

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

MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE HUKUK
SEÇİMİNE DAİR LAHEY İLKELERİNİN TÜRK VE
AZERBAYCAN HUKUKUNDAKİ YERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Zehra AGAZADE

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Kasım 2024

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

MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE HUKUK
SEÇİMİNE DAİR LAHEY İLKELERİNİN TÜRK VE
AZERBAYCAN HUKUKUNDAKİ YERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Zehra AGAZADE

Tez Savunma Jürisi: Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL (Tez Danışmanı)

Prof. Dr. Süheyla BALKAR

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe İpek SARIOZ BÜYÜKALP

Kasım 2024

ÖNSÖZ

İlk ve öncelikli teşekkürüm yüksek lisans öğrencisi olmama rağmen milletlerarası özel hukuk lisans derslerine gönüllü olarak katılma ricamı kabul ederek akıcı anlatımı ile bu teze başlamak için gerekli temel bilgiyi edinmemi sağlayan kıymetli hocam Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL’adır. Ayrıca danışmanım olmayı kabul ederek beni onurlandırdığı, tez konusunun seçimi ve tezin yazımı sürecindeki kıymetli tavsiyeleri, sürecin başından sonuna kadar karşılaştığım her zorlukta beni teşvik ettiği ve yolumu aydınlattığı için kendisine çok teşekkür ederim.

Tez savunma jürisinde yer almayı kabul ederek değerli yorum ve önerileriyle tezin daha nitelikli hale gelmesindeki katkıları için Prof. Dr. Süheyla BALKAR ve Dr. Öğr. Üyesi Ayşe İpek SARIÖZ BÜYÜKALP’a çok teşekkür ederim.

Türk hukuku ile ilgili takıldığım noktalarda sorularımı bıkmadan ve sabırla cevaplayan Av. Sevcan TOSUNER’e değerli katkıları için çok teşekkür ederim.

Tezin Azerbaycan hukuku ile ilgili bölümlerinin yazılmasında kaynaklara uzaktan erişimimi kolaylaştıran canım arkadaşım Nezrin ŞÜKÜRLÜ’ye çok teşekkür ederim.

Bu süreçte tez ile ilgili her konuda birlikte fikir ve bilgi akışı sağladığımız Elif KOÇBEY’e çok teşekkür ederim.

Ve sonda, çıktığım her yolda, aldığım her kararı sorgulamadan destekleyen ve yanımda olan babam Elçin AĞAYEV ve annem İlahe AĞAYEVA’ya bana olan sonsuz sevgi ve güvenleri için çok teşekkür ederim.

Zehra Agazade
İstanbul/2024

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR	iv
RÉSUMÉ.....	vi
ABSTRACT	ix
ÖZET.....	xii
GİRİŞ	2
BİRİNCİ BÖLÜM: MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE HUKUK SEÇİMİNE İLİŞKİN LAHEY İLKELERİ’NİN KAPSAMI	10
I. İLKELER’İN AMACI VE NİTELİĞİ.....	10
II. İLKELER’İN UYGULAMA ALANI.....	16
A. “Milletlerarası” Sözleşmeler.....	18
B. “Ticari” Sözleşmeler	22
III. İLKELERİN UYGULAMA ALANI DIŞINDAKİ KONULAR.....	24
A. Kapsam Dışı Bırakılan Sözleşmeler.....	24
1. Tüketici Sözleşmeleri.....	25
2. İş Sözleşmeleri.....	27
B. Kapsam Dışı Bırakılan Diğer Konular	31
1. Gerçek Kişilerin Ehliyeti	32
2. Uyuşmazlık Çözüm Şekline İlişkin Anlaşmalar.....	34
a) Tahkim Anlaşmaları.....	35
b) Yetki Anlaşmaları	39
3. Şirketler, Diğer Kolektif Kuruluşlar ve Tröstler	43
4. İflas	44
5. Sözleşmelerin Ayni Etkisi.....	47
6. Temsil	51

İKİNCİ BÖLÜM: LAHEY İLKELERİ VE TÜRK/AZERBAYCAN HUKUKLARINDA HUKUK SEÇİMİNE İLİŞKİN TEMEL İLKELER..... 57

I. HUKUK SEÇİMİNE İLİŞKİN GENEL ESASLAR	57
A. Kısmi veya Çoklu Hukuk Seçimi (“ <i>Dépeçage-Severability</i> ”).....	58
B. Hukuk Seçiminin Zamanı ve Değiştirilmesi.....	61
C. Seçilen Hukuk ile Sözleşme İlişkisi Arasında Makul Bağlantının Aranmaması: Sınırsız Hukuk Seçimi	64
II. HUKUK SEÇİMİNİN GEÇERLİLİĞİ	67
A. Hukuk Seçiminin Geçerlilik Şekli (<i>Formal Validity</i>)	68
B. Hukuk Seçimi Anlaşması Kapsamında Taraf İradelerinin İfade Edilme Biçimi 70	
1. Sözleşme Hükümlerinden veya Koşullardan Açıkça Anlaşılan Örtülü Hukuk Seçimi	74
2. Tahkim/ Yetki Anlaşmaları ve Örtülü Hukuk Seçimi	75
C. Seçilebilecek Kuralların Niteliği Bakımından	77
1. Genel Olarak.....	77
2. Anasyonel Hukuk Kurallarının Seçilebilmesi İçin Gerekli Koşullar	82
a) Milletlerarası, Milletler üstü veya Bölgesel Düzeyde Genel Kabul Görme 82	
b) Tarafsız ve Dengeli Kurallar Dizisi	84
c) Mahkemenin Hukukunun Aksini Öngörmemesi	87
3. “Hukuk Kuralları”nın Seçiminin Yaratabileceği Sorunlar	88
D. Hukuk Seçiminin Asıl Sözleşmeden Ayrılabilirliği/Bağımsızlığı.....	89
E. Genel İşlem Şartları İçerisinde Yer Alan Hukuk Seçiminin Geçerliliği	94

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: LAHEY İLKELERİ VE TÜRK/AZERBAYCAN HUKUKLARINDA HUKUK SEÇİMİNİN KAPSAMI VE SINIRLARI101

I. ATIF TEORİSİNİN REDDİ.....	101
II. SEÇİLEN HUKUKUN KAPSAMINA GİREN KONULAR	106
III. SEÇİLEN HUKUKUN UYGULANMASINI ENGELLEYEN DURUMLAR	110
A. Doğrudan Uygulanan Kurallar.....	110
1. <i>Lex Fori</i> ’nin Doğrudan Uygulanan Kuralları.....	112
2. Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları	116
B. Kamu Düzeni	120

SONUÇ.....128

KAYNAKÇA.....134

EK 1: MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK HAKKINDA.....	147
AZERBAYCAN CUMHURİYETİ KANUNU	147

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AC	: Azerbaycan Cumhuriyeti
Art.	: <i>article</i>
AT	: Avrupa Topluluğu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BTD	: Bağımsız Devletler Topluluğu
Bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
CISG	: <i>United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i> (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması)
Dn.	: dipnot
E.	: Esas
Ed.	: editör
EGBGB	: <i>Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch</i> (Alman Medeni Kanunu'na Giriş Yasası)
ERÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: fıkra
FIDIC	: <i>Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils</i> (Milletlerarası Müşavir Mühendisler Federasyonu)
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HCCH	: <i>Hague Conference on Private International Law</i> (Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı)
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
ICC	: <i>International Chamber of Commerce</i> (Milletlerarası Ticaret Odası)
ICSID	: <i>International Centre of Settlement of Investment Dispute</i> (Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi)
INCOTERMS	: <i>International Commercial Terms</i> (Milletlerarası Ticaret Kuralları)
IPRG	: <i>Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht</i> (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu)
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K.	: Karar
KKTC	: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti
m.	: madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHK	: Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
para.	: paragraf
PECL	: <i>Principles of European Contract Law</i> (Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri)
RG.	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
sec.	: section (paragraf)
SSCB	: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TK	: Tahkim Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UNCITRAL	: <i>United Nations Comission on International Trade Law</i> (Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu)
UNIDROIT	: <i>Institut international pour l'unification du droit privé</i> (Özel Hukukun Birleştirilmesi için Milletlerarası Enstitü)
vd.	: ve diğerleri
vs.	: vesaire
WIPO	: <i>World Intellectual Property Organization</i> (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü)
Y.	: Yıl

RÉSUMÉ

Cette étude analyse la portée et l'applicabilité des Principes de La Haye, leur importance dans le contexte du droit international privé et les effets potentiels des innovations apportées par les Principes de La Haye sur le droit turc et azerbaïdjanais, afin d'évaluer les limites de la liberté de choix de la loi et d'analyser leurs contributions possibles au droit turc/azerbaïdjanais.

La présente thèse se compose de trois chapitres principaux : “Application des Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats du commerce international”, “Choix de la loi en vertu des Principes de La Haye et validité du choix de la loi en droit turc/azerbaïdjanais” et “Portée et limites du choix de la loi en vertu des Principes de La Haye et du droit turc/azerbaïdjanais”. Chaque chapitre aborde différents aspects des Principes de La Haye, expliquant leur impact sur le droit commercial international et la manière dont ils sont intégrés dans le cadre juridique de la Turquie et de l'Azerbaïdjan.

Le premier chapitre intitulé “Application des Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats du commerce international” analyse en détail l'évolution historique, la nature juridique et le rôle des Principes de La Haye dans le droit commercial international. Dans ce chapitre, les types de contrats et de situations auxquels les Principes de La Haye peuvent être appliqués, le champ d'application des Principes, les matières exclues du champ d'application des Principes et les raisons de l'exclusion des Principes de La Haye sont analysés en détail. La place et l'importance des Principes de La Haye dans le droit commercial international, leur capacité à réduire les incertitudes dans les relations commerciales et leur contribution à la stabilité commerciale sont examinées. Des questions telles que la manière dont les Principes de La Haye garantissent la liberté contractuelle entre les parties et la protection juridique des parties dans les processus pré et post-contractuels fondés sur cette garantie sont analysées en profondeur. En outre, cette section analyse les exemples et les pratiques dans différents pays concernant l'applicabilité des Principes de La Haye et évalue les effets de ces principes sur le droit commercial international. Les principes de La Haye élargissent la liberté de choix de la loi par les parties et minimisent ainsi les incertitudes juridiques dans le commerce international. Cette situation permet aux parties de poursuivre leurs relations commerciales de manière plus sûre et plus prévisible.

La deuxième partie, “Choix de la loi en vertu des Principes de La Haye et validité du choix de la loi en droit turc/azerbaïdjanais”, analyse le choix de la loi en vertu des Principes de La Haye, le moment où le choix de la loi peut être fait, la modification de la loi choisie et ses limites, la validité du choix de la loi sous divers aspects et les conséquences juridiques de ce choix. Bien que la Turquie et l’Azerbaïdjan aient des approches juridiques différentes concernant la validité du choix de la loi dans les contrats commerciaux internationaux, les deux pays ont largement adopté le principe de la liberté de choix de la loi. Cette section met l’accent sur les conditions dans lesquelles le choix de la loi est considéré comme valide dans les contrats commerciaux internationaux, tant sur la scène internationale qu’en Turquie et en Azerbaïdjan, et sur la manière dont la loi choisie par les parties est appliquée. Une évaluation complète a été faite sur la compatibilité des systèmes juridiques de la Turquie et de l’Azerbaïdjan avec les principes de La Haye, les difficultés rencontrées dans ces pays en ce qui concerne le choix de la loi et la manière dont ces difficultés peuvent être surmontées. Dans ce contexte, il a été examiné comment les Principes de La Haye trouvent leur place dans les systèmes juridiques turc et azerbaïdjanais, si ces principes sont compatibles avec les règles juridiques existantes et comment les incompatibilités potentielles peuvent être éliminées. En outre, les décisions des tribunaux nationaux sur la validité du choix de la loi en Turquie et en Azerbaïdjan et la compatibilité de ces décisions avec les Principes de La Haye sont également analysées. Ce chapitre analyse la mesure dans laquelle les pratiques de choix de la loi en Turquie et en Azerbaïdjan sont conformes aux Principes de La Haye et les mesures à prendre à cet égard.

Dans le troisième chapitre intitulé “Les Principes de La Haye et le champ d’application et les limites du choix de la loi en droit turc/azerbaïdjanais”, les limites des Principes de La Haye sont analysées en détail. Dans cette section, des questions telles que le rejet de la théorie de l’attribution conformément aux Principes de La Haye, les sujets relevant du champ d’application de la loi choisie, les règles directement applicables et l’ordre public en tant que situations empêchant l’application de la loi choisie sont développées en détail. Les limites de la liberté de choix de la loi dans les réglementations nationales et internationales et la manière dont ces limites sont déterminées sont également analysées dans ce chapitre. L’interaction de concepts tels que l’ordre public et les règles directement applicables avec les Principes de La Haye dans les systèmes juridiques turc et azerbaïdjanais et l’impact de ces concepts sur le choix de la loi sont examinés. En outre, les difficultés pratiques rencontrées lors de la mise en œuvre des Principes de La Haye et les solutions proposées pour surmonter ces difficultés ont été soulignées. Dans ce contexte, il est conclu que le processus d’intégration des Principes de La Haye dans les systèmes juridiques turc et azerbaïdjanais devrait être accéléré et que ce processus devrait être géré plus efficacement.

La conclusion de la thèse souligne l’importance des Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats du commerce international en termes de renforcement de système juridique du commerce international et de garantie de la liberté contractuelle entre les parties. Les Principes de La Haye sont reconnus comme un outil important pour réduire les incertitudes du commerce international, accroître la confiance entre les parties et garantir la liberté contractuelle. Dans ce contexte, l’examen de l’applicabilité des Principes de La Haye en Turquie et en Azerbaïdjan révèle la nécessité pour ces pays d’adopter les Principes de La Haye afin de devenir des acteurs fiables et forts dans les relations commerciales internationales. Le processus d’intégration de ces Principes dans les systèmes juridiques turc et

azerbaïdjanais devrait être accéléré. Ce processus devrait être considéré non seulement comme une exigence juridique, mais aussi comme une étape critique en termes de croissance économique et d'accroissement de la compétitivité dans le commerce international. L'adoption des Principes de La Haye dans les systèmes juridiques de la Turquie et de l'Azerbaïdjan est d'une grande importance en termes de création d'un environnement plus stable et plus fiable en matière de droit commercial international. Les analyses menées dans le cadre de cette étude permettent de déterminer les mesures à prendre pour assurer l'harmonisation des Principes de La Haye avec les réglementations juridiques existantes et pour éliminer les éventuelles incompatibilités.

En conséquence, les Principes contribueront au renforcement de l'infrastructure juridique dans les systèmes juridiques des États et à la conduite des relations commerciales internationales d'une manière plus sûre et plus prévisible. Le rôle des Principes de La Haye dans ce contexte aidera les relations juridiques entre les parties à s'établir sur une base stable et équitable. Les évaluations réalisées dans la présente thèse offrent une perspective globale sur la manière dont les différents systèmes juridiques, y compris les droits turc et azerbaïdjanais, ont adopté et appliqué les Principes de La Haye, sur les difficultés rencontrées dans ce processus et sur les mesures à prendre pour surmonter ces difficultés.

