tüzük'ün 6(4)(a). maddesine göre, tüketiciye yönelik bir hizmet sağlama sözleşmesinde, hizmetin münhasıran tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması durumunda, md. 6(1) ve 6(2)'deki tüketiciyi koruyucu hükümler, uygulanmayacaktır. Söz gelimi, kısa bir ziyaret amacıyla ABD'ye giden kişinin, bir İngiliz sigorta şirketi vasıtasıyla, kendisinin sağlığı ile ilgili olarak ve sadece ABD'de gerçekleşebilecek riskleri kapsayan bir poliçe düzenlemesi hâlinde, bu kimse, 6. maddenin (1). ve (2). paragraflarında yer alan tüketici sözleşmelerine özgü koruyucu hükümlerden faydalanmayacaktır[266].

Uygulanacak hukuk bakımından oldukça önemli bir başka etkiyi yaratan Tüzük'ün 23. maddesi ise, "*7. madde hariç olmak üzere bu Tüzük, AB Hukukunun sözleşmeden doğan borç ilişkileriyle ilgili spesifik alanlarda kanunlar ihtilâfı kuralları koyan kurallarının uygulanmasına engel teşkil etmemektedir*" hükmünü getirmektedir. Görüldüğü gibi madde, Tüzük dışında yer alan kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmamasına, sadece sigorta sözleşmelerine özel olarak

[265] Bu hukuk, md. 6(1)'de gösterilen ve hiç ya da geçerli bir hukuk seçimi yapılmayan hâllerde uygulanacak olan hukuktur. Bu hukukun uygulanması için satıcının ticarî ya da profesyonel faaliyetini ya tüketicinin mutad meskeni hukukunda yürütüyor olması ya da herhangi bir şekilde mesleki aktivitesini bu ülkeye (yahut bu ülkenin de aralarında bulunduğu pek çok ülkeye) yönlendirmiş olması; aynı zamanda sözleşmenin de, bu faaliyetlerden doğması gerekmektedir.
[266] Seatzu, (Insurance), 107.

düzenlenmiş 7. maddeyi istisna olarak getirmektedir. Dolayısıyla, üye ülkelerin sınırları dışında kalan ve küçük risk içeren sigorta sözleşmeleri 7. maddeye değil, Tüzük'ün genel bağlama kurallarına tâbi olduğu için, AB Hukukuna ait düzenlemelerde yer alan diğer kanunlar ihtilâfı kurallarının etkisine de açıktır[267]. Başka bir deyişle, üye ülkelerin sınırlarında bulunmayan ve küçük risk içeren sigorta sözleşmeleri, direktiflerin koruyucu hükümlerine de tâbi olacaktır[268]. Zira Tüzük, 7. maddenin kapsamına giren sözleşmeler haricinde, AB Hukuku bakımından özel kanunun (*lex specialis*) uygulanması ilkesini benimsemiştir[269]. Yani bu sözleşmeler bakımından, genel bağlama kurallarıyla beraber AB direktiflerinin ilgili hükümleri de uygulanabilir olacaktır. Burada, zayıf tarafın korunması ilkesinin gerektirdiği şekilde bir uygulama söz konusu olacaktır[270]. Nitekim Tüzük'ün giriş bölümünün (23). paragrafında, "*zayıf sayılan taraflarla yapılan sözleşmelerde, söz konusu taraflar, kendileri için genel kurallardan daha lehe olan kanunlar ihtilâfı kuralları ile korunmalıdırlar"* hükmü getirilmiştir. Ayrıca Tüzük'ün giriş kısmının (40). paragrafında da, ayrı hukuk metinlerinde yer alan kanunlar ihtilâfı kurallarının birbirinden farklı olmasının önlenmesinin gerektiği; bununla beraber Tüzük'ün, AB Hukukunun sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin kendine özgü niteliği haiz alanlarında getirdiği kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması ihtimalini bertaraf etmemesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bununla bağlantılı olarak paragrafın devamında ise, AB iç pazarının sorunsuzca işlemesi için getirilmiş hukukî düzenlemelerin Tüzük kurallarıyla uyum içerisinde

[267] Heiss, (Party Autonomy), s. 3; Garcimartín Alférez, s. 74. Ayrıca, Tüzük'ün kapsamı ile ilgili yapılan açıklamalarda görüldüğü gibi, md. 1(2)(j) ise, genel olarak Tüzük'ün uygulama alanından çıkarıldığı için, diğer AB Hukuku düzenlemelerinin özel olarak koyduğu ihtilâf kurallarının uygulamasına açıktır.
[268] Bkz. Heiss, (Party Autonomy), s. 3.
[269] Garcimartín Alférez, s. 66.
[270] Heiss, (Insurance Contracts), s. 280.

uygulanamayabileceği belirtilmektedir. Buna göre Tüzük, AB kanunlar ihtilâfı kurallarını bütünleştirme amacıyla yola çıkmakla birlikte; pratikte bazı özel alanların kendine özgü kanunlar ihtilâfı kurallarını da benimsemekte ve onlara uygulanma şansı vermektedir.

Bu durumda şu çıkarımı yapmak mümkündür: Tüzük'ün kapsamını düzenleyen md. 1(1) uyarınca, Tüzük'ün genel bağlama kurallarının, üye ülkelerin dışında kalan küçük riskleri içeren sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuku içerdiği kuşkusuzdur. Dolayısıyla, her ne kadar bu tür sözleşmeleri, özel bağlama kuralı olan 7. madde kapsamıyor olsa da, genel bağlama kuralı olan 3 ve 4. maddeler düzenlemektedir. Bu durumda, prensip olarak bu tür sözleşmeler, Tüzük'ün genel bağlama kurallarına tâbi olmakla birlikte; md. 23 ile giriş bölümünün (40). ve (23). paragrafı ışığında, direktif hükümlerinin zayıf tarafı koruyucu etkisine de açık olacaktır[271]. Söz gelimi, yukarıdaki sağlık sigortası örneğinde, 6. maddenin diğer şartlarını yerine getirmediği için tüketiciyi koruyan hükümlerden faydalanamayan sigortalı, Tüzük'ün 23. maddesi uyarınca AB Hukukunun diğer düzenlemeleriyle getirilen kanunlar ihtilâfı kuralları da uygulanabilir olduğu için, bu yolla, direktif hükümlerinde bulunan benzer korumalardan yararlanabilecektir. Yani, eğer zayıf taraf olarak nitelendirilen sigortalının yaptığı bir sözleşmede, 6. maddenin şartları yerine gelmiyor ve bu nedenle tüketiciye özgü koruma devre dışı kalıyorsa, söz konusu koruma, 23. madde sayesinde gerçekleşecektir. Başka bir deyişle bu noktada sigortalıyı koruma amacı, tüketiciyi koruyan diğer düzenlemelere etki tanınmasıyla harekete geçmiştir.

[271] Garcimartín Alférez, s. 66.

Tüzük'ün 6. maddesinin tüketiciyi koruyan hükümlerinin uygulanamadığı sigorta sözleşmeleri bakımından, 23. madde uyarınca uygulama alanı bulabilecek olan AB direktiflerine ilişkin bazı örnekler verilebilir. Örneğin Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Sözleşme Şartlarına İlişkin Konsey Direktifi'nin[272] 6(2). maddesinde, *"üye ülkeler, tüketicinin uygulanacak hukuk olarak üye ülkelerle yakın bir ilişkisi bulunan üçüncü bir ülkenin hukukunu seçmesi nedeniyle bu Direktif ile sahip olunan korumayı kaybetmemesi için gerekli önlemleri almalıdır"* hükmü getirilerek, üçüncü bir ülke hukukunun seçilmesinin tüketiciye sağlanmak istenen korumayı bertaraf edememesi amaçlanmıştır. Üçüncü bir ülke hukukunun seçimiyle ilgili olarak neredeyse aynı ifade, Tüketiciyle İlgili Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Satış Direktifi'nin[273] 12(2). maddesinde de yer almış ve tüketiciye aynı koruma sağlanmak istenmiştir. Yani, eğer sigortalı, 6. maddenin şartlarını taşımadığı gerekçesiyle bu maddedeki korumadan yararlanamazsa, bahsi geçen direktiflerin öngördüğü korumadan yararlanabilecektir.

Ekonomik yönden pazarlık gücü zayıf olan poliçe sahiplerinin bulunduğu sigorta sözleşmelerinde, sigortalının (ve aynı zamanda tüketicinin) mutad meskeni hukukunun tüketiciyi koruyan birtakım hükümleri ile AB Hukukunun diğer koruyucu ihtilâf kurallarının sözleşmeye etki etmesini, genel olarak olumlu değerlendirmek mümkündür. Zira bu hukuk çoğunlukla, tüketicinin en iyi ve gerektiğinde hakkında en kolay biçimde profesyonel destek alabileceği hukuktur[274]. Ne var ki bu düzenleme sebebiyle, riskin büyüklüğüne ve bulunduğu yere göre uygulanacak hukuk kuralı

[272] Bkz. dn. 261.
[273] Directive 2002/65/EC Of The European Parliament And Of The Council of 23 September 2002 Concerning The Distance Marketing Of Consumer Financial Services, OJ L 271, 09.10.2002, s. 16-24.
[274] ESC Opinion On Proposal, 59.

tespiti yapılmasının yanı sıra, üye ülkelerin sınırları dışındaki küçük risklerde, tüketici sözleşmelerine özgü hukuk kurallarının ve diğer AB düzenlemelerinin somut olay bakımından uygulanıp uygulanmayacağını da tespit etmek gerekecektir. Bu durumda, somut olayda tarafların, md. 6 uyarınca tüketicinin tâbi olduğu hukuktan başka bir hukuku seçmiş olmaları hâlinde seçilen hukuk, tüketicinin tâbi olduğu hukukun emredici hükümleriyle de bağlı olacak, sigortalının (tüketicinin) mutad meskeni hukukuna göre uygulanacak hukuk belirlenecek, yeknesak bir uygulama tam anlamıyla sağlanamayacaktır. Bununla beraber günümüzde; zayıf tarafın korunmasını öngören sözleşmelerde, hukukî kesinlik, güvenlik, öngörülebilirlik ihtiyacının azaldığı ve bu ihtiyacın yerine milletlerarası toplumunu menfaatlerini ikame etmek gerektiği düşüncesinin ağır bastığını belirtmek gerekir[275]. Dolayısıyla Tüzük'ün giriş bölümünün (23). maddesinin, zayıf taraf olarak nitelendirilenlerin daha lehe olan kanunlar ihtilâfı kurallarınca korunmasına ilişkin getirdiği düzenleme, sigorta sözleşmeleri bakımından direktif hükümlerine başvurmada temel ölçüt olarak değerlendirilmelidir.

Bu noktada asıl yapılması gereken, zayıf tarafı koruma ilkesi de gözetilmek suretiyle, istisnasız tüm kanunlar ihtilâfı kurallarının Tüzük bünyesinde toplanmasıdır. Bununla bağlantılı olarak, doktrinde bir görüş, Tüzük'ün sigorta sözleşmelerine özgü bağlama kuralı olan 7. maddenin, riskin büyüklüğü ve bulunduğu yer fark etmeksizin tüm sigorta türlerini kapsaması gerektiğini savunmuştur[276]. Nitekim AB dışındaki küçük riskleri içeren sigorta sözleşmelerinde,

[275] Güngör, (Tüketici), s. 34.
[276] Buna reasürans sözleşmeleri de dâhildir, bkz. Gruber, s. 111. Riskin bulunduğu yerin ayırıcı bir kıstas olarak kullanılmaması gerektiğine ilişkin ayrıca bkz. Heiss, (Insurance Contracts), s. 282.

özel bağlama kuralı olan 7. maddenin uygulama alanından çıkılarak, genel bağlama kurallarına başvurulmasını gerektiren bir hukukî rejim, oldukça karmaşık bir uygulamaya gebedir. Bu durum, tarafların anlamakta güçlük çekeceği bir hukukî rejime tâbi olmalarının olumsuz sonuçlarını doğuracak olmakla birlikte, uygulayıcıya da güçlükler yaratacaktır.

bb. Hukuk Seçimi Bulunmayan Hâllerde Uygulanacak Hukukun Tâyini

Üye ülkelerde yer almayan küçük riskleri içeren sözleşmelerde 7. maddenin uygulama alanından çıkılmasıyla Tüzük'ün genel bağlama kuralları uygulandığından, hukuk seçimi bulunmayan hâller için 3. maddenin tamamlayıcısı olarak düzenlenen 4. maddenin uygulanması söz konusu olmaktadır[277]. Madde, "hukuk seçimi yokluğunda uygulanacak hukuk" başlığını taşımaktadır ve Tüzük'te özel olarak sayılan sözleşme tipleri dışındaki tüm sözleşmelere uygulanmak üzere kaleme alınmıştır. Madde, özel sözleşme tipleri bakımından kendi içinde kategorilere ayrılmıştır. Nitekim md. 4(1)'de sırasıyla milletlerarası satım, hizmet sağlama[278], taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklar ve kısa ve uzun dönemli kira sözleşmeleri, *franchise*, distribütörlük, müzayede ile satış ve finansal araçların alım satımı ile ilgili sözleşmelerde hukuk seçimi yapılmadığı ölçüde hangi hukukun

---

Bunun yanı sıra yine *Heiss*, 7. maddenin, birden çok riskin birlikte sigortalanmasını ifade eden grup sigortalarını da özel olarak düzenlemesi gerektiği görüşündedir. Zira yazara göre grup sigortaları, özel bir bağlama kuralı getirilmesi gereken nitelikler taşımaktadır, bkz. Heiss, (Insurance Contracts), s. 278.

[277] Kramer, (Insurance Contracts In Rome I), s. 40.

[278] Esasen sigorta faaliyeti de bir "hizmet sağlama" sayılmakla beraber; doktrinde bu ifadenin dar yorumlanması gerektiği ve sigorta sözleşmelerinin md. 4(1)(b)'ye değil, 4(2)'ye tâbi olacağı belirtilmekle beraber; sonuç itibarıyla iki düzenlemenin de sigortacının mutad meskeni hukukuna bağlandığı tespit edilmektedir, bkz. Plender / Wilderspin, s. 289.

uygulanacağı belirlenmiştir. Hiç kuşkusuz burada amaç, yabancı unsurlu sözleşmelere nitelikleri bakımından uygulanması en elverişli olan hukuku bulmaktır[279]. Burada belirlenen bağlama kuralları sayesinde, özel olarak karakteristik edim teorisine bakmak gerekmeyecektir[280]. Bu anlamda md. 4(1)'deki sözleşme tipleri bakımından öngörülebilirliğin, esneklikten daha baskın bir rol oynadığı söylenebilir[281]. Ne var ki sigorta sözleşmelerine özel bir hüküm Tüzük'te zaten var olduğundan ve (her ne kadar tüm sigorta sözleşmelerini kapsamasa da) "hukuk seçiminin yokluğu" bu maddede düzenlendiğinden, madde 4(1)'de sayılan özel sözleşme tipleri arasında sigorta sözleşmeleri bulunmamaktadır. O hâlde, 7. maddenin kapsamına almadığı, üye ülkelerin sınırları dışında ve küçük risk içeren sigorta sözleşmeleri md. 4(2)'ye tâbi olmaktadır. Nitekim md. 4(2)'de, *"sözleşme, birinci paragrafta sayılan sözleşmelerden değilse veya sözleşmenin unsurları, (a)'dan (h)'ye kadar sayılan hâllerin birden fazlasıyla ilgili ise, karakteristik edimi yerine getirecek olan tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır"* hükmü getirilmiştir. Görüldüğü gibi maddenin birinci paragrafında belirtilen özel sözleşme tiplerinden bazılarında açıkça karakteristik edim teorisine yaslanılmasa da, üstü örtülü olarak bu teorinin işaret ettiği hukuklara atıf yapılmıştır[282]. İkinci paragrafta ise açıkça "karakteristik edim" terimi kullanılarak, şüphe götürmez biçimde teorinin esas alındığı görülmektedir[283].

---

[279] Magnus, s. 27.
[280] Fawcett / Carruthers, s. 723.
[281] Lando/Nielsen, (Regulation), s. 1703.
[282] Nitekim md. 4(1)(a)'da satım sözleşmesindeki satıcının, md. 4(1)(b)'de ise hizmet sağlama sözleşmesindeki hizmet sağlayıcının mutad meskeni hukukuna gönderme yapılmıştır. Bununla beraber, taşınmazın bulunduğu yer hukukuna yapılan göndermede olduğu gibi, maddenin işaret ettiği bazı hukuklar ise karakteristik edim teorisini esas almamaktadır, bu konuda bkz. Bonomi, (Rome I), s. 174.
[283] Bkz. Magnus, 46.

Madde 4(3)'te ise md. 4(2)'de bulunan hukuktan kaçış hükmü öngörülerek[284], uygulanacak hukukun belirlenmesi sürecine esneklik getirmek istenmiştir[285]. Buna göre, *"olayın tüm hâl ve şartlarından, sözleşmenin 4(1) ve 4(2)'de belirtilenlerden başka bir ülke ile açıkça daha sıkı ilişkili olduğunun anlaşılması hâlinde, bu ülkenin hukuku uygulanır".* Dolayısıyla md. 4(2)'deki (ve özel sözleşme tiplerini düzenleyen md. 4(1)'deki) hüküm, sözleşmeyle açıkça daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunması hâlinde çürütülebilir bir varsayımdan ibarettir[286]. Örneğin bu bağlamda hâkim, karakteristik edim borçlusu olan sigortacının mutad meskeni Almanya'da bulunmasına rağmen, olayın diğer tüm unsurlarının açıkça İtalya ile bağlantılı olması hâlinde İtalyan hukukunu uygulayacaktır. Belirtmek gerekir ki buradaki "açıkça" ibaresi, paragrafın istisnai niteliğini vurgulamak için getirilmiştir[287]. Bununla beraber, kuralın istisna olması, onun, öngörülen şartlar gerçekleştiğinde muhakkak uygulanması gerektiği gerçeğini değiştirmemektedir. Başka bir deyişle, açıkça daha sıkı ilişkili hukukun varlığının tespit edilmesi hâlinde, hâkimin bu hukuku uygulayıp uygulamamak konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu, maddenin kaleme alınışındaki kesin ifadeden anlaşılmaktadır. Bununla beraber 4. maddenin sigorta sözleşmelerinde uygulama alanı bulduğu davalarda, maddedeki varsayımın ve bunun çürütülmesine dair şartların, üye ülke mahkemelerinde tam anlamıyla yeknesak yorumlanmasının zor olabileceğini belirtmek gereklidir. Nitekim Roma Konvansiyonu'nu yürürlükteyken Hollanda'da görülen 1995 tarihli ünlü *BOA*[288] davasında, bir satım sözleşmesinin alıcısı, müzakerelerinin yürütüldüğü yer, malın teslim yeri, para birimi gibi tüm

[284] Bonomi, (Rome I), s. 175; Magnus, s. 48.
[285] Bonomi, (Rome I), s. 175.
[286] Bkz. Vernooij, s. 75; Magnus, s. 48-49.
[287] Fawcett / Carruthers, s. 725.
[288] *Societe Nouvelle des Papeteries v. BV Machinefabriek BOA*.

unsurları Fransa ile bağlantılı olmasına rağmen; mahkeme, Hollanda vatandaşı olan satıcının hukukunu, Konvansiyon'un 4(2). maddesindeki en sıkı ilişkili hukuk varsayımına dayanarak uygulamıştır[289]. Buna karşılık, İngiltere, Danimarka ve Fransa gibi bazı ülkelerin ise, varsayımı, kolayca çürütülebilecek biçimde algıladığı ve daha sıkı bir ilişki tespit ettiğinde bunu uygulama eğiliminde olduğu görülmüştür. Seçim yokluğunda uygulanacak hukuk bakımından, Konvansiyon'dan daha öngörülebilir sonuçlar yaratacak bir madde de getirmiş olsa, Tüzük'ün uygulanması açısından üye ülke mahkemelerinin bu handikapı aşıp aşamayacağı belirsizliğini korumaktadır.

Paragrafın devamında ise, uygulanacak hukukun belirlenemediği hâllerde ne yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Nitekim md. 4(4)'te, *"uygulanacak hukukun md. 4(1) ve 4(2)'ye göre belirlenemediği hâllerde sözleşme, en sıkı ilişkili ülkenin hukuku tarafından idare edilir"* hükmü getirilmiştir.

Bilindiği gibi karakteristik edim, sözleşmeye hukukî özelliğini veren[290], ya da her sözleşme kategorisi bakımından en esaslı olan[291] edim olarak kabul edilmektedir. Daha somutlaştırmak gerekirse karakteristik edim, genellikle hukukî ilişkide bir ödemenin karşılığında yerine getirilen edimdir ve bu, aynı zamanda, sözleşmenin ağırlık merkezini ve sosyo-ekonomik fonksiyonunu oluşturmaktadır[292]. Bu bağlamda bir satım sözleşmesinde satıcının, kira sözleşmesinde kiraya verenin, hizmet sözleşmesinde hizmet verenin vb. edimi karakteristik edim olarak

[289] Bkz. Lando/Nielsen, (Regulation), s. 1701.
[290] Nomer / Şanlı, s. 317.
[291] Bkz. Sargın, (Karakteristik), s. 46.
[292] Giuliano/Lagarde, s. 21;

nitelendirildiği gibi, sigorta sözleşmesinde de sigortacının edimi karakteristik olarak nitelendirilmektedir[293]. Çünkü teoriye göre sigorta sözleşmesinin karakteristik edimini, sigorta ettirenin para karşılığı sigortacıdan talep ettiği sigorta yapma edimi oluşturmaktadır ve bu edimi yerine getiren taraf sigortacı olduğu için karakteristik edim borçlusu sigortacı olmaktadır[294]. Esasen sigorta yapma edimi de, sözleşmeye konu riskin gerçekleştiği hâllerde sigortalının maddî kayıplarının giderilmesi edimini içermekle beraber; bu, karakteristik edimin karşılığı olan para edimiyle karıştırılmamalıdır.

İsviçre milletlerarası özel hukukunda ortaya çıkan karakteristik edim teorisi[295], her ne kadar uygulanacak hukukun belirlenmesi için tarafların farazî iradeleri yerine daha somut[296], veya ifa yeri kriterinin uygulanmasından daha makûl[297] bir kriter olarak ortaya çıkmış olsa da, dayandığı ölçütler, bu ölçütlerle ulaştığı hukukun her durumda en sıkı ilişkili hukuka işaret etmemesi ihtimâli ve bu yanılgının yaratabileceği sonuçlar gibi pek çok yönden eleştirilmiştir[298]. Özellikle de bazı sözleşmelerde karakteristik edimin para olabileceği[299] veya bazı sözleşmelerde karakteristik edimin belirlenemeyeceği[300] gibi gerekçelerle teorinin zayıf yanları otaya konmuştur. Sigorta sözleşmelerinde, teorinin belirlediği ölçütler açısından bakılınca, karakteristik edimi belirleyememe durumu kural olarak söz konusu

[293] Bkz. Plender / Wilderspin, s. 289.
[294] Bkz. Kramer, (Insurance Contracts In Rome I), s. 37.
[295] Ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, T., "İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku", **AÜHFD**, C. 41, S. 1-4, 1989-1990, s. 132 vd.
[296] Sargın, (Karakteristik), s. 38-39.
[297] Fawcett / Carruthers, s. 712.
[298] Konu ile ilgili ayrıntılı bir inceleme için bkz. Sargın, (Karakteristik), s. 53 vd.
[299] Bu konuda bkz. Ekşi, s. 118.
[300] Karakteristik edimin belirlenemediği sözleşmelere örnek olarak trampa, ortak girişim *(joint venture)* gibi sözleşmeler verilebilir. Bkz. Magnus, s. 49. Bundan başka, örneğin iki tarafın da birbirine mal ve hizmet sağladığı karmaşık sözleşmelerde de, karakteristik edimi belirlemek zorlaşmaktadır, bkz. Fawcett / Carruthers, s. 713.

olmamaktadır. Bununla beraber doktrinde bir görüş; sigorta ve reasürans sözleşmeleri gibi güven ve işbirliği temelinde karşılıklı yükümlülükleri barındıran sözleşmelerde, bazı özel durumlarda tek bir karakteristik edim belirlemek zor olabileceğinden, teorinin her olayda doğru sonuca götürmeyebileceğini savunmaktadır[301]. Bu gibi tereddütleri bertaraf etmek üzere kaleme alınan Tüzük'ün giriş bölümünün (19). paragrafı, uygulayıcıya rehberlik etmektedir. Buna göre bir sözleşmenin, birden fazla tipik sözleşmeden oluşması ve bu sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülükler içermesi hâlinde, sözleşmenin karakteristik edimi, onun ağırlık merkezine göre belirlenecektir[302]. Sigorta sözleşmeleri bakımından teorinin tıkanabileceği bir noktaya örnek olarak, sigortalının birden ziyade sigorta şirketiyle sözleşme yaptığı müşterek sigorta hâli gösterilebilir. Bu durumda, hangi sigortacının mutad meskeni hukukunun temel alınacağı belirsiz olmaktadır[303]. Bu gibi istisnai durumlarda, md. 4(4) de gündeme gelebilecektir.

Bazı durumlarda ise, karakteristik edim belirlense de, onu ifa edenin mutad meskeni hukukunun uygulanamaması mümkündür. Örneğin taraflar, sözleşmelerine karakteristik edimi ifa edenin mutad meskeni hukukunun ya da md. 4(1)'de sözleşme tipine özel olarak gösterilmiş olan hukukun uygulanmayacağına dair negatif bir hukuk seçimi yapmışlarsa, bu durumda doğrudan ve istisnasız olarak en sıkı ilişkili hukuk kuralını harekete geçirmek gerekecektir[304].

---

[301] Seatzu, (Insurance), s. 103.

[302] "Ağırlık merkezi" kavramına Tüzük'te yer verilmemiş olmasına rağmen, giriş bölümünde bu kavramın kullanılması nedeniyle, bahsi geçen hâllerde hâkim, belirleyici bir kıstas olarak sözleşmenin ağırlık merkezini gözönünde bulundurabilecektir, bkz. Bermann, s. 357.

[303] Seatzu, (Insurance), s. 104.

[304] Ferrari, F., "From Rome To Rome Via Brussels: Remarks On The Law Applicable To Contractual Obligations Absent A Choice By The Parties (Art. 4 Of The Rome I Regulation)", **Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht**, Vol. 73, S. 4, 2009, s. 765.

Görüldüğü üzere 4. madde, varsayımın sağladığı kesinlik ile daha sıkı ilişkili hukukun dikkate alınmasının sağladığı esnekliği, sağlıklı bir hukuk uygulamasına ulaşmak için bir araya getirmektedir[305]. Hukuk seçimi yokluğunda uygulanacak hukuka dair öngörülen kaçış hükmünün, objektif bağlama kuralının çok sıkı bir şekilde tatbik edilmeyeceğine işaret etmekle beraber; Roma Konvansiyonu'nun ilgili hükmü olan 4(5). maddesine nazaran daha katı olduğu ve bu anlamda doğurduğu sonuçlar bakımından eleştirilen Konvansiyon hükmünden daha fazla öngörülebilir sonuçlar yaratacak bir nitelik taşıdığı ifade edilmiştir[306]. Nitekim Konvansiyon'un 4(5). maddesinde, Tüzük'ün 4(3). maddesinden farklı olarak "açıkça daha sıkı ilişki" ibaresi yerine sadece "daha sıkı ilişki" ibaresi yer almaktadır[307]. Bu, Tüzük'ün giriş bölümünün (16). paragrafıyla tutarlılık göstermektedir. Zira (16). paragrafta açıkça, Tüzük'ün amacının hukukî kesinlik sağlamak olduğu ve kanunlar ihtilâfı kurallarının öngörülebilir olmasının önemi vurgulanmıştır. Bu sebeple AB dışında yer alan küçük risk içeren sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk kurallarının yorumlanışı da bütünüyle bu çerçevede ele alınmalıdır.

