T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK) ANABİLİMDALI

KANUNLAR İHTİLAFI HUKUKUNDA HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNDE İRADE MUHTARİYETİ PRENSİBİ: MÖHUK ve ROMA II TÜZÜĞÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Fatma Candan KAVŞAT

ANKARA 2017

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK) ANABİLİMDALI

KANUNLAR İHTİLAFI HUKUKUNDA HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNDE İRADE MUHTARİYETİ PRENSİBİ: MÖHUK ve ROMA II TÜZÜĞÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Fatma Candan KAVŞAT

TEZ DANIŞMANI
Yrd. Doç. Dr. Kazım Sedat SİRMEN

ANKARA 2017

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK)
ANABİLİM DALI

KANUNLAR İHTİLAFI HUKUKUNDA HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNDE İRADE MUHTARİYETİ PRENSİBİ: MÖHUK ve ROMA II TÜZÜĞÜ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı:

Yrd. Doç. Dr. Kazım Sedat SİRMEN

Tez Jüri Üyeleri

Adı ve Soyadı	İmzası
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....

Tez Sınavı Tarihi: ……./……./2017

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (…../...../2017)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı Soyadı

Fatma Candan KAVŞAT

İmzası

…….

İÇİNDEKİLER

Sayfa No:

İÇİNDEKİLER v
KISALTMALAR xi
GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL OLARAK SÖZLEŞME DIŞI BORÇ İLİŞKİLERİ ve HUKUK SEÇİMİ

I. MİLLETLERARASI SÖZLEŞME DIŞI BORÇ İLİŞKİSİ KAVRAMI 3
A. Avrupa Birliği Hukuku ve Roma II Tüzüğü 3
B. Türk Hukuku ve MÖHUK 7
C. Çalışmanın Kavramsal Sınırları 10
1. Milletlerarası Unsurlu Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri 10
2. İrade Muhtariyeti Prensibi Bağlamında Hukuk Seçimi 10
II. İRADE MUHTARİYETİ ve HUKUK SEÇİMİ 11
A. Kavram 11
B. Kanunlar İhtilafı Hukukunda İrade Muhtariyetinin Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Bakımından Tarihi Gelişimi 15
1. Genel Olarak 15
2. Milletlerarası Unsurlu Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında 16
C. Sözleşme Özgürlüğü ile İlişkisi 22
D. Meşruiyet Konusu 28
1. Genel Olarak Meşruiyet 28
2. Milletlerarası Unsurlu Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinde Hukuk Seçiminin Meşruiyeti 31
3. Hukuk Seçiminin Dışsal (Pozitif Hukuk Bağlamında) Meşruiyeti 32
4. Hukuk Seçiminin İçsel (Hukuk Politikasına İlişkin) Meşruiyeti 35
a. Temel Değer Olarak Kanunlar İhtilafı Hukukunda Kendi Davranış Biçimini Belirleme Hakkı 35
b. Pratik ve Objektif Bakımdan Görüşler 38

aa. Hukuki Kesinlik ve Öngörülebilirlik 38
bb. Zararın Tazminine İlişkin Düzenlemelerin Basitleştirilmesi 42
E. Hukuk Seçiminin Yapılış Biçimleri 43
1. Tarafların Uygulanacak Hukuk Üzerinde Anlaşmaları 43
2. Haksız Fiilden Doğan Taleplerin Önceden Seçilmiş Diğer Bir Hukuk Statüsüne Bağlanması (Fer'i Bağlanma) 44
3. Seçilen Hukukun Kanunlar İhtilafı Kuralları ile Birlikte Seçilmesi 45
4. Zarar Görenin Uygulanacak Hukuku Tek Taraflı Belirlemesi 46
5. Kısmi Hukuk Seçimi 46
F. Hukuk Seçimi Olarak Kabul Edilmeyen Durumlar 49
1. Maddi Hukukta Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü 49
2. Dolaylı Hukuk Seçimi 50
3. Varsayımsal/Farazi Hukuk Seçimi 51

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME DIŞI BORÇ İLİŞKİLERİNE UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN ROMA II TÜZÜĞÜNDE HUKUK SEÇİMİ

I. GENEL HATLARIYLA ROMA II TÜZÜĞÜ 55
A. Sözleşme Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi Serbestisi Açısından Roma II Tüzüğü Öncesindeki Durum 56
1. Roma Sözleşmesinin 1972 Tarihli Taslağında Sözleşme Dışı Borç İlişkileri Bakımından Hukuk Seçimi 56
2. La Haye Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi 57
B. AB Kanunlar İhtilafı Hukukunun Yeknesaklaştırılması Bakımından Birliğin Yetkisinin Esasları 57
C. Roma II Tüzüğünün Kabul Edilmesi Süreci 58
1. Genel Olarak 58
2. Tüzüğün Hazırlık Sürecinde İleri Sürülen Tekliflerde Hukuk Seçimi 60
a. Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Avrupa Topluluğu Grubunun (*GEDIP*) Tüzük Teklifinde Hukuk Seçimi 60
b. Avrupa Birliği Komisyonunun 22.7.2003 tarihli Tasarısı 61
D. Roma II Tüzüğünün Uygulama Alanı 63

1. Tüzüğün Yer Bakımından Uygulama Alanı 63
2. Tüzüğün Konu Bakımından Uygulama Alanı 64
a. Birden Fazla Ülke ile Bağlantılı Bulunma 65
b. Medeni ve Ticari Konu Kavramı 65
3. Tüzüğün Zaman Bakımından Uygulama Alanı 66
4. Tüzüğün Diğer Düzenlemelerle Olan İlişkisi 66
a. Tüzüğün Diğer AB Tüzükleri ve Direktifleri ile Olan İlişkisi 66
b. Tüzüğün Diğer Milletlerarası Sözleşmelerle İlişkisi 67
E. Roma II Tüzüğünün Objektif Kanunlar İhtilafı Kuralları 68
1. Genel Bağlama Kuralı 68
2. Genel Bağlama Kuralının İstisnaları 70
II. ROMA II TÜZÜĞÜ M. 14 IŞIĞINDA SÜBJEKTİF KANUNLAR İHTİLAFI NORMLARININ KANUNLAR İHTİLAFI HUKUKU SİSTEMİ İÇİNDEKİ YERİ VE BU NORMLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ 73
A. Genel Olarak 73
B. Roma II Tüzüğü'nün Sistematiği 74
C. Roma II Tüzüğü m. 14 Sistematiği 77
D. Hukuk Seçiminin Roma II Tüzüğü Bağlamında Hukuki Niteliği 80
E. Roma II Tüzüğü Bağlamında Hukuk Seçiminin Şartları ve Sınırları 81
1. Hukuk Seçimi Serbestisi 81
2. Hukuk Seçiminin Zamanı 82
3. Hukuk Seçiminin Şekli 84
4. Hukuk Seçimi ile Bertaraf Edilemeyecek Hükümler 86
a. Hukuki İlişkinin Tüm Unsurlarının Tek Bir Ülkede Yerleşmesi 86
b. Birlik Hukukunun Emredici Düzenlemeleri 88
c. Doğrudan Uygulanan Kurallar 90
d. Mahkemenin Kamu Düzeni 91
e. Emniyet ve Davranış Kuralları 93
f. Atfın Reddi 94
5. Tüzük Bağlamında Hukuk Seçimi Kapsamı Dışında Kalan Hususlar 95
a. Haksız Rekabet Hukukunda Hukuk Seçiminin Sınırlanması 96

aa. Tüzük Bağlamında Milletlerarası Haksız Rekabet Hukukunun Konusu 96
bb. Roma II Tüzüğünün 6.maddesi 4.Fıkrasının Sınırlayıcı Yorumu 99
cc. Rekabeti Sınırlayıcı Davranışlar 101
b. Fikri Mülkiyet Haklarında Hukuk Seçiminin Sınırlanması: Roma II Tüzüğü m. 8 102
aa. Bağlama Konusu 103
bb. Roma II Tüzüğü m. 8 (1) 104
cc. Roma II Tüzüğü m.8 (2) 105
dd. Roma II m.8 (3)'e göre Hukuk Seçiminin Kapsam Dışında Bırakılmasının Meşruiyeti 106
c. Roma II Tüzüğü m. 14'ün Amaca Uygun Sınırlanması 108
aa. Roma II Tüzüğü m. 14 ile Çevre Zararlarına İlişkin Tüzük m. 7 Arasındaki İlişki 108
aaa. Tüzük m. 7'de Yer Alan Objektif Bağlama Kuralı 108
bbb. Roma II Tüzüğü m. 7 Bağlamında Hukuk Seçimi 110
d. Tüzük m. 14 ile Endüstriyel Faaliyetlere İlişkin Roma II Tüzüğü m. 9 Arasındaki İlişki 111

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNDE HUKUK SEÇİMİ

I. 5718 SAYILI KANUN ÖNCESİNDE HAKSIZ FİİLLERDE İRADE MUHTARİYETİ PRENSİBİ ve HUKUK SEÇİMİ 115
A. Muvakkat Kanun Döneminde Doktrin ve Yargı Kararlarında İrade Muhtariyeti 115
B. 2675 Sayılı MÖHUK Döneminde Doktrin ve Uygulamada Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi 118
II. 5718 SAYILI KANUNDA HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNDE İRADE MUHTARİYETİ ve HUKUK SEÇİMİ 119
A. Genel Olarak 119
B. Haksız Fiile İlişkin Genel Kural 121
C. Haksız Fiilerde Hukuk Seçimi 124

1. Genel Olarak 124
2. Taraf Kavramı 125
a. Genel Olarak 125
b. Zayıf Tarafın Korunması 125
c. Hukuk Seçiminin Üçüncü Kişinin Haklarına Halel Getirmemesi 125
d. Tarafların Tacir Olması 125
3. Hukuk Seçiminin Zamanı 133
a. Haksız Fiilin Gerçekleşmesinden Sonra Yapılacak Hukuk Seçimi 133
b. Haksız Fiilin Gerçekleşmesinden Önce Hukuk Seçimi Yapılması İmkanı 134
4. Hukuk Seçiminin Şekli: "Açık" Hukuk Seçimi 139
D. Özel Haksız Fiil Türleri Bakımından Hukuk Seçimi 142
1. Kişilik Haklarının İhlalinden Doğan Sorumlulukta Hukuk Seçimi 142
a. Bağlama Konusu 142
b. Hukuk Seçimi İmkânı 144
2. İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu 146
a. Bağlama Konusu 146
b. Hukuk Seçimi 147
c. MÖHUK m. 34 (5)'in MÖHUK m. 35 ve 36 Bakımından Uygulanabilirliği Sorunu 152
3. Haksız Rekabet 152
4. Rekabetin Engellenmesi 154
5. Fikri Mülkiyet Haklarının İhlalinden Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluk 155
E. Diğer Sözleşme Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi 156
1. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Taleplerde Hukuk Seçimi 156
2. Vekaletsiz İşgörmeden Doğan Talepler Bakımından Hukuk Seçimi 156
3. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (*Culpa in Contrahendo*) 159
F. Seçilen Hukukun Uygulanmasından Vazgeçilen Durumlar 160
1. Doğrudan Uygulanan Kurallar 160
2. Kamu Düzenine Aykırılık 167

SONUÇ 170
KAYNAKÇA 180
ÖZET 202
ABSTRACT 204

KISALTMALAR

AB	**:**	Avrupa Birliği
ABA	**:**	Avrupa Birliği Antlaşması
ABİA	**:**	Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma
AÜHFD	**:**	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bd.	**:**	Band
Bkz.	**:**	bakınız
BTHAE	**:**	Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	**:**	Cilt
c.	**:**	cümle
C-	:	Case
dn.	**:**	dipnot
E.	:	Esas
ed.	**:**	Editör
eds.	**:**	Editörler
EGBGB	**:**	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 18. August 1896
EVHK	**:**	23 Şubat 1330 tarihli "Memaliki Osmaniyede bulunan ecnebilerin hukuk ve vezaifi" hakkındaki Muvakkat Kanun
HD.	:	Hukuk Dairesi
IPRG	**:**	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (Stand am 1.Juli 2014)
K.	:	Karar
Karş.	**:**	Karşılaştırınız

m.	**:**	madde
MHB	**:**	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	**:**	5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
OJ	**:**	Official Journal of European Union
RabelsZ	**:**	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rec.des Cours	**:**	Recueil des Cours-Collected Courses of The Hague Academy of International Law
RG	**:**	Resmî Gazete
para.	**:**	paragraf
s.	**:**	sayfa
S.	**:**	sayı
TBB	**:**	Türkiye Barolar Birliği
TBK	**:**	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
vd.	**:**	ve devamı
Vol.	**:**	Volume
Yarg.	:	Yargıtay

GİRİŞ

İrade muhtariyetinin tarihçesi en az milletlerarası özel hukukun tarihçesi kadar eskidir. İrade muhtariyetinin kanunlar ihtilafı hukukunda hukuk seçme serbestisi olarak kabul edilmesi ise liberalizmin ekonomi ve politikayı hakimiyet altına aldığı 19.yüzyıl sonlarına rastlamaktadır. Sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından objektif bağlama noktası dışında bir hukuk düzeninin seçilmesi hususu uzunca ve hararetli bir şekilde tartışılmasına rağmen, sözleşme dışı borç ilişkileri ve özellikle haksız fiiller bakımından aynı tartışmalara ancak 1950lerin sonunda rastlanabilmiştir. Atlantik'in diğer yakasında verilen *Babcock&Jackson*[1] kararı ve Roma Konvansiyonu'nun[2] 1970lerin başındaki hazırlık çalışmaları esnasında düzenlemeye dahil edilmesi dışında sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından bir karar yahut düzenlemeye rastlamak da mümkün değildir. Sözleşme dışı borç ilişkileri ve özellikle haksız fiiller bakımından düzenleme yapma ihtiyacının 1980lerin başından itibaren benimsenen neoliberal politikaların bir başka deyişle küreselleşmenin etkisiyle doğduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Daha fazla pazar ihtiyacının daha fazla dış temas gerektirmesi bu nedenle bilhassa sınır aşıcı ticaret yapanlar arasındaki anlaşmazlıkların artması, sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından o güne kadar var olan kuralların yetersizliğini ortaya koymuştur. Bu nedenle kanun koyucu yeni objektif bağlama noktalarının yanı sıra taraflara aralarında doğabilecek uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku seçme serbestisi de tanımaya başlamıştır. Bu anlamda sözleşme dışı borç ilişkileri milletlerarası özel hukukun en ilgi çekici konularından biridir. Çalışmanın konusunun belirlenmesinde açıklanan bu gelişmeler dikkate alınmıştır.

---

1 191 NE 2d 279 (N.Y. 1963).

2 OJ L 266, 9.10.1980.

Çalışmamızın ilk bölümünde sözleşme dışı borç ilişkisi ve irade muhtariyeti kavramları açıklanmaktadır. Bu hususları incelemeden önce "sözleşme dışı borç ilişkisi kavramı"ndan anlaşılması gereken Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Konsey Tüzüğü[3] (Roma II Tüzüğü veya Tüzük) ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanununu[4] (MÖHUK) esas alarak Avrupa Birliği ve Türk hukuku bakımından genel hatlarıyla açıklanmaktadır.

Kavramın çerçevesinin çizilmesinden sonra irade muhtariyeti öncelikle genel olarak; daha sonra kanunlar ihtilafı hukukunda tarafların uygulanacak hukuku seçme serbestisi özelinde açıklanmaktadır. Bu anlamda milletlerarası unsurlu haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimi serbestisinin tarihçesine yer verilmekte, sonrasında ise söz konusu serbestinin meşruiyeti tartışılmaktadır. İlk bölümün sonunda tarafların haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimlerini ne şekilde gerçekleştirebildikleri ve hukuk seçimi olarak kabul edilmeyecek durumlar açıklanmaktadır.

Çalışmanın ikinci kısmında öncelikle Tüzük'ün tarihçesi ve sistematiği genel olarak incelenmektedir. Daha sonra hukuk seçimine ilişkin Tüzük m. 14 ayrıntılı olarak ele alınmaktadır. Bu bağlamda Tüzük'te hukuk seçimi bakımından getirilen genel sınırlamalar yanında, özel haksız fiil türleri üzerinden Tüzüğün hukuk seçimine getirdiği sınırlamalar incelenmektedir.

Çalışmanın son bölümünde ise Türk milletlerarası özel hukukunda sözleşme dışı borç ilişkilerinde hukuk seçimi Roma II Tüzüğünün hukuk seçimi düzenlemesi ışığında incelenmektedir. Bu anlamda Tüzüğün konuyu düzenleyiş biçimden hareketle Türk hukuku bakımından da birtakım öneriler getirilmeye çalışılmaktadır.

---

3 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 199/40, s.40-49.

4 5718 s. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun. RG. 27/11/2007-26728.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK SÖZLEŞME DIŞI BORÇ İLİŞKİLERİ ve HUKUK SEÇİMİ

I. MİLLETLERARASI SÖZLEŞME DIŞI BORÇ İLİŞKİSİ KAVRAMI

A. Avrupa Birliği[5] Hukuku ve Roma II Tüzüğü

Roma II Tüzüğü'nün konu bakımından uygulama alanı hukuki ilişkinin niteliği ve hukuki ilişkinin kaynaklandığı medeni veya ticari ilişki bağlamında tespit edilir[6]. Hukuki ilişkinin niteliği söz konusu olduğunda iki sorun ile karşı karşıya kalınmaktadır. Bunlardan ilki sözleşme dışı borç ilişkisi kavramından anlaşılması gerekenin ne olduğudur. Bu hususla ilgili bir diğer soru borç kavramının tanımıdır[7].

Sözleşme dışı borç ilişkisi Birlik hukukunda iyi temellendirilmediği gibi Avrupa Birliği üyesi ülkelerin hukuklarında da detaylı incelenmiş bir kavram değildir[8]. Bu durum üye ülkelerin hukuk sistemlerinin birbirlerinden farklı olmaları meselesi de göz önüne alındığında karşılaştırmalı hukukta da oldukça büyük zorluklara sebep olmaktadır[9]. Bu zorluk karşısında Roma II Tüzüğü birtakım yol gösterici ifadeler

---

5 Lizbon Antlaşması-Avrupa Birliği'ne Dair Antlaşmayı ve Avrupa Topluluğu'nun Kuruluşuna İlişkin Antlaşmayı Değiştiren Antlaşma, (ABİA) [OJ C 306/1, 17.12.2007]'nın yürürlüğe girmesinden sonra "Topluluk" ifadesi "Birlik" olarak değiştirilmiştir. Çalışmamızda mümkün olduğunca bu terminolojiye bağlı kalacağız. Terminolojiden ayrılmamızın gerekli olduğu durumlarda bu hususu da ayrıca belirteceğiz.

6 Scott, A.: "The Scope of Non-Contractual Obligation", **The Rome II Regulation on The Law Applicable to Non-Contractual Obligation: A New International Litigation Regime,** Ahern, J. / Binchy, W. (*eds.*), Leiden 2009, s. 57.

7 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Scott, s. 72 vd.

8 Jansen, N.: "The Concept of Non-Contractual Obligations: Rethinking the Division of Tort, Unjustified Enrichment, and Contract Law, **Journal of European Tort Law,** 2010, Vol. 16 (1), s. 17. (Rethinking).

9 Hay, P.: "Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations in Private International Law (Conflict of Laws) and the European Community's "Rome II" Regulation", **The European Legal Forum,** 2007, Vol.7 (4), s. 137 (Rome II Regulation).

kullanmaktadır. Söz konusu yol gösterici ifadelerden ilki Tüzük Dibace m. 11 (2)'de yer alan sözleşme dışı borç ilişkisi kavramının otonom olarak yorumlanması gerektiğidir[10]. Bu anlamda, sözleşme dışı borç ilişkisi kavramının yorumlanmasında ilk olarak Birlik hukukunun düzenlemelerinin amaçları ve genel düzenleniş biçimleri göz önünde bulundurulmalıdır. İkinci olarak milli hukuk sistemlerinin temelinde yer alan hukukun genel ilkelerinden hareket edilmemelidir. Bir başka deyişle, burada dikkat edilmesi gereken husus, kavramın yorumlanmasında herhangi bir ülkenin iç

---

[10] Roma II Tüzüğünün Dibace m. 6'da, iç pazarın düzgün bir biçimde işleyebilmesi bakımından yeknesak kararların da verilmesi gerekliliğinden bahsetmektedir. Söz konusu yeknesak kararların verilebilmesi ve Avrupa Birliği kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanma alanlarının tespit edilmesi bakımından Tüzükte yer alan bağlama kurallarının davanın görülmekte olduğu ülke mahkemelerinin yanısıra uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuktan da bağımsız olarak vasıflandırılması gerekmektedir. Bu bağlamda Tüzük Dibace m. 11. ve m. 13'ün yanısıra Avrupa Birliği Adalet Divanına (ABAD) tarafından da pek çok kez Tüzük'te yer alan kavramların uygulanacak hukuka dayanılarak yorumlanmaması gerektiğini ifade etmiştir: Beig, D.: "Grenze und Zusammenspiel zwischen Vertrag und Delikt", **Rom II-VO: Neues Kollisionsrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse,** Beig, D./Graf-Schimek, C./Grubinger, A./Schacherreiter, J. (*eds.*), Wien 2008, s. 38-40; Dickinson, A.: **The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations**, İngiltere, 2008, s.120. Tüzük Dibace m. 11'de sözleşme dışı borç ilişkisi kavramının bir üye ülkeden diğerine değişiklik göstermesi nedeniyle Tüzük kapsamında otonom bir kavram olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu kavramın içini doldurmak ABAD'a düşmektedir. ABAD sözleşme dışı borç ilişkilerinin vasıflandırılmasında maddi hukuklardan ayrılınması gerektiğine ilişkin Roma II Tüzüğü kapsamında bir karar vermemiş; ancak Brüksel I Tüzüğünün [Council Regulation EC No 44/2001 of December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of the Judgments in Civil and Commercial Matters: OJ L 12 - 16.01.2001, s. 1-23] [Regulation (EU) No 1215/2012 of The European Parliament And Of The Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) OJ L 351/1, 20.12.2012 ile yürürlükten kalkmıştır.] sözleşme dışı borç ilişkilerinde yetkiye ilişkin 5.maddesinin 3.paragrafında yer alan ifadeleri yorumladığı bazı kararlarında (örneğin *Kalfelis* davasında [C-189/87 Kalfelis v Schröder Münchmeyer, Hengst and Co. and others, ECRI 1988-05565] hangi hukuki ilişkilerin sözleşme dışı borç ilişkisi kapsamına girebileceğine işaret etmiştir. Doktrinde bir görüşe göre söz konusu yorum Roma II Tüzüğü bakımından da geçerli olacaktır; zira ilk olarak Roma II Tüzüğü Dibace m. 7, Tüzüğün hükümleri ve konu bakımından kapsamının diğer AB Tüzükleri ile uyumlu olacağını hükme bağlamıştır. Bir başka deyişle, AB Tüzükleri hem şekli hem de maddi veçheleri ile birbirlerine yol gösterici olarak görülmektedir: Bach, I.: "Scope of Regulation", **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Huber, P. (*ed.*), Munich 2011, s.28 (Scope); Doktrinde yer alan bir başka görüş ise yetkiye ilişkin kurallara dair yapılan böyle bir yorumun kanunlar ihtilafı kuralları bakımından dikkate alınamayacağını ifade etmektedir. Bu görüşe göre böyle bir tanım oldukça geniştir ve ABAD böylesine önemli bir meselede yeterli açıklıkta bir ayrım yapmamıştır. Bu nedenle belirsizliğini korumakta olan böyle bir yorumun Roma II Tüzüğü bakımından dikkate alınması düşünülemez: Valdhans, J.: "The Pitfall of Interpreting Rome II Regulation Consistently with Brussels I Regulation", **Jurisprudencija**, 2009, 2 (116), s. 238-239; Crawford, E. B. / Carruthers, J. M.: "Connection and Coherence Between and Among European Instruments in the Private International Law of Obligations", **International and Comparative Law Quarterly**, 2014, Vol. 63, s. 9.

hukukuna dayanılmaması gerektiğidir[11].

Doktrinde, Tüzük bağlamında sözleşme dışı borç ilişkisi kavramının sözleşmeden doğan borç ilişkisi kapsamına girmeyen borç ilişkileri olarak tanımlanması ve sözleşmeden doğan borçlardan bu şekilde ayrılmasının tek başına sağlıklı olmadığı, sözleşme dışı borç ilişkilerini maddi hukuka uyumlu hale getiren ve bu ilişkilerin üzerinde temellendiği birtakım ilkeler ile açıklanması gerektiği ifade edilmiştir[12]. Bununla birlikte, doktrinde bir başka görüş, sözleşme dışı borç ilişkilerini genel olarak tanımlayıp açıklayabilecek ilkeler bulmanın imkânsız olduğunu, örneğin, haksız fiil ile sebepsiz zenginleşmenin farklı ilkeler üzerine temellendiğini, ilki bakımından esas olanın şahsi sorumluluk[13], diğeri bakımından ise kimsenin bir başkası aleyhine çıkar sağlayamayacağı düşüncesinin[14] olduğunu savunmuştur[15]. Bir başka görüş ise, bu iki düşünceden daha esaslı bir temelin bulunduğunu belirtmiş, "bir başka kimsenin hukuken korunan menfaatlerinin ihlal edilmesine dayanan zenginleşme"nin[16] hem haksız fiil hem de sebepsiz zenginleşmeye temel oluşturabileceğini savunmuştur[17]. Gerçekten, pek çok hukuk düzeninde zarardan sorumluluğun tespitinin yanında ihlal sonucu zenginleşen kişiden bozulan düzeni eski hale getirmesi[18] de talep edilmektedir. Bu husus sadece maddi mallara verilen zararlar

---

11 Beig, s. 40; Dickinson, s. 120; Bach (Scope), s. 29.

12 Jansen (Rethinking), s.18; Scott, s. 67.

13 Jansen, N.: **Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadenersatz**, Tübingen 2003, s. 120. (Struktur)

14 Jansen (Struktur), s. 133.

15 Jansen (Rethinking), s.18; Ayrıntılı bilgi için bkz. Hay, P.: "Unjust Enrichment in the Conflict of Laws- A Comparison of German Law and the Restatement Second, **American Journal of Comparative Law,** 1978, Vol. 26 (1), s. 3. (Unjust Enrichment)

16 Jansen (Rethinking), s. 18; Hay (Unjust Enrichment), s. 8-9; Jansen (Struktur), s. 135.

17 Jansen (Rethinking), s. 24; Hay (Rome II Regulation), s. 147; Jansen (Struktur), s. 136.

18 Eski hale getirme *(restitutio)* günümüzde şahsi sorumluluk, düzeltici ve denkleştirici adalet ve bir kimsenin haklarının ihlal edilmeyeceğine olan inancı ile hukuka uygun dürüst davranışlarının kollanacağına dair inancının korunması düşüncesinin temelini oluşturur: Jansen (Rethinking), s. 23; Eski hale getirme kurumunun tarihi gelişimi için bkz. Jansen (Rethinking), s. 19-21.

bakımından değil aynı zamanda fikri mülkiyet gibi gayri maddi hakların ihlali sonucu ortaya çıkan zararlar bakımından da söz konusudur[19]. Netice itibariyle sözleşme dışı borç ilişkisinden iradeye dayanan hukuki işlemler değil, toplumu ve toplumdaki kimseleri hukuken korunan mevcut durumlarının istenmeyen ihlallere karşı koruması anlaşılmalıdır[20]. Buna karşın, bu ayrım konusunda getirilen bir başka teklif ise sözleşme dışı borç ilişkisinin "olumsuz" bir tanımının yapılmasıdır. Bu anlamda şayet medeni ya da ticari bir hukuki ilişki Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Hukuka İlişkin Konsey Tüzüğü'nün (Roma I Tüzüğü)[21] kapsamına girmiyorsa Roma II Tüzüğü uygulama alanı bulacaktır[22].

Tüzük, niteliği itibariyle sözleşmeden doğan borç ilişkisi kategorisine girmesi mümkün olmayan, bu nedenle bu kavramın içerisinde yer almayan, daha ziyade haksız fiil (*tort/delict*)[23], sebepsiz zenginleşme (*unjust enrichment*), vekâletsiz işgörme (*negotiorum gestio*) ya da sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu (*culpa in*

---

19 Jansen (Rethinking), s. 23

20 Jansen (Rethinking), s. 23

21 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), OJ L 177/6, 4.7.2008, s. 6-16.

22 Brière, C.: "Le règlement (CE) nº 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (<<Rome II>>), **Journal du Droit Internationale,** 2008/1, s.38-39 (Non contractuelles); Scott, s.62; ABAD'ın da *Kalfelis* kararında benzer bir tanım yaptığı görülmektedir: bkz. *Kalfelis* davası para.21; ABAD'ın pek çok defalar yinelediği ve son olarak *Frahuil* kararında da [C-265-02 Frahuil SA v Assitalia SpA [2004] ECR-I 01543] ifade ettiği üzere tarafların borç ilişki yaratma iradesinden yoksun ve sözleşme ilişkisi kapsamında nitelendirilemeyen durumlar sözleşme ile ilgili bir mesele olarak kabul edilmeyecektir. Bu tanımın mevhum-u muhalifinden borçlu kimsenin söz konusu borcun varlığını kendi iradesi ile kabul etmediği (borçlunun kanun gereği borcun varlığını kabul etmeye zorlandığı) borç ilişkileri sözleşme dışı borç ilişkisi olarak tanımlanabilecektir: Bach (Scope), s.36.

23 *Tort* kelimesi Latince hukuka aykırı fiil anlamına gelen *tortus* kelimesinden gelmektedir. Anglo-Sakson Hukukunda *tort* olarak adlandırılan bu ifade Kıta Avrupası ve İskoç Hukukunda özel hukuk sorumluluğunu ifade edecek şekilde *delict* olarak yer almaktadır. *Tort* ile *delict* arasındaki esaslı farklardan biri; *common law*un bir ürünü olan *tort* kavramı içtihat yoluyla geliştirilmiş ve daha sonra çeşitli düzenlemelerde yer almış olmasına rağmen, pek çok Kıta Avrupası kavramı bakımından olduğu gibi *delict* kavramının kanunkoyucunun bir yaratımı olmasıdır.http://www.duhaime.org/LegalDictionary/T/Tort.aspx (23.08.2015); http://www.duhaime.org/ LegalDictionary/D/Delict.aspx (23.08.2015).

contrahendo) kapsayan bir şemsiye kavram[24] olarak sözleşme dışı borç ilişkisi kavramını kullanmıştır[25]. Burada göze çarpan husus, ihlal eden kişinin hukuka aykırı davranışının bilerek ve isteyerek gerçekleştirmediği, sebepsiz zenginleşme ve vekâletsiz işgörmeden doğan borçların da Tüzük kapsamına dâhil edilmiş olmasıdır[26]. Buna ek olarak, Roma II Tüzüğü Dibace m. 11 c. 2, Tüzükte yer alan kuralların kusursuz sorumluluktan doğan sözleşme dışı borç ilişkilerine de uygulanacağını belirtmektedir. Bu çerçevede sözleşme dışı borç ilişkisi kavramının daha önce sayılan kavramların dışında kusursuz sorumluluğu da içine alacak şekilde daha geniş kullandığı anlaşılmaktadır[27].

B. Türk Hukuku ve MÖHUK

Türk milletlerarası özel hukukunda sözleşme dışı borç ilişkilerine olan

---

24 Jansen (Rethinking), s.17.

25 Bu husus Roma II Tüzüğü m. 2 (1)'de yer almaktadır. Bu ifade ile uyumlu olarak Tüzük ikinci kısımda haksız fiiller, üçüncü kısımda ise sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz işgörme ve sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu düzenlemiştir. Bu ayrım Komisyonun 2003 tarihli taslağında yer almamaktaydı. Söz konusu taslakta "Haksız Fiil Dışındaki Fiilerden Doğan Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk" olarak düzenlenen bu alan sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından ayrım yapmadaki başarısızlığı nedeniyle eleştirilmiş; bu husus Komisyon tarafından ülke hukuklarındaki farklılığın Tüzüğe teknik terimlerin kullanılmaması şeklinde yansıdığı ifade edilmiştir. bkz. Proposal For A Regulation of The European Parliament and The Council on The Law Applicable to Non-Contractual Obligations ("Rome II"), COM (2003) 427 Final, 2003/0168 COD, s. 35 (Proposal).

Sözleşme dışı borç ilişkilerinin yasama sürecinde yaşanan bu güçlükler üye ülkelerin maddi hukukları arasındaki farkın ve bununla bağlantılı vasıflandırma problemlerini gün yüzüne çıkarmıştır. Bazı Üye ülkeler bu alana ilişkin düzenlemelerin yapılmasında isteksiz davranmışlardır. Vasıflandırma problemlerinin azaltılması amacıyla sözleşme dışı borç ilişkilerinin daha sonra ayrılması dahi açıklık ve kesinlik noktasında üye ülkelerin yaptıkları eleştirilerden kurtulamamıştır: Plender, R. / Wilderspin, M: **The European Private International Law of Obligations,** Ed.3, Londra 2009, s. 683.

26 Scott, s. 60.

27 Tüzük m. 2'de Tüzüğün doğması muhtemel zararlar bakımından da uygulanacağı düzenlenmektedir. Bu anlamda geçici tedbirlere uygulanacak hukuk da Tüzük kapsamında belirlenebilecektir. Bununla birlikte, dikkat edilmesi gereken husus Tüzüğün bu tedbirlerin sadece maddi veçhesine uygulanacağıdır. Tedbirlerin usuli veçhesi ise *lex fori* tarafından idare edilecektir: Garcimartín Alférez, F. J.: "The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code, **The European Legal Forum**, 2007, Vol.7 (3), s. 80.

yaklaşımı ortaya koymak için öncelikle maddi hukukta bu hususun nasıl incelendiğinin genel hatlarıyla ele alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

Sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından daha önce yapılan tartışmalar Türk hukuku bakımından da geçerlidir. Buna göre Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK)[28] borç ilişkisinin kaynağını düzenleyen birinci bölümünün 1 ila 82.maddeleri "Borç İlişkisinin Kaynakları" başlığını taşımaktadır. Doktrinde bunlara "borç ilişkisini kuran sebepler" de denilmektedir[29]. Bu kaynaklar TBK'da sırasıyla "Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri", "Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri" ve "Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri" olmak üzere üç bölüm olarak düzenlenmiştir. Doktrinde, sözleşmeden doğan borç ilişkileri ifadesi yerine "Hukuki İşlemlerden Doğan Borç İlişkileri" ifadesinin kullanılmasının daha doğru olduğu savunulmaktadır[30]. Bu görüşü savunan yazarlar, borç ilişkisinin iki taraflı bir hukuki işlem olan sözleşmeden kaynaklanabileceğinin yanı sıra vasiyetname, ilan yoluyla ödül vaadi gibi tek taraflı hukuki işlemlerden de doğabileceğini belirtmektedirler. Dahası, iki taraflı hukuki işlem olan sözleşmelerin yanında çok taraflı hukuki işlem olan kararların da eklenmesi gerektiği savunulmaktadır[31]. Bu ayrıma bir başka eleştiri de haksız fiiller yönünden getirilmektedir. Buna göre doktrinde kusurlu bir davranışla üçüncü kişiye verilen

---

28 6098 s. Türk Borçlar Kanunu RG. 04/02/2011-27836.

29 Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17.Baskı, Ankara 2014, s. 115. (Genel Hükümler)

30 Eren (Genel Hükümler), s.115; Tandoğan, H.: **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)**, İstanbul 2010, s. 3 vd.; Hatemi, H./Gökyayla, E.: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul 2015, s. 7 vd.; Reisoğlu, S.: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2012, s. 33 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop: **Tekinay Borçlar Hukuku**, 7.Bası, İstanbul 1993, s. 35 vd., s. 474 vd., s. 729 vd.; Oğuzman, K./Öz, T.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, İstanbul 2015, s. 36; Antalya, G.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** İstanbul 2015, s. 77.; Nomer, H.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 12.Baskı, İstanbul 2012, s. 22 vd.; Gümüş, M. A.: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2.Baskı, İstanbul 2012, s. 1 vd.; Kılıçoğlu A.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 15.Baskı, Ankara 2012, s. 52 vd., s. 266 vd., s. 493 vd. (Borçlar); Seliçi, Ö.: **Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul 1976, s. 2-3.

31 Eren (Genel Hükümler), s.115; Kılıçoğlu, s.47; Ayrıca bkz. Serozan, R.: **Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, İstanbul 2011, s.306.

zararlardan doğan haksız fiilin yanında "kusursuz sorumluluktan doğan borçlar" da ayrı bir borç kaynağı olarak düzenlenmelidir[32]. Buna örnek olarak, TBK m.65'te düzenlenmiş olan hakkaniyet sorumluluğu verilebilir[33]. Daha önce bahsedilen üç başlık yanında doktrinde vekâletsiz işgörmeden, yakın kan hısımları arasında söz konusu olan nafaka ilişkisinden, sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu bir davranıştan, fiili sözleşme ilişkileri ile koruma yükümlülüklerinin ihlali" vb. sebepler ile doğan borçların "Diğer Sebeplerden Doğan Borç İlişkileri" başlığı altında toplanması gerektiği savunulmaktadır[34]. Buna gerekçe olarak, sayılan söz konusu kaynakların üç başlığın hiçbirine ait olmaması gösterilmektedir[35].

MÖHUK borcun kaynaklarını ele alırken TBK sistematiğini dikkate almakta, bir başka deyişle borcun kaynağı olarak sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme ayrımını kabul etmektedir[36]. MÖHUK, m. 34'te haksız fiiller bakımından genel bir bağlama kuralı kabul ettikten sonra m. 35 ila 38 arasında bazı özel haksız fiil türleri bakımından özel bağlama kurallarına yer vermektedir. "Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk", "İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu", "Haksız Rekabet" ve "Rekabetin Engellenmesi" başlıklarını takiben MÖHUK m. 39 "Sebepsiz Zenginleşme" kurumunu da düzenlenmiştir[37].

---

32 Eren (Genel Hükümler), s.115; Antalya, s.78.

33 Hakkaniyet sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, s.99 vd.; Eren, s.614 vd.; Hatemi/Gökyayla, s.149 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.499 vd.; Kılıçoğlu (Borçlar), s.311 vd.

34 Eren (Genel Hükümler), s.116; Saymen, F. H./Elbir, E. K.: **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**. C. I, İstanbul 1958, s.64; İnal, T.: **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Aykırılık Dönme ve Fesih,** Ankara 2015, s.45; Doğan, V.: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4.Baskı, Ankara 2016, s.344. (Milletlerarası Özel)

35 Eren (Genel Hükümler), s.116; Kocayusufpaşaoğlu, N.: **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler**, 1. Fasikül, İstanbul 1978, s.84 vd.; İnal, s.45.

36 Her ne kadar 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe giriş tarihi 5718 sayılı Kanundan sonra olsa da 6098 sayılı Kanun 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun sistematiğini devam ettirdiği için bu konuda bir yenilik içermemektedir. Öz, T.: **Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler,** 2.Baskı, İstanbul 2012, s.5 vd.

37 Doktrinde, vekaletsiz işgörmeye ilişkin maddi hukuktaki tartışmalar ve söz konusu hukuki kurumun karmaşık yapısı nedeniyle konuya ilişkin herhangi bir bağlama kuralına yer verilmediği;

C. Çalışmanın Kavramsal Sınırları

1. Milletlerarası Unsurlu Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri

Sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından hukuki uyuşmazlıkların en sık ortaya çıktığı alan haksız fiillerdir. Taraflardan birinin diğer bir tarafın hukuki alanını ihlal ederek bir zarar ortaya çıkarması sonucunda bu zararın ortadan kaldırılması hususunda anlaşmazlıkların ortaya çıkması, haksız fiilin varlığının tespiti, haksız fiilin ve zarar verenin kesin olarak belirlenmesi gibi hususlarda tarafların anlaşmazlığa düşmesi hayatın olağan akışında sıkça karşılaşılmaktadır. Çalışmamızda, diğer sözleşme dışı borç ilişkileri kavramlarına, her birinin ayrı bir çalışma konusu olabilecek kadar geniş olmaları sebebiyle ayrıntılı olarak yer vermeyecek, açıklamalarımızı mümkün olduğunca haksız fiillerle sınırlı tutacağız. Zorunlu kalındığı ölçüde diğer sözleşme dışı borç ilişkilerinden de bahsedeceğiz.

2. İrade Muhtariyeti Prensibi Bağlamında Hukuk Seçimi

Genel olarak irade muhtariyeti hukuk düzeninin izin verdiği ölçüde kişilerin serbest iradeleri ile özel hukuk işlemlerini düzenleme hürriyeti olarak açıklanabilir. Söz konusu düzenlemeden kasıt hukuki işlemi ortaya çıkarma, hukuki işlemin içeriğini düzenleme, var olan hukuki işlemi değiştirme veya bu hukuki işlemi ortadan kaldırmadır. İrade muhtariyeti her özel hukuk dalında farklı görünüme sahiptir. Maddi

---

ancak bu yer verilmeyişin „bilinçli bir kanun boşluğu“ olduğu, söz konusu boşluğun kanunlar ihtilafı hukukundan kaynaklanmasının Türk hakimini kendisi kanunkoyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar vermesi gerektiğinden alıkoymayacağı ifade edilmektedir: Çelikel, A./Erdem, B.B.: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 14.Baskı, İstanbul 2016, s. 442; Nomer, E.: **Devletler Hususi Hukuku**, 21. Baskı, İstanbul 2015, s.85 (2015); Şanlı,C./ Esen, E./ Ataman-Figanmeşe, İ.: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4.Bası, İstanbul 2015, s.311; *Culpa in contrahendo* bakımından bu hukuki ilişkinin sözleşmenin tabi olacağı hukuk tarafından idare edileceğine ilişkin olarak bkz. Nomer (2015), s.332; MÖHUK m.34'e göre haksız fiile uygulanacak hukukun kusursuz sorumluluğun söz konusu olması halinde de uygulanacağı, söz gelimi kusursuz sorumluluğun şartlarını idare edeceği yönünde bkz. Doğan (Milletlerarası Özel), s.407.

hukuk açısından sözleşme özgürlüğü olarak karşımıza çıkan irade muhtariyeti, milletlerarası usul hukuku bağlamında yetki anlaşması yapabilmeyi[38], kanunlar ihtilafı hukukunda ise tarafların hukuki ilişkilerine uygulanacak hukuku seçme serbestisini ifade eder. Çalışmamız kapsamında irade muhtariyetinin kanunlar ihtilafı hukukundaki görünüş biçimi olan hukuk seçme serbestisi milletlerarası unsurlu haksız fiillerden doğan borç ilişkileri bağlamında incelenecektir.

II. İRADE MUHTARİYETİ ve HUKUK SEÇİMİ

A. Kavram

Kanunlar ihtilafı hukukunda hukuk seçiminin temelini oluşturan irade muhtariyeti, milletlerarası hukukun en eski[39] ve en çok kabul görmüş prensibidir[40]. Günümüzde de uygar uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerinden[41] biri olan irade muhtariyeti[42], bireylerin özel hukuk çerçevesinde borç ilişkilerini ve diledikleri

---

38 İrade muhtariyetinin milletlerarası usul hukukundaki yeri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Sargın, F.: **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları,** Ankara 1996, s.14-21.

39 Symeonides, S. C.: "Party Autonomy in Rome I and Rome II From A Comparative Perspective", **Convergence and Divergence in Private International Law: Liber Amicorum Kurt Siehr,** Boele-Woelki, K./ Einhorn, T./ Girsberger, D./Symeonides, S. (*eds.*), Zürih 2010, s. 514. (Party Autonomy); Coester, M.: "Party Autonomy and Consumer Protection", **Journal of European Consumer and Market Law,** 2014, Vol. 3, s. 170.

40 Kohler, C.: Autonomie de la volonté en droit international privé: Un Principe Universel Entre Libéralisme et Étatisme, **Rec.des Cours**, 2012, Vol. 359, s. 314; Dolinger, J.: Resolving Conflicts in Contracts and Torts, **Rec.des Cours,** 2000, Vol. 283, s. 251; Kaufmann-Kohler, G.: **Droit International Priveé, Contrat International Droit Applicable**, http://www.unige.ch/droit/e-cours/documents/4864efb4e91a4.pdf (Son erişim: 07.09.2014); Rühl, G.: "Party Autonomy in Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency", **CLPE Research Paper**, 2007, Vol.03 (1), s. 8 (Convergence and Efficiency); Lehmann, M.: "Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws", **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, 2008, Vol.41 (381), s. 383; Weintraub, R. J.: "Functional Developements in Choice of Law for Contracts, **Rec.des Cours,** 1984, Vol. 239, s. 271; Çeşitli ülkeler bakımından irade muhtariyetinin yeri hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Basedow, J.: "Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts, **Rabels Z**, 75(1) (2011), s. 32-59.

41 Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m.38 (c)'de yer aldığı ifadesi ile. Söz konusu metin için bkz. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/chart_turkce.pdf (Son erişim: 03.06.2015).

42 Uluslararası Hukuk Enstitüsü irade muhtariyeti kavramını milletlerarası özel hukukun temel prensibi olarak tanımlamıştır: Lehmann, s.383.

şekil ve içerikte düzenleyebilmeleri olarak tanımlanabilir[43]. İrade muhtariyeti ilkesi günümüzde anayasalarda düzenlenen sözleşme özgürlüğüne ilişkin maddelerle temellendirilse de bu ilkenin ortaya çıkışı çok öncelere dayanmaktadır[44]. Anayasalar bu ilkeyi yalnızca bünyelerinde yeniden düzenlenmiş, bir başka deyişle bu ilkenin varlığını tanımıştır[45].

Milletlerarası ticaret ve milletlerarası özel hukukun ortak paydalarından birini oluşturan irade muhtariyeti, kanunlar ihtilafı hukukunda, taraflara hukuki ilişkilerine uygulanacak belirli bir hukuku seçme serbestisi veren bir hukuk seçimi doktrini olarak tanımlanmaktadır[46]. Söz konusu hukuk seçimi hem maddi hukukta hem de kaynağını iç hukuk, supranasyonel hukuk ya da antlaşmalar hukukundan almış olup olmadığına bakılmaksızın milletlerarası özel hukukta önceliği haizdir[47]. Taraflara hukuki

---

43 Eren (Genel Hükümler), s.297; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.362; Güngör, G.: **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Ankara 2000, s.74. (Tüketici)

44 Söz konusu ilkenin her ne kadar Roma hukuku metinlerinde yer aldığı kabul edilse de, bu ifadenin içinin doldurulması için esasen bireycilik ve liberalizm ile felsefi, taraflar arasındaki adil menfaat dengesinin kurulmasını sağlaması ile ahlaki ve nihayet pazar ekonomisinin yanısıra bireyin hür iradesiyle maddi ve manevi varlığını geliştirmesi ile ekonomik olarak temellendirildiği 19.yüzyıla kadar beklenmesi gerekmiştir: Meng, Z. H.: Party Autonomy, Private Autonomy, and Freedom of Contract, **Canadian Social Science**, 2014, Vol.:10 (6), s. 213; ayrıca bkz. Güngör (Tüketici), s. 74.

45 Battal, A.: "Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları", **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, BTHAE**, Ankara 2001, s. 48.

46 Zhang, M.: "Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law", **Emory International Law Review**, 2006, Vol.:20, s. 511 (Choice of Law); Köthe, J.:**Schranken der Parteiautonomie im Internationalen Deliktsrecht**, Berlin 2008, s. 5; Doğan, V.: **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti,** Ankara 1995, s. 15 (İş Akdi); Fransız hukuku bakımından hukuk seçimi doktrininin gelişimi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Demirkol, B.: **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 24.maddesi Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, 2.Baskı, İstanbul 2014, s. 65-dn. 218.

47 Lein, E., "The New Rome I/ Rome II/ Brussels I Synergy", **Yearbook of Private International Law**, 2008, Vol. 10, s. 179; Günümüzde sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından temel ilke olarak kabul edilmektedir. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Konsey Tüzüğü Dibace m. 11, irade muhtariyeti için "kanunlar ihtilafı hukuk sisteminin köşe taşı" ifadesini kullanmaktadır. [Council Regulation (EC) No 593/2008 of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, OJ C 318, 23.12.2006, s. 56]; Rühl (Convergence and Efficiency), s.4; Tarafların milletlerarası unsurlu sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçmeleri günümüzde dünyanın neredeyse bütün ülkelerinde kabul görmüştür. Bu ilke hukuk sistemlerinin temel unsuru olarak kabul edilmektedir: Lando, O.: "The Conflict of Laws of Contracts General

ilişkilerine uygulanacak hukuku seçme serbestisinin tanınması tarafların ekonomik özgürlüklerinin bir sonucudur[48]. Bahsedilen özelliğinin yanında bu serbesti taraflara kendi hukuki ilişkilerinin oluşturmalarına ve bu hukuki ilişkinin özelliklerini belirleyebilmelerine olanak sağlar[49]. Tarafların hukuki ilişkilerini belirleyebilme serbestisi, tarafların söz konusu serbesti ile kullanabilecekleri haklar ve bu hakların kullanılması konusunda yeteri derecede bilgi sahibi oldukları ölçüde[50] hukuki kesinliği, öngörülebilirliği ve güvenliği de sağlamaktadır[51].

Kanunlar ihtilafı hukuku bakımından hukuk seçimi, bir iç hukuk düzeni[52] ile

---

Principles", **Rec.des Cours,** 1984/VI, s. 237.

48 Bu anlamda doktrinde iki soruna işaret edilmiştir. Bunlardan ilki taraflara hukuk seçimi serbestisinin ekonomik gerekçesinin bulunup bulunmadığıdır. İlk sorun bakımından üçüncü kişilerin refahına halel getirmemek kaydıyla tarafların hukuk seçimi yapabileceği; zira tarafların kendi refahlarının makul bir şekilde maksimize edebilecekleri ve somut olayla ilgili yalnızca kendilerinin doğru bir şekilde yorumlayabileceği bilgiye sahip oldukları kabul edilmiştir: Rühl (Convergence and Efficiency), s.33. Diğer sorun ise hukuk seçimi sınırlamaları ekonomik nedenler ile meşrulaştırılıp meşrulaştırılamayacağıdır. Tarafların üzerinde anlaştıkları yabancı hukukun mahkemede ileri sürülmesinin fazla masraflı olacağı düşüncesi bu anlamda bir sınırlama nedeni olarak kabul görmemektedir. Buna karşılık fırsatçı yaklaşım ve bilgi eşitsizliği hukuk seçiminin ekonomik sınırlamaları olarak kabul edilmektedir: Rühl (Convergence and Efficiency), s.40

49 Lein, s. 180.

50 İrade muhtariyeti ilkesi esasen tarafların kendilerine tanınan bu serbestiyi kendi menfaatlerine uygun kullancakları varsayımından hareket etmekte, bu anlamda söz konusu ilkenin kanunlar ihtilafı hukukundaki yansıması noktasında taraflara "makul bir menfaat" gibi sınırlamalar getirilmeden, tam bir serbesti içinde hukuk seçimi yapabilmeleri imkanının tanınması gerektiği ifade edilmektedir : Çilingiroğlu, C.: "Devletler Özel Hukukunda Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 1989, C. 9 S. 2, s. 107, 114.

51 Lein, s. 180; Doğan (Milletlerarası Özel), s. 364.

52 Bu noktada taraflara tanınan hukuk seçimi serbestisinin milli hukuk düzenleri ile sınırlı olup olmadığı, bir başka deyişle milli karakteri haiz olmamakla birlikte milletlerarası ticari ilişkilerde etkinliği kabul edilen birtakım ilke ve kuralların uygulanma üzere seçilebileceği sorunu üzerinde durmak gereklidir. Bu konuda doktrinde bir görüşe göre objektif olarak emredici ve tamamlayıcı hükümleri ile bütünlüğü bulunan bir hukuk düzeni dışında yapılan hukuk seçiminin, hukuk güvenliği açısından ancak iç hukuktaki sözleşme serbestisi anlamının kabulü gerekmektedir. Bu görüş için bkz. Tekinalp/Uyanık, s. 280; Kropholler, J.: **Internationales Privatrecht**, 6.Auflage, Tübingen 2006, s. 460; Söz konusu kuralların milli karakteri haiz olup olmadığı tartışması neticesinde bu niteliği haiz olmadığı, kanunlar ihtilafı hukukunun yapısı itibariyle ihtilafın maddi çözümü bakımından hangi ülke hukukunun uygulanması gerektiği problemine yanıt aradığı, bu anlamda UNIDROIT yahut *lex mercatoria* seçiminin sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilerek yapılan bu seçimin objektif bağlama kurallarına göre yetkili hukuk dahilinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. Doğan (Milletlerarası Özel), s.70. Bu anlamda tarafların hukuki işlemlerinde söz gelimi Milletlerarası Ticaret Odasının çıkarmış olduğu INCOTERMS kurallarına yaptıkları atıf ile bu kuralların uygulanacağını kararlaştırmaları

sınır aşıcı hukuki ilişki[53] arasındaki yakınlık derecesinin azalması, hatta sona ermesi olarak ifade edilmektedir[54]. Bir devlet, kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında irade muhtariyeti ilkesini kabul etmekle bir hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun tespitini kendisinin diğer devletlerle olan ilişkilerinden bağımsız hale getirir. Kanunlar ihtilafı hukukunda irade muhtariyeti ilkesini benimseyerek taraflara hukuk seçme serbestisini tanıyan devlet, söz konusu hukuki ilişkiyi devletlerin siyasi politikalarından yalıtır[55]. Bir başka deyişle, sınır aşıcı bir hukuki ilişkide devlet, taraflara aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuku seçmek konusunda bir serbesti tanır ve bu serbestiyi tanıdığı ölçüde o devletin kendi hukuk düzeninin bireylerin ilişkilerinde göz önünde bulundurulması zorunluluğundan vazgeçer[56].

---

incorporation olarak adlandırılmaktadır: Ekşi, N.: **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları,** Tıpkı 2.Baskı, İstanbul 2010, s. 24. (Tahkim Anlaşmaları); Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 257; Doğan (Milletlerarası Özel), s. 295. Böyle bir atıfla sözleşmenin bir parçası haline getirilen, tarafları bağlayan ve bilmediklerini iddia edemeyecekleri; mahkeme yahut hakemlerin sözleşme hükmü olarak dikkate alacakları söz konusu düzenlemeler bir ülkenin hukuk düzeninin yaratacağı etkiye eşdeğer bir etki yaratmayacaktır: Ekşi, N. "Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation"", **MHB,** 1999-2000, C.19 S.1-2, s. 290. (Incorporation) Bununla birlikte bir devletin hukuk kuralları olmayan UNIDROIT, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri ya da Milletlerarası Ticaret Odasının kurallarının seçilebilmesi şeklinde yapılacak düzenlemelerin ekonomik verimlilik anlamında katkı sağlayabileceğine ilişkin olarak bkz. Rühl (Convergence and Efficiency), s. 40.

Bunun gibi, tarafların söz gelimi 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) konu bakımından uygulama alanı dışında kalan bir hukuki işleme söz konusu milletlerarası antlaşmayı ugulamayı kararlaştırmaları halinde yine kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında bir hukuk seçiminden söz edilemez. *Opt-in* olarak adlandırılan bu durumda sözleşme hükmü haline getirilen uluslararası antlaşma hükümleri seçilen hukukun yahut hukuk seçimi yapılmadıysa hukuki işlemin mahkemenin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca objektif olarak tabi olduğu hukukun emredici kuralları sınırları dahilinde uygulanır: Tarman, Z. D.: **Viyana Satım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak (CISG'in Uygulama Alanı),** İstanbul 2015, s.67-70; Kohler, s. 319-320; Roma II Tüzüğü bağlamında yapılan tartışmalar için bkz. dn. 343.

53 Sınır aşıcı hukuki ilişki kavramı ile ilgili olarak bkz. s. 27- dn. 119.

54 Lein, s. 180.

55 Lehmann, s. 416.

56 Lein, s. 180; Lehmann, s. 422; örneğin gelişmekte olan ülkeye mensup bir şirket ile gelişmiş bir ülkeye ait şirket aralarındaki bir özel hukuk ilişkisinde gelişmiş ülkenin siyasi gücünden bağımsız, eşit iki taraf olarak bu şekilde ticari ilişkilerde bulunabilir.

B. Kanunlar İhtilafı Hukukunda İrade Muhtariyetinin Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Bakımından Tarihi Gelişimi

1. Genel Olarak

İrade muhtariyeti ilkesi uzun zamandan beri varlığını çeşitli görünümlerde sürdürmektedir[57]. Bununla birlikte, taraf iradesinin belirleyici olduğu alanlarda, bu iradenin uygulanacak hukuku belirleyeceğine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı görüşü ana hatlarıyla ilk defa 16. yüzyılda *Charles Dumoulin* tarafından ileri sürülmüştür[58]. *Dumoulin* aslen ikametgâhın bağlanma noktası olarak önemine ve somut olayda bağlama noktalarını değerlendirmek suretiyle olaya uygulanacak hukukun tespit edileceğine işaret etmiştir[59]. Doktrinde bir görüş bu anlayışın günümüzdeki irade muhtariyetini kesinlikle karşılamadığını ileri sürmektedir[60]. Bununla birlikte, *Dumoulin* sözleşmenin her zaman yapıldığı yer hukukuna tabi olmayacağını tespit

---

57 İrade muhtariyetinin ayrıntılı tarihçesi v için bkz. Wicki, A. A.: **Zur Dogmengescichte der Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht**, Winterthur 1965; Püls, J.: Parteiautonomie: die Bedeutung des Parteiwillens und die Entwicklung seiner Schranken bei Schuldverträgen im deutschen Rechtsanwendungsrecht des 19. und 20. Jahrhunderts: **Schriften zur Rechtsgeschichte (RG)**, 1995 Band 66; Esener, T.: "Devletler Hususi Hukukunda İrade Muhtariyeti Prensibi", **AÜHFD**, C.11 S.1-2, s. 478-513; Alibaba, A.: Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması", Ankara 2005 (Yayınlanmamış Doktora Tezi), s. 38-55; Zhang (Choice of Law), s. 514.

58 Gamillscheg, F.: **Der Einfluss Dumoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrecht**, Berlin&Tübingen 1955, s. 17; Lando, s. 242; Bilirkişi olarak önüne gelen bir olayda Paris'te yapılan vadeye bağlanmış karşılıklı bir bağış sözleşmesi ile eş Lyon'da bulunan taşınmazın mirasçısı olarak belirlenmiştir. Paris hukukuna göre eş böyle bir sözleşme ile bir taşınmazın mirasçısı olabilirken, aynı husus Lyon hukukuna göre mümkün değildir. Eşin ölümünden sonra eş ile birlikte mirasçı olan ölenin erkek yeğeni, sağ kalan eşin Lyon hukukunun kendisine böyle bir hak tanımayacağı için mirasçı olamayacağını öne sürmüştür. *Dumoulin* Paris kanunlarının Lyon'da da uygulanmasını haklı bir gerekçeye dayandırmak istemiştir. Bunun için tarafların Paris hukukunun taşınmaz mala taşınmazın bulunduğu yer hukukunun uygulanacağına ilişkin kuralına aykırı bir anlaşma yapmadıkları, mal ortaklığına tabi bütün mallarda olduğu gibi bu taşınmaza da tarafların evlenme zamanındaki hukukun uygulanacağı konusunda zımnen anlaştıklarını ileri sürmüştür. Ancak tesadüfen keşfetmiş olduğu bu durum kendi akıl yürütmesi dâhilinde onu pek etkilememiştir: Seviğ, M. R. / Seviğ, V. R.: **Devletler Hususi Hukuku,** İstanbul 1962, s. 491, 561; Uluocak, N: **Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları)**, İstanbul 1971, s. 156; Lando, s. 243.

59 Gamillscheg, s. 18; Lando, s. 243.

60 Vischer, F. "General Course on Private International Law", **Rec.desCours,** 1992/I, s. 128 (General); Gamillscheg, s. 19; Lando, s. 244.

ederek hâkimiyetini 19. yüzyıla kadar sürdürecek ve bugünkü anlamda irade muhtariyeti kurumunun temeli olarak ifade edilebilecek bir düşüncenin gelişmesini sağlamıştır[61].

19. yüzyıl boyunca sanayi ve ticaret Avrupa ülkelerinde bir önceki yüzyılın sınırlayıcı ve otoriter anlayışından adım adım kurtulmuş, ekonomi ve politika alanlarında gün geçtikçe daha fazla önem kazanan liberalizmin etkisiyle bireylerin kendi ilişkilerini düzenleyip bu ilişkilerden kaynaklanan sorumluluklarını üstlenmeleri söz konusu olmuştur. Ekonomi ve politik alandaki söz konusu gelişmelerin kanunlar ihtilafı hukukundaki yeri, bir başka deyişle tarafların yabancı bir hukuku aralarında doğmuş yahut doğması muhtemel hukuki ilişkilerine uygulamaları konusunda *Mancini* bu özgürlüğün taraflara tanınmasını; zira buna izin vermekle tarafların başkalarının özgürlük alanına müdahale etmedikçe kendi özgürlük alanlarına saygı gösterilmesi gerektiğini ve devletin herhangi bir menfaatinin bulunmadığı bu alanda bu özgürlüğü sınırlamak için herhangi bir gerekçenin bulunmadığını ifade etmiştir[62].

2. Milletlerarası Unsurlu Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında

Milletlerarası unsurlu haksız fiilden doğan borç ilişkileri bakımından hukuk seçme serbestisinin varlığı ve geçerliliğine ilişkin tartışmalar İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde başlamıştır[63]. Bu döneme kadar bu alanda doktrin ve uygulamada kayda değer herhangi bir tartışmanın ya da mahkeme kararının bulunmamasına

---

61 Gamillscheg, s. 19; Lando, s. 244; Vischer (General), s. 128.

62 Gamillscheg, s. 240; Kohler, s. 330; Zhang (Choice of Law), s. 870; Kroll-Ludwigs, K.: "**Die Rolle der Parteiautonomie im europäsichen Kollisionsrecht"**, Tübingen 2013, s. 163-164.

63 Öyle ki sözleşme dışı borç ilişkilerinde hukuk seçiminin tarihçesinin özellikle milletlerarası haksız fiil hukuku ile şekillendiği ifade edilmektedir: Kahn-Freund, O.: Delictual Liability and the Conflict of Laws" **Rec.des Cours (1968/II)**, s.6 (Delictual); Flessner, A.: "Fakultatives Kollisionsrecht", **RabelsZ,** 1970, Bd.34, s. 549.

gerekçe olarak bu hususların tartışılabileceği bir gelişmenin sanayi ve teknolojide yaşanmaması gösterilmiştir[64].

Milletlerarası unsurlu haksız fiilden doğan borç ilişkileri alanında hukuk seçiminin konusunda ilk tartışmayı Alman hukuku çerçevesinde *Raape* yapmıştır[65]. *Raape*'ye göre tarafların uyuşmazlığın meydana gelmesinden sonra, hukuki ilişkilerine uygulanacak hukuk üzerinde anlaşmaları iki durumda gereklidir. İlk olarak şayet söz gelimi zarar veren haksız fiili birden fazla ülkede işlemişse ya da haksız fiilin işlendiği yer (*lex loci delicti comissi*) ile zarar yeri[66] farklı ülkelere dağılmışsa ve bundan dolayı birden fazla hukuk düzeni haksız fiilin gerçekleştiği yer hukuku olarak uygulanabilir ise hukuk seçimi söz konusu olabilir. Diğer bir durum ise yalnızca bir ülkenin hukukunun ika yeri hukuku olması, bir başka deyişle haksız fiilini işlediği ya da zararın meydana geldiği yerin tek bir ülkede bulunması; bununla birlikte bu ülke

---

64 Kahn-Freund (Delictual), s.6-7; Pryles, M. C.: "Tort and Related Obligations", **Rec.des Cours,** 1991/II, Vol. 227, s.23; Turhan, T.: "Literatürden Hareketle Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanına İlişkin Bazı Genel Gözlemler", **AÜHFD**, 1989-1990, C.41 S.1-4, s. 95-97. (Genel Gözlemler)

65 Köthe, s. 5; Gamillscheg, s. 246.

66 Milletlerarası unsurlu haksız fiiller bakımından en yaygın kabul edilen kural haksız fiilin işlendiği yer, bir başka deyişle ika yeri kuralıdır. Buna gerekçe olarak doktrinde, fiilin işlendiği ülkenin toplumsa düzeninin ihlal edildiği ve bu nedenle haksız davranışa uygulanacak müeyyidenin bu ülke hukukuna göre tespit edilmesi gerektiği ifade edilmektedir: Doğan (Milletlerarası Özel), s. 404; Çelikel/Erdem, s. 416; Aybay/Dardağan (2008), s. 274; Haksız fiilin ika yeri hususunda doktrinde üç görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki haksız fiilin işlendiği yer (mektubun postalandığı, gerekli kontrollerin yapılmadığı ülke gibi), diğeri sonuç yeri (kurşunun isabet ettiği, mektubun okunduğu, kontrolleri eksik yapılmış bir aracın kaza yaptığı yer gibi) bir diğeri ise zarar yeridir (yaralı kimsenin hastalığının nüksettiği hastanenin bulunduğu yer gibi). Haksız fiilin işlendiği yer zarar yerine nazaran daha kolay tespit edilebilmesine rağmen birden fazla eylemin tek bir zararı meydana getirdiği haksız fiiller bakımından uygulanacak hukukun tespitinde yetersiz kalmaktadır. Sonuç yerinde haksız fiil neticesinde doğrudan etkilenen hukuki varlığın bulunduğu ülke hukuku haksız fiile uygulanacak hukuk olarak tespit edilmekle birlikte bu yer hem zarar veren hem de zarar gören bakımından tesadüfi olabilir. (Örneğin bir kaza kurşunu sınırı geçebilir). Sorumluluğun tazmin yoluyla giderilmesi amacına en yakın olarak kabul edilen zarar yeri hukuku tekrarlanan haksız fiillerde taleplerin birden fazla ülkede ileri sürülmesine ve zarar veren kimse bakımından öngörülemeyen sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir. Buna ek olarak müdahalenin men'i davasının söz konusu olduğu durumlarda gerçek bir zararın ortaya çıkmaması söz konusudur. Doktrinde de genel kabul gören görüş zararın meydana geldiği yer ile kastedilenin "sonucun ortaya çıktığı yer"dir: Turhan, T.: "**Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı**", Ankara 1989, s. 365. (İka Yeri); Bununla birlikte çalışmamızda ele aldığımız hukuki düzenlemelere bağlı kalarak zarar yeri kavramını kullanacağız.

hukukun fiili (örneğin haksız fiilin gerçekleştiği yerin tespit edilememesi) ya da hukuki nedenlerle (örneğin uygulanacak kanunlar ihtilafı normunun kendisinin şüpheli olması, tespit edilmesinin güçlük arz etmesi) tespit edilememesi halidir[67].