ABSTRACT

This thesis analyzes the scope, applicability, significance of the Hague Principles in the context of private international law and the potential impact of the innovations brought by the Hague Principles on Turkish and Azerbaijani law in order to assess the limits of freedom of choice of law and to analyze their possible contributions to Turkish/Azerbaijani law.

The thesis consists of three main chapters: “Application of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, “Choice of Law under the Hague Principles and the Main Principles of Choice of Law in Turkish/Azerbaijani Law” and “Scope and Limits of Choice of Law under the Hague Principles and Turkish/Azerbaijani Law”. Each chapter addresses different aspects of the Hague Principles, explaining their impact on international commercial law and how they are integrated into the legal framework in Türkiye and Azerbaijan.

The first chapter titled “Application of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts” provides a comprehensive overview of the historical development, legal nature and role of the Hague Principles in international commercial law. In this chapter, the types of contracts and situations to which the Hague Principles may be applied, the scope of the Principles, the matters excluded from the scope of the Principles and the reasons for the exclusion of the Hague Principles are analyzed in detail. The place and importance of the Hague Principles in international commercial law, their potential to reduce uncertainties in commercial relations and their contribution to ensuring commercial stability are discussed. How the Hague Principles guarantee the freedom of contract between the parties and the legal protection of the parties in pre- and post-contractual processes based on this guarantee are analyzed in depth. In addition, this chapter also examines examples and practices in different countries regarding the applicability of the Hague Principles and evaluates the impact of these principles on international commercial law. The Hague Principles expand the parties' freedom of choice of law and thus minimize legal uncertainties in international trade. This situation allows the parties to maintain their commercial relations in a more secure and predictable manner.

The second part, “Choice of Law under the Hague Principles and the Main Principles of Choice of Law in Turkish/Azerbaijani Law”, examines the choice of law under the Hague Principles, when the choice of law can be made, the change of the chosen law and its limits, the validity of the choice of law in various respects and what kind of legal consequences this choice may have. Although Türkiye and Azerbaijan

have different legal approaches to the validity of choice of law in international commercial contracts, both countries have largely adopted the principle of freedom of choice of law. In this section, the conditions under which the choice of law is considered valid in international commercial contracts both in the international arena and in Türkiye and Azerbaijan, and how the law chosen by the parties is applied are emphasized. A comprehensive assessment has been made on the compatibility of the legal systems in Türkiye and Azerbaijan with the Hague Principles, the difficulties encountered in these countries regarding choice of law and how these difficulties can be overcome. In this context, it has been discussed how the Hague Principles find a place in the Turkish and Azerbaijani legal systems, whether these principles are compatible with the existing legal arrangements and how potential incompatibilities can be overcome. In addition, the decisions of domestic courts on the validity of choice of law in Türkiye and Azerbaijan and whether these decisions are compatible with the Hague Principles are also analyzed. This chapter reveals the extent to which the choice of law practices in Türkiye and Azerbaijan are in line with the Hague Principles and the steps to be taken in this regard.

The third chapter titled “The Hague Principles and the Scope and Limits of Choice of Law in Turkish/Azerbaijani Law” examines in detail what kind of limitations the Hague Principles are subject to. In this section, issues such as the rejection of the attribution theory in line with the Hague Principles, which subjects fall within the scope of the chosen law, directly applicable rules and public order as situations that prevent the application of the chosen law are elaborated in detail. The limits of the freedom of choice of law in national and international regulations and how these limits are determined are also examined in this section. How concepts such as public order and directly applicable rules interact with the Hague Principles in the Turkish and Azerbaijani legal systems and the impact of these concepts on choice of law are discussed. In addition, the practical difficulties encountered during the implementation of the Hague Principles and the solutions proposed to overcome these difficulties are emphasized. In this context, it is concluded that the process of integration of the Hague Principles into the Turkish and Azerbaijani legal systems should be accelerated and this process should be managed more effectively.

The conclusion of the thesis emphasizes the importance of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts in terms of strengthening the legal infrastructure of international trade and securing the freedom of contract between the parties. The Hague Principles are recognized as an important tool for reducing the uncertainties of international trade, increasing the trust between the parties and securing the freedom of contract. In this context, the examination of the applicability of the Hague Principles in Türkiye and Azerbaijan reveals the necessity for these countries to adopt the Hague Principles in order to become reliable and strong actors in international trade relations. The process of integration of these Principles into the Turkish and Azerbaijani legal systems should be accelerated. This process is not only a legal necessity, but also a critical step in terms of economic growth and increasing competitiveness in international trade. The adoption of the Hague Principles in the legal systems of Türkiye and Azerbaijan is of great importance in terms of creating a more stable and reliable environment in international trade law. The analysis conducted in this study provides guidance on the steps that should be taken to ensure the harmonization of the Hague Principles with the existing legal regulations and to eliminate possible incompatibilities.

As a result, the Principles will contribute to the strengthening of the legal infrastructure in the legal systems of states and to the conduct of international trade relations in a more secure and predictable manner. The role of the Hague Principles in this context will help to put the legal relations between the parties on a stable and fair basis. The assessments made in this thesis provide a comprehensive perspective on how different legal systems, including Turkish and Azerbaijani law, have adopted and applied the Hague Principles, the difficulties encountered in this process, and the steps to be taken to overcome these difficulties.



ÖZET

Bu çalışma Lahey İlkeleri'nin kapsamı, uygulanabilirliği, milletlerarası özel hukuk bağlamındaki önemi ve getirdiği yeniliklerin Türk ve Azerbaycan hukuku açısından taşıdığı potansiyel etkilerini ortaya koyarak, hukuk seçimi serbestisinin sınırlarını değerlendirmek ve Türk/Azerbaycan hukukuna olası katkılarını analiz etmektedir.

Tez üç ana bölümden oluşmaktadır: "Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Lahey İlkelerinin Kapsamı", "Lahey İlkeleri Uyarınca Hukuk Seçimi ve Türk/Azerbaycan Hukuklarında Hukuk Seçimine İlişkin Temel İlkeler" ve "Lahey İlkeleri ve Türk/Azerbaycan Hukuklarında Hukuk Seçiminin Kapsamı ve Sınırları". Her bir bölüm, Lahey İlkeleri'nin farklı yönlerini ele alarak, bu İlkeler'in milletlerarası ticaret hukuku üzerindeki etkilerini ve Türkiye ile Azerbaycan'daki yasal çerçeveye nasıl entegre edildiğini açıklamaktadır.

“Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Lahey İlkelerinin Kapsamı” başlıklı birinci bölümde, Lahey İlkeleri'nin tarihsel gelişimi, hukuki niteliği ve milletlerarası ticaret hukukundaki rolü kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır. Bu bölümde, Lahey İlkeleri'nin hangi tür sözleşmelere ve durumlara uygulanabileceği, İlkeler'in kapsamı, kapsamı dışında bırakılan konular ve kapsam dışında bırakılmasının nedenleri detaylı bir şekilde analiz edilmiştir. Lahey İlkeleri'nin milletlerarası ticaret hukukundaki yeri ve önemi, ticari ilişkilerdeki belirsizlikleri azaltma potansiyeli ve ticari istikrarı sağlama konusundaki katkıları tartışılmıştır. Lahey İlkeleri'nin taraflar arasındaki sözleşme serbestisini nasıl güvence altına aldığı ve bu güvenceye dayalı olarak tarafların sözleşme öncesi ve sonrası süreçlerde hukuki koruma altına alındığı gibi konular derinlemesine incelenmiştir. Ayrıca, bu bölümde Lahey İlkeleri'nin uygulanabilirliği konusunda farklı ülkelerdeki örnekler ve uygulamalar da ele alınmış, bu İlkeler'in milletlerarası ticaret hukuku üzerindeki etkileri değerlendirilmiştir. Lahey İlkeleri, tarafların hukuk seçimi yapabilme özgürlüğünü genişletmekte ve bu sayede milletlerarası ticarete hukuki belirsizlikleri en aza indirmektedir. Bu durum, tarafların ticari ilişkilerini daha güvenli ve öngörülebilir bir şekilde sürdürmelerine olanak tanımaktadır.

İkinci bölüm olan “Lahey İlkeleri Uyarınca Hukuk Seçimi ve Türk/Azerbaycan Hukuklarında Hukuk Seçimine İlişkin Temel İlkeler” başlığı altında, Lahey İlkeleri uyarınca nasıl bir hukuk seçimi yapabileceği, hukuk seçiminin ne zaman yapılabileceği, seçilen hukukun değiştirilmesi ve sınırları, hukuk seçiminin muhtelif açılardan geçerliliği ve bu seçimin ne tür hukuki sonuçlar doğurabileceği konuları

incelenmiştir. Türkiye ve Azerbaycan, milletlerarası ticari sözleşmelerde hukuk seçiminin geçerliliği konusunda bazı farklı hukuki yaklaşımlara sahip olsalar da, her iki ülke de hukuk seçimi serbestisi ilkesini büyük ölçüde benimsemiş durumdadır. Bu bölümde, gerek milletlerarası arenada gerekse de Türkiye ve Azerbaycan'da milletlerarası ticari sözleşmelerde hukuk seçiminin hangi koşullar altında geçerli kabul edildiği, tarafların seçtikleri hukukun nasıl uygulandığı konularının üzerinde durulmuştur. Türkiye ve Azerbaycan'daki hukuk sistemlerinin Lahey İlkeleri ile uyumluluğu, bu ülkelerde hukuk seçimi konusunda karşılaşılan zorluklar ve bu zorlukların nasıl aşılabileceği üzerine kapsamlı bir değerlendirme yapılmıştır. Bu bağlamda, Lahey İlkeleri'nin Türk ve Azerbaycan hukuk sistemlerinde nasıl bir yer bulduğu, bu ilkelerin mevcut hukuki düzenlemelerle uyumlu olup olmadığı ve potansiyel uyumsuzlukların nasıl giderilebileceği tartışılmıştır. Ayrıca, Türkiye ve Azerbaycan'da hukuk seçiminin geçerliliği konusunda yerel mahkemelerin verdiği kararlar ve bu kararların Lahey İlkeleri ile uyumlu olup olmadığı da incelenmiştir. Bu bölüm, Türkiye ve Azerbaycan'daki hukuk seçimi uygulamalarının Lahey İlkeleri ile ne derece örtüştüğünü ve bu konuda atılması gereken adımları ortaya koymaktadır.

“Lahey İlkeleri ve Türk/Azerbaycan Hukuklarında Hukuk Seçiminin Kapsamı ve Sınırları” başlıklı üçüncü bölümde, Lahey İlkeleri'nin ne tür sınırlandırmalara tabi olduğu ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Bu bölümde, Lahey İlkeleri doğrultusunda atıf teorisinin reddi, seçilen hukukun kapsamına hangi konuların girdiği, seçilen hukukun uygulanmasını engelleyen durumlar olarak doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni gibi konular üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmuştur. Milli ve milletlerarası düzenlemelerde hukuk seçimi serbestisinin sınırları ve bu sınırların nasıl belirlendiği de bu bölümde incelenmiştir. Türkiye ve Azerbaycan hukuk sistemlerinde kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar gibi kavramların Lahey İlkeleri ile nasıl bir etkileşim içinde olduğu ve bu kavramların hukuk seçimi üzerindeki etkisi tartışılmıştır. Ayrıca, Lahey İlkeleri'nin uygulanması sırasında karşılaşılan pratik zorluklar ve bu zorlukların aşılması için önerilen çözümler üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda, Lahey İlkeleri'nin Türk ve Azerbaycan hukuk sistemlerine entegrasyon sürecinin hızlandırılması ve bu sürecin daha etkili bir şekilde yönetilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Tezin sonucunda, Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Lahey İlkeleri'nin milletlerarası ticaretin hukuki altyapısını güçlendirme ve taraflar arasındaki sözleşme serbestisini güvence altına alma açısından taşıdığı önem vurgulanmaktadır. Lahey İlkeleri, milletlerarası ticaretin belirsizliklerini azaltma, taraflar arasındaki güveni artırma ve sözleşme serbestisini güvence altına alma konusunda önemli bir araç olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda, Türkiye ve Azerbaycan'da Lahey İlkeleri'nin uygulanabilirliğinin incelenmesi, bu ülkelerin milletlerarası ticari ilişkilerde güvenilir ve güçlü birer aktör olma yolunda Lahey İlkeleri'ni benimsemelerinin gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bu İlkeler'in Türk ve Azerbaycan hukuk sistemlerine entegrasyon sürecinin hızlandırılması gerekmektedir. Bu süreç, sadece hukuki bir gereklilik değil, aynı zamanda ekonomik büyüme ve milletlerarası ticaretteki rekabet gücünü artırma açısından da kritik bir adım olarak değerlendirilmelidir. Türkiye ve Azerbaycan'ın hukuk sistemlerinde Lahey İlkeleri'nin benimsenmesi, milletlerarası ticaret hukukunda daha istikrarlı ve güvenilir bir ortam yaratılması açısından büyük bir öneme sahiptir. Bu çalışmada yapılan analizler, Lahey İlkeleri'nin mevcut hukuki düzenlemelerle uyumunu sağlama ve olası uyumsuzlukları giderme açısından atılması gereken adımları belirleme konusunda yol gösterici niteliktedir.

Sonuç olarak, ülkeler devletlerin hukuk sistemlerinde hukuki altyapının güçlendirilmesi, milletlerarası ticaret ilişkilerinin daha güvenli ve öngörülebilir bir şekilde yürütülmesine katkı sağlayacaktır. Lahey  lkeleri'nin bu bağlamda oynayacağı rol, taraflar arasındaki hukuki ilişkilerin istikrarlı ve adil bir zemine oturtulmasına yardımcı olacaktır. Bu tezde yapılan değerlendirmeler, Türk ve Azerbaycan hukuku da dahil olmakla farklı hukuk sistemlerinin Lahey  lkeleri'ni nasıl benimsediği ve uyguladığı, bu süreçte karşılaşılan zorluklar ve bu zorlukların aşılması için atılması gereken adımlar hakkında kapsamlı bir perspektif sunmaktadır.



GİRİŞ

Küreselleşme ve dijitalleşme, uluslararası ticaretin dinamiklerini kökten değiştirmiş ve ülkeler arasındaki ekonomik ilişkilerde yeni nomlar ve uygulamalar doğurmuştur. Bu bağlamda, milletlerarası ticari sözleşmelerde uygulanacak hukukun önceden belirlenmesi, taraflar arasındaki hukuki belirsizliklerin önüne geçilmesi ve ticari ilişkilerin düzenlenmesi açısından hayati bir öneme sahiptir. "Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Lahey İlkeleri" (Lahey İlkeleri/İlkeler), bu ihtiyacı karşılamak amacıyla geliştirilmiş uluslararası bir hukuk enstrümanıdır. Bu İlkeler, tarafların uluslararası ticari sözleşmelerde uygulanacak hukuku serbestçe seçebilme haklarını güvence altına alarak, ticaretin hukuki altyapısını güçlendirme ve ticari ilişkilerde öngörülebilirliği artırma işlevi görmektedir. Bu tez, Lahey İlkeleri'nin genel çerçevesini ve bu İlkeler'in Türkiye ve Azerbaycan hukuk sistemlerindeki yerini ve uygulanabilirliğini derinlemesine incelemeyi amaçlamaktadır.