Tüzük'ün genel bakış açısını yansıtmak ve maddelerin yorumlanmasına ışık tutmak için Tüzük'ün giriş bölümünde de, daha sıkı ilişkili ülke hukuku istisnasının soru işareti doğurabilecek yönlerine binaen, dikkate alınması gereken hususların açıklanması ihtiyacı duyulmuştur. Örneğin Tüzük'ün giriş bölümünün (20). paragrafında, sözleşmenin md. 4(1) ve 4(2)'de belirtilen ülkelerden başka bir ülke ile açıkça daha sıkı ilişkili bulunması hâlinde bu ülke hukukunun uygulanması

[305] Fawcett / Carruthers, s. 708.
[306] Ferrari, s. 763.
[307] Ayrıca bkz. Vernooij, s. 75.

gerektiği (yani md. 4(3)'ün içeriği) prensip olarak ortaya konmuştur. Bunu yaparken dikkat edilmesi gereken bir nokta olarak, bahsi geçen sözleşmenin başka bir sözleşme (veya sözleşmeler) ile "çok sıkı bir ilişkisi" olup olmadığının da irdelenmesi gerektiği vurgulanarak, daha sıkı ilişkiye işaret edebilecek bağlantılar konusunda uygulayıcıya rehberlik edilmiştir. Hukuk seçimi yokluğunda uygulanacak hukukun, sözleşmenin Tüzük'teki belirli tiplerden birine girmemesi ya da karakteristik edimi ifa eden tarafın mutad meskeninin belirlenememesi durumuyla ilgili olarak ise giriş bölümünün (21). paragrafında, sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukukun uygulanacağı, bu hukuku belirlerken ise yine, sözleşmenin başka bir sözleşme sözleşme (ya da sözleşmeler) ile çok sıkı bir ilişkisi olup olmadığının göz önünde tutulması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Madde 3'te açıkça, bir sözleşmeye uygulanmak üzere birden fazla hukukun seçilebileceği belirtilmiş olmasına rağmen; seçim yokluğunda başvurulan md. 4'ün, hâkime, sözleşmeyi birbirinden ayrılabilir kısımları bakımından parçalama *(dépeçage)* yolunu açıp açmadığı konusu muğlak kalmıştır. Esasen Roma Konvansiyonu'nun 4(1). maddesinde, sözleşmenin parçalanabilir bir kısmının istisnaen de olsa farklı bir hukuka tâbi kılınabileceği hüküm altına alınmıştır[308]. Ne var ki Tüzük'te böyle bir hüküm yer bulunmadığından, hâkim tarafından parçalama yapılabileceğini söylemek mümkün olmamaktadır. Keza doktrinde de, mahkeme tarafından hukuk seçimi yokluğunda uygulanacak hukukun belirlenmesinde, sözleşmeyi parçalama yoluna gidilebileceğine dair herhangi bir gösterge

[308] Bu kuralın uygulaması ile ilgili olarak bkz. Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v. Balkenende Oosthuizen BV, Case C-133/08, 06.10.2009, OJ C 282, 21.11.2009, s. 9. Ayrıca bkz. Fawcett / Carruthers, s. 709 vd.

bulunmadığı belirtilmiştir[309]. Dolayısıyla eğer hukuk seçimi bulunmamaktaysa, sözleşmenin tamamına, md. 4'e göre bulunan tek bir hukuk uygulanacaktır[310].

c. Riskin Kısmen Üye Ülkelerde Doğduğu Hâller

Tüzük'ün sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuku, AB-içi ve AB-dışı risk içeren sözleşmeler olmak üzere parçalara ayırmasının, riskin kısmen üye ülkelerde bulunduğu durumlar bakımından, uygulanacak hukukun tatbikinde birtakım sorunlara yol açma ihtimâli mevcuttur[311]. Zira bir sigorta sözleşmesinde tek bir risk bulunabileceği gibi, birden fazla risk de bulunabilir ve bu riskler AB içine ve dışına yayılmış olabilir. Bu durumda, AB içinde yer alan birden fazla riskin bulunduğu sözleşmelerden doğan ihtilâflardan daha da karmaşık durumlar ortaya çıkabilmektedir.

Tüzük'ün küçük riskleri AB içi – AB dışı diye ayrıma tâbi tutması sebebiyle bu risklerin kısmen üye ülkelerde, kısmen ise üçüncü ülkelerde bulunması hâlinde doğabilecek sorunları somutlaştırmak için iki örnek verilebilir: Birinci hâlde, hem İngiltere'de hem de New York'ta yerleşim yeri bulunan bir kişinin yaptırdığı hayat sigortası; ikinci hâlde ise hem İngiltere hem de New York'ta bulunan iki taşınmazın sigortalanmasının söz konusu olduğunu varsayalım[312]. Birinci örnekte, birden fazla yerde bulunan tek bir risk söz konusu iken, ikinci örnekte birden fazla yerde bulunan birden fazla risk söz konusudur. Bunun gibi,

[309] Magnus, s. 31; aynı yönde bkz. Ferrari, s. 769.
[310] Magnus, s. 31.
[311] Bkz. Merrett, (Insurance Contracts), s. 62.
[312] Merrett, (Insurance Contracts), s. 51.

yani niteliği gereği riskin bölünemediği durumlarda nasıl bir yol izleneceği belirsizdir[313]. Yukarıdaki örneklerden hareket edersek; ikinci örnekte hem New York hem de İngiltere'de iki ayrı taşınmaz bulunduğu için bunları iki ayrı sözleşme olarak değerlendirmek mümkündür. Fakat birinci örnek bakımından aynı şeyi söylemek zordur. Çünkü bu hâlde tek bir kişiyi kapsayan tek bir hayat sigortası mevcuttur. Burada sadece kişinin iki farklı ülkede (biri AB'ye üye ülkelerden birinde, diğeri ise üçüncü bir ülkede) de ikâmet etmesinden kaynaklanan bir ikilik söz konusudur. Bu ikilik, kişinin yaptırdığı hayat sigortasına ilişkin olası risklerin iki ayrı ülkede de gerçekleşebilecek olmasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda md. 7(3)'ün son paragrafında, AB sınırları içindeki küçük riskleri içeren sözleşmelerde tarafların herhangi bir hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde sözleşmenin tamamlandığı sırada riskin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağına hükmedilmektedir. Birinci örnekteki hayat sigortasını ele alırsak; eğer taraflar bir hukuk seçimi yapmamışlarsa, riskin İngiltere'de mi yoksa New York'ta mı olduğu sorusunun cevabına göre sözleşmenin md. 7(3)'ün kapsamı içine girip girmeyeceği belli olacaktır. Hatırlanacağı gibi hayat sigortaları bakımından md.7(6), riskin bulunduğu yeri, Hayat Sigortası Direktifi'nin düzenlediği anlamda sözleşme taahhüdünün yapıldığı üye ülke olarak belirlemişti. Direktif hükmü ise, sözleşme taahhüdünün yapıldığı üye ülkeyi, poliçe sahibi gerçek kişi ise onun mutad meskeninin bulunduğu üye ülke olarak belirlemişti. Bu durumda, somut olayda poliçe sahibinin mutad meskeni iki ayrı yerde (hem New York hem de İngiltere) olduğundan, uygulayıcı, çözülmeyi bekleyen bir sorun ile karşı karşıya kalacaktır[314]. İkinci örnekte ise iki ayrı yerde taşınmaz mal bulunduğundan, riskin bulunduğu yeri

[313] Merrett, (Insurance Contracts), s. 51 ve 66.
[314] Bkz. Plender / Wilderspin, s. 291-292.

ayırmak kolay olsa da, burada da bir kimseye ait tek bir poliçeyle düzenlenmiş sigorta sözleşmesine iki ayrı hukuk kuralının uygulanması gündeme gelecektir ki, bunu uygulama açısından pratik saymak mümkün değildir. Pek çok riskin birden sigortalandığı karmaşık poliçeler bakımından durum daha da içinden çıkılmaz hâle gelebilecektir.

Esasen Tüzük'ün küçük risklerde riskin bulunduğu yere göre yaptığı bu ayrım, giriş bölümünün (33). paragrafında da göze çarpmaktadır. Nitekim burada, sözleşmede hem üye ülkelerin sınırları içinde hem de üçüncü bir ülkede en az birer riskin bulunduğu hâllerde, sigortaya özgü kuralların sadece üye ülkelerde yer alan risklere uygulanacağı vurgulanmaktadır. Paragrafta aynen; *"Büyük risk içermeyen bir sigorta sözleşmesi, en az biri üye ülkelerden birinde ve en az biri üçüncü bir ülkede bulunan birden fazla risk içeriyorsa, bu Tüzük'teki sigorta sözleşmelerine özgü hükümler sadece söz konusu üye ülkenin/ülkelerin sınırları içinde olan risk/risklere uygulanır"* denilerek, 7. maddenin, sadece üye ülkelerin sınırları içindeki küçük risklere uygulanacağı vurgulanmaktadır. Giriş bölümünün (33). paragrafı, bu şekliyle, sözleşmenin parçalanması ve birden fazla uygulanacak hukuk kuralının sözleşmeye etki etmesi anlamını taşımaktadır[315]. Hemen belirtmek gerekir ki, uygulanacak hukuka doğrudan etki edecek bu önemli düzenlemenin, Tüzük'ün giriş kısmında yer alması doktrinde eleştirilmiştir[316]. Bununla birlikte, AB içinde ve dışında yer alan birden çok küçük riski barıdıran bir sigorta sözleşmesinde uygulanacak hukukun parçalanacağı, öncelikle Tüzük'ün 7. maddesinin açık lafzından kaynaklandığından, uygulanacak hukukun parçalanmasının giriş

[315] Plender / Wilderspin, s. 291.
[316] Plender / Wilderspin, s. 291.

bölümünün (33). paragrafından kaynaklanmadığını ve bu paragrafın sadece 7. madde hükmünü pekiştiren bir nitelik taşıdığını söylemek mümkündür.

Bu kuralın birtakım sorunlara yol açabileceğini öngören *Merrett*, durumu şu örnekle somutlaştırmıştır[317]: Yine, Londra'da ve New York'taki iki ayrı evin bir sigorta poliçesiyle sigortalandığı varsayılmaktadır. New York'taki ev ile ilgili bir risk poliçede açıklanmamıştır ve daha sonra bu risk kalemini de kapsayan bir zarar doğmuştur. Poliçenin bu kısmına New York hukuku uygulandığı ve bu hukuka göre poliçenin hükümsüz olabilmesi için sadece, açıklanmayan riskin zarara sebep olmuş olması gerektiği varsayılmaktadır. Zarar başka bir riskten doğduğu için poliçe hükümsüz olmamakta, sadece poliçede açıklanmayan riskin doğurduğu zarar bakımından sigorta primine hak kazanılamamaktadır. Oysa poliçenin diğer kısımlarını idare eden İngiliz hukukuna göre, açıklanmayan bir risk kalemini de kapsayan bir zarar doğduğunda poliçenin tamamını hükümsüz kılan bir kural olduğu varsayılmaktadır. Yazar, bu durumda poliçeyi geçerli sayıp saymamak veya belirli bir kısmını geçerli sayıp geri kalan kısmını hükümsüz kılmak konusunda ne yapılacağı sorusunun cevapsız kaldığını tespit etmektedir[318]. Nitekim Tüzük'ün 10. maddesine göre, bir sözleşmenin ya da bu sözleşmenin herhangi bir maddesinin varlığı ve geçerliliği, Tüzük hükümleri uyarınca sözleşmeye uygulanacak hukuka göre belirlenmektedir. Örnekte de, uygulanacak hukuklardan biri sözleşmenin tamamını geçersiz kılan bir kural içermekte, diğeri ise sözleşmeyi geçerli kabul etmektedir. Bu durumda hâkimin nasıl bir yol çizeceği muğlak kalmaktadır.

[317] Merrett, (Insurance Contracts), s. 55'ten alınmıştır.
[318] Merrett, (Insurance Contracts), s. 55.

C. Reasürans Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

Sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen 7. maddenin kapsamından çıkarılmış olan reasürans sözleşmelerinin Tüzük dâhilinde hukukî rejimini belirlemeye geçmeden önce, genel hatlarıyla reasürans sözleşmelerinin üzerinde durmak faydalı olacaktır. Bilindiği gibi reasürans (*reinsurance*), "ikinci kez sigorta", "sigortanın sigortası" ya da başka bir ifadeyle "mükerrer sigorta"[319] anlamına gelmektedir[320]. Reasürans; sigorta şirketlerinin, müşterilerine ait sigortalanan riskleri, sigorta (reasürans) şirketlerine tekrar sigortalatmalarıdır. 2005 yılında AB Hukukuna kazandırılmış olan ve reasüransın yapılması, takibi, denetimi, reasürans kuruluşlarının özellikleri, işleyişi gibi konuları düzenleyen Reasürans Direktifi[321]'nin 2(1)(a). maddesine göre de reasürans, bir sigorta veya reasürans kuruluşu tarafından devredilen risklerin kabul edilmesinden oluşan faaliyettir. Bahsi geçen maddeye göre reasürans aynı zamanda, *Lloyd's* olarak bilinen İngiliz sigorta borsası bakımından, *Lloyd's*'un herhangi bir üyesinin devrettiği risklerin, *Lloyd's* dışındaki bir sigorta ya da reasürans kuruluşunca kabul edilmesinden oluşan faaliyeti de ifade etmektedir. Yani Direktif'in 2(1)(a). maddesi uyarınca ilke olarak; *Lloyd's* içinde değil, bu birliğin üyeleriyle diğer sigorta ve reasürans kuruluşları arasında reasürans yapılması kabul edilmiştir.

---

[319] Hâlen yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1276. maddesinde "mükerrer sigorta (reasürans)" ibaresi geçmektedir.

[320] Yürürlük tarihi 01.07.2012 olan 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1403. maddesinde ve çoğunluk olarak yabancı literatürde "reasürans" ibaresi kullanıldığından, çalışmamızda da, diğer terimler yerine "reasürans" terimi kullanılmıştır.

[321] Directive 2005/68/EC Of The European Parliament And Of The Council Of 16 November 2005 On Reinsurance And Amending Council Directives 73/239/EEC, 92/49/EEC as well as Directives 98/78/EC and 2002/83/EC, 09.12.2005, OJ L 323/1.

Reasürans faaliyeti ile sigorta şirketi, karşı karşıya kaldığı riskleri dağıtmak amacıyla sigorta yaptırmaktadır[322]. Burada amaç, genellikle daha fazla riske girebilmek, yani daha çok sigorta müşterisine sahip olmaktır. Elbette sigortalanan sayısı arttıkça sigortacının üstlendiği risk miktarı da büyüdüğünden, kapasitenin üzerinde oluşan bu riskleri de başka bir risk üstlenicisine bırakmak tercih edilmektedir. Böylece sigorta şirketi, mali altyapısını aşıyor olsa da, güvenli bir biçimde genişlemiş olmaktadır[323].

Reasürans sözleşmeleri, sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin özel bir bağlama kuralı sevketmemiş olan Roma Konvansiyonu'nda, genel bağlama kurallarına (hukuk seçimini düzenleyen md. 3 ve seçim yokluğunda uygulanacak hukuku düzenleyen md. 4) tâbi tutulmuştur[324]. Bu nedenle taraflar arasında md. 3'e göre bir hukuk seçimi yapılmadığı ölçüde, md. 4'e göre karakteristik edimi ifa eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku olarak varsayılan "en sıkı ilişkili hukuk" uygulanmıştır. Bu varsayım, olayın tüm şartlarının başka bir ülke ile daha sıkı ilişki içinde olması durumunda çürütülebilecek bir karine olarak ortaya çıkmıştır. Bu noktada, reasürans sözleşmelerinde karakteristik edim bulunup bulunmadığı ya da karakteristik edimi yerine getiren tarafın ilk sigortacı mı, yoksa reasürör (ikinci sigortacı) mü olduğu konusunda doktrinde tartışmalar olmuşsa da[325], karakteristik edimi yerine getiren tarafın reasürör olduğu görüşü ağır basmıştır[326]. Gerçekten de, reasürans sözleşmesine konu olan sigortayı yapan tarafın ilk sigortacı

[322] Bkz. Merkin, R., "The Rome I Regulation And Reinsurance", **Journal Of Private International Law**, Vol. 5, N. 1, 2009, s. 69.
[323] Bkz. Merkin, s. 69.
[324] Reasürans sözleşmeleri Roma Konvansiyonu'nda, sigorta sözleşmelerine uygulanan "riskin bulunduğu yer" ayrımına tâbi değildir, bkz. Konvansiyon md. 1(4).
[325] Bkz. Gruber, s. 114.
[326] Merkin, s. 71; Gruber, s. 114.

değil "reasürör" olduğu düşünüldüğünde, karakteristik edimi ifa eden tarafın reasürör olduğu sonucuna varmak daha makûldür. Her ne kadar sigorta sözleşmelerine benzer olarak, reasürans sözleşmelerinde de "reasürans"ın karşılığı, esas itibarıyla bir para ödemesini ifade etmekte ise de[327]; buradaki para ödemesi, karakteristik edimin karşılığı olan para ödemesinden farklı olarak, riskin gerçekleşmesine bağlı olan ve reasürörün tazminat yükümlülülüğü anlamında yapılan bir ödemeyi ifade etmektedir. Özetle reasürans sözleşmelerinde para ediminin sigorta ettiren, karakteristik olarak kabul edilen edimin ise reasürör tarafından yerine getirildiğini söylemek yerinde olacaktır.

Tüzük'te sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen özel bir hüküm bulunmasına rağmen, bu hükmün reasürans sözleşmelerine uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Nitekim sigorta sözleşmelerine uygulanacak 7. maddenin genel olarak hatlarını çizerken, maddenin reasürans sözleşmelerine uygulanmadığı belirtilmişti. Hatırlanacağı gibi md. 7(1)'in ikinci cümlesi açıkça, "*bu madde reasürans sözleşmelerine uygulanmaz*" hükmünü getirerek, reasürans sözleşmelerine uygulanacak hukuku her türlü soru işaretinden uzak şekilde kapsam dışı bırakmıştır. Dolayısıyla reasürans sözleşmeleri, Tüzük'te de, genel bağlama kurallarına (md. 3 ve 4) bırakılmıştır. Bu kapsamda reasürans sözleşmeleri öncelikli olarak madde 3'teki hukuk seçimi özgürlüğü dolayısıyla tarafların seçtiği hukuka tâbi olmakta; böyle bir seçim olmadığı ölçüde ise madde 4'te yer alan ve seçim yokluğunda uygulanacak hukuku düzenleyen kurallar devreye girmektedir. Bu noktada reasürans sözleşmelerinin, madde 3(3) ve 3(4)'teki hukuk seçimine ilişkin

[327] Fawcett / Carruthers, s. 714.

kısıtlamalara[328] da tâbi olacağının altı çizilmelidir. Bunun ötesinde, AB ülkelerinin sınırları dışında yer alan ve küçük risk içeren sözleşmelerde olduğu gibi burada da, özel bağlama kuralı olan 7. maddenin uygulama alanından çıkıldığı için, AB Hukukunun reasüransa uygulanabilecek diğer kanunlar ihtilâfı kuralları da, uygulanacak hukuka etki edebilecektir.[329]

Hukuk seçimi yapılmadığı veya seçimin geçerli olmadığı hâller bakımından ise reasürans sözleşmelerinin tâbi olacağı kısım, karakteristik edim teorisini esas alan md. 4(2)[330] ve bundan kaçış hükmü getiren md. 4(3)'tür. Zira uygulanacak hukukun özel sözleşme tipleri bakımından belirlendiği md. 4(1)'de spesifik olarak reasürans sözleşmeleri sayılmamaktadır[331]. Buna göre hiç veya geçerli bir hukuk seçimi yoksa, reasürans sözleşmesine, karakteristik edimi ifa eden reasürörün mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır[332]. Bununla beraber; olayın tüm şartları değerlendirildiğinde, sözleşme başka bir ülkenin hukukuyla açıkça daha sıkı ilişkili ise, istisnaen bu hukuk uygulanabilecektir. Çalışmanın önceki bölümlerde Tüzük'ün genel bağlama kurallarını oluşturan bu maddeler ile ilgili yapılan incelemeler, reasürans sözleşmeleri için de geçerli olduğu için burada tekrardan kaçınılacaktır.

---

[328] Sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek millî hukukların kuralları (md. 3(3)) ve AB Hukuku kuralları (md.3(4)) ile ilgili kısıtlamalar, bkz. s. 127 vd.

[329] Zira yukarıda da belirtildiği gibi Tüzük'ün 23. maddesi, AB Hukukunun diğer düzenlemelerinin uygulama alanı bulmasına sadece 7. maddede belirtilen sigorta sözleşmelerini istisna olarak getirmiştir.

[330] Md. 4(1)'de sayılan bazı özel sözleşme tipleri arasında bulunmayan reasürans sözleşmelerine, bu maddede sayılanlar dışında kalan sözleşme tiplerinin tâbi olduğu md. 4(2) uygulanmaktadır.

[331] Gruber, s. 114. Bununla beraber, doktrindeki karşıt bir görüşe göre md. 4(1)(b)'de belirtilen hizmet sağlama sözleşmeleri, reasürans sözleşmelerini de kapsadığından; reasürans sözleşmelerine uygulanacak hukuk, hizmet sağlayıcısı olan reasürörün mutad meskeni hukuku olmalıdır, bkz. Merkin, s. 74.

[332] Bkz. Gruber, s. 114.

Görüldüğü üzere, reasürans sözleşmelerinde taraflar, esas itibarıyla sınırlanmamış bir irade muhtariyetinden faydalanmaktadırlar. Reasürans sözleşmelerinde tarafların genellikle büyük şirketler olduğu gerçeğine dayanarak, düzenlemenin bu açıdan hakkaniyetli olduğu belirtilmiştir[333]. Öte yandan pratikte, reasürans sözleşmelerinde genellikle açık bir hukuk seçimi; hatta pek çoğunda da tahkim şartı yer almaktadır[334]. Yine de hukukî düzenleme bakımından, reasürans sözleşmelerinin büyük risk içeren sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk (Tüzük md. 7) kapsamına alınıp, doğrudan reasürörün mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku lehine tercih yapılması gerektiği yönünde bir doktrin görüşünün bulunduğunu da eklemekte fayda vardır[335]. Bu görüşe göre Tüzük'ün 27(1)(a). maddesi uyarınca sigorta sözleşmeleri ile ilgili düzenleme 17 Haziran 2013 tarihinde gözden geçirileceği zaman, reasürans sözleşmeleri de yukarıdaki bağlamda yeniden irdelenmeli ve 7. madde kapsamına alınmalıdır[336].

II. Uygulanacak Hukukun Tayinini Etkileyen Bazı Hâller

Uygulanacak hukukun tespitine, kanunlar ihtilâfı kuralları getiren metinlerin normatif hükümlerinin yanı sıra başka düzenlemeler de etki etmektedir. Çalışmamızın konusunu oluşturan Roma I Tüzüğü, her ne kadar AB'nin supranasyonal nitelikteki bir hukuk düzenlemesini oluşturuyor ise de, Tüzük'ün, bazı alanlarda üye ülke hukuklarının hukukî tasarruf alanını muhafaza etmesi, uygulanacak hukukun belirlenmesinde millî hukuk düzenlemelerini de etkili hâle

[333] Lando/Nielsen, (Regulation), s. 1711.
[334] Merkin, s. 75 ve 84.
[335] Gruber, s. 114.
[336] Gruber, s. 114.

getirmektedir. Bu bağlamda üye ülke hukuklarındaki, hukukî olay ve ilişkilerin temsil ettiği kavramların farklı olması nedeniyle yapılan yorum faaliyetini ifade eden[337] "vasıflandırma" konusu, üye ülke hukuklarının öngördüğü birtakım yükümlülüklerin bulunması, doğrudan uygulanan kuralların ve kamu düzenlerinin müdahalesi gibi faktörlerden bahsedilebilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, modern hukuk sistemlerinin sigorta sözleşmesini ve sigorta şirketlerinin yükümlülüklerini, temel unsurları bakımından tanımlaması genellikle aynı şekilde olduğundan, bu alanda kayda değer bir vasıflandırma sorunu çıkmamaktadır[338]. Uygulanacak hukukun tayinini etkileyebilecek bir diğer mesele olan "atıf" konusunun Tüzük'teki görünümü ise, yukarıda incelendiğinden[339], burada tekrar edilmeyecektir. Aşağıdaki bölümlerde, bu iki milletlerarası özel hukuk meselesi dışında kalan ve uygulanacak hukuka etki eden diğer faktörler incelenecektir.

A. Zorunlu Sigorta

Bazı durumlarda üye ülkeler, belirli sigorta türlerine ilişkin olarak birtakım yükümlülükleri devreye sokmaktadırlar. Bundan kastedilen, zorunlu sigortalardır. Zorunlu sigortalar ile kanunkoyucular, taraflara, bazı riskli faaliyetler ile ilgili olarak sigorta yapma yükümlülüğü getirmekte[340] ve buna dair olarak sözleşmelerin içeriğinde belirli koşulların bulunmasını öngörmektedir. Bu koşul ve yükümlülüklerin getirilmesindeki temel amaç ise toplumda üçüncü kişilerin

[337] Bkz. Tekinalp, G., **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, İstanbul 2009, s. 38-39, (Bağlama Kuralları).
[338] Bkz. Sirmen, K. S., **Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Sigorta Akitlerinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, Doktora Tezi, 2006, s. 45-46, (Zarar Sigortaları).
[339] Bkz. s. 82.
[340] Seatzu, (Insurance), s. 199.

korunmasına ilişkin kamu yararını sağlamaktır[341]. Belirli menfaatleri koruma amacıyla ve giderek artan bir ivmeyle ortaya çıkan zorunlu sigortaların başlıcalarına örnek olarak, motorlu taşıt sigortası, sigorta aracılarına öngörülen zorunlu sigortalar ve taşımacılık sigortası örnek gösterilebilir[342].

Tüzük'ün 7(4). maddesi[343] sadece zorunlu sigortaları düzenlemek için kaleme alınmıştır. Buna göre;

"Bir üye ülkenin, sigorta yaptırma yükümlülüğü öngördüğü riskleri barındıran sigorta sözleşmelerine, aşağıdaki ek kurallar uygulanır:
(a) sigorta sözleşmesi, o sigortayla bağlantılı olarak, üye ülke tarafından öngörülen yükümlülüklerle ilgili özel şartları karşılamadıkça, sigorta yaptırma yükümlülüğü yerine getirilmiş sayılmaz. Riskin yer aldığı üye ülkenin hukuku ile sigorta yaptırma yükümlülüğü getiren üye ülkenin hukuku birbiriyle çelişirse, sonuncusu uygulanır.
(b) 2. ve 3. paragrafları bertaraf etmek suretiyle bir üye ülke, sözleşmenin sigorta yaptırma yükümlülüğü getiren üye ülkenin hukuku tarafından idare edileceğini öngörebilir.

Görüldüğü gibi zorunlu sigortalara ilişkin hüküm, oldukça karmaşık bir yapıda düzenlenmiştir. Maddeye göre, zorunlu sigorta yükümlülüğü getiren üye ülkenin hukuku ile riskin bulunduğu üye ülkenin hukuku çeliştiği takdirde, zorunlu

[341] Heiss, (Insurance Contracts), s. 281.
[342] Seatzu, (Insurance), s. 199-200. Bundan başka, örneğin İtalya'da zorunlu tutulan "avlanma" sigortası gibi, zorunlu sigortanın pek çok türü ile karşılaşılabilmektedir, bkz. Seatzu, (Insurance), s. 199.
[343] Bu madde, temelini, Hayat Sigortaları Dışındaki Doğrudan Sigortalara İlişkin İkinci Konsey Direktifi'nin 8. maddesinden almaktadır.

sigorta maddeleri üstün tutulacaktır. Bu bağlamda maddenin basitçe, sözleşmenin sigorta yapma yükümlülüğünü getiren ülkenin hukuku tarafından idare edileceği şeklinde düzenlenmesinin yeterli olacağı fikri doktrinde beyan edilmiştir[344].