Bununla birlikte *Raape* taraflara bu alanda hukuk seçme özgürlüğü bahşetmek istememiştir. Daha ziyade tarafların haksız fiille uygulanacak hukuk bakımından doğacak şüpheyi sözleşmeler vasıtasıyla giderebileceklerini savunmuştur. Taraflar haksız fiilin birden fazla ülkede işlendiği ya da haksız fiilin işlendiği yer ile zarar yerinin farklı ülkelere dağıldığı ve bundan dolayı birden fazla hukuk düzeninin haksız fiilin gerçekleştiği yer hukuku olarak uygulanmasının söz konusu olduğu durumlarda ilgili hukuk düzenlerinden birinin uygulanması üzerinde anlaşır, böylelikle bu anlaşma yoluyla hukuk düzenlerinin biri bakımından kendilerine tanınan taleplerden bu hukuk düzeni ölçütünde vazgeçer ve diğer hukuk düzenine göre kendilerine tanınan taleplerle yetinirler[68]. Tarafların talepleriyle yetineceği objektif haksız fiil statüsüne ilişkin ikinci olay grubunda bu statü tespit edilemediği için *Raape* tarafların üzerinde anlaştıkları hukukun esas alınmasını sözleşme özgürlüğü ilkesiyle gerekçelendirmiştir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, haksız fiilin, haksız fiil taraflarının seçmiş oldukları ülkede gerçekleşmiş olması halinde, borçlunun alacaklıya ödemesi gerekeni ödemekle yükümlü olacağına dair içerikte bir borç sözleşme kurulmasına olanak sağlamaktadır[69].

Özellikle son olay grubu bakımından *Raape*'nin irade muhtariyeti ilkesini, bir başka deyişle bu hukuki ilişkiler bakımından hukuk seçimini tanıdığı sonucuna

---

67 Köthe, s. 18; von Hein, J.: "Rechtswahlfreitheit im Internationalen Deliktsrecht", **RabelsZ**, 2000, Bd. 64, s. 597. (Rechtswahlfreiheit).

68 Köthe, s. 18; von Hein (Rechtswahlfreiheit), s. 597.

69 Bu husus *Raape*'nin ifadesiyle "usuli bir manevra"dır. Bu anlamda zarar veren zarar gören ile haksız fiil Alman hukukuna göre değerlendirilecek olsaydı, zarar verenin ödemesi gereken miktara ilişkin bir sözleme yapmaktadır: Köthe, s.18; von Hein (Rechtswahlfreiheit), s. 597.

varılabilir. Bir başka hukukun uygulanması yönünde açıklanan iradelerin hukuka uygunluğu ve geçerliliğinin sadece bertaraf edilen hukuka göre değerlendirildiği, bir başka deyişle taraflara sadece maddi hukuka ilişkin bir atfa izin verileceğine ilişkin ilk olay grubundan farklı olarak, taraflar bu olay grubu bakımından haksız fiil statüsündeki emredici hükümlere bağlı değildirler; zira maddi hukuk atfı olarak nitelendirilebilecek bu durumda esasen yetkili hukuk uyarınca söz konusu atfın hüküm ve sonuçları tespit edilir. Bu bağlamda yapılacak bir seçim yetkili hukukun statüsünün emredici hükümlerine tabi olacağından kanunlar ihtilafı alanında bir hukuk seçimine işaret etmeyecektir[70]. Bununla birlikte taraflara kanunlar ihtilafı bağlamında yapacakları bir hukuk seçiminde böyle bir sınırlamanın getirilmesinden kaçınılmalıdır. Netice itibariyle, şayet tarafların üzerinde anlaştıkları hukuk objektif haksız fiil statüsünün emredici hükümlerine tabi olmazsa, taraflara objektif haksız fiil statüsü ile aynı nitelikte sayılabilecek hukuk seçimi imkânı da tanınmış olur[71]. *Raape* tarafından savunulan bu görüş sonraları karmaşık ve hayatın olağan akışına ters yapısı nedeniyle kabul görmemiştir[72].

Milletlerarası haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimi serbestisinin adım adım uygun görülmesi, kanunlar ihtilafı hukukunda emredici hükümlerden vazgeçilerek taraflarca bir gönderme yapılmasının tanınması anlamına geleceğinin kabulü, söz konusu tartışmanın yapıldığı yıllardan çok sonraya rastlamaktadır[73]. Buna gerekçe olarak haksız fiilden doğan borç ilişkileri bakımından karşılıklı anlaşmanın

---

70 Köthe, s. 18; von Hein (Rechtswahlfreiheit), s. 598.

71 Köthe, s. 18; Haksız fillerde kanunlar ihtilafı kurallarının tarihi gelişimi ilk etapta hakimin hukuku (*lex fori*) ve haksız fiilin ika yeri hukukundan hangisinin somut olaya uygulanacağı noktasında yaşanan ve doktrinde ika yeri kuralının uygulanması hususundaki görüşün çoğunlukla kabul edildiği tartışmalar şekillendirmiştir. Daha sonraki etapta ise haksız fiilin ika yeri kuralının daha esnek sayılabilecek kurallar ile değiştirilmesi tartışmasına yoğunlaşılmıştır: Pryles, s. 23.

72 Köthe, s.18; von Hein (Rechtswahlfreiheit), s. 598.

73 Köthe, s. 18; von Hein (Rechtswahlfreiheit), s. 598.

söz konusu olmadığı ve bu borçların daha ziyade kanundan doğduğu gösterilmektedir[74]. Bu anlamda tarafların anlaşmasıyla meydana getirilen sözleşmeden doğan ilişkilerden farklı olarak haksız fiilden doğan borç ilişkileri, ilişkili oldukları ülke hukukunun kurallarına daha bağlı bir yapıya sahiptir. Bir başka deyişle, hukukun uygulanması bakımından ülkesellik meselesi karakteristik olarak haksız fiilden doğan bir borç ilişkisinin belirlenmesi bakımından sözleşmeden doğan ilişkiye nazaran daha önemli bir faktördür[75]. Bu anlamda, hukuk seçimi bağlamında haksız fiilden doğan borç ilişkisinin meydana gelmesine sebep olan olayın vuku bulduğu ya da olayla ilgisi olan ülke hukukunun haksız fiilden doğan borç ilişkisine uygulanıyor olması bu ilişkiler bakımından ülkesel kuralların güçlü etkisini göstermektedir[76]. Sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından 16.yüzyıldan itibaren geleneksel doktrinden ayrılarak tarafların iradesine tabi kılma tartışmalarının başlamasına rağmen haksız fiil ve diğer sözleşme dışı borç ilişkilerinin tamamen ülkesel olarak kalması da bunun bir göstergesidir[77]. Bununla birlikte son yıllarda özellikle haksız fiiller bakımından hukuk seçimi tartışmaları, ülkesellik unsurunun bu borç ilişkileri bakımından getirilen kanunlar ihtilafı kurallarının şekillenmesinde haiz olduğu önemin azalmasının yanı sıra artan ve çeşitlenen sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından tek bir bağlama noktasının yetersizliği ve belli haksız fiil türleri bakımından uygulanacak hukukun belirlenmesinde esneklik arayışının artması neticesinde oldukça sık yapılmaktadır[78].

Hukuk seçimi serbestisinin milletlerarası haksız fiilden doğan borç ilişkileri bakımından da yapılabileceğinin tartışıldığı söz konusu dönemde, tarafların seçtikleri

---

74 Zhang (Choice of Law), s. 867.
75 Zhang (Choice of Law), s. 867.
76 Zhang (Choice of Law), s. 867.
77 Zhang (Choice of Law), s. 868.
78 Zhang (Choice of Law), s. 869.

hukukun hukuk seçimine izin verip vermediğinin herhangi bir önemi olmadığı ve hukuk seçiminin *Raape*'nin oluşturduğu olay grupları ile sınırlanmasının hukuka uygun olduğu anlayışından vazgeçildiği görülmektedir[79]. Yine bu dönemde doktrinde ağırlıklı olan görüşe göre taraflar zarara sebep olan olayın gerçekleşmesinden önce haksız fiil statüsü üzerinde anlaşma yapabilirler[80]. Her hukuk düzeni, bu arada tarafsız bir hukuk düzeni de seçilebilir. Hukuk seçimi iradesinin açıklanması bakımından herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Buradan hareketle hukuk seçimi anlaşması açık ya da zımni olarak yapılabilir. Geniş kapsamlı bir hukuk seçme özgürlüğü doktrinde bu dönemde genel kabul gören görüş olmuştur[81]. Söz konusu tartışmaların yapıldığı yetmişlerin sonuna kadar Alman mahkeme kararlarının haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimi konusunda birbiri ile uyumlu olmayan kararlar verdikleri göze çarpmaktadır. Bununla birlikte, Alman Federal Yüksek Mahkemesinin 1980'lerde verdiği imalatçının sözleşme dışı sorumluluğuna ilişkin *Apfelscorf*[82] kararında, be belirsizlik ortadan kalmıştır. Söz konusu kararda mahkeme tarafların kanunlar ihtilafı hukukunda hukuk seçimi yapabilemeleri hususunda olumlu görüş bildirmiş, bunun yanı sıra bu seçimle birlikte davacının artık Amerikan hukukundan kaynaklanan talepleri artık ileri süremeyeceğini ifade etmiştir. Mahkeme her ne kadar hukuk seçimi anlaşmasını maddi hukuk karakterli olarak tespit etmiş olsa da tarafların yapmış oldukları seçim neticesinde imalatçının sözleşme dışı sorumluluğundan kaynaklanan somut olaydaki uyuşmazlıkta objektif hüküm statüsünün davalı açısından "en uygun" hukuk olduğu araştırmasından vazgeçtiği gibi tarafların Amerikan

79 Köthe, s.19.

80 Köthe, s. 19; von Hein (Rechtswahlfreiheit), s. 598.

81 Köthe, s. 19; von Hein (Rechtswahlfreiheit), s. 598.

82 BGH 6. Zivilsenat 17.03.1981, VI ZR 191/79.

hukukunun uygulanmasından vazgeçmelerinin Amerikan hukuku bakımından geçerli olup olmadığını da araştırmamıştır[83]. Alman mahkemelerinin bu tarihten sonra verdikleri kararlarda tarafların iradelerine kanunlar ihtilafı düzeyinde bir etki tanıdıkları görülmektedir[84].

Diğer haksız fiil türleri bakımından hukuk seçimi yapılıp yapılamayacağı meselesinde yeknesak bir cevap bulmak zordur. Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüş milletlerarası haksız fiil hukukunda olduğu gibi milletlerarası sebepsiz zenginleşme ve vekaletsiz işgörme hukuklarında da hukuk seçiminin mümkün olduğu yönündedir[85]. Bununla birlikte, bu hukuki ilişkiler bakımından henüz ihtiyaca tam anlamıyla cevap veren kurallar getirildiğini söylemek güçtür. Ayrıca haksız fiillerle karşılaştırıldıklarında bu kuralların daha karmaşık ve sınıflandırma ve tanımlanma bakımından daha zor oldukları söylenebilir[86].

C. Sözleşme Özgürlüğü ile İlişkisi

Sözleşme özgürlüğünün konusunu tarafların kendi iradeleriyle hukuki ilişkilerini düzenlemeleri oluşturur. Sözleşme özgürlüğü, taraflara sözleşme akdetmek yoluyla hukuki sonuçları tayin edebilme ve böylelikle sözleşmenin maddi içeriğini belirleme imkânı verir[87]. Bu çerçevede bireylerin, aralarında oluşturacakları özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin kendilerine tanıdığı sınırlar çerçevesinde özgürce düzenleme yetkisine sözleşme özgürlüğü adı verilir[88].

---

83 Köthe, s. 21-22.

84 Köthe, s. 22.

85 Vogeler, A.: **Die Freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der Ausserverträglichen Schuldverhältnisse**, Tübingen 2013, s. 29.

86 Zhang (Choice of Law), s. 870.

87 Eren (Genel Hükümler), s. 300; Oğuzman/Öz, s. 24-26.

88 Eren (Genel Hükümler), s. 300; Oğuzman/Öz, s. 23.

Sözleşme özgürlüğü borçlar hukuku bakımından sözleşmenin yapılması ve içeriğinin düzenlemesinin yanında karşı tarafı seçim özgürlüğünü, şekil serbestisi ve sözleşmeyi sona erdirme serbestisini de garanti etmektedir[89]. Sözleşme özgürlüğü kural olarak iki taraflı işlemlerde mümkündür; bununla birlikte tek taraflı işlem varması gerekli bir irade beyanı içermekte ise burada da sözleşme özgürlüğünden bahsedilebilir[90]. Sözleşme özgürlüğü gerçek bir temel hak ve özgürlük olarak nitelendirilir[91]. Kanunkoyucu, sözleşme özgürlüğü prensibini ölçülülük ilkesini dahilinde sınırlayabilir[92].

Kanunlar ihtilafı alanında irade muhtariyeti doktrindeki baskın görüşe göre sözleşme özgürlüğünün milletlerarası özel hukuktaki karşılığı olarak kabul edilir[93]. Bununla birlikte, taraf iradelerinin maddi hukuk ve milletlerarası özel hukuktaki etkileri farklılaşmıştır. Buna göre, maddi hukuk bağlamında sözleşme özgürlüğü ilkesi, tarafların, özel hukuktan kaynaklanan borç ilişkilerini, bir hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme serbestisiyken[94]; irade muhtariyeti "kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında hukuk seçimi serbestisi"ni ifade eder[95]. Kural olarak, maddi hukukta yer alan sözleşme özgürlüğü ilkesi taraflara iç

---

89 Eren (Genel Hükümler), s. 300.

90 Vogeler, s. 6; Battal, s. 49.

91 Eren (Genel Hükümler), s. 298; ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 502-dn. 4.

92 Vogeler, s. 10; Kanunkoyucu özellikle haklı sebebe dayanan kişilik hakları yahut kamu düzeni gibi sınırlamalarda daha yüksek ve önemli bir amacı takip etmek maksadıyla temel hak ve özgürlüklerin devamını garanti altına alacak biçimde sınırlayabilir. Nitekim TBK m.27 "Kanunun emredici hükümlerine aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür" hükmü ile söz konusu sınırlamayı hükme bağlamıştır.

93 Vogeler, s.6; Eren (Genel Hükümler), s.300; Çelikel / Erdem, s. 319; Karş. Doğan, s. 363.

94 Eren (Genel Hükümler), s. 300; Kılıçoğlu, s. 73; Kocayusufpaşaoğlu, s. 503; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 59; Hatemi/Gökyayla, s. 58-59; Oğuzman/Öz, s. 23; Reisoğlu, s. 133; Küçükyalçın, A.: "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması", **AÜHFD**, 2004, C. 53 S. 4, s. 115.

95 Vogeler, s. 6; Doktrinde, ortak görüş olarak kanunlar ihtilafı hukukunda irade muhtariyetinin borçlar hukukundaki sözleşme serbestisinin karşılığı olduğu kabul edilmekte ise de; bu iki kavramın hangisinin birbirine kaynak teşkil ettiği ve ilişkisinin niteliği tartışmalıdır: Doğan, s.363; Bu noktada irade muhtariyetinin meşruluk temellerini maddi hukukta arayan görüşe göre kanunlar

hukukta yer alan emredici kuralları (*ius cogens*)[96] sözleşme ile bertaraf etme imkânını tanımazken[97], doktrindeki yeni görüşe[98] göre irade muhtariyeti ilkesi, iç hukuktaki emredici hukuk kuralları üzerinde, bir başka hukuku seçme yetkisi vermek suretiyle, tasarruf imkânını doğurur[99]. Bu nedenle maddi hukukta yapılacak yollama (*materiellrechtliche Verweisung*) ile kanunlar ihtilafı hukukunda yapılacak yollama (*kollisionsrechtliche Verweisung*) birbirinden ayrılır[100].

Maddi hukukta yapılan yollama ile taraflar bir hukuk düzeninin tamamlayıcı kurallarını sözleşmelerine dâhil eder ve böylelikle bu hukuk düzeninin tamamlayıcı kurallarını sözleşmelerinin bir parçası haline getirirler. Bir başka deyişle, maddi hukuka ilişkin atıf, tarafların sadece bir hukuk düzeninin tamamlayıcı hükümleri ile olan bağlılığını ortadan kaldırır. Bu yollamanın sınırlarını söz konusu hukukun emredici kuralları oluşturur. Buna karşılık kanunlar ihtilafında yollama irade muhtariyetinin "çekirdek alanı" olarak tanımlanır[101]. Her bir hukuk düzeni bakımından farklılaşan ve çeşitlenen söz konusu yollama[102] vasıtasıyla taraflar farklı bir hukuk

---

ihtilafı alanında hukuk seçimi serbestisi, maddi hukuklarda düzenlenen sözleşme serbestisinin kanunlar ihtilafı hukukuna, bu hukukun genel nitelikleri çerçevesinde, aktarımından ibarettir: Maultzsch, F.: "Rechtswahl und ius cogens im Internationalen Schuldvertragsrecht", **Rabels Z,** 2011, Bd.75, s. 63-dn. 8'deki yazarlar; Buna karşılık irade muhtariyetinin meşruiyetini kanunlar ihtilafı hukukunun kendisinde arayan diğer görüşe göre irade muhtariyetinin bu alanda kabulü, milletlerarası unsurlu borç ilişkileri bakımından objektif bir bağlanma kriteri bulma noktasında yaşanan güçlüklerin, her bir somut olay bakımından hukuk seçimine izin vermek suretiyle somut olay bağlamında aşılmasına hizmet eder: Maultzsch, s. 64-dn. 11'deki yazarlar.

96 Ekşi (Tahkim Anlaşmaları), s. 22; Lüttringhaus, J. D.: **Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz – Das internationale Privatrecht der Antidiskriminierung,** Hamburg 2010, s. 197; İç hukukta emredici kurallar ve bu kavramın milletlerarası boyuttaki tartışması için bkz. Alexidze, L.: "Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law" **Rec.des Cours**, 1981/III, Vol. 172, s. 233 vd.

97 Kohler, s. 340; Köthe, s. 6; Vogeler, s. 9

98 Bkz s. 22.

99 Vogeler, s. 6; Lehmann, s. 392; Tekinalp/Uyanık, s. 276.

100 Maultzsch, s. 62; Kohler, s. 328-329; Doğan (İş Akdi), s. 17

101 Vogeler, s. 9.

102 Amerika Birleşik Devletleri'nde, kesinlik ve öngörülebilirliği garanti eden bir yöntem olarak kabul edilen irade muhtariyeti, İngiltere'de sözleşmenin uygun hukukunu belirleme (*proper law)* yöntemi olarak kullanılmakta, Fransa'da ise sözleşmenin bir ülke ile olan bağlantısını tespit şekli

düzeninin uygulanması konusunda yapacakları bir sözleşme ile somut olayla objektif bağlantılı hukuk düzeninin emredici ve tamamlayıcı kurallarını, sözleşme ile tayin ettikleri bir başka hukuk düzeninin emredici ve tamamlayıcı kurallarının yerine geçmesini kararlaştırırlar[103]. Buna göre taraflar hukuk seçimi yaparlarken maddi hukuktaki sözleşme özgürlüğüne ilişkin kural ve sınırlamalara tabi olmazlar[104]. Bir başka deyişle objektif kurallar karşısında uygulanacak hukukun araştırılmasında teorik de olsa ilk etapta[105] tarafların iradesi esas alınır[106]. Bu kurum kanunlar ihtilafı hukukunda yollama yapma serbestisi olarak da tanımlanabilir[107].

Kanunlar ihtilafı hukukunda irade muhtariyeti prensibinin yansıması olan hukuk seçimi serbestisinin, maddi hukukta yer alan sözleşme özgürlüğü prensibi ile yakın bir ilişkisi olduğu ifade edilmiştir[108]. Bu iki kurumun birbirleriyle olan ilişkisi bağlamında hukuk seçimi serbestisi ile sözleşme özgürlüğünün işleyiş biçiminin aynı olmasına işaret edilmektedir[109]. Hukuk seçimi serbestisinin sınırları hukuk düzeninin amaç ve ilkeleriyle örtüşmediği yer ile çizilmiştir[110]. Bir başka deyişle, milletlerarası özel hukukta da tarafların hukuk seçimi anlaşması ile dâhil edemeyecek ya da uygulanmasını engelleyemedikleri emredici düzenlemeler bulunmaktadır[111].

---

olarak uygulanmaktadır. Kroll-Ludwigs, s. 167-170.

103 Köthe, s. 5; Doğan, s. 363; Çelikel/Erdem, s. 341.

104 Vogeler, s. 10; Bununla birlikte, bu anlayış uyarınca taraf iradeleri ile belirlenen hukuki ilişki statüsü, kamu düzeni ve hâkimin doğrudan uygulanan kuralları hariç olmak üzere, emredici ve tamamlayıcı hükümleri ile olaya uygulanmaktadır.

105 Doğan (İş Akdi), s. 16.

106 Mandery, M.: **Party Autonomy in Contractual and Non-Contractual Obligations**, Köln 2014, s. 17; Schönenberger, W.:"Devletler Hususi Hukukunda Akit Taraflarca Yetkili Kanunun Seçilmesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı**, Ankara 1966, s. 301.

107 Vogeler, s. 9, Doğan (İş Akdi), s. 17.

108 Vogeler, s. 9.

109 Vogeler, s. 11.

110 Vogeler, s. 11; Nomer bu noktada adalet terimi yerine hakkaniyet terimini kullanmıştır. Krş. Nomer (2013), s. 14.

111 Vogeler, s. 11; Brière, C.: "Le Choix de Principe UNIDROIT par les Contractants à l'épreuve des Dispositions Impérative", **Journal du Droit Internationale,** 2007/2, s. 476-477. (Dispositions);

Kanunlar ihtilafı hukukunda hukuk seçme serbestisi ile maddi hukukta yer alan sözleşme özgürlüğü arasındaki yakın ilişki hukuk seçimi serbestisinin sözleşme özgürlüğü tarafından temin edilmiş olduğu varsayımıyla da açıklanmaktadır[112]. Bu varsayım anayasalarda[113] teminat altına alınmış olan sözleşme özgürlüğünün[114] milletlerarası özel hukuk bakımından da uygulanabilir olması için tarafların bir kanunlar ihtilafı normu ile yetkilendirilmiş olması gerektiğini savunmaktadır[115].

Hukuk seçimi anlaşmasının tarafları, tıpkı bir maddi hukuk sözleşmesinde olduğu gibi sözleşme yapıp yapmama, yaptığı sözleşmeyi sonradan değiştirme ya da tamamen ortadan kaldırma serbestisine sahiptirler. Bir başka deyişle bir maddi hukuk sözleşmesi bağlamında yapılan değerlendirmeler milletlerarası özel hukuk bağlamında da dikkate alınır[116]. Bu bakımdan Roma II Tüzüğü m. 14 yahut MÖHUK m.34 (5)'te yer alan düzenlemelerin *kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında gönderme sözleşmesi*[117] niteliğinden ziyade bir milli hukukun bu sözleşmeye kanunlar ihtilafı hukukunda etki doğurma gücünü kanun ile bahşettiği bir maddi hukuk sözleşmesi olarak değerlendirmek daha doğru olacaktır[118].

Hangi hukuki ilişkiler bakımından hukuk seçimi yapılacağı hususunda

---

Lüttringhaus, s. 198.

112 Vogeler, s. 11-12.

113 Anayasa'da temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümleri devlet ile kişiler arasındaki "dikey" ilişki ilgilendirir. Bu nedenle baskın görüşe göre kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen "yatay ilişki" maddeleri özel hukuk alanında Anayasa'nın ilgili maddeleri doğrudan uygulanmazlar: Kocayusufpaşaoğlu, s.501. Başka bir deyişle, Anayasanın temel haklara ilişkin hükümlerinin özel hukuk ilişkileri üzerinde dolaylı bir etkisi vardır. Hâkim irade muhtariyeti ve sözleşme serbestisinin sınırlarını belirlerken Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümleri ve o hükümlerle ilgili olarak yapılan değerlendirmeleri dikkate alarak Anayasa'nın özel hukukta uygulanmasını sağlar: Kocayusufpaşaoğlu, s. 502; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Belling, D. W. / İnce, N.: "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi" http://www.uni-potsdam.de/u/ls_burarso/files/NURTEN%20INCE.pdf (Son erişim 25.09.2015), s. 1-52.

114 Battal, s. 48.

115 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. s. 30 vd.

116 Vogeler, s. 13.

117 Doğan (İş Akdi), s. 15.

118 Vogeler, s. 13.

belirleyici ölçütün milletlerarası unsur olduğu, bu unsurun söz konusu sözleşmeyi maddi hukukta sözleşme özgürlüğü kapsamındaki borç sözleşmelerinden ayrılmasını sağladığı ifade edilmektedir[119]. Milletlerarası unsurun ön şart olarak aranması hususu Roma II Tüzüğü Dibace m. 1'de yer almaktadır. Söz konusu madde uyarınca iç pazarın işlemesi için sınır aşıcı etkiyi[120] haiz medeni ve ticari meseleler hakkında adli iş birliğinin sağlanması hususunda Birlik birtakım önlemler almıştır. Türk hukukunda ise MÖHUK m. 1 (1) kanunun yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk işlem ve ilişkileri bağlamında uygulanacağını hükme bağlamıştır. Hukuki uyuşmazlıkları aynı anda birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hale getiren milletlerarası unsur bakımından sorun bu unsurun gerçekleşme biçiminden kaynaklanmaktadır[121]. Somut dava şartları dahilinde milletlerarası unsuru tespit etmek durumunda olan hakimin genellikle milletlerarası unsur olarak kabul edilen ölçütler[122] yanında tarafların salt bir yabancı

---

119 Çilingiroğlu, s. 103, Sargın (Yetki), s. 148; Sınır aşıcı hukuki ilişki doktrinde yabancı unsurlu ya da milletlerarası unsurlu ilişki olarak adlandırılmaktadır. Çalışmamız kapsamında milletlerarası unsurlu ilişki kavramını kullanmayı tercih ettik; zira kanaatimizce milletlerarası unsurlu hukuki ilişkiden anlaşılması gereken, söz konusu hukuki ilişki hangi ülke sınırları içinde olursa olsun, birden fazla hukuk düzeninin kurallarının uygulanabilmesinin söz konusu olduğudur. Bu anlamda örneğin iki Fransız vatandaşının Fransa'da bir evlilik gerçekleştirmiş olması ve bu kimselerin ülkelerinden hiç dışarı çıkmamış olmaları halinde bu husus Türkiye'den bakıldığı zaman yabancı unsurlu bir ilişki olarak tanımlanabilir. Benzer bir örnek için bkz. Tekinalp/Uyanık, s. 277. Burada belirtmemiz gerekir ki sınır aşıcı hukuki ilişkinin mahiyeti doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre ilişkiye milletlerarası unsur niteliğini kazandıran hukuki ilişkide tarafların iradesi dışında halihazırda bulunan objektif niteliklerdir. Bu görüş için bkz. Aybay/Dardağan (2008), s. 250-251; Berki O. F.: **Türk Hukukunda Kanun İhtilafları**, Ankara 1971, s. 175; Buna karşı çıkan görüşe göre ise taraflar bir iç hukuk ilişkisin kendi iradeleri ile milletlerarası unsurlu hale getirebilirler. Bu konuda bkz. Çelikel/Erdem, s.341; Tekinalp/Uyanık, s. 278; Nomer (2015), s. 321; Hukuki ilişkinin maddi/ ekonomik karakteri ön planda tutularak milletlerarası ticareti ilgilendirdiği ölçüde bu karakteri haiz olduğuna ilişkin olarak bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 261-262. Yargıtayın 11. Hukuk Dairesinin 07.12.2006 tarihli, E.2006/8585, K.2006/12877 sayılı kararında milletlerarası unsurun somut uyuşmazlıkta objektif olarak bulunması şartını aramamıştır. Çalışmamızın sınırları içerisinde bu tartışmalara yer verilmeyecektir. Tartışmalar için bkz. Demirkol, s. 91-101. Burada her hukuki ilişkide aranacak milletlerarası unsurun (yabancılık unsurunun) farklılık arz ettiğinin belirtilmesi gerekir. Bu hususla ilgili olarak bkz. Sargın, F.: **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 2002, s. 11. Çalışmamızda söz konusu unsurun bahsi geçen hukuki ilişkiler bakımından zaten var olduğu kabul edilecektir.

120 Ayrıntılı bilgi için bkz. dn. 52.

121 Çilingiroğlu, s. 104; Sargın (Yetki), s. 148.

122 Söz konusu ölçütler için bkz. Sargın (Yetki), s. 149.

hukuku seçerek aralarındaki ilişkiyi milletlerarası unsurlu hale getirip getirmedikleri konusunda doktrinde bir görüş bu seçimin ilişkiyi milletlerarası unsurlu hale getirdiğini, bir başka deyişle, taraf iradesini sübjektif bir bağlama noktası olarak kabul etmekteyken[123], bizim de katıldığımız görüş taraf iradelerine böyle bir nitelik kazandırılamayacağını, dolayısıyla ilişkinin böyle bir seçimle milletlerarası unsurlu hale gelmediğini ifade etmektedir[124].

D. Meşruiyet Konusu

1. Genel Olarak Meşruiyet

İnsan davranışlarını düzenleyen hukuk, normatiftir ve normlardan, bir başka deyişle kurallardan oluşur. İrade muhtariyeti, bireye özel hukuk ilişkilerinde "kendi kendine norm koyma", "kendi kanununu yapma"[125] yetki ve gücünü verir. Birey, özel borç ilişkilerinde kendi hukuk normunu koyarken, daha çok sözleşmeleri kullanır. Bu nedenle sözleşme, onu yapanların kanunu, sözleşmenin kurucu unsuru olan birey iradesi hukukun kaynağıdır[126].

Geçmişte tarafların iradesi ile herhangi bir hukuk düzenine bağlanmak adil olmayan bir çözüm olarak nitelendiriliyordu. Bu noktada ileri sürülen itirazlardan ilki tarafların hukuk seçimini dayandırmış oldukları ilişkinin hangi hukuka tabi olacağı sorununu hukuki ilişkilerine uygulanmak üzere seçmiş oldukları hukuk ile ortadan kaldıramadıkları yönündeydi. Bu noktada yapılan bir başka itiraz da somut olayda taraflar arasında makul bir menfaat dengesinin birden fazla hukuk düzeni ile

123 Çilingiroğlu, s. 113.

124 Sargın (Yetki), s. 149.

125 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kroll-Ludwigs, s. 158-163.

126 Eren (Genel Hükümler), s. 298

kurulamayacağı yönünde idi[127]. Bu düşünce günümüzde rağbet görmemektedir. Taraf iradeleri ile bir başka hukukun seçilmesi, somut olay ile en sıkı ilişkili hukuka bağlanmayı temin edeceği düşünülen kanunlar ihtilafı kuralını, bir başka deyişle milletlerarası özel hukukun dogmatik sayılabilecek düşüncesi olan tarafsız bir hukukun seçilmesi halini ortadan kaldırmıştır[128]. Bu nedenle taraf iradeleri ile bir hukuk düzenine bağlanmanın meşruiyetinin tartışmalı olması şaşırtıcı değildir.

Doktrinde, teorik tartışmaların yanında[129], bilhassa pratik düşüncelere dayanarak, irade muhtariyetinin meşruiyetini nereden aldığı sorusuna pek çok değişik cevap verilmiştir. Bunlara hukuki güvenliğin sağlanması, bağlanma güçlüklerinin ortadan kaldırılması, uygulanacak hukukun öngörülebilirliği[130], usul ekonomisi, maddi hukuk ile milletlerarası hukuk arasındaki bağlantı, *in dubio pro libertate*[131] ilkesi, milletlerarası ilişkilerin artırılması isteği, maddi hukuk düzenlerinde bulunmayan esneklik ve tarafsız bir hukuk düzeninin seçilmesi[132] örnek olarak gösterilebilir. Yalnız daha önce sayılmış olan milletlerarası özel hukuk müesseselerinden hiçbiri taraf iradelerinin neden dikkate alınması gerektiği sorusuna bir cevap verememektedir[133].

Daha önce de belirtildiği gibi, hukuk seçimi serbestisi ve sözleşme özgürlüğü kurumları uygulama alanlarını ve sınırlarını farklı hukuki alanlarda bulur. Bu nedenle çalışmamızda incelediğimiz düzenlemeler açısından oldukça önemli olan hukuk

---

127 Dolinger, s. 251.

128 Vogeler, s. 10.

129 Bu tartışmalar için bkz. Lehmann, s. 390 vd.

130 Lehmann, s. 392.

131 Milletlerarası özel hukuk bağlamında kanun koyucunun objektif bir biçimde belirlenebilecek bir kanunlar ihtilafı kuralı öngörmemiş ya da öngörememiş olması halinde, taraflara uygulanacak hukuku seçme serbestisinin tanınması gerektiği ilkesi: Kropholler, s. 89; Mandery, s. 89.

132 Lehmann, s.388.

133 Vogeler, s.10.

seçimi serbestisi ile sözleşme özgürlüğü ilkesi arasındaki yakın ilişki mutlaka dikkate alınmalıdır[134]. Daha doğru bir söyleyişle, hukuk seçimi serbestisi ve sözleşme özgürlüğü arasındaki ilişki ve etkileşim taraf iradelerinin meşruiyetinin değerlendirilmesinde dikkate alınmak zorundadır.

Birlik hukuku düzenlemeleri kanunlar ihtilafı hukukunda hukuk seçimi serbestisinin teminat altına alındığına ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Birlik kanun koyucusu ortak pazar yaratmak ve piyasa ekonomilerini birleştirmek amacıyla sözleşme özgürlüğünü Birlik hukukunda başka özgürlükler vasıtasıyla şart koşmuştur[135]. Hukuk seçimi anlaşmasının özel hukuk karakteri (*individualvertaglicher Charakter*) ve irade muhtariyetinin meşruiyetinin bireylerin kendi geleceğini tayin etme (maddi ve manevi varlıklarını koruma ve geliştirme) hakkından kaynaklanması, irade muhtariyeti sözleşme özgürlüğünün bir parçası olarak kabul edildiğinde, sözleşme özgürlüğüne ilişkin düzenlemelerde yer alan teminatların irade muhtariyeti bakımından da geçerli olması sonucunu doğurur. Bununla birlikte, Birlik düzenlemelerinde sözleşme özgürlüğünün teminat altına alındığına ilişkin bir hüküm aramak gereksizdir. Sözleşme özgürlüğü daha ziyade ekonomik karakteri haiz girişim rekabet etme ve çalışma özgürlüğü ile sağlanmaktadır[136]. Dolayısıyla, Birlik düzenlemelerinde irade muhtariyetinin teminat altına alınması söz konusu bu özgürlüklerin sınırlandırılması yasağının bir sonucudur[137]. ABAD'ın *Dassonville* davasında temel özgürlükler bakımından benimsemiş olduğu anlayış[138] dikkate

---

134 Vogeler, s.14.

135 Vogeler, s.10.

136 Kroll-Ludwigs, s. 189; Vogeler, s. 10.

137 Vogeler, s. 15.

138 *Dassonville* davasında [C-8/74 Procureur du Roi v. Benoit & Gustave Dassonville [1974] ECR 837] ABAD üye devletlerde hukuka uygun üretilmiş bütün malların serbest dolaşım kapsamında olduğunun, bir başka deyişle üye devletler tarafından Birlik içinde yapılan ticareti direkt ya da

alındığında, emredici hükümlerin uygulanacak hukuk bağlamında belirsizliklere yol açmasından dolayı temel özgürlüklerin kısıtlanması tehlikesine işaret edilmektedir. Bu tehlikenin bertaraf edilmesi noktasında temel özgürlüklerin irade muhtariyetini dolaylı olarak teminat altına aldığı düşüncesine dayanılır[139]. Bundan dolayı, irade muhtariyetinin sınırlamaları temel özgürlükler ile uyum içinde olmalıdır. Bir başka deyişle, irade muhtariyetinin meşruiyet temelleri bir yandan temel özgürlüklerden bir yandan da üye ülkelerin hukuk düzenlerinde sözleşme özgürlüğünü garantileyen esaslardan kaynaklanır[140].

2. Milletlerarası Unsurlu Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinde Hukuk Seçiminin Meşruiyeti

Kanunlar ihtilafı hukukunda sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından uygulanacak hukukun seçilmesi hususunun maddi hukuklarda yer alan sözleşme serbestisi ilkesinden kaynaklandığı, hukuki kesinliği sağladığı ve ekonomik anlamda verimli olduğu ifade edilmektedir[141]. Doktrinde bir görüşe göre aynı gerekçeler milletlerarası unsurlu sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından da kabul edilmelidir[142]. Bununla birlikte, milletlerarası unsurlu sözleşme dışı borç ilişkileri ve haksız fiilden doğan borç ilişkileri bakımından hukuk seçiminin temellendirilebilmesi sözleşmeden doğan borç ilişkilerine nazaran kaçınılmaz olarak daha zor olacaktır; zira sözleşmeden

---

mevcut olup olmadığına bakılmaksızın etkilemeye yönelik tüm ticari kuralların eş etkili önleme neden olacağını ifade etmiş, temel özgürlüklerin mümkün olduğunca geniş yorumlanması gerektiği vurgulanmıştır. ABAD'ın kararında yer verdiği bir başka önemli husus ise sınırlamaların mümkün olduğunda dar ve sınırlı olarak, bir başka deyişle makul olma ölçüsünde sınırlanması ve yorumlanması gerektiğidir. Candan, T.: "Malların Serbest Dolaşımı", **Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Serbest Dolaşım ve Politikalar,** Ankara 2012, s.31-32.

139 Vogeler, s. 15.

140 Vogeler, s. 15.

141 Mandery, s. 90.

142 von Hein (Rechtswahlfreiheit), s. 598; Lehmann, s. 381; Mandery, s. 90.

doğan borç ilişkilerinde dahi sözleşme kurulurken ilgili borcun tespit edilebilmesi mümkün olmasına rağmen, hangi sözleşme tarafının sözleşmeyi ihlal edeceği ve bu ihlalin nasıl gerçekleşeceği kestirilememektedir. Sözleşme dışı borç ilişkileri kategorisi altında yer alan haksız fiiller ise hukuki nitelikleri gereği daha az tahmin edilebilir ve önceden öngörülebilmeleri neredeyse imkânsızdır. Bu husus özellikle taraflardan her birinin farklı ülkelerde bulunması ve eylemlerini bu ülkelerde gerçekleştirmesi halinde daha da zor olacaktır[143].

Kanunkoyucunun yaptığı düzenleme ile bu tartışmayı sona erdirdiğini savunan diğer bir görüşe göre sözleşme dışı borç ilişkilerinde hukuk seçiminin meşruiyeti, kanun koyucu tarafından hukuk seçimi imkânına ilgili düzenlemede yer verilmesi suretiyle sağlanmıştır. Bu noktada getirilen bu imkân irade muhtariyetine bu alanda atfedilen değerin ortaya konmuş ve herhangi başka bir tartışmanın yapılmasına gerek kalmamıştır[144]. Bununla birlikte irade muhtariyetinin sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından düzenlemelerde yer almış olmasına rağmen bu hususta hukuk seçiminin pratikte pek yapılmıyor olması[145] yahut getirilen sınırlamaların hukuk seçimini işlevsiz[146] hale getirmesi nedeniyle etkin olmadığı[147] da savunulmaktadır.

3. Hukuk Seçiminin Dışsal (Pozitif Hukuk Bağlamında) Meşruiyeti

Kanunlar ihtilafı hukukunda hukuk seçiminin kaynağı konusunda doktrinde iki

---

143 Mandery, s. 91.

144 V.Bar, C./ Mankowski, P.: **Internationales Privatrecht Band 1: Allgemeine Lehren**, 2.Ausgabe, München 2003, s. 592-595; Lehmann, s. 384; Köthe, s. 39.

145 Tarafların uygulanacak hukuk konusundan ziyade uyuşmazlığın maddi unsurları bakımından anlaşmaya vararak uyuşmazlığı sona erdireceği yönünde bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 296-dn. 446.

146 Nomer (2015), s.361.

147 "Etkinlik, hukuku filli/sosyolojik yürürlüğüdür. Yürürlükte olan hukuk kuralının toplumsal olgularla bütünleşmesi anlamına gelir.": Işıktaç, Y./ Metin, S.: **Hukuk Metodolojisi,** İstanbul 2016, s.48.

görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilki söz konusu serbestinin kendiliğinden var olduğu ve geçerliliğinin hiçbir hukuk sistemine dayanmadığı yönündedir[148]. Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüş ise söz konusu serbestinin varlığını bir iç hukuk sisteminin kanunlar ihtilafı kurallarına dayandırmaktadır[149]. Bu görüş de kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bir görüşe göre seçimi uyuşmazlığın görülmekte olduğu ülke

---

148 Bu görüş hakkında bkz. Alibaba, s. 34-37.

149 Uluocak, s. 141-142; Tekinalp/Uyanık, s. 277; Doğan (Milletlerarası Özel), s. 362, Çelikel/Erdem, s.341, Lehmann, s. 390; Hemen belirtelim ki bu husus hukuk seçimi anlaşmasının varlığı ve geçerliliğinin belirlenmesi meselesinden ayrılır. Kaldı ki bu mesele ilgili hukuk düzeninin yapılmasından sonra tartışılması gereken bir hususdur: Alibaba, s. 34; Söz konusu hukuk sisteminin tespit edilmesinden sonra yapılmış bir hukuk seçimi anlaşmasının varlığı ve geçerliliği konusunda doktrinde anlaşmanın taraflarca seçilen hukuka [Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bayata Canyaş, A.: **AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural**, Ankara 2012, s. 41-42] uyuşmazlığın görülmekte olduğu mahkemenin hukukuna, varsayımsal sözleşme statüsüne [Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör (Tüketici), s. 216-217] veya hukuk seçimi yapılmamış olsaydı söz konusu hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk sistemine tabi kılınması yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler için bkz. Çörtoğlu Koca, S.: **Teknoloji Transferi Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara 2013, s. 159-160; Çalışmamızda ele aldığımız düzenlemelerden Roma II Tüzüğü hukuk seçimi anlaşmasının varlığı ve geçerliliği meselesini düzenlemiş değildir. Bu anlamda doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüş Roma Sözleşmesi m. 8 ile paralellik içeren "rıza ve maddi geçerlilik" başlıklı Roma I Tüzüğü m. 10'un Tüzük Dibace m. 7 uyarınca Roma II Tüzüğü kapsamında yapılan hukuk seçimi anlaşmalarına uygulanması yönündedir. Bu görüşe göre hukuk seçimi anlaşmasının varlığı ve geçerliliği tarafların hukuki ilişkilerine uygulanmaları yönünde anlaştıkları hukuka tabi olur: Graziano, T. K.: "Freedom to Choose the Applicable Law in Tort-Articles 14 and 4(3) of the Rome II Regulation", **The Rome II Regulation on The Law Applicable to Non-Contractual Obligation: A New International Litigation Regime,** Ahern, J. / Binchy, W. (*eds.*), Leiden 2009, s. 121. (Applicable); Maddi geçerliliğe ilişkin Tüzük m. 10 (2) ise, taraflardan birinin halin şartlarından hukuk seçimi anlaşmasının varlığı ve geçerliliğine ilişkin iradesinin birinci fıkrada belirlenmiş olan hukuk çerçevesinde belirlenmesinin makul olmaması durumunda, söz konusu tarafın irade beyanının varlığına rızası olmayan tarafın mutad mesken hukukunun bulunduğu ülke hukukuna dayanabileceğini düzenlemiştir. Tüzük uyarınca hukuk seçimi anlaşmasının şekli geçerliliği ile ilgili olarak bkz. Bayata Canyaş, s. 43-46; Çörtoğlu Koca, s. 161.

Türk hukukunda hukuk seçimi anlaşmasının varlığı ve geçerliliği meselesi Roma Sözleşmesi ile paralel şekilde MÖHUK m. 32'de düzenlenmiştir. Buna göre hukuk seçimi anlaşmasının varlığı ve geçerliliği sözleşmenin geçerli olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tabidir. Sözleşmenin kuruluşuna yönelik olmasının yanısıra ticari-ticari olmayan sözleşme ayrımına gitmeyen ve maddenin uygulanmasını zayıf taraf ile sınırlamayan MÖHUK m. 32 (2)'de ise taraflardan birinin davranışına hüküm tanımanın, uygulanacak hukuk atabi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı halin şartlarından anlaşılırsa, rızası olmayan tarafın irade beyanının varlığına kendisinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. MÖHUK bu düzenlemesi ile "sözleşmede birlik kuralını" benimsemiş, maddi hukuk ahengini sağlamaya çalışmıştır: Bayata Canyaş, s. 234-236; Hukuk seçimi anlaşmasının şekli geçerliliği konusunda maddede özel bir düzenleme bulunmadığından şekle ilişkin genel kural olan MÖHUK m. 7'ye başvurulur. Buna göre hukuk seçimi anlaşmasının şekli geçerliliği ya hâkimin hukukuna göre yahut uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka göre belirlenir.

mahkemesi ya da hâkimin hukukunun bir normuna dayandığını savunmaktadır[150]. Bu görüş uyarınca, tarafların kanundan doğan bir borç ilişkisi hakkında hukuk seçimi yapıp yapamayacakları ve bu seçimin kapsamı, uyuşmazlığın görülmekte olduğu ülke mahkemesi kanunlar ihtilafı hukuk sistemine göre belirlenir[151]. Bir başka deyişle, uyuşmazlığın çözümünün talep edildiği ülke mahkemesinin hukukunun (*lex fori*) kanunlar ihtilafı kuralları, taraflara hukuk seçimi imkânını tanımış olmalıdır[152]. Açıkça böyle bir düzenleme bulunmaması başka bir ifadeyle kanun koyucunun kasıtlı, bilerek susması[153] halinde taraflar böyle bir hukuk seçimi yapamazlar[154].

Milletlerarası unsurlu haksız fiilden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi meselesinin tarafların seçmiş olduğu ve bu nedenle hukuki ilişkinin tabi olduğu hukuk düzeninin bir normuna dayandıran bir diğer görüş[155] uyarınca kanunlar ihtilafı hukukunda hukuk seçimi ancak tarafların seçmiş oldukları milli hukuk sistemlerinin söz konusu hususu düzenlediği ölçüde kullanılabilir. Bir başka deyişle, irade muhtariyeti ilkesinin varlığından bahsedilebilmesi için ilgili seçilen hukuk düzeninin de söz konusu ilişki bağlamında

---

150 Doğan (Milletlerarası Özel), s. 362.

151 Bu görüşe gerekçe olarak hukuki uyuşmazlığın vasıflandırılması bu mahkeme tarafından yapılması gösterilebilir. Dolayısıyla hukuk seçiminin yapılıp yapılamayacağı mahkeme kanunlarına göre değerlendirilir. Buradaki hukuk seçiminde amaç tarafların aralarında çıkan uyuşmazlığın seçtikleri hukukun içinde sanki o ülke sınırları içinde ve o ülke vatandaşları tarafından yapılmışçasına o hukukun mevcut olaydaki hukuki çözümünün ortaya çıkarılmasıdır. Olayın somutlaştırılması gerekirse örneğin taraflar arasında doğabilecek karayollarında gerçekleşen bir trafik kazasında bir haksız fiil sonucu Türk hukukunun uygulanması isteniyorsa burada araç işletilmesi nedeniyle karayollarında ortaya çıkan bir haksız fiil sonunda tarafların arzusu bu haksız fiile KTK ve TBK'nın hükümlerinin uygulanmasıdır. Bundan başka taraflar kural olarak MÖHUK'un uygulanmasını talep etmemektedirler. Kısaca, taraflar ilişkideki milletlerarası unsuru kullanarak hukuki ilişkilerini bir hukuk sisteminin maddi kurallarına bağlamak arzusundadırlar.

152 Kropholler, s. 295.

153 Kasıtlı (bilerek) susma kavramı için bkz. Karayalçın, Y.: **Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme**, Ankara 2008, s. 129 vd.; Edis, S.: **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri,** Ankara 1997, s. 124 vd.

154 Bu anlamda taraf iradesinin kanunlar ihtilafı hukukunda sübjektif bir bağlama noktası olarak işlev gördüğü ve objektif bir kanunlar ihtilafı kuralında yer alan ika yeri ya da müşterek mutad mesken bağlama noktaları ile aynı önemi hazi olduğuna ilişkin bkz. Köthe, s. 5; Doğan (İş Akdi), s. 16.

155 Çelikel/Erdem, s. 278; Tekinalp/Uyanık, s. 277.

kanunlar ihtilafı kurallarında hukuk seçimine yer vermiş olması gerekir[156]; zira kanunlar ihtilafı hukukunda irade muhtariyeti belli bir hukuk düzeni tarafından kabul edilen hukuki ilişki için uygulanır ve belli sınırlar dâhilinde etkili olmaktadır[157]. Tarafların irade açıklamalarının hukuki sonuçları bu nedenle ortaya çıkar; zira bu hukuki sonuçlar söz konusu hukuk düzeni tarafından öngörülmüştür. Bu görüşe göre taraf iradeleri kanunun üzerinde değildir; kanunkoyucunun kanunlar ihtilafı kurallarında taraf iradelerinin dikkate alınması yönündeki düzenlemesi nedeniyle taraflar hukuk seçimi yapabilirler[158].

5718 sayılı MÖHUK ve Roma II Tüzüğü haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşme bakımından hukuk seçimine ilişkin düzenleme ihtiva etmektedir. Hukuk seçimi bu düzenlemelerde yer alan sınırlamalar dâhilinde yapıldığı sürece hâkim için de bağlayıcı olur. Bu noktadan sonra hukuk seçimi imkânının genişletilmesi kanunkoyucunun hukuk politikası dahilinde mümkün olabilir[159].

3. Hukuk Seçiminin İçsel (Hukuk Politikasına İlişkin) Meşruiyeti

a. Temel Değer Olarak Kanunlar İhtilafı Hukukunda Kendi Davranış Biçimini Belirleme Hakkı

İrade muhtariyetinin milletlerarası unsurlu haksız fiilden doğan borç

---

156 İrade muhtariyeti prensibi günümüz kanun yapımında öyle yerleşik bir konumdadır ki hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliğinin tayininde dahi bu ilkeye başvurulur. Her ne kadar taraflara kendi hukuk seçme anlaşmaları ile uygulanacak hukuku tayin etme yetkisi vermek hususunda mantıklı sayılabilecek karşı görüşler bulunsa da günümüzde Avrupa kanun koyucusu söz konusu ilkeyi benimsemiştir: Lehmann, s.389. Benzer şekilde Türk kanun koyucusu da Milletlerarası özel hukukta yaşanan bu gelişmelere kayıtsız kalmamış ve söz konusu ilkeyi 5718 sayılı MÖHUK'ta, bu ilkenin sınırlarını da belirtmek kaydıyla, benimsemiştir.

157 Bu hususta ayrıntılı bilgi ve çeşitli hukuk sistemlerinde söz konusu kurallara getirilen sınırlamalar bakımından bkz. Herzog, P. E.: "Constitutional Limits on Choice of Law", **Rec.des Cours,** 1992/III Vol. 234**,** s. 311 vd.

158 Vogeler, s. 11-dn. 60'taki yazarlar.

159 Köthe, s. 39.

ilişkilerinde kabul edilmesi tarafların şahsi sorumluluğunun bir ifadesi olarak görülmektedir[160]. Bu anlamda irade muhtariyeti ideal bir "seçim serbestisi değerini" gerçekleştirmeye hizmet eder[161]. Bu düşüncenin arkasında tarafların uygulanacak hukuku belirleme hususunda en iyi durumda oldukları pratik düşüncesi yatmaktadır[162]. Taraflar, kanun hükmünden farklı olarak, her bir somut olayın kendine has özelliklerini dikkate alabilecek ve böylelikle en iyi bildikleri ve isteklerine en uygun hukuku seçebileceklerdir. Hukuk seçme serbestisi taraflara menfaatlerini en iyi biçimde gözetecekleri hukuku esas alabilmelerine olanak tanır[163]. Böylelikle bireyler

---

160 Köthe, s. 39.

161 Bar/Mankowski, s.553; Kropholler, s.293.

162 Einsele, D.: "Rechtswahlfreiheit im Internationalen Privatrecht", **RabelsZ**, 1996, Bd. 60, s. 418, 447.

163 Hukuk seçiminin sınırları ya da hukuk seçiminden tamamen vazgeçilmesi her bir bağlama konusunda izlenen menfaatte aradığından, burada kısaca milletlerarası özel hukukta menfaatlerden bahsetmek yerinde olur. Bu bağlamda öncelikle milletlerarası özel hukukta menfaat kavramının maddi hukuk menfaatlerinden ayrıldığına işaret etmek gerekir. Gerçekten, kaynakları ve tatbik alanı bağlamında bir iç hukuk dalı olduğu kabul edilen milletlerarası özel hukukun kurallarının oluşturulması ve uygulanması esnasında dikkate alınacak değerler iç hukuk değerlerinden farklı olmalıdır; zira bu hukuk dalı milletlerarası toplumun ihtiyaç ve gereklerinden doğmaktadır: Turhan (İka Yeri), s.363. Milletlerarası özel hukuk menfaati soyut olarak en adil maddi hukuku bulma çabası içerisinde değildir ve buna izin vermemektedir; zira neyin adil olup neyin adil olmadığı sübjektif ve görecelidir: Kegel /Schurig: **Internationales Privatrecht**, München 2004, s.131; Bu anlamda milletlerarası özel hukuk somut hukuki ilişkiye uygulanacak en uygun hukuku bulma amacındadır. Bir başka deyişle maddi hukuka ilişkin menfaatler bakımından menfaatin konusunu somut olaya tatbik edilecek kuralın içeriği oluştururken; milletlerarası özel hukukta menfaatin konusu somut olaya hangi hukuk düzeninin uygulanacağının tespit edilmesidir. Kanunlar ihtilafı hukuku menfaatleri uygulanacak maddi hukukun sonuçlarıyla değil, yalnızca söz konusu maddi hukukun uygulanması ile ilgilidir. Bu bakımdan soyutluk arz eder. Kanunlar ihtilafı menfaatleri ayrıca bu menfaatin süjesi, hamillerinden de soyut olarak düşünülmelidir: Kegel/Schurig, s. 132; Söz konusu menfaatler özellikle hakkaniyet noktasında farklılaşmakta, maddi hukuk menfaatinin, maddi hukuk hakkaniyetini gerçekleştirme ve devletin kendi hukukunun uygulanmasındaki menfaatlerini göz önünde bulundurma noktalarında milletlerarası özel hukuk menfaatinden ayrılmaktadır. Bu anlamda Roma II Tüzüğü doğrudan bir maddi hukuk temelinden yoksun olduğu için maddi hukuka ilişkin menfaatlerin tespiti Tüzük bağlamında zorluk teşkil edebilir. Bir Avrupa Medeni Kanununun olmayışı yalnızca kavramların yorumlanmasını değil, teorik olarak da kanunlar ihtilafı menfaatlerinin somutlaştırılmasını güçleştirmektedir. Bu sebeple Avrupa kanunlar ihtilafı kuralları zorunlu olarak soyut niteliktedirler. Ancak bu soyutluk üye devletlerin hukuk düzenleri arasında yer alan ortak noktalarda somutlaşabilecektir. Vogeler, s.62; Her bir bağlama konusunda temelinde bir ya da birkaçı bulunan söz konusu menfaatlere, çatışmaları halinde hukuk politikasının gereği olarak birine daha fazla ağırlık verilir. Milletlerarası haksız fiil hukuku bakımından söz gelimi barış içinde bir arada yaşama düşüncesinin korunduğu kamu menfaatlerinin mi yoksa bireylerin hukuki varlıklarının korunması amacının güdüldüğü özel hukuk menfaatlerinin mi ağır bastığı sorusu söz konusu olur: Vogeler, s.62-dn.381; Milletlerarası özel hukuk menfaatleri Kegel tarafından taraf, işlem ve düzen menfaati olarak belirlenmiş daha sonra Wengler tarafından otoriteye ait menfaatler

arasındaki ilişkileri düzenleyen ve beşerî menfaatler arasında denge sağlayan özel hukukun bir parçası olarak milletlerarası özel hukukun işlevi de dikkate alınmış olur[164].

Milletlerarası unsurlu haksız fiilden doğan borç ilişkileri bakımından hukuk seçiminin hukuka uygunluğu zaman zaman haksız fiile ilişkin kuralların emredici niteliğinden ötürü kabul edilmemiş ya da bu seçime şüphe ile yaklaşılmıştır; ancak bu düşüncelere itibar etmemek gerekir. Gerçekten, haksız fiile ilişkin düzenlemeler kanunun ihlal edilmesi sonucunu doğuran ve bireylerin değil kamunun menfaatini korumak amacıyla getirilmiş olan genel sorumluluk kıstaslarından oluşur (örneğin ceza hukuku hükümleri)[165]. Buna karşın, kamu hukuku müeyyidelerinin değil; bilakis bireylerin menfaatlerinin karşı karşıya geldiği hukuki ilişkiler bakımından getirilen düzenlemeler maddi haksız fiil hukukunun öncelikli konusunu oluşturur[166]. Sözleşme dışı sorumluluk hukuku her şeyden önce özel hukukta zararın giderilmesi amacına

ve milletlerarası toplumun genel menfaatlerinin eklenmesiyle bugünkü şeklini almıştır. Düzen menfaati, otoriteye ait menfaatler ve toplumun genel menfaatleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kegel / Schurig, s.139 vd. Herkesin sıkı ilişkide bulunduğu hukuka göre değerlendirilmesinde esaslı bir menfaati vardır. Kişinin vatandaşlığı ya da son yıllarda yerini daha ziyade ikametgâh ya da mutad meskene bırakan bu hukuk kişinin en iyi bildiği en iyi ulaşabildiği hukuk düzenidir. Taraf menfaati genellikle kişisel statüye ilişkin kanunlar ihtilafı meselelerinde göz önünde bulundurulur. Söz konusu olan taraf menfaatinin kişiye ilişkin meselelerin kişiye en yakın olan hukuka göre değerlendirilmesi ilkesinin istisnaları bulunmaktadır. Her kişisel mesele bu şekilde ele alınmadığı gibi (örneğin işlem güvenliği ilkesi), salt kişiye bağlı meseleler de kişiye en sıkı ilişkide olan hukuka göre tayin edilmez. Örneğin Roma II Tüzüğü m. 4 (2) uyarınca zarar veren ile mağdur müşterek mutad meskene sahipse bu ülkenin hukuku haksız fiile uygulanan hukuk olacaktır: Kegel /Schurig, s. 136; Taraf menfaati sahibi kimse bir hukuki işlemin hâlihazırdaki tarafı iken, işlem menfaati sahibi kimse söz konusu hukuki ilişkinin potansiyel tarafıdır. Kegel / Schurig, s.137. İşlem menfaatinin iki amacı bulunmaktadır. Bunlardan ilki bir hukuki işlemi hem asli hem de şekli anlamda geçerli hale getirmektir. İşlem menfaatinin diğer amacı ise hukuki ilişkinin geçerliliğine güvenerek bu ilişkiye dâhil olacak girecek üçüncü kişilerin korunmasıdır. İşlem menfaati haksız fiiller bakımından da benimsenmiştir. Haksız fiilin işlendiği yer ya da zararın meydana geldiği yerin benimsenmesi ile haksız fiili işleyen kişinin bir başkasının hukuk alanının ne kadar ihlal ettiği, mağdur bakımından söz konusu haksız fiile karşı ne ölçüde savunma yapılabileceği üçüncü kişiler bakımından bu hukuki ilişkiye ne ölçüde dahil oldukları belirlenebilecektir: Kegel /Schurig, s.138-139.

164 Köthe, s. 40;

165 Köthe, s. 40.

166 Nomer (2015), s. 361.

hizmet eder. Zarar gören haksız fiilden doğan tazminat hakkı üzerinde ilke olarak tasarruf etmekte serbesttir. Taraflar kanunda öngörülmüş olan sorumluluğu sınırlayabilir ya da anlaşma ile yürürlükten kaldırabilirler[167]. Mademki tarafların maddi hukuk bağlamında sorumluluğu bu şekilde dışlama imkânları vardır ve bu hukuka uygundur, kanunlar ihtilafı hukukunda hukuk seçimi bakımından da bu anlamda tereddüt edilmemesi gerekir[168].

Bununla birlikte, kanunlar ihtilafında haksız fiilden doğan borç ilişkileri bakımından irade muhtariyetinin tanınması maddi hukukta yer alan tasarruf serbestisi ile henüz yeterli olarak meşrulaştırılamamaktadır; zira bu serbesti öncelikli olarak her bir ülkenin kendi maddi hukukunda yer alan emredici kurallar ile sınırlanmıştır. Bununla birlikte, maddi hukukta sözleşme serbestisi, ülkeden ülkeye farklılık gösteriyor da olsa, tanındığı sürece, kural olarak kanunlar ihtilafı bağlamında irade muhtariyetine karşı çıkılması da akla yatkın olmaz[169]. Hukuk seçiminin maddi hukukta sözleşme serbestisi kapsamına girmeyen alanlarda da bulunması, hukuk seçiminin milletlerarası unsurlu haksız fiiller bakımından da kabul edilmesi için bir başka gerekçe olarak ileri sürülmektedir[170].

b. Pratik ve Objektif Bakımdan Görüşler

aa. Hukuki Kesinlik ve Öngörülebilirlik

Kanunlar ihtilafı hukukunda haksız fiilden doğan borç ilişkileri bakımından tarafların iradelerine bağlanılması yalnızca özgürlüğün ve sorumluluğun bir ifadesi

---

167 Eren (Genel Hükümler), s. 605.

168 Köthe, s. 41.

169 Kropholler, s.296.

170 Köthe, s.41.

değildir. Bu durum ayrıca hukuki kesinliği elde etme düşüncesine de hizmet eder. Başka bir ifadeyle hukuk seçimi anlaşmasının akdedilmesi taraflara hukuk düzenleri arasından hukuki ilişkileri bağlamında esas alınacak hukuku kesin olarak tespit etmeleri imkânını sağlar[171]. Bu şekilde taraflar somut olayda sıklıkla karşılaşılan hukuki belirsizliği, uygulanacak hukuk bakımından önceden bertaraf edebilirler ve gelecekte verecekleri kararların böylelikle öngörülebilirliğini arttırmış olurlar[172].

Kanunlar ihtilafı hukukunda haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemesi hukuki belirsizlik yaratacağı için bir dizi sorunu da beraberinde getirir. Olağan olarak birbirinden farklılaşan iç hukuk kanunlar ihtilafı kuralları özellikle yetkili mahkemelerin yarışması durumunda uygulanacak hukuk bakımından sürekli karşılaşılan bir belirsizlik hali yaratmaktadır. Sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından yeknesak kuralların oluşturulmadığı ve yetkili mahkeme seçiminin uygulanacak hukuk üzerinde de hatırı sayılır bir etkisi olduğu sürece *forum shopping* kurumununu provoke edici etkisi devam eder[173]. Bu nedenle, gelecekte verilecek kararlar yetkili mahkeme çatışmalarının sona ermesine kadar öngörülebilir olmaz. Buna karşılık sübjektif hukuk seçimi, *lex fori*nin kanunlar ihtilafı kuralları hukuka uygun gördüğü müddetçe, seçilecek hukukun uygulamasına ve tarafların meşru planlama çıkarlarının dikkate alınmasını sağlar[174].