Çalışma konusu olarak Lahey İlkeleri'nin tercih edilmesindeki temel nedenler bu İlkeler'in Azerbaycan hukukunda hiç incelenmemiş olması, Türk hukukunda ise konuya ilişkin çalışmaların sınırlı ve yetersiz olması olmuştur.

Konuya yönelik Azerbaycan hukukundaki eksikliğe bakıldığında aslında bu eksikliğin köklerinin 1990'ların başlarına dayandığı görülmektedir. Şöyle ki, 1991 yılının ekim ayında Azerbaycan, devlet bağımsızlığını ilan etse de, SSCB'den miras kalan hukuk sistemi ve yasalar, hukuki ve demokratik bir toplum inşasına, hukukun üstünlüğünün sağlanmasına, insan hak ve özgürlüklerinin korunmasına güvence sağlayamıyordu. Bununla birlikte, Azerbaycan, bağımsız bir cumhuriyet olarak milletlerarası arenada bir aktör olarak tanınmaya çalışıyordu. Toplumun gelecekteki gelişimi, hukuk alanında reformların hayata geçirilmesini; tamamen yeni, ileri ve demokratik değerlere dayanan bir hukuk ve yargı sisteminin, yasal altyapının

oluşturulmasını gerektiriyordu. Kapalılığıyla bilinen ve yalnızca geniş ekonomik entegrasyona değil, hatta kişisel ilişkiler düzeyindeki bağlantılara bile olumsuz yaklaşan sovyet rejiminin sınırlamaları ortadan kalktıktan sonra Azerbaycan'ın ekonomik alanı yabancı yatırımcılara açıldı, aynı zamanda tüzel kişiler ve vatandaşlar özgürce dünyaya açılma imkanına kavuştular.

Azerbaycan'da milletlerarası özel hukuk alanında kanunun yürürlüğe girmesi süreci, ülkenin bağımsızlığını yeniden kazanmasıyla yakından ilişkilidir. 1991 yılından sonra Azerbaycan'ın uluslararası ilişkiler sistemine entegre olması, çeşitli hukuki ve kurumsal değişiklikler gerektiriyordu. Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun'un kabul edilme süreci, bağımsız bir devlet olarak milletlerarası arenada tanınma ve yükümlülüklerini yerine getirme amacını taşımaktaydı. Bu süreç, aynı zamanda ülkenin hukuk sisteminin modernleşmesi ve milletlerarası standartlara uyum sağlaması açısından da önemli olmuştur. Bu alanda atılan adımlar, Azerbaycan'ın milletlerarası hukuk sistemindeki konumunu güçlendirmiş ve gelişimine olumlu katkı sağlamıştır. "Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun" (MÖHK) 6 Haziran 2000 tarihinde kabul edilmiş ve 29 Ekim 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹. Bu kanun, kabul edildiği dönemde getirdiği yeniliklerle önemli bir yere sahip olsa da, günümüz açısından bakıldığında milletlerarası özel hukukun uygulama alanını tam olarak kapsamadığı ve geliştirilmesine ihtiyaç duyulduğu görülmektedir. Zira kanun,

¹ "Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun" (MÖHK) 6 Haziran 2000 tarihinde kabul edilmiş ve 29 Ekim 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra, post-sovyet coğrafyasında bu tür bir kanun yalnız Gürcistan (1998) ve Azerbaycan'da (2000) kabul edilmiştir. Diğer katılımcı devletlerde ise bu tür normlar, Bağımsız Devletler Topluluğu (BDT) Parlamento Arası Asamblesi'nin 1996 yılında kabul ettiği Medeni Kanun taslağına uygun olarak Medeni Kanun'un son bölümünde düzenlenmiştir (Əlizadə MƏMMƏDOV, "**Azərbaycan Respublikasının Beynəlxalq Xüsusi Hüquq Qanunvericiliyi və Beynəlxalq Hüquq**", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Bakı, 2004, s. 77). Yedi bölüm ve 30 maddeden oluşan AC MÖHK, milletlerarası özel hukukun genel hükümlerinin yanı sıra, kişilere (II. bölüm, m. 9-16), hukuki işlemlere (III. bölüm, m. 17-19), aynı haklara (IV. bölüm, m. 20-22), sözleşmeden doğan borçlara (V. bölüm, m. 24-25), sözleşme dışı borçlara (VI. bölüm, m. 26-28) ve miras hukukuna (VII. bölüm, m. 29-30) ilişkin sadece medeni hukuk ilişkilerine uygulanabilecek kanunlar ihtilafı kurallarını içermektedir (MƏMMƏDOV, s. 86). Kanunun zayıf yönleri hakkında daha detaylı bilgi için bkz. MƏMMƏDOV, s. 96-98; Azərbaycan Respublikası Daxili İşlər Nazirliyi Polis Akademiyası, **Beynəlxalq Xüsusi Hüququn Anlayışı, Predmeti və Mənbələri**, Dərs Vəsaiti, s. 16 vd. (Beynəlxalq Xüsusi Hüquq) https://www.pa.edu.az/library/3/22/168_movzu_1.beynəlxalq_xüsusi_huququn_anlayışı.pdf (Erişim Tarihi: 25.10.2024). Milletlerarası özel hukuk hükümleri, ayrıca 28 Aralık 1999 tarihinde yürürlüğe giren AC Aile Kanunu'nun VII. bölümünde de yer almıştır. "Aile mevzuatının yabancıların ve vatansız kişilerin katılım sağladığı aile ilişkilerine uygulanması" başlıklı bu bölümde, yabancı unsurlu aile ilişkilerine (evlilik akdinin yapılması, tanınması ve sona erdirilmesi, eşlerin malvarlığı ve kişisel gayri maddi hak ve yükümlülükleri, evlat edinme vd.) uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları belirlenmiştir. Milletlerarası medeni usulle ilgili hükümler ise 28 Aralık 1999'da kabul edilen Medeni Usul Kanunu'nun "Yabancı kişilerin katılımıyla yargılama" başlıklı IV. bölümünde yer almıştır (MƏMMƏDOV, s. 81).

bağlama kuralları sistemindeki dağınıklığı giderememesi, milletlerarası usulle ilgili konuları düzenlememesi, iş ilişkileri, hesaplaşma usulleri ve fikri mülkiyete ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarına yer vermemesi gibi nedenlerle eleştirilmektedir. Bu nedenle, 26 Aralık 2023 Tarihli 1077-VIQ numaralı “Tahkim hakkında” Kanun’un Uygulanması ve Buna Bağlı Bazı Meselelerin Düzenlenmesi Hakkında Cumhurbaşkanı’nın 25 Ocak 2024 Tarihli Kararnamesi ile milletlerarası norm ve ilkeler ile gelişmiş dış deneyimler dikkate alınarak, “Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında” yeni kanun taslağının hazırlanmasına karar verilmiştir. Hazırlanacak olan yeni kanun taslağının oluşturulmasında, milletlerarası ticaretin güncel ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikte hazırlanan Lahey İlkeleri’nin model teşkil edebileceği kanaatindeyiz.

Azerbaycan’ın milletlerarası alanda yeni olması sadece normatif açıdan değil aynı zamanda doktrinsel açıdan da milletlerarası özel hukuk alanında yapılan çalışmaların yetersiz olması sonucunu doğurmuştur. Yazılan genel ders kitapları dışında bu alandaki konular ile ilgili detaylı çalışmalar yapılmadığı görülmektedir. Belirtmek gerekir ki, İlkeler Azerbaycan doktrininde hiç işlenmemiş ve konu ile ilgili Azerbaycanca kaynak bulunmamaktadır. Ancak gerek Azerbaycan’ın milletlerarası ticaret alanında artan rolü gerekse de milletlerarası nitelikli sözleşmelerde hukuk seçimini düzenleyen mevcut Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun eski tarihli olmasından kaynaklı güncel sorunlara çözüm getirmede yetersiz olması, konunun Azerbaycan hukuku açısından da incelenmesinin faydalı olabileceğini göstermektedir.

Milletlerarası özel hukuk alanında Azerbaycan hukukunda incelenmesi gereken çok fazla konu olmakla beraber, bu konunun seçilmesinin nedeni konunun Türk doktrinine de fayda sağlaması açısından her iki hukuk sisteminde incelenmeyen veya daha az incelenen bir konu olması olmuştur. Şöyle ki, bu İlkeler’in, milletlerarası özel hukuk alanına önemli bir yenilik getirmesine rağmen, Türk hukuk doktrininde yeterince ele alınmadığı gözlemlenmektedir. Türk hukukunda hukuk seçimine dair pek çok çalışma yapılmış olsa da, 2015 Tarihli Lahey İlkeleri’nin akademik literatürde yeterince derinlemesine incelenmediği anlaşılmaktadır. Bu durum söz konusu İlkeler’in güncel ve yeni tarihli olmasından da kaynaklı olabilir. Ayrıca, Lahey İlkeleri’nin içerik itibarıyla MÖHUK’un 24. maddesi ile büyük ölçüde uyumlu olması, bu konuya akademik ilginin sınırlı kalmasına yol açmış olabilir.

Ancak bu çalışmada daha kapsamlı bir şekilde ele alınacağı üzere, seçilen hukuk ile taraflar veya hukuki muamele arasında bağlantının aranıp aranmayacağı, hukuk seçiminin şekli, anasonel hukuk kurallarının taraflarca seçilip seçilemeyeceği gibi konularda MÖHUK'ta düzenlemelerin bulunmadığı görülmektedir. Bu bağlamda, MÖHUK'un düzenlemediği konular açısından ortaya çıkan boşlukları doldurmak amacıyla Lahey İlkeleri önemli bir potansiyele sahiptir. Bu nedenle, Türk hukukunda Lahey İlkeleri'ne dair duyarlılık ve farkındalık oluşturulması gerekmektedir.

Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Lahey İlkeleri² ("*Lahey İlkeleri*" veya "*İlkeler*") Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nın ("*Lahey Konferansı*" veya "*Konferans*") bir ürünüdür. İlk toplantısını 1893 yılında Nobel barış ödüllü Tobias Michael Carel Asser'in girişimi vasıtasıyla gerçekleştiren Lahey Konferansı 1955'te "konferans" statüsünün yürürlüğe girmesiyle kalıcı bir milletlerarası organizasyon haline gelmiştir. 90 devlet ve Avrupa Birliği de dahil olmakla toplam 91 üyesi olan Konferans milletlerarası özel hukuk kurallarının aşamalı olarak yeknesaklaştırılması misyonunu yerine getirmek için çalışmaktadır³. Lahey Sözleşmelerine taraf olan devletler arasında sadece Konferans'a üye devletler değil, aynı zamanda üye olmayan devletler de vardır. Sonuç olarak Konferans'ın faaliyeti farklı kıtalardaki 150 ülkeyi kapsamaktadır⁴. Lahey Konferansı'nın çeşitli çalışmaları sonucunda milletlerarası özel hukukun farklı alanlarında birçok konvansiyon ortaya çıkmıştır⁵. Konferans, 1893 ve 1904 yılları arasında sonradan modern araçlarla geliştirilen 7 milletlerarası konvansiyon, 1951 ve 2008 yılları arasında ise büyük bir kısmının pratik çalışması Özel Komisyonlar tarafından düzenli olarak gözden geçirilen 38 milletlerarası konvansiyon geliştirmiştir⁶.

² İlkeler'in İngilizce orijinal metni için bkz. Hague Conference on Private International Law, "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts" (İlkeler), <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135> (Erişim Tarihi: 4.02.2024).

³ Sabir ALLAHVEDİYEV, **Azərbaycan Respublikasının Beynəlxalq Xüsusi (Mülki) Hüquq Kursu (Dərslik)**, Qərb Universiteti, Bakı: Digesta Nəşriyyatı, 2007, s. 88-89.

⁴ Türkiye, 26 Ağustos 1955'ten beri Lahey Konferansı üyesidir ve şu anda toplam 14 Lahey Sözleşmesi'ne taraftır ve iki Lahey Sözleşmesi'ni imzalamıştır. Azerbaycan ise 29 Temmuz 2014'te Lahey Konferansı Statüsü'nü kabul belgesini tevdi etmiş ve böylece Konferans'ın 77. üyesi olmuştur. Taraf olunan ve imzalanan sözleşmeler ile ilgili bkz. <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members> (Erişim Tarihi: 27.10.2024).

⁵ Lahey Konferansı'nın hazırladığı konvansiyonlar için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions> (erişim tarihi 4.02.2024).

⁶ İlgar BABAYEV, **Uluslararası Ticari Sözleşmeler Hukukunun Yeknesaklaştırılması**, Ankara: Seçkin, 2022, s. 49-50. Lahey Konferansı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. <https://www.hcch.net/en/about> (Erişim Tarihi: 27.10.2024).

İlkeler ise niteliği itibariyle Lahey Konferansı'nın o zamana kadarki uygulamasından daha farklı bir hukuk aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki, İlkeler Konferansı'nın hazırladığı diğer konvansiyonlardan farklı olarak bağlayıcı olmayan ilk hukuk aracıdır⁷.

Her ne kadar bazı yazarlar tarafından İlkeler'in temelini 1972 yılında ABD tarafından yapılan teklife dayandığı ancak projenin sadece 2006 yılından itibaren dikkat çekmeye başladığı ile ilgili görüşler⁸ olsa da Lahey Konferansı'nın resmi kaynaklarından elde edilen bilgilere göre İlkeler'in hazırlık çalışmalarına 2006'da Lahey Konferansı'nın Genel İşler ve Politika Konseyi'nin Daimi Büro'yu böyle bir hukuk aracının gerekliliği ve uygulanabilirliği ile ilgili rapor hazırlaması için görevlendirmesi ile başlamıştır⁹. Daimî Büro tarafından rapor hazırlanırken milletlerarası sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin bir belgenin geliştirilmesine yönelik pratik ihtiyacı incelemek amacıyla, Üye Devletlere ve milletlerarası ticari tahkim merkezlerine yönelik anketler dağıtılmış, Milletlerarası Ticaret Odası üyeleri ve bunun gibi diğer organizasyonlardan hukuk seçiminin güncel kullanımı, gelecekte hazırlanacak böyle bir metne gerek olup olmadığı, bu metinde hangi hususlara yer verilmesinin faydalı olacağı gibi konularda görüşleri alınmıştır. Bu rapor Daimî Büro tarafından 2009 yılında hazırlanarak yayınlanmıştır.

Raporda İlkeler, altmıştan fazla yargı bölgesinden gelen ulusal raporlarla karşılaştırılmış ve devlet(ler)in hukukunun İlkeler ile uyumu incelenmiştir. Ayrıca, bu İlkeler'in, farklı yargı bölgelerinde ve hukuki belgelerdeki boşlukları doldurma ve tutarsızlıkları giderme potansiyeli değerlendirilmiştir¹⁰. Sırasıyla Afrika, Asya,

⁷ Jürgen BASEDOW, "The Hague Principles on Choice of Law: Their Address and Impact", **Unif. L. Rev.**, C. 22, 2017, s. 304.

⁸ Brooke MARSHALL, "The Hague Choice of Law Principles, CISG, and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law", **American Journal of Comparative Law**, Vol. 66, No. 1, 2018, s. 182, <http://dx.doi.org/10.1093/ajcl/avy007> (Erişim Tarihi: 18.04.2024).