Maddenin düzenleniş tarzından da anlaşılacağı üzere, zorunlu sigortaya ilişkin hükümler hem AB içindeki küçük riskleri (md.7(3)), hem de riskin bulunduğu yere bakılmaksızın büyük riskleri içeren (md.7(2)) sigorta sözleşmelerine, yani Tüzük'ün sigortaya özgü kuralına uygulanacaktır. AB dışında kalan küçük riskleri içeren sigorta sözleşmeleri 7. maddenin kapsamı dışında tutulduğundan, md.7(4)'te getirilen zorunlu sigortalara ilişkin ek hükümler, bunlara uygulanmayacaktır. Dolayısıyla Tüzük'ün sigorta sözleşmelerini düzenlerken önem atfettiği riskin büyüklüğü kıstasının, tek başına zorunlu sigortaların uygulanışına etki etmeyen bir faktör olduğu söylenebilir. Burada, riskin büyüklüğü ile beraber, riskin bulunduğu yer de önem kazanmıştır. Bu noktada; zorunlu sigortaların pek çoğunun, tüketici sözleşmesi vasfı taşıyan ve küçük risk içeren sigortalar olduğunu da belirtmek lâzımdır[345].

Maddede önemle vurgulanan nokta, bir üye ülkenin sigorta yapma yükümlülüğü getirdiği hâllerde, sözleşmenin diğer şartları ne olursa olsun zorunlu sigortaya ilişkin özel koşulların yerine getirilmiş olması gerektiğidir. Bunun yanı sıra maddede, riskin yer aldığı ülkenin hukuku karşısında, sigorta yapma yükümlülüğü öngören ülkenin hukuku lehine bir seçim yapılarak, her hâl ve şartta

[344] Gruber, s. 124.
[345] Seatzu, (Insurance), 199. Bununla beraber bazı durumlarda zorunlu sigorta, büyük risk içeren bir sigorta türü de olabileceğinden, 7(4). maddenin kapsamına büyük risk içeren sözleşmelerin de girmesi olumlu değerlendirilmiştir, bkz. Heiss, (Insurance Contracts), 279.

zorunlu sigortanın gerektirdiği koşulların gerçekleşmesi istenmiştir. Esasen bu, zorunlu sigortanın "zorunluluk" içeriğinden, yani doğasından kaynaklanmaktadır.

Tüzük'ün zorunlu sigortalar için getirdiği en önemli düzenleme ise, md. 7(4)(b)'dir. Nitekim buna göre hâkim, üye ülkelerden birinin zorunlu sigorta olarak öngördüğü sigortalar bakımından, AB içindeki küçük riskleri içeren (md.7(3)) ve riskin bulunduğu yere bakılmaksızın büyük riskleri içeren (md.7(2)) sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuku bertaraf ederek, zorunlu sigorta yükümlülüğünü öngören üye ülkenin hukukunun uygulanmasına karar verebilecektir[346]. Bu seçenek, hâkimin, md. 7(2) ve 7(3)'e göre uygulayacağı hukuklara ek olarak zorunlu sigorta kurallarını uygulamasındansa, md. 7(4)(b)'de işaret edilen zorunlu sigorta yükümlülüğü getiren ülkenin hukukunu tek başına uygulamasını öngörmektedir. Yani bu düzenlemeye göre hâkim, iki hukuku bir arada değerlendirme ve uygulama yükümlülüğünden kurtulmaktadır[347]. Aynı zamanda bu içeriğiyle md. 7(4)(b), hukuk seçiminin açık bir istisnasını oluşturmaktadır. Buna göre md. 7(2)'deki, AB içinde veya dışında yer alan büyük riskleri içeren sigorta sözleşmeleri ve md. 7(3)'teki AB içinde yer alan küçük riskleri içeren sigorta sözleşmeleri için öngörülen irade muhtarîyeti, zorunlu sigorta yükümlülüğü durumunda kısıtlanmış olmaktadır. Bu kısıtlılık bir yandan, sigorta sözleşmesinin, zorunlu sigorta öngören ülkenin hukukunun arzu ettiği özel şartları karşılamasını zarurî kılarken; diğer yandan da üye ülkelere, tarafların seçtiği hukuku bertaraf ederek, zorunlu sigorta öngören ülkenin hukukunu uygulama zorunluluğu getirmeye dair bir takdir alanı

[346] Bkz. Heiss, (Insurance Contracts), 279.
[347] Doktrinde söz konusu düzenlemenin, hâkime, zorunlu sigortayı içeren sözleşmenin tamamı bakımından *proper law* uygulamasını sağladığı; bunun ise, sigorta sözleşmeleri açısından uygulanacak hukukun yeknesaklığına gölge düşürdüğü ifade edilmiştir, bkz. Heiss, (Insurance Contracts), s. 279.

bırakmıştır[348]. Maddede, bu takdir alanının kullanımına ilişkin herhangi bir sınır ise çizilmemiştir.

B. "Doğrudan Uygulanan" ve "Sözleşmeyle Bertaraf Edilemeyen" Kuralların Etkisi

1. Tüzük'ün Terminolojik Ayrımı

Uygulanacak hukuka ilişkin Tüzük'teki tüm kuralların ve bunlara dayanan tartışmaların ötesinde, öncelikli[349] ya da üstün sayılan doğrudan uygulanan kuralların[350] tatbikinin de incelenmesi gerekmektedir. Bilindiği gibi doğrudan uygulanan kurallar, esasen iç hukuka ait olan; ancak içerik ve amaçlarından ötürü yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara da uygulanan kurallar[351] olmakla, uygulanacak hukuku etkileyen sözleşme-dışı en önemli faktörü ifade etmektedir. Her ne kadar sözleşmeler hukukunda irade muhtariyeti ilkesi gereği, tarafların kendi çıkarlarını korumalarına ve istedikleri kuralların sözleşmelerine uygulanmasına karar vermeleri mümkün olsa da; millî hukuk düzenleri, belli kişi gruplarını ya da ekonomik sistemlerini korumak amacıyla, milletlerarası unsurlu sözleşmeler hukukuna da müdahale eden birtakım kuralları hayata geçirmektedirler[352]. Bu bağlamda Tüzük'ün 9(1). maddesinde de kısmen tanımlandığı gibi doğrudan

---

[348] *"…a Member State may lay down…".*

[349] Kösoğlu, M., "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Y. 28, S. 1-2, 2008, s. 170.

[350] "Doğrudan uygulanan kural" kavramı ilk olarak Milletlerarası Adalet Divanı'nın "*Boll*" adıyla bilinen 1958 tarihli kararıyla ortaya çıkmıştır, bkz. Kösoğlu, s. 149-150. Literatürde bu kavram yerine "müdahaleci kurallar", "emredici kurallar" ifadeleri de kullanılmaktadır, bkz. Tekinalp (Bağlama Kuralları), s. 55.

[351] Özdemir Kocasakal, s. 25.

[352] Fawcett / Carruthers, s. 728.

uygulanan kurallar, millî hukukların sosyal, ekonomik, politik vb. gerekçelerle uygulanmasını zorunlu gördükleri[353] ve bu sebeple tarafların sözleşmeyle bertaraf edemeyeceği, Kamu Hukukuna yahut Özel Hukuka ait[354] kuralları ifade etmektedir[355]. Bu noktada belirtmek gerekir ki, doğrudan uygulanan kuralların tatbik edildiği durumlar bakımından, irade muhtarîyetinin tamamen bertaraf edilmesi söz konusu değildir. Yani, doğrudan uygulanan kuralın tatbik sahası dışında kalan ve bu kurallarla çelişmeyen konularda, tarafların seçtiği hukukun hükümleri geçerli olmaya devam etmektedir[356].

Doğrudan uygulanan kurallar, çoğu alanda ortak bir hukuk oluşturan, büyük ölçüde kanunlar ihtilâfı kurallarını birleştiren Avrupa Birliği'nde dahi günümüzde önemini yitirmemiştir. Bu kuralların getirilmesinde, zayıf tarafın çıkarlarına[357] veya birtakım millî çıkarlara hizmet edildiği fikrinden hareket edilmektedir[358]. Daha doğrusu bu kurallar, belirli kişi kategorilerini korurken, aslında devletin daha geniş kapsamlı ekonomik ve sosyal amaçlarına hizmet etmektedirler[359]. Devletlerin bu amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik iradesinin bir ürünü olan doğrudan uygulanan kurallar, 1980 tarihli Roma Konvansiyonu'nda

[353] Bu tanımın da öngördüğü gibi, bir kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığının belirlenmesi için, onun amacının ve yerine getirdiği fonksiyonun somut olarak incelenmesi gerekmektedir, Özdemir Kocasakal, s. 14.
[354] Sargın, (Patent), s. 125. Başka bir ifadeyle bunlar, bir kanunlar ihtilâfı kuralına ihtiyaç olmadan yabancı unsurlu olay veya ilişkide uygulanabilirler, Tekinalp, (Bağlama Kuralları), s. 55.
[355] Esasen Tüzük'teki bu açıklama, doğrudan uygulanan kural kavramı üzerine doktrinde ilk kez *Francescakis*'in yaptığı tanımdan farklılık göstermemektedir, bu konu hakkında bkz. Özdemir Kocasakal, s. 8.
[356] Fawcett / Carruthers, s. 697.
[357] Roma Konvansiyonu bakımından bu kuralların, *forum* ülkesinde mutad meskeni bulunan ve mahkeme önüne gelen bir tüketicinin ya da forum ülkesinde çalışan bir işçinin korunmasıyla ilgili olarak düzenlendiği belirtilmiştir, bkz. Stone, s. 309. Tüzük'te de zayıf tarafın korunması gayesiyle paralel düzenlemeler yer almaktadır.
[358] Doktrinde, bu kuralların zayıf tarafı koruyucu özelliklerinden ötürü milletlerarası plânda da emrediciliklerini korumaları gerektiği fikri desteklenmiştir, bkz. Özdemir Kocasakal, s. 106.
[359] Bkz. Özdemir Kocasakal, s. 104.

çalışan hukuk komisyonunun çalışma raporuna da, *"doğrudan uygulanan kurallar, mahkemenin önüne gelen herhangi bir davada bir kanunlar ihtilâfı kuralının işaret ettiği yabancı hukukun uygulandığı durumlarda dahi, olayın esas niteliği gereği veya politik anlamda uygulanması zorunlu olan maddî hükümlerdir"* şeklinde yansımıştır[360].

Doğrudan uygulanan kurallarla en yoğun olarak karşılaşılan alanlara örnek olarak ihracat ve ithalâta ilişkin kısıtlamalar, fiyat kontrolleri, döviz kontrolüne ilişkin kurallar, tüketiciyi koruma amaçlı olarak tüketici kredilerinin koşul ve hükümlerine dair getirilen kısıtlamalar gösterilebilir[361]. İnceleme alanımız olan sigorta bakımından ise bu kurallar özellikle hayat sigortası ve motorlu taşıt sigortasına ilişkin olarak öngörülmekte; reasürans sözleşmelerinde ise bu tür hükümlerle pek karşılaşılmamaktadır[362].

Tüzük'ün doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili terminoloji bakımından yaptığı ayrım özellik arzetmektedir. Nitekim Tüzük'te, "doğrudan uygulanan kurallar" ile "sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek kurallar"ın, Roma Konvansiyonu'ndan farklı olarak, birbirinden ayrılması gerektiği vurgulanmıştır[363]. Tüzük'ün giriş bölümünün (37). paragrafında, doğrudan uygulanan kuralların, sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek kurallardan ayrı tutulması ve daha dar

[360] Bkz. Seatzu, (Insurance), s. 88. Dolayısıyla, devlet politikalarının zaman içinde değişmesiyle, doğrudan uygulanan kurallar da değişkenlik gösterecektir, bkz. Özdemir Kocasakal, s. 14.
[361] Fawcett / Carruthers, s. 728. Bunun gibi acentelerin, sözleşmenin sona erdirilmesi sebebiyle tazminat talep etme hakları; deniz taşımacılığında yük sahibi ve yolcuların korunması; işçinin korunması ve rekabetin korunması gibi örnekler de verilebilir, bkz. Ekşi, s. 149.
[362] Seatzu, (Insurance), s. 110. Bununla birlikte bahsi geçen diğer alanlarla ilgili doğrudan uygulanan kurallar da, sigorta sözleşmelerinin uygulanabilirliğini etkileyebilmektedir.
[363] Roma Konvansiyonu'nun 3(3). maddesinde açıkça, bu iki kavram birbirinin karşılığı olarak kullanılmıştır.

yorumlanması gerektiği ifade edilmiş, ancak bu ayrıma ilişkin daha net bir tanımlama yapılmamıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek kurallar, anlamsal açıdan çok geniş kapsamlıdır[364]. Bu bağlamda, örneğin sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen 7. maddedeki bağlama kuralları da, sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek birer kural sayılabilirler[365]. Doğrudan uygulanan kurallar ise, bir ülkenin hukuk sistemi açısından o denli mühim kurallardır ki, sözleşmeye uygulanacak hukuk ne olursa olsun tatbik edilirler[366]. Tüzük'ün bu ayrıma verdiği önem, az sonra incelenecek olan md. 9'da doğrudan uygulanan kuralların katı bir biçimde kaleme alınışından da anlaşılmaktadır. Aynı katı tutum, sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek hükümleri düzenleyen md. 3(3) ve md. 3(4)'te bulunmamaktadır. Paragrafın devamında bununla bağlantılı olarak, kamusal yarar düşüncesiyle getirilen doğrudan uygulanan kuralların (ve kamu düzeni kısıtlamalarının) uygulanmasının ancak istisnai olmak kaydıyla haklı ve yasal sayılacağının altı çizilerek de, bunların, sözleşmeyle aksi kararlaştırılamayacak hükümlerden daha dar kapsamlı oldukları vurgulanmıştır.

Doğrudan uygulanan kuralların, sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek kurallardan farklı değerlendirilmesi gerektiği, yukarıdaki paragraf dışında, yine giriş bölümünün (15). paragrafında sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek kuralların bağımsız olarak düzenlenmiş olmasından da anlaşılmaktadır. Burada, bu tür kuralların, olayla ilgili tüm unsurların seçilmiş hukuktan başka bir ülkeyle ilintili olması hâlinde bertaraf edilemeyeceği vurgulanmış; buna ek olarak, tarafların hukuk

[364] Aynı yönde bkz. Harris, J., "Mandatory Rules And Public Policy Under The Rome I Regulation", **Rome I Regulation The Law Applicable To Contractual Obligations In Europe**, Ferrari, F. / Leible, S. (ed.), Munich 2009, s. 293.
[365] Harris, s. 293.
[366] Md. 9(1). Ayrıca bkz. Harris, s. 293.

seçimi yanında mahkeme seçimi de yapmış olmasının sonucu değiştirmeyeceği belirtilmiştir[367].

Elbette doğrudan uygulanan kuralların, sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek hükümlerden ayrıştırılması ve hem Tüzük metninde hem de giriş bölümünde bu kuralların istisnai niteliğinin vurgulanarak, keyfî uygulamanın önüne geçilmeye çalışılması olumlu değerlendirilmelidir. Nitekim doğrudan uygulanan kuralların tanımında mümkün olduğunca net ölçütler koymak ve hâkime bu kuralları harekete geçirmede, dilerse genişletebileceği bir takdir yetkisinden çok, sınırlarını kesin olarak bildiği bir alanda temkinli olarak hareket etme zorunluluğu bulunduğunu vurgulamak gerekmektedir.

2. Doğrudan Uygulanan Kuralların Tüzük'teki Görünümü

Doğrudan uygulanan kurallar ve bunların uygulanacak hukuka etkisi Roma I Tüzüğü'nün 9. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede, farklı yorumları önlemek için bu kuralları tanımlama yoluna gidilmiştir. Madde 9(1)'e göre doğrudan uygulanan kurallar, *"bir ülkenin siyasî, sosyal ya da ekonomik işleyişi gibi kamusal yararlarını korumak için zorunlu gördüğü ve bu Tüzük uyarınca uygulanacak hukuk ne olursa olsun ilgili oldukları her durumda uygulanacak hükümlerdir"*[368]. Görüldüğü üzere bu tanım, doğrudan uygulanan kuralların koruyucu doğasını

[367] Paragrafta ayrıca bu kuralların Roma II Tüzüğü'nün 14. maddesinde düzenlenen sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek kurallar ile bağlantılı olduğu da hatırlatılmıştır.
[368] Bu tanımın temel ögeleri, kamu düzenine ilişkin kuralları kategorize eden ve kısaca "*Arblade*" kararı olarak bilinen ATAD'ın 1999 tarihli ve C-369/96-C-376/96 (birleştirilmiş) sayılı kararından alınmış ve önce Tüzük tasarısının 8(1). maddesinde, daha sonra da Tüzük metninde yer almıştır.

yansıtmaktadır[369]. Bu hükümlerin üstün sayıldığı ve doğrudan uygulanacağı, "*uygulanacak hukuk ne olursa olsun*" ibaresinden anlaşılmaktadır. Madde 9(2)'de ise Tüzük'ün hiçbir hükmünün *forum*'un hukukunun *(lex fori)* öngördüğü doğrudan uygulanan kuralların tatbikine sınırlama getiremeyeceği belirtilerek, bu hükümlerin uygulanışındaki kesinliğin ve önceliğin altı çizilmiştir. Elbette bu düzenlemedeki net ifade, kamusal gerekçelerle hukuk düzenlerinde doğrudan uygulanan kurallara yer veren devlet iradelerinin, Roma I Tüzüğü'nü kabul etmesinde olmazsa olmaz bir faktördür[370]. Dolayısıyla md. 9(2) uyarınca, hâkim tarafından *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarının gözetileceği ve Tüzük'teki hiçbir düzenleme ile bu kuralların uygulanmasının sınırlandırılamayacağı açıktır. Başka bir deyişle, eğer mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıkla ilgili bir doğrudan uygulanan kural varsa, hâkimin, kanunlar ihtilâfı kuralını ve bu kuralın yetki verdiği hukuku araştırma yükümlülüğü de bulunmayacaktır[371].

Lex fori'nin doğrudan uygulanan kurallarının yanı sıra, sözleşmeye uygulanacak hukukun (*lex causae*) bir parçası olan doğrudan uygulanan kurallar da, doğal olarak hâkim tarafından göz önünde bulundurulacaktır. Bu, Tüzük'te açıkça belirtilmemiştir; ancak buna gerek de bulunmamaktadır. Zira *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları da, uygulanacak hukukun bir parçasıdır[372]. Dolayısıyla sigortacının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulandığı bir sözleşmede, poliçe sahibinin mutad meskeninde dava açılması hâlinde,

[369] Fawcett / Carruthers, s. 739.
[370] Hatta, *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarının kamu düzenini yakından ilgilendirdiği ve mahkemenin bu kuralları kendi kamu düzeni anlayışından hareketle uygulayacağı söylenebilir, bkz. Ekşi, s. 171.
[371] Özdemir Kocasakal, s. 28.
[372] Lando/Nielsen, (Regulation), s. 1719. Bu uygulamanın, milletlerarası karar uyumuna hizmet ettiği ve *forum shopping*'e engel olduğu ifade edilmektedir, bkz. Özdemir Kocasakal, s. 51.

sigortacının mutad meskeni hukukunun (*lex causae*) doğrudan uygulanan kuralları yanında, poliçe sahibinin mutad meskeninin (*lex fori*) doğrudan uygulanan kurallarının da tatbiki söz konusu olacaktır. Elbette hâkimin hukukunda, yabancı hukukun uygulanmasını imkânsız kılacak bir doğrudan uygulanan kural mevcutsa, yabancı hukuk uygulanmayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, eğer hem hâkimin hukukunda hem de uygulanan yabancı hukukta, benzer şekilde zayıf tarafın korunmasını amaçlayan bir doğrudan uygulanan kural varsa, zayıf taraf bakımından daha lehe sonuçlar yaratması kaydıyla yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarına da etki tanınmasına bir engel bulunmamaktadır[373].

Madde 9(3) ise, "doğrudan uygulanan kural" kavramının sınırlarını başka bir yönde genişletmekte ve *"sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifa edildiği veya edileceği ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına, bu kuralların sözleşmenin ifasını hukuka aykırı hâle getirmesi hâlinde etki tanınabilir. Bu kurallara etki tanıyıp tanımama konusunda karar verilirken, onların amaç ve doğaları ile uygulanıp uygulanmamaların sonuçları dikkate alınmalıdır"* hükmünü getirmektedir. Görüldüğü gibi madde, ifanın yapıldığı veya yapılacağı yerin hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallara, sözleşmenin ifasını hukuka aykırı[374] kılmaları hâlinde etki tanınabileceğini belirtmektedir[375]. Bu ülke, maddenin lafzından anlaşılacağı üzere, üye ülkelerin dışındaki bir ülke de olabilir. Maddeye göre

[373] Bkz. Özdemir Kocasakal, s. 106.

[374] Maddede, "hukuka aykırı" ifadesinin karşılığı olarak "*illegal*" yerine "*unlawful*" terimi kullanılması dikkat çekmiştir. Doktrinde *Harris,* "*unlawful*" teriminin, sözleşmenin sadece geçersiz olmasından daha geniş bir anlam çıkarmak gerektiğini düşünmektedir. Yazara göre bu kavram, ifa yeri hukukunun, o ülkede ifanın yapılmasını, cezaî veya hukukî açıdan yasaklamış olmasını ifade etmektedir ve yasağa karşı o hukuk düzeninde getirilen müeyyide ne kadar ağırsa, doğrudan uygulanan kuralların olaya etkisi de o denli büyük olmalıdır, bkz. Harris, s. 322.

[375] Eğer bu kurallar, sözleşmenin ifasının yalnızca bir bölümünü hukuka aykırı hâle getiriyorsa, söz konusu bölüm açısından uygulanacaktır, bkz. Harris, s. 321.

mahkeme, bu kurallara etki tanıyıp tanımamak konusunda karar verirken dikkate alacağı uygulama sonuçları bakımından, tâbi olduğu millî menfaatlere göre değil, ifa yeri hukukunun menfaatlerine göre bir değerlendirme yapacaktır[376]. Cümlenin sonundaki "tanınabilir" ifadesi, bu inisiyatifin hâkimde olduğu sonucunu doğurmaktadır. Maddede, hâkimin bu inisiyatifi kullanırken dikkate alması gerektiği belirtilen, "kuralların amaçları ve doğaları" söylemine, *Giuliano/Lagarde* raporunda açıklık getirilmiştir[377]. Buna göre, doğrudan uygulanan kuralların olaya etki etmesi, bunların amaç ve doğalarının gereklerine bağlıdır. Amaç ve doğalarının, bu kuralların uygulanmasını gerektirdiğine nasıl karar verileceği hususunda ise rapor, çalışma gruplarının ortaya koyduğu iki bakış açısına gönderme yapmıştır. Bir bakış açısına göre, bu kuralların milletlerarası alanda tanınan, başka bir deyişle, benzer şekillerde diğer ülkelerde de gözetilen menfaatlere hizmet eden kurallar olması gerekmektedir. Diğer bir bakış açısına göre ise bu konuda milletlerarası bir ölçüt koymak, mahkemeye büyük bir yük getireceğinden, mantıklı değildir. Gerçekten de hâkimin, bu kuralların milletlerarası düzeyde tanınan, gözetilen menfaatlere hizmet edip etmediğini belirlemesi, pek çok olayda karmaşaya sebep olabilir. Üçüncü bir ülkeye ait doğrudan uygulanan kuralları doğası ve amacı bakımından irdelemek, her şeyden önce hâkime bir külfet getirecektir[378]. Ancak, md. 9(3)'ün lafzı gereği, maddenin uygulanıp uygulanmamasının yaratacağı sonuçlara göre ve belirli bir takdir yetkisi dâhilinde uygulama alanı sağlayacağı da unutulmamalıdır. Bunun yanı sıra tarafların, kural olarak, ifa yeri hukukuna göre hukuka aykırı bir ifa gerçekleştirmekten kaçınacakları da söylenebilir[379].

[376] ABAD'ın bu konudaki görüşü için bkz. Harris, s. 329.
[377] Giuliano/Lagarde, md. 7(1), s. 30.
[378] Dickinson, s. 68.
[379] Harris, s. 327.

Sonuç olarak md. 9(3)'ün, *lex fori* ve *lex causae*'den farklı, üçüncü bir ülkenin hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallara etki tanıdığı söylenebilir[380]. Esasen Roma Konvansiyonu'nun 7(1). maddesinde de, "*sözleşmenin ifasını hukuka aykırı hâle getirme*" şartı olmaksızın, sözleşmeyle yakın ilişkili olan başka bir ülkenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabileceğine hükmedilmişti. Tüzük'ün raporunda bu konuyla ilgili olarak, Konvansiyon'un AB'ye üye ülkeler haricindeki ülkeler de dâhil olmak üzere, başka bir ülkenin yasama politikasına saygı duyma düşüncesini ortaya koyan oldukça yenilikçi bir hüküm getirdiği yorumu yapılmıştır. Ne var ki bu hükmün uygulama alanına giren davalarda, üçüncü bir ülkeyle ilişkiye işaret eden objektif unsurların bulunması, o ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmasında, mahkeme nezdinde yeterli kanaati oluşturmamaktaydı[381]. Bu özelliğinden dolayı, üye ülke mahkemelerinde çok farklı yorumlanmaya müsait olan maddeye, Birleşik Krallık dâhil olmak üzere bazı üye ülkeler[382], çekince koyma haklarını kullanmışlardır. O açıdan, Tüzük'ün 9(3). maddesinde yer alan daha dar ifadenin, Birleşik Krallık'ın Tüzük'ü kabul etmesi amacıyla, başka bir deyişle orta yolu bulmak için getirildiği belirtilmektedir[383]. Zira md. 9 bir yandan, bazı ülkelerin istediği gibi Konvansiyon'un 7(1). maddesinin varlığını sürdürmekte; diğer yandan, üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımakta çekinceleri olan ülkelerin

[380] Yabancı doğrudan uygulanan kuralların gözetilmesi fikri, teorik olarak ilk kez 1940 ve 1950'lerde Alman akademisyenlerin çalışmalarına konu olmuştur, bkz. Hellner, M., "Third Country Overriding Mandatory Rules In The Rome I Regulation: Old Wine In New Bottles?", **Journal Of Private International Law,** Vol. 5, N. 3, 2009, s. 448. Ayrıca bkz. Harris, s. 271.
[381] Bkz. Harris, s. 279.
[382] İrlanda, Almanya, Lüksemburg ve Portekiz; bkz. Stone, s. 310-311.
[383] Bonomi, A., "Overriding Mandatory Provisions In The Rome I Regulation On The Law Applicable To Contracts", **Yearbook Of Private International Law**, Vol. 10, 2008, s. 295, (Mandatory Provisions), s. 296. Bu bağlamda Tüzük'ün 9(3). maddesinin, politik gerekçelerle son şekline getirildiği söylenebilir.

endişelerini karşılar şekilde, dar bir uygulama alanı sunmakta ve hâkime takdir yetkisi vermektedir[384].

Tüzük'ün 9(3). maddesinin lafzından, birden çok sayıda üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının tatbik edilebilir olup olmadığını anlamak zordur. Gerçekten de, ifa yeri birden fazla ise, bu ülkelerin her birinin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilecek midir? Maddenin lafzında tekil olarak "ülke" ifadesi kullanılmakla beraber; bu, tam anlamıyla soruyu cevaplamamaktadır. Ancak, maddede birden çok ülkenin kastedildiğinin kabul edilmesi durumunda, kimi sözleşmeler bakımından birden çok ifa ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarını uygulamanın pratik olarak imkânsız olacağı dikkate alındığında, maddenin tek bir ülkede tek bir ifa yeri bulunduğu varsayımına dayandığını kabul etmek daha mantıklı olacaktır[385]. Zaten, sözleşmeyi hukuka aykırı kılan birden fazla ifa yeri hukukuna ait doğrudan uygulanan kural mevcutsa, bunlardan hangisinin uygulandığı, sonuç bakımından önem teşkil etmeyecektir. Bu durumda hâkim, takdir yetkisine bağlı olarak, ya bu ülkelerden birinin hukukuna göre sözleşmeyi hukuka aykırı kılacak, ya da iki ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına da itibar etmeyecektir.