Birbirinden farklılaşan iç hukuk kanunlar ihtilafı kurallarından kaynaklanan bir diğer belirsizlik, bir diğer hukuk sistemin kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınması ve dolayısıyla iade ya da devam eden atfın devreye girmesidir. Bu durumda

---

171 Köthe, s.41; Nygh, P. E.: "The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort", **Rec.des Cours,** 1995, Vol. 251, s. 376.

172 Dolinger, s.456; Nygh, s. 377.

173 Dolinger, s. 456; Köthe, s.42; Nygh, s. 377-378.

174 Dolinger, s. 456; Köthe, s.42; Nygh, s. 378.

kendisine gönderme yapılan hukukun kanunlar ihtilafı kurallarındaki belirsizlik ya da bu kuralın bir başka hukuka atıf yapması ve bu hukukun maddi hukuk kurallarının kolayca tespit edilememesi sorun teşkil eder. Bu sorunlar Roma II Tüzüğü m. 24 ile giderilmeye çalışılmıştır. Kanunlar ihtilafı hukukunda özellikle borç ilişkileri bakımından atfın reddedilmesi hususundaki güncel eğilimin bir yansıması[175] olan Tüzük m. 24, Tüzük Dibace m. 6 ile birlikte değerlendirildiğinde hukuki kesinlik ve öngörülebilirliği sağlamasının yanında uygulamada hâkime uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını bertaraf ederek hem zamandan tasarruf etmesini hem de söz konusu kuralları yanlış yorumlama ihtimalini ortadan kaldırmayı hedefler. Bundan başka, atfın reddedilmesiyle Tüzüğün getirmiş olduğu kurallarla tarafların ve üye ülkelerin menfaatleri arasında kurulmaya çalışılan denge de böylelikle bozulmamaktadır[176]. MÖHUK m. 2 (4) ise tarafların hukuki ilişkilerine uygulanacak hukuku seçmeleri, bununla birlikte seçtikleri hukukun yalnızca maddi hukuk kurallarını ya da bu kuralları ile birlikte kanunlar ihtilafı kurallarını da seçimlerine dahil ettikleri konusunda bir açıklık bulunmadığı sürece seçilen hukukun maddi hukuk hükümlerini seçmiş olduklarını hükme bağlayarak bu belirsizliği ortadan kaldırmaya çalışmıştır. Bununla birlikte, tarafların aksini kararlaştırarak seçimlerine kanunlar ihtilafı kurallarını da dahil etmeleri halinde, tarafların hukuk seçimi yapmadıkları takdirde karşılabilecekleri daha önce bahsedilen problemler ortaya çıkabilir.

Taraf iradesi ayrıca *lex fori*nin kanunlar ihtilafı kurallarındaki esas alınacak haksız fiil ya da bir başka sözleşme dışı borç ilişkisi statüsü bakımından yaşanacak

---

175 Altenkirch, M.: "Chapter VI-Other Provisions", **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Huber, P. (*ed.*), Munich 2011, s. 417.

176 Altenkirch, s. 418.

belirsizlikler halinde kesin bir bağlama noktası oluşturulmasını sağlar[177]. Bu bağlama noktasının oluşturulmasında hukuki ya da fiili sebepler etkili olabilir. Konu haksız fiiller bakımından ele alındığında, fiili sebep olarak haksız fiilin işlendiği yerin, bu yerin tespit edilebilir olmaması ya da haksız fiilin işlendiği yer ile zarar yerinin farklı ülkelere dağıldığı durumlarda (sınır aşıcı haksız fiil), tespit edilmesinin yarattığı güçlük gösterilmektedir[178]. Bunun yanı sıra mağdur haksız fiile uygulanacak hukuku belirleme hakkını henüz kullanmamış olabilir. Hukuki gerekçeler bakımından ise belirsiz kanunlar ihtilafı kurallarının hukuki kesinliğe engel olacağı ifade edilmektedir[179]. Belirsizliğe neden olan bir diğer durum da kanunlar ihtilafı normunun bağlama konusunun tespitinin yarattığı güçlüğün bağlama noktalarına sirayet etmesidir (örneğin milletlerarası ürün sorumluluğunda haksız fiilin işlendiği yer ya da internet kanalıyla rekabeti sınırlayıcı davranışların gerçekleştirilmesinde pazar yeri gibi). Hukuki kesinlikten uzaklaşılmasına sebep olan bir başka durum ise "kaçış hükmü" olarak adlandırılan kurallardır. Roma II Tüzüğünde m. 4 (3)'de yer alan kaçış hükmü, MÖHUK m. 34 (3)'te haksız fiil ile daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı halinde bu hukukun uygulanacağı şeklinde kanunda yer alır. Bahsi geçen bu belirsizlikler tarafların hukuki ilişkilerine uygulanacak hukuku seçmeleri yolu ile giderilebilir. Tarafların söz konusu seçimleri Tüzük ve Kanunda yer alan düzenlemelere nazaran öncelik arz eder. Sonuç olarak tarafların seçmiş oldukları hukuk somut olay bir başka hukuk düzeni ile esaslı olarak daha sıkı ilişkide olsa dahi uygulanır[180].

---

177 Köthe, s. 43.

178 Köthe, s. 43.

179 Köthe, s. 43.

180 Köthe, s. 43.

Roma II Tüzüğü geleneksel uygulanacak hukuk belirleme yöntemlerinden ayrılmış, güncel eğilimlere yönelmiştir. Aynı husus Türk MÖHUK'u bakımından da söylenebilir. Bu eğilimlerden biri *Kahn-Freund*'un deyimiyle "sosyal ve ekonomik hayatın artan karmaşıklığına karşı neredeyse kaçınılmaz bir tepki" olan sert ve katı bağlama kurallarından uzaklaşma, bir başka deyişle "kavramları yumuşatma"dır[181]. Bu bağlamda hem haksız fiiller hem de diğer sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından daha fazla bağlama noktası getirildiği ve daha fazla esneklik tanındığı söylenebilir.

bb. Zararın Tazminine İlişkin Düzenlemelerin Basitleştirilmesi

Kanunlar ihtilafı hukukunda irade muhtariyeti hukuki kesinliği ve öngörülebilirliği desteklemesinin yanında zararın tazminine ilişkin düzenlemelerin basitleştirilmesi bakımından da önemlidir[182]. Öncelikle hukuk seçimi, daha önce de ifade edildiği gibi, objektif bağlama noktalarının yaratacağı güçlükleri ortadan kaldırır ve somut olay bakımından uygulanacak hukukun tespitini kolaylaştırır. Bundan başka hukuk seçimi, objektif olarak birbiriyle bağlantılı hukuki ilişkilerin tek bir hukuk düzenine göre değerlendirilmesine izin vererek çözüme kavuşmasını sağlar[183]. Tarafların uygulanacak hukuku belirlemesi vasıtasıyla söz gelimi bir sigorta sözleşmesi ile bir haksız fiil arasında, iki hukuki ilişki arasında uyumu sağlamak bakımından, eşzamanlılık yaratılabilir. Benzer durum haksız fiilin ikiden fazla tarafının olması halinde de söz konusu olabilir. Hukuk seçiminin yapılması tüm taleplerin tek bir hukuka göre istenebilmesi ve birden fazla failin ödeyeceği zararın

---

181 Kahn-Freund, O.: "General Problems of Private International Law", **Rec.des Cours**, 1975, Vol. 143, 406-410. (General)

182 Köthe, s. 44; Kahn-Freund (General), s. 411.

183 Köthe, s. 44; Kahn-Freund (General), s. 411.

tespitinde yaşanacak güçlüklerin önlenmesini sağlar[184].

E. Hukuk Seçiminin Yapılış Biçimleri

Milletlerarası unsurlu sözleşme dışı borç ilişkilerinde hukuk seçimi imkanının son yıllarda düzenlemelerde yer alması yahut eski düzenlemelere nazaran daha geniş kapsamlı olarak düzenlenmesi üzerinde durulması gereken değişikliklerdir. Söz konusu düzenlemeler incelendiğinde taraflara genel olarak dört farklı biçimde hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Bunlar tarafların uygulanacak hukuk üzerinde anlaşmaları, haksız fiilden doğan taleplerin önceden başka bir hukuki ilişki bakımından seçilmiş diğer bir hukuk statüsüne bağlanması (fer'i bağlanma[185]), seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kuralları da dahil olmak üzere bir bütün olarak seçilmesi, zarar görenin uygulanacak hukuku tek taraflı belirlemesidir.

1. Tarafların Uygulanacak Hukuk Üzerinde Anlaşmaları

Tarafların uygulanacak hukuk üzerinde anlaşmaları haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde irade muhtariyetinin tipik tezahür şeklidir[186]. Nitekim taraflar haksız fiilin meydana gelmesinden sonra olmak üzere, MÖHUK m.34 (5) uyarınca haksız fiillere uygulanacak hukuku seçebilirler. Hukuk seçimi hususu Roma II Tüzüğünde de öngörülmüştür. Bu düzenlemeler uyarınca kanun koyucu hukuk seçimi hususunda sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde olduğu gibi tarafların uygulanacak hukuk üzerinde anlaşmalarını şart koşar. Bu haliyle bu durum zarar görenin tek taraflı olarak belirlediği hukuktan ayrılmaktadır.

---

184 Köthe, s. 44.

185 Kavram için bkz. Nomer, E.: Devletler Hususi Hukuku, 9.Baskı, İstanbul 1998, s. 281. (9.Baskı)

186 Köthe, s. 12.

2. Haksız Fiilden Doğan Taleplerin Önceden Seçilmiş Diğer Bir Hukuk Statüsüne Bağlanması (Fer'i Bağlanma)

İrade muhtariyetinin bir diğer tezahürü tarafların sözleşme dışı borç ilişkilerinden doğan taleplerinin, feri'i olarak daha önceden başka bir hukuki ilişki bakımından seçmiş oldukları hukuk statüsüne bağlanmasıdır. Böyle bir hukuk seçimi uygulanacak hukukun doğrudan seçilmesinden farklı olarak haksız fiilden doğan borç ilişkisinin tabi olduğu statü bakımından dolaylı bir anlamı haizdir[187]. Fer'i bağlanmada tarafların daha önce aralarında mevcut başka bir hukuki ilişki bakımından üzerinde anlaştıkları hukuk, haksız fiilden doğan borç ilişkileri bakımından da uygulanır. Bir başka deyişle, tarafların örneğin aralarındaki sözleşme için belirlemiş oldukları hukuk dolaylı olarak sözleşme dışı borç ilişkisinin statüsünü de etkiler[188]. Fer'i bağlanma zarar veren ile zarar gören arasındaki mevcut hukuki ilişkiye ne haksız fiilin gerçekleştiği yer ne de tarafların müşterek milli hukukları ile ayırt edici bir özellik kazandırılmadığından hakkaniyete uygun bir çözüm[189] olacağı doktrinde ifade edilmiştir[190].

Roma II Tüzüğü m. 4 (3) ve ürün sorumluluğuna ilişkin m. 5 (2) feri'i bağlanmaya ilişkin hükümlerdir. Tüzük m. 4 (2) uyarınca halin bütün şartlarından

---

187 Köthe, s. 13.

188 Doktrinde mevcut hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun haksız fiilden doğan tazminat taleplerine de uygulanabilmesi için söz konusu haksız fiilin zarar veren ile zarara uğrayan arasındaki hukuki ilişkiyi ihlal etmiş olması gerekeceği savunulmaktadır: Nomer (2013), s. 360.

189 Hakkaniyete uygun bir çözüm olmasının yanı sıra güven ilkesi ve hukuki kesinliğe de uygun bir çözüm getireceği yönünde bkz. Kropholler, s. 531. Tarafların aralarında önceden mevcut olan ilişkiye uygulanacak hukuku haksız fiiller bakımından da seçebilmeleri öngörülebilirliği de sağlayacaktır. Bu anlamda fer'i bağlanma vasıflandırma problemleri ile birden fazla hukukun olaya uygulanmasından kaynaklanan hukukların yarışması meselelerinin de önüne geçecektir.

190 Kropholler, s.531. Nitekim sözgelimi somut olayda Almanya'da misafir işçi olan bir İspanyol vatandaşı yine İspanyol vatandaşı arkadaşının arabasını belirli bir ücret karşılığında İspanya'ya gitmek üzere almışsa ve dönüş yolunda Fransa sınırları içinde kendi hatası sonucu araç zarar görmüşse sözleşmeden doğan taleplerin sözleşme statüsüne, haksız fiilden doğan taleplerin ise Fransız hukukuna göre istenebilmesi akla yatkın olmayacaktı.

haksız fiilin m. 4 (1) ve (2)'de işaret edilen ülkeden açıkça daha sıkı ilişkili başka bir ülkede olduğu anlaşılmaktaysa, daha sıkı ilişkili olan bu ülke hukuku somut olaya uygulanacaktır. Bir başka ülke ile açıkça daha sıkı ilişki hususunda ise madde özellikle taraflar arasında hali hazırda bulunan bir ilişkiden söz etmiş ve bilhassa söz konusu haksız fiil ile sıkı ilişkili olan bir sözleşme ilişkisinin[191] bu hususu tespitte temel oluşturabileceğini belirtmiştir[192]. Tüzük m. 5 (2) ürün sorumluluğuna ilişkin önceki fıkrada gösterilen hukuklardan birine nazaran açıkça daha sıkı ilişkili bir hukukun var olması halinde bu hukukun uygulanacağını belirttikten sonra; yine tarafların aralarında hâlihazırda bulunan bir sözleşme ilişkisinin açıkça daha sıkı ilişkili hukuka dayanak oluşturabileceği hükmünü içermektedir. Tüzüğün sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz işgörme ve sözleşme öncesi sorumluluğa ilişkin hükümlerinde ise yine açıkça daha sıkı ilişkili hukuk düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Tüzük söz konusu hukuki ilişkiler bakımından, bu ilişkilerin başka bir hukuki ilişkiyle ilişkisi konusunda yol gösterici herhangi bir ifade içermemektedir. MÖHUK m. 34 (3)'te de daha sıkı ilişki kuralı mevcut olmakla birlikte daha sıkı ilişkinin nasıl tespit edileceği hususunda kanunkoyucu herhangi bir yol göstermemiştir.

3. Seçilen Hukukun Kanunlar İhtilafı Kuralları ile Birlikte Seçilmesi

Diğerlerine nazaran daha seyrek olarak karşılaşılabilecek söz konusu hukuk

---

191 Bu durumda Roma I Tüzüğü dolaylı olarak uygulanır. Arada hâlihazırda bulunan bir ilişkinin somut olay bakımından ilgili olup olmadığı hususu ise Tüzük kapsamında belirsizdir. Açıkça daha sıkı ilişkinin arada daha önceden mevcut bir hukuki ilişki olmaması halinde nasıl tespit edileceği hususu da tartışmalıdır: Kramer, X.E.: "The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations:

The European private international law tradition continued", **Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)** 2008, no. 4, s. 421.

192 Söz konusu maddenin öngörülebilirliği azaltacağı, bir istisna hükmü olduğu ve bundan dolayı dar yorumlanması gerektiğine ilişkin bkz. Kramer, s. 421. Her ne kadar Avrupa Parlamentosu tarafından kabul görmemiş ve Tüzükte yer almamış olsa da söz konusu ilişkinin yalnız hukuki değil fiilen de mevcut olması gerektiği doktrinde savunulmaktadır: Kramer, s. 421 vd.

seçimi, tarafların uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını da seçmiş olmaları halidir. Roma II Tüzüğü m. 24, sübjektif yahut objektif olarak tespit edilen ülke hukukunu uygulanmasının o ülkenin yalnızca maddi hukuk kurallarının seçilmiş olduğu anlamına geldiğini hükme bağlayarak atfı reddetmiştir.

MÖHUK m. 2 (4) uyarınca taraflar aksini kararlaştırdıkları takdirde seçilen hukukun kanunlar ihtilafı hükümlerini de seçimlerine dâhil etmiş olacaklardır. Buna göre, tarafların seçmiş oldukları hukukun maddi hukuk kurallarının aralarındaki uyuşmazlığa uygulanmaz, söz konusu hukuk kanunlar ihtilafı kuralları ile birlikte bir bütün olarak seçildiği için (*Gesamtverweisung*) bu hukukun göstermiş olduğu ülke hukukunun maddi hukuk kuralları uyarınca somut uyuşmazlık çözüme kavuşturulur[193].

4. Zarar Görenin Uygulanacak Hukuku Tek Taraflı Belirlemesi

Zarar görenin sınır aşıcı haksız fiiller bakımından sınırlı bir seçim imkânı da söz konusudur. Roma II Tüzüğü m. 7'de m. 4 (1) ile belirlenecek hukuk yanında zarar görenin ika yeri hukukunu da seçebileceğini ifade etmektedir[194]. Türk hukukunda ise MÖHUK m.35'de kişilik haklarının ihlalinden doğan talepler ve m. 36'da imal edilen şeyin sebep olduğu zarardan doğan sorumluluk bakımından böyle bir imkân bulunmaktadır. Seçim hakkının kullanılması, ika yeri hukukuna objektif bağlanıldığı için, haksız fiilin işlendiği yer hukukunun yerine zararın işlendiği yerin geçmesi sonucunu doğurur[195].

---

193 Nomer (2015), s. 143; Köthe, s. 14; Doğan (Milletlerarası Özel), s. 189; Tekinalp/Uyanık, s. 37; Çelikel/Erdem, s. 119; Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. s. 39-41.

194 Doktrinde çevre zararları bakımından getirilen bu hükmün seçim hakkının kullanılması anlamına gelmeyeceği; zira burada zarar gören talebini zarara sebep olan olayın gerçekleştiği yer hukukuna göre talep etmedikçe zarar yeri hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir. Köthe, s. 15-dn. 41.

195 Her iki ülkenin belirlenmesi sorumluluk hukukunun iki ana ilkesinden ileri gelmektedir. İka

5. Kısmi Hukuk Seçimi

Milletlerarası unsurlu haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde tarafların seçeceği hukuk, esasen sorumluluğun hüküm ve sonuçlarını bir bütün olarak idare eder. Bir başka deyişle kural hukuki ilişkinin bir bütün olarak bir hukuk sistemine tabi olmasıdır. Bununla birlikte tarafların bu ilkeden ayrılarak kısmi hukuk seçimi (*dépeçage)* yapabilmeleri hususu tartışmalıdır. Modern kanunlar ihtilafı doktrini ve uygulamada kısmi hukuk seçimi, günümüzde pek çok davada uyuşmazlıkların yalnızca bazı veçhelerinin ya da münferit hukuki sorun kategorilerinin[196] bir hukuka tabi olması olarak tanımlanmaktadır. Bu anlamda iki tür kısmi hukuk seçiminden söz edilebilir. Geniş anlamda kısmi hukuk seçiminde taraflar arasında haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkisi yanında başka sözleşmesel ya da kanundan doğan bir borç ilişkisi bulunması ve tarafların hukuk seçimini yalnızca haksız fiilden doğan borç ilişkileri bakımından sınırlamaları söz konusudur[197]. Dar anlamda kısmi hukuk seçiminde ise taraflar hukuki ilişkinin bölünebilir nitelikteki ve birbiriyle çelişecek sonuçlara sebebiyet vermeyecek farklı veçhelerini farklı hukuklara tabi kılabilirler. Bu anlamda taraflar manevi tazminat kalemini bir hukuka tabi kılarken, uyuşmazlığın diğer veçheleri konusunda bir seçim yapmayabilir ve bu hususların objektif hüküm

yerinin tespiti haksız fiilin davranışları düzenleyici etkisi ön planda iken, sonuç yeri hukukunun tespiti mağdurun zararının tazmini bakımından önem arz eder: Köthe, s. 15-dn. 41. Söz konu seçim hakkının hukuk seçimi anlaşması yapılması teklifinden ayırt edilmesi güçlük yaratabilmektedir. Zarar görenin tek taraflı seçim hakkını kullanması tazminat borçlusuna karşı, mahkeme içi ya da dışı olması fark etmeksizin, herhangi bir şekil şartının öngörülmediği varması gerekli bir irade beyanı ile yapılır. Bu ayrımın somut olay bağlamında yapılması gerekeceği yönünde bkz. Köthe, s. 16.

196 Güngör, G.: "**Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Yakınlık Yaklaşımı**", Ankara 2010, s. 63 (Yakınlık Yaklaşımı).

197 Köthe, s. 80.

statüsüne tabi kılınması söz konusu olabilir[198].

Milletlerarası haksız fiil hukukunda gerçekleştirilecek bir hukuk seçiminde seçilecek hukukun haksız fiilin bütün veçhelerine uygulanacağını savunan görüş haksız fiilin hüküm ve sonuçlarının birbiri ile bağlantı içinde olduğunu, söz konusu veçheleri farklı hukuklara tabi kılmanın her bir veçhe ile korunmak istenen değerler arasında çelişki yaratacak ve ancak intibak ile çözülme ihtimali olan problemler doğurabileceğini ifade etmektedir[199]. Bu hususta ortaya çıkacabilecek bir problem olarak da örneğin zamanaşımı yahut ispat yükünün sorumluluğun şartları yahut sorumluluğun hüküm ve sonuçları arasında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi örnek gösterilmektedir[200]. Buna karşın bir başka görüş günümüz kanunlar ihtilafı hukukunda somut olayda uygulanabilmesi söz konusu olan farklı hukuk ya da hukukların uyuşmazlığın diğer veçhelerine uygulanabileceğini mümkün görülmektedir[201]. Bu anlamda, taraflar hukuk düzeni tarafından kendilerine tanınan serbesti dahilinde amaca uygun, belirsizlikleri gideren ve mahkeme bakımından uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukuk meselesinin çözümüne yardımcı bu yöntemi benimsememeleri için herhangi bir haklı gerekçe bulunmamaktadır. Bu çerçevede, haksız fiilin farklı veçhelerinin farklı hukuklara tabi kılınacağını savunan görüş haksız fiilin ika yerinin emniyet ve asayiş kurallarının ya da zarar görenin ölümü halinde yakınlarına ödenecek nafaka miktarının tespitinin tarafların aralarında seçmiş oldukları hukuktan bağımsız olarak uygulanacağını ifade etmektedir[202]. Bundan başka,

198 Köthe, s. 81.

199 Köthe, s. 82-dn. 264'teki yazarlar.

200 Köthe, s. 82.

201 Symeonides, S. C.: "Rome II and The Tort Conflicts: A Missed Opportunity, **American Journal of Comparative Law**, 2008, Vol. 56, s. 14 (Missed Opportunity); von Hein (Deliktsrecht), s. 19.

202 Symeonides (Missed Opportunity), s. 14; Köthe, s. 83.

en azından Birlik hukuku düzeyinde Birlik hukukunun emredici düzenlemelerine aykırı bir hukuk seçimi sözleşmesinin bu düzenlemeler lehine hüküm ve sonuçlarının sınırlanacağı da bu görüşü savunanlar tarafından ileri sürülmektedir[203].

Böyle bir ayrım neticesinde uyuşmazlığın farklı veçhelerine farklı hukukların uygulanması meselesi kanunlar ihtilafına ilişkin çözümlerin kurallara tabi kılınmadığı hukuk sistemlerinde daha kolay ve muhtemeldir. Buna karşın, birden fazla hukuk düzeninin uygulanabilir olduğu bir özel hukuk ilişkisini bağlama kuralları vasıtasıyla bir hukuk düzenine bağlama amacı güden hukuk sistemleri bakımından aynı kolaylıktan bahsetmek mümkün değildir. Bu hukuk sistemleri tarafından uyuşmazlığın farklı veçhelerinin farklı hukuklara tabi olması, ancak kanunlar ihtilafı kuralının böyle bir ayrıma izin vermesi ile mümkündür. Bir başka deyişle bu inceleme kanunlar ihtilafı kuralının meseleye tatbik edilecek hukukun geniş anlamda meselenin tamamına mı yoksa daha dar bir şekilde bir kısmına mı uygulanacağının tespit edilmesi ile mümkün olmaz[204].

F. Hukuk Seçimi Olarak Kabul Edilmeyen Durumlar

1. Maddi Hukukta Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü

Kanunlar ihtilafı hukukunda hukuk seçiminden farklı olarak maddi hukuka ilişkin gönderme, tarafların anlaşma olmadan geçerli olan hukuk düzeninin emredici normları çerçevesinde yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırmalarıdır. Bir başka deyişle maddi hukuka ilişkin atıf, tarafların yapmış oldukları sözleşmede yalnızca bir hukuk düzeninin tamamlayıcı hükümleri ile olan bağlılığını ortadan

---

203 Symeonides (Missed Opoortunity), s. 15; Köthe, s. 83.

204 Symeonides (Missed Opportunity), s. 15.

kaldırır. Taraflar uygulanacak hukuku bütün olarak değil emredici normlarla sınırlı olarak sözleşmelerine dahil ettikleri için gerçek anlamda hukuk seçimi yapılmamaktadır. Bu konuyla ilgili daha önce açıklama yapıldığı için burada tekrardan kaçınılacaktır[205].

2. Dolaylı Hukuk Seçimi

Doğrudan hukuk seçimi dolaylı hukuk seçiminden ayrılmalıdır. Doğrudan hukuk seçiminde tarafların iradeleri tek başına bir bağlama noktasını oluşturur. Dolaylı hukuk seçimi ise obejktif kanunlar ihtilafı kuralını ilgilendiren bir meseledir. Buna göre taraflar, dolaylı bir biçimde, objektif bağlama kuralında yer alan bağlama sebebinin işaret ettiği hukuk üzerinde, söz konusu kuraldaki bağlama sebebi yahut konusunu değiştirmeleri vasıtasıyla nüfuzlarını kullanırlar[206]. Bir başka deyişle, taraflar uygulanmasını istemedikleri hukuk bakımından bu hukuk sistemini işaret eden kanunlar ihtilafı kuralında yer alan bağlama noktasını hileli bir şekilde değiştirmek suretiyle kendileri açısından daha avantajlı bir hukukun uygulanmasını sağlamaya çalışabilirler. Kanuna karşı hile olarak da ifade edilebilecek bu durum hukuk seçimi serbestisi ile uyuşmamaktadır[207]. Örneğin, ikametgâh ya ika yeri gibi objektif bağlama unsurları az ya da çok taraflardan birinin özgür iradesine bağlıdır. Bu nedenle bu bağlama noktaları uygulanacak hukukun söz konusu tarafın istek ve menfaatine uygun ve bilinçli olarak etki altında bırakılabilir. Bağlama sebebi yahut bağlama noktasının taraflardan biri yahut her ikisinin de seçme, ekleme yahut çıkarma yoluyla

---

205 Bkz. s. 11-dn.41.

206 Köthe, s. 6.

207 Köthe, s. 6-dn. 11; Buna karşılık hukuk seçimine izin verilen hallerde kanuna karşı hilenin söz konusu olmadığı, meselenin kamu düzeni müdahalesi ile çözüleceği ile ilgili olarak bkz. Nomer (2015), s. 131.

değiştirmeleri, bir başka deyişle manipüle etmeleri durumunda bu davranışın irade muhtariyeti karakterli olduğu söylenemez[208]. Dolaylı hukuk seçimi ya da kanuna karşı hile genellikle zayıf tarafın korunması amacıyla getirilen hükümlerin bertaraf edilmesi amacıyla istenmeyen bir hukuk sistemiminin uygulanmasının önüne geçilmesi amacıyla yapılabilir[209]. Yine de tarafların yapmış oldukları söz konusu seçime müdahale edilmesinin ancak tarafların hukuk seçimi hususundaki çıkarlarının meşru olmadığı ve yalnız hukuki ilişkinin bağlantılı olduğu kanunların uygulanmasına ilişkin bir menfaatin söz konusu olması halinde mümkün olduğu ifade edilmektedir[210]. Böyle bir durumda tarafların iradeleri yalnızca fiili önemi haizdir[211].

Tarafların bir hukuki ilişki bakımından yapmış oldukları hukuk seçimine ilişkin irade açıklamasının dolaylı olarak aralarındaki başka bir hukuki ilişkiye sirayet etmesi dolaylı hukuk seçiminin başka bir tezahürünü oluşturur[212]. Bu anlamda yapılacak bir seçim tarafların bağlama noktasını seçme, ekleme yahut çıkarma yoluyla değiştirmeleri olarak değerlendirilmez[213]. Tarafların iradesine bu noktada hukuk düzeni tarafından bir sonuç bağlanmıştır[214].

3. Varsayımsal/Farazi Hukuk Seçimi

Hukuk seçimi açık ya da zımni biçimde yapılabilir. Bununla birlikte, hukuk seçimi her zaman gerçekten bir irade uyuşmasını, bir başka deyişe gerçek bir taraf

---

208 Köthe, s.6.

209 Özdemir Kocasakal, H.: **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul 2001, s. 103.

210 Özdemir Kocasakal, s. 103.

211 Özdemir Kocasakal, s. 102-103; Sargın (Patent), s. 50; Köthe, s. 6.

212 Köthe, s. 6.

213 Böyle bir hukuk seçimine örnek olarak Alman EGBGB m. 14 gösterilebilir. Söz konusu madde uyarınca taraflar belirli sınırlar dâhilinde evliliğin geçerliliğine uygulanacak hukuku belirleyebilirler. Bu seçim EGBGB m. 14 f. 2 ve 3 uyarınca mal rejimi ve boşanmaya uygulanacak hukuka da dolaylı olarak etki edecektir. Aynı şekilde Alman EGBGB m. 40 f. 1 zarar gören tarafa zarar yeri hukukunun seçebilme imkanını tanımıştır: Köthe, s. 6.

214 Köthe, s. 7.

iradesini gerektirir. Burada farazi taraf iradelerinin esas alındığı varsayımsal hukuk seçimi bakımından esaslı bir farklılık söz konusudur. Bu anlamda, varsayımsal hukuk seçiminde tarafların sübjektif düşünceleri dikkate alınmaz, taraf menfaatleri objektif olarak değerlendirilir ve hukuki ilişkinin belli bir hukuk düzenini gösterip göstermediği tespit edilir[215]. Bu noktada tarafların farazi iradelerinin tespitinde taraflar hukuk seçmek isteselerdi hangi hukuku seçerlerdi sorusunun cevabı aranır[216]. Farazi hukuk seçimi ne Avrupa ne de Türk kanun koyucusu tarafından benimsenmiştir[217].

215 Doğan (Milletlerarası Özel), s. 367; Aybay/Dardağan, s. 252; Tekinalp/Uyanık, s. 282.

216 Doğan (Milletlerarası Özel), s. 367; Aybay/Dardağan, s. 252; Tekinalp/Uyanık, s. 282.

217 Tekinalp/Uyanık, s. 283.

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME DIŞI BORÇ İLİŞKİLERİNE UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN ROMA II TÜZÜĞÜNDE HUKUK SEÇİMİ

Avrupa bütünleşmesinin temel nedenlerinden biri olan Batı Avrupa devletlerinin ortak pazar bünyesinde bir araya gelmelerinde[218] özel hukukun kilit bir rol oynadığı gerçeği inkâr edilemez[219]. Bu bütünleşme kurumsal bir çerçeveyi de gerektirmektedir. Bununla birlikte, bütünleşmeye dâhil olan devletlerin her birinin hâlihazırda iç hukuk düzenlerinin bulunması Avrupa kanunkoyucusuna ortak pazarın aksamadan çalışmasında özel hukuk ve usul hukukunun tamamen yeknesaklaştırılması ya da milletlerarası özel hukuk kurallarının birleştirilmesi ile desteklenen asgari bir yeknesaklaştırma arasında bir tercih yapması ihtiyacını doğurmuştur[220]. Her ne kadar ideal olan maddi hukukun birleştirilmesi olsa da milletlerarası özel hukuk kurallarının birleştirilmesi daha olası ve pazarın sorunsuzca işlemesi bakımından kesinlikle gereklidir. Roma II Tüzüğü bahsedilen bu düşüncenin bir ürünüdür. İlerleyen bölümlerde söz konusu düzenleme hukuk seçimi perspektifinden bakılarak ele alınacaktır.

Avrupa Birliği'nde sözleşme dışı borç ilişkilerinde uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılmasını sağlamak amacıyla, Avrupa Birliği 2007 yılında, Roma II Tüzüğü[221] olarak da bilinen, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzüğü yayımlamıştır. Roma II Tüzüğü geleneksel uygulanacak hukuk

---

218 Günuğur, H.: **Avrupa Birliği**, 3.Baskı, Ankara 2014, s. 33.

219 Garcimartín Alférez, s. 77.

220 Garcimartín Alférez, s. 77-dn. 3.

221 Bkz. dn. 1.

belirleme yöntemlerinden ayrılmış, güncel eğilimlere yönelmiştir. Bu eğilimlerin belki de en önemlisi sert ve katı bağlama kurallarından uzaklaşılmasıdır. Bu bağlamda daha fazla bağlama noktası getirildiği ve uygulanacak hukukun tespitinde daha fazla esneklik tanındığı söylenebilir[222].

İrade muhtariyeti ilkesinin kanunlar ihtilafı hukukundaki karşılığı olan hukuk seçimi serbestisi, sözleşme dışı borç ilişkilerinde uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları bakımından Tüzüğün en yenilikçi kuralı olarak görülmektedir[223]. Bu ilke sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uzun zamandan beri mevcut olmasına rağmen, sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından çok az gelişme göstermiş olmasının nedeni, daha önce de ifade edildiği gibi, bu ilkenin söz konusu borç ilişkileriyle hiçbir ilgisinin bulunmadığının[224] kabul edilmesidir. İlkenin Roma II Tüzüğü'ne dâhil edilmesi günümüzdeki kanunlar ihtilafı hukuku anlayışının bir yansıması olarak görülmektedir[225]. İleride Roma II Tüzüğü'nün tarihçesinden ve Tüzüğün uygulama alanından bahsedildikten sonra tarafların hukuk seçme serbestisinin yer aldığı Tüzük m. 14 ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

---

222 Kahn-Freund, (General), s. 406-410.

223 Mandery, s. 79.

224 Mandery, s. 80.

225 İrade muhtariyeti prensibi artık sadece sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde değil, haksız fiillerde, miras hukukunda [Merhum Kişilerin Taşınmazlarının İntikaline Uygulanacak Hukuka İlişkin 1 Ağustos 1989 tarihli Lahey Sözleşmesinin 5.maddesi; 650/2012 tarihli Konsey Tüzüğü 22.maddesi], mal rejiminde [Mal Rejimlerine İlişkin 14 Mart 1978 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 3.ve 6.maddeleri.], nafaka [Nafakadan doğan borçlara uygulanacak hukuka ilişkin 23 Kasım 2007 tarihli Lahey Protokolünün 7-8.maddeleri; Nafakadan Doğan Borçlara İlişkin Meselelerde İşbirliği ve Yetki, Uygulanacak Hukuk ve Kararların Tanıma ve Tenfizine ilişkin 18 Aralık 2008 tarih 4/2009 sayılı Konsey Tüzüğü (EC)] ve hatta boşanmada da [Boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk alanında işbirliğinin arttırılmasının sağlanmasına ilişkin 20 Aralık 2010 tarihli 1259/2010 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 5.maddesi] kabul edilmektedir.

I. GENEL HATLARIYLA ROMA II TÜZÜĞÜ

Roma II Tüzüğü Birlik hukukundaki tarihsel gelişmeler de dikkate alınarak anlaşılmalıdır. Roma II Tüzüğü Avrupa Topluluğu Anlaşmasının[226] 61 ve 65.maddelerinde (Lizbon Antlaşması m. 81) verilen yetki uyarınca hukukun değişik alanlarında uygulanacak kanunlar ihtilafı hukuku kurallarının yeknesaklaştırılması düşüncesi ile milletlerarası özel hukuk alanında yapılan Avrupa düzenlemelerinden biridir[227]. 11 Temmuz 2007'de kabul edilen Tüzük 11 Ocak 2009'dan itibaren Danimarka[228] hariç olmak üzere tüm üye devletlerde uygulanmaya başlanmıştır[229]. ABİA m. 288 uyarınca Tüzük "genel uygulama alanına sahiptir" ve "tüm üye devletler için bağlayıcı olacak ve doğrudan uygulanır"[230]. Dolayısıyla Tüzük üye devletlerde, milletlerarası unsurlu sözleşme dışı dışı borç ilişkilerinde Tüzük kapsamına dâhil olan tüm hususlar bakımından[231] uygulanacak hukuku düzenleyen kuralların yerini almıştır.

---

226 European Union Consolidated Versions Of The Treaty On European Union And Of The Treaty Establishıng The European Community, C321 E/1, 29.12.2006.

227 Explanatory Memorandum of the Commision of the European Communities accompanying the European Commision, Proposal for a Regulation on the law applicable to non contractual obligations (Rome II) (COM (2003) 427 final [22.07.2003], s. 23. (Explanatory Memorandum)

228 Tüzük Dibace m. 40 ve m. 1 f. 4 Roma II Tüzüğü bakımından Danimarka'nın bir üye devlet olmadığını hükme bağlamıştır. Avrupa Birliğine Roma II Tüzüğünü yapma yetkisi veren ABİA m. 81 Danimarka, Birleşik Krallık ve İrlanda'yı imzalanan protokoller nedeniyle bağlamamaktadır. Ancak Birleşik Krallık ve İrlanda Roma II Tüzüğüne dâhil olma haklarını kullanmışlardır. Bu nedenle Tüzük m. 26 bu iki üye ülkeyi de kapsayacak şekilde uygulanır.

229 Roma II Tüzüğü Dibace m. 40.

230 1972 tarihli Avrupa Toplulukları Senedi Kısım 2 (1) uyarınca Roma II Tüzüğü Birleşik Krallık Roma II Tüzüğü Dibace m. 39 ve İrlanda da dâhil olmak üzere üye ülkelerde özel bir yasama faaliyetine ihtiyaç duyulmaksızın doğrudan uygulanacaktır.

231 Tüzük m. 1 f. 2'de Tüzüğün kapsamı dışında kalan hususlar sayılmıştır. Bahsi geçen bu hallerde söz konusu Tüzük hükümleri değil, başka bir Birlik düzenlemesi kapsamına giren bir mesele söz konusuysa bu düzenlemenin hükümleri, bu söz konusu değilse üye ülkelerin iç hukuklarına (kanunlar ihtilafı kurallarına ya da milletlerarası sözleşmelere) başvurulacaktır. Tüzüğün kapsamı dışında kalan konular aile hukuku ve nafakadan doğan borçlar gibi uygulanacak hukuk tarafından aile hukuku ilişkilerine benzer etkiye sahip olduğu kabul edilen hukuki ilişkilerden kaynaklanan sözleşme dışı borç ilişkileri (m.1(2)(a)), evlilik malları rejiminden ve uygulanacak hukuk tarafından evlilik ile benzer etkiye sahip olduğu kabul edilen mal rejimleri, mirastan kaynaklanan sözleşme dışı borç ilişkileri (m.1(2)(b), poliçe, bono. çek ve tedavül senetlerinin tedavül edilebilir niteliğinden kaynaklandığı ölçüde tedavül senetlerinden doğan sözleşme dışı borç ilişkileri (m.1(2)(c)), şirketler ve tüzel kişiliği olsun ya da olmasın diğer toplulukların kurulması tescil edilmesi ya da başka bir yoldan meydana gelmesi, ehliyetleri, iç işleyişleri, tasfiyesi, şirket ya da

A. Sözleşme Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi Serbestisi Açısından Roma II Tüzüğü Öncesindeki Durum

1. Roma Sözleşmesinin 1972 Tarihli Taslağında Sözleşme Dışı Borç İlişkileri Bakımından Hukuk Seçimi

Sözleşme dışı borç ilişkilerinde yeknesak kuralların getirilmesine ilişkin girişimler neredeyse Topluluğun kurulması aşamasından beri devam etmektedir. Avrupa Topluluğunun kurucu altı üyesi 1972 yılında Sözleşme ve Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine İlişkin Avrupa Ekonomik Topluluğu Taslak Sözleşmesi'ni sunmuştur. Bununla birlikte, 1978 yılında sözleşme dışı borç ilişkilerine ilişkin hükümlerin taslak sözleşmeden çıkarılmasına ve sözleşmeden doğan ilişkilere ilişkin düzenlenmelere[232] odaklanılmasına karar verilmiştir[233]. 1980 yılında imzaya açılan ve Roma Sözleşmesi olarak da bilinen Sözleşmeden Doğan İlişkilere Uygulanacak Hukuka İlişkin Sözleşme 1991 yılında yürürlüğe girmiştir.

topluluğun üyelerinin ya da çalışanlarının kişisel sorumluluğu, görevli ya da görevli olarak sayılabilecek üyelerin şirketin yada topluluğun borçlarından dolayı kişisel sorumluluğu ve denetçilerin muhasebe belgelerinin yasal denetiminde şirkete ya da üyelere karşı olan kişisel sorumluluklarından doğan sözleşme dışı borç ilişkileri (m.1(2)(d); mülkünü vasiyetle bırakan kimse, güvenilen kişi (*trustee*) ve gönüllü olarak kurulan *trust*tan faydalanan kimseler arasındaki hukuki ilişkilerden doğan sözleşme dışı borç ilişkisi (m.1(2)(e); nükleer zararlardan doğan sözleşme dışı borç ilişkileri (m.1(2)(g); özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi ve hakareti de kapsayacak şekilde kişilik haklarının ihlalinden doğan sözleşme dışı borç ilişkileri (m.1(2)(g).

232 Söz konusu düzenlemenin taslağında, sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından oldukça geniş bir hukuk seçimi imkânı tanınmış olması ve haksız fiil statüsü bakımından fer'i bağlanmanın kabul edilmiş olması nedeniyle, hukuk seçiminin sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından dolaylı da olsa dikkate alınabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca tarafların dava devam ederken bir hukuk seçimi yapıp yapamayacaklarının Sözleşme kapsamından ziyade üye devletlerin medeni usul kanunları tarafından belirlenmesi gerektiği de ifade edilmiştir: Vogeler, s. 22.

233 Bu odaklanmanın en önemli sebebi Birleşik Krallık, İrlanda ve Danimarka'nın birliğe katılımı sürecinin söz konusu düzenlemenin yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkilerine dair kanunlar ihtilafı kuralları üzerinde çalışılabilecek kadar zaman tanıması olmuştur. Leible, S.: "Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europaeischen Kollisionsrect", **Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht (Vorträge und Berichte),** N. 173, s. 2. (Perspektiven)

2. La Haye Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi

Roma Sözleşmesi Tasarısı çalışmalarına paralel olarak 1970li yıllarda La Haye Konferanslarında trafik kazaları[234] ve imalatçının sorumluluğuna[235] uygulanacak hukuka ilişkin sözleşmeler kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlemelerde hukuk seçimine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca düzenlemeler irade muhtariyetinin güvence altında olduğuna dair hiçbir ipucu barındırmamaktadır. Bu nedenle La Haye Sözleşmelerinin Roma II Tüzüğü m. 14'ün gelişimine etkisinin pek fazla olmadığı söylenebilir[236]. İleride Roma II Tüzüğünün 28.maddesi bağlamında Tüzük ile La Haye Sözleşmeleri arasındaki ilişki incelenecektir.

B. AB Kanunlar İhtilafı Hukukunun Yeknesaklaştırılması Bakımından Birliğin Yetkisinin Esasları

Amsterdam Antlaşmasının[237] 1 Mayıs 1999'da yürürlüğe girmesi ile Avrupa Birliği ilk defa Avrupa kanunlar ihtilafı hukukunun yeknesaklaştırılması konusunda gerçek anlamda yetkiye sahip olmuştur[238]. Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesinden sonra söz konusu yetki ABİA m. 81'de düzenlenmektedir[239]. Söz konusu

---

234 4 Mayıs 1971 Tarihli Trafik kazlarına Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme (Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents) http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=81 (Son erişim: 26.08.2015).

235 2 Ekim 1973 Tarihli İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme (Convention on the Law Applicable to Products Liability) http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=84 (Son erişim: 26.08.2015).

236 Sözleşmelerin Roma II Tüzüğü bakımından önem arz ettiği nokta trafik kazalarında, bu hukuki ilişkinin milletlerarası sigorta hukukuna olan yakınlığı dolayısıyla, zarara ilişkin düzenlemelerde yeknesaklığı sağlamak amacıyla hukuk seçiminin kapsam dışında bırakılıp bırakılmayacağı sorunudur. Bu anlamda Alman Eyalet Yüksek Mahkemesi milli hukuka dayanmak suretiyle hukuk seçilmesi imkânının bulunmadığı sonucuna varmıştır: Vogeler, s. 23.

237 Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts of 10 November 1997, OJ C 340/01.

238 Kroll-Ludwigs, s. 20.

239 Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesinde kadar yeknesak kanunlar ihtilafı kurallarının oluşturulmasına ilişkin yetki, AT Antlaşmasının m. 61 (c) ve m. 67 (2) ile bağlantılı olarak m. 65 (b)'de düzenlenmişti. ATA m. 65'te adli konularda iş birliğinin sağlanması bakımından önlemlere

madde Birliğe "Kanunlar İhtilafı Hukuku ile Milletlerarası Usul Hukukunun yeknesaklaştırılması" bakımından açık bir yetki vermiştir[240]. Maddenin 2.fıkrasının (c) bendi uyarınca Birlik "Üye ülkelerde yürürlükte olan kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılmasının ve yetki ihtilaflarının azaltılmasının güvencesini verecek önlemler alacaktır." Maddenin 2.fıkrası uyarınca Birlik bu önlemleri özellikle iç pazarın işleyebilmesi için gerekli olduğunda alacaktır.

C. Roma II Tüzüğünün Kabul Edilmesi Süreci

1. Genel Olarak

Sözleşme dışı borç ilişkileri bağlamında taslak sözleşmenin hazırlanması

ilişkin listenin yalnızca Konsey'in medeni konularda adli iş birliğinin sağlanmasına ilişkin hususlara yer verilmesi bu alanda özgürlük ve güvenliğin adım adım sağlanması yönündeki ATA m. 61'in somutlaşmış hali olarak görülmekteydi: Wagner, R.: "15 Jahre Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen: Resume und Ausblick nach mehr als fünfzehn Jahren", **RabelsZ,** 2015, Bd. 79, s. 530; Bu madde uyarınca Birliğin yetkisi "üye ülkelerde yürürlükte olan kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılmasının ve yetkiye ilişkin ihtilafların azaltılmasına ilişkin düzenlemelerin teşvik edilmesi" idi. Her ne kadar maddenin lafzı söz konusu yetkiyi "Adli Konularda İşbirliği" olarak sınırlamış olsa da, maddenin kanunlar ihtilafı hukukunu da kapsadığı kabul ediliyordu: Kroll-Ludwigs, s. 20; Wagner, s. 530.

[240] Birliğin yetkisi bakımından ortaya çıkabilecek soru Birliğin kanunlar ihtilafı kurallarını yeknesaklaştırmasının maddi hukuk normlarının yaklaştırılması olarak görülüp görülemeyeceğidir. ABİA m. 81 bu husus bakımından herhangi bir yetki veriyor gibi görünmemektedir. Bir görüşe göre, ATA m. 65, Birliğe maddi hukukun yeknesaklaştırılması konusunda herhangi bir yetki vermemekteydi; zira madde açıkça kanunlar ihtilafı ve milletlerarası usul hukukunun yeknesaklaştırılmasından bahsetmekteydi: Kroll-Ludwigs, s.20; Buna göre bir "Avrupa Medeni Kanunu"nun çıkması da mümkün değildi. Daha ziyade iç hukuklardaki farklılıkların iç pazarın işleyişi için engel teşkil ettiği durumlarda Birliğin "yaklaştırma yetkisi"nden bahsedilebilirdi; Aynı sonuçlara yürürlükteki Antlaşma bakımından da varmamak için hiçbir gerekçe yoktur. Her ne kadar m. 81 eski düzenlemeden farklı olarak yargıya etkin bir erişim ((e) bendi) ve uyuşmazlıkların çözüm seçenekleri yöntemlerinin geliştirilmesi ((g) bendi) gibi belli noktaları aydınlatıcı düzenlemeler getirmiş olsa da m. 81 "özel hukukun birleştirilmesi" kavramına açık ya da zımni bir biçimde yer vermemiştir. Ayrıca m. 81'de Birliğin yetkileri tahdidi olarak sayılmıştır: Kroll-Ludwigs, s. 29. Bu nedenle söz konusu hükümde sayılmamış olan hususlar bakımından Birliğin yetkili olmadığı kabul edilir. Son olarak söz konusu yetkilerin sınır aşan etkileri olan medeni meseleler bakımından kullanılması yetkinin sınırını daha net bir şekilde çizmektedir. Özel hukukun birleştirilmesi kısa vadede gerçekçi bir çözüm olarak görülmemektedir. Ancak kanunlar ihtilafının kurallarının birleştirilmesi bir en iyi ikinci çözüm ya da maddi hukukun birleştirilmesi önünde bir engel olarak algılanmamalı; bilakis maddi haksız fiil hukukları arasında bir rekabete izin vermek ve supranasyonel bir hukukta maddi hukuku birleştirmenin doğal sonucu sayılabilecek "katılaşma" tehlikesinin engellenmesi gibi avantajları haiz bir işlem olarak görülmelidir: von Hein (Contribution), s. 471.

çalışmalarının yeniden başlaması 1996 yılını bulmuştur. Avrupa Birliği Komisyonu'nun tüzük taslağı çalışmalarına hazırlık sayılabilecek nitelikte bir çalışma Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Avrupa Topluluğu Grubu tarafından yürütülmüştür. Sözleşme dışı borç ilişkileri bağlamında bir düzenlemenin yapılması 1 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Anlaşması ile de hız kazanmıştır. Bu anlaşma ile Avrupa Topluluğu milletlerarası hukuka ilişkin meseleler bakımından ilk defa açık bir şekilde yetkilendirilmiştir; böylece 1999 yılında Konsey çalışma grubu sözleşme dışı borç ilişkileri alanında bir başka ön taslak hazırlamıştır[241].

Avrupa Komisyonu'nun ön taslak teklifine temel oluşturan söz konusu taslak ise, 2002 yılında meslek ve sanayi grupları, akademisyen ve uygulamacılar gibi grupların görüşlerini almak amacıyla kamuya sunulmuştur. Avrupa Komisyonu, gelen eleştiri ve öneriler doğrultusunda ilk taslağını 2003 yılında tamamlamıştır. Komisyonun taslağı, madde şerhlerinin yer aldığı ve ön taslak teklifinden belirgin bir biçimde ayrılan hususlar barındıran oldukça detaylı bir açıklayıcı rapor ile de desteklenmiştir[242]. Komisyon taslağı doktrinde büyük ölçüde eleştirilmiştir[243]. Süreç bu noktadan sonra Avrupa Parlamentosu tarafından yürütülmüştür. 2005 Haziran ayında, Avrupa Birliği hukukunun yorumlanması ve uygulanması hususunda Parlamento bünyesinde bulunan Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri ve İç Pazar Komitesi tarafından yayınlanan rapor özellikle kanunlar ihtilafı kurallarında

---

241 Amsterdam Anlaşması yürürlüğe girmeden önce Anlaşma'nın kendilerine verdiği yetkileri kullanacak olan Avrupa kurumları söz konusu yetkileri nasıl kullanacaklarına dair çeşitli toplantılar yapmışlardır. Bu toplantılar neticesinde Anlaşma'nın yürürlüğe girmesinden iki yıl sonra sözleşme dışı borç ilişkilerine ilişkin bir düzenlemenin tamamlanacağı öngörülmüştür; ancak sürenin dolduğu 2001 tarihinde ortada henüz yayınlanabilecek bir metin bulunmamaktaydı. Dickinson, s. 32.

242 Dickinson, s. 40. Explanatory Memorandum, s. 24.

243 Hatta daha da ileri giderek bu hoşnutsuzluğu düşmanca olarak bile niteleyen yazarlar bulunmaktadır. Bu yazarlar için bkz. Mandery, s. 83. Komisyon taslağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s. 56.

esnekliğin sağlanması noktasında aldığı eleştirilerle pek çok değişikliğe uğramış, bu değişiklerle birlikte Ocak 2006 yılında değiştirilmiş Komisyon teklifi oluşturulmuştur. Avrupa Birliği Komisyonu Eylül 2006'da Avrupa Parlamentosu'ndan ziyade Komisyon'un yaklaşımını büyük ölçüde benimsemiş olduğu değiştirilmiş öneriyi[244] (*Amended Proposal*) kabul etmiştir. Konsey temsilcileri, Komisyon ve Parlamento'nun bir dizi müzakere sürecinin neticesinde Mayıs 2007'de bir metin üzerinde uzlaşılmış, 11 Temmuz 2007'de de söz konusu metin Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilmiştir.

Komisyon'un, esasen pek az değişiklikle yürürlükteki Roma II Tüzüğü'nü oluşturan 2003 tarihli taslağı, kendisinden önce yapılan pek çok Tüzük tasarısından etkilenmiştir. Hukuk seçimine ilişkin Roma II Tüzüğü m. 14, buna ilişkin Tüzük Dibace m. 31 ve Tüzüğün oluşturulmasında gözetilen menfaatlerin tespiti Tüzüğün yorumlanmasında oldukça büyük bir öneme sahiptir[245].

2. Tüzüğün Hazırlık Sürecinde İleri Sürülen Tekliflerde Hukuk Seçimi[246]

a. Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Avrupa Topluluğu Grubunun (*GEDIP*) Tüzük Teklifinde Hukuk Seçimi

Amsterdam Antlaşmasının yürürlüğe girmesinden hemen önce AB Konseyi 1997 yılında sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından kanunlar ihtilafı kurallarının

---

244 Council Common Position OJ C 289/68, [28.11.2006]. Ayrıca bkz. Communication from the Commision concerning the Council's Common Position (COM (2006) 566 final [27.9.2006]).

245 Vogeler, s. 20.

246 Çalışmamız kapsamını genişletmemek adına yalnızca iki tasarıyı inceledik. Tüzüğün hazırlanması aşamasında diğer tasarılar da dikkate alındığında hukuk seçimine ilişkin olarak hukuk seçiminin zamanı, söz konusu hukuk seçiminin üçüncü kişilerin haklarına olan etkisi, kısmi hukuk seçimi yapılıp yapılamayacağı, zayıf tarafın korunması, hukuk seçiminin sınırlanıp sınırlanmayacağı ve seçimin açık ve/veya zımni olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği hususlarında farklı görüşlerin benimsendiği söylenebilir. Diğer tasarılar ve bu tasarılar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Vogeler, s. 26-37.

yeknesaklaştırılmasının gerekli ve mümkün olup olmadığının araştırılmasını istemiştir. Bunun üzerine *GEDIP*'in pek çok düzenlemeyi göz önünde bulundurarak hazırladığı taslakta haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve vekâletsiz işgörme bakımından uyuşmazlığın doğmasından sonra açık olarak hukuk seçimi yapılması imkânı yer almıştır. Taslakta üçüncü kişilerin haklarının bu seçimden etkilenmeyeceği belirtilirken[247], özel haksız fiil türleri bakımından bağlama kuralları ise öngörülmemiştir. Taslak yalnızca sonradan yapılacak hukuk seçimini düzenlemiştir. Önceden yapılacak bir hukuk seçiminin söz konusu olmamasına gerekçe olarak Taslakta fer'i bağlanmaya ilişkin bir kuralın zaten var olduğu ve ayrıca tüketici ve işçi gibi zayıf tarafın korunmasını amaçlayan bir düzenlemede böyle bir hukuk seçimine yer verilemeyeceği gösterilmiştir.

b. Avrupa Birliği Komisyonunun 22.7.2003 tarihli Tasarısı

Avrupa Birliği Komisyonunun 2003 tarihinde yayınlamış olduğu taslak metnin gerekçesinde her ne kadar Milletlerarası Özel Hukukta ve bu arada irade muhtariyetindeki en yeni gelişmelerin yer aldığı ifade edilse de taslağın metninden bu hususun tam tersinin benimsenmiş olduğu sonucu çıkmaktadır[248]. Taslak metninde yalnızca sonradan yapılan bir hukuk seçimine izin verilmiştir. Bir başka deyişle, bu konuda *GEDIP* taslağından farklı olarak "sözleşme dışı borç ilişkisi yoluyla ortaya çıkan olayın meydana gelmesi"ni takiben hukuk seçimi yapılabileceği belirtilmiştir[249]. Bu düzenleme ile zayıf tarafın korunmasının amaçlandığı Açıklayıcı Raporda yer

---

247 European Group for Private International Law Proposal for a European Convention on the law applicable to non-contractual obligations (final version) http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-8pe.html (26.08.2015).

248 Vogeler, s. 37.

249 Explanatory Memorandum, s.22; Vogeler, s. 38-dn. 234.

almıştır. Haksız fiile ilişkin özel bağlama kurallarında hukuk seçimine ilişkin herhangi bir ibare yer almamaktadır. Bundan başka, bir devletin hukukunun emredici kurallarının ve iç pazarın işleyişine ilişkin kuralların bertaraf edilemeyeceği belirtildikten sonra, söz konusu seçimin üçüncü kişilerin haklarına halel getirmeyeceği ifade edilmiştir. Tüzük ayrıca zımni hukuk seçimini de kabul ederek olayın şartlarından yeterli bir kesinlikle anlaşılabilecek seçimi de geçerli saymıştır. Tüzük yalnızca fikri mülkiyet haklarının ihlalinde bu ihlaller bakımından hukuk seçiminin fikri hakların niteliğine uygun olmadığı gerekçesi ile reddetmiş, diğer haksız fiil türleri bakımından ise, daha önce ifade ettiğimiz üzere, herhangi bir hukuk seçimi sınırlamasından bahsetmemiştir.

Ekonomik ve Sosyal Komitenin 2004'teki görüşünden sonra Parlamento Komisyonun taslağını birkaç değişiklikle birlikte kabul etmiştir. Hukuk seçimine ilişkin madde taraf iradelerine ve usul ekonomisine verilen önemi göstermek amacıyla tüzüğün ilk maddelerinde yer almıştır[250]. Parlamentonun kabul ettiği taslakta göze çarpan en önemli değişiklik sonradan yapılan hukuk seçimi yanında, birbirlerinden bağımsız ticari ilişkileri bulunan tacirler arasında olmak ve hukuk seçimi anlaşması serbestçe müzakere edilmek kaydıyla, sözleşme dışı borç ilişkisinin gerçekleşmesinden önce yapılacak hukuk seçimidir. Bu tercihe gerekçe olarak, birbirlerinden bağımsız olarak ticari iş yürüten tacirlerin, haksız fiilin meydana gelmesinden önce hukuk seçimi yapamamaları için herhangi bir sebebin olmaması gösterilmiştir[251]. Bunun yanısıra, söz konusu düzenlemenin, ticari ilişkilerini baştan ayrıntılı bir biçimde düzenlemek isteyen işletmeler bakımından çoktandır arzu edildiği

250 Vogeler, s. 39.

251 Vogeler, s. 39.

ifade edilmiştir[252]. Böylelikle sonradan yapılacak hukuk seçimine herhangi bir sınırlama getirmeden zayıf tarafı koruyacak bir düzenleme yapıldığı ifade edilmiştir. Serbestçe müzakere edilme şartı yalnızca tacirler bakımından arandığı için genel işlem şartları bakımından hukuk seçimi kabul edilmemiştir[253]. Parlamento, Komisyondan farklı olarak fikri mülkiyet ihlallerinde hukuk seçimine izin verilmesi gerektiği görüşünde olmuşsa da kabul edilen metinde bu hususta hukuk seçiminin kabul edilmediği görülmektedir. Bugün yürürlükte olan metin 2006 Haziran ayında yayımlanan Ortak Tutum[254] metninden herhangi bir farklılık içermemektedir.

D. Roma II Tüzüğünün Uygulama Alanı

1. Tüzüğün Yer Bakımından Uygulama Alanı

Roma II Tüzüğü m. 3, Tüzükte yer alan kuralların evrensel niteliğini ortaya koymaktadır. Bir başka deyişle, Tüzükte yer alan bağlama kuralları ile tespit edilen hukukun üye ülke hukuku olup olmamasının bir önemi yoktur. Ayrıca Tüzük uygulanması bakımından bir üye devlet mahkemesinin yetkili olması dışında Birlik ile herhangi başka bir bağlantı aramamaktadır. Bu anlamda Tüzük "Birlik içi" ve "Birlik dışı" davalarda uygulanacak hukuku tespit edecektir[255]. Örneğin, Birlik vatandaşı olmayan iki kimse arasında zararın üçüncü ülkede ortaya çıktığı bir uyuşmazlıkta herhangi makul bir sebepten üye devlet mahkemelerinden birinin yetkili olması halinde Tüzük söz konusu somut olaya uygulanacaktır[256].

---

252 Vogeler, s. 39.

253 Vogeler, s.39.

254 Common Position (EC) No 22/2006 adopted by the Council on 25 September 2006 with a view to adopting Regulation (EC) No …/… of the European Parliament and of the Council of … on the law applicable to non-contractual obligations (ROME II) (2006/C 289 E/04).

255 Garcimartín Alférez, s.78; Brière (Non contractuelles), s.36.

256 Garcimartín Alférez, s.78; Brière (Non contractuelles), s.36.

Burada ABİA m. 81'in Birliğe Tüzük ile Birlik dışı olarak tanımlanabilecek bu uyuşmazlıklara ilişkin olarak yeterli derecede düzenleme yetkisi verip vermediği meselesi tartışmalı olmakla birlikte neticede benimsenen çözüm tatmin edicidir[257]. Bir yandan kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında Birlik içi ve Birlik dışı uyuşmazlıklar bakımından yapılacak bir ayrımı herhangi bir kuralda somutlaştırmak oldukça zordur. Bu anlamda daha önce denenmiş olan çözümler uygulanması zor ya da imkânsız hükümler olmuştur. Diğer yandan Birlik içi ve dışı uyuşmazlıklar bakımından ikili bir sistem yaratmak da Tüzüğün amacına uygun düşmez, Tüzük uygulayıcılarını zorlar[258]. Bu nedenle açık ve uygulanması kolay kuralların getirilmesi hedeflenmiştir; zira böylelikle iç pazarın düzgün işlemesi de sağlanacaktır.

2. Tüzüğün Konu Bakımından Uygulama Alanı

Roma II Tüzüğü m.1 (1) uyarınca Tüzük birden fazla ülke ile bağlantılı bulunan, medeni ve ticari konulara ilişkin olarak, Tüzük kapsamı dışında bırakılmamış olan sözleşme dışı borç ilişkilerine[259] uygulanır[260]. Tüzük m.1 (1) c.2 uyarınca vergi, gümrük, idare hukukunu ilgilendiren konular ya da devletin devlet otoritesini kullandığı fillerinden ya da ihmalinden doğan sorumluluğunda (*acte iure imperii*) uygulanmaz[261].

---

257 Garcimartín Alférez, s. 78; Brière (Non contractuelles), s. 36.

258 Garcimartín Alférez, s. 78; Brière (Non contractuelles), s. 37.

259 Tüzük bağlamında sözleşme dışı borç ilişkisi kavramından anlaşılması gerekenle ile ilgili olarak yapılan açıklamalar için bkz.s. 2.

260 Tüzüğün konu bakımından uygulama alanı söz konusu hukuki ilişkinin niteliği, yani sözleşme dışı borç ilişkisi ve bu ilişkinin içeriği, bir başka deyişle hukuki ilişkinin medeni ya da ticari konulardan doğup doğmadığına göre belirlenmiştir: Scott, s. 57. Tüzüğün kapsamı dışında kalan hususlar için bkz. dn. 205.