⁹ HCCH, "Commentary on the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts" (Şerh), 2015, s. 9, <https://assets.hcch.net/docs/5da3ed47-f54d-4c43-aaef-5eafc7c1f2a1.pdf> (Erişim Tarihi: 4.02.2024). MORENO RODRÍGUEZ bu fikrin kökeninin, 1980 tarihli Roma Sözleşmesi'nin başarıyla hazırlanmasından ilham alınarak ortaya çıktığını ifade etmektedir. Yazara göre, bu ilk çabalar, taslak hazırlama sürecindeki zorluklar ve belgenin evrensel düzeyde etkin olabilmesi için geniş çapta onay alınmasının zor olması nedeniyle terk edilmiş, yirmi yıldan uzun bir süre sonra 2006 yılında çalışmalara yeniden başlanmıştır. Bkz. José Antonio MORENO RODRÍGUEZ, "The New Paraguayan Law on International Contracts: Back to the Past?", **Eppur Si Muove: The Age Of Uniform Law, Essays In Honour Of Michael Joachim Bonell To Celebrate His 70th Birthday 1146** (UNIDROIT ed., 2016), s. 5.

¹⁰ Daniel GIRSBERGER et al. (eds.), "Choice of Law in International Commercial Contracts Global Perspectives on the Hague Principles", **Oxford Private International Law Series Series** – Editors: Jonathan Harris QC & Andrew Dickinson, s. 502.

Avrupa ve Amerika'nın irade serbestisine yönelik raporları incelenmiştir. Avrupa birliği gözlemcileri AB'nin İlkeler üzerindeki perspektifine ilişkin, gelecekte İlkeler üzerine yapılacak çalışmaların Roma I Tüzüğü'nün içeriğini geliştirmeye katkıda bulunabileceğini ve metindeki boşluklar ile yorumlama sorunlarının ele alınıp çözüme kavuşturulabileceğini belirtmiştir. Raporlarla ilgili yapılan incelemelerde, *Restatement I*'in irade muhtariyeti prensibine yeterince ilgi göstermediği ve bu nedenle bu prensibi esas alan bir belgenin başarı sağlayabileceği gözlemlenmiştir¹¹. İncelemeler sonucunda seçilen hukukla taraflar veya muamele arasında bağlantının aranıp aranmaması; devlet dışı hukuk kurallarının seçimi; örtülü hukuk seçimi; çatışan genel işlem şartlarındaki hukuk seçiminin geçerliliği gibi konularda devletlerin hukuk sistemlerinde farklı yaklaşımların mevcut olduğu veya konulara ilişkin düzenlemelerin bulunmadığı tespit edilmiştir¹². İlkeler'in bahsi geçen tutarsızlıkları giderme ve boşlukları doldurma konusunda önemli bir rehber olacağı sonucuna varılmıştır.

SYMEONIDES, İlkeler'in Şerh'i ile birlikte hem hukuk reformuna rehberlik etme hem de yorumlama amacıyla kullanılabileceğini; irade muhtariyeti prensibi ile ilgili teoriler ve milletlerarası özel hukuk tarihi üzerine çalışmalar yapan öğrenciler ve araştırmacılar için zengin bir kaynak sunacağını ifade etmiştir¹³.

2010 yılında Latin Amerika'dan iki üye (Lauro Gama ve José A. Moreno Rodríguez) ile UNIDROIT (Joachim Bonell), ICC (Fabio Bortolotti), ICC Tahkim Komisyonu (o dönemde Francesca Mazza tarafından temsil edilen), UNCITRAL ve Uluslararası Barolar Birliği (IBA)'den gözlemcilerin de dahil olduğu on beş üyeden oluşan bir Çalışma Grubu kurulmuştur¹⁴. Çalışma Grubu'nun başkanlığını, tahkim konusunda geniş bir deneyime sahip İsviçreli tanınmış Milletlerarası Özel Hukuk Profesörü Daniel Girsberger üstlenmiş ve Lahey Konferansı Sekreteryası'ndan Marta Pertegás tarafından titizlikle koordine edilmiştir. Ardından 2010 yılında ilk toplantısını yapan Çalışma Grubu taslağın bağlayıcı olmayan (*soft law*) metin şeklinde

¹¹ İlkeler ve *Restatement II* arasında karşılaştırma yapan FOLKMAN, İlkeler'in, *Restatement*'tan daha fazla açıklık sunduğunu ve bunun, elbette, tarafların hukuk seçimleri hakkında bilinçli kararlar alabilmelerini sağladığını ifade etmiştir. Karşılaştırma yazısı için bkz. T. FOLKMAN/J. LEVIN, A Comparative Look At The New Hague Principles on Choice of Law & the Restatement (Second) of Conflict of Laws: Second Post, <https://lettersblogatory.com/2015/08/27/a-comparative-look-at-the-new-hague-principles-on-choice-of-law-the-restatement-second-of-conflict-of-laws-second-post/> (Erişim Tarihi: 27.10.2024).

¹² GIRSBERGER, s. 506.

¹³ GIRSBERGER, s. 504.

¹⁴ MORENO RODRÍGUEZ, s. 5.

hazırlanması yönünde çalışmaların hayata geçirilmesine karar vermiştir. Çalışma Grubu tarafından 2012 yılında hazırlanan metni gözden geçirmek amacıyla yine aynı sene Özel Komisyon (yüzden fazla ulusal delegasyon ve gözlemcinin katıldığı diplomatik bir toplantı) kurulmuştur. Komisyonun önerileri ile üzerinde bazı teknik düzenlemeler yapılan metin nihai son şeklini alarak 19 Mart 2015 tarihinde kabul edilmiştir¹⁵.

ICC'nin böyle bir belgenin hazırlanmasına yaklaşımı olumlu olmuş, uygulamada, yargı mercilerinin her zaman irade muhtariyetine tam anlamıyla etki tanımadığı ve hukuk seçimi maddesini geçerli kabul etmediği durumların mevcut olduğu, sonuç olarak, farklı yargı mercilerinin böyle bir hukuk seçimi anlaşmasına eşit muamele etmemesi nedeniyle bu alanda belirsizliklerin devam ettiği ifade edilmiştir. Bu nedenle belgenin taslağını hazırlamakla görevlendirilen Çalışma Grubu'na gözlemci olarak katılan ICC, bu yeni HCCH aracının tamamlanmasından memnun olduğunu ve bu aracın yararlılığının, Lahey İlkeleri'ni uygulayan ilk ülke olan Paraguay tarafından zaten tanındığını belirtmiştir¹⁶. 8 Temmuz 2015 tarihinde, UNCITRAL, Viyana'da gerçekleştirilen 48. oturumu sırasında İlkeler üzerinde destekleyici bir onayda bulunmuştur; bu, Lahey Konferansı'nın UNCITRAL tarafından resmi olarak onaylanan ilk aracı olmuştur. UNCITRAL bu onayında İlkeler'in tarafların yalnızca bir devletin hukukunu değil, aynı zamanda belirli sınırlar dahilinde ve mahkemenin hukuku aksini öngörmediği sürece "hukuk kurallarını" da seçmesine izin verdiğini 3. maddesinin, aksi takdirde hukuk seçimi olarak geçerli olmayacak olan CISG gibi UNCITRAL metinlerinin seçimini kolaylaştırabileceğini ve bu metinlerin uyumlaştırıcı etkisini artırabileceğini ifade etmiştir¹⁷.

İlkeler diğer milletlerarası sözleşme hukuku araçlarının bıraktığı boşlukları doldurarak milletlerarası ticari sözleşmelerde hukuk seçimini düzenlemeyi amaçlayan önemli bir belgedir¹⁸. Lahey İlkeleri, milletlerarası ticarete hukuki belirsizlikleri

¹⁵ Daniel GIRSBERGER/Neil B. COHEN, "Key Features of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", **Uniform Law Review**, C. 22 (2) 2017, s. 316-317; Prensiplerin hazırlık çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şerh, Önsöz, s. 9-12.

¹⁶ Bkz. <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-appeals-to-authorities-to-strengthen-legal-certainty-for-international-contracts-by-implementing-the-newly-approved-hague-principles/> (Erişim Tarihi: 27.10.2024).

¹⁷ Report of the Commission on the work of its 48th session (A/70/17), 2015, para. 238-240, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v15/054/52/pdf/v1505452.pdf> (Erişim Tarihi: 27.10.2024).

¹⁸ Bkz. <https://assets.hcch.net/docs/3ce15720-58d5-4e1f-b226-4af42f1f958f.pdf> (Erişim Tarihi: 27.10.2024).

azaltmak, sözleşme serbestisini korumak ve taraflar arasındaki hukuki ilişkilerin adil ve dengeli bir şekilde yönetilmesini sağlamak amacıyla geliştirilmiştir.

Bu tez çalışmasında, Lahey İlkeleri'nin genel yapısı ve temel prensipleri ayrıntılı bir şekilde incelenerek, bu İlkeler'in farklı hukuk sistemleri ve Türk ve Azerbaycan hukuk sistemlerindeki yeri ve uygulanabilirliği değerlendirilecektir.

Tezin amacı, Lahey İlkeleri'nin ülkelerin hukuk sistemlerine entegrasyonunun potansiyelini ortaya koymak ve bu entegrasyon sürecinin bu ülkelerin milletlerarası ticaret hukukuna katkılarını değerlendirmektir. Bu amaç doğrultusunda, ilk olarak milletlerarası ticari sözleşmelerde hukuk seçiminin önemi ve karşılaşılan sorunlar genel hatlarıyla ele alınacaktır. Ardından, Lahey İlkeleri'nin ortaya çıkış süreci, amaçları ve temel hükümleri detaylandırılacaktır. Türk ve Azerbaycan hukuku dahil milli hukuk sistemlerinin hukuk seçimine yönelik düzenlemeleri incelenecek, bu ülkelerdeki mevcut hukuki düzenlemeler ile Lahey İlkeleri arasındaki ilişkiler değerlendirilecektir. Bununla birlikte hukuk seçimine yönelik hükümler içeren diğer milletlerarası düzenlemeler ile İlkeler'in karşılaştırılması da yapılacaktır.

Bu kapsamda, Türkiye ve Azerbaycan'da hukuk seçimi ile ilgili mevcut mevzuat, yargı uygulamaları ve doktriner görüşler analiz edilerek, Lahey İlkeleri'nin uygulanabilirliği ve potansiyel etkileri üzerinde durulacaktır. Sonuç olarak, Lahey İlkeleri'nin milli hukuk sistemlerinde nasıl bir rol oynayabileceği ve bu İlkeler'in ülkelerin hukuk sistemlerine entegrasyonunun avantajları ve zorlukları değerlendirilecektir.

Bu tez, milletlerarası özel hukuka katkı sağlamak amacıyla hazırlanmakta olup, Lahey İlkeleri'nin bölgesel hukuk sistemlerine entegrasyonu sürecine ışık tutmayı ve Türkiye ile Azerbaycan'ın milletlerarası ticarete daha etkin ve güvenilir aktörler olmasına katkıda bulunmayı hedeflemektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM: MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE HUKUK SEÇİMİNE İLİŞKİN LAHEY İLKELERİ'NİN KAPSAMI

I. İLKELER'İN AMACI VE NİTELİĞİ

Lahey İlkeleri, milletlerarası ticari sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin önemli bir rehber olarak ortaya çıkmıştır. Bu İlkeler, tarafların sözleşmelerinde hangi hukuku seçebileceğine dair temel prensipleri belirlerken, bu seçimin uygulama alanını ve sınırlarını da belirlemektedir.

İlkeler, milletlerarası ticari sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin genel uygulamayı ortaya koymakta ve sınırlı istisnalarla birlikte irade muhtariyetini esas almaktadır¹⁹. İlkeler milli, bölgesel, milletler üstü (*supranational*) veya milletlerarası belgelere model olarak kullanılabilir. Aynı zamanda milletlerarası özel hukuk kurallarının yorumlanması ve geliştirilmesinde de büyük bir rol oynamaktadır²⁰.

Bu İlkeler'in uygulayıcıları arasında ise kanun koyucular (*lawmakers*), mahkemeler ve hakem heyetleri ile sözleşmenin tarafları ve onların hukuk danışmanları yer almaktadır²¹.

Kanun koyucular için İlkeler, hukuk seçimine ilişkin yeni kurallar oluşturmak veya mevcut kuralları tamamlamak veya daha da geliştirmek²² için kullanılabilir.

¹⁹ Jan L. NEELS, "The Nature, Objective and Purpose of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", **Journal of South African Law/Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg**, 2015(4), s. 776.

²⁰ NEELS, s. 778.

²¹ Şerh, 1.20, 27; Muhammed Beheşti AYDOĞAN, "Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Tarafından Onaylanan Milletlerarası Ticari Akitlerde Hukuk Seçimine Dair İlkeler Metninin çevirisi", **Küresel Bakış**, Aralık, 2018, S. 25, s. 68; Marianna A. KALASHYAN, "The Main Characteristics of the Hague Principles", **Journal of Siberian Federal University, Humanities & Social Sciences**, s. 1911.

²² Lahey Konferansı ayrıca, irade muhtariyeti prensibini kabul eden devletlerin bu prensibi geliştirmesi

bir model teşkil etmektedir²³. Bağlayıcı olmayan yapıları nedeniyle, milli, bölgesel, milletler üstü veya milletlerarası düzeydeki kanun koyucular İlkeler'i tamamen veya kısmen benimseyebilirler.

Mahkemeler ve hakem heyetleri için İlkeler, bir hukuk seçiminin geçerliliği ve etkileri ile ilgili sorulara nasıl yaklaşılacağı konusunda rehberlik etmekte ve hukuk seçimi anlaşmazlıklarını yürürlükteki yasal düzenlemeler çerçevesinde çözmek için fayda sağlamaktadır²⁴.

İlkeler, sözleşmenin tarafları ve onların hukuk danışmanları için ise hukuk veya hukuk kuralı seçimi yaparken dikkat edilmesi gereken hususlarda, geçerli ve uygulanabilir bir hukuk seçimi anlaşmasının hazırlanmasında rehberlik sağlamaktadır²⁵.

İlkeler, genel olarak uluslararası ticari sözleşmelerde hukuk seçiminde irade muhtariyetinin tanınmasına ilişkin üzerinde mutabakata varılmış mevcut en iyi uygulamaları ve bunlarla birlikte uygun olduğu ölçüde bazı yenilikçi hükümleri de içermektedir²⁶. Mevcut uygulamaları yansıtan hükümlere örnek olarak, tarafların

ve iyileştirmesi gerektiği yönünde bir yaklaşım benimsemiştir. Bu devletlere örnek olarak Avustralya ve ABD gösterilebilir. Avustralya Federal Hükümeti İlkeler'in milletlerarası özel hukuk kuralları olarak kabul edilip edilmeyeceğini değerlendirmektedir. Amerikan Hukuk Enstitüsü ise şu anda bir *Restatement* (III) geliştirmektedir. ABD'li bir yazar ise "*Lahey İlkeleri ile birlikte ABD hukukundaki son gelişmelerin, Restatement'de irade muhtariyeti konusundaki bölümün revize edilmesi için teşvik edici nitelikte olabileceğini*" gözlemlemiştir. Bkz. MARSHALL, s. 178-180.