Bu noktada md. 9(2) ve 9(3)'ün farkını da ortaya koymak gerekmektedir. Madde 9(2)'de *forum*'un doğrudan uygulanan kurallarının tatbikini, Tüzük'ün hiçbir kuralının engelleyemeyeceği şeklinde kesin bir ifade yer alırken; md. 9(3)'te ifa yeri hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması konusunda daha

[384] Harris, s. 292.
[385] Hellner, s. 465.

yumuşak bir ifadeyle söz konusu uygulamanın bir gereklilik olarak değil, bir seçenek olarak algılanması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu da, md. 9(3)'ün kullanım alanının daha kısıtlı olacağının bir göstergesidir[386]. Bunda, md. 9(3)'te gösterilen hukukun doğrudan uygulanan kurallarının araştırılmasının hâkime ek bir külfet getireceğinin etkili olacağını da söyleyebiliriz.

Yabancı bir hukukun doğrudan uygulanan kurallarının sözleşmeye tatbik edilmesine, sigorta sözleşmeleri ile ilgili bir örnek vermek bakımından, Almanya'da görülmüş *Nijerya Maskeleri Davası*[387]'nı anmak gerekecektir. Davaya konu olayda, Nijeryalı bir şirket, Nijerya ürünü maskelerin ve bronz eşyaların deniz yoluyla sevkiyatı için Alman bir sigorta şirketi vasıtasıyla sigorta yaptırmıştır. Bundan önce ise Nijerya hükümeti, ülkenin el sanatlarının ihracatını yasaklayan kurallar getirmiştir. Sevkiyat sırasında bu yasak nedeniyle bazı maske ve objeler, gidecekleri yere ulaştırılamamış ve bunun üzerine Nijeryalı şirket, Alman sigorta şirketinden tazminat talep etmiştir. Görüldüğü gibi burada sözleşme, yasaklanan bir konuda ihracatı yapılan malların sigortalanmasına ilişkindir. Bu noktada ifa yerinin dar yorumu yapılırsa, sözleşmenin Nijerya'da ifayı içermediği, dolayısıyla Nijerya hukukunun uygulanmasını gündeme getirmediği düşünülecektir. Bununla birlikte poliçe sahibinin, sigortalı objelerin korunması için gerekli önlemleri alması gerektiği de (sigorta sözleşmelerinde kabul edilen genel bir yükümlülük olarak[388]) bilinen bir yükümlülüktür. Bu şekilde yorumlayınca, sözleşmeden doğan bu yükümlülük bakımından ifanın Nijerya'da olduğu düşünülebilecektir. Nitekim md.

[386] *Forum* hâkiminin gözetebileceği yabancı hukukun doğrudan uygulanan kuralları arasında döviz kontrolüne ilişkin hukuk kuralları ile vergi hukuku kuralları gösterilmiştir, bkz. Merrett, (Insurance Contracts), s.66.
[387] "*Nigerian Masks Case*" dava içeriği için bkz. Hellner, s. 466.
[388] Türk Hukukunda bkz. Türk Ticaret Kanunu (No: 6762, RG t. 09.07.1956, S. 9353) madde 1293.

9(3)'te ifa yerinin, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirileceği yer olduğu hatırlandığında; Nijeryalı şirket, objelerin sevk edilememesine yol açan Nijerya'daki ihracat yasağına rağmen bu sözleşmeyi yaptığından, uyuşmazlığın görüldüğü davada, ifa yeri sayılan Nijerya'nın, bahsi geçen doğrudan uygulanan kuralına etki tanınması gerektiği düşünülmüştür.

Aksi yönde bir örnek ise, sözleşmeyi hukuka aykırı kılan üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması konusunda Birleşik Krallık'ın yukarıda bahsedilen mesafeli tutumu ile ilgili olarak verilebilir[389]: 1990 tarihinde Birleşik Krallık'ta bir mahkeme kararına konu olan olayda, Birleşik Krallık tüzel kişisi olan davacı şirket, toptancılara pırlanta temin etmektedir. Bu kapsamda bazı pırlantalar da Batı Almanya'ya ihraç edilmiş, fakat daha sonra, bir Alman şirketinin deposundan çalınmıştır. Davacı, yapmış olduğu sigorta sözleşmesine dayanarak, sigortacısından uğradığı zararın tazminini talep etmiştir. Ne var ki çalınan pırlantalar, bir İsrail vatandaşı tarafından yapılan ve Batı Almanya'nın göç kanunlarını ihlâl eden unsurlar içeren iki adet konsinye sözleşmenin bir parçasını oluşturmaktadır. Davalı sigorta şirketi, davacı şirketin ithalat vergilerinden kurtulmak için konsinyelerden birinin değerinin yanlış gösterildiğini iddia ederek, davacının, sigorta sözleşmesindeki haklarını talep edemeyeceğini savunmuştur. Davaya bakan mahkeme ise, her ne kadar pırlantaların değerinin düşük gösterilmesi, Almanya bakımından bir suç teşkil ediyor ise de, davacıların kendi kayıtlarında söz konusu değeri gerçeklere uygun tutmuş olmaları ve buna dayanarak, sigorta primlerini gerçek değer üzerinden ödeyerek sigortacıyı aldatmadıkları olgularını göz önünde bulundurarak, davalının savunmasına itibar etmemiştir. Nitekim

[389] *Euro-Diam Ltd v. Bathurst* (Harris, s. 311'den alınmıştır).

mahkemeye göre olayda, pırlantaların uğradığı zararı doğuran ya da ona etki eden bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Dolayısıyla mahkeme, sigorta tazminatına hükmetmek için, pırlantaların gönderildiği ülkenin hukukuna uygunluk aramamıştır.

Doğrudan uygulanan kuralların sigorta piyasası bakımından birtakım çekincelere sebep olacağı kuşkusuzdur. Nitekim sigorta şirketleri, milletlerarası unsur barındıran bir sözleşme yapacakları zaman, uyuşmazlık hâlinde davanın görüleceği yeri ve bu suretle uygulanması olasılığı bulunan hukuk düzenlerinin doğrudan uygulanan kurallarını da hesaba katmak durumunda kalmaktadırlar[390]. Bu durum doktrinde, sigorta şirketlerinin sınır aşıcı sigorta hizmeti vermeleri konusunda isteksizliklerine yol açacağı şeklinde yorumlanmıştır[391]. Bu etkiyi bertaraf edebilmek için ise, md. 9(1)'in dar yorumlanması ve bu suretle doğrudan uygulanan kural istisnasının üye ülkelerin kendi sigorta hukuku kurallarını uygulamak için kullanımı ihtimâlinin ortaya çıkmaması önerisinde bulunulmuştur[392].

3. Sözleşmeyle Bertaraf Edilemeyen Kuralların Tüzük'teki Görünümü

Yukarıda değinildiği üzere, Tüzük'ün doğrudan uygulanan kurallar ile sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek kuralları birbirinden ayırması nedeniyle, Roma Konvansiyonu'nda doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirilen[393] hükümlerin

[390] Merrett, (Insurance Contracts), s. 63.
[391] Merrett, (Insurance Contracts), s. 64.
[392] Merrett, (Insurance Contracts), s. 65.
[393] Green Paper, s. 33; Seatzu, (Insurance), s. 110. Nitekim Tüzük'ten farklı olarak Roma Konvansiyonu md. 3(3)'te doğrudan uygulanan kurallar ile sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek kuralların aynı anlamda kullanıldığı belirtilmiştir. Ancak bu hükme rağmen, Konvansiyon bakımından da iki kavramın farklı olduğu ve Konvansiyon'un bazı maddeleri söz konusu olduğunda doğrudan

Tüzük'e göre de muhakkak doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdığını söylemek doğru olmayacaktır. Örneğin benzer içerikteki hükmü[394] bakımından Roma Konvansiyonu'nda doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilen Tüzük'ün 3(3). maddesine, Tüzük bakımından doğrudan uygulanan kural kavramını kullanmak doğru değildir. Nitekim Tüzük uyarınca bu madde, "sözleşmeyle aksi kararlaştırılamayacak" olan, yani "emredici" bir hükümdür. Madde 3(3)[395], aşağıdaki gibidir:

"*Seçim yapıldığı sırada, olayla ilgili diğer tüm unsurlar, seçilen hukukun ülkesinden başka bir ülkede yer almaktaysa; tarafların seçimi o ülkenin hukukunun sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek kurallarının uygulanmasına engel olmaz".*

Burada hukuk seçimi özgürlüğünün sınırı olarak, olayın tüm unsurlarının ilintili olduğu ikinci bir ülkenin hukukunun hükümleri getirilmiştir. Bu hükümlerden kasıt, o ülkenin hukuk düzenine ait, tarafların anlaşmayla ortadan kaldıramayacağı nitelikte gördüğü bazı kurallardır. Başka bir deyişle bu kurallar, belli hukuk sistemlerinin koruyucu birtakım politikalarını vurgulayan bir içeriğe sahiptir[396]. Maddenin lafzından anlaşıldığı üzere emredici nitelikteki kuralları uygulanacak olan ülke, AB'ye üye ülkelerden biri olabileceği gibi, diğer ülkeler de olabilecektir. Maddeye göre olayla ilgili unsurların başka bir ülkeyle bağlantısını belirlerken, "tarafların hukuk seçimi yaptığı an" dikkate alınmalıdır. Böylece taraflara, madde 3

---

uygulanan kuralların daha dar yorumlanması gerektiği, doktrinde ifade bulan bir başka görüş olmuştur, bkz. Collier, s. 213.

[394] Roma Konvansiyonu'nun 3(3). maddesi.

[395] Bu hüküm hemen hemen aynı içerikle Hayat Sigortaları Dışındaki Doğrudan Sigortalara İlişkin İkinci Konsey Direktifi'nin 7(1)(g). ve Roma Konvansiyonu'nun 3(3). maddesinde yer almaktadır.

[396] Harris, s. 336.

ile bir yandan diledikleri hukuku seçme imkânı verilirken; diğer yandan bu seçimi, tümüyle olayla ilgili olan ülkenin hukukunun, uygulanmasını zorunlu gördüğü hükümlerini bertaraf edecek şekilde kullanmaları engellenmek istenmiştir. Elbette bu noktada, olayla ilgili tüm unsurların belirlenmesinde sübjektivite ön plâna çıkacağı için, benzer olaylar hakkında farklı değerlendirmeler yapılması ihtimâl dâhilindedir. Maddeyi basitçe örneklemek gerekirse[397]; iki tarafın da Alman olduğu bir sigorta sözleşmesinin diğer tüm unsurları da Almanya ile ilgili olup, tarafların ise İtalyan hukukunu seçmiş olması hâlinde, taraflar, olaya Alman hukukunun emredici hükümlerinin de uygulanmasını engelleyemeyeceklerdir. Ancak burada bir hususu unutmamak gerekir: Eğer sözleşme, hukuk seçiminin haricinde milletlerarası bir nitelik taşımaktaysa ve Almanya'nın kamu düzeni ve menfaatiyle ilgili değilse, Alman hukukunun sözleşmeyle aksi kararlaştırılamayacak hükümlerine konu olmayacaktır.

Roma Konvansiyonu'nda karşılığı bulunmayan Tüzük'ün 3(4). maddesi ise, "*Seçim yapıldığı sırada olayla ilgili diğer tüm unsurlar bir ya da daha fazla üye ülkede yer almaktaysa, tarafların o üye ülkeninkinden başka bir ülkenin hukukunu seçmiş olması, sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek olan AB Hukuku kurallarının, forum'un yer aldığı üye ülkede uygulandığı gibi uygulanmasına engel olamaz"*[398] hükmünü getirmektedir. Görüldüğü gibi burada AB Hukukunun, sözleşmeyle aksi kararlaştırılamayacak nitelikteki kuralları lehine bir düzenleme yapılmıştır. Bu

[397] Lando/Nielsen, (Proposal), s. 44'ten alınmıştır.
[398] Bu kuralın temelini, esas itibarıyla ATAD'ın *Ingmar* olarak bilinen C-381/98 sayılı ve 09.11.2000 tarihli kararı oluşturmaktadır. Dolayısıyla AB Hukukunda emredici hükümler sadece yasama yoluyla değil, yargı yoluyla da getirilebilmektedir, bkz. Fawcett / Carruthers, s. 737.

düzenlemenin, davaya konu olan olayın özelliklerinin AB iç pazarında sonuçlar doğuracağı varsayımı üzerine kurulduğu söylenebilir[399].

Maddeye göre, olayın tüm unsurlarının AB'ye üye ülkelerden biriyle (ya da birden fazlasıyla) ilintili olması hâlinde, sırf taraflar başka bir hukuku seçtiği için AB Hukukunun söz konusu hükümleri bertaraf edilemeyecektir. Yani, olayla ilgili birden fazla unsurun AB ülkelerinde bulunması veya başka bir deyişle olayın unsurlarının AB ülkeleriyle çok sıkı ilişki içinde bulunması yeterli olmayıp, olayla ilgili tüm unsurların AB ülkelerinde bulunması aranacak; aksi hâlde AB Hukukunun sözleşmeyle aksi kararlaştırılamayacak hükümlerinin uygulanması da söz konusu olmayacaktır. Tüzük'ün, md. 3(4)'te özel olarak AB Hukukunun emredici hükümlerini koruma altına almış olması, md. 3(3) ile bu korumanın tam olarak sağlanamayacağı düşüncesinden ibaret olsa gerektir. Nitekim md. 3(3) sadece, olayın bütün unsurlarının tek bir ülkeyle bağlantılı olması hâlini kapsamakta; söz konusu bağlantının birden fazla üye ülkeye yayılmış olması hâlinde ise koruma sağlamamaktadır[400].

Esasen Tüzük'te, doğrudan uygulanan kurallar ile sözleşmeyle aksi kararlaştırılamayacak hükümler birbirinden ayrılmamış olsaydı, md. 3(4)'te "*...olayla ilgili diğer tüm unsurlar bir ya da daha fazla üye ülkede yer almaktaysa...*" ibaresinin kullanılmasına ihtiyaç olmayacaktı. Çünkü Konvansiyon'da olduğu gibi, Tüzük'ün bu maddesi de "doğrudan uygulanan kural" olarak nitelendirilseydi, madde metninde olayın unsurlarının AB ülkelerinde

[399] Heiss, (Insurance Contracts), s. 280.
[400] Harris, s. 338.

bulunması şartı getirilmesine gerek olmadan, doğrudan uygulanan kural istisnası uygulanabilirdi. Ancak Tüzük'ün doğrudan uygulanan kuralları daha istisnai görmesi nedeniyle iki müesseseyi birbirinden ayırmış olması, md. 3(4)'ün içeriğini makûl kılmaktadır. O nedenle md. 3(4)'ün getirdiği, "olayın tüm unsurlarının AB ülkelerinde bulunması" şartının anlamsız olduğu yönünde doktrinde ileri sürülen görüş[401] isabetli bulunmamaktadır. Nitekim doğrudan uygulanan kuralların daha dar yorumlanması arzusunu dile getiren Tüzük'ün giriş paragrafları uyarınca, AB Hukukunun sözleşmeyle aksi kararlaştırılamayacak, yani emredici nitelikteki hükümleri, sadece olayın tüm şartlarının AB ülkelerinde bulunmasıyla uygulanabilir hâle gelecek; AB Hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ise, *forum'*un doğrudan uygulanan kuralları çerçevesinde (md. 9(2)), davanın görüldüğü tüm üye ülke mahkemelerinde, olayın tüm unsurları AB ülkeleriyle ilgili olsun ya da olmasın, tatbik edilecektir. Bu durum, doğrudan uygulanan kuralların dar ve istisnai özelliğine aykırılık oluşturmamakta, onların hukukî niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Görüldüğü gibi md. 3(3), herhangi bir ülkenin hukukunun emredici kurallarını koruma altına alırken; md. 3(4), özel olarak AB'nin emredici hukuk kurallarını korumaktadır. Burada, üye ülkenin mahkemesi, o üye ülkede uygulanabilir olduğu ölçüde, AB Hukukunun emredici kurallarını uygulayacaktır. Dolayısıyla bu noktada, AB direktiflerinin uygulanması da söz konusu olabilecektir[402]. Bu bağlamda md. 3(4)'ün, Tüzük'ün 1(4). maddesinin ikinci

[401] Bkz. Garcimartín Alférez, s. 65.
[402] Heiss, (Party Autonomy), s. 5.

cümlesi uyarınca, Tüzük'ün uygulanmadığı Danimarka'yı da bağladığını hatırlatmakta fayda vardır[403].

C. Kamu Düzeni

Bir uyuşmazlığı çözen mahkemenin, yabancı bir hukuk hükmünü uygulamayı, söz konusu uygulamanın mahkemenin tâbi olduğu hukukun kamu düzenine aykırı olması durumunda reddetmesine ilişkin yetkisiyle, uygulanacak hukukta bir güvenlik şeridi olarak sık sık karşılaşılmaktadır[404]. Bu açıdan, doğrudan uygulanan kurallara ek olarak, kamu düzeni istisnasının Tüzük'teki görünümünü de incelemek gerekmektedir.

Bilindiği gibi milletlerarası özel hukukta kamu düzeni istisnası, iç hukukta anlaşılan içeriğinden daha farklı, daha dar kapsamlıdır[405]. Nitekim Roma I Tüzüğü'nün raporuna Ek-1'de düzenlenen, milletlerarası özel hukuka ait bazı kavramları tanımlayan bölümde de, iç kamu düzeni ve milletlerarası kamu düzeni birbirinden ayrılmıştır[406]. Buna göre, kanunlar ihtilâfı kuralları vasıtasıyla bir olaya uygulanacak hukuk belirlendiğinde, mahkemenin, bu hukukun uygulanmasının *forum*'un değer yargılarıyla uyuşmadığını ortaya koyması durumunda, normal

---

[403] Bu noktada, iç pazarın emredici hükümlerinin Avrupa'nın bütününde yeknesak şekilde uygulanabilmesi için md. 3(4) hükümlerinin, AB'ye üye olmayıp Avrupa Ekonomik Alanı'na (*European Economic Area*) dâhil olan İzlanda, Liechtenstein ve Norveç'i de kapsaması gerektiği üzerinde durulmuştur, bkz. Heiss, (Insurance Contracts), s. 280. Nitekim Avrupa Ekonomik alanı, iç pazarın sınırlarını bu ülkeler lehine genişletmekte ve resmi olarak AB'ye üyelik olmadan, AB Hukukunu bu ülkelerde uygulanır hâle getirmektedir, bkz. Agreement On The European Economic Area, 1994, OJ L 1, s. 3-36. Hatta yine *Heiss*, md. 3(4)'ün, kanunkoyucu tarafından isteyerek olmasa da, bu uygulamaya cevaz verdiği görüşündedir, bkz. Heiss, (Party Autonomy), s. 7.

[404] Mills, A., "The Dimensions Of Public Policy In Private International Law", **Journal Of Private International Law**, Vol. 4, N. 2, 2008, s. 202.

[405] Tekinalp, (Bağlama Kuralları), s. 49; Fawcett / Carruthers, s. 741.

[406] Bkz. Green Paper, s. 44-45.

olarak uygulanacak hukuku bertaraf ederek kendi hukukunu uygulaması, milletlerarası kamu düzeni kavramını ifade etmektedir[407].

Kamu düzeni kavramı ile doğrudan uygulanan kuralları da birbirinden ayırt etmek gereklidir. Zira doğrudan uygulanan kurallar da her ne kadar devletin kamusal yararları ve kamu düzeni düşüncesi kapsamında değerlendirilebilirse de, günümüzün hâkim görüşüne göre bu iki kavram birbirinden tamamen farklıdır. Bazı doğrudan uygulanan kuralların aynı zamanda toplumun kamu düzenini koruma düşüncesi ile getirilmesi, her iki kurumun aynı olduğu anlamına gelmemektedir; zira doğrudan uygulanan kurallar, kamu düzenini ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın uygulanırlar[408]. Örneğin doğrudan uygulanan kurallar somut olarak yasalarda yer aldığından *a priori* ve kayıtsız şartsız uygulanırken; kamu düzeni istisnası bir yasama politikasından ibarettir ve sübjektif değerlendirmeye tâbidir[409]. Nitekim Tüzük'ün 21. maddesinde de bu farkın bir sonucu olarak *lex fori*'ye ait kamu düzenine özel önem atfedildiği görülmektedir. Maddeye göre Tüzük hükümlerinin işaret ettiği uygulanacak hukuk kuralları, mahkemenin kamu düzenine açıkça aykırıysa uygulanmayacaktır. Bu kural, uygulanacak hukukun genel bir istisnası olarak değerlendirilebilir. Ancak burada vurgulamak gerekir ki, kamu düzenine aykırı olan kural dışında, tarafların hukuk seçimine ilişkin diğer hükümler, olaya uygulanmaya devam edecektir. Buna göre yetkili hukukun bir kuralının

[407] Bununla beraber iç kamu düzeni, bir ülkenin sosyal ve ekonomik birtakım gereklerini garanti altına almak için getirilen bir dizi emredici millî kuralları ifade etmektedir. Bu kurallar, tüketici vb. gibi, zayıf tarafı korumayı amaçlayan ve tarafların sözleşmeyle bertaraf edemeyecekleri kurallardır, bkz. Green Paper, s. 44.

[408] Tiryakioğlu, B., **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara 1996, s. 81.

[409] Bkz. Kösoğlu, s. 153-154. Kamu düzeni istisnası somut olarak yasalarda yer almamasına rağmen, istisnayı harekete geçiren prensipler, yazılı bir kanun hükmüne dayanabilir; ya da, kanun önünde eşitlik veya hak arama özgürlüğü gibi temel bazı esaslardan oluşabilir, bkz. Özdemir Kocasakal, s. 21.

uygulanmaması için, bu kuralın *forum*'un kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi gereklidir. Kamu düzeni gerekçesiyle uyuşmazlığa uygulanamayan kurallar yerine hangi hukukun kurallarının uygulanacağına ise Tüzük'te açıklık getirilmemiştir. Aynı şekilde, Roma Konvansiyonu'nda da konuya ilişkin bir belirsizlik bulunduğu için doktrinde, seçilen hukuk yerine sözleşmenin yakın irtibatlı olduğu yer hukukunun uygulanabileceği; taraflarca bir seçim yapılmamışsa *lex fori*'nin uygulanabileceği belirtilmiştir[410].

"Açıkça aykırılık" ifadesinden anlaşılması gereken, uygulanacak hukuk kuralının *forum*'un hukuk düzeninin temel ilkelerine aykırı olması ve bu aykırılığın mahkemece ek olarak herhangi bir inceleme yapılmasına gerek kalmaksızın, açıkça görünür olmasıdır[411]. Örneğin bir sigorta ya da reasürans sözleşmesinin ifa edileceği yerin hukukuna göre, o sözleşmenin ifası açıkça hukuka aykırı kabul ediliyor ise, uygulanacak hukuka göre sözleşme geçerli olsun ya da olmasın, kamu düzeni istisnası harekete geçirilebilecektir[412]. Ancak yine de "açıkça kamu düzenine aykırılık" ibaresinin de farklı değerlendirmelere yol açabileceği ihtimâlini göz ardı etmemek gerekir. Örneğin bu yolla hâkim, pratik gerekçelerle uygulamak istemediği yabancı bir hukuk kuralını uygulamaktan kaçınabilecektir.

Kamu düzeni ile doğrudan uygulanan kuralları ayıran bir başka özellik ise kamu düzeninin genel olarak olumsuz etki yarattığı[413] ve çoğunlukla aile ve şahsın hukukunda uygulandığı; doğrudan uygulanan kuralların ise maddi çözümler getiren

[410] Ekşi, s. 147.
[411] Seatzu, (Insurance), s. 112.
[412] Seatzu, (Insurance), s. 112.
[413] Bununla beraber bazı durumlarda kamu düzeni olumlu etkiler de yaratabilmektedir, bkz. Tekinalp, (Bağlama Kuralları), s. 50.

olumlu kurallar olduğu ve genellikle sözleşmeler alanında düzenlendiğidir[414]. Bunun yanı sıra doğrudan uygulanan kurallar, olayın somut özelliklere göre uygulanacak hukuka ilave olarak etki alanı bulurken; kamu düzeni, uygulanacak kuralını tatbik edilebilir olmaktan çıkarmaktadır[415]. Başka bir ifadeyle doğrudan uygulanan kurallar, uygulanacak hukukun belirlenmesi işleminin bir parçasını oluşturmakta; kamu düzeni ise, uygulanacak hukuku reddetme yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır[416]. Buna ilave olarak, *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarının olaya tatbiki söz konusu ise, aynı anda kamu düzeni istisnasının da harekete geçirilmesinin mümkün olmadığını, yani hâkimin, *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını gerektiren zorunluluk nedeniyle sadece bu kuralların etki alanını belirleyip uygulanmasını sağlaması gerektiğini belirtmek lâzımdır[417]. Ancak elbette, yabancı bir kuralın doğrudan uygulanan kuralları ise, hâkimin hukukunun kamu düzeni anlayışı sebebiyle bertaraf edilebilecektir[418].

Tüzük'ün doğrudan uygulanan kuralları düzenlemesi ve bu kavramı tanımlaması genel olarak olumlu değerlendirilmekle beraber, kamu düzeni istisnasını tanımlamamış olması nedeniyle iki kavramın farkının tam olarak ortaya konamadığı ve bunların içerik ve sınırlarının ne olduğu konusunda bir muğlâklık bulunduğu doktrinde ifade edilmiştir[419]. Ancak ne de olsa uyuşmazlığı çözen her ülkenin kendine has bir kamu düzeni anlayışı ve doğrudan uygulanan kuralları

[414] Özkan, I., **Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi**, Ankara 2003, s. 136 ve Özdemir Kocasakal, s. 21-22.
[415] Harris, s. 297.
[416] Sargın, (Patent), s. 150.
[417] Özdemir Kocasakal, s. 22.
[418] Özdemir Kocasakal, s. 22.
[419] Bonomi, (Mandatory Provisions), s. 288.

bulunmaktadır[420]. Hatta kamu düzeni kavramı, yer bakımından değişken olmasının yanı sıra zaman ve konu (somut olay) bakımından da değişkenlik göstermektedir[421]. O nedenle bu kavramları çok belirgin çerçeveler içine almanın zor olacağı açıktır. Tüzük'ün giriş bölümünün (37). paragrafında söz konusu hükümlerin sadece istisnai durumlarda harekete geçirileceğinin belirtilmesi ve 9. madde düzenlenirken kullanılan benzer ifadeler, bu anlamda yeterli kesinliği sağlayamasa da, olumlu kabul edilmek gerekir.

III. Roma I Tüzüğü Modeli Işığında Türk Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Tahlili ve Öneriler

A.Türk Hukukunda Sigorta Sözleşmelerine Özgü Bir Kanunlar İhtilâfı Kuralının Yokluğu

Bilindiği gibi Türk Hukukunda yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuku, hâlihazırda 2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun[422] (MÖHUK) düzenlemektedir[423]. MÖHUK'un "kanunlar ihtilâfı kuralları" başlıklı ikinci bölümünde yer alan 24. maddesinde ise "sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde

[420] Örneğin İngiliz hukukundaki kamu düzeni anlayışı, Fransız hukukundaki kamu düzeni anlayışından çok daha farklı, çok daha dardır, bkz. Collier, s. 361. Bununla beraber, doktrinde kamu düzeninin ortak üç unsuru bulunduğu belirtilmektedir: İlki, uyuşmazlık ile mahkeme arasındaki yakınlık derecesi, ikincisi kamu düzeni ile bu düzeni bozan norm arasındaki bağımlılık, üçüncüsü ise düzen ihlâlinin ciddiyetidir. Bu üç unsur, doktrinde "kamu düzeninin üç boyutu" olarak adlandırılmıştır, bkz. Mills, s. 218-219. Bu unsurların belli bir seviyedeki varlığı, kamu düzeni istisnasının harekete geçirilmesinde bilinçli ya da bilinçsiz olarak *forum* hâkimi tarafından değerlendirilmektedir.