261 Bu hususla ilgili ayrıntılı bilgi içn bkz. Garcimartín Alférez, s. 79.

a. Birden Fazla Ülke ile Bağlantılı Bulunma

Tüzük birden fazla hukuk sistemi ile bağlantılı olan ve bu nedenle muhtemelen kanunlar ihtilafını ilgilendiren her uyuşmazlık bakımından uygulanacaktır. Komisyonun 2003 tarihli taslağıyla birlikte yayınlanan Açıklayıcı Raporunda bu kavram "bir ülkenin iç sosyal düzenine yabancı olan bir ya da birden fazla unsur barındıran durumlar" olarak tanımlanmıştır[262]. Tüzük özel bağlama noktalarına ilişkin tahdidi bir sayma yapmamıştır. Genel olarak herhangi bir milletlerarası unsur (tarafların vatandaşlığı ya da ikametgâhı, doğrudan ya da dolaylı zararın ortaya çıktığı ya da zarara sebep olan eylemin gerçekleştiği yer ya da bir yabancı hukuk tarafından idare edilen hâlihazırdaki bir sözleşme ilişkisi bağlamında katlanılan zarar unsuru) Tüzüğün uygulanması sonucunu doğurur[263].

b. Medeni ve Ticari Konu Kavramı

Tüzük m.1 (1) c.1'de yer alan "medeni ve ticari konular" Birlik hukuku bağlamında otonom yorumlanması gereken bir kavramdır[264]. Böylelikle bir Birlik normu tüm üye ülkelerde yeknesak bir şekilde uygulanacaktır. Ayrıca bu kavramın anlamı tüm Birlik düzenlemelerinde ilk bakışta (*prima facie*) birbirleri ile uyumlu olmalıdır[265]. ABAD'ın Brüksel I Tüzüğü bağlamında medeni ve ticari konuları tanımlarken işaret ettiği bazı özellikler Roma II Tüzüğü açısından da yol gösterici olabilir[266]. Buna göre söz konusu ilişkinin medeni ya da ticari olarak nitelendirilmesindeki en önemli unsur davanın görüldüğü mahkeme değil tarafların

---

262 Explanatory Memorandum, s. 25.

263 Garcimartín Alférez, s. 79.

264 Garcimartín Alférez, s. 80; Brière (Non contractuelles), s. 37; Otonom yorum konusunda bkz.dn. 9.

265 Garcimartín Alférez, s.80; Brière (Non contractuelles), s. 38.

266 Bu husus hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. C-292/05 Lechouritou v Dimosio [2007] ECR-I 01519.

aralarındaki hukuki ilişkidir. Roma II Tüzüğü Dibace m. 8 de göz önünde bulundurulduğunda ceza, iş ya da idare mahkemeleri tarafından verilen medeni konulara ilişkin kararlar bakımından da Tüzüğün uygulanacağı sonucuna varmak gerekir[267]. Taraflardan birinin devlet olması halinde ise devlet kamu gücünü kullanmadığı ve uyuşmazlık kamu gücünü kullanarak gerçekleştirdiği bir eylemden kaynaklanmadığı sürece söz konusu uyuşmazlık yine Tüzüğün kapsamına girer[268].

3. Tüzüğün Zaman Bakımından Uygulama Alanı

Üye ülkeler ve Komisyona birtakım yükümlülükler getiren Tüzük m. 29 haricinde, Tüzük m. 32 uyarınca Roma II Tüzüğünün, kabul edilmesinden on sekiz ay sonra yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Tüzük, yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelen sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacaktır. Bu anlamda söz gelimi çevre zararları ve imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu gibi haksız fiilin işlenmesi ile zararın doğması arasında belli bir sürenin geçtiği durumlarda Tüzük ancak haksız fiilin işlendiği anda yürürlükteyse somut olay bakımından uygulanabilir[269].

4. Tüzüğün Diğer Düzenlemelerle Olan İlişkisi

a. Tüzüğün Diğer AB Tüzükleri ve Direktifleri ile Olan İlişkisi

Roma II Tüzüğü diğer Birlik düzenlemeleriyle olan ilişkileri bakımından "genel kanun" niteliğini haizdir[270]. Buna göre, Tüzük belli meselelere ilişkin Birlik düzenlemelerinde sözleşme dışı borç ilişkilerine dair kural bulunması halinde bu

---

267 Garcimartín Alférez, s. 81; Brière (Non contractuelles), s. 38.

268 Bu hususta özellikle bkz. C-29/76 LTU v. Eurocontrol [1976] ECR 1541.

269 Garcimartín Alférez, s.80.

270 Garcimartín Alférez, s. 82; Vogeler, s. 83.

kuralın uygulanmasına halel getirmez. Roma II Tüzüğü Dibace m. 35, kanunlar ihtilafı kuralları farklı düzenlemelere dağılmışsa ve bu düzenlemeler arasında farklılıklar mevcutsa bu farklılıkların göz ardı edilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Bundan başka söz konusu madde, Tüzüğün Birlik hukukunun belli meselelere ilişkin diğer düzenlemelerinde sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından kanunlar ihtilafı kuralları getirilmesi ihtimalini ortadan kaldırmadığını da ifade etmiştir.

Tüzük m. 27 doğrudan ya da dolaylı bir şekilde iç pazar "menşe ülkesi"[271] ilkesinden bahsetmemiş olsa da Tüzük Dibace m. 35 (2) bu anlayışı yansıtmaktadır. Sözleşmelere ya da haksız fiillere uygulanacak genel kanunlar ihtilafı kuralları arasındaki ilişki ile menşe ülkesi ilkesi birbirleri ile bağdaşır görünmemektedir[272]. Menşe ülkesi ilkesinin Birlik hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarını değiştirip değiştirmeyeceği ve değiştirecek ise bunun hangi şartlar dâhilinde gerçekleşeceği Birlik hukukunun en problemli konularından biridir. Tüzük bu anlamda herhangi bir çözüm getirmemektedir[273].

b. Tüzüğün Diğer Milletlerarası Sözleşmelerle İlişkisi

Roma II Tüzüğü, kabul edilmesinden önce yürürlükte bulunan milletlerarası sözleşmelerin uygulanmasını engellememektedir. Daha önce bahsedilen ve konumuz

---

271 Mal ve hizmet sağlayıcılarının yalnızca kendi menşe ülkelerinin kurallarına uymaları ilkesi olarak tanımlanabilecek menşe ülkesi (*country of origin*) ilkesinin kanunlar ihtilafı hukuku ilkesi olarak kabul edilmesi meselesi uzun zamandır tartışılmaktadır. Menşe ülke ilkesini benimsemiş olan E-Ticaret Yönergesi de bu soruya net bir cevap verememektedir. Doktrinde bir görüşe göre söz konusu ilke klasik bir kanunlar ihtilafı hukuku ilkesinden ziyade kazanılmış haklar ilkesinin yeni bir şeklidir. Kazanılmış haklar ilkesi bağlamında menşe ülkesi bir mal ya da hizmet sağlayıcısının menşe ülkesindeki kurallara uymasıyla mal ya da hizmetin ulaştığı ülke hukukunun söz konusu mal ya da hizmet sağlayıcısının menşe ülke hukukunun uygulanmasının engellenemeyeceği şeklide ifade edilebilir: Michaels, R.: "The New European Choice-of-Law Revolution", **Tulane Law Review,** 2008**,** Vol. 82 (5), s. 1629.

272 Garcimartín Alférez, s. 82; Brière (Non contractuelles), s. 46.

273 Garcimartín Alférez, s. 82; Brière (Non contractuelles), s. 46.

bakımından önemi haiz iki La Haye Sözleşmesi[274] bu durumda yürürlükte olduğu üye devletler bakımından öncelikle uygulanacaktır.

Burada tartışmalı olan husus La Haye sözleşmesine taraf olan bir üye ülkenin, söz konusu sözleşmenin herhangi bir hukuk seçimi düzenlemesi içermemesi halinde Roma II Tüzüğü'ndeki hukuku seçimi imkânından yararlanıp yararlanamayacağıdır. Bu konuda doktrindeki bir görüş La Haye Sözleşmelerinde hukuk seçimine ilişkin bir düzenleme olmadığından ötürü Tüzük m. 14'ün uygulanabileceğini söylerken[275], diğer görüş bu anlayışı tamamen reddedip kararı davanın görüleceği devlet mahkemesinin vermesi gerektiğini savunmaktadır[276].

E. Roma II Tüzüğünün Objektif Kanunlar İhtilafı Kuralları

1. Genel Bağlama Kuralı

Roma II Tüzüğü m. 4 (1) uyarınca "bu Tüzükte aksi öngörülmedikçe, haksız fiilden (*tort/delict*) doğan sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk, zarara sebep olan olayın gerçekleştiği ve bu olayın dolaylı zararların ortaya çıktığı ülkeye bakılmaksızın zararın meydana geldiği ülkenin hukukudur." Haksız fiiller bakımından genel bağlama kuralı[277]olan Tüzük m. 4, esas bağlama kuralı olmasının yanı sıra

---

274 Bkz. s. 53-dn. 206-207.

275 Garcimartín Alférez, s. 82; Brière, (Non contractuelles) s. 47.

276 Graziano, T. K.: "The Rome II Regulations and the Hague Conventions on Traffic Accidents and Product Liability-Interaction, conflicts and future perspectives", **Nederlands Internationaal Privaatrecht,** 2008, s. 426. (Conflicts); von Hein, J.: "Of Other Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation on the Communitarisation of Private International Law, **RabelsZ,** 2009, Bd. 73, s. 474. (Contribution); Graziano, T. K.: "Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung" **RabelsZ,** 2009, Bd. 73, s. 44 (Rom II)

277 Roma II Tüzüğünün 4.maddesinin başlığı "Genel Kural" olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme yanlış anlaşılmalara yol açabilir; zira 4.madde tüm sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından değil yalnızca haksız fiiller bakımından getirilmiş olan bir genel bağlama kuralıdır. Heiss, H/Loacker, L: "Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II", **Juristische Blätter**, 2007, Heft 10, s. 624-dn.126.

bağlanmanın son basamağını da oluşturur[278]. Bir başka deyişle, Tüzük m. 4 (1) ancak ilk etapta Tüzük m. 14 bağlamında bir hukuk seçimi yapılmamışsa; ikinci olarak haksız fiile ilişkin özel bir bağlama kuralı öngörülmemişse; üçüncü olarak zararın doğduğu anda zarar veren ile zarar görenin müşterek mutad meskenleri bulunmuyorsa ve somut olay halin bütün şartlarından başka bir hukuk ile daha sıkı ilişkili değilse uygulanacaktır.

Roma II Tüzüğü haksız fiiller bakımından zarar yeri (*lex loci damni*) ilkesini, bir başka deyişle zararın meydana geldiği anda hakkın konusu olan varlığın bulunduğu yer kuralını benimsemiştir. Tüzük Dibace m. 16 (2) bu ilkenin benimsenmesinde zarar veren ile zarar görenin menfaatleri arasında makul bir dengenin sağlanması düşüncesinin, hukuki sorumlulukta modern yaklaşımın ve kusursuz sorumluluk sisteminin gelişiminin etkili olduğunu ifade etmektedir.

Tüzük m. 4 zararın meydana geldiği yer hukukunu tanımlamamıştır. Tüzük zarar yerinin haksız fiilin işlendiği ya da dolaylı zararların ortaya çıktığı yer olmayacağı yönünde olumsuz bir belirleme yapmıştır. Bununla birlikte, yine de zarar yeri ilkesini esas ilke olarak benimsemiş olan Tüzüğün bu ilkeyi yanlış anlaşılmaların önüne geçecek şekilde, açıkça düzenlemeyi ihmal etmiş olması doktrinde eleştirilmiştir[279].

Tüzüğün sadece zarar yeri ilkesini benimsemiş olmasıyla haksız fiilin işlendiği yer ilkesinden vazgeçtiği söylenebilir. Böylelikle, Tüzüğün haksız fiilin işlendiği yer ülkesinin tespitinin yaratacağı güçlükleri bertaraf ettiği söylenebilir. Bu bağlamda, Roma II Tüzüğünde haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin

---

278 Heiss / Loacker, s. 624; von Hein (Contribution), s. 475.

279 Heiss / Loacker, s. 624; von Hein (Contribution), s. 475.

farklılaştığı mesafeli haksız fiillerde zarar görene avantaj sağlayabilecek alternatif bir bağlama noktası yaratılmadığı gibi haksız fiilin işlendiği yer ile zarar yeri arasında da herhangi bir seçim hakkı tanınmamıştır[280].

2. Genel Bağlama Kuralının İstisnaları

Roma II Tüzüğü m. 4 (2) ve (3), m. 4 (1)'de yer alan genel kural karşısında iki istisna getirmiştir. Tüzük m. 4 (2) uyarınca, zarar veren ile zarar görenin müşterek mutad meskenleri, zararın doğduğu anda aynı ülkede bulunuyorsa bu ülkenin hukuku söz konusu haksız fiilden doğan sözleşme dışı borç ilişkisine[281] uygulanır[282]. Tüzük m. 23 müşterek mutad mesken kavramını ayrıntılı olarak düzenlemiştir[283].

Avrupa kanun koyucusu Parlamentonun özel haksız fiil türleri bakımından özel bağlama kuralları getirilmesinden vazgeçilmesi ve bunun yerine kaçış hükmünün

---

280 Heiss / Loacker, s.624; Bununla birlikte, Tüzüğün bazı özel haksız fiil türlerinde bu imkânı tanıdığı görülmektedir; Zarar yerinin birden fazla ülkede bulunması durumunda Tüzüğün her bir zarar yeri hukukunun uygulanması yönündeki yaklaşımı uygulamada pek çok problemin doğmasına sebep olabilir: Söz konusu olası problemler için bkz. Heiss / Loacker, s. 624.

281 Tüzükte özel haksız fiil türleri bakımından genel kuraldan ayrılma kısmen kabul edilmiştir. Ürün sorumluluğu ve endüstriyel faaliyetlerden doğan sözleşme dışı borç ilişkilerinde müşterek mutad mesken bağlama noktası açıkça saklıdır. Ancak haksız rekabet ve rekabetin engellenmesinden kaynaklanan sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından Tüzük böyle bir bağlama noktasını kabul etmemiştir. Bkz. Tüzük m. 5 I, 6, 9.

282 Genel kuraldan böyle bir ayrılma, bir başka deyişle genel kuralın yumuşatılması (*Auflockerung*) Tüzük yürürlüğe girmeden önce de Almanya gibi pek çok Üye Ülke hukukunda da mevcuttu. Genel kuraldan böyle bir ayrılma özellikle trafik kazalarında mağdurun faile alışılageldik biçimde taleplerini kendi müşterek mutad mesken hukukunda ileri sürmesi bakımından hukuki uyuşmazlıkların etkin çözümünü mümkün hale getirmektedir: von Hein, J.: "Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung" **Zeitschrift für Europäisches Privatrecht,** 2009, Heft I, s. 17 (Deliktsrecht). Tarafların farklı ülkelerde mutad meskenlerinin bulunması halinde, söz konusu bu ülkelerin maddi hukukları bakımından mutad meskenler kavram ve içerik bakımından uyuşuyor olsa dahi, 4.maddenin 2.fıkrasının uygulanması söz konusu olmaz. Bu husus Parlamentonun Taslağında da açıkça yer almakta ve bir düzenleme boşluğu değil bilinçli bir tercih olarak görülmektedir. Tarafların vatandaşlığının bu fıkra kapsamında herhangi bir önemi yoktur. Bununla taraflardan her ikisinin de Birlik vatandaşı olması hususu zararın gerçekleşmiş olduğu Birlik dışı ülke hukukuna bağlanılmasından ve söz gelimi yönergeler vasıtasıyla yeknesaklaştırılmış sorumluluk hukukuna tabi kılınmasını mümkün kılabilir: von Hein (Deliktsrecht), s. 17.

283 Ancak maddede müşterek mutad meskenin herhangi bir tanımı mevcut değildir: Heiss / Loacker, s. 626.

kapsamının genişletilmesi yönündeki çabalarına olumsuz cevap vererek Amerikan kanunlar ihtilafı anlayışını reddeden ve Avrupa kanunlar ihtilafı hukukuna bağlı bir kaçış hükmü getirmeyi uygun görmüştür[284]. Roma II Tüzüğü m. 4 (3) uyarınca, daha sıkı ilişkili hukuk, yalnızca halin şartlarından haksız fiilin başka bir hukuk ile daha sıkı ilişkili olduğu tespit edilirse uygulanır. Bir başka deyişle haksız fiilin bir ülke ile öyle sıkı ilişkisi bulunmalıdır ki, bu sıkı ilişki m. 4 (1) ve (2)'yi bertaraf edebilmelidir[285].

Roma II Tüzüğünün genel anlamda her bir talebe farklı bir hukukun uygulanması meselesi, bir başka deyişle kısmi hukuk seçimi hususuna olumsuz yaklaştığı hususu doktrinde ağırlıkla kabul edilen görüştür. Tüzüğün hazırlanması sürecinde Parlamento'nun söz konusu meseleyi düzenlemeye dâhil etmek isteyen görüşü karşısında Konsey ve Komisyon olumsuz görüşünü bildirmiş, Tüzük de düzenlemesini haksız fiile ilişkin bir meselenin tamamına uygulanacak şekilde geniş olarak düzenlemiştir[286]. Roma II Tüzüğünün bütüncü yaklaşımından da bu sonuca varmak mümkündür[287].

---

284 von Hein (Deliktsrecht), s. 18.

285 Söz konusu hükmün uygulamada zararın ortaya çıktığı ya da tarafların müşterek mutad mesken hukukuna dayanılması yoluyla sorunun çözümüne gidilmesi eğiliminde olunacağı bu nedenle uygulama alanının oldukça daralacağı, örneğin iki İngiliz vatandaşını İspanya'da bu vatandaşlardan birinin o ülkenin emniyet ve asayiş kurallarına uymaması nedeniyle yaptığı kazada söz konusu kuralların m. 4(3) dikkate alınarak daha sıkı ilişkili hukuk olarak tespit edilemeyeceği ile ilgili olarak bkz. Fentiman, R.: "Significance of Close Connection", **The Rome II Regulation on The Law Applicable to Non-Contractual Obligation: A New International Litigation Regime,** Ahern, J. / Binchy, W. (*eds.*), Leiden 2009, s.89 vd.

286 Symeonides (Missed Opportunity), s. 15.

287 Aynı gerekçeler doktrinde Tüzük m. 14 bağlamında da ileri sürülmüştür. Parlamentonun önerisine itirazın yanı sıra m. 14 birden fazla hukuku işaret edecek şekilde düzenlenmediği, Avrupa kanunkoyucusunun bu tercihi bilinçli olarak yaptığı, Tüzük Dibace m. 7'de Tüzüğün maddi kapsamı ve hükümlerinin Roma I ve Brüksel I Tüzükleri ile uyumlu olması gerekse bile Roma I Tüzüğünde yer alan kısmi hukuk seçimine yer veren istisna hükmünün kıyas kabiliyeti olan bir hüküm olmadığı ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra Roma II Tüzüğü m. 15, sözleşme dışı borç ilişkisinin hangi veçhelerine Tüzük kapsamında belirlenen hukukun uygulanacağının bir liste halinde tespit edilmiş ve bunları birbirinden farklı hukuklara tabi kılacak bir ibareye madde bağlamında rastlanmadığı, Tüzüğün haksız rekabet ve rekabetin engellenmesi ile fikri mülkiyet haklarının ihlalinden doğan ve kısmi hukuk seçimine izin verebilecek haksız fiil talepleri bakımından hukuk seçimine hiç izin vermediği savunulmuştur. Buna karşılık bir başka görüş Roma II Tüzüğünün kısmi hukuk seçiminden hiç bahsetmemiş olmasının bu seçime imkân

Buna karşılık doktrinde Tüzüğün haksız fiillerin tamamına değil, Tüzüğün kullanmış olduğu "haksız fiilden doğan borçlar" ifadesi nedeniyle, bir olaydan kaynaklanan birden fazla talep karşısında söz konusu somut olay bakımından kısmi hukuk seçimine ilişkin bir değerlendirme yapılabileceği savunulmuştur[288]. Doktrinde bir başka görüş ise, somut dava hakkaniyeti ölçütünün genel hakkaniyet anlayışından hangi noktada ayrılacağının belirsizliği karşısında esneklik ve kısmi hukuk seçimine yer verilmeyen Tüzük m.4 (3)'ün isabetli bir düzenleme olduğunu savunmaktadır[289].

Tüzük m. 4 (3) c.2, daha sıkı ilişkili hukukun tarafların aralarında sözleşme gibi önceden bulunan bir hukuki ilişkiye dayanabileceğini hükme bağlamıştır[290]. Doktrinde bir görüş taraflar arasındaki ilişkinin haksız fiil ile ilişkili olup olmasının

---

tanımadığı anlamına gelmeyeceğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre Roma II Tüzüğü hukuk seçimi anlaşmasının kuruluş ve geçerliliğine ilişkin de herhangi bir hüküm içermemektedir; ancak bu hususun tespiti Roma II Tüzüğü Dibace m. 7'den yola çıkılarak Roma I Tüzüğündeki hükümler ile de yapılabilmektedir. Roma II Tüzüğünde bulunan kısmi hukuk seçimine ilişkin boşluğun da bu şekilde doldurulmaması için herhangi bir gerekçe yoktur. Bunun yanı sıra kısmi hukuk seçiminin Roma II Tüzüğü bağlamında kabul edilmesi Tüzük Dibace m. 31 de bahsedilen irade muhtariyeti ilkesine saygı gösterilmesi amacının gerçekleştirilmesine de yardımcı olacaktır. Bu hususta bkz. Aubart, A.: "**Die Behandlung der *dépeçage* im Europäischen Internationalen Privatrecht,** Tübingen 2013, s. 150-153.

288 Hatta bu görüşe göre Tüzük bilinçli bir şekilde kısmi hukuk seçimini teşvik edici hatta bu seçime izin veren bir yaklaşım içine girmemiş olsa da bazı maddeler bakımından kısmi hukuk seçimi imkânını bünyesinde barındırmaktadır. Örneğin fikri mülkiyet haklarının ihlalinden doğan meseleler bakımından Tüzük m. 8, Tüzük m. 27 ile birlikte değerlendirildiğinde söz konusu sözleşme dışı borç ilişkisi hem Tüzük hem de Birlik hukukunun bu hususa ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları ihtiva eden diğer düzenlemelerinde yer alan bağlama kuralları ile idare edilebilecektir: Symeonides (Missed Opportunity), s.185-dn.6; Mills, A.: "The Application of Multiple Laws under the Rome II Regulation" **The Rome II Regulation on The Law Applicable to Non-Contractual Obligation: A New International Litigation Regime,** Ahern, J. / Binchy, W. (*eds.*), Leiden 2009, s. 145 vd; Buna rağmen Tüzük m. 4 ve m. 4 (3) bakımından kısmi hukuk seçimi kabul edilmemiştir. Tüzüğün hukuki kesinlik ve somut dava hakkaniyetini sağlama amacını vurgulayan ve kaçış hükmünün getirilme gerekçesinde de söz konusu amaçlara ulaşmak olduğunu vurgulayan Tüzük Dibace m. 14'ten de kısmi hukuk seçiminin varlığına ilişkin bir çıkarımda bulunmak güçtür. Söz konusu fıkra yalnızca hukuki sorun kategorisi ifadesine yer vermemekle kalmamış, aynı zamanda ilk fıkrada kullandığı borç (*obligation*) kavramını da kullanmaktan kaçınmıştır. Böyle bir düzenlemenin olumsuz yönleri hakkında bkz. Symeonides (Missed Opportunity), s. 200 vd.

289 Kozyris, P. J.: "Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides' "Missed Oppotunity"", 2008, **American Journal of Comparative Law**, Vol. 56 (186), s. 373-376.

290 Burada aile hukukundan kaynaklanan ilişkilerinde tarafların aralarında önceden var olan ilişki bağlamında değerlendirilmesi mümkündür. Ancak genel koruma yükümlülüğüne bağlı olan trafik kazaları bakımından bu ilişkinin dikkate alınması söz konusu olmayacaktır: von Hein (Deliktsrecht), s. 19.

gerekliliğinin maddede belirtilmemesinden dolayı, taraflar arasındaki fiili ilişkilerin de söz konusu değerlendirmede dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır[291].

Özel haksız fiil türleri bağlamında, Tüzük m. 5 (2), Tüzük m. 4 (3)'ü tekrar eden bir düzenleme getirmiştir. Münhasır belli bir rakibin menfaatinin söz konusu olduğu Tüzük m. 6 (2) bakımından ise Tüzük m. 4 (2) uygulaması saklı kalır. Bunun dışında, Tüzükte diğer özel haksız fiil türleri bakımından kaçış hükmünün uygulanacağı öngörülmemiştir.

II. ROMA II TÜZÜĞÜ M. 14 IŞIĞINDA SÜBJEKTİF KANUNLAR İHTİLAFI NORMLARININ KANUNLAR İHTİLAFI HUKUKU SİSTEMİ İÇİNDEKİ YERİ VE BU NORMLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Milletlerarası unsurlu sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından geçerli bir hukuk seçiminin şartlarının yanı sıra hukuk seçimine ilişkin düzenlemenin Tüzükteki yerinin ve objektif kanunlar ihtilafı kuralları ile olan ilişkisinin de tayini önem arz etmektedir. Hukuk seçiminin sınırlarının her bir objektif bağlama noktasında ayrı ayrı düzenlenmiş olması nedeniyle Tüzük m. 14'ün bağlama konusunu her bir objektif kanunlar ihtilafı kuralında bulmak mümkündür[292]. Böylelikle irade muhtariyetinin objektif kanunlar ihtilafı kuralları bağlamında daha doğru bir değerlendirmesi yapılabilir ve hukuk seçiminin uygulanma alanı doğru bir şekilde belirlenebilir. Böyle bir değerlendirmenin yapılması, hâkime, özellikle Tüzük m. 14 (2) bağlamında milletlerarası unsuru belirleme, hukuk seçiminin şartları ve sonuçları bağlamında doğru tespitlerde bulunabilme ve geçersiz bir hukuk seçimi sözleşmesinin geçerli bir

---

291 von Hein (Deliktsrecht), s. 19.

292 Vogeler, s. 77.

maddi hukuk sözleşmesine dönüştürülme imkânının bulunup bulunmadığının tespitinde de fayda sağlar.

B. Roma II Tüzüğü'nün Sistematiği

Roma II Tüzüğü AB Hukukunun ikincil kaynakları arasında yer almaktadır. ABİA m. 288 tüzükleri[293] Birliğin doğrudan uygulanan[294] düzenlemeleri arasında saymaktadır[295]. Tüzüklerin Birlik üyesi devletlerin hukukları karşısında uygulanma öncelikleri bulunmaktadır[296]. Bu nedenle Birlik üyesi devletlerin hukukları, ancak söz

---

293 Tüzükler Birlik hukukunun Üye Ülkelerde birbirinden farklı uygulamalara yol açmayacak şekilde uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılırlar. Bozkurt. E/ Özcan, M./ Köktaş, A.: **Avrupa Birliği Hukuku**, 6.Baskı, Ankara 2012, s.186; ABİA m. 288 uyarıca tüzükler belli bir kimse için değil tüm hukuk süjelerine hitap edecek şekilde çıkarılırlar. Bir başka deyişle genel ve soyutturlar. Tüzükler aynı zamanda bir bütün halinde ve bütün üye devletlerde uygulanır.

294 Tüzüklerin doğrudan uygulanması, üye ülkelerde yürürlüğe girmesi için söz konusu ülkenin herhangi herhangi bir işlemine, onayına ihtiyaç duymadan iç hukukunun bir parçası olmasını ifade etmektedir. Birlik organların tasarrufunun tüzük olup olmadığının tespitinde, Birlik resmî gazetesinde yayımlanması ya da şeklinden ziyade, ABAD'ın pek çok kararında belirttiği gibi, içeriğinin göz önünde bulundurulması gerekir: Bozkurt/Özcan/Köktaş, s. 187; Tüzüklerin doğrudan uygulanabilirliği ile doğrudan etkisini birbirine karıştırmamak gerekir. Doğrudan uygulanabilirlik yalnızca tüzükler bağlamında tanınan ve tüzüklerin üye ülkelerin ulusal nitelikte bir işlem yapmasına gerek kalmadan iç hukukun parçası haline gelmesidir. Tekinalp, G./Tekinalp, Ü.: **Avrupa Birliği Hukuku**, İstanbul 2000, s. 121. Buna karşılık doğrudan etki prensibi uyarınca bir düzenlemenin hükümleri yeterince açık ve koşulsuz olma kriterlerini taşımalıdır. Aksi halde bireyler için doğrudan hak ve yükümlülük doğuramazlar. Doğrudan etki prensibi ABAD tarafından bir kuralın etkili olmasının koşullarının belirlendiği *Van Gend en Loos* kararıyla getirilmiştir. [C-26/62 NV. Almegene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v. Nederlandse Administrie der Belastingen [1963] ECR 1].

295 ABİA m.296 uyarınca tüzükler ancak Antlaşma'da Birliğe tanınan bir yetkinin söz konusu olması halinde çıkarılabilir. Üye ülkelerle Birlik arasındaki yetki paylaşımı konusunda uygulanan, *Maastricht* Antlaşması ile getirilen; Lizbon Anlaşması m. 5'te yer alan ikincil yetki (yetki ikamesi, katmanlı yetki) uyarınca Birlik Üye devletlere nazaran daha etkin bir düzenleme yapabilecekse sorun Birlik düzeyinde çözülecektir: Günuğur, s. 320. Zira Birlik kurucu Antlaşmalarla Birliğe devredilen yetkiler üzerine kurulmuştur ve ABİA m. 263 vd. uyarınca ABAD bu hususları denetlemeye yetkilidir. Roma II Tüzüğünün Dibace m. 38'de Roma II Tüzüğünün amacının üye ülkeler tarafından gerçekleştirilememesi; fakat Birliğin gerçekleştirebilmesinden ötürü Birliğin ABA m. 5'te düzenlenen orantılılık ilkesi ile uyumlu olarak önlemler alabileceği ifade eder: Günuğur, s. 321.

Tüzükler ABİA m. 296 uyarınca gerekçeli olmalıdır. Bir başka deyişle tüzüğün sistemi, tüzüğün kabul edilmesinin genel sebepleri ve amaçları tüzükte yer almalıdır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Klimas, T./ Vaičiukaitė, J.: "The Law of Recitals in European Community Legislations", **ILSA Journal of International & Comparative Law**, 2008, Vol. 15 (1), s. 1-33.

296 Birliğin ikincil yetkisi ile yapılmış olan bu düzenleme orantılılık ilkesi ile de uyumlu olmak durumundadır. Orantılılık, Antlaşmalarda belirlenen hedeflere ulaşmak bakımından gerekli ve yeterli olandan daha fazlası için harekete geçilmemesi gerektiği anlamına gelir. Bir başka deyişle

konusu hususa ilişkin AB kaynaklarında herhangi bir düzenlemenin yer almaması halinde uygulanabilir[297].

Roma II Tüzüğü milletlerarası unsurlu sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukukun bakımından AB'nin temel düzenlemesidir. Birlik bağlamında milletlerarası unsurlu ilişkiler söz konusu olduğunda uygulanacak olan Roma I ve Brüksel I Tüzükleri ile de bağlantı içindedir. Roma II Tüzüğü hem temel bağlama noktası hem de bu temel bağlama noktasından kaçış hükmü[298] olarak "en sıkı ilişki"yi benimsemiştir[299]. Temel bağlama noktası somut bağlama kurallarını ifade etmektedir, bu hususta Tüzük m. 4-m. 9'da düzenlenen genel haksız fiil kuralı ve bazı özel haksız fiil türleri ile diğer sözleşme dışı borç ilişkileri bağlama kuralları birbirinden ayırt edilebilmektedir.

Roma I Tüzüğünden farklı olarak Roma II Tüzüğü, öncelikle objektif bağlama kurallarına yer vermiş, hukuk seçimine ilişkin düzenlemeye ise bu maddelerin devamında düzenlemiştir. Böyle bir düzenlemeye gerekçe olarak sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından hukuk seçimi meselesinin pratik öneminin az olması gösterilmektedir. Bununla birlikte, böyle bir gerekçe kabul edilemez; zira Tüzük Dibace m. 31 tarafların iradelerine verilen önemi açıkça ortaya koymaktadır. Hukuk

orantılılık bir eylemin içeriğinin ve şeklinin, Antlaşmaların amacını gerçekleştirmek için gerekli olanı aşmayacağını ortaya koyan ilke olarak tanımlanır. 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 (28.08.2014) Doktrinde ikincil yetki ile orantılılık ilkesinin "kümülatif etkisi"nin olduğu ileri sürülmüştür. Emiliou, N.: **The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study**, United Kingdom 1996, s.142. Buna göre orantılılık ilkesi yasama yetkisinin kapsamını ve söz konusu kapsamın üye ülkelerin yetkisine en az müdahale edilecek şekilde kullanılıp kullanılmadığını denetleyecektir: Emiliou, s. 142.

297 Bozkurt/Özcan/Köktaş, s. 206.

298 Roma I Tüzüğü taslağının Roma II Tüzüğü üzerinde yarattığı iki fark edilebilir etkiden biri Roma I Tüzüğü m. 4 (3)'te yer alan kaçış hükmünün muhafaza edilmesi; bir diğeri ise zayıf tarafı koruma noktasında karşılaştırıldığında, tüketici bakımından gerekli olan niteliklerden bağımsız olarak, irade muhtariyetine genel bir ilke olarak yer vermesidir: von Hein (Contribution), s. 464-465.

299 Leible (Perspective), s. 7.

seçimi ölçülülük ilkesi bağlamında ve kamu yararının yanı sıra üçüncü kişilerin haklarının korunması[300] noktasında sınırlanabilmektedir. Hukuk seçimi kanunlar ihtilafı hukukunda bir "adil ya da tatmin edici olmayan çözüm" (*Verlegenheitslösung, stopgap, pis-aller)* olarak görülmemeli; tersine genel bir bağlanma ilkesi olarak kabul edilmelidir[301]. Bu noktada irade muhtariyetinin önceliğini Avrupa kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında kural olarak tanımayan ancak haklı ve gerekli bir istisna olarak gören bir görüş de mevcuttur[302].

Daha sıkı ilişkinin bağlama noktası olarak yer alması hukuk seçimine tanınan önceliğe halel getirmez. Nitekim, Roma II Tüzüğü'nün mesafeli haksız fiiller bakımından halen uygulama alanı bulan, birden fazla ülke hukukuna göre zararın tazmininin istenebilmesine ilişkin prensibi düzenleyen çevre zararlarına ilişkin 7.maddesi karşısında Tüzük m. 4 (3)'ün uygulanma imkânı kalmadığından, daha sıkı ilişkinin bu anlamda bir üstünlüğünün bulunmadığından söz edilebilir[303].

Roma II Tüzüğü m. 14, Roma I Tüzüğü m. 3'te yer alan düzenlemenin karşılığı olarak görülebilir[304]. Roma I Tüzüğünde özel sözleşme türleri bakımından getirilen düzenlemelerin yanı sıra, kısmi hukuk seçimi, seçilen hukukun değiştirilmesi, hukuk seçiminin şekli ve hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin hükümler de yer almaktadır. Buna karşın Roma II Tüzüğü bu şekilde detaylı bir düzenleme yapmaktan kaçınmıştır. Bunun yanında her bir sözleşme dışı borç ilişki bakımından hukuk

---

300 Doktrindeki bir görüşe göre burada yalnızca üçüncü kişilerin hakları bakımından değil, Roma I Tüzüğünde iş ve tüketici sözleşmeleri bakımından benimsendiği gibi, zayıf tarafın korunması bakımından da hukuk seçimi imkânının getirilmesi gereklidir: Einsele, s. 426.

301 von Hein (Contribution), s. 476; Kegel / Schurig, s. 653.

302 von Hein (Contribution), s. 477.

303 von Hein (Contribution), s. 477.

304 Graziano (Applicable), s. 119.

seçimine ilişkin birbirinden farklılık arz eden düzenlemeler de içermemektedir[305].

C. Roma II Tüzüğü m. 14 Sistematiği

Tüzük m. 14 de her kanunlar ihtilafı kuralında olduğu gibi bir bağlama konusu ve bağlama noktası içermektedir. Bununla birlikte Tüzük m. 14 somut bağlama konusu ihtiva eden objektif kanunlar ihtilafı kurallarından farklı olarak, ilk bakışta Tüzükte yer alan tüm sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından uygulama alanı bulan bir "genel hukuk seçimi şartı" olarak tanımlanabilir[306]. Bunun sonucu olarak hukuk seçiminin sınırları bu genel kuralda değil her bir objektif kanunlar ihtilafı kuralında düzenlenmiştir. Buradan sübjektif kanunlar ihtilafı kuralının her zaman sadece tek ve somut bir bağlama konusuna dayandığı sonucuna ulaşılır[307].

Tüzük m. 14'ün vasıflandırma probleminin çözümüne olan katkısı bakımından değerlendirildiğinde bağlama konusunun tayininde çeşitli hukuk sistemlerinden hangisinde yer alan kavramın kullanıldığının tespitinde taraf iradelerinin bir başlangıç noktası olarak değerlendirileceği söylenebilir. Hukuki ilişkinin doğru bir biçimde vasıflandırılması gereklidir. Bu söz konusu hukuki ilişki bakımından, hukuk seçiminin "geçerli ve uygulanabilir olduğu" değerlendirmesinin doğru bir biçimde yapılmasını sağlar[308]. Roma II Tüzüğü bakımından haksız rekabet ve rekabetin sınırlanmasının yanı sıra fikri mülkiyet haklarının ihlaline ilişkin hususlarda hukuk seçimi kabul edilmemiştir. Bunlar dışında Tüzükte yer alan diğer sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından herhangi bir sınırlama getirilmiş değildir. Vasıflandırma problemi taraf iradelerine bağlanılması yoluyla önlemez; bununla birlikte vasıflandırmanın

---

305 Graziano (Applicable), s. 119.

306 Vogeler, s. 56.

307 Vogeler, s. 57.

308 Vogeler, s. 57.

yapılmasına ilişkin genel kabul gören düşünceler dikkate alındığında (*lex fori*, *lex causae* ya da karma[309]) Tüzüğün söz konusu problemi bir hayli azalttığı söylenebilir. Sonuç itibariyle, taraflar vasıflandırma ile hukuki ilişkiyi bir hukuk düzenine tabi kılmazlar, yalnızca bağlama konusunun vasıflandırılması bakımından bir belirleme yapmış olurlar[310].

Özetle, sübjektif kanunlar ihtilafı kuralına göre bağlama noktasının belirlenmesi için ilk aşamada taraf iradelerinin bir başka ülkenin hukukunun somut olaya uygulanacağı hususunda anlaşmış olmalarının tespiti önemlidir. Aksi halde uygulanacak hukuk objektif kanunlar ihtilafı kuralına göre belirlenir. İkinci aşamada açıklanmış olan iradelerin geçerliliği ve bu irade açıklamalarının içeriği incelenir. Aynı şekilde objektif kanunlar ihtilafı kuralları bakımından bağlama konularının bir başka deyişle taraf iradelerinin belirlenmesi belli şartlar dâhilinde yapılacaktır. Bu anlamda Tüzük m. 14 *ex ante* ve *ex post* hukuk seçimleri bakımından bağlama noktasının tespitinde farklı düzenlemeler getirmiştir[311]. Zarara sebep olan olayın meydana gelmesi Tüzük m. 14 (1) (a)'da sübjektif bağlanmanın esas pratik vakıası olarak düzenlenmiştir[312]. Söz konusu fıkra uygulanması bağlamında herhangi başka bir şart öngörmemektedir.

Zarara neden olan olayın meydana gelmesinden önce yapılacak hukuk seçimi ise Tüzük m. 14 (1) (b) uyarınca sözleşme dışı borç ilişkisinin her iki tarafının da ticari faaliyet yürütmesi ve hukuk seçimi sözleşmesinin serbestçe müzakere edilmesi şartları

309 Vasıflandırma konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer (2015), s. 95-107; Tekinalp / Uyanık, s. 40-44; Çelikel/ Erdem, s. 77-94; Kegel / Schurig, s. 327-356; Kropholler, s. 113-135.

310 Vogeler, s. 57.

311 von Hein (Deliktsrecht), s. 20.

312 Vogeler, s. 59.

gerçekleştiği takdirde geçerli olur[313]. Söz konusu bendin kabul ettiği bağlama noktasının niteliği özü itibariyle açıklanmalıdır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus objektif bağlama noktalarının uygulanmasında olduğu gibi b bendi açısından da bağlama noktasının yalnızca tespit edilmiş bağlama konusu bakımından göz önünde bulundurulması gerektiğidir. Buna karşın sübjektif bağlanma tarafların seçmiş oldukları hukukun uygulanmasını öngörmektedir. Bu yüzden Tüzük m. 14 (1) (b) diğer kanunlar ihtilafı kurallarından farklılaşır[314]. Bir başka deyişle bu hükme göre kanunlar ihtilafı kuralının hukuki sonucu aslen tarafların iradeleri ile şekillenir. Şayet taraf iradesi yalnızca haksız fiilden doğan maddi zarar tazmininin kapsamı bakımından tespit edilebilirse, bu irade seçilen hukuk düzenine yapılan göndermeyi de kapsar. Burada taraf iradesinin objektif bir kanunlar ihtilafı kuralında olduğu gibi açıklayıcı bir niteliği haiz olduğu görülmektedir; seçilen hukukun uygulanması söz konusudur. Bu anlamda tarafların iradeleri yalnızca hukuki sonuç düzleminde etki doğurur; zira sübjektif bir kanunlar ihtilafı normu ancak tarafların iradeleri söz konusu olduğunda canlanır[315]. Göndermenin kapsamı kanunlar ihtilafı normunun bir unsuru olarak değerlendirilemeyecektir. Bahsi geçen hukuki sonuçlar sadece hukuk seçimi sözleşmesi ile belirlenmiş olan bağlama konusu bakımından geçerli olur[316].

Hukuk seçiminin her zaman somut ve belirli bir ilişki bağlamında yapılması gerekir. Birden fazla sözleşme dışı borç ilişkisi mevcut ise hukuk seçimi sözleşmesinin konusu ve bu sözleşmenin hukuki sonuçları yorum yolu ile tespit edilir[317]. Hukuk seçimi anlaşması hukuki sonuçları bakımından iki taraflı bir kanunlar ihtilafı kuralı

313 Vogeler, s. 59.
314 Vogeler, s. 59.
315 Vogeler, s. 59.
316 Vogeler, s. 59.
317 Vogeler, s. 60.

olarak tanımlanabilir[318].

D. Hukuk Seçiminin Roma II Tüzüğü Bağlamında Hukuki Niteliği

Tüzük m. 14 uyarınca sözleşme dışı borç ilişkisinin tarafları bir anlaşma vasıtasıyla hukuk seçimi yaparlar. Doktrinde genel kabul gören görüşe göre bu anlaşma bir gönderme anlaşmasıdır[319]. Bu anlamda gönderme anlaşması ABAD'ın AB Hukuku bağlamında belirlemiş olduğu tanıma göre iki tarafın serbest iradeleriyle "yükümlülük" altına girmeleri suretiyle kurulur[320]. Söz konusu bu kavrama Roma II Tüzüğünün otonom yorumunun sonucunda ulaşılmış değildir. Doktrine göre bu tanım sözleşmeyi haksız fiil kavramından ayırmaya yardımcı olmadığı gibi hukuk seçimi anlaşmasının hukuki niteliğini açıklamakta da yetersiz kalmaktadır[321].

Taraflar hukuk seçimi anlaşması akdetmekle sözleşme dışı borç ilişkilerine hangi ülke hukukunun[322] uygulanacağını belirlemiş olurlar. Geçerli bir hukuk seçimi

---

318 Tek taraflı kanunlar ihtilafı kurallarından farklı olarak, iki taraflı kanunlar ihtilafı kuralları bağlama noktasının gönderme yapmış olduğu bütün hukuk düzenleri, somut olay bağlamında uygulanabilir. Buna karşılık tek taraflı bağlama kuralları ise hangi şartlar altında bir ülkenin kendi maddi hukuk kurallarının (kural olarak bu hukuk *lex fori* olacaktır) uygulanacağını gösterir. Bu anlamda, Roma II Tüzüğü m. 14 (1)'in, somut olayın iç hukuka yahut iç pazara ilişkin olduğu durumlarda hukuk seçimine yalnızca sınırlı bir şekilde izin veren 2 ve 3.fıkralarıyla değerlendirilmesi gerekir. Tüzük, m. 14 dışında hukuk seçimini kamu düzeni (Tüzük m. 26) ve emniyet ve asayiş kuralları ile de (Tüzük m. 17) sınırlanmaktadır. Buna rağmen, taraflar, özellikle *lex fori* olmak üzere, kendi maddi hukuklarını seçmekle zorunlu tutulmamışlardır. O halde sübjektif bağlama kuralı birçok taraflı objektif bağlama kuralına benzetilebilecektir: Vogeler, s. 60.

319 Vogeler, s. 69.

320 ABAD'ın söz konusu tespiti hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. C-334/00 Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS) ECR-I 7357.

321 Vogeler, s. 70. Hukuk seçimi anlaşması sözleşmenin taraflarına belli bir hukukun tatbik edilmesi yönünde dava edilebilir bir hak sağlamadığı ve belli bir hukuki fiilin icrasını gerektirmediği gibi, etkisini doğrudan sözleşme dışı borç ilişkisinde doğurmaktadır.

322 Seçilecek hukukun bir ülkenin hukuku mu olması gerektiği yoksa tarafların bir ülkenin hukuku olmayan kuralları seçmelerinin mümkün olup olmadığı konusundaki belirisizlik ve bu hususta yapılan tartışmalar için bkz. dn. 43. Söz gelimi Ortak Çerçeve Kurallar Taslağının (*Draft Common Frame of Reference DCFR*) V-VII. Kitaplarında "Bir başka kimsenin hukuki ilişkisine kendi yararına olacak şekilde müdahale", "bir başkasına verilen zarardan doğan sözleşme dışı sorumluluk" ve "sebepsiz zenginleşme" gibi Roma II Tüzüğünün konu bakımından uygulama alanına giren hukuki ilişkiler bulunmaktadır. Roma II Tüzüğü mevcut haliyle böyle kuralların uygulanacak hukuk olarak seçilmesine müsaade ediyor görünmemektedir. Leible S.: "Rechtswahl im IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse nach der Rom II-Verordnung", **Recht der Internationalen Wirtschaft**, 2008, Heft 5, s. 261. Bu hususta doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüş yalnızca bir ülkenin hukukunun seçilebileceği yönündedir. Bundan dolayı taraflar

anlaşması taraflar ve hâkim için bağlayıcı olur. Hukuk seçimi anlaşması belli bir hukukun tatbik edilmesinin dava edilebilmesi ve karşı tarafa bu hukukun uygulanması için herhangi bir icrai harekete başlama hakkı bahşetmez[323]. Bir başka deyişle bu anlaşma, anlaşmanın tarafları bakımından bağımsız hak ve yükümlülükler doğurmaz; bilakis etkisini edim konusunda (sözleşme dışı borç ilişkisi) gösterir[324]. Dolayısıyla, hukuk seçimi anlaşması, dolaylı olarak anlaşma ile kendisine gönderme yapılan hukuk düzeninin içinde bir etki doğurur ve taraflar bakımından da bu şekilde bağlayıcı olur[325]. Anlaşmanın söz konusu hukuk düzenine yerleştiği andan itibaren uygulanmasına ilişkin haklar da harekete geçirilir. Bir başka deyişle bu haklar uygulanacak hukuktan kaynaklanır[326].

E. Roma II Tüzüğü Bağlamında Hukuk Seçiminin Şartları ve Sınırları

1. Hukuk Seçimi Serbestisi

Roma II Tüzüğü m. 14, tarafların sözleşme dışı borç ilişkilerinin tabi olacağı hukuku; (a) zarara sebep olan olayın meydana gelmesinden sonra yapacakları bir

dini hukuk ya da herhangi bir ülkenin olmayan hukuku seçmek konusunda yetkiyi haiz değildirler: Plender / Wilderspin, s. 768. Bu görüş taraftarları Tüzüğün 1/1, 3, 14/2 ve 3, 24, 25.maddelerinin de bu görüşlerini desteklediğini ifade etmektedirler. Bu görüş taraftarları tarafların hukuki ilişkilerini ülke dışı bir düzenlemeye tabi kılmak istemeleri halinde bunu tahkim sözleşmesiyle yapmaları gerektiği; böylelikle tahkim yargılaması sırasında esasa ilişkin hukukun seçilmesinde herhangi bir sınırlamayla karşılaşmayacak olan tarafların söz konusu düzenlemeleri seçebileceklerini ifade ederler: Kessedjian, C.: "Party Autonomy and Characteristic Performance in the Rome Convention and the Rome I Proposal", **Japanese and European Private International Law in Comperative Perspective,** Basedow, J./Baum, H./Nishitani, Y. (*eds*.), Tübingen 2008, s. 105. Buna karşılık ülke hukuku olmayan bir düzenlemenin seçilmemesi doktrinde eleştirilmektedir. Bu görüş taraftarlarına göre böyle bir reddediş AB tarafından sağlanan temel özgürlüklere haksız bir müdahale teşkil edecektir. Bu görüş taraftarları ABİA'nın 28.maddesinin hukuk seçimini uygulanacak hukukun öngörülebilirliği ve kesinliğinin objektif kurallarca sağlanamaması halinde izin verdiğini, bu görüşün sözleşme dışı borç ilişkilerine yansıtılmasında hiçbir sakıncanın olmadığını ifade etmişlerdir: Vogeler, s. 298.

323 Vogeler, s. 70.

324 Vogeler, s. 70.

325 Vogeler, s. 70.

326 Vogeler, s. 71.

anlaşma ile ya da (b) şayet taraflar ticari bir faaliyet yürütmekteyse zarara sebep olan olayın meydana gelmesinden önce de serbestçe müzakere edilmiş bir anlaşma ile seçebileceklerini düzenlemiştir. Merkezinde hukuk seçimi serbestisinin yer aldığı söz konusu maddede taraflara sözleşme dışı borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk belirlemeleri noktasında mümkün olduğunca serbesti tanıdığı anlaşılmaktadır[327]. Bu madde uyarınca taraflar milletlerarası unsurlu sözleşme dışı borç ilişkilerine kendileri, somut olay ya da hukuki ilişki ile hiçbir bağlantısı bulunmayan bir ülkenin hukukunu seçebileceklerdir[328]. Hukuk seçimi hususunda, Tüzük m. 14 taraflarca yapılacak seçimin kapsamını tayin edecek birtakım şartlar getirmiştir.

2. Hukuk Seçiminin Zamanı

Tüzük m. 14 uyarınca hukuk seçimi, ya "zararın doğmasına neden olan olayın gerçekleşmesinden sonra" "*ex post*" ya da "serbestçe müzakere edilmek[329] ve "taraflardan her biri" "ticari bir faaliyet yürütmek" kaydıyla "zararın doğmasına neden olan olayın gerçekleşmesinden önce" "*ex ante*" yapılabilir. Bu madde bağlamında "zarar" kavramından anlaşılması gereken Tüzük m. 2'de belirtilmiştir. Buna göre zarar

---

327 Zhang (Choice of Law), s. 590.

328 Zhang (Choice of Law), s. 592.

329 Genel işlem şartlarında yer alan hukuk seçimi kaydı, sözleşmede menfaat dengelerini aşırı derecede bozan bir hüküm olarak kabul edildiğinde, bu hükmün karşı tarafça kabul edilmemesi halinde, geçersizliğinin ileri sürülmesi söz konusu olabilecektir. Gerçekten, haksız fiilin gerçekleşmesinden önce tarafların detaylı ve düzgün bir hukuk seçimi anlaşması yapmış olmalarına uygulanmada pek rastlanmamaktadır. Bunun yerine daha çok taraflardan birinin önceden hazırladığı detaylı bir metin karşımıza çıkar. Bu metnin taraf menfaatlerini bozmadığının kanıtlanması bakımından karşı tarafın bu metnin maddelerini açıkça kabul ettiğinin, başka bir ifade ile bu maddelerin müzakere edildiğinin anlaşılması gerekir. Aksi halin kabulü, Avrupa kanun koyucusunun iradesi ile bağdaşmaz. Bununla birlikte, taraflar ilgili genel işlem şartlarında belli bir hukukun uygulanacağı konusunda anlaşmışlarsa serbestçe müzakere edilme şartıyla korunan hukuki değerin artık korunmasına ihtiyaç kalmayacak ve artık bu hukuk seçiminin geçersizliği iddia edilemeyecektir. Graziano (Rom II), s.8; von Hein (Rechtswahl), s. 20-21.

haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz işgörme ve sözleşme öncesi görüşmelerden doğabilir[330].

Hukuk seçiminin zararın meydana gelmesine sebep olan olayın gerçekleşmesinden sonra kimler tarafından yapılabileceği konusunda Tüzük herhangi bir sınırlama getirmezken, olayın gerçeklemesinden evvel yapılacak hukuk seçimi bakımından yalnızca ticari faaliyet[331] yürüten tarafların[332] bu seçimi yapabileceğini öngörmüştür. Bu hükümden anlaşılması gereken ancak iki tacir arasındaki ticari faaliyet bakımından böyle bir seçimin mümkün olabileceğidir[333]. Böylelikle Roma II Tüzüğü Birlik hukukunun alışılagelmiş tüketici kavramından ayrılmıştır. Bu ayrılmaya gerekçe olarak bir kimsenin bir haksız fiili aynı anda tüketici ve işletme olarak işlemeyeceği gösterilebilir[334]. Doktrinde tarafların ticari faaliyet yürütüyor olmaları şartı taraflardan birinin, Tüzük Dibace m. 32'de belirtildiği gibi, zayıf taraf olup olmadığı ve bu nedenle korunmasının gerekip gerekmediğinin tespitine imkân vermemesi nedeniyle eleştirilmiştir[335]. Bununla birlikte doktrinde bir başka görüş söz

---

330 Bach, I.: "Article 14 Freedom of Choice", **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Huber, P. (*ed.*), Munich 2011, s. 334. (Freedom)

331 Tüzük bakımından cevabını bulamamış bir diğer soru "ticari faaliyet" kavramından ne anlaşılması gerektiğidir. Doktrinde bir görüş sistematik yorum metodu ile Haksız İşletme Uygulamaları Yönergesi [2005/29/EC, 11.05.2005]. m. 2 (d) yer alan ticari uygulama tanımı dikkate alınarak bu kavramın açıklanabileceğini ileri sürmüştür. Leible (Rechtswahl), s.260. Roma II Tüzüğü bağlamında serbestçe müzakere edilme ve ticari faaliyet kavramları hakkında ABAD tarafından herhangi bir yorum yapılmamıştır. Bu kavramların çeşitli hallerde nasıl yorumlanabileceğine ilişkin bkz. Plender / Wilderspin, s. 770-772.

332 Tarafların zarara sebep olan olayın gerçekleştiği andan ziyade hukuk seçimi anlaşmasının akdedildiği sırada ticari faaliyet yürütüyor olması aranmaktadır: Plender / Wilderspin, s.769; Madde bağlamında taraflardan her birisinin ticari faaliyet yürütüyor olması arandığından tüketiciler ne bir tacirle ne de başka bir tüketici ile hukuk seçimi sözleşmesi akdedebilir.

333 Söz gelimi bir araba kiralama şirketi müşterisine birkaç gün kullanmak üzere araba kiraladığında aralarında yaptıkları sözleşmede yer alan hukuk seçimi hükmü müşteri açısından bağlayıcı olmayacaktır; buna karşın aynı şirketin bir başka şirkete filo kiralaması halinde anlaşma ticari faaliyet yürüten taraflar arasında akdedilecek ve hukuk seçimine ilişkin hüküm de geçerli olacaktır: Plender / Wilderspin, s. 769.

334 Bir başka deyişle bu ayrımın pratik açıdan bir önemi yoktur: Leible (Rechtswahl), s. 260.

335 Symeonides (Missed Opportunity), s. 44; Bach (Freedom), s. 327.

konusu araştırmanın fıkranın getirmiş olduğu "serbestçe müzakere edebilme" şartı ile yapılabileceğini savunmaktadır. Buna göre taraflardan her biri ticari bir faaliyet yürütüyor olsa bile müzakere edebilmeleri noktasında birtakım eşitsizliklerin ortaya çıkması muhtemeldir. Bununla birlikte, müzakere edebilme noktasında ortaya çıkan eşitsizlik tek başına yeterli değildir. Bu noktada, zayıf tarafın diğer tarafın müzakere edebilme noktasında ortaya çıkan eşitsizliğin kendi aleyhine kullanıldığını kanıtlaması gerekir[336].

Hukuk seçimi imkânını meşrulaştırmak bakımından sözleşme dışı borç ilişkisi ile ticari faaliyet arasındaki ilişkinin ne kadar yakın olması gerektiği hususunda Tüzükte bir açıklık yoktur[337]. Burada hukuk seçimi maddesinin bulunduğu sözleşmeye bağlanmak hukuka uygun bir çözüm sağlayabilir[338]. Taraflar şayet bu sözleşmeyi ticari bir faaliyeti yürütmek amacıyla akdetmişlerse bu sözleşmede yer alan hukuk seçiminin daha sonra ortaya çıkacak haksız fiile de uygulanması gerektiği doktrinde savunulmuştur[339].

3. Hukuk Seçiminin Şekli

Tüzük m. 14 hukuk seçimi anlaşmasının varlığını şart koşmaktadır[340]. Söz

---

336 Bach (Freedom), s. 336.

337 Doktrinde bir görüş haksız fiil sorumluluğuna yol açan olayın söz konusu ticari faaliyet ile bir bağlantısının bulunması gerektiğini savunmaktadır: Graziano (Rom II), s. 8.

338 Leible (Rechtswahl), s. 260.

339 Leible (Rechtswahl), s. 260.

340 Hukuk seçimi anlaşmasının statüsü konusunda, bir başka deyişle Roma II Tüzüğünün hukuk seçimi anlaşmasının kuruluşu ve geçerliliği bakımından herhangi başka bir şart öngörmemiş olması doktrinde "tuhaf" karşılanmıştır: Leible (Rechtswahl), s. 260. Bu görüşe göre Tüzükte bulunmaması en çok probleme yol açabilecek şart hukuk seçimi statüsünün tayinidir. Bu statünün tayininin Roma I Tüzüğüne göre yapılacağı ifade edilmektedir[340]. Hukuk seçimi anlaşmasının varlığı ve geçerliliği ise bu husus Roma II Tüzüğü ile düzenlenmediği sürece seçilen hukuk bakımından belirlenecektir. Aynı husus kısmi hukuk seçimi bakımından da geçerlidir. Bu husus Roma II Tüzüğünde bulunmamakla birlikte Roma I Tüzüğü m. 3 (1) c. 3'de yer almaktadır.

Roma II Tüzüğünün 14.maddesinden hukuk seçiminin yazılı ya da sözlü yapılması gerektiği ile

konusu anlaşma açık ya da halin şartlarından yeterli kesinlikle anlaşılacak biçimde zımni olarak yapılabilir. Tüzük m. 14'ün, hukuk seçiminin açık ya da zımni[341] olarak yapılabilmesini öngörmekle şekil konusunda taraflara esneklik tanıdığı söylenebilir. Bununla birlikte, zımni hukuk seçimi halin şartlarından makul bir kesinlik ile tespit edilebilir olmalıdır[342]. Hukuk seçimi nasıl yapılırsa yapılsın, bu seçim, üçüncü kişilerin haklarına halel getirmez. Bir başka deyişle hukuk seçiminin sınırlarından biri olan üçüncü kişilerin hakları söz konusu seçimden etkilenmez[343]. Bu madde, özellikle zarar veren ile zarar gören arasında yapılacak hukuk seçimi sözleşmesinden sigorta şirketlerini korumaktadır. Zarar veren ile sigorta şirketi arasındaki iç ilişkide zarar verenin sigorta sözleşmesine göre yapılacak böyle bir hukuk seçimine çoğunlukla

---

ilgili bir ibare bulunmamaktadır. Bununla birlikte hukuk seçimine atfedilen önem göz önünde bulundurulduğunda böyle bir anlaşmanın yazılı yapılması gerektiği sonucu çıkarılabilir: Zhang (Choice of Law), s. 891.

341 Zımni hukuk seçimi ile kastedilen, şayet ortada açık bir hukuk seçimi yoksa, mahkemenin tarafların zımni, bir başka deyişle hukuk seçimi anlamına gelecek şekilde anlaşıp anlaşmadıklarının tespitini yapmasıdır: Zhang (Choice of Law), s. 36-dn. 251.

342 Bu noktada tarafların arasında zımni bir anlaşma yapıldığının tespiti bakımından yetki anlaşmaları ve dava devam ederken yapılacak hukuk seçimi hususları üzerinde durmakta fayda vardır. Yetki anlaşmaları ile tarafların aynı zamanda yargılama yerinde yürürlükte olan hukuku da seçmiş oldukları hususunda genel olarak kabul edilen görüş yetki anlaşmalarının hukuk seçimine bir emare olmadığı yönündedir: Bach (Freedom), s. 331; Buna karşın azınlıkta kalan görüş yetki anlaşmasının uygulanacak hukuk konusunda emare olarak kabul edilmesinin hem mahkeme hem de tarafları uygulanacak hukuku araştırma masraflarından kurtardığı, böyle bir belirleme ile taraflar mahkemeden daha nitelikli bir kararın verilmesini bekleyebildiği ayrıca mahkemeleri yabancı hukukun yanlış uygulanması ihtimalinden de kurtardığı ifade etmektedir: Leible (Rechtswahl), s.261; Bu görüş aynı zamanda Roma II Tüzüğü bağlamında yetki anlaşması yoluyla hukuk seçimi söz konusu anlaşma ancak zarar veren olayın gerçekleşmesinden sonra ya da zarar doğuran olayın gerçekleşmesinden önce yalnızca tacir kimseler arasında yapıldığı takdirde geçerli olacağını savunmaktadır. Bunun dışında, ancak münhasır bir yetki anlaşmasının hukuk seçimi için bir emare olabileceğine dikkat edilmelidir. Münhasır olmayan bir yetki anlaşmasının aynı etkiyi doğurması söz konusu olmaz: Leible (Rechtswahl), s.261. Bu husus Roma I Tüzüğü m. 12'de de belirtilmektedir.

Taraflar arasında zımni bir anlaşmanın olup olmadığı ile ilgili üzerinde durulması gereken ikinci konu yargılama esnasındaki tutumlarıdır. Buna göre taraflar yargılama devam ederken belirli bir hukuk düzeninin uygulanması yönünde anlaşmış olabilirler. Ancak tarafların bu tutumlarından varılacak sonuçlarda dikkatli olmakta fayda vardır. Burada da gerekli olan karşılıklı irade açıklaması ya da çok daha iyisi hukuk seçimi hususunda gösterilen iradedir: Leible (Rechtswahl), s.261; Tarafların hukuk seçmek hususundaki gerçek iradelerinden şayet taraflar yerel bir mahkemenin önünde yabancı bir hukukun uygulanacağı yönünde tartışmışlarsa bahsedilebilir. Ayrıca söz konusu ilişki milletlerarası unsur da içermelidir. Taraflar ayrıca Roma II Tüzüğü m. 14 (1) (a)'da yer alan hukuk seçimi imkânından da haberdar olmalıdırlar.

343 Leible (Rechtswahl), s. 262.

zaten onayı gerekmektedir. Roma II Tüzüğü m. 14 (1) c. 2 sigorta şirketini dış ilişki bakımından korumaktadır. Bu anlamda zarar veren ile zarar gören arasında bir hukuk seçimi söz konusuysa sigorta şirketi objektif haksız fiil statüsünün öngördüğünden fazlasını ödemek zorunda olmaz[344].

4. Hukuk Seçimi ile Bertaraf Edilemeyecek Hükümler

a. Hukuki İlişkinin Tüm Unsurlarının Tek Bir Ülkede Yerleşmesi

Tüzük m. 14 (2) zararın meydana gelmesine sebep olan olayın vuku bulduğu anda, olayın bütün unsurları seçilen hukuktan başka bir ülkede yerleşmiş bulunuyorsa (*located in a country*), tarafların seçiminin bu ülke hukukunun sözleşme ile bertaraf edilemeyecek hükümlerinin uygulanmasına halel getirmeyeceğini düzenlemiştir. Bu madde bağlamında taraflarca yalnızca yabancı bir hukukun seçilmesinin meseleye milletlerarası unsur katıp katmayacağı tartışmalıdır. Maddenin birinci fıkrası uyarınca taraflar, somut olay ile herhangi objektif bir bağı bulunmayan da dâhil olmak üzere, sözleşme dışı borç ilişkilerine herhangi bir hukuku seçebilirler. Bununla birlikte, Tüzük m.14 (2) somut olayın tüm unsurlarının tek bir ülkede bulunması halinde seçilen hukukun, söz konusu unsurların bulunduğu ülke hukukunun emredici hükümlerine halel getirmeyeceğini hükme bağlayarak tarafların saf bir iç hukuk meselesini milletlerarası karakterli hale getirmelerine izin vermemiştir[345]. Bir başka deyişle Tüzük bağlamında hukuk seçiminin kapsamına bir iç hukuk meselesinin milletlerarası

---

344 Leible (Rechtswahl), s.262. Bu hükme Tüzük m. 18 bakımından da dikkat edilmelidir. Tüzüğün 18.maddesi uyarınca şayet sözleşme dışı borç ilişkisine uygulanacak hukuk öngörüyorsa zarar gören talebini doğrudan sigorta şirketine karşı ileri sürebilecektir. Ancak bu koruma uygulanacak hukuk taraflarca belirlendiğinde söz konusu olmayacaktır. Tüzüğün 14.maddesinin 1.fıkrasının ikinci cümlesi üçüncü kişileri sadece maddi hukuk anlamında değil hukuk seçiminin usuli dezavantajlarından da koruyacaktır: Leible (Rechtswahl), s. 262.