²³ Örneğin, Paraguay, İlkeler'in tamamını iç hukukuna aktararak 5393 sayılı Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında Kanun'u ("*Ley no 5393 Sobre El Derecho Aplicable a Los Contratos Internacionales*") oluşturmuştur. Bkz. Lale AYHAN İZMİRLİ, "Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey Prensiplerinin Yapısı ve Kapsamı", **ERÜHFD** 15/2, 2020, s. 347; MARSHALL, s. 177. 5393 sayılı Kanundan önce de Paraguay'da, özellikle milletlerarası ticaret hukuku bağlamında, sınırlı ölçüde de olsa tarafların irade muhtariyetine yer verilmekteydi. Şöyle ki, 1987 tarihli Medeni Kanun'da bazı hükümler, taraflara sınırlı da olsa hukuk seçimi imkanı tanıyordu, ancak bu imkan milletlerarası ticari sözleşmelerde yeterince geniş ve net değildi. Paraguay'ın hukuku daha çok *lex loci contractus* (sözleşmenin yapıldığı yerin hukuku) ve *lex loci solutionis* (sözleşmenin ifa yeri hukuku) ilkelerine dayanmaktaydı. Bu durum tarafların farklı hukuki rejimler seçmesini zorlaştırıyor ve belirsizlikler yaratıyordu. 2015'te kabul edilen yeni Kanun ise Paraguay'ın bu alandaki eksiklerini giderdi ve tarafların irade muhtariyeti ilkesini tam anlamıyla tanıdı. Bu Kanun, milletlerarası ticari sözleşmelerde daha esnek ve modern bir yaklaşım sundu. Paraguay'ın ilgili kanununun detaylı incelemesi için ayrıca, bkz. MORENO RODRÍGUEZ. Kanun metni için bkz. https://assets.hcch.net/upload/contractslaw_py_es.pdf (Erişim Tarihi: 18.04.2024). Paraguay yanında Uruguay ve Mozambik de milletlerarası ticari sözleşmelerde hukuk seçimi ile ilgili düzenlemelerinde İlkeler'i dikkate almıştır.

²⁴ İlkeler, Önsöz para. 3-4.

²⁵ Şerh, para. 1.20.

²⁶ NEELS, s. 782-783. Aslında, Lahey İlkeleri'nde kullanılan teknik, UNIDROIT İlkeleri gibi Amerikan *Restatement*'lerinden ilham almıştır. *Restatement*'ler, belirli hukuk alanlarında hukuku yeniden ifade etmeyi amaçlarken, İlkeler mevcut durumun tatmin edici olmadığı alanlarda hukuku modernize etmeyi hedeflemektedir. Yani İlkeler yalnızca mevcut durumu yansıtmakla kalmamalı, aynı zamanda milletlerarası sözleşmelerde gerekli görülen alanlarda mevcut durumu iyileştirmek için arzu

sözleşmenin farklı bölümlerine farklı hukukları seçebilmesine (bkz. İlkeler m. 2/f. 2); hukuk seçiminin üstü kapalı olarak (örtülü) yapılabileceğine (bkz. İlkeler m. 4); hukuk seçiminin değiştirilmesine (bkz. İlkeler m. 2/f. 3); seçilen hukuk ile işlem veya taraflar arasında bağlantının bulunmasının gerekmemesine (bkz. İlkeler m. 2 /f. 4); hukuk seçiminin geçerliliğinin ana sözleşmeden ayrılabilirliğine (bkz. İlkeler m. 7); uygulanacak hukukun kapsamına (bkz. İlkeler m. 9); sözleşmeden doğan hakların devri halinde seçilen hukukun kapsamının nasıl belirleneceğine (bkz. İlkeler m. 10) ve birden fazla devlette işyeri bulunan taraflar açısından hangi işyerinin esas alınacağına (bkz. İlkeler m. 12) ilişkin hükümler verilebilir. Bu tür en iyi uygulama hükümleri, irade muhtariyetini destekleyen bir rejimin benimsenmesi veya modernleştirilmesi konusunda devletlere önemli tavsiyelerde bulunmaktadır. İlkeler'in içerdiği yenilikçi çözümler getiren hükümler arasında ise tarafların sadece bir "devletin" hukukunu (*law*) değil, aynı zamanda belirli düzeyde kabul görmüş devlet dışı "hukuk kurallarını" (*rules of law*) da seçmelerine izin vermesi (bkz. İlkeler m. 3); taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hukuk seçimin her hangi bir şekil şartına tabi olmaması (bkz. İlkeler m. 5); her iki tarafın "genel işlem şartları" ile hukuk seçimi yaptığı durumlara çözüm getirmesi (bkz. İlkeler m. 6); taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça atıf teorisinin (*renvoi*) hariç tutulması (bkz. İlkeler m. 8) gibi hükümler bulunmaktadır²⁷. Konferansın genel yaklaşımına göre, irade muhtariyetini destekleyen bir devletin, İlkeler ile belirlenen kuralları da benimseyeceği beklenmektedir.

İlkeler'in en önemli özelliklerinden biri bağlayıcı olmayan veya esnek hukuk kuralı (*soft law*) olarak karşımıza çıkmasıdır²⁸. İlkeler'in bağlayıcı olmayan nitelikte hazırlanmasına iten nedenler ise konu ile ilgili bazı bağlayıcı kurallar içeren düzenlemelerin²⁹ mevcut olması ve düzenlemeler arasında olası çatışmalardan

edilen çözümler sunmalıdır (MORENO RODRÍGUEZ, s. 5, dn. 19).

²⁷ Ancak Lahey Konferansı, bu en iyi uygulamaların tümünü kabul etmeyen bir devletin de iyi işleyen bir irade muhtariyeti rejimine sahip olabileceğini kabul etmektedir (Şerh, para. 1.17).

²⁸ Dimitrios K. STAMATIADIS, "The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", *Studia Universitatis Moldaviae*, 2016, nr. 8 (98), s. 263; Gilles LHUILIER, "The Principles of Chice of Law in International Commercial Contracts of the Hague Conference: The Rise of 'Best Practice?' ", *Revue De Droit Des Affaires Internationales = International Business Law Journal*, 2016, s. 104; Gamze AYDOĞDU, *Milletlerarası Özel Hukukta Hukuk Seçimi Anlaşmaları*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023, s. 61.

²⁹ Bu düzenlemelere örnek olarak Avrupa Birliği mevzuatında yer alan, "Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin 593/2008 Sayılı Tüzük" (Tüzüğün orijinal metni için bkz. <http://data.europa.eu/eli/reg/2008/593/oj> (Erişim Tarihi: 10.04.2024; bundan sonra Roma I Tüzüğü olarak anılacaktır)) ve Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında Amerika Kıtası (Amerikan) Sözleşmesi (bundan sonra "Meksika Sözleşmesi" olarak anılacaktır) gösterilebilir. Meksika Sözleşmesi'nin İngilizce orijinal metni için bkz. <http://www.oas.org/Juridico/english/treaties/b-56.html> (Erişim Tarihi: 10.04.2024).

kaçınma arzusu olmuştur. Öte yandan, Lahey Konferansı, girişimin ilk aşamalarından itibaren, bağlayıcı olmayan esnek bir yasal aracın oluşturulmasının gerekli uzlaşmayı daha kolay sağlayacağını ve ayrıca uluslararası arenada irade muhtariyeti prensibinin desteklenmesine daha etkili bir şekilde hizmet edeceğini ve prensibi zaten tanımış olan hukuk sistemleri bağlamında ise daha da geliştirilmesine katkıda bulunacağını öngörmüştür³⁰.

Milletlerarası alanda maddi hukukun yeknesaklaştırılmasına yönelik çalışmalar hızla ve aralıksız devam etmektedir. Bu çalışmaların sonucunda ortaya çıkan milletlerarası sözleşmeler veya model kanunlar gibi zorlayıcı niteliği bulunan hukuk araçlarının “ölü metin” olarak kalma riski bulunduğundan, mevzuat niteliği taşımayan ve hukukta ahenk sağlayabilecek araçlara (esnek hukuk kurallarına) başvurmaya başlanmıştır. Esnek hukuk kuralları, pozitif hukuk içinde yer almayan ve bağlayıcı olmayan yerleşmiş hukuk kurallarını ifade etmektedir³¹. Bu kurallar zorlayıcı olmasa da farklı düzeylerde normatiftir ve uygulanmaları için genel bir kabul görmeleri gerekmektedir³². Yani İlkeler devletlerin doğrudan uygulamak veya iç hukuklarına dahil etmek zorunda oldukları bağlayıcı bir Konvansiyon³³ veya yürürlüğe koymaya teşvik edildiği bir model kanun³⁴ niteliği taşımamaktadır³⁵.

³⁰ STAMATIADIS, s. 263.

³¹ Halil Ercüment ERDEM, “ICC Model Sözleşmelerinin Esnek Hukuk Kuralları Arasında Yeri ve Önemi”, **Hukuk Postası**, 2018, s. 3 (ICC Model Sözleşmeleri); Vefaddin İBAYEV, **Beynəlxalq Mülki Proses** (Ali Məktəblər Üçün Dərslik), Bakı: Elm, 2005, s. 92.

³² ERDEM, ICC Model Sözleşmeleri, s. 3; İBAYEV, s. 92; Milletlerarası ticaret hukuku bakımından, esnek hukuk kuralları *lex mercatoria*’nın milletlerarası sözleşmeler, model kanunlar, standart sözleşmeler ve klozlar, hakem kararları vd. gibi kaynakları içerisinde yer almaktadır. Yazılı hale getirilmiş birden fazla esnek hukuk kuralı bulunur, örneğin UNIDROIT İlkeler’i, UNCITRAL Milletlerarası Tahkim Model Kanunu, Milletlerarası Satım İlişkin BM Sözleşmesi (CISG), INCOTERMS, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Model Sözleşmeleri gibi. Bkz. Henry Deeb GABRIEL, “The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of Unidroit, Uncitral, and the Hague Conference”, **Brook Journal of International Law**, C. 34/3, s. 658; Esnek hukuk kurallarının tarihsel gelişimi için ayrıca, bkz. Anna Dİ ROBILANT, “Genealogies of Soft Law”, **The American Journal of Comparative Law**, C. 54, No. 3, s. 518-519.

³³ Hangi metinlerin konvansiyon olarak nitelendirildiği ile ilgili, bkz. Nuray EKŞİ, **Cases and Materials on the EU Private International Law**, İstanbul, 2006, s. 3.

³⁴ Model kanunlar devletler tarafından iç hukuklara aktarılacak, kanun koyucular için standart oluşturmak amacıyla tasarlanmaktadır. Aynı zamanda model kanunlar iç hukuka aktarılma sürecini daha da kolaylaştırmak için milletlerarası sözleşmelerin yapısal kurallarına uygun hazırlanmaktadır (Halil Ercüment ERDEM, “ICC Model Contracts”, **Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler**, İstanbul, 2008, s. 514); Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanun, Elektronik Ticarete İlişkin Model Kanun, Teminat İşlemlerine İlişkin Model Kanun, Elektronik İmzaya İlişkin Model Kanun model kanunlara örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Cansu YENER KESKİN, **Milletlerarası Ticari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklara Lex Mercatoria’nın (Milletlerarası Ticarete İlişkin Maddi Hükümler ile Ticari Adet ve Teamül) Uygulanması**, 1. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2022, s. 62-63.

³⁵ GIRSBERGER/ COHEN, s. 317; Bununla birlikte Lahey Konferansı gelecekte konuya ilişkin bağlayıcı bir belge oluşturma olasılığını dışlamamaktadır. Sadece milletlerarası sözleşmelerde hukuk seçimi için irade muhtariyeti ilkesinin kabul edilmesini ve bu ilkeyi dengeli bir şekilde uygulayan, iyi

Aksine, Lahey Konferansı her bir devleti kendi hukuk sistemine uygun bir şekilde³⁶ İlkeler'i iç hukukuna dahil etmeye teşvik etmektedir. Bu amaçla İlkeler hukuk seçimine ilişkin, devletlerin iç hukuk düzenlemeleri ve diğer milletlerarası belgelerle³⁷ birlikte hareket etmektedir.

İlkeler'in Önsöz'ünde belirtilen "*milletlerarası özel hukuk kurallarının yorumlanması, tamamlanması ve geliştirilmesi*" amacının taraflarca kullanılabilmesi yani tarafların forumun milletlerarası özel hukukunu Lahey İlkeleri gibi esnek hukuk kuralları ile tamamlayabilmesi bazı yazarlarca eleştirilmektedir. MARSHALL'a göre, İlkeler ve Şerh'i, sözleşmenin taraflarının bu belgeye "*atıfta bulunması gerektiğini*" açıkça belirtmese de bunu açıkça engellememektedir. Ole LANDO'nun gözlemlerine göre, tarafların İlkeler'e atıfta bulunarak başka bir hukuk seçimi yaptığı durumlar "çifte seçim" (hem "İlkeler" in seçimi hem de "hukuk veya hukuk kuralları"nın seçimi) ile sonuçlanacaktır³⁸. Forumun milletlerarası özel hukuk kuralları açıkça devlet hukukudur ve Lahey İlkeleri ise esnek/yumuşak hukuktur, bu nedenle normatif olarak bakıldığında, esnek hukukun devlet hukukunun izin vermediği bir şeye nasıl izin verebileceğini söylemek zordur ve eğer zaten devlet hukuku tarafların hukuk seçimine izin veriyorsa, tarafların bu seçimi İlkeler aracılığıyla yapması (yani çifte seçim yapması) gereksiz olacaktır³⁹. Ancak belirtmek gerekir ki, İlkeler'in belirtilen

hazırlanmış yasal rejimlerin geliştirilmesini teşvik etmek için şu anda tavsiye niteliğinde, bağlayıcı olmayan İlkeler'in daha uygun olduğunu düşünmektedir. Lahey Konferansı'na göre İlkeler hukuk düzenlemelerini etkiledikçe, bu konuda bağlayıcı bir belgenin uygun olacağı durumları ortaya çıkarması kuvvetle muhtemeldir. Bkz. Şerh, s. 24; KALASHYAN, s. 1911.

³⁶ Esnek hukuk kuralı olması nedeniyle İlkeler, yalnızca forum ülkesi hukukunun izin verdiği ölçüde uygulanabilecektir. Bkz. Symeon C. SYMEONIDES, "The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments", **American Journal of Comparative Law**, C. 61(4), 2013, s. 892; Ancak İlkeler'in uygulanması için forum ülkesinin çizdiği sınır sadece devlet mahkemeleri için geçerlidir. Hakem heyetleri bu sınırlamaya tâbi değildir çünkü gerek Türk gerekse de Azerbaycan hukuku gibi birçok hukuk sisteminde anasyonel hukuk kurallarının mahkemelerde hukuk seçimi olarak uygulanmasına izin verilmezken (5718 Sayılı MÖHUK m. 24/1; Azerbaycan MÖHK m. 24/1) tahkim yargılamasında uygulanmasına izin verilmektedir (T.C.

MTK m. 12-C/1; AC TK m. 25/5). Anasyonel hukuk kurallarının mahkemelerde ve tahkimde uygulanması ile ilgili ayrıca, bkz. Berk DEMİRKOL, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, s. 86 vd.; Ergin NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, 21. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2021, s. 324; Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN-FİĞANMEŞE, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 10. Bası, İstanbul, 2023, s. 331-332; Sibel ÖZEL/Mustafa ERKAN/Hatice Selin PÜRSELİM/Hüseyin Akif KARACA, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. Bası, 2023, s. 410.