[421] Ökçün, A. G., **Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, Ankara 1997, s. 108 vd.

[422] Kabul t. 27.11.2007, RG 12.12.2007, S. 26728.

[423] Bkz. MÖHUK md. 1(1).

uygulanacak hukuk" hüküm altına alınmıştır. Burada; tarafların, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmiş olup olmamalarına göre düzenlenmiş bir hukukî rejim karşımıza çıkmaktadır. Devam eden maddelerde ise, taşınmazlara ilişkin sözleşmeler (md.25), tüketici sözleşmeleri (md.26), iş sözleşmeleri (md.27), fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler (md.28) ve eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler (md.29) bağlamında uygulanacak hukuk düzenlenmektedir. Söz konusu sözleşme tipleri de sözleşmeden doğan borç içermekle beraber; aynı kapsamda düzenlenmiş olan 24. maddenin uygulama alanından çıkarılmış ve özel bağlama kurallarına tâbi tutulmuştur. Ne var ki bu sözleşme tipleri arasında sigorta sözleşmeleri yer almamıştır[424]. Esasen tasarı aşamasında, 5718 sayılı MÖHUK'ta sigorta sözleşmelerine özgü bir hüküm kaleme alınması gündeme gelmişse de, bundan vazgeçilmiştir. Bu duruma sebep olan argümanlar, pek çok farklı içerik ve türde sigorta sözleşmesi bulunmasının menfaat dengesini koruyan bir hüküm hazırlamayı zorlaştırdığı ve bu arada, gelişen Türk sigorta sektöründeki uygulamaların izlenmesinin faydalı olacağı yönündedir[425]. Bu noktada, sigorta sözleşmelerine özgü bir hükmün düzenlenmesinden vazgeçilmesinin bir sebebi olarak, Avrupa Birliği'nde sigorta sözleşmelerinin türlerine göre uygulanacak hukuk kuralları getiren anlayışın gösterildiği de belirtilmelidir[426].

Esasen MÖHUK'ta, yetkili mahkeme bağlamında, iş ve tüketici sözleşmeleri ile ilgili 44. ve 45. maddeleri takiben, sigorta sözleşmeleri ile ilgili de

[424] Keza mülga olan 1982 t. ve 2675 sayılı (kabul t. 20.05.1982, RG 22.05.1982, S. 17701) Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'da sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk bağlamında özel bir hüküm bulunmadığı gibi, 5718 sayılı Kanun'un 24. maddesinin devam maddelerinde sayılan diğer sözleşme tipleri hakkında da herhangi bir düzenleme yer almamakta; sözleşmeden doğan borç ilişkileri toplu olarak 24. maddede düzenlenmekteydi.
[425] Bkz. Tekinalp, (Bağlama Kuralları), s. 385.
[426] Bkz. Tekinalp, (Bağlama Kuralları), s. 385.

özel bir hüküm getirilmiştir. MÖHUK md. 46'da, "*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*" hükmü getirilerek, davalının kimliğine göre belirleme yapan bir yetki kuralı oluşturulmuştur. Görüldüğü gibi yetkili mahkeme bağlamında sigortalıyı prensip olarak "zayıf" kabul eden ve onun aleyhine yapılacak yetki sözleşmelerinin önüne geçme iradesiyle hareket eden Türk Hukuku, uygulanacak hukuk bağlamında bu hassasiyeti göstermekten kaçınmıştır.

B. Türk Hukukundaki Mevcut Kuralların Sigorta Sözleşmelerine Uygunluğunun Tartışılması

1. MÖHUK'un Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Kuralları

Görüldüğü gibi taşıma, iş, tüketici sözleşmeleri gibi alanlarda uygulanacak hukuka özgü maddelere sahip olan MÖHUK'un, sigorta sözleşmeleri için böyle bir hüküm içermemesi, uygulanacak hukuku belirlemek için bizi zorunlu olarak "sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk" başlıklı 24. maddeye sevk etmektedir. Madde, uygulanacak hukukun taraflarca seçilmiş olup olmamasına göre ayrım yaptığı için, konuyu bu ayrıma göre incelemekte fayda bulunmaktadır.

Roma I Tüzüğü'nde uygulanacak hukuk sisteminin temelini ve başlangıç noktasını oluşturan hukuk seçimi özgürlüğü, MÖHUK'un 24(1). maddesinde de öncelikle hüküm altına alınmıştır. Bununla taraflara, doğrudan uygulanan kuralların etki alanındaki konular dışında, ilişkilerine uygulanacak hukuku serbestçe seçme imkânı tanınmıştır[427]. Taraf menfaatini sağlamaya çalışan bu ilke, Kanun'a, *"sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka*[428] *tâbidir"* şeklinde yansımıştır[429]. Ayrıca MÖHUK md. 2(4)'e göre eğer taraflar isterlerse, açıkça kararlaştırmak şartıyla, seçtikleri hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarını da uygulanacak hukuk olarak belirleyebileceklerdir.

Sözleşmenin taraflarca seçilen hukuk tarafından idare edileceği konusunda bir kuşku bulunmadığına göre, söz konusu seçimin nasıl yapılması gerektiği üzerinde durmakta fayda vardır. Maddedeki ifadeden, hukuk seçiminin herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda ilk karşılaşılan şart, md. 24(1). uyarınca seçimin açık olarak yapılmış olmasıdır. Bununla beraber, md. 24(1)'in devamında *"sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde*

[427] Bkz. Sirmen, K. S., "Türk Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Milletlerarası Unsurlu Sigorta Akitlerine Uygulanacak Hukuk", **BATİDER**, Eylül 2010, C. XXVI, S. 3, s. 45, (Türk Kanunlar İhtilâfı).

[428] Buradaki "hukuk" kavramından sadece bir millî hukukun mu, yoksa aynı zamanda *lex mercatoria* gibi, millî hukuklardan bağımsız bir hukuk sisteminin mi anlaşılması gerektiği üzerinde Türk doktrinde de tam bir uzlaşı olduğu söylenemez. Örneğin *Nomer/Şanlı*, hukuk kavramından bir "devletin hukuku"nun anlaşılması gerektiğini belirtmekte; bununla beraber, sözleşmenin belirli hükümlerinin devlet-dışı hukuk düzenlerinin kurallarına tâbi tutulabileceğini ifade etmektedir, bkz. Nomer/Şanlı, s. 307-308. *Tiryakioğlu*, "hukuk"tan kastedilenin, "egemen devletlerin hukuk düzeni" olduğunu savunmaktadır, bkz. Tiryakioğlu, s. 23. Buna karşılık *Sargın, lex mercatoria*'nın, hem sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflarca sözleşme hükmü hâline getirilebileceğini, hem de uygulanacak hukuk olarak seçilebileceğini savunmaktadır, bkz. Sargın, (Patent), s. 188-194. Gerçekten de, mülga 2675 sayılı MÖHUK bakımından yapılan bu değerlendirme, maddenin, hukuk seçimini sadece bir "devletin" hukuku olarak sınırlamamasını öngörmesi nedeniyle isabetlidir. Hatta 5718 sayılı MÖHUK düzenlemesinde, mülga 24. maddedeki "kanun" ibaresindense, daha geniş bir yelpazeyi ifade eden "hukuk" ibaresinin kullanılmış olması nedeniyle, bu argümanın daha da kuvvet kazandığı söylenebilir.

[429] Bu kuralın sigorta sözleşmelerindeki uygulamasıyla ilgili olarak pek çok Yargıtay kararı bulunmaktadır; örneğin bkz. Yargıtay 11. HD, 21.12.2006 t. ve 2005/12302 E., 2006/13718 K. sayılı karar.

yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir" hükmü getirildiği için, hem tarafların açıkça bir hukuku seçtiklerini belirttikleri hem de sözleşme hükümleri veya hâlin şartlarının belli bir hukukun seçildiği yönünde şüphe götürmez bir kanaat oluşturduğu hâllerde geçerli bir hukuk seçimi var sayılacaktır[430]. Ayrıca, md. 24(2)'de, hukuk seçimi özgürlüğünün bir devamı ve gereği olarak tarafların bu seçimi, sözleşmenin tamamı ya da bir kısmı için geçerli olacak şekilde yapabilecekleri, yani sözleşmeye uygulanacak hukuku parçalayabilecekleri *(dépeçage)* hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple Roma I Tüzüğü'nde olduğu gibi MÖHUK'ta da tarafların aynı sözleşmenin farklı kısımlarına birden fazla hukuku uygulanacak hukuk olarak seçmeleri mümkündür[431].

Bir başka nokta ise, yine Roma I Tüzüğü ile paralel olarak, MÖHUK'un 24(3). maddesine göre hukuk seçiminin taraflarca her aşamada yapılabileceği ve değiştirilebileceğidir. Burada dikkat edilecek tek nokta, md. 24(3)'ün lafzı uyarınca hukuk seçiminin sözleşmenin kurulmasından daha sonraki bir zamanda yapılması hâlinde, Tüzük ile paralel olarak, sözleşmeyle beraber üçüncü kişilerin kazanmış olduğu haklara söz konusu hukuk seçimiyle zarar gelmeyeceği hususudur.

MÖHUK'un 24(4). maddesi ise, sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmemiş olması hâlini düzenlemektir. Burada, *"Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili*

[430] Burada tarafların farazî iradelerinden değil, gerçek iradelerinden hareket edilmesi gerekmektedir, bkz. Güngör, G., **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**, Ankara 2007, s. 191, (Yakınlık); Nomer/ Şanlı, s. 310.

[431] Bu noktada, Roma I Tüzüğü'nde parçalamaya ilişkin olarak, birbirinden farklı hukuk seçimlerinin tutarlılık göstermesi yönünde yapılan açıklamaların, burada da geçerli olması gerektiğini belirtmekte fayda vardır.

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" hükmü getirilmiştir. Görüldüğü gibi MÖHUK, hukuk seçimi bulunmayan durumlarda "en sıkı ilişki-daha sıkı ilişki" birlikteliğini tercih etmiştir. En sıkı ilişkili hukukun karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu anındaki mutad meskeni hukuku olduğunu belirlemiş, bu belirlemeye göre bulunan en sıkı ilişkili hukuktan "daha sıkı ilişkili" bir hukukun varlığı hâlinde sözleşmenin bu hukuk tarafından idare edileceğini hüküm altına almıştır. MÖHUK burada hâkime bir takdir yetkisi tanımamış, en sıkı ilişkili hukukun uygulanması zorunluluğu getirmiştir.

Madde 24(4), Roma I Tüzüğü ile benzer bir şekilde, en sıkı ilişkili hukuku karakteristik edim teorisiyle belirlemeyi tercih etmiştir. Buna göre sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, eğer sözleşme bir ticarî veya meslekî faaliyet gereği kurulmuşsa karakteristik edim borçlusunun işyeri hukukudur[432]. Dolayısıyla sigortacının işyeri hukuku, en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilecektir. Burada "işyeri" kavramından anlaşılması gereken sigorta şirketinin merkezinin bulunduğu

[432] Hukuk seçimi bulunmayan durumlarda sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak bu kural, 2675 sayılı mülga MÖHUK'ta ise farklı olarak "ifa yeri hukuku" üzerine kurgulanmıştı.

ülkenin hukukudur[433]. Yine Tüzük ile paralel olarak, (eğer işlemi yapan yer bir şube ise) şubenin bulunduğu yer hukuku da bu kavramın içinde sayılmalıdır[434].

Maddenin, karakteristik edimi yerine getiren sigortacının işyeri hukukunun en sıkı ilişkili hukuk olduğu varsayımına dayanan yapısına rağmen, bu varsayımı çürütecek bir yol olarak "daha sıkı ilişkili hukuk" da öngörülmüştür. Buna göre, hâlin bütün şartlarından sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunduğu anlaşılıyorsa, sözleşme bu hukuka tâbi olacaktır. Başka bir deyişle, sigortacının işyeri hukukunun en sıkı ilişkili hukuk olduğu, aksi ispatlanabilir bir varsayımdan ibarettir. Bunun için somut olayın özelliklerinin sigortacının işyeri hukuku dışındaki bir hukukla daha sıkı temas içinde olması gerekmektedir. Örneğin merkezi Türkiye'de bulunan bir sigorta şirketiyle yapılan sözleşmede; riskin bulunduğu yer, sigortalının yerleşim yeri, sözleşmede kullanılan para birimi, ödeme yeri vb. pek çok unsur Alman hukukunu işaret ediyorsa, hâkim, Alman hukukunun olaya uygulanmasına karar verecektir. Ya da, Türkiye'de faaliyet gösteren bir tacirin, Almanya'dan ithal ettiği malın nakliyatına ilişkin olarak Almanya'da yaptırdığı sigortada[435], yine ödeme yeri, para birimi gibi unsurların da Almanya'yı işaret etmesi hâlinde, Alman hukukunun olayla daha sıkı ilişkili olduğuna kanaat getirilecektir. Bu düzenleme, hukuk seçimi yokluğunda uygulanacak hukuku belirleyen Tüzük'ün 4. maddesiyle oldukça paraleldir. Nitekim Tüzük'ün 4(2).

[433] Nomer/Şanlı, s. 318. Esasen "işyeri" kavramının Türk milletlerarası özel hukuku bakımından bir tanımı bulunmamakla beraber İsviçre milletlerarası özel hukukunda olduğu gibi işyerinin, "iş faaliyetlerinin merkezi" olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir, bkz. Özkan, s. 91.
[434] Tekinalp, (Bağlama Kuralları), s. 385; Özkan, s. 148.
[435] Esasen 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 15(1). maddesine göre Türkiye'de yerleşik kişiler, Türkiye'deki sigortalanabilir menfaatlerini, Türkiye'de faaliyette bulunan sigorta şirketlerine ve Türkiye'de sigortalatmak mecburiyeti altındadır. Bu kurala, aynı maddenin ikinci fıkrasında getirilen istisnalardan biri, "ihracat ve ithalat konusu mallar için nakliyat sigortası"dır. Bahsi geçen örnek de bu maddeye dayanarak verilmektedir.

maddesinde, sözleşmenin Tüzük'ün 1. maddesinde sayılan türlerden biri olmaması hâlinde karakteristik edimi yerine getiren tarafın mutad meskeni hukukuna gönderme yapılmakta, ancak hâlin tüm şartlarından sözleşmeyle açıkça daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunması hâlinde bu kurala istisna (Tüzük md. 4(3)) getirilmektedir. Tüzük'te yalnızca uygulanacak hukukun belirlenemediği durumlar için öngörülen en sıkı ilişkili hukuk istisnası (md. 4(4)) ise Türk Hukukunda farklı şekilde düzenlenmiştir. Nitekim MÖHUK'un 24(4). maddesine göre karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukuku bir ön kabul olarak "en sıkı ilişkili hukuk" nitelendirmesine tâbi tutulmuş, daha sonra ise olayın bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde bu hukukun uygulanacağı belirtilmiştir. Anlamsal açıdan "en sıkı ilişki"den "daha sıkı bir ilişki" olması kafa karıştırıcı olsa da, bundan anlaşılması gereken, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukunun en sıkı ilişkili olduğunun aksi ispatlanabilen bir adî karine olduğudur. Başka türlü düşünmek "daha sıkı ilişkili hukuk"un gerçekte "en sıkı ilişkili hukuk"a işaret etmediği gibi bir anlam doğurur ki, böyle bir anlamın ortaya çıkmaması gerektiğine mantıksal açıdan şüphe yoktur[436]. Bu bağlamda Tüzük düzenlemesinin daha anlamlı olduğu söylenebilir. Çünkü Tüzük'te, hukuk seçimi bulunmayan (ve md.4(1)'de özel olarak düzenlenen hâllere girmeyen) durumlarda sadece karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukunun olaya uygulanacağı belirtilmekte; bu hukukun en sıkı ilişkili hukuk olduğu yönünde bir belirleme bulunmamaktadır. Bu nedenle md. 4(3)'teki daha sıkı ilişkili hukuk istisnası da mantıksal açıdan bir tezat oluşturmamaktadır.

[436] Roma Konvansiyonu'nda yer alan aynı doğrultudaki düzenleme hakkında yapılan bu değerlendirme için bkz. Güngör, (Yakınlık), s. 115.

Esasen MÖHUK'ta en sıkı ilişkili hukukun karakteristik edim teorisi temelinde objektif bir bağlama kuralı olarak belirlenmesi, bu alanda uygulanacak hukukta kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik açısından olumlu değerlendirilebilirse de[437], maddenin düzenlenişi itibarıyla yukarıda tartışılan anlamsal sorunlara açıktır. Ancak md. 24(4)'ün lafzındaki karmaşayı bir kenara bırakacak olursak; eğer hâlin bütün şartlarına göre, olayda objektif bağlamayla belirlenen karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukundan daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunmaktaysa, bunu "en sıkı ilişkili hukuk" niyetiyle uygulamak mümkündür. Bu anlamda, objektif bağlama kuralının en sıkı ilişkili hukuka işaret ettiğine ilişkin ifade ve daha sıkı ilişki için "hâlin tüm şartlarının değerlendirilmesi" telkini, objektif bağlama kuralını güçlü bir karine, daha sıkı ilişki kuralını ise istisna kuralı özelliğini haiz dar anlamda bir kaçış kuralı hâline getirmektedir[438]. Bu şekilde, bir yandan çok katı bir bağlama kuralından uzaklaşılırken; diğer yandan esneklik sınırlanmaya çalışılmıştır. Nitekim doktrinde de belirtildiği üzere kesinlikten yoksun bir esneklik, anarşi anlamına gelmektedir[439].

Görüldüğü üzere sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin 24. maddede, gerek karakteristik edim teorisinin esas alınması ve bu edimi yerine getiren tarafın mutad meskeni hukukuna gönderme yapılması; gerekse daha sıkı ilişkili hukuk istisnasının getirilmesi bakımından MÖHUK ile Roma I Tüzüğü arasında paralellik bulunmaktadır. Ne var ki bu paralellik, iki düzenlemenin tamamen farklı içerik ve sistematikte olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Nitekim Roma I Tüzüğü öncelikle sigorta sözleşmelerine özel ve oldukça ayrıntılı bir

[437] Güngör, (Yakınlık) s. 230.
[438] Güngör, (Yakınlık), s. 236.
[439] Basedow, (Conflict Of Laws), s. 17.

uygulanacak hukuk düzenlemesi içermektedir. Hatırlanacağı gibi bu düzenlemede, AB içinde yer alan risklerin büyük ya da küçük olmasına göre, sigortalı taraf güçlü veya zayıf kabul edilmiş ve bu kabule uygun olarak hukuk seçimi esasları getirilmiştir. MÖHUK'ta sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk ise genel olarak sözleşmeden doğan borç ilişkileri için düzenlenen md. 24'te düzenlendiği ve dolayısıyla sigorta sözleşmeleri, kendine özgü nitelikleri bakımından ayrı bir tür olarak belirlenmediği için, sigortalının zayıf ve korunmaya muhtaç olabileceği durumlara ilişkin bir bağlama kuralı da bulunmamaktadır. Bu genel tablo karşısında MÖHUK'un, Tüzük'ün 7. maddesinde sigorta sözleşmelerini kategorize etmekte kullandığı riskin büyüklüğü ya da zorunlu sigortalardaki dikkate alınacak noktalar gibi hususları konu edinmediğini ayrıca belirtmeye gerek bulunmamaktadır.

2. MÖHUK'un Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Hükümlerinin Uygulanabilirliğini Etkileyen Maddî Hukuk Kuralları

a. Doğrudan Uygulanan Kurallara ve Kamu Düzenine İlişkin MÖHUK Hükümleri

Doğrudan uygulanan kurallar konusunda MÖHUK'ta karşılaşılan ilk hüküm, "Türk Hukukunun doğrudan uygulanan kuralları" başlıklı 6. maddedir[440].

[440] Esas olarak hâkimin *lex fori*'ye ve *lex causae*'ye ait doğrudan uygulanan kuralları her hâlde uygulayacağından bahisle MÖHUK tasarısında doğrudan uygulanan kurallar sadece "üçüncü bir devletin hukuku" temel alınarak ve 31. maddede düzenlenmiştir. Ancak kanun yasalaşmadan hemen

Madde, "*yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk Hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır*" hükmünü getirmiştir. Ancak burada amaç, Türk Hukukuna ait bu kuralların, ilgili oldukları her hâl ve şartta uygulanacağını vurgulamaktır. O nedenle 6. maddenin doğrudan uygulanan kuralların niteliğine bağdaşır şekilde ve dar yorumlanarak kullanılması gerektiğine şüphe yoktur[441]. Doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili MÖHUK'un ikinci düzenlemesi olan 31. maddesinde ise, ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir ülkenin hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallara etki tanınabileceğine hükmedilmiştir[442]. Maddede, Tüzük'te olduğunun aksine, bu kurallara dair bir tanım yapılmamıştır; fakat madde, Tüzük'ün doğrudan uygulanan kuralları düzenleyen 9. maddesiyle benzerlikler taşımaktadır. Nitekim Tüzük'teki düzenlemeye benzer şekilde burada da üçüncü bir ülkenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabileceği ve buna karar vermek için söz konusu kuralların amacı, niteliği, içeriği ve sonuçlarının dikkate alınacağı belirtilmektedir[443]. Ancak MÖHUK'ta, Tüzük'ün 9(3). maddesinde olduğu gibi üçüncü bir ülkenin hukuku bağlamında özel olarak ifa yeri hukukunu işaret eden bir düzenleme bulunmamaktadır; bunun yerine MÖHUK md. 31, genel olarak "sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü bir devletin hukuku" bağlantısını kullanmaktadır. O nedenle MÖHUK'a göre sözleşmeyle sıkı ilişkili olan hukuk,

---

önce bu maddeye ek olarak Türk Hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ile ilgili 6. madde de eklenmiştir, bkz. Çelikel, A. / Erdem, B., **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul 2010, s. 386.

[441] Çelikel / Erdem, s. 386.

[442] Bu düzenleme, Tüzük'ten önce yürürlükte bulunan Roma Konvansiyonu'nun 7. maddesiyle hemen hemen aynıdır. Nitekim Konvansiyon'un 7. maddesinde de, olayla sıkı ilişkili olan bir ülkenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabileceği; bunu yaparken, bunların doğaları ve amaçları ile uygulanıp uygulanmamaları hâlinde doğabilecek sonuçların göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir.

[443] Bu, doğrudan uygulanan kuralların bütünü için ortak bir kıstasın bulunmamasının sonucudur, bkz. Kösoğlu, s. 151.

sözleşmenin ifa yeri hukuku ise, bu hukukun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilecektir. Tüzük açısından ise bu hükümlere, ancak ve ancak ifayı hukuka aykırı hâle getirmeleri hâlinde etki tanınabilecektir. Bu açıdan Tüzük uygulamasında, üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına başvurulması olasılığı daha sınırlıdır. Nitekim söz konusu kurallara etki tanımak için hâkime, bu kuralların ifayı hukuka aykırı kılması konusunda bir ön şart getirilmiştir.

Görüldüğü gibi iki düzenleme de (md. 6 ve md. 31) doğrudan uygulanan kurallara ilişkin olmakla beraber; Kanun'da farklı maddeler altında düzenlenmiştir. Nitekim maddelere bakıldığında, birinin Türk Hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının tatbikini (md. 6); diğerinin ise, olayla sıkı ilişkili bulunan üçüncü bir ülkenin hukukunun doğrudan uygulanan kuralların tatbikini (md. 31) içerdiği görülmektedir. Bunun yanı sıra 6. maddede, "*Türk Hukukunun doğrudan uygulanan kuralları uygulanır*" demek suretiyle, olayla amaç ve kapsam bakımından ilgili olması hâlinde bu kuralların mutlak surette uygulanacağı öngörülmüştür. Md. 31'de ise, sıkı ilişkili üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının gündeme gelmesi bağlamında, "*etki tanınabilir*" ifadesi kullanılarak, bu konuda hâkime yetki verilmiştir. Ancak bu yetkinin kullanımı; söz konusu kuralların amaç, nitelik, muhteva ve uygulamanın doğuracağı sonuçlarına bağlanmıştır. Dolayısıyla hâkimin, her olay bakımından sıkı ilişkili olan üçüncü bir ülkenin hukukunu uygulaması gündeme gelmeyecektir.

Tüzük'te olduğu gibi MÖHUK düzenlemesi de, doğrudan uygulanan kuralların, uygulanacak hukukta tam anlamıyla kesinlik ve öngörülebilirliğe engel

oluşturduğu yorumlarına açıktır. Ancak bu tür kuralların yokluğu hâlinde devletlerin menfaat dengesinin karşılıklı olarak bozulabileceği yönündeki görüşte[444] de haklılık payı vardır. O nedenle ne doğrudan uygulanan kuralları tamamen bertaraf etmek ne de bunlar için tam bir uygulama özgürlüğü tanımak yerindedir. Esas olan, ülkelerin, müdahaleci kuralları mümkün olduğu ölçüde hukukî görüş alanlarından çıkarmaları olmalıdır. Bununla birlikte bu kurallar, hâlihazırda modern hukuk sistemlerinde uygulanacak hukuk sorununa etki ettiğine göre, bunların işlev ve etkilerini belirleyen düzenlemelerde hâkime çok geniş yetkiler verilmemesi ve kuralların dar yorumlanması konusunda çok kesin bir çizgi çizilmesi gerekmektedir.

Kamu düzeni istisnası bakımından ise Tüzük ile MÖHUK arasında pek bir fark bulunmamaktadır. Nitekim MÖHUK da, uygulanacak hukuk hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde tatbik edilmeyeceğini belirtmiştir. Ancak bunun devamında MÖHUK, gerekli görülen hâllerde Türk Hukukunun uygulanacağını da hüküm altına almıştır. Zaten Tüzük'te, tek bir millî hukuk lehine böyle bir belirleme yapılması beklenmemelidir. MÖHUK uygulamasında da kamu düzeni kuralının istisnai olduğu ve dar yorumlanması gerektiğini belirtmekte fayda vardır. Başka bir deyişle kamu düzenine ilişkin kural, bir toplumun temel yapısı ve çıkarlarını koruyan kural[445] olması yönüyle yabancı hukukun uygulanmasını kolaylıkla bertaraf edebilecek bir seçenek olarak değil, Kanun'un değindiği "gerekli görme" ve "açıkça aykırılık" koşullarının tam anlamıyla sağlanmasına özel önem verilen bir istisna olarak uygulanmalıdır.

[444] Kösoğlu, s. 168.
[445] Çelikel / Erdem, s. 149.

b. Sigortacılık Kanunu'nda ve Diğer Düzenlemelerde Yer Alan Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi

Yukarıda görüldüğü gibi MÖHUK, gerek Türk Hukukunun, gerekse sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü bir ülkenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının, uygulanacak hukukun bir parçası olmasını açıkça kabul etmiştir. Dolayısıyla hem Türk mahkemeleri için yabancı bir hukukun doğrudan uygulanan kuralları, hem de Türk hukuk mevzuatında yer alan doğrudan uygulanan kurallar, hukukî uyuşmazlığı etkileyebilecektir. Öncelikle belirtmek gerekir ki; sigorta sözleşmesine dayanan hukukî ilişkinin özelliklerine ve hukuk düzeninde temas ettiği noktalara bağlı olarak, farklı alanlardaki hukukî düzenlemelerde bulunan doğrudan uygulanan kuralların uyuşmazlığa uygulanması gündeme gelebilecektir. Örneğin, Türk Hukukunda yer alan ve sigortadan faydalanan veya sigorta ettiren kimsenin kanunla yasak edilmiş ve ahlaka (adaba) aykırı olan fiilinden doğabilecek bir zarara karşı sigorta yapılamayacağına ilişkin hüküm[446] ve bazı kanun maddelerine aykırı olarak düzenlenmiş sigorta sözleşmelerinin batıl olacağına dair hüküm[447] yabancı unsurlu bir sigorta ilişkisinde Türk Hukukunun doğrudan uygulanan kuralı olarak tatbik edilecektir[448].