345 Garcimartín Alférez, s. 79.

unsurlu bir hukuki ilişkiye dönüştürülmesi girmemektedir[346]. Tüzük m.14 (2) ile bir hukuki ilişkinin zarara sebep olan olayın meydana geldiği anda bir iç hukuk meselesi olup olmadığını tespit eder. Olayın gerçekleşmesinden sonra milletlerarası unsurun olup olmadığı önemli değildir[347].

Doktrinde bu maddenin taraf iradelerine, kanunlar ihtilafı hukuku anlamındaki irade muhtariyetinden ziyade maddi hukuktaki irade muhtariyeti niteliği verdiği ifade edilmektedir[348]. Buna göre taraflar, yabancı hukuku, somut olayın objektif olarak bağlantılı olduğu hukukun sınırları dâhilinde kararlaştırabilirler. Bir başka deyişle, bu durum somut olayın tüm unsurlarının bulunduğu ülke hukukunun emredici hükümleri ve seçilen hukukun bu hükümler ile çelişmeyen hükümlerinin bir araya gelmesiyle oluşan bir "hukuk karışımı"dır[349].

Tüzük m. 14 (2)'de yer alan kurallar milletlerarası unsur barındırmayan iç hukuk meselelerine ilişkindir. Bu kurallar Tüzük m.16'da düzenlenen milletlerarası doğrudan uygulanan kurallar[350] ile karıştırılmamalıdır. Bir başka deyişle m. 14 (2) somut olayın tüm unsurları tamamen bir ülkede toplanmışsa uygulama alanı bulur. Buna karşılık Tüzük m. 16'nın uygulanmasının söz konusu olduğu durumlarda hukuki ilişkide objektif olarak bir milletlerarası unsur bulunur.

Roma II Tüzüğü m. 14 (2)'de yer verilen somut olay bir iç hukuk meselesi olarak değerlendirilebilir; zira somut olayın tüm unsurları tek bir ülkede yerleşmiştir. Fıkranın bu haliyle hukuk seçiminin tüm unsurların bulunduğu ülke hukukunun

---

346 Bu hususta yapılan açıklamalar için bkz.dn. 44.

347 Garcimartín Alférez, s.79.

348 Garcimartín Alférez, s.79; Leible (Rechtswahl), s.262.

349 Leible (Rechtswahl), s.262.

350 Tüzüğün 16.maddesi uyarınca tüzüğün hiçbir hükmü, sözleşme dışı borç ilişkisine uygulanacak hukuka bakılmaksızın emredici oldukları takdirde, mahkemenin kurallarının uygulamasını sınırlamayacaktır.

emredici kurallarına halel getirmeyen, bu nedenle milletlerarası özel hukuk düzeyinden ziyade maddi hukuk düzeyinde etki doğuran bir seçim öngördüğü söylenebilir. Tüzük m. 14 (2), karşılığı sayılabilecek Roma Sözleşmesi m. 3 (3)'den farklı olarak "yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi yoluyla hukuk seçiminin yapılıp yapılamayacağının tespit edilmesi" hususuna yer vermemiştir. Bununla birlikte, saf bir iç hukuk meselesinin, yalnızca hukuk seçimi anlaşması ve yetki anlaşması arasında bir bağlantı kurarak, kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında bir hukuk seçimi yapıldığı ve objektif haksız fiil statüsünün emredici kurallarının bertaraf edilmesi için yeterli olduğu sonucuna varmak yanlış olur[351]. Böyle bir yorum Tüzükler arasındaki yorum uyumundan da uzaklaşılmasına sebep olur. Roma I Tüzüğü böyle bir ifadeden kaçınmış olsa da Roma I Tüzüğü Dibace m. 12, hukuk seçiminin yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi yoluyla tespit edilip edilmeyeceğinden bağımsız olarak uygulanması gerektiğini, yetki anlaşmasının yalnızca mahkemenin yetkilendirilmesi noktasında dikkate alınacağını ifade etmektedir. Bu tercihin Roma II Tüzüğü bakımından da benimsenmesi gerekmektedir.

b. Birlik Hukukunun Emredici Düzenlemeleri

Tüzük m.14 (3), zararın meydana gelmesine sebep olan olayın vuku bulduğu anda olayın bütün unsurları bir ya da birden fazla üye ülkede yerleşmiş bulunuyorsa, tarafların hukuk seçiminin, Birlik hukukunun, şayet mümkünse, davanın görülmekte olduğu üye ülke mahkemesinde uygulandığı şekliyle[352], sözleşme ile bertaraf

---

351 Leible (Rechtswahl), s.262.

352 Bu çözüm Komisyon taslağında yer almamaktaydı. Bu hüküm uyarınca minimum standartların belirlendiği ancak üye devletlerce uygulamalarının farklılaşabileceği Yönergeler aracılığıyla Birlik hukukunun yeknesaklaştırılması söz konusuysa bu durumda uygulanacak milli hukukun somut olarak belirlenmesi gereklidir. Tüzük bu anlamda tercihini *lex fori*den yana kullanmıştır. Ancak bu çözüm *forum shopping*e neden olabileceği gibi çelişkili sonuçlara da yol açabilecektir. Örneğin, İspanya'da işlenen haksız fiilin zararının Portekiz'de ortaya çıktığı ve haksız fiil failinin Fransız vatandaşı olduğu ve uyuşmazlığa konu olan hukuki ilişkinin Yönerge aracılığı ile

edilemeyecek hükümlerinin uygulanmasına halel getirmez. Tüzük m. 14 (3), bir önceki fıkra ile benimsenen prensibi, kıyas yoluyla Birlik hukukunun yeknesaklaştırılmış düzenlemelerine genişletmektedir. Somut olayın tüm unsurları iki ya da daha fazla üye ülkede bulunmaktaysa, taraflarca üçüncü bir ülkenin hukukunun seçilmesi Birlik hukukunda yer alan emredici kuralların uygulanmasına halel getirmeyecektir. Doktrinde, Birlik hukuku kurallarının emredici olduğu ölçüde, olayın tüm unsurlarının üye ülkelerde[353] bulunması şartının çok da anlamlı olmadığı; bir olayın tüm unsurları Birlik sınırları dâhilinde bulunmasa bile, Birlik hukuku düzenlemesi emredici ise uygulanması gerektiği ifade edilmiştir[354]. Bir başka deyişle, Birlik hukukuna ilişkin düzenlemede yer alan hükmün emredici olup olmayacağı, somut olayın tüm unsurlarının Birlik sınırları dâhilinde yer alıp almaması ile değil; bilakis tek taraflı olarak Birlik düzenlemesi tarafından yapılır[355].

---

yeknesaklaştırılmaya çalışıldığı bir olayda, uyuşmazlık İspanyol mahkemelerinde görülmek istenirse ve hukuk seçimi yapılmamışsa ve her bir hukuk sistemi Yönergeyi iç hukuklarına farklı şekilde aktarmışsa, somut olayda Portekiz hukukunun iç hukuka aktarma şekli ile Yönerge uygulanacaktır. Ancak tarafların New York hukukunu seçmeleri halinde bu durumda Yönerge İspanyol hukukundaki şekliyle uygulanacaktır: Garcimartín Alférez, s.79.

353 Bu anlamda Danimarka da üye ülke olarak değerlendirilmelidir; zira Danimarka'da da Birlik hukukunun emredici kuralları yürürlüktedir. Bu nedenle burada 3.fıkra taraflar yeknesaklaştırılmış Birlik hukukundan kaçma niyetinde değillerdir: Garcimartín Alférez, s.79; Lookofsky, J./Hertz, K.: **EU-PIL European Union Private International Law in Contract and Tort,** Kopenhag 2009, s.108.

354 Garcimartín Alférez, s.79.

355 Garcimartín Alférez, s.79; Kohler, s.395; ABAD'ın *Ingmar* davasında [C-381/98 Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc. [2000] ECR- I-09305] uyuşmazlık, tarafların bir hukuk kuralının milletlararası özel hukukun amacı bakımından emredici olarak nitelendirilmesi için hangi şartları taşıması gerektiği hususunda ayrılmalarından kaynaklanmaktadır. ABAD tarafların sözleşmeden doğan ilişkilerinde diledikleri hukuku seçmelerinin milletlerarası özel hukukun temel prensibi olduğu ve bu serbestinin ancak emredici kurallar ile ortadan kaldırılabileceğini belirttikten sonra, somut olay bakımından uygulanacak Yönerge hükümlerinin yönergenin amacı da göz önünde bulundurularak yorum yoluyla emredici olduğu sonucuna varılabileceğine hükmetmiştir.

Tüzük m. 14 (2) ve (3) somut olayın en sıkı ilişkide olduğu ülke hukukunun emredici hükümlerini koruma amacıyla getirilmiştir. Avrupa kanun koyucusunun somut olayın yeterince milletlerarası unsur ihtiva etmediği hallerde, somut olayın sıkı ilişkide olduğu ülke hukukunun uygulanmasını istediği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu maddelerin hukuk seçimi anlaşmasının maddi hukuk karakterli bir anlaşma olarak ele alınmasına sebep olacağı sonucuna varılmamalıdır; zira doktrinde bu şekildeki yorumun hukuk seçimi müessesesini amacını aşan bir şekilde kısıtlayacağı savunulmaktadır. Bu durumda taraflar yalnızca milletlerarası unsur ihtiva eden

c. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Roma II Tüzüğü m. 16, Tüzükte yer alan hiçbir hükmün ve tabii ki geçerli bir hukuk seçiminin[356], mahkemenin bulunduğu ülke hukukunun hükümlerinin sözleşme dışı borç ilişkisine uygulanacak hukuktan bağımsız olarak emredici olduğu durumlarda uygulanmasının sınırlanamayacağını hükme bağlamıştır. Tüzük bu kuralları "doğrudan uygulanan kural" olarak tanımlamış ve Tüzüğün uygulanacak hukuku belirleme yönteminin üzerinde tutmuştur. Bu husus ABAD'ın *Arblade*[357] kararına gönderme yapan Komisyonun Açıklayıcı Raporunda da yer almaktadır. Buna göre, kuralların uygulanmaları söz konusu olduğunda, uygulanacak hukukun mahkemenin hukukunun değerlerine aykırılık kontrolü yapılmamaktadır. Bu durumda kanunlar ihtilafı kurallarına dahi gidilmez, bu kurallar "doğrudan" uygulanır[358].

Roma I Tüzüğünden farklı olarak Roma II Tüzüğü doğrudan uygulanan kuralların tanımlanması bakımından izlenmesi gereken yollardan ziyade, bir kuralın bu niteliğinin tespitinden sonraki sonuçlarını düzenlemiştir[359]. Tüzük Dibace m. 32 ise kamu menfaatleri düşüncesinin istisnai durumlarda üye ülke mahkemelerine doğrudan uygulanan kuralların uygulanması imkânını verdiğini ifade etmektedir.

---

hukuki ilişkiler bakımından hukuk seçimi yapabilirler; ancak böyle bir sınırlamayı günümüz irade muhtariyeti anlayışı çerçevesinde meşrulaştırmak mümkün gözükmemektedir. Söz konusu maddeleri 1.fıkranın devamında yer alan kanunlar ihtilafı kuralları olarak benimsemek gerektiği ifade edilmektedir. Böylelikle somut objektif kanunlar ihtilafı kuralının uygulanması halinde tespit edilecek hukukun emredici hükümlerinin uygulanması söz konusu olur, taraflar hukuk seçimini yalnızca tamamlayıcı hükümler bağlamında yapabilirler. Bu anlamda Tüzük m. 14 (2) ve (3), tarafları hukuk seçiminden mahrum bırakan, kendine özgü, objektif ve emredici kanunlar ihtilafı kuralları olarak tanımlamak mümkün olur.

356 Leible (Rechtswahl), s. 263.

357 C-369/96, C-376/96 Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils Sarl v. Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage Sarl [1999] ECR-I 08453. Söz konusu davada uygulanacak hükümlerin Belçika hukukunca doğrudan uygulanan kural olup olmadığının tespit edilmesi noktasında bu kuralların bir üye ülkenin milli sınırları içinde bulunan herkes ve bu ülke ile yapılan tüm hukuki ilişkilerde uyumluluk gerektirmesine istinaden sosyal, ekonomik ve siyasi düzeninin korunması bakımından önem arz eden nitelikte olduğunun tespitinin gerektiği ifade edilmiştir.

358 Explanatory Memorandum, s. 24-25.

359 Plender/Wilderspin, s. 744.

Roma II Tüzüğü m. 16 yalnızca mahkemenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanacağını hükme bağlarken, yabancı hukukun ya da üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kuralları konusunda herhangi bir hüküm getirmemiştir. Komisyonun taslağı ve daha sonra değiştirilmiş taslakta bu kuralların davanın açıldığı ülke mahkemelerinin önünde etkilerini kaybedebilecekleri ifade edilmiştir[360]. Bu konuda, yabancı hukukun ve üçüncü bir ülke hukukunun kuralları ile ilgili Tüzükte bir düzenleme bulunmamasının bu kuralların dikkate alınmasına izin verilmediği anlamı taşımayacağı, her bir hukuk düzeninin hukuk seçiminin varlığına rağmen söz konusu kuralları dikkate alıp almayacağı ve alacaksa ne ölçüde dikkate alacağına karar vereceği ifade edilmiştir[361].

d. Mahkemenin Kamu Düzeni

Mahkemenin kamu düzeni doğrudan uygulanan kurallar yanında hukuk seçimi bakımından getirilen bir diğer sınırlamadır. Kamu düzeni ile doğrudan uygulanan kurallar meselesi birbirinden farklılık arz etmektedir. Doğrudan uygulanan kurallar kamu düzenini ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın uygulanır[362]. Buna ek olarak doğrudan uygulanan kurallar uygulanacak hukukun belirlenmesinin bir parçası iken kamu düzeni uygulanacak hukuku reddetme yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır[363]. Bir başka anlatımla kamu düzeni istisnası uygulanacak hukukun tespitinden sonra elde edilen sonuçları reddederken; doğrudan uygulanan kurallar uygulanacak hukuka ilişkin tespiti gereksiz kılar; zira bu kurallar uygulanacak

---

360 Leible (Rechtswahl), s. 263.

361 Leible (Rechtswahl), s. 263.

362 Tiryakioğlu, B.: **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk,** Ankara 1996, s. 81.

363 Sargın (Patent), s.150.

hukuktur[364].

Roma II Tüzüğü m. 26 uyarınca Tüzük tarafından belirlenen hukukun veya Tüzüğün verdiği yetkiye dayanarak taraflarca seçilen hukukun uygulanması davanın görülmekte olduğu kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ediyorsa bu hukukun uygulanmasından vazgeçilir. Bir başka deyişle, hâkim Tüzük ile belirlenen hukuku uygulamakla yükümlü tutulmuş olsa da kamu düzeniyle açıkça bağdaşmayan yabancı hukuk kurallarının uygulanmasını reddedilir. Doktrinde bir görüşe göre, Tüzük m. 26, uygulanacak hukukun taraflarca seçildiği durumlara, bir başka deyişle irade muhtariyeti ilkesine verilen önemi göstermektedir; zira yabancı hukukun uygulanmaması ancak iki şartın birlikte gerçekleşmesi ile mümkün olabilecektir: yabancı hukukun uygulanması mahkemenin kamu düzenine aykırı olmalı ve bu aykırılık "açık"[365] olmalıdır[366].

Kamu düzenine aykırılık mahkemenin re'sen dikkate alacağı bir hususdur[367]. Hangi hususların kamu düzeninden sayılacağı Birlik hukuku tarafından değil, her bir ülkenin iç hukuk kuralları tarafından belirlenir. Komisyonun tasarısında yer alan "Birlik kamu düzeni" ifadesi Tüzüğün nihai metninde yer almamıştır. Bununla birlikte bu durum kamu düzeninin Birlik hukukundan etkilenmesine engel teşkil etmez[368].

Roma II Tüzüğünün metninde cezalandırıcı ya da caydırıcı nitelikteki tazminat taleplerinin kamu düzenine aykırı olacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte böyle bir hüküm bulunmaması söz gelimi bir üye ülke mahkemesinin Amerikan hukukunda yer alan cezalandırıcı tazminata hükmederken kamu düzenini

364 Hay (Rome II Regulation), s. 149.
365 Plender/Wilderspin, s. 752.
366 Zhang (Choice of Law), s. 894.
367 Leible (Rechtswahl), s. 263.
368 Leible (Rechtswahl), s. 263.

devreye sokamayacağı anlamına gelmemelidir; zira Roma II Tüzüğü Dibace m. 32 mahkemenin tazmin etme amacı olmayan ya da aşırı nitelikte cezalandırıcı tazminatları, davanın niteliği ve davanın görüldüğü mahkemenin hukuk düzenine de bağlı olarak, kamu düzenine aykırı görülebilecektir.

e. Emniyet ve Davranış Kuralları

Emniyet ve davranış kuralları ile ilgili Roma II Tüzüğü m. 17 uyarınca, sorumlu olduğu iddia edilen kişinin davranışlarının değerlendirilmesinde sorumluluğa neden olan olayın gerçekleştiği yer ve zamanda yürürlükte olan emniyet ve davranış kurallarının, uygun düştüğü ölçüde ve vakıa olarak dikkate alınır. Tüzük m. 17 zararın ya da kaybın değerlendirilmesi ya da bir ülke hukukuna tabi kılınması amacıyla getirilmiş kurallar değildir; tersine davranış kurallarını düzenleyen bir maddedir[369].

Emniyet ve davranış kuralları trafik kuralları gibi çoğunlukla kamu hukuku karakterli ve diğer ülkelerdeki insan davranışlarını idare etme niyetlerinin olmaması bakımından ülkesel nitelikte kurallardır. Bu anlamda Tüzük m. 17 hâkime oldukça geniş bir takdir yetkisi vermektedir. Emniyet ve davranış kurallarının bir vakıa olarak göz önüne alınması onların mutlak olarak uygulanacağı anlamına gelmemektedir[370]. Bir başka deyişle, Tüzük m. 17, yabancı hukukun emniyet ve davranış kuralları bakımından özel bir bağlanmaya gerekçe gösterilemez[371]. Bu tip iç hukuk kurallarının ihlali, çevre zararlarından doğan sorumluluk, zararın vuku bulduğu yer yahut Tüzük m. 14 ile başka bir hukuka tabi kılınsa dahi, dikkate alınmalıdır[372]. Söz gelimi çevre

369 Bogdan, s.227; Plender/Wilderspin, s.645.

370 Plender/Wilderspin, s.645.

371 Vogeler, s.128.

372 Bogdan, s.227.

zararına sebep olan eylemi gerçekleştiren kişinin bu eylemi için o ülkenin yetkili makamlarından izin almış olması da dâhil olmak üzere o ülkenin emniyet ve davranış kurallarına uygun davranmış olması, kastın ciddiyeti ya da zararın boyutu değerlendirilirken dikkate alınsa da sorumlu kişiyi sorumluluktan kurtarmaz[373]. Büyük bir şirket özellikle gelişmekte olan bir ülkede gerçekleştireceği eylemin çevre zararına yol açabileceğini o ülke yetkili makamlarından daha iyi öngörebilir. Bu anlamda bu şirketin o ülkede emniyet ve davranış kurallarına riayet etmesi eyleminin sonuçlarından sorumlu tutulmayacağı anlamına gelmemelidir[374]. Tüzük m. 17 hukuk seçiminin sınırlanması hususunu meşrulaştırmaz[375].

f. Atfın Reddi

Roma II Tüzüğü tarafından hukuk seçimine getirilen bir başka sınırlama bir ülkenin yalnızca maddi hukuk kurallarının seçilebilmesidir. Tüzük m. 24' göre, Tüzük tarafından tespit edilen uygulanacak hukuk o ülkede yürürlükte olan milletlerarası özel hukuk kuralları haricindeki kurallardır. Burada gözden kaçırılan husus, Tüzük bir ülkenin başka bir hukuka gönderme yapabilecek kanunlar ihtilafı kurallarından bahsetse dahi, Tüzüğün tespit etmiş olduğu hukukun milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinin kapsamına birtakım maddi hukuk kurallarını da dâhil edebileceğidir[376].

---

373 Bogdan, s.227.

374 Bogdan, s.228.

375 Vogeler, s.128.

376 Zhang (Choice of Law), s.849-dn.268.

5. Tüzük Bağlamında Hukuk Seçimi Kapsamı Dışında Kalan Hususlar

Roma II Tüzüğü m. 14'e göre taraflar ilke olarak sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuku, Tüzüğün uygulama alanı dâhilinde ve Tüzük öncelikle uygulanacak düzenlemeler tarafından dışlanmadığı müddetçe seçebilirler[377]. Bununla birlikte, Tüzükte hukuk seçimi bakımından az sayıdaki sınırlama, kapsamları da tartışmalı olmakla birlikte, kısmen her bir objektif kanunlar ihtilafı kuralında yer almaktadır. Söz konusu kanunlar ihtilafı kuralları Tüzük m. 6'da düzenlenen milletlerarası haksız rekabet ve rekabeti sınırlayıcı davranışlar ve Tüzük m. 8 (3)'de yer alan fikri mülkiyet haklarının[378] ihlalidir. Bundan başka, çevre zararları ve endüstriyel hareketlerden kaynaklanan zararlar bakımından hukuk seçiminin mümkün olup olmadığı kamu menfaatlerini yakından ilgilendiren niteliklerinden ötürü tartışmalıdır. Bu nedenle, Roma II Tüzüğünün hukuk seçiminin sınırlarının tespit edilmesi bakımından, hukuk seçimine izin verilen bağlama konuları ile izin verilmeyen bağlama konularının birbirinden ayrılması önem arz etmektedir. Bu amaçla özellikle Avrupa kanun koyucusunun her bir bağlama konusu çerçevesinde hukuk seçimini kapsam dışı bırakması hususundaki hedef ve menfaatleri ele alınacaktır.

---

377 Bundan başka, hukuk seçimi imkânı yalnızca haksız fiiller bakımından değil sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz işgörme ve sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk için de mümkündür. Bir başka deyişle sözleşme dışı borç ilişkisinin tarafları bu borç ilişkisi bakımından geçerli bir hukuk seçimi yapmışlarsa, seçilen hukuk objektif bağlama kuralında belirlenmiş olan hukukun yerini alacaktır Leible (Rechtswahl), s. 259.

378 Bu hususta terminoloji sorunu bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Arıkan, A. S.: "Avrupa Topluluğu'nda Fikri-Sınai Mülkiyet Hakları ve Son Gelişmeler", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi,** 2007, C: 7, N:1, s. 152 ve dn. 6.

a. Haksız Rekabet Hukukunda Hukuk Seçiminin Sınırlanması

aa. Tüzük Bağlamında Milletlerarası Haksız Rekabet Hukukunun Konusu

Avrupa kanun koyucusu haksız rekabete ve rekabeti sınırlayıcı davranışlara ilişkin Roma II Tüzüğü m. 6 (1) ve (2) hükümlerini düzenlemenin hazırlık sürecindeki hararetli tartışmalardan sonra[379], kabul etmiştir[380]. Avrupa kanun koyucusu Tüzük Dibace m. 21'de bu hükmü getirmekle genel olarak haksız fiil hukuku ile rekabet hukuku arasında kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında bir fark oluşturduğunu ve düzenlemenin özel bir haksız fiil kuralı olduğunu; bununla birlikte Tüzük m. 6'nın haksız fiilere ilişkin genel kurala istisna oluşturmadığını; aksine genel kuralın bir açıklayıcısı ve onu somutlaştıran bir hüküm olarak Tüzükte yer aldığını ifade etmiştir[381].

---

379 Ayrıntılı bilgi için bkz. Plender / Wilderspin, s. 597-599; Mankowski, P.: "Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung", **Recht der Internationalen Wirtschaft** 2008 54. Jahrgang, Heft 4, s. 178-179. (Kartellrecht)

380 Vogeler, s.89; Avrupa Parlamentosu Hukuk Komitesi bu hususta özel düzenleme getirmenin bir yandan genel kanunlar ihtilafı kuralları ile hâlihazırda tatmin edici sonuçlar alınabilmesinden, diğer yandan haksız rekabet bakımından böyle bir kuralın getirilmesi halinde rekabet hukuku bağlamında gerçekleşecek diğer ihlaller bakımından yaşanacak belirsizliklerden ötürü böyle bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığı noktalarında eleştirmiştir: Plender / Wilderspin, s. 601.

381 Milletlerarası haksız rekabet hukuku çerçevesinde bir hukuki ilişkinin nitelendirilmesinde bağlama konusunun diğer bağlama konularından ve özellikle genel haksız fiil kuralından nasıl ayrılacağı sorusu karşımıza çıkar. Başka bir deyişle sorun maddi hukuktaki taleplerin yarışması meselesidir. Söz gelimi Alman ve İsviçre hukukunda taleplerin yarışması söz konusu olurken Fransız hukukunda sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı haksız fiil talebini dışlamaktadır. Buna *non-cumulative* prensibi adı verilmektedir. Söz konusu prensip uyarınca sözleşme taraflarını ilgilendiren bir konu sözleşme dışında kalan bir şahsı ilgilendirmez. Örneğin sözleşme ifa edilirken bir zarar meydana gelmişse bu zararın sadece sözleşmenin ifası bağlamında gerçekleşmesi gerekir. Aksi halde diğer tarafın ağır kusuru, ihmali haksız fiili önemli değildir. Sadece sözleşme ilişkisi içerisindeki durum esas alınır: Vogeler, s.95; Bu hususta birbiriyle çatışan kanunlar ihtilafı normları arasındaki ilişkinin Birlik düzeyinde otonom olarak mı tespit edileceği ya da sorunun maddi hukuk düzeyinde mi çözüleceği meselesi karşımıza çıkmaktadır. Doktrinde maddi hukukta ön sorun bağlamında çözülmesi gereken bir meselenin ilgili kanunlar ihtilafı hukuku normlarının tespitinde dikkate alınmayacağı savunulmaktadır. Tüzük Dibace m. 21 uyarınca Tüzük m. 6 haksız fiile ilişkin genel kuralın istisnası değil onu açıklayan ve somutlaştıran bir düzenlemedir. Bunun sonucunda, Roma II Tüzüğü m. 6'nın uygulanması söz konusu olduğu sürece özel kanunun genel kanunu dışlaması ilkesinden hareket edilerek bu madde uygulanır. Bir başka deyişle, kusurlu olduğu düşünülen davranışın haksız rekabet hukuku ile korunan hakkı ihlal eden "rekabet etme amacıyla yapılan bir davranış" olarak tanımlanması halinde Tüzük m. 6 (4)

Haksız rekabete dayanan sözleşme dışı borç ilişkileri Roma II Tüzüğü m. 6 (1) uyarınca tüketicilerin[382] rekabet ilişkileri ya da kolektif menfaatlerinin kısıtlandığı ya da kısıtlanma ihtimalinin bulunduğu ülkenin hukukuna tabidir[383]. Madde düzenlemesinde Almanya ve Avusturya'da hâkim olan görüşe[384] uygun olarak rekabetten doğan menfaatlerin çatıştığı yer hukukunun uygulanması görüşü esas alınmıştır[385]. Bu hususta yalnızca rekabet hukuku aktörlerinin değil, ayrıca eğer tüketiciyi etkileyen bir haksız rekabet söz konusu ise, tüketicinin menfaatleri de dikkate alınmıştır[386]. Buna göre pazara ilişkin rekabet davranışlarında hâkim görüşe göre pazar yeri hukuku, bir başka deyişle, piyasadaki rakipler üzerinde etkin

bakımından hukuk seçimi yapılmaz: Vogeler, s. 97.

382 Roma II Tüzüğü m. 6 (1) ve (2)'de yer alan haksız rekabet davranışının haksız olmasının tanımlanması güçlük arz eder. Söz konusu davranışın tanımında Yönergelerin yol gösterici olmadığı ifade edilmektedir. Örneğin Haksız Rekabet Uygulamaları Yönergesi (Directive 2005/29/EC concerning unfair business to consumer practices in the internal market, [2005] OJ L149/22, Aldatıcı ve Karşılatırmalı Reklam Yönergesi (Directive 2006/114/EC concerning misleading and comparative advertising). Söz konusu Yönerge ile Tüzük arasındaki ilişki bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Plender / Wilderspin, s.608; Kaldı ki Roma II Tüzüğü m. 3 Tüzüğün evrensel bir uygulama alanı olması, bir başka deyişle uygulanacak hukukun üye ülkeler dışında başka bir ülkenin hukuku olabileceği ihtimali de söz konusu boşluğun Birlik düzenlemeleri ile doldurulmasını desteklemez; zira yönergelerde yer alan hukuki sonuçlara ulaşma yükümlülüğünü yalnızca üye ülkeler haizdir. Bunun yanı sıra üçüncü bir devlet Birlik hedef ve değerlerinden ayrılan düzenlemeler de getirmiş olabilir: Vogeler, s.93.

383 Vogeler, s. 89; Plender / Wilderspin, s. 609-610; Dickinson, s. 403-404; Özellikle tüketicinin kollektif menfaatinin hukuk seçiminin yapılmaması bakımından temel neden olarak kabul edilmesi hususunda bkz. Lein, s. 187.

384 Bu görüşler için bkz. Plender / Wilderspin, s. 603-604.

385 Vogeler, s. 89.

386 Roma II Tüzüğünün 6.maddesinin 1.fıkrasında, Tüzüğün 5.maddesinde imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu ve 9.maddesindeki hem işçiyi hem de işvereni koruyan endüstriyel faaliyetlerden kaynaklanan sözleşme dışı borç ilişkilerinde olduğu gibi tüketiciyi koruyan bir düzenleme ihtiva etmektedir: Crawford, / Carruthers, s. 23-24; Plender / Wilderspin, s. 609, 616; Lein, s. 187; Doktrinde bir görüşe göre bir davranışın Tüzük m. 6 (1) kapsamında değerlendirilebilmesi için davalının davranışlarının ya belli bir rakip ya da rakip grubuna yönelmesi ya da tüketici gibi bir pazar aktörüne yönelmişse bu davranışın belli bir rakip ya da rakip grubunu etkilemesi gerektiği ifade edilmiştir: Dickinson, s.403-404; Davacı tarafından ileri sürülen haksız rekabete ilişkin davranışların gerçekte var olup olmadığı uygulanacak maddi hukukun çözeceği bir sorundur. Vasıflandırmada rekabet amacıyla bir davranış sergilenip sergilenmediği hususuna dikkat edilecektir. Haksızlık kavramının bu bağlamda ele alınması şayet uygulanacak hukukun belirlenmesinde gerekli olan değerlendirme sorusunun cevabını veriyorsa bir kısır döngüye de yol açabilecektir: Vogeler, s.95.

uygulandığı yer hukuku uygulanır[387]. Buna karşılık, Tüzük m. 6 (2)[388] uyarınca eğer haksız rekabeti doğuran davranış yalnızca belli bir rakibi olumsuz yönde etkilemiş ise (tek taraflı rekabet davranışları)[389] Roma II Tüzüğü m. 6 (2) değil haksız fiile ilişkin genel kural olan Tüzük m. 4 uygulanır. Bir başka deyişle, Tüzük m. 6 (1) genel bir düzenleme iken m. 6 (2) salt işletmeyi ilgilendiren rekabet davranışlarına ilişkindir[390]. Menfaatlerin çatıştığı yer hukukunun tespitinde Tüzük m. 6, Roma II Tüzüğü m. 4 (1)'e yakınlığı ve Brüksel I Tüzüğü m. 5 (3)'e paralelliği nedeniyle zararın meydana

---

387 Plender / Wilderspin, s. 610, Dickinson, s. 403.

388 Milletlerarası haksız rekabet hukukunu, milletlerarası haksız fiil hukukundan kesin olarak ayırabilecek genel geçer bir AB otonom yorumu henüz geliştirilebilmiş değildir. Bunun için Roma II Tüzüğü m. 6 (2)'deki kavramları milletlerarası haksız rekabet hukukunun amacı ile bağlantılı olarak yorumlamak gereklidir. Milletlerarası haksız rekabet hukukunun konusu daha önce bahsedilen menfaatler dengesinin korunmasının yanı sıra rekabet piyasasındaki davranışların düzenlenmesidir. Bu anlamda rekabet davranışı piyasa davranışı olarak ifade edilebilir. Tüzüğün ilgili maddesi piyasa ilişkin olmadığı; tersine şirketlere ilişkin olduğu için bu tanımın daha genel bir biçimde anlaşılması gerekir. Bu anlamda "rekabet amacıyla hareket etme" ölçütü esaslı bir tanımlama ve genel haksız fiillerden ayırma işlevini yerine getirebilir: Vogeler, s.92; Plender / Wilderspin, s. 620.

389 Ayrıntılı bilgi için bkz. Plender / Wilderspin, s. 611.

390 Tüzük m.6 (2)'de münhasıran belli bir rakibin menfaatlerinin ihlal edilmesi söz konusu olduğundan ilk bakışta hukuk seçimi yapılması mümkün görünebilir. Bu anlamda uygulanacak maddi hukuk Tüzük m. 6 (4) ile değil Tüzük m. 4 ile tespit edilir. Bu nedenle hukuk seçiminin yapılmasının, bağlama konusu ancak Tüzük m. 6 (1) kapsamına girdiği ölçüde kabul edilmeyeceği savunulabilir. Bununla birlikte, böyle bir görüş karşısında birtakım tereddütler bulunmaktadır. Bir yandan dogmatik açıdan yapılan böyle bir "yapay" belirlemenin tereddüde yol açtığı ve Avrupa kanun koyucusunun iradesi ile uyum içinde olmadığı ifade edilmiştir: Vogeler, s. 101; Bu görüşe göre Roma II Tüzüğü Dibace m. 21'den Tüzük m. 6 (1) ve (3) arasında herhangi bir ayrım gözetilmesi gerektiği sonucu çıkmamaktadır. Şayet Roma II Tüzüğü m. 6 (4) Tüzük m. 6 (2) ile aynı şekilde uygulanmazsa bu açıklayıcı etkiden söz edilemez: Vogeler, s. 101; diğer yandan hukuk seçiminin hukuka uygun olup olmadığının tespiti Avrupa kanun koyucusunun her bir kanunlar ihtilafı kuralında izlediği amaçlar ile kesinleştirilebilir: Vogeler, s. 102; Şayet korunmaya değer kamu menfaati bağlama noktasının oluşturulmasında kendisine ağırlık verilen menfaatse, bu durumda hukuk seçimi ile bu amacı görmezden gelinmemelidir. Bundan dolayı işletmeye ilişkin haksız rekabet davranışlarında hukuk seçiminin hukuka uygun olup olmadığına dair verilecek karar kamu menfaatinin mi yoksa bireylerin menfaatlerinin mi ön planda tutulduğuna bağlıdır. Kamu menfaatinin ağır basması irade muhtariyetinin Tüzük bağlamında sınırlanması için meşru bir temel oluşturur: Vogeler, s. 102; Buna karşın, yalnızca iki işletmeyi ilgilendiren haksız rekabet davranışları ile ilgili olarak ise doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüş haksız rekabet hukukunun rekabeti sınırlayıcı davranışları engelleme işlevinin olduğudur. Bu nedenle bu davranış bakımından iç pazar ciddi olarak etkilenmemektedir. Bununla birlikte, kamu menfaatinin her iki olay grubunda da var olduğu kaçınılmazdır. Bundan başka, milletlerarası haksız rekabet hukuku bakımından hukuk seçimi imkânının tanınması bu alan ile rekabeti sınırlayıcı davranışlar arasında ayrım yapma güçlüklerine de neden olur. Bu nedenle bir istisna hükmü olan Tüzük m. 6 (4) geniş yorumlanmamalı ve izlenilen kamu menfaatlerinden ötürü milletlerarası haksız rekabet hukukunda hukuk seçiminin olmadığı sonucuna varılmalıdır: Vogeler, s. 102.

geldiği yere ilişkin temel ilkelerle birlikte uygulanmalıdır[391].

Roma II Tüzüğü m. 6 (4)'te haksız rekabet ve rekabeti sınırlayıcı davranışlar bakımından hukuk seçimi kapsam dışı bırakılmıştır. Bir başka deyişle, Tüzük m. 6 kapsamında haksız rekabet ve rekabeti sınırlayıcı davranışlar bakımından tespit edilecek hüküm statüsünden Tüzük m. 14'e uygun olarak yapılacak bir anlaşma ile vazgeçilemez[392]. Hukuk seçiminin bu husus bakımından kabul edilmemesinde gerekçe olarak rakip, tüketici ve kamu arasındaki üçlü menfaat dengesinin sağlanması gerektiği gösterilmiştir[393]. Bu anlamda milletlerarası rekabet hukuku sayesinde bir yandan adil ve dürüst bir şekilde rekabet eden rakibin müşteri kazanımları, diğer yandan tüketici yahut müşteriyi sözleşme kurmaya itebilecek haksız ve aldatıcı davranışların önlenmesi ile kamu menfaati korunmuş olur[394]. Böylelikle hukuk seçiminin haksız rekabet bakımından kapsam dışında bırakılması daha ziyade maddi hukuk bakımından gözetilen menfaatleri de meşrulaştırır[395].

bb. Roma II Tüzüğünün 6.maddesinin 4.fıkrasının Sınırlayıcı Yorumu

Roma II Tüzüğü m. 6 (4) çerçevesinde yapılan bir tartışma da hukuk seçiminin ne ölçüde kapsam dışı bırakılmış olduğudur[396]. Milletlerarası rekabet hukuku

---

391 Bu husus özellikle fiilin bir yerde işlendiği ancak sonuçların birden fazla ülkede ortaya çıktığı mesafeli haksız fiiller bakımından önem arz eder. ABAD'ın "Mozaik kararı" olarak anılan kararına göre mahkeme ancak kendi yargı yetkisi dâhilinde bir başka deyişle o ülkede gerçekleşen haksız fiiller bakımından yetkili olacaktır: Vogeler, s. 90.

392 Vogeler, s.91.

393 Söz konusu üçlü menfaat dengesinin kanunlar ihtilafında özellikle vasıflandırma meselesinde daha geniş bir koruma amacını haiz olduğu yönünde bkz. Mankowski P.: "Was soll der Anknüpfungsgegenstand des (europäischen) Internationalen Wettbewerbsrecht sein?" **Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht-Internationaler Teil,** 2005 54.Jahrgang, s.634 vd. (Wettbewerbsrecht)

394 Plender / Wilderspin, s.602.

395 Vogeler, s.91.

396 Roma II Tüzüğü m. 6 (4)'da hukuk seçimi imkânının kapsam dışında bırakılması milletlerarası rekabet hukukunun milletlerarası haksız fiil hukukundan nasıl ayrılacağı sorusunu gündeme getirir. Bu

bakımından pazara ya da işletmeye yönelik davranış arasında madde kapsamında bir ayrım yapılmış olduğu sonucuna ulaşılamamaktadır. Bu sebeple düzenleme iki noktada eleştiriye maruz kalmıştır. Bir yandan Tüzük m.6 (1) ve (2) arasında bir ayrım yapılmamış olması başarısızlık olarak addedilmiştir[397]. Diğer yandan söz konusu düzenleme üçüncü kişilerin haklarının her durumda saklı olması ve Tüzük m.6 (4)'ün bu nedenle bağımsız bir uygulama alanının kalmamasından dolayı Tüzük m. 14 (1) c.2 nedeniyle fuzuli olarak görülmektedir[398]. Son eleştiri karşısında, Tüzük m. 14 (1) c.2 lafzından hareket edilerek maddede "üçüncü kişiler"in hakları ifadesi bulunması; ancak "üçüncü kişilerin menfaatleri" ifadesinin, her ne kadar bu son ifadenin milletlerarası haksız rekabet hukuku tarafından üstünkörü korunduğu iddia edilse de, yer almaması gerekçe gösterilmiştir[399].

Yalnızca iki tarafı ilgilendiren haksız rekabete ilişkin davranışlar, daha ziyade hukuk seçiminin hukuka uygun olarak sayılıp sayılmayacağı yönünde belirleyici olabilir. Pazara yönelik davranışlar bakımından hukuk seçiminin kabul edilmemesi adil ve eşit rekabet etme şartlarının sağlanmasının ön planda olmasından ötürü makul görülebilir. Bununla birlikte doktrinde pek çok kez ifade edildiği gibi, Tüzük m. 6 (2) bakımından yapılacak bir hukuk seçimi yalnızca taraflar arasında etki doğurur ve bu

nedenle, haksız rekabet kavramı Tüzük bağlamında, otonom olarak yorumlanmalı ve iç hukuklarda yer aldığından daha geniş bir kapsamda anlaşılmalıdır. Örneğin, Alman Federal Yüksek Mahkemesi yerleşik içtihadında, Alman kanunlarına göre haksız fiil olarak değerlendirdiği bir uyuşmazlığı Birlik hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları bakımından Roma II Tüzüğüne göre haksız rekabet olarak nitelendirmektedir. Alman hukukunda münhasır hakkın korunması için ihtarname çekilerek bir ürünün, distribütörün, bir davranışın uygulanmasının, bir işaretin kullanılmasının yapılmamasının talep edilebileceğini öngörmektedir. Şayet bu ihtarname haksız bir biçimde çekilmişse; söz gelimi örneğin objektif olarak hakkın ihlal edilmesi söz konusu değilse, hak tükenmişse, iddia edilen koruma alanı dâhilinde değilse bu durum Alman hukukuna göre haksız fiil teşkil ederken Birlik hukuku bakımından haksız rekabet olarak vasıflandırılacaktır. Benzer bir durum rekabette avantaj elde etme amacıyla rüşvet verilmesi Alman hukuku bakımından yalnızca Alman Ceza Kanununda düzenleniyor iken, bu davranış medeni hukuk boyutuyla Roma II Tüzüğü m. 6 (1) kapsamında değerlendirilebilir: Vogeler, s.92.

397 Vogeler, s. 97.

398 Vogeler, s. 97.

399 Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Köthe, s. 116 vd.

nedenle burada irade muhtariyetini sınırlama sebebi ortadan kalkar[400].

Roma II Tüzüğü m. 6 (4)'ün sınırlı bir biçimde yorumlanması milletlerarası haksız fiil hukukunda olduğu gibi bireylerin korunan menfaatlerinin kamu menfaatleri yerine geçip geçmeyeceği sorusunu ortaya çıkarır. Milletlerarası haksız rekabet hukuku bağlamında adil bir rekabette tüketicilerin ve rakiplerin bireysel korunmalarının yanında kamu menfaati de gözetilir[401]. Söz konusu bireysel koruma kamu menfaatinden daha üstte görülse de irade muhtariyeti ve kamu menfaati arasındaki değerlendirmede irade muhtariyeti lehine bir seçim yapılmamıştır.

cc. Rekabeti Sınırlayıcı Davranışlar

Roma II Tüzüğü m. 6 (3) rekabeti sınırlayıcı davranışlardan söz etmektedir. Tüzük m. 6 (3) (a) uyarınca rekabeti sınırlandırıcı davranışlardan doğan sözleşme dışı borç ilişkilerine bu davranıştan etkilenen ya da etkilenmesi muhtemel olan pazarın hukuku uygulanır[402]. Tüzük m. 6 (3) (b) ise, birden fazla devletin pazarı etkilenmesinin yanında davanın açıldığı ülke hukukunun pazarının da doğrudan ve esaslı bir şekilde bu davranıştan etkilenmesi halinde, davacının bu ülke hukukunu seçebilme hakkı verir[403]. Tüzük m. 6 (3) (b) son cümlesi ise birden fazla zarar verene karşı açılan

---

400 Vogeler, s. 99-dn.133'deki yazarlar; Bundan başka, haksız rekabete ilişkin davranışın yalnızca tek bir rakibi etkilemesi halinde uygulanacak hukuk Tüzük m. 6 (4)' te belirtilen değil Tüzük m. 4'te belirlenen hukuktur. Bunun dışında Tüzük m. 6 (2)'nin m. 6 (4)'e yaptığı göndermenin Tüzük m. 4 (2) ve (3)'ü de kapsaması ve böylelikle aslında değişmez bir bağlanmaya ulaşılabilmesinin yaratacağı güçlüklerin önüne geçilmesi bakımından da Tüzük m. 14 kapsamında yapılacak bir seçimin mümkün olduğu savunulmaktadır: Dickinson, s.426; Tarman, Z. T.: "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II), **AÜHFD,** 2008 C.57 Sa. 2, s. 210.

401 Vogeler, s. 101.

402 Bu anlamda rekabeti sınırlayıcı davranışlar bakımından etki prensibinin (*Auswirkungsprinzip, effects doctrine*) kabul edildiği söylenebilir. Piyasası etkilenen ya da etkilenmesi muhtemel olan ülke bu haksız fiil türü bakımından zararın meydana geldiği yer olarak kabul edilmiştir. Mankowski (Kartellrecht), s. 184. Ancak Tüzük bu prensibin içinin nasıl doldurulacağı ile ilgili Tüzükte herhangi bir açıklama yoktur.

403 Bu fıkra ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mankowski (Kartellrecht), s. 189-192.

davada mahkemenin hukukunun ancak her bir davalının rekabeti sınırlayıcı davranışının mahkemenin bulunduğu devletin pazarını da doğrudan ve esaslı bir şekilde etkilemesi halinde geçerli olacağını ifade etmektedir[404]. Hukuk seçiminin hariç bırakılması konusunda haksız rekabet başlığı altında yaptığımız tartışmalar burada da geçerlidir. Roma II Tüzüğü m. 6 (4) tek bir piyasa aktöründen ziyade piyasanın işleyişini koruma amacıyla getirilmiştir. Haksız fiil hukukunun aksine burada öncelikli olarak korunan bireysel menfaat değil kamu menfaati olduğu için, Birlik üyesi bir ülkenin hukuku dışında başka bir ülke hukuku seçilmesi Avrupa rekabet hukukunun işleyişini zorlaştırır[405].

b. Fikri Mülkiyet Haklarında Hukuk Seçiminin Sınırlanması: Roma II Tüzüğü m. 8

Haksız rekabet ve rekabetin sınırlanması hakkında yapılan açıklamalarda olduğu gibi, fikri mülkiyet hakları bakımından da önce hukuk seçimi imkânının tanınmaması ve bu tanınmamanın meşruiyetinin tespiti, maddenin uygulanma alanı ve objektif bağlama noktalarının tespiti ile yapılacaktır.

---

404 Rekabeti sınırlayıcı davranışları sadece rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar oluşturmaz. Rekabetin sınırlanması kavramının otonom yorumundan, şayet ABİA m. 101 ve m. 102 ya da bir üye devletin hukuku tarafından yasaklanmış bir davranış olduğu sonucuna varılıyorsa, bir üye devlette ya da iç pazar dâhilinde rekabeti engelleyici, sınırlayıcı ya da bozmaya yönelik teşebbüsler arası uyumlu eylem ve kararların yanı sıra yine bir üye devlet ya da iç pazarda hâkim durumun kötüye kullanılması da bu maddenin bağlama konusu kapsamına girer: Vogeler, s.105; Heiss /Locker, s.630; Bu husus Tüzük Dibace m.23'ten de çıkarılabilir. ABAD içtihatlarında Avrupa rekabet hukukunun uygulanabilir olduğu hallerde, Avrupa kanunlar ihtilafı kurallarının bu ülkelerin hukuklarına gönderme yapması ve böylelikle Birlik üyesi olmayan devlet hukuklarının uygulanmasının engellenmesine hükmetmiştir: Mankowski (Kartellrecht), s. 193; Vogeler, s. 106; Bu hususla ilgili olarak bkz. C-295/04 Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, C-296/04 Antonio Cannito v Fondiaria Sai SpA and C-297/04 Nicolò Tricarico and C-298/04 Pasqualina Murgolo v Assitalia SpA.

405 Mankowski (Kartellrecht), s. 192; Vogeler, s. 106-dn. 175.

aa. Bağlama Konusu

Roma II Tüzüğü m. 8 "Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali" başlığını taşımaktadır. Burada yalnızca haksız fiillerden kaynaklanan değil, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz işgörme ya da *culpa in contrahendo*dan kaynaklanan fikri mülkiyet haklarının ihlali de madde kapsamına girer. Bu anlamda örneğin bir fikri mülkiyet hakkının ihlalinden kaynaklanan sebepsiz zenginleşme ihlale uygulanan hukuk tarafından idare edilecektir[406].

Fikri mülkiyet hakları söz konusu maddenin uygulama alanını ve bağlama konusunu belirlemektedir. Bu madde de otonom yoruma tabi tutulur ve Tüzük Dibace m. 26'ya göre fikri haklar başta olmak üzere, komşu haklar, *sui generis* bir koruma olan veri bankalarının korunması ve sınai haklar[407] maddenin kapsamına girer. Bu sayma tahdidi değildir[408]. Burada özellikle, kişilik haklarının aksine üçüncü kişilere devredilebilen ya da en azından lisansı verilebilen hukuki işlemlerdeki maddi olmayan hakların varlığından bahsedilir[409]. Fikri mülkiyet hakları esas olarak fikir ve sanat eserleri bir başka deyişle telif hakları ve sınai mülkiyet hakları olarak ayrılır[410]. Roma II Tüzüğü m. 8 fikri mülkiyete ilişkin tüm haklar için yeknesak olarak bir bağlama kuralı oluşturulmasıyla ilgilidir ve sadece bu korunan hakların her birinin maddi hukuk

---

406 Plender / Wilderspin, s. 654; Tüzük m. 13 fikri mülkiyet haklarının ihlali sonucu ortaya çıkan bu huhuki ilişkiler bakımından da hukuk seçimini kapsam dışında bırakmıştır.

407 Doktrinde geçerliliği tescil ile sağlanan sınai hakların, varlığı tescile bağlı olmayan fikri haklar ve bağlantılı haklardan ayrılması ve madde kapsamına dâhil edilmemesi gerektiği savunulmaktadır. Heiss / Loacker, s. 633-637.

408 Burada kastedilen 26.maddede sayılan fikri mülkiyet hakkı türlerinin maddede sayılanlarla sınırlı olarak anlaşılmaması gerektiğidir. Buna karşın fikri mülkiyet hakları bakımından da ayni haklar gibi sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesi geçerlidir.

409 Kılıçoğlu, A. M.: **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar",** 2.Baskı, Ankara 2013, s. 2.

410 Fikir ve sanat eserleri bakımından ön planda olan eser sahibinin yaratıcı bir edimi iken sınai mülkiyet hukukunda ilk uygulayıcılar ve mallar üzerindeki işaret sahiplerinin korunması söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s. 5-13.

açısından geçerlilik alanına ilişkin olarak bir ayrım yapar[411].

bb. Roma II Tüzüğü m. 8 (1)

Tüzük m. 8 (1) uyarınca fikri mülkiyet haklarının ihlalinden doğan sözleşme dışı borç ilişkisine uygulanacak hukuk korumanın talep edildiği ülke hukukudur. Görüldüğü üzere Tüzük kaleme alınırken koruma yeri hukuku (*lex loci protectionis*) dikkate alarak bir düzenleme getirilmiştir. Başka bir ifadeyle, bir ülkenin kendi sınırları içerisinde, örneğin telif hakkı uyuşmazlığına sebep olan olay neticesinde korumanın talep edildiği ülke hukuku bu uyuşmazlığa uygulanır[412]. Bu düzenleme milli bir fikri ve sınai hakkın geçerlilik alanının ilgili devlet alanında sınırlı olacağına dair ülkesellik prensibi ile de uyum içindedir. Ülkesellik prensibinin geçerliliği sınai haklar için neredeyse tartışmasızdır. Sınai haklar bakımından bir hakkın oluşumu, etkisi kendi hükümranlık alanıyla sınırlı olan devletin yapmış olduğu bir işleme bağlıdır. Bir başka deyişle, devletin tuttuğu bir sicile tescil edilmesi halinde söz konusu hak doğar (Örneğin patente ilişkin haklar). Bu nedenle bağlama kuralı olarak koruma yeri hukukunun tercih edilmesi maddi hukuk bakımından gereklidir[413].

Ülkesellik prensibine göre telif hakları ile ilgili bir fiile karşı koruma sağlayıp sağlamayacağı ve bu korumanın hangi kapsamda olacağı hususu her bir devletin kendi toprakları içerisinde belirlemesi gereken bir konudur. Bunun sonucunda uluslararası alanda geçerlilik iddiası yürüten yeknesak bir maddi telif hakları hukuku mevcut değildir; tersine "milli hukuklarca sınırlandırılmış bir koruma demetinden" söz

---

411 Heiss/Loacker, s. 634; Vogeler, s. 112.

412 Akipek, Ş / Dardağan, E. "Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk", **AÜHFD, 2001,** C. 50 S. 3, s. 117.

413 Akipek / Dardağan, s. 118; Erdem, B., "Fikrî Haklarda Ülkesellik Prensibi", **Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan**, İstanbul 1999, s. 40.

edilir[414].

Ülkesellik ilkesinin tam karşısında yer alan ve günümüzde gittikçe daha fazla taraftar toplayan evrensellik ilkesi uyarınca ise, hakkın doğduğu ülke hukuku daha doğru bir deyişle haksız fiilin işlendiği yer veya korumanın talep edildiği yer ya da başka herhangi bir bağlama kuralının getirilmesi mümkündür[415]. Avrupa kanun koyucusu fikri mülkiyet haklarının tamamı için koruma yeri ülkesini kesin bağlama kuralı olarak düzenlemiştir. Böylelikle, bu konudaki tartışmaları da sona erdirmiştir[416].

Roma II Tüzüğü m. 8 (1), m. 13, m. 15 (a) ve (c)'den hem fikri ve sınai hakların ihlalinin şartları hem de hukuki sonuçlarının koruyan ülkenin hukukuna göre belirleneceği anlaşılır. Koruma yeri prensibinin hakkın oluşması, hakkın sahipliği ve içeriği için de uygulanıp uygulanmayacağı ya da bu hususların ön mesele olarak ya da özel bir bağlama kuralı olarak ele alınıp alınmayacağı konusu da burada açıklığa kavuşturulmamıştır[417].

cc. Roma II Tüzüğü m.8 (2)

Roma II Tüzüğü m. 8 (2) uyarınca Birlik hukukunca korunan hakların ihlal edilmesi halinde, ihlal edilen söz konusu haklar ilgili Birlik düzenlemesince idare edilmediği sürece, ihlalin gerçekleştiği yer hukuku uygulanır[418]. Bu husus koruma yeri hukuku ilkesinin mantıki bir sonucudur; zira Birlik hukukunca korunan haklar

414 Vogeler, s. 112.

415 Vogeler, s. 112.

416 Vogeler, s. 112.

417 Vogeler, s. 113.

418 Roma II Tüzüğünün 4.maddesinden farklı olarak burada zarardan bahsedilmemektedir. Bu düzenleme ile zarara bağlama noktası tespitinde herhangi bir önem atfedilmemesinin yanı sıra maddenin uygulanması bakımından zararın varlığı da şart koşulmamıştır. Plender / Wilderspin, s. 660.

bakımından koruma yeri Birlik sınırları dâhilinde kalan her yerdir[419]. Birlik hukukunca korunan haklar bakımından Roma II Tüzüğü m. 8 (2), Birliğin maddi hukuk düzenlemelerine nazaran ikincil konumdadır[420]. Doktrinde maddede sözü edilen Birlik düzenlemeleri kapsamına yalnızca Tüzüklerin girdiği, Yönergelerin yalnızca sonuçları bakımından bağlayıcı olması üye ülkelerin iç hukuklarına aktarılmaları gerekliliğinden ötürü Birlik hukuku bağlamında bir hak koruması bahşetmeyeceği savunulmuştur[421]. Bu tüzükler maddi sonuç talepleri için herhangi bir düzenleme içermediği sürece Tüzük m. 8 (2)'ye göre ihlal edici davranışın gerçekleştiği ülke hukuku üçüncü bir bağlama kuralı olarak uygulanır.

dd. Roma II m.8 (3)'e göre Hukuk Seçiminin Kapsam Dışında Bırakılmasının Meşruiyeti

Roma II Tüzüğü m. 8 (3) düzenlemesinden koruma yeri hukukunun irade muhtariyetini dışladığı anlaşılır. Milletlerarası haksız rekabet ve rekabetin engellenmesinde de görüldüğü gibi kamu menfaatinin bireysel menfaatlere nazaran öne çıktığı durumlarda uygulanacak hukukun belirlenmesinde irade muhtariyetine başvurulamaz. Gerçekten telif haklarına ilişkin kanunlar, eser sahibine en azından geçici olarak eseri üzerindeki münhasır hakları bahşederek kültür ve bilimin teşvik edilmesine hizmet eder. Tescile tabi gayri maddi haklar bakımından kendi ulusal ekonomisinin gelişmesini teşvik etme niyeti önceliklidir. Ayrıca hukuk seçiminin

---

419 Neumann, S.: "Intellectual Property Rights Infringements in European Private International Law: Meeting the Requirements of Territoriality and Private International Law", **Journal of Private International Law**, 2011, Vol. 7 No.3, s. 585; Vogeler, s. 113.

420 Vogeler, s. 114.

421 Vogeler, s. 114. Bu anlamda Birlik'te şu anda yürürlükte olan tüzükler Birlik Markalar Tüzüğü, Birlik Faydalı Model Tüzüğü, Birlik Yeni Bitki Çeşitlerinin Korunması Tüzüğü ve Birlik Coğrafi İşaretlerin Korunması Tüzüğü'dür.

mümkün hale getirilmesi, en azından şeklen korunan haklarda koruma yeri hukuku ile sıkı sıkıya bağlı olan ülkesellik prensibinin dolanılması sonucunu doğurur[422].

Burada tartışılması gereken bir başka sorun da özellikle milletlerarası telif hakları olmak üzere fikri mülkiyet hakları bakımından evrensellik prensibinin hukuk seçimine imkân verip vermediğidir. Fikri mülkiyet haklarına evrensellik ilkesinin uygulanabilmesi ve dolayısıyla ülkesellik ilkesinin uygulanmaması ve böylece "demet teorisi"nden[423] uzaklaşılması hukuk seçiminin mümkün kılar[424]. Yargılamanın hızlanması, usuli risklerin büyük ölçüde azalması ve sözleşme dışı borç ilişkilerinin tarafları için hukuki kesinlik sağlaması gibi usuli avantajlarının yanı sıra evresellik teorisi ile yeni araçlar ve bu araçlarla bağlantılı olarak ortaya çıkan ihlal hareketleri bakımından bu hareketlerin milletlerarası etki şeklinin hukuki bir vakıa olarak dikkate alınmasını sağlar[425]. Bununla birlikte, Roma II Tüzüğü fikri ve sınai haklar arasında bir ayrıma gitmemiştir ve koruma yeri prensibinin yalnızca fikri haklar bakımından uygulama alanı bulacak olmasından ötürü varsayımsal bir yapıya sahip olur. Sonuç itibariyle Roma II Tüzüğü m. 8 kapsamına giren tüm hususlar bakımından hukuk seçimi yapılamaz. Evrensellik prensibinin bu alanda uygulanabilmesi de yine yürürlükteki düzenleme gereği mümkün değildir[426].

---

422 Vogeler, s. 116.

423 Her ne kadar haksız rekabet hukukunda bira teslim sözleşmeleri bakımından ortaya çıkmış olsa da zamanla sektör aşıcı bir biçimde Fikri ve Sınai Haklar hukuku bakımından da kullanılmaya başlanmış demet teorisine göre pazara ilişkin yapılan bir anlaşma rekabet davranışlarında hissedilebilir bir etki yaratmıyorsa bile bir malın pazara girişi benzer sözleşmeler sistemi ile sınırlanıyor ve söz konusu sözleşme karar almada sınırlayıcı esaslı bir etki yaratıyorsa hissedilebilirlik doğrulanmış demektir. Demet teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schmitt, B.: **Die Bündeltheorie des Europäischen Gerichtshofes und ihre Folgewirkungen am Beispiel des britischen Biermarkts**, Münster 1999, s. 23 vd.

424 Vogeler, s. 119.

425 Vogeler, s. 119.

426 Neumann, s. 589-590.

c. Roma II Tüzüğü m. 14'ün Amaca Uygun Sınırlanması

Roma II Tüzüğü bakımından hukuk seçimi yapılmasında herhangi bir sınırlama öngörmemiş olan çevre zararlarına ilişkin Tüzük m. 7 ve endüstriyel hareketlere ilişkin Tüzük m. 9 bakımından amaca uygun bir sınırlamanın yapılıp yapılamayacağı değerlendirilecektir. Bir başka deyişle, bu başlık altında söz konusu bağlama noktaları bakımından tarafların iradelerinin bu maddeler ile izlenen menfaatlerin önüne geçip geçemeyeceği burada tartışılacaktır[427].

aa. Roma II Tüzüğü m. 14 ile Çevre Zararlarına İlişkin Tüzük m. 7 Arasındaki İlişki

aaa. Tüzük m. 7'de Yer Alan Objektif Bağlama Kuralı

Roma II Tüzüğü m. 7 uyarınca çevre zararlarından[428] ya da bu zararın sonucu olarak bir kimse ya da mal tarafından devam ettirilen zararlara[429], zarar gören taleplerini bu zarara yol açan olayın gerçekleştiği yer hukukuna göre talep etmedikçe,

---

427 Çevre zararlarından ve endüstriyel hareketlerden doğan kanunlar ihtilafı meseleleri bakımından 5718 sayılı MÖHUK herhangi bir çözüm getirmemiştir. Bir başka deyişle bu iki sözleşme dışı sorumluluk türü bakımından uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir özel düzenleme kanunda mevcut değildir. Bu hususta Roma II Tüzüğünün 7 ve 9.maddelerinin incelenmesinin Türk hukuku bakımından faydalı olacağına inanıyoruz.

428 Çevre zararları Roma II Tüzüğünde tanımlanmamıştır. Bununla birlikte çevre zararlarına nelerin girebileceğine dair emareler içeren ve Birliğin çevre zararlarının engellenmesi ve çevre zararlarının tazminine ilişkin 2004/35/EC sayılı Yönergesinden [OJ L 143/56] esinlenilerek kaleme alınan Tüzük Dibace m. 24 çevre zararlarını hava, su yahut toprak gibi doğal kaynaklarda yaşanan olumsuz değişiklikler, bir başka doğal kaynak yahut kamu yararına kullanılan doğal kaynağın zarar görmesi yahut canlı organizma çeşitliliğinde azalma olarak saymıştır. Tüzük m. 7'nin genellikle ekonomik ve ticari faaliyetlerden kaynaklanan çevre zararlarına uygulanabildiğine, bu anlamda söz gelimi iki komşu arasında meydana gelen "küçük ölçekli" uyuşmazlık bakımından bu maddeye gidilmediğine; zarar ekonomik faaliyetten kaynaklansa dahi bunun geniş çaplı bir zarar olması gerekmediği; kirletenin çevreye vermiş olduğu zararın kendi çevresiyle sınırlı kalması halinde maddenin uygulanmadığına ilişkin yapılan açıklamalar için bkz. Plender/Wilderspin, s. 638-639.

429 Bu zararın dolaylı zarar olarak anlaşılmaması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Dickinson, s. 436; Fransa'nın Almanya sınırında bulunan bir fabrikanın zararlı madde yayması ve müşterilerin otele gelmekten vazgeçmesi halinde otelin uğramış olduğu zarardan doğan sorumluluk bu madde kapsamında değerlendirilir: Plender/Wilderspin, s. 641.

Tüzük m. 4 (1) bir başka deyişle zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır. Roma II Tüzüğü m. 7 çevre zararlarından doğan özel hukuk sorumluluğu bakımından genel kuraldan ayrılan bir düzenleme getirmiştir. Çevre zararları statüsü pek çok açıdan eleştirilen[430], özellikle Alman doktrin ve yargı kararlarında yer alan, bir hukuka aykırı davranışın işlendiği yer hukuku ile zarar yeri hukuku aynı yer olmadığı takdirde bu iki yer hukukundan birini haksız fiilin ika yeri olarak kabul eden ve zarar gören için daha avantajlı olan hukuku seçmek olarak tanımlanabilecek[431], "aynı anda birden fazla yerde bulunma" prensibi (*Ubiquitätsprinzip, the principle of ubiquity*)[432] esas alınarak düzenlenmiştir. Zarar görenin seçim hakkını ne zaman kullanacağı ise maddi hukuklar tarafından belirlenir.