³⁷ Örneğin irade muhtariyeti ilkesini benimseyen Roma I Tüzüğü ile (Şerh, para. 1.8).

³⁸ Ole LANDO, "The Draft Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts and Rome I", **Commitment To Private International Law—Essays In Honour Of Hans Van Loon** 299, 310 (Permanent Bureau of the Hague Conference on Private Int'l Law ed., 2013).

³⁹ MARSHALL, s. 188-189; Bir esnek/yumuşak hukuk kuralı (İlkeler) vasıtasıyla başka bir esnek/yumuşak hukuk kuralının (örneğin CISG) seçilmesi sonucunda ortaya çıkabilecek sorunlardan ilgili bölümde bahsedilecektir. Bkz. "Hukuk Kurallarının Seçiminin Yaratabileceği Sorunlar".

kullanım amacı yani "*milletlerarası özel hukuk kurallarının yorumlanması, tamamlanması ve geliştirilmesi*" Şerh Para. 1.20 (a)'da sözleşmenin tarafları için değil kanun yapıcılar için düşünülmüş, İlkeler'in taraflara nasıl hitap edeceği ise paragrafın devamında (Şerh Para. 1.20 (c)) açıklanmıştır. İlkeler'in taraflar veya hukuk danışmanlarına geçerli bir hukuk seçimi anlaşmasının yapılmasında rehberlik sağlaması amaçlanmış ve en önemlisi İlkeler'e atıf yapma şartı aranmamıştır.

İlkeler'in bağlayıcı olmaması nedeniyle etkin bir uygulama alanı bulamayacağını savunan görüşler⁴⁰ olsa da aslında tam da bu özelliğinden kaynaklı devletlerin iç hukuklarına aktarmaksızın İlkeler'in uygulama imkânı bulacağını savunan görüşler⁴¹ de mevcuttur⁴².

İlkeler kendisine atıfta bulunarak uygulanacağını belirtildiği bir hükme yer vermemesi yönünden UNIDROIT, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri ("PECL") ve bunlar gibi diğer esnek hukuk kurallarından farklılık göstermektedir. Bu nedenle neredeyse bütün devletlerde sözleşme özgürlüğünün çizdiği sınırlar çerçevesinde tarafların bu tür kuralları uygulaması kabul edilmektedir⁴³.

Ayrıca İlkeler, Milletlerarası Ticaret Odası gibi özel bir organizasyon tarafından değil, milletlerarası bir kuruluş tarafından ortaya çıkarılması yönüyle diğer esnek hukuk kurallarından farklılık göstermektedir⁴⁴.

İlkeler'in genel amacı, irade muhtariyetini güçlendirmek ve taraflarca seçilen hukukun açıkça tanımlanmış sınırlara tabi olarak en geniş uygulama alanına sahip olmasını sağlamaktır⁴⁵. Bununla beraber milletlerarası sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin yeknesak bir model oluşturmak, yani milletlerarası ticari sözleşmelere dair kanunlar ihtilafı kurallarını uyumlaştırmak ve milletlerarası özel hukuk kurallarının gelişimine katkıda bulunmak da İlkeler'in oluşturulmasındaki temel amaçlar olmuştur⁴⁶. PERTEGÁS ve MARSHALL'ın gözlemlediği üzere, İlkeler uyumlaştırma

⁴⁰ GIRSBERGER/COHEN, s. 317.

⁴¹ Ralf MICHAELS, "Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts", **Studies in European Economic Law and Regulation**, C. 3, 2014, s. 10-11; SYMEONIDES, s. 875-876.

⁴² İZMİRLİ, s. 348.

⁴³ İZMİRLİ, s. 348.

⁴⁴ BASEDOW, s. 306.

⁴⁵ İlkeler, Önsöz, para.1; İlkeler'in irade muhtariyetini esas almasının temel nedeni tarafların sözleşme için en uygun olduğunu düşündükleri hukuku seçmelerinin meşru beklentilerini karşılayarak öngörülebilirliği ve hukuki kesinliği artırdığının düşünülmüşüdür. Bkz. İlkeler, m. 2-3.

⁴⁶ Jan L. NEELS/Eesa A. FREDERICS, "Tacit Choice of Law in the Hague Principles on Choice of

amacını iki şekilde sağlamaktadır⁴⁷. İlk olarak, kanun koyucular tarafından kullanılmak üzere en iyi uygulama için bir “rehber” rolü oynamaktadır⁴⁸. İkinci olarak, mahkemeler ve tahkim arasında eşit şartlar yaratmanın da İlkeler’in amaçlarından biri olduğu belirtilmektedir⁴⁹. İlkeler hazırlanırken iki istisna dışında diğer tüm maddeler mahkemeler ve tahkim arasında ayırım yapılmaksızın her ikisi tarafından kullanılmak üzere hazırlanmıştır⁵⁰. Bu istisnalardan ilki seçilecek hukukun forum ülkesinin çizdiği sınırlar çerçevesinde sadece bir devletin hukukunun değil aynı zamanda belirli düzeyde kabul görmüş hukuk kurallarının da olabileceğini düzenleyen 3. maddenin son kısmıdır⁵¹. Bu maddede belirtilen “*forum devletinin hukuku aksini öngörmedikçe*” ifadesi sadece devlet mahkemeleri için geçerlidir. Yukarıda da bahsedildiği üzere İlkeler tahkim yargılaması için bu yönde bir sınırlama öngörmemiştir çünkü birçok hukuk sisteminde anasyonel hukuk kurallarının mahkemelerde hukuk seçimi olarak uygulanmasına izin verilmezken tahkim yargılamasında uygulanmasına izin verilmektedir. Diğer istisna ise doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzenini mahkemeler ve tahkim için ayrı şekilde düzenleyen 11. maddedir⁵².

İlkeler’in bir diğer amacı da tarafların hukuk seçimi ile milletlerarası ticari ilişkilerde hukuki kesinlik ve öngörülebilirliği artırmaktır⁵³.

II. İLKELER’İN UYGULAMA ALANI

İlkeler’in uygulama alanı m. 1 ile belirlenmiştir. İlkeler’in uygulanabilmesi için üç kriterin karşılanması gerekmektedir. Buna göre, söz konusu sözleşme

Law in International Contracts”, 2011 **De Jure**, s. 102; KALASHYAN, s. 1911.

⁴⁷ Marta PERTEGAS/Brooke Adele MARSHALL, “Party Autonomy and Its Limits: Convergence Through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, **Brook. J. Int’l. L.**, 2014, s. 979.

⁴⁸ Avustralya deneyimi bu işlevin başarısını göstermektedir: Başsavcılığın Antlaşmalar Ortak Daimî Komitesi Lahey İlkeleri’ni nispeten desteklemektedir. Bkz. Michael DOUGLAS/Nicholas LOADSMAN, “The Impact Of The Hague Principles On Choice Of Law In International Commercial Contracts”, **Melbourne Journal of International Law**, Vol. 19, No. 1, 2018, s. 5, <https://ssrn.com/abstract=3230515> (Erişim Tarihi: 25.04.2024).

⁴⁹ PERTEGAS/MARSHALL, s. 979.

⁵⁰ Şerh, P. 6, s. 28. Bu da yabancı unsurlu sözleşmelerde tercih edilen uyuşmazlık çözüm yolu olarak dava yolunun yeniden canlanmasına neden olabilir.

⁵¹ İlgili maddenin İngilizce metni şu şekildedir: “*The law chosen by the parties may be rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise.*” (İlkeler m. 3). Daha detaylı ilgili bölümde bahsedilecektir.

⁵² Daha detaylı açıklamaya aşağıda, ilgili bölümde yer verilecektir. Bkz. “Doğrudan Uygulanan Kurallar” ve “Kamu Düzeni”.

⁵³ LHUILIER, s. 106.

"milletlerarası" olmalıdır⁵⁴. Tarafların işyerleri aynı devlette bulunmadıkça ve seçilen hukuk ne olursa olsun, tarafların ilişkileri ve diğer tüm ilgili unsurlar yalnızca o devletle bağlantılı olmadıkça, bir sözleşme İlkeler'de bu terime verilen anlamda "milletlerarası"dır⁵⁵.

İkinci kriter ise, sözleşmenin, taraflardan herbirinin kendi ticari veya mesleki faaliyetinin icrası ile ilgili olması gerektiğidir. Bu kriterin gerekçesi ise, İlkeler'in asıl amacının milletlerarası sözleşmelerde irade muhtariyetini tesis etmek ve geliştirmek olmasıdır. Ancak bu sadece her iki tarafın da profesyonel sıfatıyla hareket ettiği, bu nedenle irade muhtariyetinin yaygın olarak kullanıldığı ve kötüye kullanılması risklerinin en aza indirildiği durumlarda geçerlidir. İlkeler, tüketici veya iş sözleşmeleri gibi taraflardan birinin pazarlık gücünün diğer tarafa nazaran varsayımsal olarak daha zayıf olduğu belirli sözleşme tiplerini açıkça kapsam dışında bırakmaktadır⁵⁶.

Üçüncü kriter ise milletlerarası ve ticari nitelik taşıyan sözleşmelerde hukuk seçimin yapılmış olmasıdır. Yani İlkeler, klasik kanunlar ihtilafı kurallarından farklı olarak tarafların seçim yapmadığı durumlarda uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin kurallar getirmemektedir⁵⁷. Bu dışlamanın nedenleri iki yönlüdür. İlk olarak, İlkeler'in amacı, milletlerarası ticari sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesi için kapsamlı bir ilkeler bütünü sağlamaktan ziyade irade muhtariyetini geliştirmektir⁵⁸. İkinci olarak, milletlerarası ticari sözleşmelerde hukuk seçimi yapılmaması halinde uygulanacak hukuku belirleyen kurallara ilişkin bir düzenleme şu anda mevcut değildir. Bununla birlikte, İlkeler'in kapsamının sınırlandırılması, Lahey Konferansı'nın daha sonraki bir tarihte, hukuk seçimi anlaşmasının yokluğunda sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesi için kurallar geliştirmesini engellememektedir⁵⁹.

Hukuk seçimi yapılmayan durumları kapsam dışı bırakması sebebiyle İlkeler'in, ticaret dünyası, akademisyenler, kanun koyucular, mahkemeler, hakemler ve ilgili organizasyonlar gibi kişi ve kurumlara da hitap ettiğinin belirtilmesine⁶⁰ rağmen

⁵⁴ STAMATIADIS, s. 264; DOUGLAS/LOADSMAN, s. 7; LHUILIER, s. 104.

⁵⁵ İlkeler, m. 1/2; MARSHALL, s. 184.

⁵⁶ MARSHALL, s. 184; DOUGLAS/LOADSMAN, s. 7; LHUILIER, s. 104.

⁵⁷ Şerh, para. 2.2; LHUILIER, s. 104.

⁵⁸ MARSHALL, s. 184.

⁵⁹ Şerh, para. 1.14.

⁶⁰ MARSHALL, s. 188.

pratikte esasen taraflar ve bunların yasal danışmanları tarafından kullanılabileceği belirtilmektedir⁶¹. Aynı zamanda BASEDOW’a göre İlkeler, kanunlar ihtilafı kuralları bulunmayan ya da daha genel nitelikte kanunlar ihtilafı kuralları bulunan hukuk sistemlerinde etkili olabilecekken⁶², detaylı kanunlar ihtilafı kuralları bulunan hukuk sistemlerinde nispeten daha az, hukuk seçimine izin vermeyen hukuklarda⁶³ ise neredeyse hiç etkin olamayacaktır. Ancak kanaatimizce, bu hukuk sistemlerinde ilerde irade muhtariyeti prensibinin kabulü yönünde yapılacak düzenlemelerde İlkeler örnek alınabilecektir.

Aşağıda, İlkeler’in uygulama alanını belirlemek için esas alınan bu kriterler ele alınacaktır.

A. “Milletlerarası” Sözleşmeler

İlkeler madde 1(2), madde 12 ile birlikte, milletlerarası sözleşmelerin tanımını belirlemektedir. İlkeler’in kapsamına girmek için, sözleşmenin "milletlerarası" bir sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Bu gereklilik, milletlerarası özel hukukun yalnızca milletlerarası uyumazlıklara uygulandığı yönündeki geleneksel anlayışla tutarlıdır. "Milletlerarasılık" tanımı ulusal ve uluslararası belgeler arasında önemli ölçüde farklılık göstermektedir. Türk Hukukunda hangi sözleşmelerin MÖHUK kapsamına girdiğinin belirlenmesi konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. “Objektif yöntem” olarak tanımlanan ilk görüşe göre sözleşmenin coğrafi (sözleşmenin yapıldığı yer, ifa yeri vd.) veya şahsi (tarafların vatandaşlığı) açıdan birden çok hukuk düzeni ile bağlantılı olması yabancılık unsurunun varlığı için yeterlidir. “Subjektif yöntem” olarak tanımlanan ikinci görüşe göre sözleşme coğrafi veya şahsi açıdan birden çok hukuk düzeni ile bağlantılı olmasa dahi taraflar kendi iradeleri ile yabancı bir hukuku seçerek sözleşmeyi yabancı unsurlu hale getirebilirler. Son dönemlerde ortaya çıkan ve “ekonomik yöntem” olarak da tanımlanan üçüncü bir

⁶¹ BASEDOW, s. 307.

⁶² Paraguay’ın İlkeler’in tamamını iç hukuka aktararak 5393 sayılı Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında oluşturması BASEDOW’un bu görüşünü destekler niteliktedir. Bkz. İZMİRLİ, s. 347; Aynı zamanda Hindistan Sınırlama Yasası’nda önerilen değişiklikler de İlkeler’in 9/1-d maddesiyle uyum teşkil etmiştir. Bunun dışında Güney Kore Cumhuriyeti de İlkeler’i milletlerarası özel hukuk kanununa dahil etme niyetini ifade etmiştir. Bkz. NEELS, s. 776.

⁶³ Örneğin Brezilya ve Kolombiya gibi bazı Latin Amerika veya Orta Doğu ülkeleri hukuk seçimine ilişkin irade muhtariyeti prensibini benimsememiş ya da sadece uyumazlığın tahkime götürüleceği durumlarda benimsemiştir. Bkz. MARSHALL, s. 176. Ancak SYMEONIDES bu ülkelerde ilerde irade muhtariyeti prensibinin kabulü yönünde yapılacak düzenlemelerde İlkeler’in örnek alınabileceğini belirtmiştir. Bkz. SYMEONIDES, s. 876.

yaklaşımına göre ise objektif yaklaşım daha dar yorumlanmakta, hukuki işlem veya ilişkinin objektif (şahsi veya coğrafi unsurları) açıdan yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığı değerlendirilmeden sınıraşan nitelikte olması veya milletlerarası ticaretin yarar alanına dahil olması da bu hukuki işlem veya ilişkinin milletlerarası nitelikli olarak değerlendirilmesinde yeterli kabul edilmektedir⁶⁴.