Bu noktada, Türk Hukuku bakımından, Türkiye'de faaliyet gösteren sigorta şirketlerinin tâbi olduğu Sigortacılık Kanunu'nun[449] üzerinde özel olarak durmak gerekir. Bu Kanun, sigorta şirketleri ve sigorta sektöründeki diğer kişi ve

[446] 6762 sayılı TTK'nın 1277. maddesi.
[447] 6762 sayılı TTK'nın 1264. maddesi.
[448] Bu konuda bkz. Özdemir Kocasakal, s. 163.
[449] 5684 sayılı Kanun (RG t. 14.06.2007, S. 26552). Bu Kanun 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu'nun yerine geçmiştir (RG t. 30.12.1959, S. 10394).

kuruluşların görev, yetki ve sorumluluklarını düzenlerken, bir yandan da sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözülmesine ilişkin usûlü hüküm altına almaktadır[450]. Devletlerin sigorta üzerindeki bu denetimi, sigortanın ekonomik hayattaki hukukî önemini göstermektedir[451]. Sigorta şirketlerinin faaliyetlerini denetleyen Sigortacılık Kanunu, bu içeriğiyle, "sigorta statüsü" dışında bir statü olarak "denetleme (*murakabe*) statüsü" oluşturmaktadır. Denetleme statüsü, sigorta faaliyetini yürüten şirketin merkezi veya şubesinin bulunduğu ülke hukukudur ve tarafların bunun aksini kararlaştırması mümkün bulunmamaktadır[452]. Bahsedilen denetim, Türkiye'de faaliyet gösteren yabancı sigorta şirketleri bakımından da geçerlidir ve Sigortacılık Kanunu'nun 28. maddesinde düzenlenmiştir. Bu denetimin dayandığı kurallar genellikle, Türk Hukukunun doğrudan uygulanan kuralları olarak karşımıza çıkmaktadır[453]. Örneğin Sigortacılık Kanunu'nun 13. maddesinde zorunlu sigortalar düzenlenmiş, bazı koşul ve yükümlülükler öngörülmüştür. Buna ilişkin olarak çeşitli düzenlemelerle getirilen zorunlu sigortalar, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları olarak değerlendirilmektedir. Söz gelimi, Karayolları Trafik Kanunu[454]'nun 91(6). maddesi[455] uyarınca, Türkiye'ye giriş yapan yabancı plakalı motorlu araçların, milletlerarası geçerliliği bulunan ve Türkiye'de kabul edilen sigortaları bulunmaktaysa, bunlar hakkında Türkiye'de başkaca bir zorunlu trafik sigortası yükümlülüğü doğmayacak; ancak bu araçların böyle bir sigortası bulunmuyorsa, Türkiye'ye girişlerinde zorunlu trafik sigortasına tâbi

[450] Can, s. 4.
[451] Sirmen, (Türk Kanunlar İhtilâfı), s. 42.
[452] Tekinalp, (Bağlama Kuralları), s. 386; Özkan, s. 148.
[453] Mülga Sigorta Murakabe Kanunu bakımından da durum aynıdır, bkz. Sirmen, (Zarar Sigortaları), s.125.
[454] 13.10.1983 t. ve 2918 sayılı Kanun, RG t. 18.10.1983, S. 18195.
[455] 13.02.2011 t. ve 6111 sayılı Kanun'un 58. maddesiyle değiştirilmiştir.

tutulacaklardır[456]. Denetleme statüsüne göre tarafların, zorunlu sigortaya ilişkin bu yükümlülüğü bertaraf etmesi mümkün bulunmamaktadır. Bundan başka, Türkiye'de yerleşik kişilerin Türkiye'deki sigortalanabilir menfaatlerini, istisnalar haricinde, Türkiye'de faaliyette bulunan sigorta şirketlerine sigortalatacaklarına ilişkin Sigortacılık Kanunu'nun 15. maddesi de bir doğrudan uygulanan kural niteliği taşımakta ve bu kural, tarafların seçtiği uygulanacak hukukun, bu kuralın aksine hükümlerini geçersiz kılmaktadır[457].

C. Roma I Tüzüğü Modeli Esas Alınarak Türk Hukukuna Dair Düzenleme Yapılması Önerisi

1. Sigorta Sözleşmelerine Özgü Bir Hüküm Düzenlenmesi Gereği

Yukarıda, Türk Hukukunda sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukta ana hatlarıyla yapılan inceleme sonucunda varılan sonuç şudur: Uygulanacak hukukta esas olarak hukuk seçimi özgürlüğünün tanınması, hukuk seçimi bulunmayan hâllerde uygulanacak hukuk bağlamında, Tüzük'te sadece belli sigorta sözleşmeleri bakımından ve MÖHUK'ta genel olarak başvurulan karakteristik edim kavramı gibi temel bazı noktalar dışında Roma I Tüzüğü ile Türk Hukukunun sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyişi tamamen farklıdır. Hatta şu aşamada Türk Hukukunun sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenlediği de söylenememektedir. Sadece, genel olarak sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK md. 24'ün, sigorta sözleşmelerini de

[456] Bkz. Yargıtay 11. HD, 29.03.2004 t. ve 2003/7809 E., 2004/3185 K. sayılı kararı.
[457] Bkz. Sirmen, (Türk Kanunlar İhtilâfı), s. 62.

kapsadığı ve bunlara uygulanacağı görülmektedir. Türk Hukukunda sigorta sözleşmelerine özel bir bağlama kuralı getirilmemesinde, sigorta sektörünün gelişim düzeyi ya da sigorta sözleşmelerinin çok farklı alanlarda yapılabiliyor olması sebebiyle ortak bir bağlama kuralı oluşturmanın zorluğu argümanı etkili olmuş olabilir. Ancak gerekçe her ne olursa olsun, kanımızca 5718 sayılı MÖHUK'ta, sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk düzenlenmeliydi. Nitekim mülga 2675 sayılı MÖHUK'ta sadece genel olarak sözleşmeden doğan borç ilişkileri düzenlenmiş, özel sözleşme tiplerine, belirleyici özellikleri gözetilerek farklı uygulanacak hukuk kuralları getirilmemişti. Bu, 1982 tarihli MÖHUK için daha kabul edilebilir bir durumdur. Ne var ki 2007 tarihli MÖHUK'ta taşınmaz mallar, tüketici, iş, fikrî mülkiyet, eşya taşınması sözleşmeleri için özel hükümler getirilmiş ve uygulanacak hukuk bu sözleşmelerin karakteristik özellikleri gözetilmek suretiyle belirlenmeye çalışılmış olmasına rağmen; sigorta sözleşmeleri göz ardı edilmiştir. Hâlbuki çağdaş milletlerarası özel hukukun gerekleri ile yukarıda değinilen doktrin görüşleri, sigorta sözleşmelerinin kendine özgü doğasını açıkça ortaya koymaktadır. Bu açıdan bakıldığında, her ne kadar Roma Konvansiyonu'nda sigorta sözleşmelerine özel bir madde bulunmasa da, özellikle 1970'li yılların başından beri sigorta sözleşmelerinin, konularına göre AB direktiflerinde düzenlendiği ve uygulanacak hukukun belirlenmesinin, sigorta sözleşmelerinin özel nitelikleri ele alınarak yapılmaya çalışıdığı görülmektedir. Daha sonraki aşamada ise, direktiflerdeki hükümler Roma I Tüzüğü'nde birleştirilmiş ve münhasıran sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk maddesi olarak yerini almıştır. Her ne kadar Tüzük, 2008 tarihinde yürürlüğe girmiş olsa da (MÖHUK'tan yaklaşık bir yıl sonra), çalışmalarının çok daha önce başladığı ve bu çalışmaların, AB organları,

hukuk ile ilgili çalışmalar yürüten kuruluşlar ve doktrin gibi çeşitli hukukî tabanlara yayılıp derinlemesine tartışıldığı görülmektedir. MÖHUK'un yürürlük tarihi itibarıyla da, sigorta sözleşmeleri hakkında AB hukukundaki yeni düzenlemeye ve doktrindeki tartışmalara kulak verilmesi ve özel olarak düzenlenen sözleşme tiplerinin yanına sigorta sözleşmesinin de eklenmesi daha tatmin edici olabilirdi. Özel bir hüküm düzenlenmesi noktasında ise, Türk Hukukunda bu konuda şimdiye dek karşılaşılmış olan somut olaylar ve bu olaylar hakkında verilen yargı kararlarının doğurduğu sonuçların incelenmesi faydalı olabilirdi. Bu hâliyle MÖHUK, sigorta sözleşmeleri bakımından çağın milletlerarası özel hukuk anlayışına mesafeli kalmış bulunmaktadır. Bu durum, büyük olasılıkla çok yakın bir gelecekte sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuku gözden geçirme ve maddeleştirme ihtiyacını doğuracaktır.

2. Riski Esas Alan Bir Ayrım Yapılması Gereği

Tüzük'ün müzakereleri sırasında sigorta sözleşmesinin kendine özgü doğası, zayıf tarafı koruma ilkesinin bu alanda da gözetilmesi gerektiği gibi hususlar üzerinde AB organları ve doktrininde uzlaşma olduğu görülmektedir. Uyuşmazlıklar, bu hususlar dışında, özellikle maddenin kaleme alınışıyla ilgili ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda, daha önce de değinildiği gibi doktrinin önemle vurguladığı husus, riskin büyüklüğüne göre sigorta sözleşmesinde bir zayıf taraf bulunup bulunmadığının belirlenmesi ve bu doğrultuda uygulanacak hukuk kurallarının farklılaşması gerektiği olmuştur. Zira önceden de açıklamaya çalışıldığı gibi, sigorta sözleşmelerini, salt tüketici sözleşmesi vasfı taşıyıp taşımadığına göre

kategorize ederek bir zayıf taraf tespitinde bulunmak, her olayda doğru netice vermemektedir. Bu anlamda MÖHUK'un 24. maddesinin, hukuk seçimi bulunmayan sözleşmelerde, en sıkı ilişkili hukuk olarak karakteristik edim borçlusunun işyeri hukukuna bağlanması da, genel olarak poliçe sahibinin menfaatini gözeten bir seçim olmaktan uzaktır. O nedenle Tüzük'te olduğu gibi MÖHUK'ta da, riskin büyüklüğünü göz önünde bulunduran bir düzenleme yapılması daha uygun olacaktır. Bilindiği gibi sigorta sözleşmelerine özel bir hüküm içermeyen MÖHUK'ta yer almayan "riskin büyüklüğü" kriterine temel oluşturabilecek bir hukukî zemin, Türk Hukukunda genel olarak sigorta sözleşmelerini düzenleyen Ticaret Kanunu'nda da yoktur. Bu nedenle riskin büyüklüğünü belirleyen söz konusu kriterlerin ortaya çıkmasına AB Hukukunun süregelen uygulamasının ışık tutabileceğini belirtmek gerekir. Hiç şüphesiz sigorta direktiflerine dayanan bu kriterler, ülkemizin ekonomik dinamikleri bakımından tam anlamıyla uygulanabilir olmayabilecektir; bununla beraber, riskin büyüklüğü kavramının içinin doldurulmasında genel çerçeveyi çizmeye yardım edecektir. Buna göre, MÖHUK'ta belirlenecek ekonomik değerin altında bulunan riskleri sigortalayan sözleşmeler, zayıf tarafı koruyan bağlama kurallarına tâbi olmalıdır. Tüzük'te olduğunun aksine, riskin büyüklüğünün hangi kıstaslara göre belirleneceğinin doğrudan MÖHUK'ta düzenlenmesi ise, yeknesak ve pratik bir uygulama sağlayacaktır.

Yapılacak düzenlemede riskin büyüklüğü kriterinin çerçevesi çizildikten sonra, büyük ve küçük riskler için bağlama kuralları tesis edilmelidir. Büyük riskleri sigortalayan sözleşmelerde hukuk seçimi bulunmayan durumlarda Tüzük'ün

başvurduğu sigortacının mutad meskeni hukuku, kanımızca, üstlenilen riskin büyük olması sebebiyle makûldür. Kaldı ki, daha önceden de belirtildiği gibi bu tür sözleşmelerde genellikle, poliçe sahibinin pazarlık gücü de kuvvetli olmakta ve tarafların müzakeresiyle şekillenen özel bir hukuk seçimi klozu bulunmaktadır. Hatırlanacağı gibi bu hukuka, "en sıkı ilişkili hukuk" varsayımıyla MÖHUK md. 24(4)'te de ulaşılmaktadır. O anlamda sigortacının mutad meskeni hukuku, her ne kadar açıkça belirtilmese de, MÖHUK'a yabancı değildir.

Küçük risk içeren sözleşmelerde ise, sigorta sözleşmesinin niteliğine göre bir düzenlemeye gidilebilir. Hatırlanacağı gibi Tüzük'te, AB içinde yer alan küçük riskleri sigortalayan sözleşmelerde riskin bulunduğu yere bağlanılmış, riskin bulunduğu yerin hangi ülkeyi ifade ettiği ise ilgili direktiflerin hükümlerine gönderme yapılarak belirlenmişti. Türk hukukunda yapılacak düzenlemede ise doğrudan bu hukukların zikredilmesi daha uygun ve pratik olacaktır. Hatırlanacağı gibi bunlar, taşınmaz mallar için "taşınmaz malın bulunduğu yer", araçlar için "tescil yeri", seyahat sigortaları için "sigorta yaptırılan yer", hayat sigortaları için ise "mutad meskenin bulunduğu yer" (tüzel kişilerde "işletmenin bulunduğu yer") idi. Doktrinde bu hukukların, genel olarak poliçe sahibini korumaya yöneldiğinin kabul edildiği belirtilmişti. Bu bağlamda, olası düzenlemede poliçe sahibinin mutad meskeni hukuku da ele alınabilecektir. Ancak bu hukukların da her somut olayda poliçe sahibini daha iyi koruyan hukuk olmayabileceği[458] ihtimali karşısında, hâkime, en sıkı ilişkili hukuku uygulamak konusunda takdir yetkisi vermek, bir öneri olabilir.

[458] Seatzu, (Insurance), s. 168.

Bunun dışında belirtmek gerekir ki, Roma I Tüzüğü'nün karşı karşıya kaldığı bazı sorunların Türk Hukukunda yapılacak düzenlemede ortaya çıkması olası değildir. Nitekim MÖHUK, Tüzük'te olduğu gibi farklı hukukî kültürlere sahip birden çok ülkede uygulanmayacaktır. Bununla bağlantılı olarak, Tüzük uygulaması bakımından karşımıza çıkan ABAD'ın "ön karar" prosedürü gibi bir süreç de yaşanmayacaktır. En önemlisi de, uygulanacak hukukun yeknesaklaştırılması amacına aykırılık oluşturan ve sigorta direktiflerinin zayıf taraf lehine getirdiği hükümlerin uygulanacak hukuka dâhil edilmesini öngören Tüzük düzenlemesi de MÖHUK açısından gündeme gelmeyecektir. Zira her şeyden önce Türk Hukukunda, AB'de uzun yıllardır uygulanagelen sigorta direktifleri gibi kanunlar ihtilâfı kuralları içeren ve sadece belirli alanlara özgülenen hukukî düzenlemeler yoktur. Bu nedenle yapılacak düzenleme, alanında ilk olacak ve uygulama sahasınının sınırlarını kendi belirleyecektir. Yani Tüzük'ün müzakereleri sırasında yaşandığı gibi, üye ülkelerin birbiriyle çatışan talepleri doğrultusunda bir orta yol bulma çabası göstermeye de lüzum olmayacaktır. Nitekim önceden de açıklanmaya çalışıldığı gibi, Tüzük'te yeknesak bir uygulamaya engel teşkil edeceği öngörülen bazı kuralların getiriliş sebebi bahsi geçen "orta yol bulma çabası" olmuştur. Dolayısıyla Türk Hukuku bakımından, uygulanacak hukukun tespiti için oluşturulacak tüm kuralların tek bir metinde toplanarak, Tüzük'e nazaran daha tutarlı, anlaşılır ve uygulama kolaylığı bulunan bir düzenleme ortaya çıkarılması mümkün gözükmektedir.

SONUÇ

Günümüzün karmaşık milletlerarası özel hukuk ilişkilerinin, hukuk kurallarından bağımsız olarak yürütülmesi doğal olarak mümkün değildir. Bu nedenle, her geçen gün küçülen dünyada, bu ilişkilerden kaynaklanan ihtilâfların mümkün olduğu kadar pratik ve âdil şekilde çözümlenmesi için iyi düzenlenmiş, etraflıca müzakere edilmiş ve modern hukuk anlayışlarına uygun hukukî düzenlemeleri hayata geçirme ihtiyacı bulunmaktadır. Bu ihtiyaç, özellikle yakın milletlerarası özel hukuk tarihi bakımından modern hukukların uğraş alanlarını belirlemiştir. AB Hukuku bakımından bu gereksinim, farklı özellikleri de içinde barındırmaktadır. Nitekim AB'de, üye ülkelerin siyasî ve hukukî bağlamda ve pek çok sahada birleşme iradeleri, bu topluluğun milletlerarası özel hukuk metinlerine bazı ek özellikler de kazandırmıştır. Bunlara, söz konusu düzenlemelerde üye ülke hukuklarının egemenliklerinin hangi aşamaya kadar AB Hukuku lehine çekileceği ya da üye ülkelerin hukuk sistemlerinin getirdiği farklılıklar nedeniyle hukuk metinlerinin nasıl yorumlanacağı şeklindeki yönlendirmeler örnek olarak verilebilir. Bu doğrultuda oluşturulan Roma I Tüzüğü de, Roma Konvansiyonu'nun üye ülkelerde yıllardan beri uygulanagelişinden kazanılan deneyimle, üzerinde tartışılan konuları çözmeye odaklı olarak yola çıkmış ve oldukça ayrıntılı düzenlenmiştir.

Özel olarak incelediğimiz sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusu, görüldüğü üzere özellikle 70'li yıllardan beri yoğun olarak AB'nin gündeminde olmuştur. O zamandan bu yana yaşanan süreçte, hem sigorta sektörü gelişmiş, hem de sigorta alanında uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin

sektörün ve çağdaş milletlerarası özel hukukun anlayış ve bakışı olgunlaşmıştır. Dolayısıyla AB'nin hukukî bütünleşme çabalarının yansıması olan hukuk metinlerinde de zorunlu değişimler olmuştur. Görüldüğü gibi Roma Konvansiyonu, sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukta sigorta direktiflerinin çizdiği çerçeveyle sınırlı kalmış ve onlardan bağımsız uygulanamamıştır. Her ne kadar sigorta direktifleri, yürürlüğe koyuldukları zaman bakımından ihtiyaca cevap veren metinler olsa da; bunların çeşitli sigorta türlerine göre ayrılması ve zaman içinde çok fazla değişikliğe uğraması neticesinde uygulanacak hukukun tespitinde birbiriyle çelişkili durumlar ortaya çıkmış; bu sebeple pek çok doktrin görüşünde yeni ve bütünleştirici bir metnin varlığına duyulan gereksinim vurgulanmıştır. İşte bu noktada konuşulmaya başlanan Roma I Tüzüğü için, konuyla ilgili hukukî çevreler, geçmiş düzenlemelerin ışığında fikir ve önerilerini beyan etmişlerdir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, Roma I Tüzüğü'nün müzakere dönemi, hiç de azımsanacak bir süre değildir. Ne var ki ortaya çıkan nihaî metin de, bazı sakıncalı düzenlemelerin tekrarlandığı ya da yeni bazı sakıncaların doğacağı eleştirilerine maruz kalmıştır. Özellikle Tüzük'teki bazı kavram ve ifadelerin, üye ülke mahkemelerinde farklı yorumlanarak yeknesak bir uygulamaya engel oluşturmasının önüne geçecek yeterli önlemin alınmaması, bu eleştirilerin en önemli dayanak noktalarından biri olmuştur.

Ancak Tüzük'ün pek çok açıdan mutlak bir ilerleme kaydettiği gerçeği yadsınmamalıdır. Zira Tüzük her şeyden önce, AB Hukukunda karmaşık bir sistem yaratan Roma Konvansiyonu ve sigorta direktiflerine nazaran daha anlaşılır ve pratik bir uygulama şeklidir. Bu durum en başta, Tüzük'ün üye ülkelerde hiçbir

prosedür gerektirmeden yürürlüğe girmesi ve üye ülkelerin iç hukuklarında doğrudan etki yaratması ile yürürlüğe girer girmez kişilerde hak ve borçlar yaratmaya başlamasının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun ötesinde, Tüzük'ün hemen hemen tüm sigorta direktiflerini kapsamına almasının sonucunda, hâkimin tek bir kaynağa başvurmasının daha kolay bir uygulama sağlayacağı su götürmez bir gerçektir. Ancak çalışmada incelendiği üzere, Tüzük'ün, büyük riskin tanımı ya da riskin bulunduğu yerin açılımı gibi bazı konularda direktif hükümlerine atıf yapması, hâlâ direktiflere başvurma zorunluluğu doğurmaktadır. Bunun yanında, üye ülkelerin sınırları dışında yer alan küçük riskleri sigortalayan sözleşmelerin, Tüzük'teki kuralların yanında AB Hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralları içeren diğer düzenlemelerinin etkisine açık olması da, kolay ve anlaşılır bir uygulamayı sekteye uğratmakta ve hem bu yönüyle, hem de kanunlar ihtilâfı kurallarının tam olarak yeknesaklaştırılamadığı düşüncesiyle, doktrinde Tüzük'e yöneltilen eleştirilerin başında gelmektedir.

Ancak, Tüzük'ün içeriğine yöneltilebilecek olumlu ve olumsuz görüşler bir yana bırakılacak olursa; Tüzük metnine neredeyse sigorta sözleşmelerine özgü bir hüküm dahi konmayacağı hatırlandığında, gelinen noktanın hiç değilse iyi bir başlangıç olduğu söylenebilecektir. Belirtmek gerekir ki Tüzük'ün revize edilmesine ilişkin 27. maddede özel olarak sigorta sözleşmelerini zikretmesi de, sigorta maddesi üzerinde tam bir uzlaşı ve tatmin sağlanamamış olmasının kanıtı sayılabilir. Sigorta sözleşmelerine ilişkin hüküm, 27. maddede öngörüldüğü gibi 2013'te yeniden gözden geçirildiğinde, tespit edilen sorunlu alanların üzerine eğilinmesi gerekecektir.

Bu bağlamda, çalışmamızda incelendiği gibi, şimdiye dek sigorta sözleşmelerine özgü bir hüküm getirmeyen Türk Hukukunda da, Tüzük'ün sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk kurallarındaki eksikliklerin ve uygulama sonuçlarının değerlendirileceği revizyon safhasının yakından takip edilmesi ve bu alanda bir bağlama kuralı getirmek için çalışmalara başlanması faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Adaoğlu, H. S., **Avrupa Topluluğu Hukukunun Üye Ülkelerde Uygulanmasında Ulusal Mahkemeler ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı İlişkisi**, Ankara 2006.

Anton, A. E. / Beaumont, P. R., **Anton And Beaumont's Civil Jurisdiction In Scotland**, Second Edition, 1995.

Arat, T., **Avrupa Toplulukları Adalet Divanı,** Ankara 1998.

Arat, T., **Ticaret Şirketlerinin Tâbiiyeti**, Ankara 1970.

Bozkurt, E. / Özcan, M. / Köktaş, A., Avrupa Birliği Hukuku, Ankara 2008.

Briggs, A., **Agreements On Jurisdiction And Choice Of Law**, Oxford 2008, (Agreements).

Briggs, A., **The Conflict Of Laws**, Second Edition, Oxford 2008, (Conflict).

Can, M., **Türk Özel Sigorta Hukuku**, Ankara 2009.

Collier, J. G., **Conflict Of Laws**, Third Edition, Cambridge 2001.

Çelikel, A. / Erdem, B., **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul 2010.

Dicey, A.V. / Morris, J. H. C. / Collins, L., **The Conflict Of Laws**, Second Cumulative Supplement To The Fourteenth Edition, Collins, L. (ed.), London 2008.

Ekşi, N., **Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu**, İstanbul 2004.

Fawcett, J. / Carruthers, J. M., **Cheshire, North & Fawcett's Private International Law**, Fourteenth Edition, North, P. (ed.), Oxford 2008.

Göçmen, İ., **Avrupa Birliği Hukukunda Direktiflerin Bireyler Arasındaki İlişkilere Etkileri**, Ankara 2008.

Güngör, G., **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Ankara 2000, (Tüketici).

Güngör, G., **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**, Ankara 2007, (Yakınlık).

Günuğur, H., **Avrupa Birliği'nin Hukuk Düzeni**, Ankara 2007.

Kender, R., **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku**, İstanbul 2008.

Nomer, E. / Şanlı, C., **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul 2010.

Ökçün, A. G., **Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, Ankara 1997.

Özdemir Kocasakal, H., **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul 2001.

Özkan, I., **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi**, Ankara 2003.

Plender, R. / Wilderspin, M., **The European Private International Law Of Obligations**, Third Edition, London 2009.

Sargın, F., **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara 2002, (Patent).

Seatzu, F., **Insurance In Private International Law**, Oxford 2003, (Insurance).

Sirmen, K. S., **Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Sigorta Akitlerinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, Doktora Tezi, Ankara 2006, (Zarar Sigortaları).

Stone, P., **EU Private International Law**, Cheltenham 2006.

Tekinalp, G., **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, İstanbul 2009, (Bağlama Kuralları).

Tekinalp, G. / Tekinalp, Ü., **Avrupa Birliği Hukuku**, İstanbul 2000.

Tiryakioğlu, B., **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara 1996.

Makaleler

Basedow, J., "The European Insurance Market, Harmonization Of Insurance Contract Law, And Consumer Policy", **Connecticut Insurance Law Journal**, Vol. 7, 2000-2001, s. 495-509, (Insurance).

Basedow, J., "The Recent Development Of The Conflict Of Laws – Some Comparative Observations", **Japanese And European Private International Law In Comparative Perspective,** Basedow, J. / Baum, H. / Nishitani (ed.), Y., Tübingen 2008, s. 3-18, (Conflict Of Laws).

Bayraktaroğlu Özçelik, G., "Avrupa Topluluğunun Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Uluslararası Anlaşma Akdetme Yetkisi ve C-01/03 Sayılı ve 7 Şubat 2006

Tarihli Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Görüşü", **AÜHFD**, C. 57, S. 2, 2008, s. 17-50.

Bermann, G. A., "Rome I: A Comparative View", **Rome I Regulation The Law Applicable To Contractual Obligations In Europe**, Ferrari, F. / Leible, S. (ed.), Munich 2009, 349-358.

Boele-Woelki, K. / Lazić, V., "Where Do We Stand On The Rome I Regulation?", http://igitur-archive.library.uu.nl/law/2008-0404-200555/UUindex.html, (12.08.2011), s. 1-20. (Metnin basılı hâli için bkz. **The Future Of European Contract Law,** Boele-Woelki, K. / Grosheide, F. (ed.), United States 2007, s. 19-41.

Bonomi, A., "The Rome I Regulation On The Law Applicable To Contractual Obligations, Some General Remarks", **Yearbook Of Private International Law,** Vol. 10, 2008, s. 165-176, (Rome I).

Bonomi, A., "Overriding Mandatory Provisions In The Rome I Regulation On The Law Applicable To Contracts", **Yearbook Of Private International Law,** Vol. 10, 2008, s. 285-300, (Mandatory Provisions).