Zarar yeri bağlama noktası şirketlerin komşu hukukun daha yüksek çevre standartlarını dikkate almaksızın çevre koruma standartları daha düşük olan bir devlete merkezlerini taşıma amacından kaçınmalarına hizmet eder[433]. Komisyon taslağının gerekçesinde her ne kadar zarar gören kimseyi daha yüksek çevre standartlarına sahip bir ülkenin hukukundan yararlandırma amacından bahsedilse de doktrinde söz konusu

---

430 Guinchard, E. / Lamont-Black, S.: "Environmental Law-the Black Sheep in the Rome II's Drive for Legal Certainity? Article 7 of the Regulation (EC) No. 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations in Context, **Environmental Law Review**, 2009, Vol.11, s. 162; Buna karşın doktrinde başka bir görüş zarar gören tarafa tanınan zarara neden olayın gerçekleştiği ülke hukukunun seçilmesinin birden fazla ülkede gerçekleşen zarara tek bir hukukun uygulanması bakımından faydalı olacağı görüşündedir. Von Hein (Contribution), s. 476. Bu seçim aynı zamanda çevre zararının birden fazla haksız fiil ile gerçekleştirildiği durumlar için de avantaj sağlayacaktır; zira Tüzük 7.maddesinde bu duruma ilişkin bir bağlama kuralı getirmediği gibi Tüzüğün m.4(3) çevre zararları bakımından uygulama alanı bulamamaktadır. Aynı durum hukuk seçimine izin verilmeyen birden fazla ülkede gerçekleşen fikri mülkiyet haklarının ihlali ve aynı sendikaya üye olan fakat farklı ülkelerde gerçekleşen grevler bakımından da söz konusu olacaktır. von Hein (Contribution), s. 476.

431 Hay, P.: "Flexibility versus Predictability and Uniformity", **Rec.des Cours (1991/I)**, s. 365-366; von Hein (Contribution), s. 474.

432 Fuchs, A.: "Article 7 Environmental Damage", **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Huber, P. (*ed.*), Munich 2011, s. 203-204; Bu anlamda Tüzüğün tarafsız bir hukukun uygulanmasından vazgeçtiği, maddi hukuk adaletini sağlama amacı güttüğü ileri sürülmektedir. von Hein (Contribution), s. 479.

433 Bu amacın benimsendiği Komisyonun Roma II Tüzüğü taslağı gerekçesinde de ortaya konmuştur: Proposal, s.19.

madde ile böyle bir amacın izlenmediği, daha ziyade ilgili devletler ve Birliğin çevre zararlarının azaltılması konusundaki menfaatlerine katkıda bulunmak istendiği ifade edilmiştir[434]. Kirletenin Tüzük m. 7'de belirtilen iki hukuktan birini uygulayarak sorumluluğunu tayin etmek bu menfaatlerin korunmasını sağlar. Zarar görene böyle bir imkânı tanımak ise yalnızca bu amacın gerçekleştirilmesinde bir araçtır[435]. Yine doktrinde bir görüşe göre çevre zararları bakımından zarara sebep olan olayın gerçekleştiği ülke hukuku zarar yeri hukukundan daha yüksek standartlara sahip ise zarar görenin bu hukuku seçmesiyle birlikte caydırıcılık, üye ülke ve Birliğin menfaatleri zaten gerçekleşmiş olacağından burada bir ihtilaf söz konusu olmaz[436]. Roma II Tüzüğü m. 7 kirletenin zararın meydana geldiği ülke hukukunun uygulanmasını, zararın o ülkede meydana gelebileceğini öngöremeyeceğinden bahisle engellemesine izin vermez[437].

bbb. Roma II Tüzüğü m. 7 Bağlamında Hukuk Seçimi

Doktrinde bir görüş, çevre zararlarından doğan sorumluluk bakımından da hukuk seçiminin kabul edilmemesi gerektiğini, bu reddedişin haksız rekabet ve rekabetin sınırlanmasında olduğu gibi kamu menfaatlerinin gözetilmesinden kaynaklandığını savunmaktadır[438]. Bununla birlikte doktrinde ağırlıklı olarak kabul

---

434 Symeonides, (Missed Opportunity), s. 37; bu husus Roma II Tüzüğünün Dibace m.26'nın da işaret ettiği gibi ABİA m. 191/2'de de ifade edilmiştir. Söz konusu maddede çevre zararları ile ilgili önleyicilik prensibinin benimsenmesi ve zararın kaynağında düzeltici faaliyetlerin gerçekleştirilmesi gerektiği ayrıca "kirleten öder" prensibinden vazgeçilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Bogdan, M.: "The Treatment of Environmental Damage in Regulation Rome II", **The Rome II Regulation on The Law Applicable to Non-Contractual Obligation: A New International Litigation Regime,** Ahern, J. / Binchy, W. (*eds.*), Leiden 2009, s. 220; Consolidated, s. 86.

435 Symeonides (Missed Opportunity), s. 38; Bogdan, s. 220.

436 Symeonides (Missed Opportunity), s. 38; Bogdan, s. 221.

437 Symeonides (Missed Opportunity), s. 39.

438 de Boer, T. M.: "Party Autonomy and Its Limitations in the Rome II Regulation", **Yearbook of Private International Law,** 2007, Vol. IX, s. 21, 25.

edilen görüşe göre Roma II Tüzüğü m. 7'de yer alan seçim hakkı ABİA m.191 gözetilerek düzenlenmiştir[439]. Zarar görene tanınan seçim hakkı öncelikli olarak zarar göreni kayırma amacı gözetilerek getirilmemiştir; tersine daha önce de ifade edildiği gibi bu düşüncenin altında daha yüksek standartlara sahip bir çevre koruma politikasına katkı sağlama amacı yatmaktadır[440]. Tüzük, zarar görenin seçme hakkından yararlanmasını teşvik etmek amacıyla m. 4'ün seçilmesi halinde seçimin sadece ilk fıkra ile sınırlı tutmuş; seçimin kapsamına müşterek mutad mesken yahut daha sıkı ilişki istisnasını dahil etmemiştir[441]. Bununla birlikte, Tüzük m. 14 kapsamında hukuk seçimi yapmak mümkündür ve bu imkândan uygulamada sıklıkla yararlanılır[442].

d. Tüzük m. 14 ile Endüstriyel Faaliyetlere İlişkin Roma II Tüzüğü m. 9 Arasındaki İlişki

Tüzük m. 9'da endüstriyel faaliyetlerden[443] doğan sorumluluğa uygulanacak hukuku düzenlemektedir. Madde uyarınca tarafların müşterek mutad meskenleri bulunması halinde, bu ülke hukukunun uygulanacağı kuralına halel getirmeksizin[444],

---

439 Fuchs, s. 211; Bogdan, s. 227; Plender/Wilderspin, s. 645; Guinchard/Lamont-Black, s. 165.

440 Vogeler, s. 125; von Hein (Contribution), s. 480.

441 Bu hüküm zarar görene sorumluluğun hukuki sonuçlarından en fazla yararlanacağı hukuku seçme imkânı tanımaktadır. Bu husus elverişlilik prensibi (*Günstigkeitsprinzip*) olarak tanımlanmaktadır: Fuchs, s. 204.

442 Fuchs, s.211; Guinchard/Lamont-Black, s.166; Garcimartín Alférez, s.77; ABAD'ın bu hususla ilgili en önemli davası için bkz. C-21/76 Handelskwekerij G. J. Bier BV v Mines de potasse d'Alsace SA [1976], ECR I-1735.

443 Endüstriyel faaliyet kavramı Tüzük m. 9'da tanımlanmamıştır. Tüzük Dibacesi m. 27 ise bu kavramın ülkeden ülkeye değişebildiğini ifade etmektedir. Bu maddenin lafzından endüstriyel hareket kavramının ülkeden ülkeye değişen, dolayısıyla her ülkenin iç hukukuna göre yorumlanması gereken bir kavram olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Ancak Tüzüğün Dibacesi m. 7 ve m.11'den Avrupa kanun koyucusunun belli bir kuralın kapsamının iç hukuklara göre tespit edileceğine ilişkin bir niyeti olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Bundan başka, yine Dibace m. 27 c.2'den Avrupa kanun koyucusunun üye ülkeler arasındaki farklı düzenlemelerden ötürü özel bir düzenlemeye (*lex specialis*) gittiği anlaşılmaktadır: Plender / Wilderspin, s.671-672.

444 Roma II Tüzüğü m. 4 (2).

işçi, işveren ya da onların mesleki temsilcileri sıfatıyla hareket eden kimsenin[445] gerçekleşmiş veya gerçekleşmekte olan endüstriyel faaliyetten doğan zararlardan sorumluluğuna uygulanacak hukuk, bu faaliyetin gerçekleştiği ya da gerçekleşmekte olduğu ülke hukukudur. Burada düzenlenen sorumluluk sözleşme dışı sorumluluktur. Dolayısıyla bireysel iş sözleşmesinin ihlali dolayısıyla Roma II Tüzüğü hükümlerine gidilemez[446].

Tüzük m. 9 her ne kadar izlemekte olduğu hukuk politikası bakımından hukuk seçimi yapılmasına olanak tanımıyor gibi gözükse de Tüzük m. 6 (4) ve m. 8 (3) anlamında bir düzenleme içermemektedir[447]. Ancak doktrinde böyle bir kısıtlama yapılmamasına rağmen bağlama konusu açısından endüstriyel faaliyetin gerçekleştirildiği yerin endüstriyel faaliyetlere ilişkin düzenlemelerinin kamu menfaatlerini koruyucu nitelikleri nedeniyle sözleşmeyle bertaraf edilememesi ve dolayısıyla seçilen hukukun bu hukukla zaten sınırlanacağı ifade edilmiştir[448]. Aksi görüşü savunan yazarlara göre ise zararın özel kişiler arasında meydana gelen endüstriyel faaliyetlerden kaynaklandığını ve bu nedenle bu bağlama konusunun özel hukuk karakterinin öne çıkacağını dolayısıyla bu faaliyetlere ilişkin getirilen kuralların bu hususta dikkate alınmayacağını ifade etmişlerdir[449].

İş hukukunun karakteristik niteliği genel anlamda işçi ile işveren arasındaki

---

445 Bu kişilerin vasıflandırılması hakkında bkz. Elçin, D.: "Milletlerarası Unsurlu Endüstriyel Hareketlerde Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Tayini", **Prof.Dr. Sarper Süzek'e Armağan,** Süleyman Başterzi (*ed.*), Ankara 2011, s.2799; Tüzük Dibace m. 27, endüstriyel faaliyetin tanımlanması bakımından, tam anlamıyla belirleyici olmasa da, yardımcı olabilecek grev yahut lokavt gibi ifadeler içermektedir. Bu ifadelerden endüstriyel faaliyetlerin yalnızca işçi yahut onların sendikaları sıfatıyla hareket edelerce değil; işveren sıfatıyla hareket edenler tarafından da gerçekleştirebileceği anlaşılmaktadır: Plender/Wilderspin, s.673-674.

446 Plender / Wilderspin, s.675.

447 Illmer, M.: "Article 9 Environmental Damages", **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Huber, P. (ed.), Munich 2011, s. 274.

448 Illmer, s. 274; Elçin, s. 2806

449 Vogeler, s.133; Plender/Wilderspin, s. 679

bağlılık ilişkisidir. Grev hakkının anayasalarda ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında[450] yer alması nedeniyle bu faaliyetin kamu hukukuna niteliğinin ağır bastığından söz edilebilir. Bu anlamda zayıf pazarlık gücüne sahip olmasından ötürü işçi lehine birtakım koruyucu hükümler getirilmiştir. Tüzük m. 9'da yer alan düzenlemede bir kimsenin kişisel sorumluluğundan bahsedildiğinden, bir yandan endüstriyel faaliyet gerçekleştiği ülke hukukunun söz konusu hükümlerinin bertaraf edilebileceği savunulurken diğer yandan Avrupa kanun koyucusunun bu alanda işçiyi korumak adına ne milletlerarası yetki alanında ne de sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde özel bir düzenleme getirmemiş olduğunun gözden kaçırılmaması gerektiği ifade edilmiştir[451]. Bu düşüncenin temelinde işçilerin menfaatleri ve pazarlık güçlerinin sendikalar tarafından yeterince korunup destekleneceği yatmaktadır. Bununla birlikte, bu kuralların bu şekilde bertaraf edilebileceği düşünülse bile Roma II Tüzüğü m. 16 ve kamu düzeni müdahalesinin varlığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle işçilerin korunmaya değer menfaatlerinin bulunduğundan ve kamu menfaatlerinin ağır bastığından bahisle hukuk seçiminin yapılamayacağı sonucuna varmak doğru olmaz[452]. Burada öncelikle hukuka aykırı bir endüstriyel hareketten bahsedilmemektedir. Diğer yandan devletin özel hukuk uyuşmazlıkları bağlamında tarafsız bir tutum izleme yükümlülüğü haizdir. Bunun yanı sıra endüstriyel hareket kural olarak toplu iş sözleşmelerinde uzlaşmayı etkilemeye yöneliktir. Netice itibariyle Tüzük m. 9 endüstriyel faaliyetlere uygulanacak hukukun değil, bu faaliyetler neticesinde ortaya çıkacak zarara uygulanacak hukuku tespit etmek amacıyla

450 OJ C 364, 18.12.2000.

451 Vogeler, s.133; Plender / Wilderspin, s. 680.

452 Ayrıca grev hakkının anayasalarda ya da Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında düzenleniyor oluşu bu hususu tamamen bir kamu hukuku meselesi haline getirmez: Vogeler, s. 133.

getirilmiş bir düzenlemedir[453]. Endüstriyel faaliyete ilişkin diğer tüm soruların cevapları bu eylem gerçekleştiği ülke hukukuna göre cevap bulacaktır. Bu nedenle bu hususta hukuk seçiminin sınırlanmasına ilişkin haklı bir gerekçe bulunmamaktadır[454].

453 Vogeler, s.134.

454 Vogeler, s.134; hatta hukuk seçiminin taraflara büyük ölçüde hukuki kesinlik ve güvenlik de sağladığı ifade edilmektedir. Bununla birlikte hukuk seçiminin zarar veren davranışın meydana geldiği ya da gelmekte olduğu devletin iş hukukunun emredici kuralları tarafından sınırlanması nedeniyle tarafların söz konusu seçimden kaçabilecekleri de ifade edilmiştir; Vogeler, s. 135; Burada ayrıca endüstriyel hareketin ticari iş olarak sayılmayacağı bu nedenle bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde böyle bir kaydın geçersiz olacağına ilişkin bkz. Elçin, s.2806.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNDE HUKUK SEÇİMİ

I. 5718 SAYILI KANUN ÖNCESİNDE HAKSIZ FİİLLERDE İRADE MUHTARİYETİ PRENSİBİ ve HUKUK SEÇİMİ

A. Muvakkat Kanun Döneminde Doktrin ve Yargı Kararlarında İrade Muhtariyeti

Türk milletlerarası özel hukukunda 23 Şubat 1330 tarihli "Memaliki Osmaniyede bulunan ecnebilerin hukuk ve vezaifi" hakkındaki Muvakkat Kanun[455] (EVHK) döneminde haksız fiiller bakımından herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır[456]. Doktrinde bir görüş EHVK m. 2'nin milletlerarası unsurlu haksız fiilden doğan borç ilişkilerine uygulanması gerektiğini savunmaktaydı[457]. Bununla birlikte doktrinde bir başka görüş haksız fiil kurumunu emniyet ve asayiş kurallarına dahil etmenin "zorlama" olduğunu ifade etmekteydi[458]. Buna göre bu kuralın temeli, çeşitli ihtimaller doğrultusunda bağlama noktalarının belirlenmesinde ve müşterek milli hukukla haksız fiilin işlendiği yer kanunun birlikte uygulanmasına izin vermez[459].

EVHK'nın yürürlükte olduğu dönemde kanunlar ihtilafı hukukunda irade muhtariyetine ilişkin açık bir hüküm mevcut olmadığından bu dönemde hukuk seçimi

---

455 Düstur, Tertip 2, Cilt 6, s. 23.

456 Ayrıntılı bilgi için bkz. Göğer, s.330 vd; Turhan (İka Yeri), s. 1-21.

457 Madde 2- "Emniyet ve asayişi memlekete taalluk eden kaffei kavanin ve nizamatı Devleti Aliyye, memalaki Osmaniye'de bulunan bilcümle ecanip hakkında dahi mer'idir."

458 Uluocak, s. 181.

459 Berki, s. 186; Seviğ (Kanunlar İhtilafı), s. 114.

hususunda doktrinde ve yargı kararlarında sözleşmeden doğan borç ilişkileriyle sınırlı olarak çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu dönemde doktrinde bir görüş, Türk hukukunda irade muhtariyetinin EHVK m. 4'te ele alındığını savunmuştur. Buna göre Türkiye'de bulunan "yabancıların müteallik" tüm hukuk ve ticaret davaları Türk kanunlarına tabidir[460]. Doktrinde bu ifadenin Türkiye'de bulunan yabancılara ilişkin istisnasız tüm hukuk ve ticaret davalarını kastetmediği savunulmuş olsa da[461] Türkiye'de bulunan yabancılara ilişkin olan ve Türkiye'de yapılan sözleşmelere Türk kanunları uygulanacağı kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, Türkiye'de mutaden bulunan gerçek yabancı kişiler arasında yapılan ve Türkiye'de ifa edilecek olan akitlere EHVK m.4 uygulanmaktaydı[462]. Buna karşın EHVK'nın dışında kalan haller bakımından o tarihteki Türk milletlerarası özel hukuk mevzuatında genel bir hüküm yer almamaktadır. Doktrinde bir görüş bu hallerde iç hukukun kuralları arasında yer alan ve EHVK tarihinde yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun[463] m. 19 ve m. 20'nin uygulanacağını savunmaktaydı[464]. Bununla birlikte, burada bahsedilen irade muhtariyeti anlayışı Borçlar Hukuku temeline dayanmaktadır. Bir başka deyişle burada bahsedilen modern hukuk açısından benimsenen ve milletlerarası özel hukukta bahsi geçen irade muhtariyeti ve onun bir uzantısı olan hukuk seçimi kavramı değildir[465]. Daha önce de ifade edildiği gibi burada bahsedilen özel hukukta yer alan sözleşme özgürlüğüdür. Buna karşın doktrinde bir başka görüş milletlerarası özel

---

460 Seviğ, M. R.: **Devletler Hususi Hukuku,** İstanbul 1947, s. 497.

461 Göğer, E.: **Devletler Hususi Hukuku**, Ankara 1977, s. 316 (Devletler); Seviğ, V. R.: **Kanunlar İhtilafı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları)**, İstanbul 1974, s. 108. (Kanunlar İhtilafı)

462 Karş. Esener, s. 612; Kocayusufpaşaoğlu, s. 393.

463 RG. 08/05/1926-366.

464 Göğer (Devletler), s. 317; Berki, s. 179.

465 Nitekim Yargıtay 11.Hukuk Dairesi 05.04.1979 tarihli ve E.1979/5125, K.1979/1798 sayılı kararında tarafların hukuk seçimi yapabileceklerini; ancak bu seçimin ülkenin kamu düzeni ve emredici hükümlerine aykırı olamayacağını hükme bağlamıştır.

hukukta irade muhtariyeti prensibinin iç hukuktaki sözleşme serbestisinden daha geniş olduğunu, uygulama alanı ve sınırıları hukuk sistemlerine göre değişiklik gösterse bile iç hukuktaki bu serbestiden daha geniş bir uygulama alanı olduğunu savunmaktadır. Bu görüş uyarınca sözleşme serbestisi irade muhtariyetinin uygulanmasını engellemeyeceği gibi ona yol gösterir[466].

EVHK'nın yürürlükte olduğu dönemde milletlerarası unsurlu haksız fiillere uygulanacak hukuk bakımından irade muhtariyeti ilkesi hususunda doktrinde, söz konusu ilkenin sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde evrensel olması karşısında haksız fiiller bakımından önem arz etmediği savunulmaktadır[467]. Bununla birlikte, o dönemde karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler de dikkate alınarak özelikle iletişim, ulaşım, kitle iletişim araçlarının gelişmesi ile paralel olarak haksız fiilin ika yeri (*lex loci delicti commissi*) bağlama noktasının "tamamen tesadüfi" bir nitelik arz etmeye başladığı; bu nedenle haksız fiilin ika yeri kuralından ziyade başka bağlama noktalarının da toplumun menfaatlerini koruyan bu hukuki ilişkiler bakımından getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir[468]. Bununla birlikte haksız fiilerde hukuk seçimi yapılabileceğine dair Alman doktrininde *Raape* tarafından savunulan görüş, borç ilişkisinin meydana gelmesinden sonra tarafların böyle bir seçimi yapabileceğinin pratikteki imkansızlığı ileri sürülerek kabul edilmemiştir[469].

Bu dönemde sebepsiz zenginleşme bakımından hangi kanunun uygulanacağı üzerinde de bir birlik yoktu. Doktrinde bu konudaki bir görüşe göre öncelikle tarafların

---

466 Uluocak, s.154.

467 Göğer, E.: "Haksız Fiilden Doğan Borçların Tabi Olduğu Kanun", 1967, **AÜHFD**, C.XXII, s. 471-472 (Haksız Fiil).

468 Göğer (Haksız Fiil), s. 472.

469 Öyle ki bu seçimin pratikte yapılabileceğini düşünmenin "saflık" olduğu ifade edilmektedir: Göğer (Haksız Fiil), s. 486.

vatandaşlıklarına bakılması gerektiği savunulmaktaydı. Şayet taraflar aynı vatandaşlığa sahip iseler müşterek milli hukukları; buna karşın aynı vatandaşlığa sahip değillerse sebepsiz zenginleşmenin ortaya çıktığı yer kanununun uygulanması gerektiği ifade edilmekteydi. Doktrinde bir diğer görüş ise tarafların vatandaşlıklarına bakılmaksızın sebepsiz zenginleşmenin ortaya çıktığı yer (*lex loci quasi contractus*) uygulanmalıdır[470].

B. 2675 Sayılı MÖHUK Döneminde Doktrin ve Uygulamada Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi

1330 tarihli Muvakkat Kanun 22 Kasım 1982 tarihine kadar Türk Milletlerarası Özel Hukukunun ana kaynağını oluşturmuştur. Daha sonra 20 Mayıs 1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun yürürlüğe girmiş ve 1330 tarihli Kanunun yerini almıştır[471]. İrade muhtariyeti prensibi 2675 sayılı Kanunun 24 (1) maddesinde sözleşmeler bakımından açıkça tanınmıştır. Buna göre "sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabi" kılınmıştır[472]. Maddenin devamında tarafların hukuk seçmemiş olmaları halinde diğer objektif bağlama kuralları düzenlenmiştir. 2675 sayılı Kanun, Muvakkat Kanundan farklı olarak 25.maddesinde haksız fiillerden doğan borçlara uygulanacak hukuku, 26.maddesinde ise sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuku düzenlemiştir. Bununla birlikte, Kanun haksız fiiller bakımından hukuk seçimi imkânı

---

470 Berki, s. 187-188; Seviğ (Kanunlar İhtilafı), s. 116.

471 Nomer (9. Baskı), s. 264.

472 Yargıtay'ın 2675 sayılı Kanun döneminde de irade muhtariyetini maddi hukuktaki sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirmekteydi. Yargıtay'ın bu hususta vermiş olduğu kararlara ilişkin olarak bkz. Sakmar/ A./ Yılmaz, İ./Ekşi, N.: **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun-Uygulamadan Örnekler,** İstanbul 2001, s.60 vd.

tanımamıştır[473]. Bu dönemde doktrinde, söz konusu borç ilişkileri bakımından hukuk seçiminin kabul edilmemesinin kuralların emredici niteliğinden kaynaklandığı ifade edilmiştir[474].

II. 5718 SAYILI KANUNDA HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNDE İRADE MUHTARİYETİ ve HUKUK SEÇİMİ

A. Genel Olarak

Türk Hukuku bakımından sözleşmeler alanında Avrupa Birliği düzenlemeleri ile olan uyum sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından aynı düzeyde değildir. Bunun nedeni Roma II Tüzüğü'nün kanunlaşma sürecinin MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden sonra tamamlanmış olmasıdır. Bu konuda MÖHUK hükümlerinin içeriği bakımından İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun etkisinin daha belirgin olduğunu söylemek mümkündür[475]. Bununla birlikte, MÖHUK yer yer Tüzük ile benzer düzenlemeler de içermektedir. Örneğin sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması Roma II Tüzüğü'nde olduğu gibi MÖHUK'ta da benimsenmemiştir[476].

MÖHUK'un genel gerekçesinde "Kanunda Kısım ve Bölüm İtibariyle Yapılan

---

473 Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer (9.Baskı), s. 277-285; Aybay, R. / Dardağan, E.: "**Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, 1.Baskı, İstanbul 2001, s. 231-232, 235-241.

474 Nomer (9. Bası), s. 286; Tekinalp, G.: **Milletlerarası Özel Hukuk (Bağlama Kuralları)**, 9. Bası, İstanbul 2007, s. 358. (9.Bası)

475 Yüksel, B., "Choice of Law in Civil and Commercial Matters under Turkish Private International Law in Comparison with Their Equivalents under the Rome I and Rome II Regulations", **Turkish and EU Private International Law –A Comparison-**, Paul Beaumont&Burcu Yüksel (*eds.*), İstanbul 2014, s. 157; Tiryakioğlu, B., " Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk", **Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, Koç Üniversitesi Dr. Nüsret Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2, İstanbul 2010, s. 211 (Haksız Fiil).

476 Dickinson, s. 635; Stone, P. "The Rome II Regulation on Choice of Law in Tort", **Ankara Law Review**, 2007, Vol. 4 (2), s. 116; Yüksel, s. 189-dn. 163.

Değişikliklerdeki Genel Yaklaşım" başlığı altında, irade muhtariyetini bazı hukuki işlem ve ilişkiler bakımından temel ilke haline getirildiği, uygulama alanı genişleyen söz konusu ilkenin bu durumunu vurgulamak amacıyla genel kurallar arasında yer aldığı ifade edilmektedir[477].

5718 sayılı kanun ile getirilen bir başka yenilik özel haksız fiil türlerine ilişkin getirilen bağlama kurallarıdır. Söz konusu düzenleme milletlerarası özel hukukta sözleşme dışı borç ilişkilerinde son yıllarda yaşanan gelişmeleri ve eğilimleri yansıtmaktadır[478]. MÖHUK genel gerekçesinde "Kanunda Kısım ve Bölüm İtibariyle Yapılan Değişikliklerdeki Genel Yaklaşım" başlığı altında ayrıca haksız fiillere ilişkin genel kuralın yanı sıra özel bağlama kurallarına da ihtiyaç duyulduğunu, bu nedenle de kişilik haklarının ihlalinden doğan sorumluluk, imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu, haksız rekabet, rekabetin engellenmesine ilişkin özel bağlama kurallarının getirildiği ifade edilmiştir[479]. Bu hükümlerin yanı sıra MÖHUK m. 23 (2)'de fikri mülkiyet haklarının ihlali halinde yapılacak hukuk seçimine ilişkin bir kural da bulunmaktadır. 5718 sayılı kanunda sözleşme dışı borç ilişkilerine ilişkin genel çerçeve 2675 sayılı kanundan büyük ölçüde farklıdır. Bu alanda irade

---

477 5718 sayılı Kanun Genel Gerekçe "5. Kanunda Kısım ve Bölüm İtibariyle Yapılan Değişikliklerdeki Genel Yaklaşım", s.4 http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf (Son erişim:20.09.2015); Yüksel, s.161-dn.24.

478 Tekinalp/Uyanık, s. 351.

479 5718 sayılı Kanun Genel Gerekçe "5. Kanunda Kısım ve Bölüm İtibariyle Yapılan Değişikliklerdeki Genel Yaklaşım", s. 5 http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf (Son erişim: 20.09.2015); İsviçre MÖHUK'ta da aynı başlıklar altında düzenlenen özel haksız fiil türlerinin düzenlenmesinin hukuk sistemi ve hukuk politikası bağlamında iki sebebi olduğu ifade edilmiştir. Volken, P.: **Zürcher Kommentar zum IPRG-Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987**, Girsberger, D./Heini, A./Keller, M./Kren, Kostkiewicz, J./ Siehr, K./ Vischer, F./ Volken, P.(*eds*.), Zürich 2004, s. 1521 (Art. 135). Hukuk sistematiği açısından İsviçre maddi hukuku ile paralel bir düzenleme getirilmek istenmiştir. Hukuk politikası bakımından haksız fiilin işlendiği yer ile sonuç yeri/zarar yeri arasındaki ayrım özel bağlama konularında daha belirgin hale getirilmek ve daha adil çözümler bulunmak istenmiş, bu amaçlara uygun olarak da her bir bağlama konusunda farklılaşan bağlama noktaları öngörülmüştür. Volken (Art.135), s. 1521.

muhtariyetinin benimsenmesine ilişkin hali hazırdaki eğilimler ile uyumlu olarak, taraflara belli şartlar altında uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınmıştır[480].

Bununla birlikte, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda sözleşme dışı borç ilişkisi olarak nitelendirilen vekâletsiz işgörme (*negotiorum gestio*) müessesesine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Hâlbuki Roma II Tüzüğü m. 11 vekâletsiz iş görme kurumunu ayrıca düzenlenmiştir.

Türk hukukunda İsviçre hukukuna uygun olarak *culpa in contrahendo* genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukuk kapsamında olduğu kabul edilmesine karşın AB milletlerarası özel hukuku'nda sözleşme dışı borç ilişkileri bağlamında değerlendirilmektedir. *Culpa in contrahendo* her ne kadar AB hukuku bağlamında sözleşme dışı borç ilişkileri kapsamında değerlendirilse ve Roma II Tüzüğü içinde yer alsa da Türk milletlerarası özel hukukunda sözleşmeden doğan sorumluluk çerçevesinde değerlendirilen bir hususdur[481]. Türk milletlerarası özel hukuku ve AB hukuku'nun meseleyi farklı şekilde nitelendirmelerinin pratikte, Roma II Tüzüğü'nde, şayet sözleşmeye uygulanacak hukuk tespit edilebiliyorsa bu durumda Türk hukukundaki anlayıştan farklılaşmayacağı için, herhangi bir önemi yoktur. Zira Roma II Tüzüğü söz konusu sorumluluğu sözleşmeden doğan sorumluluğa tabi kılan bir düzenleme içermektedir.

B. Haksız Fiile İlişkin Genel Kural

Tarafların haksız fiil sonucu doğan bir borç ilişkisinde uygulanması için hukuk

---

480 Tekinalp/Uyanık, s. 351; Yüksel, s. 193.

481 Tarman, Z.D., "Milletlerarası Özel Hukukta *Culpa in Contrahendo* Sorumluluğu", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, Istanbul 2010, Cilt II, s 1670 vd; *Tarman* sözleşme dışı sorumluluğun her somut olay bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bir başka deyişle sözleşme dışı sorumluluğun sözleşmeden ya da haksız fiilden doğan sorumluluk kapsamına girip girmediği somut olayın niteliği bağlamında değerlendirilecektir: Doğan (Milletlerarası Özel), s.364-365.

seçimi yapmamaları durumunda, bu borç ilişkisine uygulanacak hukuk bakımından MÖHUK üç aşamalı bir düzenleme öngörmüştür. Bu bağlamda öncelikle haksız fiil sonucu doğan bir borç ilişkisine m. 34 (1)'e göre haksız fiilin işlendiği yer hukuku (*lex loci delicti commissi*) uygulanacaktır[482]. Bununla birlikte, haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yer farklı ülkelerde ise bu durumda ilgili borç ilişkisine MÖHUK m. 34 (2)'ye göre zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanacaktır[483].

MÖHUK m. 34 (3) ilk iki kurala istisnai bir düzenleme içermektedir. Buna göre haksız fiil sonucu doğan bir borç ilişkisi ile ilk iki kuralda öngörülmüş yerlerden bir başka ülkenin daha sıkı ilişki içinde olması halinde, daha sıkı ilişki içinde olan ülke hukuku bu borç ilişkisinin çözümünde uygulanır[484]. Roma II Tüzüğünde ise haksız fiiller bakımından hukuk seçiminin yokluğunda zararı meydana getiren olayın gerçekleştiği ve dolaylı sonuçların meydana geldiği ülkeler dikkate alınmaksızın zararın meydana geldiği ülke hukukunun uygulanacağını hükme bağlamıştır. Roma II Tüzüğü genel kural olarak doğrudan zararların meydana geldiği ülkenin hukukunun haksız fiillere uygulanacağını belirlemiştir[485]. Zarar yeri kuralına ek olarak Roma II Tüzüğü m. 4 (2), güncel gelişmeler de dikkate alınarak, fail ile mağdurun Tüzük m. 23 ile tespit edilen müşterek mutad mesken hukuklarının haksız fiile uygulanacağını hükme bağlamıştır[486]. Bu bağlama noktası MÖHUK'ta öngörülmemiş olsa da

---

482 Nomer (2015), s. 355; Şanlı /Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 296; Çelikel/Erdem, s.419; Tekinalp/Uyanık, s. 357; Haksız fiilin işlendiği yer hukuku konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan (İka Yeri), s. 30 vd.

483 MÖHUK m. 34 (1)'in söz konusu fıkra karşısında etkin olmadığına ilişkin olarak bkz. Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 297.

484 Şanlı / Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 297-298.

485 MÖHUK ile Roma II Tüzüğü haksız fiillere ilişkin genel kuralları her ne kadar farklı şekilde düzenlemişse de varılacak hukuki sonuçlar aynıdır. Doktrinde bir görüşe göre kanun koyucunun MÖHUK m. 34 (2) (2675 sayılı MÖHUK m.25 (2)) ile haksız fiilin vuku bulduğu yer olarak zararın meydana geldiği yeri kabul etmiştir. Turhan (İka Yeri), s. 363.

486 Yüksel, s. 199.

doktrinde bir görüş MÖHUK m. 34 (3)'te yer alan "daha sıkı ilişkili hukuk" kaçış hükmü ile müşterek mutad mesken hukukunun uygulanabileceğini savunmaktadır[487]. MÖHUK m. 34 (3)'te yer alan "daha sıkı ilişkili ülke"den ne anlaşılması gerektiği madde hükmünde açıkça belirtilmemiştir. Bu hususun belirlenmesinde doktrinde haksız fiilin işlendiği yer ile bağlantı tesadüfi ya da geçici olması halinde mağdur ile failin müşterek mutad meskenleri, ikametgâhları ya da vatandaşlıklarının daha sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanması gerektiği ifade edilmiştir[488]. Roma II Tüzüğü m. 4 (3), MÖHUK m. 34 (3) ile benzer bir hüküm içermektedir. Madde halin tüm şartlarından haksız fiil zararın meydana geldiği ya da tarafların müşterek mutad mesken hukuklarının bulunduğu ülkeden açıkça başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili ise halinde bu ülke hukukunun uygulanacağını belirttikten sonra söz konusu ilişki bakımından tarafların aralarında önceden bulunan bir sözleşmeye işaret etmiştir[489]. Doktrinde maddenin bu anlamda MÖHUK m. 34 (3)'e nazaran kaçış hükmünün çok daha istisnai uygulanmasını daha sıkı ilişkili hukuku belirlemesi bakımından daha yüksek standartlar getirerek sağlamak istediği ifade edilmiştir[490].

Zarar görenin talebini direkt sigortacıya karşı ileri sürebilmesini, haksız fiil ya

---

487 Yüksel, s. 200.

488 Yüksel, s. 200-dn. 217; Bu madde bağlamında haksız fiilin işlendiği yer ya da zarar yeri arasında bir ayrım yapılmadığından ötürü bu tartışmayı zarar yeri hukuku bakımından da kabul etmek mümkün gözükmektedir. Bu anlamda taraflar arasında önceden bulunan sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi ya da aile hukukundan kaynaklı bir ilişki varsa bu ilişkiye uygulanacak hukukun haksız fiili de idare etmesi doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmiştir: Yüksel, s.200-dn.219.

489 Bu belirleme Türk Hukuku bakımından da kabul edilebilir: Yüksel, s.201.

490 Söz konusu yüksek standartlar bir feri bağlanma durumunu ifade eder. Bu durum istisnai hükmün uygulanması bakımından oldukça önemli bir belirlemedir. Feri bağlanma yoluyla daha sıkı ilişkili hukukun tespiti pek çok üye ülke kanunlarında kabul edilmiş olduğu gibi İsviçre IPRG m. 133(1)'de de öngörülmüştür. Sözleşmesel ilişkinin haksız fiili de idare edeceğini ifade eden bu madde uyarınca haksız fiili idare edecek hukuk Roma I Tüzüğü tarafından belirlenecektir. Bununla birlikte, burada belirsiz olan husus sözleşmeden doğan borç ilişkisi ile haksız fiil arasında bir ilişkinin bulunup bulunmaması gerektiği belirsizdir: Kramer, s. 421. Haksız fiilin en sıkı ilişkili olduğu ülke hukuku, meydana gelen haksız fiile dayanak oluşturan vakıaların ülkesi ya da üçüncü bir ülke olabilir: Yüksel, s. 201-dn. 222.

da sigorta sözleşmesine uygulanan hukukun izin vermesi halinde öngören MÖHUK m. 34 (4), Roma II Tüzüğü m. 18 ile benzerlik içermektedir. Roma II Tüzüğünün Tüzük bağlamında düzenlenen tüm sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından uygulama alanı bulması karşısında MÖHUK m. 34 (4)'ün yalnızca haksız fiiller bakımından uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir[491].

Türk milletlerarası özel hukukunda haksız fiile uygulanacak hukuk, özellikle haksız fiilin doğması ve etkilerinin şartlarını, haksız fiil ehliyeti de dâhil olmak üzere sorumluluğun temeli ve sonuçlarını, tazminat ve tazminatın kapsamını idare eder[492].

C. Haksız Fiilerde Hukuk Seçimi

1. Genel Olarak

2675 sayılı Kanun haksız fiiller bakımından hukuk seçimine imkân tanıyan bir düzenleme değildi. 5718 sayılı kanun ise haksız fiilin meydana gelmesinden sonra olacak şekilde açık hukuk seçimini mümkün kılmıştır[493]. Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara nazaran daha sınırlı bir kapsamda kabul edilen tarafların haksız fiilden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku seçmek konusunda kendilerine tanınan serbesti[494] haksız fiiller bakımından eski düzenlemelere göre en büyük farkı teşkil etmektedir.

---

491 Doktrinde bu hükmün şayet söz konusu imkân yalnızca sigorta sözleşmesine uygulanacak bakımından mevcut ancak haksız fiile uygulanacak hukuk bakımından mevcut olmaması halinde bilhassa önemlidir. Aksi halde zarar gören eğer haksız fiile uygulanacak hukuk izin veriyorsa bu imkândan zaten yararlanmış olacaktır. Tiryakioğlu (Haksız Fiil), s. 214; Aksi görüş için bkz. Tekinalp/Uyanık, s. 460; Yapılacak bir hukuk seçiminin sigortacıya olan etkisi hususunda bkz. s. 127 vd.

492 Şanlı / Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 299-dn. 460; Tekinalp/Uyanık, s. 359

493 Tiryakioğlu (Haksız Fiil), s. 213.

494 Tiryakioğlu (Haksız Fiil), s. 213.

2. Taraf Kavramı

a. Genel Olarak

Türk hukukunda milletlerarası unsurlu haksız fiilden doğan borç ilişkileri bakımından hukuk seçimi yapabilecek kimseler öncelikle haksız fiilin taraflarıdır. Hukuk seçimi anlaşması ile Türk hukukuna tabi kılınmış bir uyuşmazlık bakımından haksız fiilin taraflarının belirlenmesi Türk maddi hukuk kuralları çerçevesinde olacaktır. Türk maddi hukuku açısından haksız fiilin tarafları öncelikle haksız fiil sonucu zarar görendir. Bunun karşısında ise kendi kusuruyla zarar veren (kusurlu sorumlu) ve kusuru olmasa dahi kanunda yer alan düzenleme nedeniyle kusursuz sorumlu bulunur. Türk Borçlar Hukukunda kusursuz sorumluluk, hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu olmak üzere üçe ayrılır[495]. Bu açıklamalar ışığında haksız fiilin taraflarını zarar gören, zarar veren ve bu zarardan dolayı kusursuz sorumlu olanlar olarak ifade etmek mümkündür.

Birden çok kişinin aynı zarardan, aynı sebepten veya değişik sebeplerden dolayı sorumlu olması durumunda aralarında müteselsil sorumluluk söz konusu olmaktadır[496]. Bu tür müteselsil sorumluluk durumu hallerinde eğer mevcut durumda zarar görene karşı birden çok kişinin çeşitli sebeplerden doğan müteselsil sorumluluğu varsa, bu durumda zarar gören tek taraflı bir işlemle ya da zarar verenlerden birisi ile yaptığı bir ibra veya sulh sözleşmesi ile diğer sorumlular aleyhine rücu ve düzen sırasını değiştiremez. Bu bilgiler ışığında zarar görenle zarar verenlerden birisinin aralarında hukuk seçimi yaparlarken diğer sorumluların durumunu ağırlaştıracak hükümleri sözleşmelerine koyamazlar. Böyle hükümlerin sözleşmede yer alması

---

495 Bkz. Eren (Genel Hükümler), s. 507 vd.

496 Eren (Genel Hükümler), s. 809 vd.

halinde zarar gören, diğer müteselsil sorumlulukların durumunu ağırlaştırdığı sürece, onlara karşı ileri sürebileceği taleplerden mahrum kalmış olur[497]. Örneğin, tarafların önceden yaptıkları sözleşme içerisinde aralarında haksız fiilden doğacak borçları için de hukuk seçimi yaptıkları bir olayda, sözleşmenin ana edimini ifa etmekle yükümlü tarafın kendi edimini çalışanları aracılığıyla yerine getirip teknik anlamda sözleşme ilişkisini sona erdirdiği varsayılsın. Bu noktadan sonra işçisinin kusuru nedeniyle ortaya çıkan zarar sonucunda arada sözleşme ilişkisi teknik olarak sona erdiği için adam çalıştıranın sorumluluğu çerçevesinde sorumlu olan "adam çalıştıran"ın, karşı tarafla yaptığı hukuk seçimi ile işçisinin sorumluluğunu arttıran bir sözleşme yapması mümkün değildir.

b. Zayıf Tarafın Korunması

Haksız fiiller bakımından yapılacak hukuk seçiminin zayıf tarafın korunması düşüncesiyle sınırlanması söz konusu olabilir. Zayıf tarafın korunması, her iki tarafın da eşit pazarlık gücüne sahip olduğu kabul edilen durumdan ayrıldığı, tarafların her ikisinin de somut olay bakımından en iyi cevabı verecek hukuku ortak bir biçimde tespit ettikleri kanısından uzaklaşıldığı ve güçlü tarafın hukuk seçimini kendi menfaatleri doğrultusunda karşı tarafa kabul ettirmek için bir araç olarak kullanma tehlikesinin ortaya çıktığı durum olarak ifade edilebilir[498]. Taraflardan birini zayıflığı, bilgi eksikliği, ekonomik ve sosyal bağımlılık, seçimlerinin sonuçlarını değerlendirememe gibi nedenlerden kaynaklanabilir. Roma II Tüzüğü her ne kadar

497 Eren (Genel Hükümler), s. 824-825.

498 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. s. 71; Rühl, G.: "The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union**", Journal of Private International Law,** 2014, N. 10, s. 341.

zayıf tarafın korunduğuna ilişkin açık bir ifadeye bünyesine yer vermemiş olsa da Tüzük Dibace m. 31 c. 2'den hareketle Tüzük m. 14 (1)'in bu düşünce ile getirildiği ifade edilmektedir[499]. Bununla birlikte, Avrupa Kanunkoyucusu zayıf taraf olarak sayılabilecek tüketici ya da işçi gibi kavramların geleneksel anlamlarına başvurmamaya özen göstermiştir. Buna gerekçe olarak tarafların, haksız fiili işledikleri sırada tüketici ya da işçi gibi davranmayabileceklerini göstermiştir. Bununla birlikte Tüzük m. 14 haksız fiilin nasıl işlendiği ile değil söz konusu haksız fiile uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesiyle ilgilenmektedir. Dolayısıyla haksız fiile uygulanacak hukuku seçme konusunda taraflar tüketici, işçi gibi davranabileceklerdir[500].

Haksız fiilden doğan borç ilişkileri bakımından yapılacak bir hukuk seçiminde zayıf tarafın korunmasına ilişkin olarak MÖHUK'ta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu boşluğun doldurulması açısından maddi hukuk normlarının amacını takip eden bir düşünceden hareket edilip bu düşüncenin kanunlar ihtilafı hukuku düzeyinde kabul edilip edilemeyeceği tartışılabilir.

Maddi hukukta zayıf tarafın korunması, karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukunda tüketici, işçi ya da genel işlem şartlarını kullandıranın karşısında yer alan sözleşme tarafı için öngörülmüştür. Milletlerarası unsurlu sözleşmeler bakımından MÖHUK zayıf tarafın korunması amacına[501] hizmet edecek şekilde işçi ve tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimine izin vermiş, bu anlamda işçinin ya da tüketicinin mutad meskeninin emredici hükümlerinin getirdiği asgari korumadan yararlanmasını

499 Rühl, s. 341.

500 Rühl (Weaker Parties), s. 341-dn. 38.

501 Zayıf sözleşme tarafının korunması konusunda bkz. Doğan, V.: "Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması", **MHB**, 1995, Sayı 1-2, s. 27 (Zayıf Taraf).

engelleyen bir hukukun seçilemeyeceğini MÖHUK m. 26 ve 27'de hükme bağlamıştır. Bununla birlikte, milletlerarası unsurlu haksız fiilden doğacak borç ilişkileri bakımından yapılacak hukuk seçiminde zayıf tarafın korunmasına ilişkin MÖHUK'ta herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Söz konusu korumanın milletlerarası unsurlu haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde yapılacak hukuk seçimi için de getirilmesi gerektiği söylenebilir. Bu hususta yapılması gereken kanuni düzenleme açısından birtakım öneriler de ileri sürülmektedir[502]. Bu önerilerden ilki hukuk seçiminin belli olay grupları bakımından kapsam dışında bırakılmasıdır. Bu hususta bir başka öneri kanunkoyucunun tarafların seçebilecekleri hukuk düzenlerini önceden tayin etmesidir. Bu noktada bir başka öneri ise hukuk seçiminin hüküm ve sonuçlarının sınırlandırılmasıdır[503].

Burada belirtilmesi gereken bir diğer husus haksız fiile ilişkin hukuk seçimi anlaşmasının tarafların yaptıkları iş sözleşmesinin kapsamı dışında kalan haksız fiillere, bir başka deyişle sözleşme dışı oluşan hukuki ilişkiye dair bir hukuk seçimi olduğu hususudur. Taraflar haksız fiile ilişkin hukuk seçimini iş sözleşmesi içerisinde kaleme alsalar da yapılan hukuk seçimi anlaşmasının iş sözleşmesi ile aynı taraflardan oluşan; fakat farklı bir borç ilişkisini düzenleyen ayrı bir sözleşme olduğu gerçeği gözden kaçmamalıdır. Burada iki bağımsız sözleşmenin taraflarca niteliklerini koruyarak kanunun öngörmediği bir biçimde, aynı sözleşme içinde, varlık ve geçerlilikleri kural olarak[504] birbirine bağlı bir biçimde bir araya getirmeleriyle ortaya

---

502 Köthe, s. 78.

503 Köthe, s. 78.

504 Tarafların sırf tesadüfi veya şekli anlamda iki sözleşmeyi aynı anda yapmış olmaları halinde burada biçimsel bileşik sözleşme söz konusu olur. Burada aslında fiilen iki ayrı sözleşme bulunmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, F.: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 2015, s. 883 (Borçlar Özel).

çıkarılmış bir bileşik sözleşme söz konusu olmaktadır[505]. Söz gelimi hukuk seçimi anlaşmasının varlığı taraflar arasında yapılmış iş sözleşmesinin varlığına tek taraflı olarak bağlanmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta tarafların hukuk seçimi sözleşmesi yaptıkları haksız fiil konusunda işçi ve işveren sıfatlarının bulunmadığıdır. Başka bir ifadeyle, burada yapılan tarafların iş sözleşmesine yabancı aslında ayrı bir sözleşme olarak yapmaları gereken fakat sözleşmeye yabancı olan hükümleri her iki hukuki ilişkinin taraflarının aynı olması gerekçesiyle iş sözleşmesinin içerisine koymalarıdır. Yapılan haksız fiile ilişkin hukuk seçiminde iş sözleşmesinde işçi olan kişi hem haksız fiili gerçekleştiren veya haksız fiil sonucu zarar gören kimse de olabilir. Bununla birlikte iş sözleşmesinde tarafların konumları bazen işçi bazen işveren olarak değişmez. Bileşik sözleşmelerde birleştirilen her sözleşmeye bu sözleşmeler için konulmuş hükümler uygulanır. Dolayısıyla işçi için zayıf tarafın korunmasına ilişkin olarak kanunda bulunan hükümler başka bir sözleşme olan haksız fiile ilişkin hukuk seçimi anlaşmasına sirayet edemez[506].

Burada hemen belirtmek gerekir ki aynı husus tüketici sözleşmeleri için de geçerli olmakla birlikte tüketici hukukuna ilişkin kuralların doğrudan uygulanan kural niteliği[507] burada gözönünde bulundurulmalıdır. Nitekim TKHK m. 5'i tamamlayıcı nitelikte olan TBK m. 21/2 uyarınca taraflar arasında yapılan hukuk seçimine ilişkin şartın şaşırtıcı hüküm[508] olarak değerlendirilerek yazılmamış sayılma yaptırımına tabi

---

505 Eren (Borçlar Özel), s 883.

506 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Eren (Özel Hükümler), s. 882 vd.

507 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. s. 161-162.

508 "Şaşırtıcı hükümler müşterinin, içinde bulunduğu ilgili çevresi gözönüne alındığında genel işlem şartını kabul ederken önceden hesaba katması beklenemeyen, varlığı müşteri için sürpriz teşkil eden hükümlerdir. Bu hükümler işlem hayatının normalinden, genel işlem şartına dayanan tarafın yaklaşımı nedeniyle sapan hükümdür." Bkz. Gümüş, M. A.: **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt I (M.1-46)**, İstanbul 2014, s. 55 (Tüketici); Atamer, Y. M.: "**Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi,** İstanbul 2001, s. 101.

tutulması mümkündür.

c. Hukuk Seçiminin Üçüncü Kişinin Haklarına Halel Getirmemesi

Üçüncü kişilerin hakları hususu haksız fiilerde hukuk seçimi bakımından önem arz etmektedir; zira söz konusu ilişkiye çoğunlukla bu kişiler de dahil olmaktadır. Tazminat sorumluluğu ve zararın tazminini talep meseleleri dışında hukuk seçimi meselesi örneğin sigortacı gibi ilişkinin esasen tarafı olmayan kişileri etkileyebilmektedir. Bu anlamda sigortacının hukuki durumu hukuk seçimi ile iki şekilde olumsuz yönde etkilenebilir. Bir durumda sigortacının rizikonun gerçekleşmesiyle ödemekle yükümlü olacağı zararların kapsam ve tutarı sigortacı aleyhine değişebilir. Bir başka durumda ise gerçekleştirilen hukuk seçimi sigortacıya doğrudan başvurulması imkanını ortadan kaldırabilir. Bu durumda kanaatimizce, şayet hukuk seçimi anlaşması sigortacının durumunu ağırlaştıracak ise iki olasılık ortaya çıkmaktadır. Buna göre, eğer sigortacı bu rizikoyu bilerek sözleşmeyi akdetmişse zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Sigortacının bu durumdan haberi olmaması halinde sigorta ettiren ile sigortacının tabi oldukları hukuka göre sigortacı sigorta sözleşmesini ortadan kaldırabilir, rizikonun ağırlaşan kısmını ödemekten kaçınabilir veya Türk hukukunda karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortasında olduğu gibi kanundan dolayı üçüncü kişilere karşı sigorta sözleşmesi ile ilgili olarak defi ve itirazları ileri süremediği hallerde ödediği fazla kısmı sigorta ettirene rücu edebilir[509].

Hukuk seçimi ile üçüncü kişilerin haklarına halel gelmemesi meselesi dolaylı

---

509 Karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortası ile ilgili olarak bkz. Karasu, R.: **Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası)**, Ankara 2016, s. 113 vd; Kender, R.: **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku- Sigorta Müessesesi Sigorta Sözleşmesi**, İstanbul 2016, s. 275-276; Can, M.: **Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı)**, Ankara 2007, s. 276 vd.

zarar görenler bakımından da incelenmelidir. Söz gelimi bir trafik kazası neticesinde zarar veren ile zarar görenin yapmış olduğu hukuk seçimi anlaşmasını takiben zarar görenin ölmesi halinde, zarar görenin mirasçıları Türk hukukundan kaynaklanan haklarından mahrum bırakılmayacaktır. Aynı şekilde komandite ortağının bir haksız fiil neticesinde bedensel zarara uğradığı ve dolaylı zarar gören konumunda olan bir komandit şirketin elde edilemeyen ticari kazançları talep hakkı hukuk seçimi anlaşması ile söz konusu talebin teklif edilemeyeceği bir hukuk seçimi ile ortadan kaldırılamamalıdır. Doktrinde bir görüş, hukuk seçimi anlaşması söz gelimi işveren, nafaka yükümlüsü, mal ve zarar sigortalarında sigortacı gibi zarar görene karşı, zararın meydana gelmesine sebep olan olaydan dolayı tazminat yükümlüsü olan ve aynı zamanda zarar verenden de söz konusu zararı talep etme durumunda bulunan kimselerin zarar görene karşı olan yükümlülüğünü azaltacak ise hukuk seçimi anlaşmasının en azından bu hususları kapsamayacak biçimde geçerli olmasını savunmaktadır[510].

Bundan başka hukuk seçimi anlaşması, üçüncü kişilerin rücu haklarını bu hakları sınırlandıran veya engelleyen bir hukuka tabi kıldığı ölçüde de geçersiz olmalıdır. Bu hususta Türk hukukunda da Roma II Tüzüğü'nde benimsenen çözümün uygulanabilir olduğunu düşünüyoruz. Tüzük m. 19 alacaklı ile borçlu arasında sözleşme dışı bir alacak söz konusu ve üçüncü kişinin alacaklıya ödeme yükümlülüğü[511] bulunmakta ise ya da bu yükümlülükten dolayı alacaklıya ödeme yapmışsa üçüncü kişinin alacaklıya karşı borcun ödenmesi yükümlülüğüne

---

510 Köthe, s. 82.

511 Bu anlamda borçlunun alacaklıya karşı ödeme yapmak konusunda bir yükümlülüğünün bulunması gerekitiği; borçlunun kendi isteği ile yahut hataen zararı tazmin etmesi halinde, kıyasen dahi olsa m. 19'a gidilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. Altenkirch, s. 386.

uygulanacak olan hukuk, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk tarafından, alacaklının borçluya karşı ilişkilerini idare eden hukuka göre ileri sürebileceği hakları üçüncü kişinin borçluya karşı bu hakları ileri sürüp süremeyeceği ve ileri sürebiliyorsa ne kapsam ve ölçüde ileri sürebileceğini belirleyecektir. Söz konusu talep böylelikle hukuk seçiminin kapsamını daraltacaktır.

Maddi hukuktaki aleyhe sözleşme yasağı yapmanın kanunlar ihtilafı hukukundaki uzantısı olarak hukuk seçimi anlaşmasının üçüncü kişilerin hukuki durumunu iyileştirmeyeceği de kabul edilmelidir[512]. Böyle bir durumda üçüncü kişinin hukuk düzenince korunan bir menfaati de söz konusu olmaz.

d. Tarafların Tacir Olması

Roma II Tüzüğü'ne göre, şayet taraflar ticari bir faaliyet yürütmekte ve uygulanacak hukukun seçilmesi hususunda serbestçe müzakere etmiş iseler hukuk seçimini zararı doğuran olayın gerçekleşmesinden önce de yapabilirler. MÖHUK ise böyle bir hukuk seçimine yer vermemiştir; bununla birlikte böyle bir düzenlemenin Türk hukuku bakımından da getirilebileceği görüşüne katılıyoruz[513]. Roma II Tüzüğü Dibace m. 31, haksız fiilin gerçekleşmesinden önce yapılacak seçim bakımından getirilen şartların zayıf tarafı koruma amacı olduğunu son cümlesinde belirtmektedir. Haksız fiilin gerçekleşmesinden önce yapılacak hukuk seçimi yalnızca tacirler için mümkün kılınmıştır. Zayıf taraf ile girişilecek bir hukuk seçimi anlaşması bu anlamda kabul edilmemektedir; zira tüketici ya da işçiler zararın ortaya çıkmasından önce seçilecek hukuk bakımından zararın sonuçlarını değerlendirebilecek bir konumda

512 Bkz. Eren (Genel Hükümler), s. 19-20.

513 Yüksel, s. 197.

bulunmamaktadırlar. Bu bağlamda, zayıf tarafın hukuk seçimi hususunda karşı taraf ile serbestçe müzakere edebilmesinden de bahsedilemez. Buna karşın, tacirlerin söz konusu sonuçları değerlendirebilecek bir konumda bulunmalarının yanı sıra seçilen hukuk bağlamında üstlenecekleri risk ve sorumlulukları önceden bilmeleri ve özellikle sigorta ve hukuki masraflar bakımından gerekli adımları atmaları bakımından hukuki kesinliğin sağlanması gerekliliği karşısında zararın ortaya çıkmasından önce hukuk seçimi yapma ihtiyacı içindedirler[514]. Bu anlamda Türk hukukunda da benzer bir düzenlemenin getirilmesi yerinde olacaktır.

3. Hukuk Seçiminin Zamanı

a. Haksız Fiilin Gerçekleşmesinden Sonra Yapılacak Hukuk Seçimi

MÖHUK m. 34 (5)'te yer alan kural taraflara haksız fiilin gerçekleşmesinde sonra hukuk seçimi yapma imkânı getirmiştir. Söz konusu madde doktrinde eleştirilmiştir. Bizim de katıldığımız söz konusu eleştiriler uyarınca seçimin yalnızca haksız fiilin meydana gelmesinden sonra yapılmasına ilişkin herhangi bir tatmin edici sebep yoktur[515]. Hatta, tarafların haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra uygulanacak hukuk üzerinde anlaşmaları ihtimalinin bulunmamasından dolayı haksız fiilin gerçekleşmesinden önce yapılacak bir hukuk seçimi ile haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra yapılacak bir hukuk seçimine nazaran daha sık rastlanacağına işaret edilmektedir[516]. Zarar göreni koruma düşüncesiyle getirilmiş olan bu hükmün pratikte uygulanmasının mümkün olmadığını savunan söz konusu görüş, bundan başka, tarafların haksız fiilin maddi hukuk sonuçları üzerinde anlaşarak

514 Yüksel, s. 197-dn. 202.

515 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 296-dn. 446.

516 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 296-dn. 446.

uyuşmazlığı sonlandırma ihtimali bulunduğuna da işaret etmektedir[517]. Bu hususta bir başka eleştiri, tarafların haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra kendileri için en iyi sonuçları elde edebilecekleri hukuku seçme arayışında olma ihtimalinin daha fazla olması nedeniyle böyle bir uzlaşının mümkün olmayacağı yönündedir. Bu sebeple, tarafların haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra hukuk seçimi yapmaları daha az muhtemel görünmektedir[518]. Bu bağlamda haksız fiilerde haksı fiilin gerçekleşmesinden önce hukuk seçimine ilişkin bir düzenleme getirilmek isteniyorsa kişisel menfaatlerin ön planda tutulması gerekir[519].

b. Haksız Fiilin Gerçekleşmesinden Önce Hukuk Seçimi Yapılması İmkânı

Taraflar arasında ilişkinin kural olarak haksız fiilin gerçekleşmesiyle doğması ve bu nedenle burada yalnızca haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra hukuk seçimi anlaşmasının yapılması kanun tarafından benimsenmiş olsa da haksız fiilin gerçekleşmesinden önce hukuk seçimi anlaşmasının yapılması bakımından pratik bir gerekliliğin bulunduğu kanaatindeyiz. Böyle bir gereklilik tarafların üstlenecekleri risk ve sorumluluğu değerlendirmek bağlamında seçecekleri hukuku bilmek istemelerinden kaynaklanmaktadır. Bu aşamada, tarafların zarar ve zarara uygulanacak hükümleri, dolayısıyla zararın hesaplanma şeklini öngörebilmeleri, bu nedenle zararın tazmin edilmeme riskini engellemeleri ya da ortaya çıkma ihtimali olan rizikoyu kapsayacak bir sigorta sözleşmesi yapma ihtimalleri bulunacaktır. Bu öngörü modern borçlar hukuku doktrininde sözleşme ilişkilerinde bulunan ifa

---

517 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 296-dn. 446.

518 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 296-dn. 446.

519 Nomer (2015), s. 354; Yüksel, s. 197.

menfaatinin yanısıra, en az onun kadar önemli bir hale gelen ikinci bir menfaat olan "koruma menfaati"nden doğar[520]. Aslında, sözleşme yapma maksadıyla bir başka kişiyle sosyal temasa giren kimse arasında bu sosyal temasın başladığı anda yükümlülükler söz konusu olmaktadır. Doktrinde, koruma yükümlülükleri olarak ifade edilen bu yükümlülükler sözleşme kurulmadan önce ve özellikle sözleşme görüşmeleri esnasında, edimin ifası sırasında ve sözleşme sona erdikten sonra da varlığını korur[521]. Bu bağlamda, tarafların aralarında yapmak istedikleri sözleşmenin herhangi bir nedenle kurulmamış ya da sonradan geçersiz hale gelmiş olması durumunda bu yükümlülükler varlıklarını devam ettirir[522]. Tarafların aralarında yapmak istedikleri sözleşmede öngörülen edimlerin ifasıyla elde edecekleri menfaatlerden başka halihazırda birçok mal ve kişi varlığı değerlerine de sahiptirler. Sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların sözleşmede kararlaştırılan edimler dışında kalan her tür mal ve kişi varlığı menfaatlerinin tehlikede bulunması, hatta zarar görmesi mümkündür. Bu nedenle, sözleşme yapmak amacıyla sosyal temasa[523] giren kişiler bu ilişkinin her safhasında karşı tarafa zarar vermemek için her türlü özeni göstermek ve gerekli çabayı sarfetmek durumundadırlar. Tarafların üzerine düşen bu yükümlülüğe koruma yükümlülüğü adı verilir[524]. Koruma yükümlülükleri edim yükümlülüklerinden bağımsız yükümlülüklerdir. Başka bir ifadeyle, sözleşmede bulunan asli ya da yan edim yükümlülükleri değildirler. Koruma yükümlülüğünün kaynağını dürüstlük

---

520 Eren (Genel Hükümler), s. 39-40.

521 Eren (Genel Hükümler), s. 40.

522 Eren (Genel Hükümler), s. 40.

523 Sosyal temas, tarafların sözleşme yapmak amacıyla birbirleriyle iletişime geçmeleridir. Dolayısıyla, sözleşmenin kurulmasına kadar öneri, öneriye çağırma veya yalnızca sözleşme yapma niyetinin karşı tarafa bildirilmesine yönelik bildirim ve hareketler sosyal temasa sebebiyet verir: Eren (Genel Hükümler), s. 260 vd.

524 Eren (Genel Hükümler), s. 40.

kuralından kaynaklanan güven ilkesi oluşturur[525]. Bu açıklamalar ışığında, koruma yükümlülükleri fonksiyon ve içeriği itibariyle edim yükümlülüklerinden ayrıldığı için edim yükümlülüklerinden önce, sırasında ya da daha sonra doğabilirler. Bunlar dışında, koruma yükümlülüklerinin edim yükümlülükleri mevcut olmadan da bunlardan bağımsız, sadece koruma yükümlülüklerini içeren borç ilişkileri de mevcuttur[526]. Tarafların sosyal temas halindeyken ileride, aralarında ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları öngörmeleri mümkündür. Bu nedenle hem kendi hem de karşı tarafın menfaatlerini korumak için aralarında yapacakları sözleşme dışında kalan bir borç ilişkisi ortaya çıktığında veya aralarında sözleşmenin o ya da bu şekilde doğmamış ya da ortadan kalkmış olması halinde ortaya çıkacak zararlara karşı, bu zararın önceden tespiti ve giderilmesine yönelik, haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra olduğu kadar önceden hukuk seçimi anlaşması yapmaları şeklide mümkün olur[527].

Uygulanacak hukukun önceden yararlı olacağı çeşitli sportif ve kültürel organizasyonlar yahut altyapı projeleri gibi durumlarda prensip olarak bu seçimin gerçekleştirilebildiği savunulmaktadır[528]. Örnek vermek gerekirse, çeşitli ülkelerden atletlerin katıldığı, İsviçre sınırından başlayıp İtalya ve Fransa sınırları içinde devam ettikten sonra tekrar İsviçre'de sona eren, *Mont Blanc* çevresinde oluşturulmuş bir parkuru bir gün içerisinde tamamlama üzerine kurulu ve Japon spor ürünleri üreten bir firmanın düzenlediği bir yarışta, yarış düzenleyenin ve katılımcıların ortaya çıkabilecek haksız fiillere uygulanacak hukuku bir hukuk seçimi anlaşması ile belirlemesi, her iki tarafın korumak istedikleri kişisel ve malvarlığı menfaatleri

525 Eren (Genel Hükümler), s. 41.

526 Eren (Genel Hükümler), s. 41-42.

527 Taraflar koruma yükümlülüklerinin bir kısmını hukuk seçimi sözleşmesi yaparak yazılı hale getirmektedirler.

528 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 296-dn. 446.

açısından önemlidir. Böyle bir hukuk seçimi ile birlikte tarafların gerçekleşebilecek zararlara karşı sigortalanmaları da daha kolay olacaktır.