Yabancılık unsuruna sübjektif yaklaşım olarak tanımlanan ikinci görüşe göre taraflar yabancı bir hukuku seçerek işlem veya ilişkiye yabancılık unsuru kazandırabilirler. Bu durumda taraf iradeleri haricinde herhangi bir yabancı unsur aranmamaktadır. Nitekim bunu engelleyen düzenleme de mevcut değildir⁶⁵. Karşıt görüşe göre ise taraflar objektif açıdan yabancılık unsuru taşımayan işlem veya ilişkiye yabancı bir hukuku seçerek yabancılık unsuru kazandıramazlar; hukuk seçimi ancak yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler açısından yapılabilir⁶⁶.

Azerbaycan hukukunda milletlerarasılık unsuru ile ilgili objektif yöntem kabul edilmiştir. Yani bir ilişkinin milletlerarası olarak değerlendirilmesi, söz konusu ilişkide en az bir yabancı unsurun yer alması ile mümkündür. Yabancı unsur, ilişkiyi oluşturan veya sona erdiren hukuki olayların yabancı bir devletin sınırları içinde gerçekleşmesi, ilişkinin konusunun yabancı bir ülkede veya yabancı bir ülkedeki bir varlıkla ilgili olması veya taraflardan birinin yabancı bir ülke vatandaşı olması gibi durumlardan kaynaklanabilir. Azerbaycan hukukunda bir ilişkinin milletlerarası özel hukuk ilişkisi olarak nitelendirilebilmesi için yalnızca bir yabancı unsurun varlığı yeterlidir⁶⁷.

İlkeler’de milletlerarası sözleşme kavramı Madde 1(2)’de şu şekilde tanımlanmıştır:

⁶⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 336; ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 11; Bilgin TİRYAKİOĞLU, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 1996, s. 25-26, dn. 9

⁶⁵ NOMER, s. 320; Aysel ÇELİKEL/Bahadır ERDEM, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Beta, 17. Bası, 2021, s. 384; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 337.

⁶⁶ Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 30, Sayı: 1-2, 2010, s. 33 (2010); Vahit DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 8. Bası, Ankara, 2022, s. 400. Yabancılık unsuru taşıyan sözleşme ve milletlerarası sözleşme kavramları ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında ‘Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme’ ve ‘Uluslararası Sözleşme’ Kavramları", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 73, S. 10-11-12, 1999, s. 927-928.

⁶⁷ ALLAHVERDİYEV, s. 28.

“Bu İlkeler’in amaçları doğrultusunda, taraflardan her birinin işyeri⁶⁸ aynı Devlette bulunmadıkça ve seçilen hukuk ne olursa olsun taraflar arasındaki ilişki ve diğer tüm ilgili unsurlar yalnızca o Devletle bağlantılı olmadıkça, bir sözleşme milletlerarası niteliktedir.”

Bu negatif tanım uyarınca, "milletlerarası" terimine mümkün olan en geniş kapsamı vermek amaçlanarak, yalnızca "*taraflardan her birinin işyeri aynı devlette bulunan ve seçilen hukuk ne olursa olsun taraflar arasındaki ilişki ve diğer tüm ilgili unsurlar yalnızca o devletle bağlantılı olan*" sözleşmeler “milletlerarası nitelikli olmayan” sözleşmeler olarak ifade edilmiş ve bu tanımın dışında kalan sözleşmeler ise milletlerarası nitelikli sözleşmeler olarak kabul edilmiştir⁶⁹.

Sözleşmenin milletlerarası olup olmadığının tespiti iki adımdan oluşmaktadır. İlk olarak, m. 1(2) uyarınca, tarafların işyerlerinin farklı devletlerde bulunması halinde, sözleşme milletlerarası niteliklidir ve İlkeler geçerlidir. Eğer bir tarafın birden fazla işyeri varsa, ilgili işyeri sözleşmenin akdedildiği tarihte sözleşme ile en yakın ilişkiye sahip olan işyeridir (bkz. İlkeler m. 12). Bu bağlamda esas iş yerleri farklı ülkelerde bulunan tarafların sözleşme ile en yakın ilişkili işyerleri aynı ülkede ise sözleşme milletlerarası nitelikli sayılmayacak ve İlkeler’in uygulama alanına dahil olmayacaktır⁷⁰.

İkinci olarak, "*diğer tüm ilgili unsurlar*", örneğin, sözleşmenin akdedildiği yer, ifa yeri, taraflardan birinin uyruğu, taraflardan birinin kuruluş yeri veya işyeri aynı devlette bulunmuyorsa, sözleşme yine de milletlerarası olarak nitelendirilmektedir. Milletlerarasılık unsuru somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir⁷¹. Örneğin, Azerbaycan’daki bir arazinin işyerleri Türkiye’de bulunan taraflar arasında satılması,

⁶⁸ “İşyeri” için Çalışma Grubu taslağında “*place of business*” ifadesinin kullanılmış olmasına rağmen Özel Komisyon toplantısında bu ifadeyi “*establishment*” ile değiştirmiştir. Bkz. SYMEONIDES, s. 879, dn. 26.

⁶⁹ STAMATIADIS, s. 264; AYDOĞDU, s. 61; Milletlerarası Sözleşmelere negatif tanım veren bu hüküm esas olarak Lahey Konferansı’nın yirminci oturumunda kabul edilmiş 30 Haziran 2005 Tarihli Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi’nden (Madde 1/2) esinlenmiştir. İlgili madde için ayrıca, bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98> (Erişim tarihi: 17.12.2023); Milletlerarası Mal Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Sözleşme (“*Lahey Satış Sözleşmesi*”) ise bunun tam tersine “milletlerarası sözleşmeler” ile ilgili pozitif tanım benimsemiştir. Lahey Satış Sözleşmesi’nin İngilizce orijinal metni için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=61> (Erişim tarihi: 17.12.2023); 2006 Tarihli Menkul Kıymetler Sözleşmesi’nde de pozitif tanım verilmiş ancak tarafların hukuk seçimi tek başına yabancılik unsuru olarak kabul edilmiştir (Şerh, para. 1.15).

⁷⁰ İZMİRLİ, s. 351.

⁷¹ STAMATIADIS, s. 264.

arazinin yurtdışında bulunması nedeniyle milletlerarası sözleşme şartını yerine getirmektedir. Aynı hususlar Azerbaycan'da üretilen ancak Türkiye'de bulunan maddi malların yine işyerleri Türkiye'de bulunan taraflar arasında satılması bakımından geçerli değildir. Benzer şekilde, sözleşme öncesi müzakerelerin yurt dışında gerçekleşmiş olması ya da sözleşmede belirli bir dilin kullanılmış olması da tek başına milletlerarasılık şartını yerine getirmemektedir⁷².

Madde 1(2)'de yer alan "*seçilen hukuk ne olursa olsun*" ifadesi, tarafların hukuk seçiminin milletlerarasılığın belirlenmesinde etkili bir unsur olmadığı anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, diğer tüm ilgili unsurlar tek bir devlette toplandığında taraflar sadece yabancı bir hukuku seçerek, bu seçime yabancı bir mahkeme veya hakem heyeti seçimi eşlik etse bile, sözleşmenin milletlerarasılığını tesis edemezler⁷³. Böylelikle İlkeler'de de Türk ve Azerbaycan hukukunda olduğu gibi milletlerarasılık unsuru ile ilgili objektif yöntem benimsenmiştir.

Aynı zamanda İlkeler, 2006 Tarihli Lahey Menkul Kıymetler Sözleşmesi (m. 3) ve Roma I Tüzüğü'nde (m. 1(1)) olduğu gibi Avustralya, Kanada, Nijerya, İspanya, Birleşik Krallık veya Amerika Birleşik Devletleri gibi bir devlet içinde olan farklı hukuk sistemlerine sahip bölgesel birimler arasındaki kanunlar ihtilaflarını ele almamaktadır⁷⁴. Dolayısıyla, milletlerarasılık şartını yerine getiren unsurlardan birinin bir devletin farklı bir toprak biriminde yer alması, Madde 1(2) anlamında sözleşmenin milletlerarasılığını oluşturmamaktadır⁷⁵. Ancak, Lahey Menkul Kıymetler Sözleşmesi

⁷² Şerh, para. 1.19.

⁷³ Şerh, para. 1.21. Bu yaklaşım Roma I Tüzüğü'nde ilgili bir düzenleme bulunmaması nedeniyle tarafların yabancı bir hukuku seçmesinin Tüzük'ün uygulama alanı bulması için yeterli sayılması yaklaşımından farklılık göstermektedir. Bkz. STAMATIADIS, s. 264.

⁷⁴ GIRSBERGER/COHEN, s. 318; Şerh, para. 1.22.

⁷⁵ Farklı hukuk sistemlerine sahip bölgesel birimler arasındaki kanunlar ihtilafları, doktrinde "interlokal kanunlar ihtilafı" olarak adlandırılmakta ve milletlerarası kanunlar ihtilafından ayrılmaktadır. Sovyetler Birliği döneminde, milletlerarası ve dahili (lokal/interlokal) kanunlar ihtilafının birbirinden ayırt edilmesi önem arz eden bir durum olarak değerlendirilmekteydi. Sovyet hukuku iki çelişki türünü keskin bir şekilde ayırıyordu: birincisi, Sovyet kanunları ve yabancı kanunlar arasındaki çelişki (yani milletlerarası kanunlar ihtilafı); ikincisi ise müttefik cumhuriyetlerin kanunları arasındaki çelişki (yani dahili (interlokal) kanunlar ihtilafı). Ancak, Sovyetler Birliği'nin dağılması ile birlikte eski müttefik cumhuriyetlerin topraklarında bağımsız devletler kurulmuş ve böylece müttefik cumhuriyetler arasındaki dahili çelişkiler de milletlerarası çelişkiye dönüşmüştür. Bazı ülkelerin, örneğin ABD'nin milletlerarası özel hukuk doktrini ve pratiği, milletlerarası kanunlar ihtilafı (Amerika ile yabancı kanunların çelişkisi) ile dahili kanunlar ihtilafını (farklı eyalet kanunları arasındaki çelişki) birbirinden ayırmamaktadır. Dahili çelişkinin, bölgeler arası kanunlar ihtilafı kurallarının gelişimi ile ortadan kalktığını belirtmek gereklidir. Dahili kanunlar ihtilafı kuralları, yabancı unsurlu veya milletlerarası nitelikteki ilişkileri değil, aynı devlet içinde oluşan *salt dahili ilişkileri* düzenlemektedir. Bu nedenle, söz konusu kurallar milletlerarası özel hukuk kapsamına dahil edilmemektedir ve interlokal çelişkinin çözümü milletlerarası özel hukukun işlev, görev ve amacına dahil olmayan bir konudur (ALLAHVERDİYEV, s. 176).

ve Roma I Tüzüğü'nden farklı olarak İlkeler kanun koyucuların veya diğer kullanıcıların İlkeler'in uygulama alanını devlet içi (bölgeler arası) kanunlar ihtilaflarını kapsayacak şekilde genişletmelerini engellemektedir⁷⁶.

B. “Ticari” Sözleşmeler

İlkeler'in uygulanacağı sözleşme türleri ile ilgili ifadelere hem İlkeler'in Önsöz (*Preamble*) bölümünde hem de İlkeler'in kapsamını belirleyen 1. maddesinde yer verilmiştir. Ancak İlkeler Madde 1, gerek sözleşme türlerini tanımlama biçimi bakımından gerekse de İlkeler'in uygulama alanını daha kesin bir şekilde belirlemesi bakımından Önsöz'den farklılık göstermektedir. Şöyle ki, İlkeler'in başlığında olduğu gibi Önsöz'de İlkeler'in yalnızca "ticari sözleşmeleri"⁷⁷ ele aldığı belirtilmiştir⁷⁸. İlkeler Madde 1(1) ise Önsöz'den farklı olarak, "ticari sözleşmeler" ifadesini kullanmamış ve bu nedenle bu terimi resmi olarak tanımlamamıştır⁷⁹. Bunun yerine, Madde 1(1), "... taraflardan her birinin kendi ticari veya mesleki faaliyetini icra ettiği" sözleşmeleri İlkeler'in kapsamına giren sözleşmeler olarak tanımlamaktadır⁸⁰. İlkeler'in uygulanabilmesi için her iki (veya tüm) taraf(lar)ın da kendi ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde hareket ediyor olması gerekmektedir⁸¹. Taraflardan sadece birinin ticari faaliyetini yerine getirmesinin sözleşmenin ticari nitelikli kabul edilmesi için yeterli olduğu ülkelerde bu madde önem kazanmaktadır⁸².

⁷⁶ Şerh, para. 1.22.

⁷⁷ Bu terim UNIDROIT İlkeleri'nde de benimsenmiştir.

⁷⁸ Önsöz'ün ilgili ilk paragrafı şu şekilde tercüme edilebilir:

“Önsöz para. 1

Bu belge milletlerarası ticari sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin genel esasları ortaya koymaktadır”.

⁷⁹ GIRSBERGER/COHEN, s. 319; STAMATIADIS, s. 264; DOUGLAS/LOADSMAN, s. 7.

⁸⁰ DOUGLAS/LOADSMAN, s. 7; AYDOĞDU, s. 62.

⁸¹ GIRSBERGER/COHEN, s. 319; SYMEONIDES, s. 881-882. Bu formülasyon, tüketiciyi ticareti veya mesleği dışında kabul edilebilecek bir amaç için hareket eden gerçek kişi olarak tanımlayan Roma I Tüzüğü'nden (Madde 6/1) esinlenmiştir (Şerh, para. 1.6). Roma I Tüzüğü madde 6/1

“Without prejudice to Articles 5 and 7, a contract concluded by a natural person for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession (the consumer) with another person acting in the exercise of his trade or profession (the professional) shall be governed by the law of the country where the consumer has his habitual residence, provided that the Professional”.

⁸² SYMEONIDES, s. 881-882; DOUGLAS/LOADSMAN, s. 7. Türk hukukunda, TTK m. 19/2 uyarınca işlemin taraflarından sadece biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, diğer taraf için de ticari iş olarak kabul edilmektedir. Yargıtay da 2002 tarihli bir kararında, ticari amaçla yolcu taşıyan bir tacire ait otobüsün kaza yapması sonucunda zarar gören davacı yolcunun ticari işlerde uygulanan reeskont oranında temerrüt faizini talep edebileceğine karar vermiştir. İlgili karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2002-5241-k-2002-8511-t-03-10-2002> (Erişim Tarihi: 07.10.2024). Konu ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Reha POROY/Hamdi YASAMAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 19. Bası, Ankara, 2022. Ancak taraflar arasındaki ilişki

Madde 1(1) İlkeler'in ne zaman uygulanacağını belirlemek için yeknesak bir kavram getirmesi ve farklı devletlerde farklı anlamlara gelebilecek olan "ticari sözleşmeler" terimini kullanmaması açısından büyük önem taşımaktadır⁸³.