Brown, E. F., "The Development Of International Norms For Insurance Regulation", **Brooklyn Journal Of International Law**, Vol. 34, N. 3, 2008-2009, s. 953-997.

Dickinson, A., "Third-Country Mandatory Rules In The Law Applicable To Contractual Obligations: So long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu?", **Journal Of Private International Law,** Vol. 3, N. 1, 2007, s. 53-88.

Ferrari, F., "From Rome To Rome Via Brussels: Remarks On The Law Applicable To Contractual Obligations Absent A Choice By The Parties (Art. 4 Of The Rome I Regulation)", **Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht**, Vol. 73, S. 4, 2009, s. 750-769.

Garcimartín Alférez, F. J., "The Rome I Regulation : Much Ado About Nothing?", **The European Legal Forum**, 2008, Vol. 2, Sec. I, http://www.simons-law.com/library/pdf/e/884.pdf (12.08.2011), s. 61-79.

Gruber, U. P., "Insurance Contracts", **Rome I Regulation The Law Applicable To Contractual Obligations In Europe**, Ferrari, F. / Leible, S. (ed.), Munich 2009, s.109-128.

Harris, J., "Mandatory Rules And Public Policy Under The Rome I Regulation", **Rome I Regulation The Law Applicable To Contractual Obligations In Europe**, Ferrari, F. / Leible, S. (ed.), Munich 2009, s. 269-342.

Heiss, H., "Insurance Contracts In Rome I : Another Recent Failure Of The European Legislature", **Yearbook Of Private International Law**, Vol. 10, 2008, s. 261-283, (Insurance Contracts).

Heiss, H., "Party Autonomy", **Rome I Regulation The Law Applicable To Contractual Obligations In Europe**, Ferrari, F. / Leible, S. (ed.), Munich 2009, s. 1-16, (Party Autonomy).

Hellner, M., "Third Country Overriding Mandatory Rules In The Rome I Regulation: Old Wine In New Bottles?", **Journal Of Private International Law,** Vol. 5, N. 3, 2009, s. 447-470.

Juenger, F. K., "Two European Conflicts Conventions", **Victoria University Of Wellington Law Review**, Vol. 28, 1998, s. 527-542.

Kessedjian, C., "Party Autonomy And Characteristic Performance In The Rome Convention And The Rome I Proposal", **Japanese And European Private International Law In Comparative Perspective**, Basedow, J. / Baum, H. / Nishitani, Y. (ed.), Tübingen 2008, s. 105-125.

Kösoğlu, M., "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Y.28, S.1-2, 2008, s. 147-172.

Kramer, X., "Conflict Of Laws On Insurance Contracts In Europe, The Rome I Proposal- Towards Uniform Conflict Rules For Insurance Contracts?", **Insurance And Europe**, M. L. Hendrikse / J. G. J. Rinkes (ed.), Zutphen 2007, s. 85-102, (The Rome I Proposal).

Kramer, X., "The New European Conflict Of Law Rules On Insurance Contracts In Rome I: A Complex Compromise", **The Icfai University Journal Of Insurance Law**, 2008, Vol. XI, N. 4, s. 23-42, (Insurance Contracts In Rome I).

Lando, O., "The Conflict Of Laws Of Contracts, General Principles", **Recueil Des Cours**, Vol. 189, 1984/VI, s. 225-448.

Lando, O. / Nielsen, P. A., "The Rome I Proposal", **Journal Of Private International Law**, Vol. 3, N. 1, 2007, s. 29-51, (Proposal).

Lando, O. / Nielsen, P. A., "The Rome I Regulation", **Common Market Law Review**, Vol. 45, 2008, 1687-1725, (Regulation).

Lein, E., "The New Rome I / Rome II / Brussels I Synergy", **Yearbook Of Private International Law**, Vol. 10, 2008, s. 177-198.

Magnus, U., "Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law In The Absence Of Choice", **Rome I Regulation The Law Applicable To Contractual Obligations In Europe**, Ferrari, F. / Leible, S. (ed.), Munich 2009, s. 27-50.

Merkin, R., "The Rome I Regulation And Reinsurance", **Journal Of Private International Law**, 2009, Vol. 5, N.1, s. 69-84.

Merrett, L., "Choice Of Law In Insurance Contracts Under Rome I Regulation", **Journal Of Private International Law**, Vol. 5, N. 1, 2009, s. 49-67, (Insurance Contracts).

Merrett, L., "The Scope Of The Conflict Of Laws Provisions In The European Insurance Directives", **Journal of Private International Law**, 2006, Vol. 2, N. 2, s. 409-423, (Insurance Directives).

Mills, A., "The Dimensions Of Public Policy In Private International Law", **Journal Of Private International Law**, Vol. 4, N. 2, 2008, s. 201-236.

Nishitani, Y., "Party Autonomy And Its Restrictions By Mandatory Rules In Japanese Private International Law: Contractual Conflicts Rules", **Japanese And European Private International Law In Comparative Perspective**, Basedow, J. / Baum, H. / Nishitani, Y. (ed.), Tübingen 2008, s. 77-103.

Oğuz, A., "Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi", **AÜHFD**, C. 49, S. 1-4, 2000, s. 31-65.

Özel, S., "Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Y. 22, S. 2, 2002, s. 577-617.

Pocar, F., "Protection Of Weaker Parties In The Rome Convention And The Rome I Proposal", **Japanese And European Private International Law In Comparative Perspective**, Basedow, J. / Baum, H. / Nishitani, Y. (ed.), Tübingen 2008, s. 127-133.

Sargın, F., "Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım", **AÜHFD**, C. 50, S. 2, 2001, s. 37-93, (Karakteristik).

Seatzu, F., "The Implementation Of The EC Choice Of Law Rules For Insurance Contracts In Italy: Some Critical Remarks" **Tradition And Innovation Of Private International Law At The Beginning Of The Third Millenium**, Castro, L.P. / Treves, T. / Seatzu, F. (ed.), Chapter 8, New York 2006, s. 223-249, (Italy).

Sirmen, K. S., "Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunda Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Milletlerarası Unsurlu Sigorta Akitlerine Uygulanacak Hukuk", **BATİDER**, Eylül 2010, C. XXVI, S. 3, s. 41-66, (Türk Kanunlar İhtilafı).

Tang, Z., "The Interrelationship Of European Jurisdiction And Choice Of Law In Contract", **Journal Of Private International Law**, Vol. 4, N. 1, 2008, s. 35-59.

Tekinalp, G., "Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri-AT Hukuku Ve MÖHUK", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, Y. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, s. 909-921.

Tsang, K. F., "Forum Shopping In European Insurance Litigation: What We Have Learned From New Hampshire Insurance Co. v. Strabag Bau", **The Columbia Journal Of European Law Online**, Vol. 16, 2009, s. 1-6.

Turhan, T., "İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku", **AÜHFD**, C. 41, S. 1-4, 1989-1990, s. 119-149.

Vernooij, N. W., "Rome I: An Update On The Law Applicable To Contractual Obligations In Europe", **The Columbia Journal Of European Law Online**, http://www.cjel.net/wp-content/uploads/2009/06/vernooij.pdf (12.08.2011), s.71-76.

Weber-Rey, D., "Harmonisation Of European Insurance Contract Law", **The Harmonisation Of European Contract Law: Implications For European Private Laws Business And Legal Practice**, Oxford 2006, s. 207-234.

Whincop, M. / Keyes, M., "Putting The 'Private' Back Into Private International Law: Default Rules And The Proper Law Of The Contract", **21 Melbourne University Law Review**, 1997, s. 515-543.

Hukukî Görüşler, Raporlar ve Diğer Belgeler

Action Plan Of The Council And The Commission On How Best To Implement The Provisions Of The Treaty Of Amsterdam On An Area Of Freedom, Security And Justice (Vienna Action Plan), OJ C 19, 23.01.1999, s. 1-15

Agreement On The European Economic Area, OJ L 1, s. 3-36.

Brussels Convention On Jurisdiction And The Enforcement Of Judgments In Civil And Commercial Matters, OJ L 299, 31.12.1972, s. 32–42.

Commission Opinion On The Request From The United Kingdom To Accept Regulation (EC) No 593/2008 Of The European Parliament And The Council Of 17 June 2008 On The Law Applicable To Contractual Obligations (Rome I), 07.11.2008, COM (2008) 730 Final.

Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations, 80/934/EEC, OJ L 266, 9.10.1980, s. 1-19.

Corrigendum To Regulation (EC) No 593/2008 Of The European Parliament And Of The Council of 17 June 2008 On The Law Applicable To Contractual Obligations, OJ L 309, 24.11.2009, s. 87.

Council Directive 90/619/EEC Of 8 November 1990 On The Coordination Of Laws, Regulations And Administrative Provisions Relating To Direct Life Assurance, Laying Down Provisions To Facilitate The Effective Exercise Of Freedom To

Provide Services And Amending Directive 79/267/EEC, OJ L 330, 29.11.1990, s. 50-61.

Council Directive 93/13/EEC Of 5 April 1993 On Unfair Terms In Consumer Contracts, OJ L 95, 21.4.1993, s. 29-34.

Council Regulation No 44/2001 On Jurisdiction And The Recognition And Enforcement Of Judgements In Civil And Commercial Matters, 16.1.2001, OJ L 12, s. 1-23.

Declaration By Ireland On Article 3 Of The Protocol On The Position Of The United Kingdom And Ireland In Respect Of The Area Of Freedom, Security And Justice, OJ C 306, 17.12.2007, S. 268-269.

Directive Of The European Parliament And Of The Council Of 5 November 2002 Concerning Life Assurance, 19.12.2002, 2002/83/EC, OJ L 345.

Directive 2002/65/EC Of The European Parliament And Of The Council of 23 September 2002 Concerning The Distance Marketing Of Consumer Financial Services, OJ L 271, 09.10.2002, s. 16-24.

Directive 2005/68/EC Of The European Parliament And Of The Council Of 16 November 2005 On Reinsurance And Amending Council Directives 73/239/EEC, 92/49/EEC as well as Directives 98/78/EC and 2002/83/EC, 09.12.2005, OJ L 323/1.

First Council Directive 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, 73/239/EEC, OJ L 228, 16.8.1973, s. 3.

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, 14.1.2003, COM (2002) 654 Final, (Green Paper).

Karayolları Trafik Kanunu, 13.10.1983 t. ve 2918 S., RG t. 18.10.1983, S. 18195.

Max Planck Institute For Comparative And International Private Law, Comments On The European Commission's Proposal For A Regulation Of The European Parliament And The Council On The Law Applicable To Contractual Obligations (Rome I), **Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht**, Vol. 71, 2007, s. 225-344, (Comments On Proposal).

Max Planck Institute For Foreign Private And International Private Law, Comments On The European Commission's Green Paper On The Conversion Of The Rome Convention Of 1980 On The Law Applicable To Contractual Obligations Into A Community Instrument And Its Modernization, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_i/contributions/max_planc

k_institute_foreign_private_international_law_en.pdf (09.08.2011), (Comments On Green Paper).

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun, No: 2675, Kabul t. 20.05.1982, RG 22.05.1982, S. 17701.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun, No: 5718, Kabul t. 27.11.2007, RG 12.12.2007, S. 26728.

Opinion Of The European Economic And Social Committee On The 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, COM (2002) 654 Final, OJ C 108, 30.4.2004, s. 1-22.

Opinion Of The European Economic And Social Committee On The Proposal For A Regulation Of The European Parliament And Of The Council On The Law Applicable To Contractual Obligations (Rome I), OJ C 318, 23.12.2006, s. 56-61, (ESC Opinion On Proposal).

Proposal For A Regulation Of The European Parliament And The Council On The Law Applicable To Contractual Obligations, COM (2005) 650 Final, 2005/0261 COD, (Proposal).

Protocol On The Position Of Denmark, OJ C 340, 10.11.1997, s. 101.

Protocol On The Position Of The United Kingdom And Ireland, OJ C 340, 10.11.1997, s. 99.

Report From The Commission On Subsidiarity And Proportionality, 25.9.2009, COM 2009 (504) Final.

Report On The Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations By Mario Giuliano And Paul Lagarde, OJ C 282, 31.10.1980, s. 1-50, (Giuliano/Lagarde).

Report On The Proposal For A Regulation Of The European Parliament And Of The Council On The Law Applicable To Contractual Obligations (Rome I), (Report On The Proposal).

Regulation No 593/2008 Of The European Parliament And Of The Council Of 17 June 2008 On The Law Applicable To Contractual Obligations (Rome I), 4.7.2008, OJ L 177, s. 6-16.

Regulation 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, s. 40-49.

Restatement Of European Insurance Contract Law (Est. By Reichert-Facilides, F./Heiss,H.): Draft Common Frame Of Reference, Chapter III, Section IX, Insurance Contract, 01.08.2009, http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/restatement/sprachfassungen/peicl-en.pdf (25.01.2011).

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, 4.7.1988, OJ L 172, s. 1-14.

Sigorta Murakabe Kanunu, No: 7397, RG t. 30.12.1959, S. 10394.

Sigortacılık Kanunu, No: 5684, RG t. 14.06.2007, S. 26552.

Treaty Of Amsterdam Amending The Treaty On European Union, OJ C 340, 10.11.1997, s. 1-144.

Treaty Of Lisbon Amending The Treaty On European Union And The Treaty Establishing The European Community, OJ C 306, 17.12.2007, s. 1-10.

Treaty On European Union And Of The Treaty Establishing The European Community (Consolidated), OJ C 325, 2002, S. 1-184.

Türk Ticaret Kanunu, No: 6762, RG t. 09.07.1956, S. 9353.

Türk Ticaret Kanunu, No: 6102, RG t. 14.02.2011, S. 27846.

UK Ministry Of Justice, The Northern Ireland Department Of Finance And Personnel And Scottish Government, "Rome I: Should The UK Opt In?", Consultation Paper CP05/08, 02.04.2008, http://www.justice.gov.uk/docs/cp0508.pdf (21.01.2011).

ABAD Kararları

Fratelli Variola S.P.A. v. Amministrazione Italiana Delle Finanze, 10.10.1973, Case 34/73 ECR 981.

Ingmar GB Ltd & Eaton Leonard Technologies Inc., Case C-381/98, 09.11.2000.

Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v. Balkenende Oosthuizen BV, Case C-133/08, 06.10.2009, OJ C 282, 21.11.2009, s. 9.

Joined Cases C-369/96 (Jean-Claude Arblade& Fils SARL) and C-376/96 (Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL), 23.11.1999.

Judgement Of The Court Of 9 March 1978, Case 106/77, Amministrazione Delle Finanze Dello Stato and Simmenthal S.P.A., ECR 629-646.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 11. HD, 21.12.2006 t. ve 2005/12302 E., 2006/13718 K.

Yargıtay 11. HD, 29.03.2004 t. ve 2003/7809 E., 2004/3185 K.

Sözlükler

T.C. Avrupa Birliği Genel Sekreterliği: Avrupa Birliği Terimleri Sözlüğü, Ankara 2009, http://www.abgs.gov.tr/files/Sozluk/glossary_for_the_european_union.pdf (25.01.2011).

ÖZET

Milletlerarası unsurlu sigorta sözleşmelerine hangi hukukun uygulanacağı konusunda ne gibi ölçütlerin temel alınması gerektiği ve çıkabilecek sorunlara nasıl çözümler üretilebileceği, AB hukukunu uzun zamandan beri meşgul eden bir konudur. Bu alanda 2008'de yürürlüğe giren "Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü", sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuka özgü bir madde kaleme almıştır.

Anılan madde, sigorta sözleşmelerini, Hayat Sigortaları Dışındaki Doğrudan Sigortalara İlişkin Birinci Konsey Direktifi'ne dayanarak ikiye ayırmıştır. Buna göre eğer sigortalanan risk büyükse, riskin AB'ye üye ülkelerin sınırları içinde olup olmamasına bakılmaksızın taraflar serbestçe uygulanacak hukuku seçebilmektedir. Uygulanacak hukuk seçilmemişse, sigortacının mutad meskeni hukuku sözleşmeyi idare etmektedir. Sigortalanan risk küçükse ve AB'ye üye ülkelerin sınırları içinde bulunmaktaysa, sadece Tüzük'te belirlenen sınırlı sayıda hukuklar arasından seçim yapılabilmektedir. AB'ye üye ülkelerden birinde bulunmayan küçük riskleri barındıran sözleşmelerde ve reasürans sözleşmelerinde ise, Tüzük'ün sigorta sözleşmelerine özel olarak düzenlenen 7. maddesinin uygulama alanından çıkılmakta ve Tüzük'teki genel bağlama kuralları olan 3 ve 4. maddelerin kapsamına girilmektedir. Madde 3, hukuk seçimi özgürlüğünü temel almakta ve seçimin geçerliliğini ve kapsamını belirleyen ölçütler koymaktadır. Madde 4 ise hukuk seçimi yokluğunda ihtilâfı, karakteristik edimi yerine getirdiği kabul edilen sigortacının mutad meskeni hukukuna göndermektedir. Bununla

beraber olayın tüm şartlarına göre sözleşmeyle açıkça daha sıkı ilişkili başka bir hukuk bulunuyorsa, bu hukuk uygulanmaktadır.

Türk Hukukunda ise milletlerarası unsurlu sigorta sözleşmelerine özgü bir uygulanacak hukuk kuralı bulunmamaktadır. Bu sebeple MÖHUK md. 24'te genel olarak düzenlenen "sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk" maddesi, sigorta sözleşmelerine de uygulanmaktadır. Buna göre sigorta sözleşmeleri, tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde karakteristik edimi yerine getirdiği kabul edilen sigortacının işyeri hukukunca idare edilmektedir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunmaktaysa; uygulanacak hukuk, daha sıkı ilişkili olan bu hukuk olmaktadır.

SUMMARY

It has long been a subject matter in the European Union law which law must be applied and which solutions must be created for insurance contracts with an international character. "*Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*" entered into force in 2008, contains a specific rule on applicable law in insurance contracts.

This rule divides insurance contracts into two types pursuant to a Council Directive dated 1973. According to this, if the insured risk is a "large risk", parties have freedom to choose the applicable law whether or not the risk is situated in a Member State. To the extent that the applicable law has not been chosen, the habitual residence of the insurer governs the contract. If the risk is mass and occurs in the territories of the Member States, only the certain laws determined by the Regulation should be chosen. In case of mass risks outside the territories of the Member States and in reinsurance, the Regulation's general choice of law rules determined in article 3 and 4 covers the case rather than the specific rule for insurance contracts determined in article 7. Article 3 grounds on the freedom of choice of law and determines criteira on the validity and scope of the choice. Article 4 refers to the habitual residence of the insurer who is accepted to effect the characteristic performance of the contract. But under all circumstances of the case, if it is clear that the contract is manifestly more closely connected with another country, this law should be applied.

Turkish law doesn't have a specific rule on the applicable law to the insurance contracts with an international character. Therefore, Article 24 of "The Turkish Code on the Private International Law and the Procedural Law" which refers to the applicable law to contractual obligations is also applied to the insurance contracts. According to the article, insurance contracts should be governed by the place of business of the insurer who fulfils the characteristic performance of the contract in case of no choice of law. But under all circumstances of the case, if there is a law more closely connected to the contract, this more closely connected law should be the applicable law.

EK I.

1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations[459]

TITLE I

SCOPE OF THE CONVENTION

Article 1

Scope of the Convention

3. The rules of this Convention do not apply to contracts of insurance which cover risks situated in the territories of the Member States of the European Economic Community. In order to determine whether a risk is situated in those territories the court shall apply its internal law.

4. The proceeding paragraph does not apply to contracts of re-insurance.

Article 2

Application of law of non-contracting States

Any law specified by this Convention shall be applied whether or not it is the law of a Contracting State.

TITLE II

UNIFORM RULES

Article 3 Freedom of choice

1. A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or a part only of the contract.

2. The parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it, whether as a result of an earlier choice under this

[459] Sadece çalışmada incelenen hükümleri alınmıştır.

Article or of other provisions of this Convention. Any variation by the parties of the law to be applied made after the conclusion of the contract shall not prejudice its formal validity under Article 9 or adversely affect the rights of third parties.

3. The fact that the parties have chosen a foreign law, whether or not accompanied by the choice of a foreign tribunal, shall not, where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only, prejudice the application of rules of the law at the country which cannot be derogated from by contract, hereinafter called “mandatory rules”.

4. The existence and validity of the consent of the parties as to the choice of the applicable law shall be determined in accordance with the provisions of Articles 8, 9 and 11.

Article 4

Applicable law in the absence of choice

1. To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected. Nevertheless, a separable part of the contract which has a closer connection with another country may by way of exception be governed by the law of that other country.

2. Subject to the provisions of paragraph 5 of this Article, it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has, at the time of conclusion of the contract, his habitual residence, or, in the case of a body corporate or unincorporate, its central administration. However, if the contract is entered into in the course of that party's trade or profession, that country shall be the country in

which the principal place of business is situated or, where under the terms of the contract the performance is to be effected through a place of business other than the principal place of business, the country in which that other place of business is situated.

3. Notwithstanding the provisions of paragraph 2 of this Article, to the extent that the subject matter of the contract is a right in immovable property or a right to use immovable property it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the immovable property is situated.

4. A contract for the carriage of goods shall not be subject to the presumption in paragraph 2. In such a contract if the country in which, at the time the contract is concluded, the carrier has his principal place of business is also the country in which the place of loading or the place of discharge or the principal place of business of the consignor is situated, it shall be presumed that the contract is most closely connected with that country. In applying this paragraph single voyage charter-parties and other contracts the main purpose of which is the carriage of goods shall be treated as contracts for the carriage of goods.

5. Paragraph 2 shall not apply if the characteristic performance cannot be determined, and the presumptions in paragraphs 2, 3 and 4 shall be disregarded if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country.

Article 7

Mandatory rules

1. When applying under this Convention the law of a country, effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a

close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract. In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

2. Nothing in this Convention shall restrict the application of the rules of the law of the forum in a situation where they are mandatory irrespective of the law otherwise applicable to the contract.

Article 16

"Ordre public"

The application of a rule of the law of any country specified by this Convention may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy ("ordre public") of the forum.

EK II.

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)[460]

THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION,

Having regard to the Treaty establishing the European Community, and in particular Article 61(c) and the second indent of Article 67(5) thereof,

Having regard to the proposal from the Commission,

Having regard to the opinion of the European Economic and Social Committee [1],

Acting in accordance with the procedure laid down in Article 251 of the Treaty [2],

Whereas:

(1) The Community has set itself the objective of maintaining and developing an area of freedom, security and justice. For the progressive establishment of such an area, the Community is to adopt measures relating to judicial cooperation in civil matters with a cross-border impact to the extent necessary for the proper functioning of the internal market.

(2) According to Article 65, point (b) of the Treaty, these measures are to include those promoting the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning the conflict of laws and of jurisdiction.

(3) The European Council meeting in Tampere on 15 and 16 October 1999 endorsed the principle of mutual recognition of judgments and other decisions of judicial authorities as the cornerstone of judicial cooperation in civil matters and

[460] Tüzük'ün orijinal metninin tamamı alınmıştır.

invited the Council and the Commission to adopt a programme of measures to implement that principle.

(4) On 30 November 2000 the Council adopted a joint Commission and Council programme of measures for implementation of the principle of mutual recognition of decisions in civil and commercial matters [3]. The programme identifies measures relating to the harmonisation of conflict-of-law rules as those facilitating the mutual recognition of judgments.

(5) The Hague Programme [4], adopted by the European Council on 5 November 2004, called for work to be pursued actively on the conflict-of-law rules regarding contractual obligations (Rome I).

(6) The proper functioning of the internal market creates a need, in order to improve the predictability of the outcome of litigation, certainty as to the law applicable and the free movement of judgments, for the conflict-of-law rules in the Member States to designate the same national law irrespective of the country of the court in which an action is brought.

(7) The substantive scope and the provisions of this Regulation should be consistent with Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters [5] (Brussels I) and 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) [6].

(8) Family relationships should cover parentage, marriage, affinity and collateral relatives. The reference in Article 1(2) to relationships having comparable effects to

marriage and other family relationships should be interpreted in accordance with the law of the Member State in which the court is seised.

(9) Obligations under bills of exchange, cheques and promissory notes and other negotiable instruments should also cover bills of lading to the extent that the obligations under the bill of lading arise out of its negotiable character.

(10) Obligations arising out of dealings prior to the conclusion of the contract are covered by Article 12 of Regulation (EC) No 864/2007. Such obligations should therefore be excluded from the scope of this Regulation.

(11) The parties' freedom to choose the applicable law should be one of the cornerstones of the system of conflict-of-law rules in matters of contractual obligations.

(12) An agreement between the parties to confer on one or more courts or tribunals of a Member State exclusive jurisdiction to determine disputes under the contract should be one of the factors to be taken into account in determining whether a choice of law has been clearly demonstrated.

(13) This Regulation does not preclude parties from incorporating by reference into their contract a non-State body of law or an international convention.

(14) Should the Community adopt, in an appropriate legal instrument, rules of substantive contract law, including standard terms and conditions, such instrument may provide that the parties may choose to apply those rules.

(15) Where a choice of law is made and all other elements relevant to the situation are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of law should not prejudice the application of provisions of the law of that country which cannot be derogated from by agreement. This rule should apply

whether or not the choice of law was accompanied by a choice of court or tribunal. Whereas no substantial change is intended as compared with Article 3(3) of the 1980 Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations [7] (the Rome Convention), the wording of this Regulation is aligned as far as possible with Article 14 of Regulation (EC) No 864/2007.

(16) To contribute to the general objective of this Regulation, legal certainty in the European judicial area, the conflict-of-law rules should be highly foreseeable. The courts should, however, retain a degree of discretion to determine the law that is most closely connected to the situation.

(17) As far as the applicable law in the absence of choice is concerned, the concept of "provision of services" and "sale of goods" should be interpreted in the same way as when applying Article 5 of Regulation (EC) No 44/2001 in so far as sale of goods and provision of services are covered by that Regulation. Although franchise and distribution contracts are contracts for services, they are the subject of specific rules.

(18) As far as the applicable law in the absence of choice is concerned, multilateral systems should be those in which trading is conducted, such as regulated markets and multilateral trading facilities as referred to in Article 4 of Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments [8], regardless of whether or not they rely on a central counterparty.

(19) Where there has been no choice of law, the applicable law should be determined in accordance with the rule specified for the particular type of contract. Where the contract cannot be categorised as being one of the specified types or

where its elements fall within more than one of the specified types, it should be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has his habitual residence. In the case of a contract consisting of a bundle of rights and obligations capable of being categorised as falling within more than one of the specified types of contract, the characteristic performance of the contract should be determined having regard to its centre of gravity.

(20) Where the contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in Article 4(1) or (2), an escape clause should provide that the law of that other country is to apply. In order to determine that country, account should be taken, inter alia, of whether the contract in question has a very close relationship with another contract or contracts.

(21) In the absence of choice, where the applicable law cannot be determined either on the basis of the fact that the contract can be categorised as one of the specified types or as being the law of the country of habitual residence of the party required to effect the characteristic performance of the contract, the contract should be governed by the law of the country with which it is most closely connected. In order to determine that country, account should be taken, inter alia, of whether the contract in question has a very close relationship with another contract or contracts.

(22) As regards the interpretation of contracts for the carriage of goods, no change in substance is intended with respect to Article 4(4), third sentence, of the Rome Convention. Consequently, single-voyage charter parties and other contracts the main purpose of which is the carriage of goods should be treated as contracts for

the carriage of goods. For the purposes of this Regulation, the term "consignor" should refer to any person who enters into a contract of carriage with the carrier and the term "the carrier" should refer to the party to the contract who undertakes to carry the goods, whether or not he performs the carriage himself.

(23) As regards contracts concluded with parties regarded as being weaker, those parties should be protected by conflict-of-law rules that are more favourable to their interests than the general rules.