Haksız fiilin gerçekleşmesinden önce hukuk seçimi yapılması hususunda verilebilecek bir başka örnek bir havayolu şirketinin uluslararası insani yardımlarla ilgili faaliyette bulunan bir örgüte karma bağışlama şeklinde bir uçak vermesi durumunda, asıl sözleşmenin yanında satıcını bilmediği gizli ayıplardan dolayı ortaya çıkabilecek zararlardan dolayı tarafların sözleşmenin yanında haksız fiillere ilişkin hukuk seçimi yapmaları hususudur. Böyle bir seçim taraf menfaatlerine de uygun olacaktır.

Tarafların sadece sosyal temasta bulunduğu bir durumda hukuk seçimi yapılmasına, tarafların sözleşme görüşmelerine başladıkları sırada aralarında sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa ilişkin olarak bir hukuk seçimi yapmak istedikleri durum örnek verilebilir. Bu durumda sözleşme öncesi görüşme sorumluluğunu bir haksız fiil olarak değerlendiren Portekiz hukukuna[529] tabi kılmaları halinde taraflar aralarında ortaya çıkabilecek bir haksız fiile ilişkin önceden bir hukuk seçimi yapmış olurlar.

Daha önce bahsedilen hukuki ilişkiler yanında kusursuz sorumluluk hallerinde de tarafların olası bir haksız fiilin gerçekleşmesinden önce hukuk seçimi yapabilmeleri mümkün kılınmalıdır. Bu anlamda daha önce bahsedilen sigortaya ilişkin talepler bakımından tehlike sorumluluğu özel bir önem arz etmektedir. Haksız fiillere nazaran tehlike sorumluluğu ilgililer için çok daha ağır bir sorumluluk türüdür[530]. Öngörülen tehlikenin doğmasıyla ortaya çıkacak ekonomik risk, kural olarak tehlikeli işletmeyi

---

529 Demircioğlu, H.R.: **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu),** Ankara 2009, s. 50.

530 Eren (Genel Hükümler), s.502.

işletene veya işletme sahibine yükletilmiştir. Buna karşın, tehlikenin doğması durumunda ortaya çıkacak zarar ciddi boyutlarda olacağından[531], işleteni bu ekonomik yük altında bırakmamak için kanunkoyucu işletmelere mali zorunluluk sigortası yapma mecburiyeti getirmiş, ayrıca zarara uğrayacak kişilere zararın tümünü değil önemi bir kısmının giderilmesini talep etme hakkı tanımıştır[532]. Bu hususta Türkiye'de Japon bir şirket tarafından kurulan hidroelektrik santrali tehlike sorumluluğu ile ilgili olarak sigortanın bir İsviçre sigorta şirketine yaptırılması ve bölgedeki arazi sahipleri ile hukuk seçimi anlaşması yapılmış ve Japon hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmış olması örnek verilebilir. Tehlike sorumluluğuna ilişkin kuralların doğrudan uygulanan kural olup olmayacağı tartışması bir kenara bırakılırsa, tehlike sorumluluğunun gerçekleşmesi durumunda uygulanacak hukuka ilişkin bir soru ortaya çıkmaktadır.

Tehlikenin öngörülebilir olduğu söz konusu durumlarda önceden hukuk seçimi anlaşmasının yapılmış olması halinde bunun geçerliliği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu konuda MÖHUK'ta özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın, Roma II Tüzüğü m. 2 (2), Tüzüğün doğması muhtemel sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacağını hükme bağlandıktan sonra 3.fıkrasının a bendinde zararı meydana getiren olayın gerçekleşmesi muhtemel olayları, b bendinde ise zararın gerçekleşmesi muhtemel zararları da kapsayacağını düzenlenmiştir. Ayrıca Tüzük Dibace m. 11 (2), Tüzükte yer alan sözleşme dışı borç ilişkisi ifadesinin kusursuz sorumluluğu da kapsadığını ifade etmektedir. Türk hukukunda bu hususta MÖHUK'ta açık bir düzenleme yer almamasına rağmen, bu bilgiler ışığında, tarafların tehlike

---

531 Güneysu, G. "Nükleer Reaktörlerin Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk", **AÜHFD,** 1989-1990, C.41, s. 207.

532 Eren (Genel Hükümler), s.502.

sorumluluğuna uygulanacak hukukla ilgili olarak önceden hukuk seçim anlaşması yapmış olmaları halinde, sözleşmenin Türk hukuku açısından geçerliliği sorusuna verilecek cevap kanaatimizce olumlu olmalıdır. Zira kanunkoyucu Türk hukukunda haksız fiile ilişkin hukuk seçimi maddelerini düzenlerken haksız fiilin öngörülemezliğini dikkate almıştır. Özü itibariyle tehlike sorumluluğunun önceden öngörülebilmesi mümkündür[533]. Bu nedenle tarafların bu konuda bir hukuk seçimi anlaşması yapmış olmaları halinde bu anlaşmanın Türk hukukuna göre geçerli sayılması gerektiğini; buna karşın, aksi düşünüldüğünde, zarar verenin bu sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi halinde ise TMK m. 2 bağlamında hakkın kötüye kullanılması yasağının devreye girmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Çevreye verilen zararlarda olduğu gibi önceden tahmin edilebilir bir haksız fiilin olması durumunda tarafların buna ilişkin sözleşme yapmasının mümkün olduğunu düşünüyoruz[534]. Bundan başka örneğin, araç işletenin sorumluluğu kapsamında şehirlerarası taşımacılıkta biletlerin arkasında genel işlem şartlarına tabi olan maddeler gösterilebilir.

4. Hukuk Seçiminin Şekli: "Açık" Hukuk Seçimi

Milletlerarası unsurlu sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde olduğu gibi milletlerarası unsurlu haksız fiilden borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda da taraflar bir hukuk seçimi anlaşması yaparlar. MÖHUK m. 34 (5) bu seçimin haksız

---

533 TBK m.71'in metninde "Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde" ifadesi kullanılmış ve bu zararın öngörülebilirliği tespit edilmiştir. Bu düzenleme Avrupa Haksız Fiil Hukukunun İlkeleri adlı tasarıdan esinlenilerek hazırlanmıştır. Bu düzenlemenin 5.101 maddesi "Anormal derecede tehlikeli faaliyet yürüten kimseler, bu faaliyetlere özgü tipik tehlikenin gerçekleşmesinden doğan zarardan sorumludurlar": Eren (Genel Hükümler), s. 522.

534 Çevre zararlarına ilişkin kuralların doğrudan uygulanan kural niteliğine ilişkin olarak bkz. s. 161 vd.

fiilin gerçekleşmesinden sonra açık bir biçimde gerçekleştirileceğini hükme bağlamıştır. Haksız fiillerde hukuk seçimine ilişkin MÖHUK m. 34 (5) hukuk seçimi hususunda benimsemiş olduğu usül bakımından doktrinde eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin odağında Türk hukukunda Roma II Tüzüğü'nden farklı olarak, haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra halin şartlarından makul bir kesinlikle anlaşılabilecek, bir başka deyişle, zımni hukuk seçimine MÖHUK m. 34 (5)'te izin verilmemesi yer almaktadır. Buna göre, uygulamada tarafların açık bir biçimde hukuk seçimi yapmaları hususuna rastlanması neredeyse imkânsızdır; zira tarafların haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra uygulanacak hukuk üzerinde anlaşmaları genellikle söz konusu değildir. Bundan başka, tarafların somut olayda bir hukuk seçimi problemi olabileceğini öngöremeyecek olmaları kuvvetle muhtemeldir. Doktrinde MÖHUK'un ilgili hükmünün zımni hukuk seçimine izin vermemesi karşısında, taraflara hukuk seçimi imkânı tanıyan diğer düzenlemelerde hukuk seçiminin şekli bakımından herhangi bir kısıtlamanın yer almaması, dolayısıyla seçimin yazılı yahut sözlü olduğu kadar açık veya zımni olarak gerçekleştirilmesi önünde de bir engel bulunmadığı ve söz konusu düzenlemelerin hâkimin hukuku lehine bir hukuk seçimine teşvik ediyor olmasından hareketle zımni hukuk seçiminin gerçekleştirilebileceği savunulmaktadır[535]. Söz konusu görüşe göre tarafların haksız fiil statüsü olarak Türk hukuku lehine yapacakları ve tereddüte yer vermeyecek seçimleri, tarafların zımni iradelerini dikkate almak anlamına gelir. Bu anlamda Alman ve İsviçre hukukunda tarafların zımni hukuk seçimi yapmış olduklarına emare olabilecek birtakım ölçütler de sayılmıştır[536]. Bu görüş, taraflardan birinin bir mahkemede dava açmış olması ve

---

535 Doğan (Milletlerarası Özel), s. 405.

536 Bu ölçütler, sözleşmeden doğan borç ilişkisi ile bağlantı, yetkili mahkemenin tespiti, belli bir hukukun genel işlem şartlarının kabulü, tarafların şahsi statüleri, hangi ülke parasıyla ödeme

karşı tarafın cevaplarını mahkemenin iç hukukuna göre vermesi halinde akıllı ve dürüst kişiler olarak borç ilişkilerine uygulanmak üzere de bu mahkemenin hukukunu seçtiklerini kabul ettiği için farazi hukuk seçimine yaklaşmakta ve zımni hukuk seçiminden uzaklaşmaktadır. Zira, tarafların ya da vekillerinin mahkemede mahkeme hukukunun uygulanması yönünde göstermiş oldukları iradenin kanunlar ihtilafı problemleri bakımından da uygulama alanı bulacağı iddia edilemez. Taraflar böyle problemlerin bulunduğundan da çoğu zaman habersizdirler. Bu anlamda tarafların böyle bir seçimi bilinçli olarak yapmayacakları; bu durumun yalnızca meseleyi Türk hukukuna tabi kılmak konusunda oldukça istekli olan hâkimin işini kolaylaştıracağı ve ayrıcafarazi hukuk seçimi yapılmasına sebebiyet vereceği söylenebilir. Bu anlamda, şayet zımni hukuk seçimi imkânı kabul edilecekse, mahkemenin müdahalesi yalnızca taraflardan birinin korunması ihtiyacı söz konusu olduğunda ya da zımni hukuk seçiminin şartlarının değerlendirilmesi noktasında olmalıdır. Bu noktada Roma II Tüzüğünde benimsenen çözüm Türk hukuku bakımından da benimsenebilir. Buna göre tarafların halin şartlarından makul bir kesinlikle anlaşılabilecek hukuk seçimi yapma iradeleri de geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul edilmektedir.

Son olarak, kanaatimizce, haksız fiilin sorumluluğu ortaya çıkaran asli unsurları dışında kalan, tazmin edilmesi gereken zararı ve zararın kapsamını belirleyen kısımlarının hesaplanması ile ilgili olarak tarafların kısmi hukuk seçimi yapabilmeleri mümkündür. Örneğin, doğrudan zarar için bir ülke hukukunu seçerken, yansıma zarar ya da üçüncü kişilerin rücu taleplerine karşı, tarafların sorumluluğuna ilişkin farklı hukuk seçimi yapabilmeleri akla gelebilir. Bu anlamda, söz gelimi gemi işletmecisi ile gemiyi kullanan kaptanın yapacakları iş sözleşmesi ile aralarında iş sözleşmesi dışında

yapıldığı, sözleşme dışı borç ilişkisinin hukuk seçimi yapılmış başka bir sözleşme ile ilişkisi olarak ifade edilmiştir: Doğan (Milletlerarası Özel), s. 366.

çıkabilecek haksız fiil uyuşmazlıklarına ilişkin bir hukuk seçimi anlaşmasında, maddi zararlar için Alman hukukunu kararlaştırırken, ölüm durumunda destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin kısmı Amerikan hukukuna tabi kılabilirler. Bir başka örnekte ise taraflar aralarında meydana gelecek haksız fiilde maddi zarar açısından Amerikan hukukunun manevi zarar açısından İsviçre hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler.

D. Özel Haksız Fiil Türleri Bakımından Hukuk Seçimi

1. Kişilik Haklarının İhlalinden Doğan Sorumlulukta Hukuk Seçimi

a. Bağlama Konusu

MÖHUK m. 35 kişilik haklarının[537], basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlali ile kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi edinme hakkının sınırlanması yolu ile ihlal edilmesinden doğan talepler[538] bakımından uygulama alanı bulur. Kişilik haklarının medya yoluyla ihlal edilmesi ile sınırlanan madde hükmü uyarınca bir yayın aracı ile

537 Kişilik haklarının kapsamına ilişkin olarak bkz. Çelikel / Erdem, s. 424.

538 İsviçre MÖHUK m. 33 (2)'de kişilik haklarının ihlalinden doğan talepler bakımından bu kanunun 129 vd. maddelerinde yer alan haksız fiil hükümlerinin uygulanacağını hükme bağlanmıştır. 5718 sayılı kanunda ise böyle bir belirleme yapılmamıştır. Bu belirlemenin yapılmamış olması kanımızca isabetlidir. TMK m. 25'te yer alan kişilik hakkının ihlali yalnızca haksız fiile değil sebepsiz zenginleşme ya da vekâletsiz iş görmeye de sebebiyet verebilir. Örneğin ünlü bir kimsenin tatilde çekilmiş fotoğrafının bu kişinin izni dışında bir gazetede kullanılması haksız fiile sebebiyet vereceği gibi vekâletsiz işgörmeye de sebebiyet verebilir. Ünlü bir kimsenin düğünü için herhangi bir basın mensubunun görüntü almasına izin verilmemesi; ancak misafirlerden birinin düğünü videoya çekerek basına yüksek bir bedel karşılığında satması halinde burada hem haksız fiil hem sebepsiz zenginleşme hem de vekâletsiz işgörme söz konusu olacaktır.

kişilik hakkını ihlal edici bir beyanın kamuoyu[539] ile paylaşılması anlaşılmalıdır[540]. Söz konusu bu haksız fiil statüsü, ihlalin unsurları ve kişiliğin varlığı ile ilgili sorular bakımından da uygulanır[541]. Burada öncelikle kişilik haklarını medya yolu ile ihlal edildiğinin tespiti gereklidir; zira bu özel düzenlemenin dışında kalan hususlar bakımından MÖHUK m. 34 geçerli olur[542].

Süreli yayınlarda kişilik haklarının ihlaline cevap hakkına ise münhasıran matbu eserin baskısının yapıldığı ya da radyo ya da televizyon yayının yapıldığı ülke hukuku uygulanır. Madde gerekçesinde bu düzenlemenin amacının zarar veren kuruma bildiği bir hukuka tabi olması yönünde bir kolaylık sağlandığı ifade edilmiştir. Burada sayılan yayın araçlarının en önemlileri olduğu, yeni medya araçlarını hariç bırakılacak şekilde tahdidi bir sayılmanın yapılmadığı ifade edilmiştir[543].

---

539 MÖHUK m. 35 açıkça belirtmese dahi kişilik haklarının ihlalinin kamuoyunda gerçekleşmesi gerekmektedir. İhlalin basın, radyo ya da televizyonla gerçekleştirilmesi halinde bu durumun gerçekleşeceği kaçınılmazdır. Bu araçlar dışında iletişim aracının sayısı belli olmayan kullanıcıya ulaşması halinde de kamuoyunda gerçekleşme durumundan söz edilebilir. İnternet aracılığı ile gerçekleştirilen kişilik haklarının ihlalleri bakımından ise herhangi bir şifre talep etmeyen bir mecra olduğu sürece kamuoyunda gerçekleşmeden söz edilebilecektir: Özel (İmalatçı ve Kitle İletişim), s. 225.

540 Vischer, F.: **Zürcher Kommentar zum IPRG-Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987**, Girsberger, D./Heini, A./Keller, M./Kren, Kostkiewicz, J./ Siehr, K./ Vischer, F./ Volken, P.(*eds.*), Zürich 2004, s. 1568. (Art. 139)

541 Vischer (Art. 139), s. 1567.

542 Ticari işletmelerin ya da şirketlerin kişilik haklarının ihlal edilmesi halinde haksız rekabet ya da rekabetin sınırlanması hükümlerine mi gidileceği yoksa bu madde ile sorunun çözüme kavuşturulup kavuşturulamayacağı sorusu tartışmalıdır. Doktrindeki ağırlıklı görüş bu hususta haksız rekabet ya da rekabetin sınırlanması hükümlerinin uygulama alanı bulacağını ifade ederken; azınlıkta kalan bir görüş kişilik hakkı ihlale uğrayan ticari işletme ya da şirketin kişilik haklarının ihlali ile bu maddeler arasında bir seçim hakkı olduğunu savunmaktadır. Şayet ticari işletme ya da şirketin kişilik hakkı ihlali bir haksız rekabet ya da rekabetin sınırlanması hali ile bağlantılı olarak gerçekleşmişse haksız rekabet ve rekabetin sınırlanmasında piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku ilkesi gereği bu ülkenin hukukunun uygulanması gerektiği doktrinde savunulmuştur. Burada kişilik haklarının ihlali hükümleri ile uygulanacak hukukun belirlenemeyeceği, bu madde bağlamında zarar görenin yerleşim yeri lehine bir seçim yapılabileceği hususu pazar yeri hukukuna bağlanma hususunda en önemli sebeplerden biri olan rakiplerin fırsat eşitliği hususuna ters düşecektir: Vischer (Art.139), s. 1567.

543 Vischer (Art.139), s. 1568. MÖHUK m.35(2) bakımından herhangi bir hukuk seçimi imkânı tanınmamıştır. Süreli yayın ve radyo ve televizyon yayının yayınlanma yeri ile kişilik haklarının ihlalinde cevap hakkı ile ilgili olarak yapılan tespitler için bkz Vischer (Art. 139), s. 1572-1573.

b. Hukuk Seçimi İmkânı

MÖHUK m.35'te tanınmış olan hukuk seçimi imkânı tarafların iradelerinin uyuşması ile yapmış oldukları hukuk seçiminden farklılık arz eder[544]. Bu maddede yer alan hukuk seçimi imkânı ile Kanunda hukuk seçimi öngörülen diğer haksız fiil hallerinde aynı hukuk politikası esas alınmıştır. Burada, kanunun gerekçesinde de ifade edildiği gibi, zarar görenin genel haksız fiil kuralına nazaran daha fazla korumaya ihtiyacı olduğu düşüncesi hâkimdir. Bu kuralların özünde fiilin ağırlıklı olarak gerçekleştiği yerde önceden hukuka aykırı olarak belirlenmiş olması ve özellikle zarar görenin korunmaya muhtaç olması düşüncesi yatar. Bu anlamda zarar gören kendisi için en elverişli ya da kendisi için en güvenilir hukuku seçebilir[545]. MÖHUK m.34 (5) fıkrasının MÖHUK m.35'de karşılığı yoktur. Bu nedenle burada tarafların bir hukuk seçimi anlaşması yapması kural olarak mümkün değildir. Bununla birlikte, kişilik hakkının ihlalinin gerçekleşmesinden sonra taraflar bir hukuk seçimi anlaşması yapmışsa daha sonra zarar görenin bu anlaşmaya ve açıkça bu anlaşmanın öngördüğü hukukun uygulanmasına itiraz etmemesi halinde seçilen hukukun uygulanacağı görüşündeyiz. Zira burada da zarar görenin iradesinden bahsedilebilir. Bununla birlikte, bu seçim hakkı konunda öngörülmüş üç hukuk düzeni ile sınırlıdır. Yapılan bu açıklamalar cevap hakkı için geçerli değildir[546]. Zira MÖHUK m.35 (2) böyle bir durumda baskının yapıldığı ya da programın yapıldığı ülke hukukunun uygulanacağını belirlemiştir.

Daha önce bahsedildiği üzere MÖHUK m.35 (1) kişilik hakkı ihlale uğrayan

---

544 Çelikel/Erdem, s. 410; Tiryakioğlu (Haksız Fiil), s. 213.

545 Bu tercihle birlikte mehaz kanun bakımından "better law" yaklaşımının kabul edildiği söylenebilir: Vischer (Art.139), s. 1569.

546 Çelikel / Erdem, s. 428.

kimse bakımından sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanımıştır. Madde uyarınca zarar gören mutad mesken hukukunu (MÖHUK m.35(1)a)), zarar verenin işyeri ya da mutad mesken hukuku (MÖHUK m.35(1) b)) ya da zararın meydana geldiği ülke hukuklarından birini seçebilir. Görsel ve işitsel medyanın yayım yeri hukuku ise seçim imkânı tanınan hukuklar arasında yer almamaktadır. Zarar görenin seçebileceği hukuk fiilen iki tanedir. Maddenin (a) bendinde yer alan zarar görenin mutad mesken hukuku ve (c) bendinde yer alan ihlalin meydana geldiği yer hukuku bakımından seçim imkânı ancak zarar verenin zararın bu ülkede meydana geldiğini bilebilecek durumda olması halinde mümkün olur. Böylece zarar görenin mutad mesken hukuku ancak burada bir zarar meydana geldiyse mümkündür[547]. Zarar verenin iş yer ya da mutad meskeninin seçimi bakımından böyle bir şart öngörülmemiştir.

Zarar verenin zararın meydana geleceğini bilebilecek durumda olması esasen kullanılan kitle iletişim aracına bağlıdır. Radyo ya da televizyon yayını ile ihlalde zarar yeri bu yayının yapıldığı bütün ülkelerdir. Pek çok dilde yayının yapıldığı uydu yayınları bakımından bir sınırlama söz konusu değildir. Dil hususu kişilik haklarının basılı eserler yoluyla ihlal edilmesinde daha büyük önem arz etmesine rağmen yine de belirleyici olarak kabul edilmemektedir[548]. Belli bir kişiye yönelik olarak yapılan kişilik hakkı ihlalinde etkinin ortaya çıkması mağdurun mutad meskeninin bulunduğu yerde her zaman önceden tahmin edilebilir olduğu zannedilebilir. Bu durum kişilik haklarının kural olarak ikametgâh hukukuna tabi olmasından da ileri gelmektedir. Zira kural olarak ikametgâh ile mutad meskenin örtüşebileceği düşünülmektedir[549].

Medya yoluyla kişilik haklarının ihlalinde zarar birden fazla ülkede meydana

---

547 Vischer (Art.139), s. 1569.

548 Vischer (Art.139), s. 1570.

549 Vischer (Art.139), s. 1570.

gelebilir. Bu durumda zarar görenin zararın meydana geldiği her ülke ile ilgili olarak hukuk seçimi imkânının olup olmadığı, böylece bu ülke hukukları arasından kendisi için en elverişli hukuku seçip seçemeyeceği sorunu gündeme gelecektir. Zararın birden fazla ülkede meydana gelmesi halinde sorun zarar görenin hukuken korunan aynı menfaatinin ihlali bakımından tek bir hukuku seçip seçmeyeceği, bir başka deyişle zararın birden fazla ülkede meydana gelip gelmediğine bakılmaksızın seçim hakkının yalnızca bir ülkeye mahsus kullanılıp kullanılamayacağıdır. Bu soruya olumlu cevap vermek güçtür. Zarar görenin seçim hakkının bu derece geniş anlaşılması maddenin amacı ile bağdaşmayacaktır. Farklı ülkede gerçekleşen aynı kişilik hakkı ihlali bakımından seçim hakkının yalnızca bir kere kullanılması gerektiği sonucuna yine aynı nedenlerle varılmalıdır[550]. Bir başka deyişle kişilik hakkı ihlali sonucu zararın birden fazla ülkede meydana gelmesi nedeniyle MÖHUK m.35 bertaraf edilemeyecektir.

MÖHUK kişilik haklarının ihlali bakımından tarafların aralarında önceden mevcut olan bir ilişki bulunması halinde kişilik haklarının ihlalinde de bu ilişkiye uygulanacak hukukun uygulanması hususunda herhangi bir belirleme yapmamıştır. Bir başka deyişle fer'i bağlanma kişilik haklarının ihlali bağlamında MÖHUK'ta kabul edilmemiştir.

2. İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu

a. Bağlama Konusu

İsviçre IPRG m.135'ten esinlenilerek hazırlanan MÖHUK m.36'da imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu maddenin karşılığı 2675 sayılı

[550] Vischer (Art.139), s.1571.

MÖHUK'ta bulunmamaktadır[551]. Bu nedenle 2675 sayılı kanunun uygulandığı tarihte imal edilen şeyden doğan sorumluluk açısından haksız fiillere ilişkin genel kural uygulanmaktaydı.

İmalatçının sorumluluğu imal edilmiş bir üründe bulunan ayıp sonucu üretici veya üretici sayılan aracılara karşı ölüm, bedensel zarar ve ürün dışında bir başka eşyadan doğan zararlar için yöneltilen bir sözleşme dışı sorumluluktur[552]. Bu madde yalnızca ayıplı üründen kaynaklanan sözleşme dışı borç ilişkisine uygulanacak hukuku düzenlemektedir. Söz gelimi ürünün kendisinden kaynaklanan zararlar bir satım ya da eser sözleşmesi ilişkisi kapsamında değerlendirilir. Sözleşemeden kaynaklanan talepler ise milletlerarası satım hukukunun konusunu oluşturmaktadır[553].

Üründen kaynaklanan zararlar bedensel zarar malvarlığına ilişkin zararlar ya da örneğin pazar payının kaybedilmesi gibi diğer başka zararlar olabilir[554].

MÖHUK m.36 kapsamında imal edilen şeyden doğan zarar m.36 uyarınca uygulanacak hukuklardan biri bakımından imalatçının sözleşme dışı sorumluluğuna sebep olabilecek bir kusurdan[555] ileri gelmelidir.

b. Hukuk Seçimi

MÖHUK m.36 zarar görenin menfaatlerinin korunması için ilgilisine hukuk seçimi imkânını sınırlı olarak tanınmıştır. Madde düzenlemesine göre zarar gören

---

551 MÖHUK m.36'nın gerekçesi, http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf (22.03.2015).

552 Özel, S.: "İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Haklarının İhlalinde Uygulanacak Hukuk", **Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, s. 219.

553 Volken (Art.135), s. 1521, 1523.

554 Volken (Art.135), s. 1523.

555 Volken (Art.135), s. 1523. Vasıflandırma meselesi bakımından çözüm genel kabul gören görüşe göre ilk etapta *lex fori*de aranmaktayken, bu hususta çözüm *lex causae* tarafından getirilmektedir.

taleplerini zarar verenin mutad meskenini veya işyeri ya da imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuklarından birine dayandırabilir. Söz konusu seçim zarar gören kimsenin bizzat kendisi ya da yasal temsilcisi tarafından yapılmalıdır. Üçüncü kişiler ya da hâkim tarafından hukuk seçimi gerçekleştirilemez[556]. Genellikle zarar gören kendisi için daha avantajlı olan hukuku seçecektir. Bu hukuk örneğin zarar görene ispat yükü bakımından kolaylık sağlayan ya da daha fazla tazminat miktarı belirlenmiş olan hukuk[557] ya da her ikisinin bir arada bulunduğu hukuk olabilir[558].

Zarar görenin seçim hakkı kendisinin bu haktan sağladığı bu faydanın malın üreticisi bakımından bir adaletsizliğe yol açtığı noktada sona erecektir. Buna göre malın üreticisi, objektif bir şekilde ürünün iktisap edildiği ülkede piyasaya sürüleceğini öngöremiyor ve bunu kanıtlayabiliyorsa zarar görenin seçim hakkı devre dışı kalır. Bununla birlikte, üreticinin mutad meskeni ya da işyeri hukuku yine seçilebilir[559].

Üreticinin malın iktisap yerinde piyasaya sürüleceğini öngörememesine ilişkin ispat yükü oldukça ağırdır. Zira özellikle milletlerarası düzeyde iş yapan bir şirketin ürününün her yerde pazara sunulacağı ihtimalini göze almış bulunması gerektiği düşünülebilir[560]. Üreticinin ürünün iktisap edildiği ülkede piyasa sürüleceğini

---

556 Volken (Art.135), s. 1532.

557 Ancak söz konusu tazminat miktarı tazmin amacını aşacak şekilde düzenlenmişse Türk kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılacağı unutulmamalıdır. İsviçre ve Alman MÖHUK'larında ise tazminata ilişkin bir sınır kabul edilmemiştir. Tarman, Z. D.: "Devletler Özel Hukuku Bakımından İmalatçının Sorumluluğu" **TBB Dergisi**, 2007, S.73, s. 42.

558 Volken (Art.135), s. 1532.

559 Volken (Art.135), s. 1532.

560 Volken (Art.135), s. 1533. Bununla birlikte, şu örnekte mesele kolay bir biçimde ispatlanabilir: Dünya çapında büyük bir otomobil üreticisi olan F firmasının değişken tüketici alışkanlıkları ve zevklerine göre belirli modelleri belirli ülkelerde piyasaya sürmesi gayet olağan karşılanacaktır. Jamal, Z. B.: "Cross-cultural Impact on Marketing Strategies: A Study on Automobile Industry", **International Conference on Business, Law and Corporate Social Responsibility,** Oct 1-2 2014, s. 70. Bu firmanın ABD piyasası için ürettiği ve sadece bu ülkede satışa sunduğu bir modelin aşırı turbo ısınması nedeniyle geri çağırılması durumunda bu araçlardan üreticinin bilgisi olmadan küçük ithalat şirketleri tarafından az sayıda Türkiye'ye getirilmesi durumunda Türkiye'de bu araç

öngörememesi itirazı ancak üretici firmadan ürünü satın alan firma ile aralarında yapmış oldukları sözleşmedeki bir ürünün ya da ürün dizisinin yalnızca belli bir pazara sürülmesi hükmünün ispatlanması halinde dinlenebilecektir[561].

MÖHUK m. 36'da yer alan kural doktrinde pek çok açıdan eleştirilmiştir. Söz konusu eleştirilerden ilki hükmün Türk hukuk sistemi ve uygulaması gözetilmeden kanuna alınmasına ilişkindir. Madde davalı üreticiyi piyasaya daha kaliteli ürün sunmaya ve hak arama hususunda halihazırda çekingen bir tavır içinde bulunan zarar göreni uyuşmazlığın görülmesi konusunda teşvik etmemektedir[562]. Bu bağlamda, maddede gösterilen ve davalıya bağlı olan zarar verenin mutad meskeni, işyeri ya da imal edilen şeyin iktisap edildiği yer hukukları yanında örneğin davacı zarar görenin mutad meskeni hukuku gibi bir hukuk düzenine hiç yer verilmemesi, maddenin adaletsizliğe yol açan bir uygulamaya sebebiyet vereceğini akla getirebilir. Bu anlamda örneğin uyuşmazlığa konu mal zarar görenin mutad meskeninde iktisap edilmişse ya da zarar görenin malı edinen kişi olması halinde herhangi bir problem doğmayacak olsa da bu husus dışında davacın zarar görenin seçmek durumunda bırakıldığı hukukun hak arama usul ve esaslarını öğrenmek için harcayacağı süre bu kimseyi talebini ileri sürmekten alıkoyabilecektir[563]. Madde bağlamında getirilen eleştirilerden bir diğeri ürün kavramının imal edilen şeylerle sınırlandığı yönündedir;

üreticisinin bu modelleri satmayı düşünmemesi nedeniyle mevcut arızanın giderilmesi bakımından servise çağırılması söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla örneğin park halinde bulunan bu aracın ısınmadan dolayı yanması neticesinde bu yangının diğer araçlara sirayet etmesi durumunda üreticinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerden sorumlu tutulamayacaktır.

561 Volken (Art. 135), s. 1533; Böyle bir sözleşme hükmünün rekabeti sınırlayıcı davranış olarak görülmesi ihtimaline karşılık söz konusu hükmün geçerliliğinin tayin edilmesi ispat vasıtası olarak kullanılıp kullanılamayacağından önce tahlil edilmelidir.

562 Tanrıbilir, F. B.: "Akit-Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, Y. 2010, Sa. 2, s. 135.

563 Tanrıbilir, s. 136.

ancak bu eleştiri[564] 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun üçüncü maddesinde yer alan "imalatçı-üretici" tanımına ilişkin getirilmiştir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun[565] m. 3'te yapılan üretici tanımı ile bu eleştirinin geçerliliğini yitirdiğini düşünüyoruz. Bu madde uyarınca üretici, tüketiciye sunulmuş olan mal ya da bu malların hammaddelerini yahut ara mallarını üretenler ile mal üzerinde markasını, unvanını veya herhangi bir ayırtedici işaretini koyarak kendisini üretici olarak gösteren kamu tüzel kişilerinin de dahil olduğu gerçek veya tüzel kişidir. Madde bağlamında eleştirilen hususlardan bir diğeri zarar görenin hukuk seçimi yapmamış olması halinde imalatçının sözleşme dışı sorumluluğuna uygulanacak hukukun tespiti noktasındadır[566]. Bu noktada hâkim farazi hukuk seçimi yapamayacağı, bir başka deyişle zarar verenin yerine geçerek karar veremeyeceğinden maddede yer alan hukukların uygulanmasının akıbeti söz konusu olacaktır. Bu hususta özel bağlama kuralı ile genel bağlama kuralı olan MÖHUK m. 34 arasındaki ilişkinin yahut karşılıklı uygulama alanının tespit edilmediğine dair görüşe[567] katılmıyoruz. Bu anlamda hâkim öncelikle somut olay bağlamında daha sıkı ilişkili hukuku, bu olmadığı takdirde haksız fiilin gerçekleştiği yer hukukunu, şayet haksız fiilin gerçekleştiği yer ile zarar yeri farklıysa zarar yeri hukukunu uygulayacaktır.

c. MÖHUK m. 34 (5)'in MÖHUK m. 35 ve 36 Bakımından Uygulanabilirliği Sorunu

Haksız fiillerde uygulanacak hukuka ilişkin genel kural dâhilinde düzenlenmiş

564 Bkz. Tanrıbilir, s. 136.

565 RG. 28/11/2013-28835.

566 Tanrıbilir, s. 136.

567 Bu görüş için bkz. Tanrıbilir, s. 137.

bulunan MÖHUK m. 34 (5)'in kişilik haklarının kişilik haklarının, basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlali ile kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi edinme hakkının sınırlanması yolu ile ihlal edilmesinden doğan talepler ve imalatçının sözleşme dışı sorumluluğuna ilişkin talepler bakımından da uygulanması hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu hususta *Tarman*, 34.maddenin bir başka deyişle haksız fiile ilişkin genel hükmün 35 ve 36 bakımından da uygulanabileceğini savunmaktadır[568]. Bu görüşü her ne kadar Kanunun genel gerekçesinde "Kanunda Kısım ve Bölüm İtibariyle Yapılan Değişikliklerdeki Genel Yaklaşım" başlığı altında yer alan *"...giderek uygulama alanı genişleyen taraflarca uygulanacak hukuk seçme imkanına, bu durumu açıklığa kavuşturmak amacıyla genel kurallar arasında yer verilmiştir. Ancak söz konusu imkânın sınırları varsa, bu sınırlar ilgili özel maddelerde belirtilmiştir.*" İfadesiyle desteklenebilse de kanunkoyucunun belirli haksız fiil türleri bakımından yaptığı tercihler dikkate alındığında m.34 (5)'in söz konusu haksız fiiller bakımından uygulama alanı bulamayacağını ifade eden *Yüksel*'in görüşüne biz de katılıyoruz[569]. Bu görüş yine ilgili maddelerin gerekçeleri ile desteklenebilir. MÖHUK m. 35'in gerekçesinde haksız fiile ilişkin genel kuralın belirsiz sayıda alıcı karşısında teknik araçlarla çok yaygın bilgilendirme yoluyla kişilik hakkının ihlali söz konusu olduğundan yetersiz kaldığı; yine süreli yayınlarda cevap hakkı hususunda zarar göreni bilmediği hukuklar yerine bildiği bir hukuka tabi kıldığı, bundan başka kişisel verilerin korunması noktasında zayıf durumda bulunan kişi bakımından haksız fiile ilişkin kuralın yetersiz kaldığı ifadelerinden hareketle söz konusu özel haksız fiil türleri

568 Tarman, (Culpa), s.1675.

569 Yüksel, s. 197.

bakımından yalnızca MÖHUK m. 35'in uygulanacağı, bu hususta MÖHUK m. 34'ün uygulanmasının söz konusu olamayacağı kanaatindeyiz. Yine imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu bakımından kanunun gerekçesi haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin genel hükmün bu haksız fiil türünde gözetilen menfaatler bakımından yeterli bir koruma sağlamamasını gerekçe göstermekte ve menfaatlerin bir denge içinde korunmasını hedefleyerek bu hükmün getirildiğini ifade etmektedir. Bundan başka, yine gerekçede bu menfaatlerin sağlanması bakımından zarar görene sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanındığı belirtilmektedir. Açıklanan bu sebeplerle MÖHUK m. 34 (5) söz konusu maddeler bakımından uygulama alanı bulamaz.

3. Haksız Rekabet

MÖHUK m. 37'deki düzenleme ile haksız rekabetten doğan talepler açısından haksız fiillere uygulanması öngörülen MÖHUK m. 34'ün uygulanması istenmeyerek burada özel bir bağlama kuralı getirilmiş bulunmaktadır. Roma II Tüzüğü m. 6 (1)'den rekabet ilişkilerinin veya tüketicilerin müşterek menfaatlerinin etkileneceği yer hukuku olması nedeniyle Buna göre haksız rekabetten doğan taleplerin haksız rekabet nedeniyle piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukuna tabi olması noktasında ayrılan MÖHUK m. 37, menfaatlerin muhtemelen uygulanacağı yer hukukunu da bir bağlama noktası olarak kabul etmemiştir[570]. Yine MÖHUK haksız rekabet sonucunda zarar görenin yalnızca işletmesine ilişkin menfaatleri zarar görmüşse bu işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanmasını benimsemişken Tüzük bu durumda meselenin çözümünü haksız fiile ilişkin genel kurala tabi kılmıştır. Kanun bu iki bağlama noktası

---

570 Tarman, Z. D.: **Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk**, İstanbul 2011, s. 102-103. (Haksız Rekabet)

dışında üçüncü bir bağlama noktasını kabul etmemektedir[571]. Buna karşın, doktrinde bir görüşe göre MÖHUK m. 37 haksız rekabette hukuk seçimine ilişkin herhangi bir düzenleme getirmediğinden ötürü hukuk seçiminin yapılabilmesini çeşitli durumlar bakımından ihtimal dâhilinde görmektedir[572]. Buna göre haksız rekabet fiili nedeniyle zarar gören piyasa katılımcılarından münferit dava bakımından hukuk seçimi yapanların, yapmış oldukları bu seçimin diğer piyasa katılımcılarının taleplerini ve bu arada dava açma haklarına da halel getirmeyeceğini savunulmaktadır[573]. Söz konusu seçimin özellikle tazminatlar bakımından tanınması gerektiği de ifade edilmektedir. Bu anlamda işletme sahibi rakipler ile tüketiciler arasında bir ayrım yapılması gerektiği de ileri sürülmüştür. Bu anlamda rakibi ve diğer alıcıları koruma işlevi nedeniyle her durumda piyasanın etkilendiği yer hukukunun uygulanmasının doğruo olmadığı ifade edilmektedir[574]. Bundan başka, MÖHUK m. 37 (1) ve m. 37 (2) arasındaki bir ayrım yapılarak özellikle m. 37 (2) bakımından uyuşmazlığın zarar veren işletme ve ticari faaliyeti etkilenen rakip işletme arasındaki haksız rekabetten kaynaklanan uyuşmazlıkların hukuk seçimine dail edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüşe karşı çıkanlar ise haksız rekabet uyuşmazlıkları bakımından hukuk seçimi yapılmasının tüketicinin ve kamunun korunmasını bertaraf edebileceğini, farklı hukukların seçilmesinin aynı piyasayı etkileyen ve aynı hukuki sebebe dayanan olaylar bakımından farklı hukukların uygulanmasının düzen menfaatine aykırı olduğunu, belli bir rakibin menfaatini etkileyen etkenler ile piyasa menfaatinin etkilenmesi

---

571 Bu belirlemenin çok ülkeli haksız rekabet ihlallerinde uygulanacak hukuk sorununun çözümüne yardımcı olmadığı ve böyle bir durumda uygulanacak hukukun tespiti hakkında bkz. Tarman (Haksız Rekabet), s. 116-117.

572 Tarman (Haksız Rekabet), s. 129.

573 Tarman (Haksız Rekabet), s. 130.

574 Tarman (Haksız Rekabet), s. 130.

hususlarının birbirinden kolaylıkla ayrılamayabileceğini savunmaktadırlar[575]. Kanaatimizce hukuk seçiminin özellikle belli bir rakibin menfaatlerini etkileyen eylemler bakımından tamamen yasaklanması gerekli değildir. Tarafların söz konusu eylemin haksız rekabet olarak nitelendirilmediği bir hukuk sistemi seçmedikleri ve taraflardan birinin tüketici olarak tespit edilmediği söz konusu durumlarda tarafların hukuk seçimi yapabileceklerini düşünüyoruz. Buna karşın, MÖHUK m. 37 (1) bakımından, kamu menfaatini daha yoğun ilgilendirmesi nedeniyle hukuk seçimi yapılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

4. Rekabetin Engellenmesi

MÖHUK m. 38'de düzenlenen haller rekabeti sınırlayan, engelleyen ya da tamamen ortadan kaldıran eylemler, bu konuda yapılmış anlaşmalar ile uyumlu eylemler ve hâkim durumun kötüye kullanılması ile ortaya çıkan zararlardan doğan sorumluluktur[576]. MÖHUK m. 38'e göre rekabetin engellenmesi sebebiyle ileri sürülecek talepler ilgili piyasanın bulunduğu ülkenin hukukuna tabidir. Kanunkoyucu MÖHUK m. 38 (2)'de hesaplanacak tazminata bir sınırlama getirmiştir. Buna göre Türk mahkemelerinde rekabetin engellenmesine hangi hukuk uygulanırsa uygulansın hâkimin takdir edeceği tazminat Türk hukukunda istenebilecek olandan fazla olamaz. Kanunkoyucu burada tek bir bağlama noktası öngörmüştür. Zarar görene ve dolayısıyla taraflara hukuk seçimi hususunda herhangi bir tasarruf hakkı tanımamıştır[577].

---

575 Tarman (Haksız Rekabet), s. 130-132.

576 Tiryakioğlu (Haksız Fiil), s. 215-216.

577 Bu seçimin yerinde olduğuna ilişkin olarak bkz. Tiryakioğlu, B.: **Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara 1997, s. 185; Tarman (Haksız Rekabet), s. 131.

5. Fikri Mülkiyet Haklarının İhlalinden Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluk

Fikri mülkiyet hukuku fikir ve sanat eserleri ile sınai mülkiyet hakları olarak iki alt başlıkta incelenir[578]. MÖHUK'un fikri mülkiyet haklarının ihlalinde uygulanacak hukukun tespitine ilişkin getirmiş olduğu hüküm bakımından bu ayrımın pratik bir öneminin olmadığı ifade edilmektedir[579]. MÖHUK m.23 (1) fikri mülkiyete ilişkin haklara uygulanacak hukuku kendisinden koruma talep edilen hukuka tabi kılmıştır. Bu düzenleme Roma II Tüzüğü m. 8 (1) ile paralel bir düzenlemedir. Bir başka deyişle her iki düzenleme bakımından esas alınan ölçüt koruma yeri ilkesidir. MÖHUK m. 23 (2), İsviçre IPRG m. 110 (2) ile paralel bir düzenleme benimseyerek fikri mülkiyete ilişkin hakların ihlalinden sonra taraflara mahkemenin hukukunu seçebilmelerine imkân tanımıştır. MÖHUK m. 23 (2), fikri mülkiyet haklarının ihlalinden doğan sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından taraflara hukuk seçimi imkânı tanımayan Roma II Tüzüğünden (m. 8 (3)) bu noktada farklılık arz etmektedir. Söz konusu sınırlı hukuk seçimi imkânıyla haksız fiilin, bir başka deyişle fikri haklara ilişkin ihlalin meydana gelmesinden sonra taraflar mahkemenin hukukunu (Türk hukuku) seçebilir ve böylelikle aynı davada birden fazla koruma yeri ülkesi hukukunun ihlal edilmesi halinde taleplerin hepsi tek bir hukuk çerçevesinde değerlendirilebilir[580].

---

578 Dardağan, E.: **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı,** Ankara 2000, s. 8; Pozitif düzenlemeler bakımından getirilmiş olan bu ayrımın kesin olarak yapılabilmesi konusundaki güçlükler için bkz. Dardağan, s. 8-9.

579 Doğan (Milletlerarası Özel), s. 356.

580 Erdem, B. B.: "Intellectual Property Rights in Turkish Private International Law and a Comparative Analysis on Applicable Law to Contractual Obligations", **Turkish and EU Private International Law –A Comparison-**, Paul Beaumont&Burcu Yüksel (*eds.*), İstanbul 2014, s. 233; Bir uyuşmazlığın hem haksız rekabet hem de fikri mülkiyet haklarına ilişkin uyuşmazlığa sebebiyet vermesi durumunda meselenin çözümüne ilişkin olarak bkz. Tarman (Haksız Rekabet), s. 97-99.

E. Diğer Sözleşme Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi

1. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Taleplerde Hukuk Seçimi

Sebepsiz zenginleşme bakımından sübjektif bağlama noktası MÖHUK m. 39 (2)'de düzenlenmiştir. Buna göre taraflar sebepsiz zenginleşmenin doğmasından sonra uygulanacak hukuku açık bir biçimde belirleyebilirler. Doktrinde, sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borç ilişkisi bakımından getirilen bu imkânın uygulamada işlerlik kazanmasının güç olduğu, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra uzlaşma niyetinde olan tarafların uyuşmazlığı yalnızca uygulanacak hukuk noktasında değil, maddi hukuk boyutuyla da sona erdirebilecekleri ifade edilmektedir[581].

Sebepsiz zenginleşme taraflar arasında önceden mevcut olan bir hukuki ilişkiden de kaynaklanabilir. Böyle bir durumda doktrinde bu hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun bununla ilişkili olan sebepsiz zenginleşmeye ilişkin talep açısından da uygulanması gerektiği savunulmaktadır[582].

2. Vekâletsiz İşgörmeden Doğan Talepler Bakımından Hukuk Seçimi

MÖHUK'ta vekâletsiz işgörmeye ilişkin bir bağlama kuralı mevcut değildir. Bu nedenle kanunda vekâletsiz işgörme ile ilgili kanunda "bilinçli"[583] bir boşluk bulunmaktadır. Milletlerarası unsuru haiz vekâletsiz işgörmeye ilişkin uyuşmazlıkta hâkimin maddi hukukta benimsenen boşluk doldurma yöntemini benimseyerek hâkim kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse onu uygulaması teklif edilmiştir[584].

---

581 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 309.

582 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 301-302. Roma II Tüzüğünün 10.maddesi bu durumu kural haline dönüştürmüştür.

583 Çelikel /Erdem, s. 442.

584 Nomer (2013), s. 85; Yüksel, s. 194.

Vekâletsiz işgörme TBK'da ele alınırken tek başlık altında ve TBK m. 526-531'de düzenlenmiştir. Bununla birlikte, doktrinde ağırlık kazanan görüşe göre vekâletsiz işgörme halleri iki ana başlık altında dörtlü bir ayrıma tabi tutulmalıdır[585]. Milletlerarası özel hukuk açısından ortaya çıkan kanundaki boşluk doldurulurken mevcut uyuşmazlığın bu dörtlü halden hangisine girdiği dikkate alınmalıdır. Buna göre, vekâletsiz işgörme ana olarak gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz işgörme olmak üzere ikiye ayrılmaktadır[586]. Bunlardan gerçek vekâletsiz işgörme caiz vekâletsiz işgörme ve caiz olmayan vekâletsiz işgörme olmak üzere ikiye ayrılır. Caiz gerçek vekâletsiz işgörmeye ilişkin vekâletsiz işgörme sözleşme ilişkisi olarak değerlendirilemez. Zira işgören ile iş sahibi arasında karşılıklı ve birbirlerine uygun irade açıklamalarından doğan bir hukuki işlem yoktur[587]. Buna karşın İsviçre hukukundaki yeni doktrine göre caiz gerçek vekâletsiz işgörme bir "fiili sözleşme ilişkisi" uygulamasıdır[588]. Bu nedenle tarafların caiz gerçek vekâletsiz işgörmeye ilişkin MÖHUK m. 24 hükümlerine gidilmesi mümkündür.

Caiz olmayan gerçek vekâletsiz işgörmede ise işgörenin somut olaydaki işgörmesi ve işgörenin farazi iradesine göre yapılan tarafsız bir incelemede işsahibi için "zorunlu bir işgörme"nin bulunmaması yahut işsahibinin geçerli ve bilinebilir iradesi ile işgörenin bu işi görmesinin açıkça veya örtülü olarak yasaklanmış olması nedeniyle caiz gerçek vekâletsiz işgörmede olduğu gibi taraflar arasında sözleşme benzeri bir ilişkiden bahsedilemez. Buna karşın tarafların birbirlerine karşı

---

585 Söz konusu ayrımlar bakımından daha ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan Akbıyık, A.: **Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme**, İstanbul 1999.

586 Gümüş, M.A.: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II**, 2.Baskı, İstanbul 2014, s. 225-227.

587 Gümüş (2014), s. 226.

588 Bkz. Gümüş (2014), s. 226-dn. 1237.

yönelttikleri talepler özü itibariyle çoğu zaman[589] sebepsiz zenginleşmeye ilişkin olması dolayısıyla söz konusu uyuşmazlıklarda tarafların sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlere ve dolayısıyla hukuk seçimine ilişkin 39.maddesinin 2.fıkrasına başvurmaları mümkündür.

Gerçek olmayan vekâletsiz işgörme ise bir kimsenin bir başkasının işini işsahibinin menfaatine olmadan çoğu zaman kendi lehine görmesidir[590]. Bunlardan iyiniyetli gerçek olmayan vekâletsiz işgörmede işgören vekâletsiz olarak başkasının menfaat alanına girerek, başkasının işini gördüğünden habersiz bir iş görürken "mazur görülebilir şekilde" kendisine ait bir işi gördüğü düşüncesiyle bir başkasının işini görmesi söz konusudur[591]. Burada işgörenin mevcut ihlali yaparken haksız fiilin unsuru olan kusuru bulunmadığı için iyiniyetli gerçek olmayan vekâletsiz işgörmede MÖHUK'un haksız fiile ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmaz. İyiniyetli gerçek olmayan vekâletsiz işgörmede işsahibi işgörene karşı taleplerini ancak iyiniyetli sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilir[592]. Bu nedenle tarafların sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlere ve dolayısıyla hukuk seçimine ilişkin 39.maddesinin 2.fıkrasına başvurmaları mümkündür.

Kötüniyetli gerçek olmayan vekâletsiz işgörmede ise işgören bilerek ve isteyerek ve hukuka aykırılık bilinciyle bir başkasının menfaat alanına girmektedir[593]. TBK'da bu ihlalin yaptırımı haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve diğer vekâletsiz işgörme çeşitlerinden ayrı ve çok daha ağırdır ve özü itibariyle sübjektif

589 Doktrinde aynı görüşü savunanlar için bkz. Gümüş (2014), s. 242-dn.1332.

590 Gümüş (2014), s. 226.

591 Gümüş (2014), s. 226.

592 Gümüş (2014), s. 252.

593 Gümüş (2014), s. 226-227.

zenginleşmenin (kazanç devri talebi)[594] ihlalciden istenmesini mümkün kılan kendine özgü bir hukuki kurumdur. Bu nedenle bu tip bir ilişkiyi nitelendirmek diğer vekâletsiz işgörme halleriyle bir tutmak mümkün değildir. Buna karşın kurumun iade talepleri bir kenara konursa bir ihlalin varlığı tartışmasızdır. Bu nedenle talep kısmı göz ardı edilerek tarafların MÖHUK m. 34 haksız fiil hükümlerine ve dolayısıyla hukuk seçimine ilişkin 5.fıkrasına gidebilmeleri mümkündür.

3. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (*Culpa in Contrahendo*)

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk ile ilgili olarak MÖHUK'ta herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi TBK'da da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk ile ilgili olarak doktrin ve uygulamada çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu hususta doktrinde başlıca üç görüş bulunmaktadır. Bunlar sözleşmeden doğan sorumluluk görüşü, haksız fiil sorumluluğu görüşü ve güven sorumluluğu görüşüdür[595].

Uygulamada ise Yargıtay'ın sözleşme öncesi görüşmelerin hukuki niteliğini kesin biçimde açıklayan içtihadı bulunmamaktadır. Buna karşın Yargıtay verdiği kararların bir kısmında söz konusu sorumluluğu sözleşmeden doğan sorumluluk olarak nitelerken[596] bir kısmında ise haksız fiil sorumluluğuna işaret etmiştir[597].

İsviçre Federal Mahkemesi ise verdiği kararlarında konuyu sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliğini belirlemekten ziyade

---

594 Kazanç devri talebi için bkz. Gümüş (2014), s. 247; Arkan Akbıyık, s. 47.

595 Işıntan, P: **Sözleşme Müzakereleri**, İstanbul 2009, s. 168. (Yayımlanmamış Doktora Tezi)

596 Örneğin bkz. Yarg.13.HD, 13.11.1995, E. 1995/9375 K. 1995/9860; Yarg. 19. HD, 30.11.2004, E. 2004/4912 K. 2004/11803; ayrıca bkz. Yarg. 3. HD, 15.9.1997, E. 1997/6603 K. 1997/8864; Yarg. 19. HD, 1.12.2005, E. 2005/2865 K. 2005/1959.

597 Örneğin bkz. Yarg. 13. HD, 31.3.2006, E. 2005/15654 K. 2006/4848.

uygulanacak hükümler için yapılacak tercihin sonuçları bakımından incelemiştir[598].

Kanımızca İsviçre Federal Mahkemesinin sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk bakımından benimsediği her olayın kendi içinde ayrı ayrı değerlendirilmesi görüşü yerinde bir görüştür. Buna göre taraflar sözleşme görüşmeleri sırasında daha sonra ortaya çıkacak anlaşmazlıklar ile ilgili olarak bir hukuk seçimi sözleşmesi yapmışlarsa bu durum Türk hukukuna göre geçerli olabilir ve MÖHUK m. 24 kapsamına girebilir. Bununla birlikte, tarafların böyle bir durumu öngörmeyip asıl olarak haksız fiile dayanarak taleplerini ileri sürdükleri bir anlaşmazlık ile ilgili olarak daha sonra MÖHUK m.34 (5)'e uygun olarak bir hukuk seçimi yapmaları mümkün olacaktır.

F. Seçilen Hukukun Uygulanmasından Vazgeçilen Durumlar

Türk milletlerarası özel hukukunda sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından yapılacak geçerli bir hukuk seçimi kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşabileceği gibi, hukuk seçimine konu olan hukuki ilişkinin konusu doğrudan uygulanan kuralların kapsamına da girebilir. Bu durumda yapılan hukuk seçimi kural olarak geçerli iken maddi anlamda uygulanabilir olmadığından hüküm ve sonuç ifade etmez.

1. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Uyuşmazlığın temeli haksız fiile dayanıyor olsa da tarafların yaptığı hukuk seçiminin bir anlaşma olduğu gerçeğini burada tekrar hatırlamak gereklidir. Dolayısıyla, burada aslen yapılan bir sözleşmenin doğrudan uygulanan kurallar nedeniyle hüküm ve sonuç doğurmayacağı ele alınmaktadır. Tarafların yapmış

---

598 Işıntan, s. 201.

oldukları hukuk seçimine getirilen sınırlamalardan biri doğrudan uygulanan kurallardır. Müdahaleci normlar olarak da adlandırılan bu kurallar bir ülkenin sosyal, politik veya ekonomik yapılanmasının korunması için uyulması zorunlu kurallar olarak tanımlanmaktadır[599]. Genel geçer bir doğrudan uygulanan kural tanımı yapılması da güçlük arz etmektedir; zira söz konusu kurallar her hukuk düzeni bakımından olduğu kadar aynı hukuk düzeni içinde zamanla farklılık gösteren bir niteliği haizdir[600]. II. Dünya Savaşı sonrası dönemde varlığından söz edilmeye başlayan doğrudan uygulanan kuralların devletin tarafların hukuki ilişkilerine kendi çıkarlarını korumak maksadıyla müdahalesi ile ortaya çıktığı ifade edilmektedir[601]. Bu anlamda devlet yapılanmasına ilişkin söz konusu kurallar özel çıkarların veyahut özel çıkarların korunması için uyulması zorunlu olan kuralların üzerindedir. Doğrudan uygulanan kurallar çoğunlukla kanunlar ihtilafı hukuku bakımından hukuk seçimi hususunda "dengeleyici"[602] niteliktedir. Bu kurallar kamu düzeni istisnasının devreye girmesine sebep olan mahkemenin hukukunun temel ilkelerine aykırılıktan, söz konusu kuralın uygulanmaması halinde devletin ekonomik, sosyal ve politik düzeydeki amaçlarının gerçekleşmesinin önüne geçilmesi hususu nedeniyle daha önemli bir yerde olduğu söylenebilir[603].

Bir kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığının anlaşılması için söz konusu kuralın amacı ve yerine getirdiği işlevin tespiti gereklidir; zira bu kuralların hazırlanması esnasında genel ve soyut olarak belirlenmiş olsa da hangi kuralın

---

599 Özdemir Kocasakal, s. 11; Erkan, M.: "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. XV, Y. 2011, Sa. 2, s. 83.

600 Özdemir Kocasakal, s. 15; Erkan, s. 83-84.

601 Özdemir Kocasakal, s. 12; Erkan, s. 84.

602 Özdemir Kocasakal, s. 22; Erkan, s. 84.

603 Özdemir Kocasakal, s. 22; Erkan, s. 84.

doğrudan uygulanan kural olduğu mevzutta tek tek sayılmamıştır[604]. Bir kuralın doğrudan uygulanan kural niteliği kanun koyucu tarafından çok istisnai olarak açık ya da zımnen tespit edilmektedir[605].

Doğrudan uygulanan kuralların uygulanması kanunlar ihtilafı kurallarından bağımsızdır[606]. Doktrinde savunulan görüşe göre doğrudan uygulanan kurallar, iç hukukta yer alan emredici kurallardan farklı olarak uluslararası düzlemde emredicilik taşımaktadır[607]. Başka bir anlatımla hukuki ilişkiye uygulanan kurallar farklı olsa da kamunun menfaati[608] nedeniyle bazı durumlarda *lex fori*nin doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınacaktır. Doktrinde bu tip kurallara örnek olarak döviz ve dış ticaret hukukunda yer alan yasaklar ile para ve kartel kanunlarıyla özel hukukta bulunan sözleşme yapma serbestisine getirilen sınırlamalar gösterilmektedir[609]. Doğrudan uygulanan kurallar açısından devletin örneğin sosyal olarak bir tarafı korumak amacıyla kanunda hükümler getirmesi durumunda, artık dogmatik olarak bu kuralların ilgili tarafı en iyi şekilde koruduğu varsayılır. Bir başka deyişle, bu kuralın ülkenin ekonomik, sosyal ve politik düzenini koruduğu kabul edildiğinde, söz konusu kuralın bu hususu ne kadar sağlayıp sağlamayacağı testine girilmemesi gerekir. Dolayısıyla tarafların fiilen daha geniş koruma sağlayan bir hukuku seçmiş olmaları doğrudan uygulanan kuralların bu özelliğini ortadan kaldırmaz[610]. Örneğin, taraflardan birinin tüketici olduğu bir uyuşmazlıkta hukuk seçimi yoluyla uyuşmazlığa Amerikan hukukunun uygulanması kararlaştırıldığında zarar görene daha geniş koruma sağlayan

---

604 Özdemir Kocasakal, s. 15; Erkan, s. 85.

605 Özdemir Kocasakal, s. 25; Erkan, s. 85.

606 Turhan (İka Yeri), s. 142.

607 Güngör (Yakınlık Yaklaşımı), s. 95; Sargın (Patent), s. 125.

608 Nomer (2013), s. 183.

609 Nomer (2013), s. 182.

610 Karş. Özdemir Kocasakal, s. 106.

Amerikan hukuku Türk maddi hukukunun bu anlamda doğrudan uygulanan kural olması nedeniyle uygulama alanı bulamaz. Tüketici hukukunun doğuşunun sebebi tüketicinin korunmasıdır. Pazarın genişlemesiyle birlikte mal ve hizmet sunanlar ile bunun tarafı olan zayıf durumdaki tüketici ekonomik ve sosyal amaçların yanısıra bilgisizliğinden kaynaklanan güçsüzlüğü nedeniyle korunması gereklidir[611]. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası devlete "Ekonomik Hükümler" başlığını taşıyan ikinci bölümünde yer alan m. 172 tüketicileri, m. 173 de esnaf ve zanaatkârları koruyucu tedbirleri almaya yönlendirirken buradaki iradesinin tüketici haklarının tanınmasında toplum yararını gözettiği anlaşılmaktadır[612]. Bu nitelikleri dolayısıyla tüketiciye ilişkin kurallar doğrudan uygulanan niteliği haizdir. Bu kuralların doğrudan uygulanan niteliği 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un[613] "Amaç" başlıklı 1.maddesinde de ifade edilmektedir. Bu çerçevede tarafların TKHK m. 3'e göre tüketici aradaki işlemin tüketici işlemi olması halinde tarafların yine aynı maddede sayılan kimseler ile yaptığı haksız fiile ilişkin hukuk seçimi anlaşması doğrudan uygulanan kurallar nedeniyle hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Örneğin, Çin menşeili bir telefon satıcısının tüketici ile yaptığı satış sözleşmesinde mal nedeniyle daha sonra ortaya çıkabilecek ayıplara ilişkin uygulanacak hukuku Çin hukukuna tabi kılması doğrudan uygulanan kural niteliğinde olan TKHK nedeniyle geçerli olmayacaktır.

Devletin ekonomik ve sosyal politikalarını gerçekleştirmesi amacıyla getirilen bir doğrudan uygulanan kurala örnek olarak 3213 sayılı Maden Kanunu[614] verilebilir.

---

611 Sirmen, L.: "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri", **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, 2013, C. 8, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, s. 2466.

612 Sirmen, s. 2467-2468.

613 RG. 28/11/2013-28835.

614 RG. 15/06/1985-18785.

Kanunun 4.maddesi uyarınca madenlerin devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu ve içinde bulundukları arzın mülkiyetine tabi olmadıkları hükme bağlanmaktadır. Bu ifadeden kanun koyucunun söz konusu kuralları doğrudan uygulanan kural olarak uygulanmasını istediği anlaşılmaktadır. Taraflar Maden Kanunu'nun kapsamında yer alan bir haksız fiile ilişkin hukuk seçimi anlaşması yaptıklarında seçilen hukuk yerine hukuki uyuşmazlığa Maden Kanunu'nun söz gelimi "İrtifak, İntifa ve Kamulaştırma" başlıklı 46. maddesi uygulanacaktır. Bu madde uyarınca ruhsat sahibinin arazide gerçekleştirdiği faaliyetle ilgili ve bu faaliyet esnasında sahaya zarar vermesi durumunda adli mercilerin tespit edeceği tazminatın arazi sahibine ödenmesi ve sahayı kullanılabilir durumda terk etmekle yükümlüdür. Bundan başka 6491 sayılı Petrol Kanunu[615] yine doğrudan uygulanacak kurallar arasında gösterilebilir. Kanunun "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1.maddesi kanunun amacını Türkiye Cumhuriyeti petrol kaynaklarının milli menfaatlere uygun olarak hızlı, sürekli ve etkili bir şekilde aranmasını, geliştirilmesini ve üretilmesini sağlamak olarak belirlemiştir. Bu hükümden söz konusu kanunun devletin ekonomik ve politik amaçlarının söz konusu kanun hükümleri ortaya konulduğu söylenebilir. Örneğin, Kanunun "Yasaklar ve Özel Hükümler" başlıklı 22.maddesinin 4.fıkrası uyarınca işlem yapılan arazinin maliki veya zilyedi bulunan kişi, arazi, arazinin bulunduğu yerdeki tesislere zarar vermesi halinde petrol hakkı sahibinin bu zararı ve arazinin maliki olan kişinin mahrum kaldığı işletme kazancı veya ürün bedelini ödemekle yükümlü olduğunu hükme bağlamıştır. Bu çerçevede, tarafların bu kanunda düzenlenen haksız fiile ilişkin hukuk seçimi yapmaları halinde söz konusu hükmün doğrudan kural olması nedeniyle bu seçimleri dikkate alınmayacak ve uyuşmazlık hakkında Türk hukuku uygulanacaktır. Devletin

615 RG. 11/06/2013- 28674.

sosyal politikalarının yansıması olan kanunlardan biri de 2872 sayılı Çevre Kanunu'dur. Söz konusu kanunun "Amaç" başlıklı 1.maddesi kanunun bütün canlıların ortak varlığı olarak kabul edilen çevre, gelecek kuşakların ihtiyacını duyacağı kaynakların varlığı ve kalitesinin tehlikeye atılmadan, hem bugünün hem de gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin sosyal, ekonomik, fiziki ya da buna benzer amaçlar arasında ayrım gözetilmeksizin ıslahı, korunması ve geliştirilmesi süreci olarak ifade edilen sürdürebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunması amacıyla çıkarıldığını hükme bağlamaktadır. Kanunun "Tehlikeli Kimyasal ve Atıklar" başlıklı 13.maddesinin 6.maddesi "*Tehlikeli kimyasalların üretimi, satışı, depolanması, kullanılması ve taşınması faaliyetleri ile tehlikeli atıkların toplanması, taşınması, geçici ve ara depolanması, geri kazanımı, yeniden kullanılması ve bertarafı faaliyetlerinde bulunanlar, bu Kanun ile getirilen yükümlülükler açısından müteselsilen sorumludurlar. Sorumlular bu Kanunda belirtilen meslekî faaliyetleri nedeniyle oluşacak bir kaza dolayısıyla üçüncü şahıslara verebilecekleri zararlara karşı tehlikeli kimyasal ve tehlikeli atık malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorunda olup, faaliyetlerine başlamadan önce Bakanlıktan gerekli izni alırlar. Sigorta yaptırma zorunluluğuna uymayan kurum, kuruluş ve işletmelere bu faaliyetler için izin verilmez.*" hükmü getirmiştir. Bu çerçevede, zehirli atıklar ile ilgili olarak doğabilecek haksız fiillere ilişkin hukuk seçimi yapılması halinde bu hukuk seçimi dikkate alınmayacak, Türk hukukunun söz konusu kuralları doğrudan uygulanan kural olarak uyuşmazlığa uygulanacaktır[616].

Canlıdan organ nakli konusunda Türk hukukunda yer alan kurallar doğrudan

---

[616] Açık denizde meydana gelen petrol kirliliğinden kaynaklanan çevre zararları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Çörtoğlu Koca, S.: "Milletlerarası Özel Hukuka Göre Açık Denizlerde Meydana Gelen Çevre Kirliliğine Uygulanacak Hukuk", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 806 vd.

uygulanan kural olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla, bir insandan diğer insana böbrek nakli yapılmasının haksız fiil teşkil ettiği durumlarda taraflar bir hukuk seçimi yapmış olsa da Türk hukukunun ilgili hükümleri doğrudan uygulanacaktır. Buna karşın kadavradan organ nakli konusunda hukuk seçimi açısından aynı netlik bulunmamaktadır. Ölenin yakınlarının rızası olmadan kadavradan organ nakli yapılması konusunda kadavranın kişiliğinin bulunmaması; fakat doğrudan taşınır eşya da sayılamaması durumu ve kadavra açısından haksız fiilin haksızlığının kime karşı ortaya çıkacağı hususu, daha sonra hukuk seçimi sözleşmesi yapacak taraflar açısından belirsizliğe sebep olmaktadır[617].

MÖHUK'ta doğrudan uygulanan kurallar m. 6 ve 31'de düzenlenmiştir. Doktrinde uygulama alanının belirlenmesi açısından yabancı kanun koyucu ve uygulama alanına uyulmasının zorunlu olduğu, böyle bir uygulama yoksa davayı görmekte olan hakimin o devletin hakimi gibi hareket ederek söz konusu kuralın uygulama alanının tespitini yapması gerektiği ifade edilen ve MÖHUK m. 31'de "yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde" uygulanacak olan üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları, sadece sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından söz konusu olacağından çalışmamız kapsamı dışında kalmaktadır[618].

Daha önce verilen bilgiler ışığında tarafların yaptıkları hukuk seçimi ile ilgili hukuki uyuşmazlıkta doğrudan uygulanması gereken kuralların varlığı halinde ilgili

---

617 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Uyanık Çavuşoğlu, A.: "Milletlerarası Özel Hukukunda Organ Nakli", **Milletlerarası Özel Hukuk Perspektifiyle Biohukuk- Toplantı Sunum ve Tartışmalar, İstanbul Medipol Üniversitesi Biohukuk Uygulama ve Araştırma Merkezi**, Ankara 2013, s. 75-103.

618 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Erkan, s. 86 vd.

uyuşmazlığa, yabancı hukuka gidilmeksizin, bu kurallar tatbik edilecektir.

2. Kamu Düzenine Aykırılık

Medeniyet farklılıklarının kendini daha çok gösterdiği aile ve şahsın hukuku alanında karşılaşılan[619] kamu düzeni müdahalesi, milletlerarası unsurlu bir uyuşmazlıkta, bu uyuşmazlığın herhangi bir doğrudan uygulanan kuralın uygulama alanına gimediğinin belirlenmesinden sonra, yetkili yabancı hukukun tespiti neticesinde bu hukukun mahkemenin hukukunun temel prensipleri ile çatışması halinde uygulanmasından vazgeçilmesi durumudur. MÖHUK'ta, Roma II Tüzüğü m. 14 somut olayın bütün unsurlarının seçilen hukuktan başka bir ülkede bulunması hususunu[620] ikinci ya da somut olayın unsurlarının iki ya da daha fazla üye ülkede bulunması hususunu düzenleyen[621] üçüncü fıkraları ile benzerlik ihtiva eden herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bundan başka MÖHUK, Roma II Tüzüğü 17.maddesinde düzenlenen emniyet ve asayiş kuralları benzeri bir hüküm içermemektedir. Türk hukuku bakımından somut olayın bütün unsurlarının seçilen hukuktan ziyade Türkiye'de bulunması halinde kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olacağı ve seçilen hukukun uygulanmasından vazgeçilerek Türk hukukunun uygulanacağı söylenebilir.

---

619 Özdemir Kocasakal, s. 22.

620 Bu durumda hukuk seçimi söz konusu ülkenin sözleşme ile bertaraf edilemeyecek kurallarına halel getirmeyecektir. Roma II Tüzüğünün 14.maddesinin 2.fıkrasında emredici kurallar ifadesine yer verilmemiştir. Roma 14 (2) somut olayın tamamı ile ilişkili olduğu ülke hukukunun emredici kurallarına ilişkindir. Söz konusu fıkra emredici kural ifadesine yer vermemiş olsa da fıkranın herhangi bir hukuk seçiminin olmadığı, saf bir iç hukuk meselesi söz konusu olsaydı, uygulanacak ülke hukukunun emredici kurallarına gönderme yaptığı ifade edilmiştir. Maddede yer alan ifade ise sözleşme ile değiştirilmesi mümkün olmayan kurallardır.

621 Roma II Tüzüğü 14 (3) somut olayın bir ya da birden fazla üye ülke ile tamamıyla ilişkili olması ve tarafların bu Üye Devletten başka bir devletin hukukunun uygulanacağını kararlaştırmış olmaları halinde Birlik hukukunun emredici hükümlerinin uygulanmasına halel getirmeyeceğini ifade eder.

Türk milletlerarası özel hukuku bakımından doktrinde kamu düzeni kavramının başlıca üç kısımda ele alınacağı ileri sürülmektedir. Bunlar sırasıyla genel ahlak ve adap, Türk kanunlarının esas kuralları ve Türk kanunlarının dayandığı genel siyasettir[622]. Doktrinde milletlerarası özel hukukta kamu düzeni hallerinin kesin olarak önceden tespit edilemeyeceği görüşü hâkimdir. Bunun nedeni olarak kamu düzeninin zaman, yer ve konu bakımından değişken bir kavram olması gösterilmektedir[623].

İrade muhtariyeti ilkesinin kanunlar ihtilafındaki görünüş biçimi olan hukuk seçimi, sübjektif de olsa özü itibariyle bir bağlama noktasıdır. Dolayısıyla diğer bağlama noktalarına tatbik edilecek olan doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzenine ilişkin olan kurallardan bağışık tutulamaz. Buna karşın kanun tarafların serbest iradelerine izin verdiği ve irade muhtariyetinin özel hukukun ruhunda korunması gerekli bir prensip olduğu dikkate alındığında kamu düzeni kurallarının burada uygulanırken objektif bağlama noktalarına nazaran çok daha dikkatli ve sınırlı bir yaklaşım benimsenmesi gerektiğini düşünüyoruz[624].

Kamu düzeni müdahalesine uğrayabilecek haksız fiile ilişkin bir hukuk seçimi anlaşması bakımından Türk kadın ve yabancı erkek arasında evlilik öncesi yapılan sözleşmede tarafların kesin boşanma sebepleri arasından yalnız zinayı boşanma sebebi olarak kararlaştırdıkları ve bunun ispat aracı olarak sadece resim ve video kaydının kabul edilebileceği ve tazminatın ise Amerikan hukukuna göre hesaplanacağını kararlaştırmaları örnek verilebilir. Bu durumda tarafların kanunda gösterilen mutlak

622 Ökçün, A.: **Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, Ankara 1997, s. 101-102.

623 Ökçün, s. 108.

624 Aynı yönde bkz. Nygh, s. 376-397.

boşanma sebeplerini[625] zina ile sınırlandırmaları mümkün değildir. Bu anlamda, tarafların aralarındaki haksız fiile ilişkin yapmış oldukları söz konusu hukuk seçimi anlaşması iki yönüyle kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşır. Öncelikle kanunda sayılmış boşanma sebepleri tarafların iradesiyle sınırlandırılamaz ve hâkimin delilleri takdir yetkisi TMK m. 184'e aykırı olarak değiştirilemez. Bunun dışında hâkim taraflara uygun bir tazminatın verilmesine hükmeder. Anlaşmazlığa Amerikan hukukundan kaynaklanan tazminatın uygulanması fahiş miktarları ortaya çıkarttığı takdirde bu konuda Türk kamu düzeni bakımından açıkça bir aykırılık, bir başka deyişle katlanılamaz bir durumun söz konusu olduğundan bahisle hukuk seçiminin geçersiz olduğu ileri sürülebilir. Bununla birlikte, açık bir aykırılığın bulunmadığı durumlarda boşanmanın bu veçhesi bakımından yapılan hukuk seçiminin geçerli olacağını düşünüyoruz.

Kanunkoyucu sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından taraflara hukuk seçimi yetkisi vermeden önce objektif bağlama noktaları belirlemiş ve bunları sıralamıştır. Her hukuki anlaşmazlıkla ilgili olarak aslında bu hukuklardan en sıkı ilişki içindeki hukuk tarafların hukuk seçimi ile bertaraf edilmektedir. Bu nedenle kamu düzeni müdahalesi nedeniyle uygulanmayan kuralların oluşturduğu boşluk aynı maddede öngörülmüş olan bağlama noktalarından en sıkı ilişkili hukukun burada uygulanacak hükümleri ile doldurulması gerektiğini düşünmekteyiz.

---

625 Mutlak boşanma sebepleri için bkz. Dural, M. / Öğüz, T. / Gümüş, M. A.: **Türk Özel Hukuku Cilt 3 Aile Hukuku**, İstanbul 2008, s. 101 vd; Akıntürk, T. / Ateş Karaman, D.: **Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku Yenilenmiş**, İstanbul 2012, s. 243 vd.; Kılıçoğlu, A. M.: **Aile Hukuku**, Ankara 2015, s. 110 vd.

SONUÇ

Çalışma kapsamında Türk milletlerarası özel hukukunda sözleşme dışı borç ilişkilerinde hukuk seçimi imkânı incelenmiştir. Bu çerçevede irade muhtariyeti ilkesi ve AB'nin medeni ve ticari konularda iş birliği çerçevesinde 2007 yılında kabul ettiği ve 2009'dan beri yürürlükte olan Roma II Tüzüğü incelenerek Türk hukuku bakımından bu hususta ne gibi değişikliklerin getirilebileceği tespit edilmiştir. Bu anlamda, öncelikle sözleşme dışı borç ilişkilerinin kapsamına hangi hukuki ilişkilerin girdiği AB ve Türk hukuku açısından belirlenmiştir. İrade muhtariyeti kavramının özellikle kanunlar ihtilafı hukuku boyutu incelenmiş ve tarafların doğmuş ya da doğması muhtemel hukuki ilişkilerine bir ülkenin emredici ve tamamlayıcı bütün kurallarının tümünün uygulanmasının kararlaştırmaları ve bu hukuki ilişkiye tarafların böyle bir kararlaştırma yapmadıkları takdirde uygulanacak hukukun emredici ve tamamlayıcı hükümlerini bertaraf etmeleri olarak tanımlanabilecek hukuk seçimi serbestisinin milletlerarası unusrlu borç ilişkilerinde seçilmesi hususu tartışılmıştır. Bu anlamda sözleşme özgürlüğü kavramı da açıklanmış, milletlerarası özel hukuk ve maddi hukuk bakımından irade muhtariyetinin farkları tespit edilmiştir. Milletlerarası özel hukukta irade muhtariyetinin meşruiyetinin anayasalarda teminat altına alınan sözleşme özgürlüğü ile sağlanıp sağlanamayacağı noktasında ise sözleşme özgürlüğüne ilişkin düzenlemelerin irade muhtariyeti temelli olduğu ile kanunlar ihtilafı alanında hukuk seçiminin irade muhtariyeti ve sözleşme özgürlüğü prensiplerinin bir ürünü olduğu çalışma kapsamında ifade edilmiştir. Bununla birlikte Birlik düzeyinde irade muhtariyetinin aynı temellere dayandırılamayacağı; Birliğin ulaşmak istediği iç pazarın düzgün işleyişi hedefini birtakım başka özgürlükler ile sağlandığı görülmektedir. Taraflara kanunlar ihtilafı alanında hukuk seçme serbestisi

tanınmasının taraflara en iyi biçimde gözetecekleri hukuku esas alabilmelerine olanak tanıdığı, hukuki kesinlik ve öngörülebilirliği sağladığı da çalışma kapsamında varılan bir başka sonuçtur. Bu anlamda sözleşme dışı borç ilişkileri ve özellikle haksız fiillerin kanundan doğan borçlar olması tarafların bu borç ilişkileri bakımından hukuk seçimi yapmalarına engel değildir. Bölümün sonunda ise tarafların sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuku seçmeleri hususunda AB ve Türk hukukunda getirilen seçim biçimleri açıklanmıştır.

İkinci bölümde sözleşme dışı borç ilişkilerinde hukuk seçimi imkânı getiren Roma II Tüzüğünün tarihsel gelişimi açıklanmış, bazı Komisyonlarda sözleşme dışı borç ilişkilerinde hukuk seçimi meselesinin nasıl ele alındığını incelenmiştir. Bu noktada Birlik ülkeleri arasında sözleşme dışı borç ilişkisine atfedilen anlamın yeknesak bir kavram oluşturulması yönünde yarattığı güçlük göze çarpmaktadır. Komisyonlarda ayrıca hukuk seçiminin şekli ve zamanı konusunda da çok çeşitli görüşlerin ileri sürülmüştür. Roma II Tüzüğünün hukuk seçimine ilişkin 14.maddesi Tüzüğün sistematiği içinde incelendikten sonra maddenin hukuk seçiminin şekli ve zamanı ve bazı özel haksız fiil türleri bakımından getirmiş olduğu sınırlamaları ve bunun altında yatan nedenler açıklanmıştır. Bu bağlamda Tüzük m. 14 (2) hukuk seçimi anlaşmasını bir maddi hukuk sözleşmesine dönüştürür ve seçilen hukukun hükümlerinin sözleşmeye *incorporate* edilmiş olur. Tüzük m. 14 (3) ile Birlik hukukunun emredici hükümlerine riayet edilmesi sağlanmıştır. Bu madde 2.fıkradaki düzenlemenin Birlik seviyesine çıkarılmış hali olarak düşünülebilir. Tüzüğün doğrudan uygulanan kurallar, mahkemenin kamu düzeni ve emniyet ve asayiş kuralları yönünden getirmiş olduğu sınırlamaları hukuk seçimine ilişkin maddesi bağlamında incelenmiştir. Bundan başka Tüzük bağlamında atfın tamamen reddedildiği

görülmektedir. Tüzüğün sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz işgörme, sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk ve üye ülke La Haye sözleşmesine taraf olmadığı sürece imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu bağlamında hukuk seçimi yapılabilmesine herhangi bir sınırlama getirmediğinin tespitinden sonra, hukuk seçiminin kabul edilmediği özel haksız fiil türleri açısından seçimin kapsam dışında bırakılmasının sebepleri açıklanmıştır. Bu hususlarda özellikle haksız rekabet ve rekabetin engellenmesi hususunda kamu menfaatinin korunması gereken durumların söz konusu olmadığı hallerde dahi hukuk seçimi yapılamamasının, bir başka deyişle Tüzük m. 6 (4)'ün kapsamının genişletilmediğinin nedenleri ortaya konmuştur. Fikri mülkiyet haklarının ihlali bakımından da Tüzüğün benimsemiş olduğu ülkesellik ilkesinin bir sonucu olarak hukuk seçimini kabul etmediğini, bir başka deyişle evrensellik prensibine bu anlamda yer vermemesi nedeniyle bu hususta hukuk seçiminin kapsam dışı bırakıldığı görülmektedir. Kamu menfaatinin taraf iradelerinin önüne geçip geçmediğinin tespitinin yapıldığı çevresel zararlar ve endüstriyel faaliyetler bağlamında ise çevre zararları bakımından yüksek standartlara sahip çevre politikasını koruma iradesinin karşısında zarar göreni koruma amacı güden hukuk seçimine izin verildiği görülürken, endüstriyel faaliyetler bakımından getirilen bu imkanın uygulamada başvurulabilir olduğuna şüphe ile yaklaşılmaktadır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise Türk milletlerarası özel hukukunda sözleşme dışı borç ilişkilerinde hukuk seçimi imkânı incelenmiştir. Bu anlamda Türk hukukundaki mevcut durum incelenmiş, Roma II Tüzüğünün bu noktada Türk hukukunda bu hususta görülen eksikler bakımından yol gösterici olup olmadığı tartışılmış, hukuk seçimi bağlamında birtakım öneriler getirilmiştir. Bu anlamda öncelikle Muvakkat Kanun döneminde Türk hukukundaki irade muhtariyeti

anlayışının günümüzde Türk milletlerarası özel hukukunda benimsenen irade muhtariyeti kavramından farklı olduğu ifade edilmiştir. Söz gelimi tarafların aksini kararlaştırmadıkları halde Türk hukukunun uygulacağı hukuki ilişkileri bakımından hukuk seçimi yapmış olmaları halinde bu seçimin Türk hukukunun emredici kuralları ile sınırlanmıştır. Daha sonra 2675 sayılı yasanın yürürlüğe girmesiyle bu anlayış terk edilmiş, en azından sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından tarafların böyle bir sınırlamaya tabi olmaksızın hukuk seçebilecekleri kabul edilmiştir. Bu dönemde sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından ise hukuk seçimi yapılması yönünde kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. 2007 yılında yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK ise haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından sınırlı da olsa bir hukuk seçimine yer vermiş, bazı özel haksız fiil türleri bakımından haksız fiile ilişkin genel düzenlemeden ayrılarak zarar görene tek taraflı bir hukuk seçme imkânı vermiştir. Haksız fiilde hukuk seçimine ilişkin genel kuralda yer alan MÖHUK m. 34 (5) Roma II Tüzüğü ile karşılaştırıldığında, öncelikle maddenin hazırlanmasında Tüzüğün kendisi dikkate alınmadığı gibi Tüzüğün hazırlık çalışmalarının da söz konusu maddelerin hazırlanmasında dikkate fazla alınmadığı dikkat çekmektedir. Bu anlamda daha çok İsviçre IPRG esas alınarak bir çalışma yürütüldüğü söylenebilir. Bu nedenle MÖHUK m. 34 (5) Roma II Tüzüğü m. 14'ten önemli farklar arz edecek etmesinin yanısıra MÖHUK'a bir örnek oluşturması noktasında da temkinli yaklaşılması gereken bir düzenlemedir; zira Birliğin malların, hizmetlerin, kişilerin, sermayenin serbest dolaşımını öngören anlayışı karşısında Türk hukukunda böyle bir amaç güdülmemektedir.

Roma II Tüzüğü taraflara halin şartlarından yeterli bir kesinlikle anlaşılabilen hukuk seçimi yapmalarına izin verirken MÖHUK m. 34 (5)'te böyle bir düzenlemeye

yer verilmediği görülmektedir. Bu anlamda zımni hukuk seçimi her ne kadar mahkeme aşamasında taraflardan birinin iddiasını söz gelimi Türk hukukuna dayandırması ve diğer tarafın da cevap dilekçesinde Türk maddi hukukuna göre cevap vermesi ile gerekçelendirilmekte ise de bu görüşü farazi hukuk seçimine yaklaşması dolayısıyla kabul etmek mümkün değildir. Bununla birlikte zımni hukuk seçiminin MÖHUK m. 34 (5) bağlamında tanınmasının hükmün uygulanabilirliğini arttıracağı savunulabilir. Roma II Tüzüğü m. 14 taraflardan her birinin ticari bir faaliyet yürütüyor olması koşuluyla taraflara sözleşme dışı borç ilişkisinin gerçekleşmesinden önce de hukuk seçimi yapabilmesi imkânı getirilmiştir. Hükmün zayıf tarafı yeterince korumadığı bu amaçla maddede getirilen serbestçe müzakere edebilme koşulunun dahi her durumda pazarlık gücü yüksek tarafın lehine olacağına ilişkin görüş bir yana bırakıldığında söz konusu hükmün Türk hukukunda da benimsenmesi yönünden herhangi bir sakınca yoktur. Hatta Türk hukuku bağlamında, Birlik hukukunun iç pazarın düzgün işleyişi amacının burada izlenemediğinden hareketle, kişisel menfaatlerin ön planda tutulması gerektiği ve tarafların risk ve sorumlulukları önceden hesaplamalarının yararlarına olacağı belli sözleşme dışı borç ilişkileri yönünden uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce de hukuk seçimi sözleşmelerinin akdedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu husus edim menfaatlerinin yanısıra onunla aynı önemi haiz bir diğer menfaat olan koruma menfaatinden kaynaklanır. Tarafların hem kendi hem de karşı tarafın menfaatlerini korumak için aralarında yapacakları sözleşme dışında kalan bir borç ilişkisi ortaya çıktığında veya aralarında sözleşmenin o ya da bu şekilde doğmamış ya da ortadan kalkmış olması halinde ortaya çıkacak zararlara karşı, bu zararın önceden tespiti ve giderilmesine yönelik, haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra olduğu kadar önceden hukuk seçimi anlaşması yapmaları şeklide mümkün olur. Bundan başka

uyuşmazlığın meydana gelmesinden sonra hukuk seçimi hususunda uzlaşma niyetinde olan tarafların uyuşmazlığın maddi hukuk boyutunda da çözüme ulaşacaklarından bahisle uygulama alanını sınırladığı ifade edilebilir. Burada belirtilmesi gereken bir diğer husus haksız fiile ilişkin hukuk seçimi anlaşmasının tarafların yaptıkları iş sözleşmesinin kapsamı dışında kalan haksız fiillere, bir başka deyişle sözleşme dışı oluşan hukuki ilişkiye dair bir hukuk seçimi olduğu hususudur. Taraflar haksız fiile ilişkin hukuk seçimini iş sözleşmesi içerisinde kaleme alsalar da yapılan hukuk seçimi anlaşmasının iş sözleşmesi ile aynı taraflardan oluşan; fakat farklı bir borç ilişkisini düzenleyen ayrı bir sözleşme olduğu gerçeği gözden kaçmamalıdır. Burada iki bağımsız sözleşmenin taraflarca niteliklerini koruyarak kanunun öngörmediği bir biçimde, aynı sözleşme içinde, varlık ve geçerlilikleri kural olarak birbirine bağlı bir biçimde bir araya getirmeleriyle ortaya çıkarılmış bir bileşik sözleşme söz konusu olmaktadır.

Tarafların hukuk seçimi yapmış oldukları hukuki ilişkinin tüm unsurlarıyla tek bir ülkede toplanması halinde bu ülkenin emredici kurallarının bertaraf edilemediğine ilişkin Roma II Tüzüğü m. 14 (2) düzenlemesinin bir benzeri MÖHUK'ta yer almasa da bu hususta kamu düzeni müdahalesinin devreye girebileceği düşünülebilir. İlgililer için çok daha ağır bir sorumluluk türü olan ve öngörülebilirliği noktasında da herhangi bir itirazla karşılaşılması mümkün olmayan tehlike sorumluluğu için MÖHUK'un herhangi bir düzenleme getirmemesi karşısında Roma II Tüzüğü m. 2 (2)'den hareketle bu anlaşmaya da geçerlilik tanınması görüşü çalışma bağlamında savunulmaktadır. Buna karşın aksi düşünüldüğünde, zarar verenin bu sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi halinde ise TMK m.2 bağlamında hakkın kötüye kullanılması yasağı devreye girmesi söz konusu olur.

Bazı özel haksız fiil türleri bakımından MÖHUK'un getirmiş olduğu düzenlemelere bakıldığında kişilik haklarının basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlali ile kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi edinme hakkının sınırlanması yolu ile ihlal edilmesinden doğan talepler zarar görenin daha fazla korunma ihtiyacı içinde olduğundan hareketle zarar görene bazı ihlal türleri bakımından tek taraflı bir hukuk seçimi imkânı tanındığı görülmektedir. Aynı düzenlemeye Roma II Tüzüğü bağlamında rastlanmamaktadır; zira üye ülkelerde kişilik haklarının ihlaline ilişkin düzenlemelerin birbirinden önemli ölçüde farklılık arz etmesi böyle bir düzenleme getirilmesine engel olmuştur. İmalatçının sözleşme dışı sorumluluğu bağlamında zarar görenin tek taraflı hukuk seçimi imkânının malın üreticisi, objektif bir şekilde ürünün iktisap edildiği ülkede piyasaya sürüleceğini öngöremiyor ve bunu kanıtlayabiliyorsa devre dışı kaldığı görülmektedir. Aynı husus imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu bağlamında Tüzük kurallarının işlediği noktada bu noktada hukuk seçimi bakımından herhangi bir sınırlama getirilmediğinden daha geniş olarak düzenlendiği söylenebilir. MÖHUK ve Roma II Tüzüğü haksız rekabet ve rekabetin engellenmesi noktasında paralel bir hüküm benimsemiş ve bu hususta hukuk seçimine izin vermemiştir.

MÖHUK sebepsiz zenginleşme bakımından da yalnızca sebepsiz zenginleşmenin gerçeklemesinden sonra tarafların yapacağı açık bir hukuk seçimine izin vermiştir. Bu noktada haksız fiiller bakımından yapılan eleştiri sebepsiz zenginleşme bakımından da yapılabilir. Buna göre tarafların söz konusu hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk noktasında bir ulaşıya varma niyeti içinde olmaları, tarafların uyuşmazlığı maddi hukuk boyutuyla da sona erdirebilecekleri gerekçesiyle hükmün uygulama alanının oldukça daraldığı ifade edilmektedir. Bu noktada Roma II

Tüzüğünde benimsenen objektif bağlama noktası yanında taraflara Roma II Tüzüğü m. 14'ün tanığı genişlikle bir hukuk seçimi imkânının Türk hukuku bakımından da getirilmesi gerekmektedir. Vekâletsiz işgörme bakımından Türk hukukunda yapılan ayrımlar bağlamında her bir ayrımın haksız fiile ilişkin MÖHUK m. 34 (5) kapsamına mı yoksa MÖHUK m. 39 (2) kapsamına mı girdiği belilenebilir.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk bakımından ise fer'i bağlanma kuralının kabul edilerek taraflar sözleşme görüşmeleri sırasında daha sonra ortaya çıkacak anlaşmazlıklar ile ilgili olarak bir hukuk seçimi sözleşmesi yapmışlarsa bu durum Türk hukukuna göre geçerli olabilir ve MÖHUK m. 24 kapsamına girebilir. Bununla birlikte, tarafların böyle bir durumu öngörmeyip asıl olarak haksız fiile dayanarak taleplerini ileri sürdükleri bir anlaşmazlık ile ilgili olarak daha sonra MÖHUK m.34 (5)'e uygun olarak bir hukuk seçimi yapmaları mümkün olur.

MÖHUK m. 23 (2), fikri mülkiyet haklarının ihlalinden doğan sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından taraflara hukuk seçimi imkânı tanımayan Roma II Tüzüğünden (m. 8 (3)) bu noktada farklılık arz etmektedir. Söz konusu sınırlı hukuk seçimi imkanıyla haksız fiilin, bir başka deyişle fikri haklara ilişkin ihlalin meydana gelmesinden sonra taraflar mahkemenin hukukunu (Türk hukuku) seçebilir ve böylelikle aynı davada birden fazla koruma yeri ülkesi hukukunun ihlal edilmesi halinde taleplerin hepsi tek bir hukuk çerçevesinde değerlendirilebilir.

Seçilen hukukun uygulanmasından vazgeçilen durumlardan doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili olarak devletin örneğin sosyal olarak bir tarafı korumak amacıyla kanunda hükümler getirmesi durumunda, artık dogmatik olarak bu kuralların ilgili tarafı en iyi şekilde koruduğu varsayılır. Bir başka deyişle, bu kuralın ülkenin ekonomik, sosyal ve politik düzenini koruduğu kabul edildiğinde, söz konusu kuralın

bu hususu ne kadar sağlayıp sağlamayacağı testine girilmemesi gerekir. Dolayısıyla tarafların fiilen daha geniş koruma sağlayan bir hukuku seçmiş olmaları doğrudan uygulanan kuralların bu özelliğini ortadan kaldırmaz. Bundan başka Türk hukukunda doğrudan uygulanan kural olarak sayılabilecek bazı düzenlemelerden de çalışma bağlamında değerlendirilmiştir. Kamu düzeni müdahalesi hususunda Türk hukuku bakımından somut olayın bütün unsurlarının seçilen hukuktan ziyade Türkiye'de bulunması halinde kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olacağı ve seçilen hukukun uygulanmasından vazgeçilerek Türk hukukunun uygulanacağı söylenebilir.

Milletlerarası özel hukuk açısından taraflar arasındaki hukuki ilişkinin nitelendirilmesi daha çok bu ilişkiyi idare edecek hukukun belirlenmesi ile ilgilidir. Hukuk seçiminde ise taraflar aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuku bizzat seçmektedirler. Bu nedenle mevcut kanunumuzda düzenlendiği gibi taraflar arasında doğan uyuşmazlıklarla ilgili olarak hukuk seçimi yapılabilmesi için aralarındaki hukuki ilişkinin teker teker nitelendirilmesi yerine ister sözleşmeden isterse kanundan doğsun aralarında bir hukuki ilişkinin varlığı yeterli olmalıdır. Bu çerçevede taraflar arasında "sosyal temas" bulunduğu durumlarda aralarında oluşturacaklar hukuki ilişkilerden doğabilecek anlaşmazlıkları öngörebiliyor ve bu anlaşmazlıkların vasıflandırmasını yapabiliyorlarsa aralarında doğacak hukuki ilişkilere uygulanacak hukuku söz konusu anlaşmazlığın doğumundan önce de özgür iradeleri ile seçebilmelidirler. Taraflar aralarında ortaya çıkan uyuşmazlıkta mahkeme yahut tahkim yoluna gittiklerinde bu durum aralarında uzlaşamadıklarının emaresidir. Eğer taraflar bu uyuşmazlığa uygulanacak hukuku özgür iradeleri ile kararlaştırabiliyorlarsa, kısmen de olsa, aralarında bir uzlaşmaya varmaya başladıkları görülür. Bu husus, uyuşmazlığın çözümü için atılmış bir adımdır. Başka bir anlatımla,

hukuk seçimi yapmak uzlaşmaya giden bir adım, uzlaşmanın bir parçasını oluşturur. Bu nedenle kanun koyucu yapacağı düzenlemelerde hukuk seçimini destekleyici iradesini ortaya koymalıdır.

Aralarında mevcut olan ayrımlardan ötürü milletlerarası unsurlu sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından objektif bağlama kurallarının getirilmesi her somut olay bakımından tatmin edici çözümler getirmeyebilir. Bu nedenle taraflara tanınacak hukuk seçimi serbestisi milletlerarası özel hukuk adaletini gerçekleştirmeye yardımcı olur. Bundan başka zarar göreni koruma düşüncesiyle getirilen ve hukuk seçimini haksız fiilin ve sebepsiz zenginleşmenin gerçekleşmesinden sonra yapılmasını öngören düzenlemenin milletlerarası özel hukuk menfaatlerinden uzakta olduğu gerekçesi ile çalışma bağlamında kabul edilmemiştir.

KAYNAKÇA

Akıntürk, T. / Ateş Karaman, D.: **Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku Yenilenmiş**, İstanbul 2012.

Akipek, Ş. / Dardağan, E. "Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk", **AÜHFD,** 2001, C.50 S.3, s. 115-139.

Alexidze, L: "Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law" **Rec.des Cours**, 1981/III, Vol.172, s. 219-270.

Alibaba, A.: **Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması**, Ankara 2005 (Yayınlanmamış Doktora Tezi).

Antalya, G.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** İstanbul 2015.

Arıkan, A. S.: "Avrupa Topluluğu'nda Fikri-Sınai Mülkiyet Hakları ve Son Gelişmeler", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi,** 2007, C: 7, N:1, s. 149-173.

Atamer, Y. M.: **"Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi,** İstanbul 2001.

Aubart, A.: "**Die Behandlung der *dépeçage* im Europäischen Internationalen Privatrecht,** Tübingen 2013.

Aybay, R. / Dardağan, E.: **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, 1.Baskı, İstanbul 2001. (2001)

Aybay, R. / Dardağan, E.: **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı),** 2.Baskı, İstanbul 2008. (2008)

Bach, I.: "Scope of Regulation", **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Huber, P. (*ed.*), Munich 2011, s. 28-63. (Scope)

Bach, I.: "Article 14 Freedom of Choice", **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Huber, P. (*ed.*), Munich 2011, s. 324-342. (Freedom)

Basedow, J.: "Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts", **RabelsZ**, 2011, Bd. 75(1), s. 32-59.

Battal, A.: "Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları", **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, BTHAE**, Ankara 2001, s. 45-88.

Bayata Canyaş, A.: **AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural**, Ankara 2012.

Beig, D.: "Grenze und Zusammenspiel zwischen Vertrag und Delikt", **Rom II-VO: Neues Kollisionsrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse,** Beig, D./Graf-Schimek, C./Grubinger, A./Schacherreiter, J. (*eds.*), Wien 2008, s. 37-54.

Belling, D. W. / İnce, N.: "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi" http://www.uni-potsdam.de/u/ls_burarso/files/NURTEN%20INCE.pdf (Son erişim 25.09.2015), s. 1-52.

Berki O. F.: **Türk Hukukunda Kanun İhtilafları**, Ankara 1971.

Bogdan, M.: "The Treatment of Environmental Damage in Regulation Rome II", **The Rome II Regulation on The Law Applicable to Non-Contractual Obligation: A New International Litigation Regime,** Ahern, J. / Binchy, W. (*eds.*), Leiden 2009, s. 219-230.

Bozkurt. E/ Özcan, M./Köktaş, A.: **Avrupa Birliği Hukuku**, 6.Baskı, Ankara 2012.

Brière, C.: "Le Choix de Principe UNIDROIT par les Contractants à l'épreuve des Dispositions Impérative", **Journal du Droit Internationale,** 2007/2, s. 473-495. (Dispositions)

Brière, C.: "Le règlement (CE) nº 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (<<Rome II>>), **Journal du Droit Internationale,** 2008/1, s. 31-74. (Non contractuelles)

Can, M.: **Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı)**, Ankara 2007.

Candan, T.: "Malların Serbest Dolaşımı", **Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Serbest Dolaşım ve Politikalar,** Ankara 2012, s. 15-72.

Çelikel, A./Erdem, B.B.: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 14.Baskı, İstanbul 2016.

Coester, M.: "Party Autonomy and Consumer Protection", **Journal of European Consumer and Market Law,** 2014, Vol. 3, s. 170-177.

Çilingiroğlu, C.: "Devletler Özel Hukukunda Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 1989, C. 9 S. 2, s. 103-120.

Çörtoğlu Koca, S.: "Milletlerarası Özel Hukuka Göre Açık Denizlerde Meydana Gelen Çevre Kirliliğine Uygulanacak Hukuk", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 783-814.

Çörtoğlu Koca, S.: **Teknoloji Transferi Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara 2013.

Crawford, E. B. / Carruthers, J. M.: "Connection and Coherence Between and Among

European Instruments in the Private International Law of Obligations", **International and Comparative Law Quarterly,** 2014, Vol. 63, s. 1-29.

Dardağan, E.: **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı,** Ankara 2000.

de Boer, T. M.: "Party Autonomy and Its Limitations in the Rome II Regulation", **Yearbook of Private International Law,** 2007, Vol. IX, s. 19-30.

Demircioğlu, H.R.: **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu),** Ankara 2009.

Demirkol, B.: **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 24.maddesi Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, 2.Baskı, İstanbul 2014.

Dickinson, A.: **The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations**, İngiltere 2008.

Doğan, V.: **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti,** Ankara 1995. (İş Akdi)

Doğan, V.: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4.Baskı, Ankara 2016. (Milletlerarası Özel)

Doğan, V.: "Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması", **MHB**, 1995, Sayı 1-2, s. 21-42. (Zayıf Taraf).

Dolinger, J.: Resolving Conflicts in Contracts and Torts, **Rec.des Cours,** 2000, Vol.283, s. 187-512.

Dural, M. / Öğüz, T. / Gümüş, M. A.: **Türk Özel Hukuku Cilt 3 Aile Hukuku**,

İstanbul 2008.

Edis, S.: **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri,** Ankara 1997.

Einsele, D.: "Rechtswahlfreiheit im Internationalen Privatrecht", **RabelsZ**, 1996, Bd. 60, s. 417-447.

Ekşi, N. "Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation"", **MHB,** 1999-2000, C. 19 S. 1-2, s. 263-291. (Incorporation)

Ekşi, N.: **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları,** Tıpkı 2.Baskı, İstanbul 2010. (Tahkim Anlaşmaları)

Elçin, D.: "Milletlerarası Unsurlu Endüstriyel Hareketlerde Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Tayini", **Prof.Dr. Sarper Süzek'e Armağan,** Süleyman Başterzi (*ed.*), Ankara 2011, s. 2791-2816.

Erdem, B. B.: "Intellectual Property Rights in Turkish Private International Law and a Comparative Analysis on Applicable Law to Contractual Obligations", **Turkish and EU Private International Law –A Comparison-** Paul Beaumont&Burcu Yüksel (eds.), İstanbul 2014, s. 225-241.

Erdem, B., "Fikrî Haklarda Ülkesellik Prensibi", **Prof.Dr. Nihal Uluocak'a Armağan,** İstanbul 1999, s. 39-54.

Eren, F., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Ankara 2014. (Genel Hükümler)

Eren, F.: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 2015. (Borçlar Özel)

Erkan, M.: "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan

Kurallara Bakış, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. XV, Y. 2011, Sa. 2, s. 81-121.

Fentiman, R.: "Significance of Close Connection", **The Rome II Regulation on The Law Applicable to Non-Contractual Obligation: A New International Litigation Regime,** Ahern, J. / Binchy, W. (*eds.*), Leiden 2009, s. 85-112.

Flessner, A.: "Fakultatives Kollisionsrecht", **RabelsZ,** 1970, Bd. 34, s. 547-584.

Fuchs, A.: "Article 7 Environmental Damage", **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Huber, P. (ed.), Munich 2011, s. 202-225.

Garcimartín Alférez, F. J.: "The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code, **The European Legal Forum**, 2007, Vol. 7 (3), s. 77 – 91.

Geisler, S.: **Die engste Verbindung im Internationalen Privatrecht**, Berlin 2001.

Göğer, E.: **Devletler Hususi Hukuku**, Ankara 1977.

Göğer, E.: "Haksız Fiilden Doğan Borçların Tabi Olduğu Kanun", 1967, **AÜHFD**, C.XXII, s. 451-506. (Haksız Fiil)

Graziano, T. K.: "Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung" **RabelsZ**, 2009, Vol. 73 s. 1-77. (Rom II)

Graziano, T. K.: "Freedom to Choose the Applicable Law in Tort-Articles 14 and 4(3) of the Rome II Regulation", **The Rome II Regulation on The Law Applicable to Non-Contractual Obligation: A New International Litigation Regime,** Ahern, J. / Binchy, W. (*eds.*), Leiden 2009, s. 113-132. (Applicable)

Graziano, T. K.: "The Rome II Regulations and the Hague Conventions on Traffic Accidents and Product Liability-Interaction, conflicts and future perspectives", **Nederlands Internationaal Privaatrecht,** 2008, s. 425-429. (Conflicts)

Guinchard, E. / Lamont-Black, S.: "Environmental Law-the Black Sheep in the Rome II's Drive for Legal Certainity? Article 7 of the Regulation (EC) No. 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations in Context, **Environmental Law Review**, 2009, Vol.11, s. 161-172.

Gümüş, M. A.: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2.Baskı, İstanbul 2012. (2012)

Gümüş, M.A.: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II**, 2.Baskı, İstanbul 2014. (2014)

Gümüş, M. A.: **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt I (M.1-46),** İstanbul 2014 **(**Tüketici**).**

Güneysu, G. "Nükleer Reaktörlerin Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk", **AÜHFD,** 1989-1990**,** C. 41, s. 207-223.

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

Günuğur, H.: **Avrupa Birliği**, 3.Baskı, Ankara 2014.

Hatemi, H./Gökyayla, E.: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul 2015.

Hay, P.: "Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations in Private International Law (Conflict of Laws) and the European Community's "Rome II" Regulation", **The European Legal Forum**, 2007, Vol.7 (4), s. 137-152. (Rome II Regulation).

Hay, P.: “Flexibility versus Predictability and Uniformity”, **Rec.des Cours (1991/I)**, s. 284-412. (Flexibility)

Hay, P.: “Unjust Enrichment in the Conflict of Laws- A Comparison of German Law and the Restatement Second, **American Journal of Comparative Law,** 1978, Vol. 26 (1), s. 1-49. (Unjust Enrichment)

Heiss, H/Locker, L: “Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II”, **Juristische Blätter**, 2007, Heft 10, s. 613-646.

Herzog, P. E.: “Constitutional Limits on Choice of Law”, **Rec.desCours,** 1992/III, Vol. 234**,** s. 239-330.

Işıktaç, Y./ Metin, S.: **Hukuk Metodolojisi,** İstanbul 2016.

Işıntan, P: **Sözleşme Müzakereleri**, İstanbul 2009 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

İnal, T.: **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borca Aykırılık Dönme ve Fesih,** Ankara 2015.

Jamal, Z. B.: “Cross-cultural Impact on Marketing Strategies: A Study on Automobile Industry”, **International Conference on Business, Law and Corporate Social Responsibility,** Oct 1-2 2014, s. 69-73.

Jansen, N.: “The Concept of Non-Contractual Obligations: Rethinking the Division of Tort, Unjustified Enrichment, and Contract Law, **Journal of European Tort Law,** 2010, Vol.16 (1), s.16-47. (Rethinking)

Jansen, N.: **Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadenersatz**, Tübingen 2003. (Struktur)

Kahn-Freund, O.: Delictual Liability and the Conflict of Laws" **Rec.des Cours** 1968/II, s.5-138. (Delictual)

Kahn-Freund, O.: "General Problems of Private International Law", **Rec.des Cours,** 1974/III, s. 139-459. (General)

Karasu, R.: **Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası)**, Ankara 2016.

Kaufmann-Kohler, G.: **Droit International Priveé, Contrat International Droit Applicable**, http://www.unige.ch/droit/e-cours/documents/4864efb4e91a4.pdf (Son erişim: 07.09.2014).

Karayalçın, Y.: **Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod- Problem Çözme**, Ankara 2008.

Kegel, G./Schurig, K.: **Internationales Privatrecht**, München 2004.

Kender, R.: **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku- Sigorta Müessesesi Sigorta Sözleşmesi**, İstanbul 2016.

Kessedjian, C.: "Party Autonomy and Characteristic Performance in the Rome Convention and the Rome I Proposal", **Japanese and European Private International Law in Comperative Perspective**, Basedow, J./Baum, H./Nishitani, Y. (*eds.*), Tübingen 2008, s. 105-125.

Kohler, C.: Autonomie de la volonté en droit international privé: Un Principe Universel Entre Libéralisme et Étatisme, **Rec.des Cours,** 2012, Vol. 359, s. 285-410.

Kılıçoğlu, A. M.: **Aile Hukuku**, Ankara 2015.

Kılıçoğlu, A. M.: **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar",** 2.Baskı, Ankara 2013.

Kılıçoğlu, A., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2012. (Borçlar)

Klimas, T./ Vaičıukaitė, J.: "The Law of Recitals in European Community Legislations", **ILSA Journal of International & Comparative Law**, 2008, Vol. 15 (1), s. 1-33.

Kocayusufpaşaoğlu, N./Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı, A.: **Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme**, 4. Baskı, İstanbul 2008.

Kocayusufpaşaoğlu, N.: **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler**, 1. Fasikül, İstanbul 1978.

Kramer, X.E.: "The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European private international law tradition continued", N**ederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR),** 2008, no. 4, p. 414 – 424.

Kroll-Ludwigs, K.: "**Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht"**, Tübingen 2013.

Kropholler, J.: **Internationales Privatrecht**, 6.Auflage, Tübingen 2006.

Kozyris, P. J.: "Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides' "Missed Oppotunity"", 2008, **American Journal of Comparative Law**, Vol. 56 (186), s. 471-498.

Küçükyalçın, A.: "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün

Sınırlandırılması", **AÜHFD**, 2004, C.53 S.4, s. 101-124.

Lando, O.: "The Conflict of Laws of Contracts General Principles", **Rec.des Cours (1984/VI)**, s. 229-437.

Lehmann, M.: "Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws", **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, 2008, Vol.41 (381), s. 381-434.

Leible, S.: "Rechtswahl im IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse nach der Rom II-Verordnung", **Recht der Internationalen Wirtschaft,** 2008, Heft 5, s. 257-264. (Rechtswahl)

Leible, S.: "Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrect", **Zentrum für Europaeisches Wirtschaftsrecht (Vorträge und Berichte),** N.173. (Perspektiven)

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

Lookofsky, J./Hertz, K.: **EU-PIL European Union Private International Law in Contract and Tort,** Kopenhag 2009.

Lüttringhaus, J. D.: **Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz – Das internationale Privatrecht der Antidiskriminierung,** Hamburg 2010.

Mandery, M.: **Party Autonomy in Contractual and Non-Contractual Obligations**, Köln 2014.

Mankowski P.: "Was soll der Anknüpfungsgegenstand des (europäischen)

Internationalen Wettbewerbsrecht sein?" **Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht-Internationaler Teil,** 2005 54.Jahrgang, s. 634-637.

Mankowski, P.: "Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung", **Recht der Internationalen Wirtschaft,** 2008 54. Jahrgang**,** Heft 4, s. 177-193. (Kartellrecht)

Maultzsch, F.: "Rechtswahl und ius cogens im Internationalen Schuldvertragsrecht", **RabelsZ,** 2011, Bd.75, s. 60-101.

Meng, Z. H.: Party Autonomy, Private Autonomy, and Freedom of Contract, **Canadian Social Science**, 2014, Vol.:10 (6), s. 213-218.

Michaels, R.: "The New European Choice-of-Law Revolution", **Tulane Law Review,** 2008, Vol. 82 (5), s. 1607-1644.

Mills, A.: "The Application of Multiple Laws under the Rome II Regulation" **The Rome II Regulation on The Law Applicable to Non-Contractual Obligation: A New International Litigation Regime,** Ahern, J. / Binchy, W. (*eds.*), Leiden 2009, s. 133-152.

Neumann, S.: "Intellectual Property Rights Infringements in European Private International Law: Meeting the Requirements of Territoriality and Private International Law", **Journal of Private International Law**, 2011, Vol.7 No.3, s. 583-600.

Nomer, E.: **Devletler Hususi Hukuku,** 9.Baskı, İstanbul 1998. (9.Baskı)

Nomer, E.: **Devletler Hususi Hukuku**, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul 2013. (2013)

Nomer, E.: **Devletler Hususi Hukuku,** 21. Bası, İstanbul 2015. (2015)

Nomer, H.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 12.Baskı, İstanbul 2012. (Borçlar)

Nygh, P. E.: "The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort", **Rec.des Cours**, 1995, Vol. 251, s. 279-400.

Oğuzman, K./Öz, T.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, İstanbul 2015.

Ökçün, A.: **Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, Ankara 1997.

Öz, T.: **Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler,** 2.Baskı, İstanbul 2012.

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

Özel, S.: "İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Haklarının İhlalinde Uygulanacak Hukuk", **Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, s. 219-232. (İmalatçı ve Kitle İletişim)

Özel, S.: "Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilafı Meselesi", **MHB**, 1999-2000, Yıl:19-20, Sa.1-2, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, s. 733-768. (Sebepsiz Zenginleşme)

Plender, R. / Wilderspin, M: **The European Private International Law of Obligations,** 3.Edition, Londra 2009.

Pryles, M. C.: "Tort and Related Obligations", **Rec.des Cours,** 1991/II, Vol.227, s. 21-205.

Reisoğlu, S.: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2012.

Rühl, G.: "Party Autonomy in Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency", **CLPE Research Paper,** 2007, Vol.03 (1), s. 1-41. (Party Autonomy)

Rühl, G.: "The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union", **Journal of Private International Law,** 2014, Vol.10 s. 335-358. (Weaker Parties)

Şanlı, C/Esen, E./Ataman-Figanmeşe, İ.A.: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 3.Baskı İstanbul, Kasım 2014.

Sargın, F.: **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları,** Ankara 1996. (Yetki)

Sargın, F.: **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 2002. (Patent)

Saymen, F. H./Elbir, E. K.: **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**. C. I, İstanbul 1958, s.64.

Schmitt, B.: **Die Bündeltheorie des Europäischen Gerichtshofes und ihre Folgewirkungen am Beispiel des britischen Biermarkts**, Münster 1999.

Schönenberger, W.: "Devletler Hususi Hukukunda Akit Taraflarca Yetkili Kanunun Seçilmesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı**, Ankara 1966.

Scott, A.: "The Scope of Non-Contractual Obligation", **The Rome II Regulation on The Law Applicable to Non-Contractual Obligation: A New International**

Litigation Regime, Ahern, J. / Binchy, W. (*eds.*), Leiden 2009, s. 57-84.

Seliçi, Ö.: **Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul 1976.

Serozan, R.: **Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, İstanbul 2011.

Seviğ, M. R. / Seviğ, V. R.: **Devletler Hususi Hukuku,** İstanbul 1962.

Seviğ, V. R.: **Kanunlar İhtilafı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları)**, İstanbul 1974. (Kanunlar İhtilafı)

Sirmen, L.: "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri", **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, 2013, C. 8, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, s. 2465-2476.

Stone, P. "The Rome II Regulation on Choice of Law in Tort", **Ankara Law Review**, 2007, Vol. 4 No. 2, s. 95-130.

Symeonides, S. C.: "Rome II and The Tort Conflicts: A Missed Opportunity, **American Journal of Comparative Law**, 2008, Vol. 56, s. 1-46. (Missed Opportunity)

Symeonides, S. C.: "Party Autonomy in Rome I and Rome II From A Comparative Perspective", **Convergence and Divergence in Private International Law: Liber Amicorum Kurt Siehr**, Boele-Woelki, K./ Einhorn, T./ Girsberger, D./Symeonides, S. (*eds.*), Zürih 2010, s. 514-550. (Party Autonomy)

Tandoğan, H.: **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)**, İstanbul 2010.

Tarman, Z. D.: **Viyana Satım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak**

(CISG'in Uygulama Alanı), İstanbul 2015. (CISG)

Tarman, Z. D.: **Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk**, İstanbul 2011. (Haksız Rekabet)

Tarman, Z. D.: "Devletler Özel Hukuku Bakımından İmalatçının Sorumluluğu" **TBB Dergisi**, 2007, S.73, s. 25-45. (İmalatçı)

Tarman, Z. T.: "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II), **AÜHFD,** 2008**,** C.57 Sa. 2, s. 193-221. (Akit Dışı)

Tarman, Z.D., "Milletlerarası Özel Hukukta *Culpa in Contrahendo* Sorumluluğu", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, Istanbul 2010, Cilt II, s. 1655-1680. (Culpa)

Tekinalp, G.: **Milletlerarası Özel Hukuk (Bağlama Kuralları)**, 9.Bası, İstanbul 2007.

Tekinalp, G./ Uyanık, A.: **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 12. Bası, İstanbul 2016.

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

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop: **Tekinay Borçlar Hukuku**, 7.Bası, İstanbul 1993.

Tiryakioğlu, B.: **Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara 1997. (Rekabet)

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

Turhan, T.: "Literatürden Hareketle Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanına İlişkin Bazı Genel Gözlemler", **AÜHFD**, 1989-1990, C.41 S.1-4, s. 95-116.

(Genel Gözlemler)

Turhan, T.: "**Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı**", Ankara 1989. (İka Yeri)

Uluocak, N.: **Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları),** İstanbul 1971.

Uyanık Çavuşoğlu, A.: "Milletlerarası Özel Hukukunda Organ Nakli", **Milletlerarası Özel Hukuk Perspektifiyle Biohukuk- Toplantı Sunum ve Tartışmalar, İstanbul Medipol Üniversitesi Biohukuk Uygulama ve Araştırma Merkezi**, Ankara 2013, s. 75-103

Valdhans, J.: "The Pitfall of Interpreting Rome II Regulation Consistently with Brussels I Regulation", **Jurisprudencija**, 2009, 2(116), s. 229–244.

V.Bar, C./ Mankowski, P.: **Internationales Privatrecht Band 1: Allgemeine Lehren**, 2.Ausgabe, München 2003.

Vischer, F. "General Course on Private International Law", **Rec.desCours,** 1992/I, s. 9-255. (General)

Vogeler, A.: **Die freie Rechtswahl Im Kollisionsrecht der Außervertraglichen Schuldverhältnisse**, Tübingen 2013.

von Hein, J.: "Rechtswahlfreitheit im Internationalen Deliktsrecht", **RabelsZ**, 2000, Bd.64, s. 595-613. (Rechtswahlfreiheit)

von Hein, J.: "Europaeisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung" **Zeitschrift für Europäisches Privatrecht,** 2009, Heft I, s.17. (Deliktsrecht)

von Hein, J.: "Of Other Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome

II Regulation on the Communitarisation of Private International Law, **RabelsZ,** 2009, Bd. 73, s. 461-508. (Contribution).

Wagner, R.: "15 Jahre Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen Resume und Ausblick nach mehr als fünfzehn Jahren", **RabelsZ,** 2015, Bd. 79, s. 521-545.

Weintraub, R. J.: "Functional Developements in Choice of Law for Contracts, **Rec.des Cours,** 1984, Vol.187,

Wicki, A. A., **Zur Dogmengescichte der Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht**, Winterthur 1965.

Yüksel, B., "Choice of Law in Civil and Commercial Matters under Turkish Private International Law in Comparison with Their Equivalents under the Rome I and Rome II Regulations", **Turkish and EU Private International Law –A Comparison-**, Paul Beaumont&Burcu Yüksel (*eds.*), İstanbul 2014, s. 153-224.

Zhang, M.: "Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law", **Emory International Law Review**, 2006, Vol.:20**,** s. 511-564 (Party Autonomy).

Zhang, M.: "Party Autonomy in Non-Contractual Obligations:Rom II and Its Impacts on Choice of Law", **Seton Hall Law Review,** 2009, Vol.39, 2009, s.855-962.(Choice of Law)

Zitelmann, E., **Internationales Privatrecht**, Leipzig,1897.

Zürcher Kommentar zum IPRG-Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, Girsberger, D./Heini, A./Keller, M./Kren, Kostkiewicz, J./ Siehr, K./ Vischer, F./ Volken, P.(*eds*.), Zürich 2004.

İNTERNET KAYNAKLARI

http://www.mcgill.ca/maritimelaw/glossaries/conflictlaws/ (14.03.15)

http://www.duhaime.org/LegalDictionary/T/Tort.aspx (23.08.2015)

http://www.duhaime.org/LegalDictionary/D/Delict.aspx (23.08.2015)

http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-8pe.html (26.08.2015)

RAPORLAR TASLAKLAR ve AB DÜZENLEMELERİ

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.

Consolidated Versions of the Treaty of European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326/47, 26/10/2012, (Consolidated)

Regulation No 593/2008 of The European Parliament and of The Council of 11 June 2008 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome I), OJ L 177, s.6-16.

Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts of 10 November 1997, OJ C 340/01.

Explanatory Memorandum of the Commission of the European Communities accompanying the European Commission, Proposal for a Regulation on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) (COM (2003) 427 final, 2003/0168 COD [22.07.2003].(Explanatory Memorandum)

Council Common Position OJ C 289/68, [28.11.2006].

Communication from the Commision concerning the Council's Common Position (COM (2006) 566 final [27.9.2006].

Common Position (EC) No 22/2006 adopted by the Council on 25 September 2006 with a view to adopting Regulation (EC) No …/… of the European Parliament and of the Council of … on the law applicable to non-contractual obligations (ROME II) (2006/C 289 E/04).

Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, O.J. L 343/10 29.12.2010.

DAVALAR

C-189/87 Kalfelis v Schröder Münchmeyer, Hengst and Co. and others, ECRI 1988-05565.

C-26/62 NV. Almegene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v. Nederlandse Administrie der Belastingen [1963] ECR 1.

C-381/98 Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc. [2000] ECR-I-09305.

C-292/05 Lechouritou v Dimosio [2007] ECR-I 01519.

C-369/96, C-376/96 Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils Sarl v. Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage Sarl [1999] ECR-I 08453.

C-8/74 Procureur du Roi v. Benoit & Gustave Dassonville [1974] ECR 837.

C-265-02 Frahuil SA v Assitalia SpA [2004] ECR-I 01543.

C-29/76 LTU v. Eurocontrol [1976] ECR 1541.

C-334/00 Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS) ECR-I 7357.

C-381/98 Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc. [2000] ECR- I-09305.

C-295/04 Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA.

C-296/04 Antonio Cannito v Fondiaria Sai SpA.

C-298/04 Pasqualina Murgolo v Assitalia SpA.

YARGITAY KARARLARI

Yarg.13.HD, 13.11.1995, E. 1995/9375 K. 1995/9860.

Yarg. 19. HD, 30.11.2004, E. 2004/4912 K. 2004/11803.

Yarg. 3. HD, 15.9.1997, E. 1997/6603 K. 1997/8864.

Yarg. 19. HD, 1.12.2005, E. 2005/2865 K. 2005/1959.

Yarg. 13. HD, 31.3.2006, E. 2005/15654 K. 2006/4848.

Yarg. 11. HD, 07.12.2006, E.2006/8585, K.2006/12877.

Yargıtay 11.HD, 05.04.1979, E.1979/5125, K.1979/1798

ÖZET

Milletlerarası unsurlu sözleşmeden doğan borç ilişkiler bakımından kabulü 19.yüzyılın sonuna tekabül eden irade muhtariyetinin milletlerarası unsurlu sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından tartışılması ancak İkinci Dünya Savaşı sonrası döneme denk gelebilmiştir. Kanunlar ihtilafı hukukundaki görünümü tarafların hukuki ilişkilerine uygulanacak hukuku seçme serbestisi olan irade muhtariyetinin sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından pozitif hukuk düzenlemelerinde yer alması ise büyük çaplı savaşların azaldığı ve dolayısıyla sınır aşıcı ticari ilişkilerin belirli bir ivme kazandığı seksenli yıllara, çalışma kapsamında ele alınan düzenlemeler bakımından irade muhtariyetinin kabulü 21.yüzyılın ilk on yılının sonlarına tekabül etmektedir.

Sözleşme dışı borç ilişkilerinde hukuk seçimine özgü bir hüküm Avrupa Birliği'nde tartışılmaya çok uzun zaman önce başlanmasına rağmen 2007 yılında yayımlanan ve 2009 yılında yürürlüğe giren Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Konsey Tüzüğü"nde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin ilk fıkrası uyarınca taraflar sözleşme dışı borç ilişkilerinin tabi olacağı hukuku zarara sebep olan olayın meydana gelmesinden sonra yapacakları bir anlaşma ile ya da şayet taraflar ticari bir faaliyet yürütmekteyse zarara sebep olan olayın meydana gelmesinden önce de serbestçe müzakere edilmiş bir anlaşma ile seçebilirler. Bazı özel haksız fiil türleri bakımından irade muhtariyetinden tamamen vazgeçilmesi ve doğrudan uygulanan kurallar, mahkemenin kamu düzeni ve emniyet ve asayiş kuralları dışında Tüzükte irade muhtariyetine herhangi bir sınırlama getirilmemiştir.

Türk hukukunda sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından irade muhtariyeti MÖHUK'ta haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerde yer almaktadır. Birbirlerine paralel düzenlenen söz konusu hükümler uyarınca taraflar haksız fiilin

yahut sebepsiz zenginleşmenin doğmasından sonra hukuki ilişkilerine uygulanacak hukuku açık bir biçimde seçebilirler. Bunun dışında bazı özel haksız fiil türleri bakımından zarar görene tek taraflı bir seçim imkânı ve fikri mülkiyete ilişkin hakların ihlalinden sonra taraflara mahkemenin hukukunu seçebilmelerine imkan tanımıştır.

Çalışmada irade muhtariyeti ve Roma II Tüzüğünde hukuk seçimine ilişkin verilen bilgiler ışığında MÖHUK'ta sözleşme dışı borç ilişkiler bakımından hukuk seçimine ilişkin getirilen düzenlemeler incelenmiştir. Bu anlamda haksız fiillerde hukuk seçimi imkanının kapsamının genişletilmesi gerektiği ve gelişen teknoloji ve küreselleşme ile önem kazanan tehlike sorumluluğunun yanı sıra sınır aşıcı sosyal temasın artması, ilişkilerin çeşitlenmesi ve buna bağlı olarak ihlallerin de artış göstermesi neticesinde hukuk seçiminin Roma II Tüzüğünde yer alan düzenlemeye yaklaştırılması gerekmekte, söz gelimi haksız fiilin gerçekleşmesinden önce de hukuk seçimi yapılabilmesi gerektiği görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: İrade muhtariyeti, hukuk seçimi, sözleşme dışı borç ilişkisi, Roma II Tüzüğü.

ABSTRACT

Party autonomy has been known for contractual obligations that features foreign element at the end of 19th century whereas for non-contractual obligations this should have been waited after World War II. By 1980's reedom of choice of law for non-contractual obligations were enacted in need of increasing conflicts in this area due to the fact that the total wars has ended while the cross-border transactions have increased. As for both Regulation and Law No. 5718 of Turkish Code on Private International Law and International Civil Procedure this freedom has arranged by 2010's.

Freedom of choice of law for non-contractual obligations takes part in 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 that entered into force in 2009 although it had been discussed a long time ago. According to Article 14 of the Regulation "1. The parties may agree to submit non-contractual obligations to the law of their choice: (a) by an agreement entered into after the event giving rise to the damage occurred; or (b) where all the parties are pursuing a commercial activity, also by an agreement freely negotiated before the event giving rise to the damage occurred. The choice shall be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the circumstances of the case and shall not prejudice the rights of third parties." Few limitations for freedom of choice range in the Regulation such as exclusion of freedom for some torts/delicts, overriding mandatory rules, public policy of lex fori and rules and safety and conduct.

In Turkish law party autonomy for torts and unjust enrichment is adopted in a similar way. According to the Articles 35 (2) and 39 (2) parties shall choose expressly

the law applicable to torts or unjust enrichment after the tort of unjust enrichment have occurred. Additionally, the party that suffers from e.g. the law applicable to a non-contractual obligation arising out of damage caused by a product or attack on personal rights via media can determine the law applicable as well as the law applicable to a non-contractual obligation arising from an infringement of an intellectual property right.

In this study freedom of choice of law in non-contractual obligations in Turkish private international law will ve examined in the light of the rules relating to freedom of choice in Rome II Regulation. In this regard, it is determined that Article 34 (5) of International Private and Civil Procedure Law should be arranged considering the Regulation, which determines the freedom of choice quite extensively since the existing law does not respond the needs of some institutions such as strict liability as well as social contact. In that sense, choice of law before the harmful event rises should be allowed.

Key Words: Party autonomy, choice of law, non-contractual obligations, Rome II Regulation