(24) With more specific reference to consumer contracts, the conflict-of-law rule should make it possible to cut the cost of settling disputes concerning what are commonly relatively small claims and to take account of the development of distance-selling techniques. Consistency with Regulation (EC) No 44/2001 requires both that there be a reference to the concept of directed activity as a condition for applying the consumer protection rule and that the concept be interpreted harmoniously in Regulation (EC) No 44/2001 and this Regulation, bearing in mind that a joint declaration by the Council and the Commission on Article 15 of Regulation (EC) No 44/2001 states that "for Article 15(1)(c) to be applicable it is not sufficient for an undertaking to target its activities at the Member State of the consumer's residence, or at a number of Member States including that Member State; a contract must also be concluded within the framework of its activities". The declaration also states that "the mere fact that an Internet site is accessible is not sufficient for Article 15 to be applicable, although a factor will be that this Internet site solicits the conclusion of distance contracts and that a contract has actually been concluded at a distance, by whatever means. In this respect, the language or currency which a website uses does not constitute a relevant factor.".

(25) Consumers should be protected by such rules of the country of their habitual residence that cannot be derogated from by agreement, provided that the consumer contract has been concluded as a result of the professional pursuing his commercial or professional activities in that particular country. The same protection should be guaranteed if the professional, while not pursuing his commercial or professional activities in the country where the consumer has his habitual residence, directs his activities by any means to that country or to several countries, including that country, and the contract is concluded as a result of such activities.

(26) For the purposes of this Regulation, financial services such as investment services and activities and ancillary services provided by a professional to a consumer, as referred to in sections A and B of Annex I to Directive 2004/39/EC, and contracts for the sale of units in collective investment undertakings, whether or not covered by Council Directive 85/611/EEC of 20 December 1985 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS) [9], should be subject to Article 6 of this Regulation. Consequently, when a reference is made to terms and conditions governing the issuance or offer to the public of transferable securities or to the subscription and redemption of units in collective investment undertakings, that reference should include all aspects binding the issuer or the offeror to the consumer, but should not include those aspects involving the provision of financial services.

(27) Various exceptions should be made to the general conflict-of-law rule for consumer contracts. Under one such exception the general rule should not apply to contracts relating to rights in rem in immovable property or tenancies of such

property unless the contract relates to the right to use immovable property on a timeshare basis within the meaning of Directive 94/47/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis [10].

(28) It is important to ensure that rights and obligations which constitute a financial instrument are not covered by the general rule applicable to consumer contracts, as that could lead to different laws being applicable to each of the instruments issued, therefore changing their nature and preventing their fungible trading and offering. Likewise, whenever such instruments are issued or offered, the contractual relationship established between the issuer or the offeror and the consumer should not necessarily be subject to the mandatory application of the law of the country of habitual residence of the consumer, as there is a need to ensure uniformity in the terms and conditions of an issuance or an offer. The same rationale should apply with regard to the multilateral systems covered by Article 4(1)(h), in respect of which it should be ensured that the law of the country of habitual residence of the consumer will not interfere with the rules applicable to contracts concluded within those systems or with the operator of such systems.

(29) For the purposes of this Regulation, references to rights and obligations constituting the terms and conditions governing the issuance, offers to the public or public take-over bids of transferable securities and references to the subscription and redemption of units in collective investment undertakings should include the terms governing, inter alia, the allocation of securities or units, rights in the event of over-subscription, withdrawal rights and similar matters in the context of the

offer as well as those matters referred to in Articles 10, 11, 12 and 13, thus ensuring that all relevant contractual aspects of an offer binding the issuer or the offeror to the consumer are governed by a single law.

(30) For the purposes of this Regulation, financial instruments and transferable securities are those instruments referred to in Article 4 of Directive 2004/39/EC.

(31) Nothing in this Regulation should prejudice the operation of a formal arrangement designated as a system under Article 2(a) of Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement systems [11].

(32) Owing to the particular nature of contracts of carriage and insurance contracts, specific provisions should ensure an adequate level of protection of passengers and policy holders. Therefore, Article 6 should not apply in the context of those particular contracts.

(33) Where an insurance contract not covering a large risk covers more than one risk, at least one of which is situated in a Member State and at least one of which is situated in a third country, the special rules on insurance contracts in this Regulation should apply only to the risk or risks situated in the relevant Member State or Member States.

(34) The rule on individual employment contracts should not prejudice the application of the overriding mandatory provisions of the country to which a worker is posted in accordance with Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services [12].

(35) Employees should not be deprived of the protection afforded to them by provisions which cannot be derogated from by agreement or which can only be derogated from to their benefit.

(36) As regards individual employment contracts, work carried out in another country should be regarded as temporary if the employee is expected to resume working in the country of origin after carrying out his tasks abroad. The conclusion of a new contract of employment with the original employer or an employer belonging to the same group of companies as the original employer should not preclude the employee from being regarded as carrying out his work in another country temporarily.

(37) Considerations of public interest justify giving the courts of the Member States the possibility, in exceptional circumstances, of applying exceptions based on public policy and overriding mandatory provisions. The concept of "overriding mandatory provisions" should be distinguished from the expression "provisions which cannot be derogated from by agreement" and should be construed more restrictively.

(38) In the context of voluntary assignment, the term "relationship" should make it clear that Article 14(1) also applies to the property aspects of an assignment, as between assignor and assignee, in legal orders where such aspects are treated separately from the aspects under the law of obligations. However, the term "relationship" should not be understood as relating to any relationship that may exist between assignor and assignee. In particular, it should not cover preliminary questions as regards a voluntary assignment or a contractual subrogation. The term should be strictly limited to the aspects which are directly relevant to the voluntary assignment or contractual subrogation in question.

(39) For the sake of legal certainty there should be a clear definition of habitual residence, in particular for companies and other bodies, corporate or unincorporated. Unlike Article 60(1) of Regulation (EC) No 44/2001, which establishes three criteria, the conflict-of-law rule should proceed on the basis of a single criterion; otherwise, the parties would be unable to foresee the law applicable to their situation.

(40) A situation where conflict-of-law rules are dispersed among several instruments and where there are differences between those rules should be avoided. This Regulation, however, should not exclude the possibility of inclusion of conflict-of-law rules relating to contractual obligations in provisions of Community law with regard to particular matters.

This Regulation should not prejudice the application of other instruments laying down provisions designed to contribute to the proper functioning of the internal market in so far as they cannot be applied in conjunction with the law designated by the rules of this Regulation. The application of provisions of the applicable law designated by the rules of this Regulation should not restrict the free movement of goods and services as regulated by Community instruments, such as Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce) [13].

(41) Respect for international commitments entered into by the Member States means that this Regulation should not affect international conventions to which one or more Member States are parties at the time when this Regulation is adopted. To make the rules more accessible, the Commission should publish the list of the

relevant conventions in the Official Journal of the European Union on the basis of information supplied by the Member States.

(42) The Commission will make a proposal to the European Parliament and to the Council concerning the procedures and conditions according to which Member States would be entitled to negotiate and conclude, on their own behalf, agreements with third countries in individual and exceptional cases, concerning sectoral matters and containing provisions on the law applicable to contractual obligations.

(43) Since the objective of this Regulation cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale and effects of this Regulation, be better achieved at Community level, the Community may adopt measures, in accordance with the principle of subsidiarity as set out in Article 5 of the Treaty. In accordance with the principle of proportionality, as set out in that Article, this Regulation does not go beyond what is necessary to attain its objective.

(44) In accordance with Article 3 of the Protocol on the position of the United Kingdom and Ireland, annexed to the Treaty on European Union and to the Treaty establishing the European Community, Ireland has notified its wish to take part in the adoption and application of the present Regulation.

(45) In accordance with Articles 1 and 2 of the Protocol on the position of the United Kingdom and Ireland, annexed to the Treaty on European Union and to the Treaty establishing the European Community, and without prejudice to Article 4 of the said Protocol, the United Kingdom is not taking part in the adoption of this Regulation and is not bound by it or subject to its application.

(46) In accordance with Articles 1 and 2 of the Protocol on the position of Denmark, annexed to the Treaty on European Union and to the Treaty establishing

the European Community, Denmark is not taking part in the adoption of this Regulation and is not bound by it or subject to its application,

HAVE ADOPTED THIS REGULATION:

CHAPTER I

SCOPE

Article 1

Material scope

1. This Regulation shall apply, in situations involving a conflict of laws, to contractual obligations in civil and commercial matters.

It shall not apply, in particular, to revenue, customs or administrative matters.

2. The following shall be excluded from the scope of this Regulation:

(a) questions involving the status or legal capacity of natural persons, without prejudice to Article 13;

(b) obligations arising out of family relationships and relationships deemed by the law applicable to such relationships to have comparable effects, including maintenance obligations;

(c) obligations arising out of matrimonial property regimes, property regimes of relationships deemed by the law applicable to such relationships to have comparable effects to marriage, and wills and succession;

(d) obligations arising under bills of exchange, cheques and promissory notes and other negotiable instruments to the extent that the obligations under such other negotiable instruments arise out of their negotiable character;

(e) arbitration agreements and agreements on the choice of court;

(f) questions governed by the law of companies and other bodies, corporate or unincorporated, such as the creation, by registration or otherwise, legal capacity, internal organisation or winding-up of companies and other bodies, corporate or unincorporated, and the personal liability of officers and members as such for the obligations of the company or body;

(g) the question whether an agent is able to bind a principal, or an organ to bind a company or other body corporate or unincorporated, in relation to a third party;

(h) the constitution of trusts and the relationship between settlors, trustees and beneficiaries;

(i) obligations arising out of dealings prior to the conclusion of a contract;

(j) insurance contracts arising out of operations carried out by organisations other than undertakings referred to in Article 2 of Directive 2002/83/EC of the European Parliament and of the Council of 5 November 2002 concerning life assurance [14] the object of which is to provide benefits for employed or self-employed persons belonging to an undertaking or group of undertakings, or to a trade or group of trades, in the event of death or survival or of discontinuance or curtailment of activity, or of sickness related to work or accidents at work.

3. This Regulation shall not apply to evidence and procedure, without prejudice to Article 18.

4. In this Regulation, the term "Member State" shall mean Member States to which this Regulation applies. However, in Article 3(4) and Article 7 the term shall mean all the Member States.

Article 2

Universal application

Any law specified by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State.

CHAPTER II

UNIFORM RULES

Article 3

Freedom of choice

1. A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.

2. The parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it, whether as a result of an earlier choice made under this Article or of other provisions of this Regulation. Any change in the law to be applied that is made after the conclusion of the contract shall not prejudice its formal validity under Article 11 or adversely affect the rights of third parties.

3. Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement.

4. Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in one or more Member States, the parties' choice of applicable law other than that of a Member State shall not prejudice the application of provisions of

Community law, where appropriate as implemented in the Member State of the forum, which cannot be derogated from by agreement.

5. The existence and validity of the consent of the parties as to the choice of the applicable law shall be determined in accordance with the provisions of Articles 10, 11 and 13.

Article 4

Applicable law in the absence of choice

1. To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3 and without prejudice to Articles 5 to 8, the law governing the contract shall be determined as follows:

(a) a contract for the sale of goods shall be governed by the law of the country where the seller has his habitual residence;

(b) a contract for the provision of services shall be governed by the law of the country where the service provider has his habitual residence;

(c) a contract relating to a right in rem in immovable property or to a tenancy of immovable property shall be governed by the law of the country where the property is situated;

(d) notwithstanding point (c), a tenancy of immovable property concluded for temporary private use for a period of no more than six consecutive months shall be governed by the law of the country where the landlord has his habitual residence, provided that the tenant is a natural person and has his habitual residence in the same country;

(e) a franchise contract shall be governed by the law of the country where the franchisee has his habitual residence;

(f) a distribution contract shall be governed by the law of the country where the distributor has his habitual residence;

(g) a contract for the sale of goods by auction shall be governed by the law of the country where the auction takes place, if such a place can be determined;

(h) a contract concluded within a multilateral system which brings together or facilitates the bringing together of multiple third-party buying and selling interests in financial instruments, as defined by Article 4(1), point (17) of Directive 2004/39/EC, in accordance with non-discretionary rules and governed by a single law, shall be governed by that law.

2. Where the contract is not covered by paragraph 1 or where the elements of the contract would be covered by more than one of points (a) to (h) of paragraph 1, the contract shall be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has his habitual residence.

3. Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply.

4. Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraphs 1 or 2, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected.

Article 5

Contracts of carriage

1. To the extent that the law applicable to a contract for the carriage of goods has not been chosen in accordance with Article 3, the law applicable shall be the law of the country of habitual residence of the carrier, provided that the place of receipt or

the place of delivery or the habitual residence of the consignor is also situated in that country. If those requirements are not met, the law of the country where the place of delivery as agreed by the parties is situated shall apply.

2. To the extent that the law applicable to a contract for the carriage of passengers has not been chosen by the parties in accordance with the second subparagraph, the law applicable shall be the law of the country where the passenger has his habitual residence, provided that either the place of departure or the place of destination is situated in that country. If these requirements are not met, the law of the country where the carrier has his habitual residence shall apply.

The parties may choose as the law applicable to a contract for the carriage of passengers in accordance with Article 3 only the law of the country where:

(a) the passenger has his habitual residence; or

(b) the carrier has his habitual residence; or

(c) the carrier has his place of central administration; or

(d) the place of departure is situated; or

(e) the place of destination is situated.

3. Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract, in the absence of a choice of law, is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply.

Article 6

Consumer contracts

1. Without prejudice to Articles 5 and 7, a contract concluded by a natural person for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession (the

consumer) with another person acting in the exercise of his trade or profession (the professional) shall be governed by the law of the country where the consumer has his habitual residence, provided that the professional:

(a) pursues his commercial or professional activities in the country where the consumer has his habitual residence, or

(b) by any means, directs such activities to that country or to several countries including that country,

and the contract falls within the scope of such activities.

2. Notwithstanding paragraph 1, the parties may choose the law applicable to a contract which fulfils the requirements of paragraph 1, in accordance with Article 3. Such a choice may not, however, have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement by virtue of the law which, in the absence of choice, would have been applicable on the basis of paragraph 1.

3. If the requirements in points (a) or (b) of paragraph 1 are not fulfilled, the law applicable to a contract between a consumer and a professional shall be determined pursuant to Articles 3 and 4.

4. Paragraphs 1 and 2 shall not apply to:

(a) a contract for the supply of services where the services are to be supplied to the consumer exclusively in a country other than that in which he has his habitual residence;

(b) a contract of carriage other than a contract relating to package travel within the meaning of Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours [15];

(c) a contract relating to a right in rem in immovable property or a tenancy of immovable property other than a contract relating to the right to use immovable properties on a timeshare basis within the meaning of Directive 94/47/EC;

(d) rights and obligations which constitute a financial instrument and rights and obligations constituting the terms and conditions governing the issuance or offer to the public and public take-over bids of transferable securities, and the subscription and redemption of units in collective investment undertakings in so far as these activities do not constitute provision of a financial service;

(e) a contract concluded within the type of system falling within the scope of Article 4(1)(h).

Article 7

Insurance contracts

1. This Article shall apply to contracts referred to in paragraph 2, whether or not the risk covered is situated in a Member State, and to all other insurance contracts covering risks situated inside the territory of the Member States. It shall not apply to reinsurance contracts.

2. An insurance contract covering a large risk as defined in Article 5(d) of the 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 [16] shall be governed by the law chosen by the parties in accordance with Article 3 of this Regulation.

To the extent that the applicable law has not been chosen by the parties, the insurance contract shall be governed by the law of the country where the insurer has his habitual residence. Where it is clear from all the circumstances of the case

that the contract is manifestly more closely connected with another country, the law of that other country shall apply.

3. In the case of an insurance contract other than a contract falling within paragraph 2, only the following laws may be chosen by the parties in accordance with Article 3:

(a) the law of any Member State where the risk is situated at the time of conclusion of the contract;

(b) the law of the country where the policy holder has his habitual residence;

(c) in the case of life assurance, the law of the Member State of which the policy holder is a national;

(d) for insurance contracts covering risks limited to events occurring in one Member State other than the Member State where the risk is situated, the law of that Member State;

(e) where the policy holder of a contract falling under this paragraph pursues a commercial or industrial activity or a liberal profession and the insurance contract covers two or more risks which relate to those activities and are situated in different Member States, the law of any of the Member States concerned or the law of the country of habitual residence of the policy holder.

Where, in the cases set out in points (a), (b) or (e), the Member States referred to grant greater freedom of choice of the law applicable to the insurance contract, the parties may take advantage of that freedom.

To the extent that the law applicable has not been chosen by the parties in accordance with this paragraph, such a contract shall be governed by the law of the Member State in which the risk is situated at the time of conclusion of the contract.

4. The following additional rules shall apply to insurance contracts covering risks for which a Member State imposes an obligation to take out insurance:

(a) the insurance contract shall not satisfy the obligation to take out insurance unless it complies with the specific provisions relating to that insurance laid down by the Member State that imposes the obligation. Where the law of the Member State in which the risk is situated and the law of the Member State imposing the obligation to take out insurance contradict each other, the latter shall prevail;

(b) by way of derogation from paragraphs 2 and 3, a Member State may lay down that the insurance contract shall be governed by the law of the Member State that imposes the obligation to take out insurance.

5. For the purposes of paragraph 3, third subparagraph, and paragraph 4, where the contract covers risks situated in more than one Member State, the contract shall be considered as constituting several contracts each relating to only one Member State.

6. For the purposes of this Article, the country in which the risk is situated shall be determined in accordance with Article 2(d) of the 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 [17] and, in the case of life assurance, the country in which the risk is situated shall be the country of the commitment within the meaning of Article 1(1)(g) of Directive 2002/83/EC.

Article 8

Individual employment contracts

1. An individual employment contract shall be governed by the law chosen by the parties in accordance with Article 3. Such a choice of law may not, however, have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement under the law that, in the absence of choice, would have been applicable pursuant to paragraphs 2, 3 and 4 of this Article.

2. To the extent that the law applicable to the individual employment contract has not been chosen by the parties, the contract shall be governed by the law of the country in which or, failing that, from which the employee habitually carries out his work in performance of the contract. The country where the work is habitually carried out shall not be deemed to have changed if he is temporarily employed in another country.

3. Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraph 2, the contract shall be governed by the law of the country where the place of business through which the employee was engaged is situated.

4. Where it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 2 or 3, the law of that other country shall apply.

Article 9

Overriding mandatory provisions

1. Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its

political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation.

2. Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum.

3. Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

Article 10

Consent and material validity

1. The existence and validity of a contract, or of any term of a contract, shall be determined by the law which would govern it under this Regulation if the contract or term were valid.

2. Nevertheless, a party, in order to establish that he did not consent, may rely upon the law of the country in which he has his habitual residence if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of his conduct in accordance with the law specified in paragraph 1.

Article 11

Formal validity

1. A contract concluded between persons who, or whose agents, are in the same country at the time of its conclusion is formally valid if it satisfies the formal

requirements of the law which governs it in substance under this Regulation or of the law of the country where it is concluded.

2. A contract concluded between persons who, or whose agents, are in different countries at the time of its conclusion is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it in substance under this Regulation, or of the law of either of the countries where either of the parties or their agent is present at the time of conclusion, or of the law of the country where either of the parties had his habitual residence at that time.

3. A unilateral act intended to have legal effect relating to an existing or contemplated contract is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs or would govern the contract in substance under this Regulation, or of the law of the country where the act was done, or of the law of the country where the person by whom it was done had his habitual residence at that time.

4. Paragraphs 1, 2 and 3 of this Article shall not apply to contracts that fall within the scope of Article 6. The form of such contracts shall be governed by the law of the country where the consumer has his habitual residence.

5. Notwithstanding paragraphs 1 to 4, a contract the subject matter of which is a right in rem in immovable property or a tenancy of immovable property shall be subject to the requirements of form of the law of the country where the property is situated if by that law:

(a) those requirements are imposed irrespective of the country where the contract is concluded and irrespective of the law governing the contract; and

(b) those requirements cannot be derogated from by agreement.

Article 12

Scope of the law applicable

1. The law applicable to a contract by virtue of this Regulation shall govern in particular:

(a) interpretation;

(b) performance;

(c) within the limits of the powers conferred on the court by its procedural law, the consequences of a total or partial breach of obligations, including the assessment of damages in so far as it is governed by rules of law;

(d) the various ways of extinguishing obligations, and prescription and limitation of actions;

(e) the consequences of nullity of the contract.

2. In relation to the manner of performance and the steps to be taken in the event of defective performance, regard shall be had to the law of the country in which performance takes place.

Article 13

Incapacity

In a contract concluded between persons who are in the same country, a natural person who would have capacity under the law of that country may invoke his incapacity resulting from the law of another country, only if the other party to the contract was aware of that incapacity at the time of the conclusion of the contract or was not aware thereof as a result of negligence.

Article 14

Voluntary assignment and contractual subrogation

1. The relationship between assignor and assignee under a voluntary assignment or contractual subrogation of a claim against another person (the debtor) shall be governed by the law that applies to the contract between the assignor and assignee under this Regulation.

2. The law governing the assigned or subrogated claim shall determine its assignability, the relationship between the assignee and the debtor, the conditions under which the assignment or subrogation can be invoked against the debtor and whether the debtor's obligations have been discharged.

3. The concept of assignment in this Article includes outright transfers of claims, transfers of claims by way of security and pledges or other security rights over claims.

Article 15

Legal subrogation

Where a person (the creditor) has a contractual claim against another (the debtor) and a third person has a duty to satisfy the creditor, or has in fact satisfied the creditor in discharge of that duty, the law which governs the third person's duty to satisfy the creditor shall determine whether and to what extent the third person is entitled to exercise against the debtor the rights which the creditor had against the debtor under the law governing their relationship.

Article 16

Multiple liability

If a creditor has a claim against several debtors who are liable for the same claim, and one of the debtors has already satisfied the claim in whole or in part, the law governing the debtor's obligation towards the creditor also governs the debtor's right to claim recourse from the other debtors. The other debtors may rely on the defences they had against the creditor to the extent allowed by the law governing their obligations towards the creditor.

Article 17

Set-off

Where the right to set-off is not agreed by the parties, set-off shall be governed by the law applicable to the claim against which the right to set-off is asserted.

Article 18

Burden of proof

1. The law governing a contractual obligation under this Regulation shall apply to the extent that, in matters of contractual obligations, it contains rules which raise presumptions of law or determine the burden of proof.

2. A contract or an act intended to have legal effect may be proved by any mode of proof recognised by the law of the forum or by any of the laws referred to in Article 11 under which that contract or act is formally valid, provided that such mode of proof can be administered by the forum.

CHAPTER III

OTHER PROVISIONS

Article 19

Habitual residence

1. For the purposes of this Regulation, the habitual residence of companies and other bodies, corporate or unincorporated, shall be the place of central administration.

The habitual residence of a natural person acting in the course of his business activity shall be his principal place of business.

2. Where the contract is concluded in the course of the operations of a branch, agency or any other establishment, or if, under the contract, performance is the responsibility of such a branch, agency or establishment, the place where the branch, agency or any other establishment is located shall be treated as the place of habitual residence.

3. For the purposes of determining the habitual residence, the relevant point in time shall be the time of the conclusion of the contract.

Article 20

Exclusion of renvoi

The application of the law of any country specified by this Regulation means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law, unless provided otherwise in this Regulation.

Article 21

Public policy of the forum

The application of a provision of the law of any country specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (ordre public) of the forum.

Article 22

States with more than one legal system

1. Where a State comprises several territorial units, each of which has its own rules of law in respect of contractual obligations, each territorial unit shall be considered as a country for the purposes of identifying the law applicable under this Regulation.

2. A Member State where different territorial units have their own rules of law in respect of contractual obligations shall not be required to apply this Regulation to conflicts solely between the laws of such units.

Article 23

Relationship with other provisions of Community law

With the exception of Article 7, this Regulation shall not prejudice the application of provisions of Community law which, in relation to particular matters, lay down conflict-of-law rules relating to contractual obligations.

Article 24

Relationship with the Rome Convention

1. This Regulation shall replace the Rome Convention in the Member States, except as regards the territories of the Member States which fall within the territorial

scope of that Convention and to which this Regulation does not apply pursuant to Article 299 of the Treaty.

2. In so far as this Regulation replaces the provisions of the Rome Convention, any reference to that Convention shall be understood as a reference to this Regulation.

Article 25

Relationship with existing international conventions

1. This Regulation shall not prejudice the application of international conventions to which one or more Member States are parties at the time when this Regulation is adopted and which lay down conflict-of-law rules relating to contractual obligations.

2. However, this Regulation shall, as between Member States, take precedence over conventions concluded exclusively between two or more of them in so far as such conventions concern matters governed by this Regulation.

Article 26

List of Conventions

1. By 17 June 2009, Member States shall notify the Commission of the conventions referred to in Article 25(1). After that date, Member States shall notify the Commission of all denunciations of such conventions.

2. Within six months of receipt of the notifications referred to in paragraph 1, the Commission shall publish in the Official Journal of the European Union:

(a) a list of the conventions referred to in paragraph 1;

(b) the denunciations referred to in paragraph 1.

Article 27

Review clause

1. By 17 June 2013, the Commission shall submit to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee a report on the application of this Regulation. If appropriate, the report shall be accompanied by proposals to amend this Regulation. The report shall include:

(a) a study on the law applicable to insurance contracts and an assessment of the impact of the provisions to be introduced, if any; and

(b) an evaluation on the application of Article 6, in particular as regards the coherence of Community law in the field of consumer protection.

2. By 17 June 2010, the Commission shall submit to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee a report on the question of the effectiveness of an assignment or subrogation of a claim against third parties and the priority of the assigned or subrogated claim over a right of another person. The report shall be accompanied, if appropriate, by a proposal to amend this Regulation and an assessment of the impact of the provisions to be introduced.

Article 28

Application in time

This Regulation shall apply to contracts concluded after 17 December 2009.

CHAPTER IV

FINAL PROVISIONS

Article 29

Entry into force and application

This Regulation shall enter into force on the 20th day following its publication in the Official Journal of the European Union.

It shall apply from 17 December 2009 except for Article 26 which shall apply from 17 June 2009.

This Regulation shall be binding in its entirety and directly applicable in the Member States in accordance with the Treaty establishing the European Community.

Done at Strasbourg, 17 June 2008.

[1] OJ C 318, 23.12.2006, p. 56.

[2] Opinion of the European Parliament of 29 November 2007 (not yet published in the Official Journal) and Council Decision of 5 June 2008.

[3] OJ C 12, 15.1.2001, p. 1.

[4] OJ C 53, 3.3.2005, p. 1.

[5] OJ L 12, 16.1.2001, p. 1. Regulation as last amended by Regulation (EC) No 1791/2006 (OJ L 363, 20.12.2006, p. 1).

[6] OJ L 199, 31.7.2007, p. 40.

[7] OJ C 334, 30.12.2005, p. 1.

[8] OJ L 145, 30.4.2004, p. 1. Directive as last amended by Directive 2008/10/EC (OJ L 76, 19.3.2008, p. 33).

[9] OJ L 375, 31.12.1985, p. 3. Directive as last amended by Directive 2008/18/EC of the European Parliament and of the Council (OJ L 76, 19.3.2008, p. 42).

[10] OJ L 280, 29.10.1994, p. 83.

[11] OJ L 166, 11.6.1998, p. 45.

[12] OJ L 18, 21.1.1997, p. 1.

[13] OJ L 178, 17.7.2000, p. 1.

[14] OJ L 345, 19.12.2002, p. 1. Directive as last amended by Directive 2008/19/EC (OJ L 76, 19.3.2008, p. 44).

[15] OJ L 158, 23.6.1990, p. 59.

[16] OJ L 228, 16.8.1973, p. 3. Directive as last amended by Directive 2005/68/EC of the European Parliament and of the Council (OJ L 323, 9.12.2005, p. 1).

[17] OJ L 172, 4.7.1988, p. 1. Directive as last amended by Directive 2005/14/EC of the European Parliament and of the Council (OJ L 149, 11.6.2005, p. 14).