Madde 1(1)'de ve İlkeler'in tamamında kullanıldığı üzere, "taraf" terimi herhangi bir gerçek veya tüzel kişiyi kapsamaktadır; örneğin: bağımsız yükleniciler, şirketler, vakıflar, ortaklıklar, tüzel kişiliği olmayan kuruluşlar veya kamuya ait kuruluşlar. Tarafların kendi özel ticari veya mesleki faaliyetlerinde kapsamlı deneyim veya beceriye sahip olmaları şartı aranmamaktadır. Ayrıca, "ticaret veya meslek" terimlerinin kullanılması, tanımın hem tacirlerin, imalatçıların veya esnafların ticari faaliyetlerini ("ticari işlemler") hem de avukatlar veya mimarlar gibi profesyonellerin ticari faaliyetlerini ("profesyonel hizmetler") içerdiğini açıkça ortaya koymaktadır. Sigorta sözleşmeleri ile acentelik veya *franchise* sözleşmeleri gibi fikri mülkiyet haklarının devrine veya kullanımına ilişkin sözleşmeler de İlkeler kapsamındadır⁸⁴.

Tarafların ticari veya mesleki faaliyet icra edip etmediği, tarafların salt statülerine göre değil, sözleşmenin koşullarına göre belirlenmektedir. Dolayısıyla, aynı kişi belirli işlemlerle ilgili olarak bir tacir veya profesyonel olarak hareket ederken, diğer işlemlerle ilgili olarak bir tüketici konumunda olabilmektedir⁸⁵. Bu durumda sözleşmenin İlkeler kapsamına girip girmediği belirlenirken tarafın sözleşme

sözleşme yerine haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanıyorsa TTK m. 19/2 uygulanmayacaktır. Daha detaylı bilgi için bkz. Rıza AYHAN/ Hayrettin ÇAĞLAR/ Mehmet ÖZDAMAR, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, 15. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022; Hüseyin ÜLGİN/ Mehmet HELVACI/ Arslan KAYA/ Füsün NOMER ERTAN, **Ticari İşletme Hukuku**, 8. Bası, İstanbul, 2022.

Belirtmek gerekir ki Azerbaycan hukukunda milletlerarası ticari sözleşmeleri ifade etmek için "milletlerarası ekonomik (iktisadi) sözleşmeler" terimi kullanılmaktadır. Sovyet mevzuatında "milletlerarası ticari sözleşmeler" terimi kullanılmaktaydı; zira ticaret, milletlerarası ekonomik ilişkilerin temel ve ana biçimi olup, o dönemdeki tüm dış ekonomik faaliyet türlerini kapsamaktaydı. 1990'lı yıllardan itibaren hayata geçen köklü siyasi ve ekonomik değişiklikler sonucunda "milletlerarası ekonomik faaliyet" ve bu faaliyeti resmileştiren sözleşmeleri "milletlerarası ekonomik sözleşme" terimi ile ifade etmek daha amaca uygun görülmüştür. Bu değişimin gerekçesi olarak milletlerarası ticari faaliyetten farklı olarak, milletlerarası ekonomik faaliyetin, milletlerarası özel (ekonomik) alanda yürütülen tüm ticari işlemleri kapsadığı gösterilmektedir. Ayrıca, milletlerarası ticari faaliyet, milletlerarası ekonomik faaliyetin bir alt bileşenidir; bu sözleşmeler, farklı ülkelerin gerçek ve tüzel kişileri arasında, ayrıca devletler ile yabancı kişiler arasında sadece ticaret alanında değil, uluslararası ekonomik ilişkiler kapsamında kurulmaktadır (ALLAHVERDİYEV, s. 383).

⁸³ Örneğin, medeni ve ticari işlemler arasındaki geleneksel ayrımı yansıtmayan aynı zamanda işletmeler ile tüketiciler arasındaki sözleşmelerin "ticari" olarak kabul edildiği devletler de mevcuttur. İlkeler Madde 1/1 "ticari sözleşmeler" ifadesini kullanmayarak farklı devletlerde kavram kargaşasına yol vermekten kaçınmıştır. Bkz. Şerh, para. 1.6; STAMATIADIS, s. 264.

⁸⁴ Şerh, para. 1.7.

⁸⁵ Buna örnek olarak, bir avukatın, bir işletmeye hukuki danışmanlık hizmeti vermek üzere yaptığı sözleşmenin, mesleki faaliyetinin icrası ile ilgili olmasına rağmen, aynı avukatın tatil yapmak için kendisine daire kiralaması halinde mesleki faaliyeti dışında kalan bir sözleşmesel ilişkiye taraf olduğu ifade edilmiştir (Şerh, s. 30).

ile ilgili olarak icra ettiği faaliyetin niteliği değerlendirilmelidir.

Sözleşmenin 1. madde kapsamına girmesi halinde, İlkeler sözleşmenin hangi yolla akdedildiğine bakılmaksızın uygulanmaktadır. Dolayısıyla, İlkeler, taraflar ticari veya mesleki faaliyetlerini icra ettikleri sürece, örneğin, e-ticaret işlemleri ve elektronik yollarla akdedilen her türlü sözleşme için de geçerlidir⁸⁶.

III. İLKELERİN UYGULAMA ALANI DIŞINDAKİ KONULAR

İlkeler'in kapsam dışı bıraktığı konular 1. maddenin birinci ve üçüncü fıkraları ile belirlenmiştir. Birinci fıkra ile tüketici ve iş sözleşmeleri açıkça İlkeler'in uygulama alanı dışında bırakılmış, bunların dışında kalan kapsam dışı konular ise üçüncü fıkra da altı başlık altında sayılmıştır⁸⁷.

A. Kapsam Dışı Bırakılan Sözleşmeler

Ticari veya mesleki faaliyetin icrası ile ilgili olmayan sözleşmeler İlkeler'in uygulama kapsamı dışında tutulmuştur. Özellikle ve herhangi bir şüpheyne mahal vermemek adına, Madde 1(1) tüketici ve iş sözleşmelerini açıkça kapsam dışı bırakmaktadır⁸⁸. Dışlamanın gerekçesi olarak ise birçok devletin maddi hukukunun tüketici ve iş sözleşmelerini, tarafların sözleşmeyle aksini kararlaştıramayacağı emredici kurallara tabi tutması gösterilmiştir. Gerek tüketici sözleşmeleri gerekse de iş sözleşmeleri sosyal veya ekonomik bakımdan eşit olmayan sözleşme tarafları arasında bir tarafın gerçekten de diğer tarafa nazaran daha zayıf konumda olduğu sözleşmeler olarak değerlendirilmektedir. Nitekim İlkeler'in temel amaçlarından biri de hukuk seçiminin tarafların bağımsız iradeleri ile serbestçe yapılmasıdır⁸⁹. Bu

⁸⁶ Şerh, para. 1.9.

⁸⁷ İZMİRLİ, s. 353; DOUGLAS/LOADSMAN, s. 8. Bazı görüşlerde İlkeler'in uygulama alanı dışındaki hallerin liste olarak belirlenmesinin bağlayıcı nitelikli milletlerarası anlaşmalarda sıkça rastlanan ve gerekli olan bir husus olmasına rağmen İlkeler gibi bağlayıcılığı bulunmayan hukuk araçlarında çok da gerekli olmadığı belirtilse de (BASEDOW, s. 313); karşıt görüşe göre ise bu yöntem İlkeler'in kapsamının belirlenmesinde yardımcı olabilmektedir (GIRSBERGER/COHEN, s. 320).

⁸⁸ Bu formül Roma I Tüzüğü'nden açıkça etkilenmiş olup, bu çerçevede işlemin zayıf tarafının korunmasına ilişkin sözleşmelerde irade muhtariyeti üzerinde neredeyse hiçbir kısıtlama olmaksızın oldukça liberal bir duruşun benimsendiği diğer sözleşmeler arasında bir sınır çizilmiştir. Buna karşın, *Restatement II*'da formüle edildiği şekliyle ABD milletlerarası özel hukuku, işlemin zayıf tarafının korunması için özel bir muamele sağlamamakta, sadece tüm sözleşme türleri için irade serbestisine ilişkin aynı kısıtlamaları benimsemekte, ancak mahkemelere somut olayın belirli özelliklerine bağlı olarak bu kısıtlamaların farklı şekillerde ve duruma göre uygulanması görevi verilmektedir. Bkz. STAMATIADIS, s. 265.

⁸⁹ İZMİRLİ, s. 353.

kurallar, tüketici veya işçi gibi zayıf olan tarafın irade muhtariyetinin kötüye kullanılmasına karşı korunmasını amaçlamaktadır ve bu koruma, irade muhtariyeti üzerinde bir dışlama veya sınırlama olarak ortaya çıktığı durumlarda milletlerarası özel hukuka kadar uzanmaktadır.

1. Tüketici Sözleşmeleri

Taraflardan birinin tüketici diğerinin ise satıcı veya sağlayıcı konumunda olduğu sözleşmelere ilişkin yasal düzenlemeler tüketici olan tarafın korunmaya muhtaç olduğu düşünülerek yapılmaktadır⁹⁰. Bu koruma yabancılik unsurlu tüketici sözleşmelerinde⁹¹ de muhafaza edilmekte ve genellikle kendini hukuk seçiminin sınırlandırılması olarak göstermektedir⁹². Hukuk seçiminin sınırlandırılması kendini iki şekilde gösterebilir. Bunlardan ilki seçilebilecek hukuklar açısından getirilen sınırlama; diğeri ise seçilen hukuk ile objektif bağlama kuralı ile tespit edilen hukuk arasında tüketiciyi hangisinin daha fazla koruduğuna ilişkin yapılan karşılaştırma ile uygulanacak hukukun belirlenmesi⁹³ yoluyla hukuk seçiminin sınırlandırılmasıdır⁹⁴. Türk hukukunda ikinci sınırlandırma yöntemi yani yararlılık ilkesi benimsenmiştir. Şöyle ki Roma Konvansiyonu’nun tüketici sözleşmelerine ilişkin 5. maddesi⁹⁵ esas alınarak hazırlanan MÖHUK m. 26/1 uyarınca tüketici sözleşmelerine tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri ile sahip olduğu asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuk uygulanacaktır⁹⁶. Böylelikle seçilen

⁹⁰ ŞANLI/ ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 353-354.

⁹¹ Yabancılik unsurlu tüketici sözleşmeleri ile ilgili detaylı bkz. Günseli ÖZTEKİN GELGEL, **Türk Devletler Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar**, İstanbul, 2020 (Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar); Yeşim ATAMER, “Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması”, **İHFM**, C. LV, 1995-1996, s. 421 vd.

⁹² Gülgören TEKİNALP, **Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları**, 13. Bası, İstanbul: Vedat, 2020, s. 336; ŞANLI/ESEN/ATAMAN- FİĞANMEŞE, s. 354.

⁹³ ÖLİYEV, s. 413 vd. Karşılaştırılmalı hukukta “yararlılık ilkesi” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. DOĞAN, s. 406.

⁹⁴ Sınırlandırmalar ile ilgili daha detaylı bkz. Vahit DOĞAN, “Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1-2 (Prof. Dr. M. Şakir BERKİ’ye ARMAĞAN), 1996, s. 163-165 (Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/26616/280418> (Erişim Tarihi: 15.04.2024).

⁹⁵ İlgili madde hakkında daha detaylı bilgi için bkz. ÖZTEKİN GELGEL, **Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar**, s. 87 vd.; ATAMER, s. 421, 426 vd.

⁹⁶ MÖHUK m. 26 kapsamındaki tüketici sözleşmesinin tanımını gereksiz bulan görüşe göre, tüketici sözleşmesinin vasıflandırma yoluyla belirleneceği savunulmaktadır (ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 351). Karşıt görüşte olan ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA ise tüketicinin korunmasında hâkimin yapacağı vasıflandırmanın yanı sıra genel çerçevenin belirlenmesi ve mukayeseli hukuka uyum açısından bu tanımın yapılmasını yerinde bulmaktadır (ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 445). Alım satım akdinden doğan her ihtilafın MÖHUK m. 26’ya girmediği ve MÖHUK m. 24’ün uygulanması gerektiği ile görüşler için ayrıca bkz. ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 447-450.

hukukun uygulanmasına tüketiciye mutad meskeni hukukuna nazaran daha fazla koruma sağladığı durumlarda izin verilerek hukuk seçimi sınırlandırılmıştır⁹⁷. Azerbaycan MÖHK'da ise yabancılık unsurlu tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusu özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak kanunun 27. maddesinde⁹⁸ tüketicilere ilişkin “tüketicinin uğradığı zarardan dolayı sorumluluk” konusu yer almaktadır. Bu madde uyarınca tüketici işlemlerinde tüketicinin uğradığı zararın tazmini taleplerine tüketicinin tercihinə bağlı olarak tüketicinin ikametgâh veya mutad meskeni hukuku, imalatçının veya hizmet sağlayıcının bulunduğu veya ikamet ettiği devletin hukuku veya tüketicinin mal veya hizmeti satın aldığı ülkenin hukuku uygulanacaktır. Yani Azerbaycan hukukunda hukuk seçimi seçilebilecek hukuklar açısından sınırlandırılmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki burada uygulanacak hukuku seçme imkânı sadece tüketiciye tanınmıştır. Bu düzenleme BDT ülkelerinin Model Medeni Kanun’undaki düzenleme ile aynıdır. ALLAHVERDİYEV, bu düzenlemede “zararın gerçekleştiği yer (*lex loci delicti*)” gibi tek bir bağlama noktası kullanılmasının yerine tüketicinin seçimine bağlı olarak birden fazla bağlama noktasının kullanılmış olmasını, her somut olayın koşullarına uygun olarak ve mantıklı bir şekilde çözülmesinde fayda sağlayabilecek yerinde bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir⁹⁹. Kanaatimizce, tüketiciye uğradığı zararın tazmini taleplerine uygulanacak hukuku seçme imkanının verilmesi olumlu yönde bir düzenleme olsa da, tüketicinin kendisine hangi hukukun daha fazla koruma sağlayabileceğini bilme ihtimalinin düşük olması nedeniyle tüketicinin sahip olduğu asgari korumanın saklı tutulması daha yerinde bir düzenleme olacaktır.

Bunların dışında bazı devletler (örneğin İsviçre) ise tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimini sınırlamaktan ziyade tümüyle yasaklamıştır. İsviçre IPRG m. 120/1 ile tüketici sözleşmeleri tüketicinin ikametgâh hukukuna tabi tutulmuş ve m. 120/2 ile

⁹⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 355.

⁹⁸ AC MÖHK m. 27: “İstehlakçıya dəyən ziyanə görə məsuliyyət

27.0. Malın alınması və ya xidmətin göstərilməsi ilə əlaqədar istehlakçıya dəyən ziyanın ödənilməsi haqqında tələbə istehlakçının seçimi əsasında:

27.0.1. istehlakçının yaşadığı və ya adətən olduğu ölkənin hüququ; 27.0.2. istehsalçının və ya xidmət göstərən şəxsin yerləşdiyi və ya yaşadığı ölkənin hüququ; 27.0.3. istehlakçının malı aldığı və ya ona xidmət göstərildiyi ölkənin hüququ tətbiq olunur”. Söz konusu madde, “İmalatçının sözleşme dışı sorumluluğu” başlıklı T.C. MÖHUK m. 36 ile benzerlik teşkil etmektedir. T.C. MÖHUK m. 36: “İmal edilen şeylerin sebep olduğu zarardan doğan sorumluluğa, zarar görenin seçimine göre, zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukuku ya da imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuku uygulanır. İktisap yeri hukukunun uygulanabilmesi için zarar verenin, mamulün o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispat edememiş olması gerekir”.

⁹⁹ ALLAHVERDİYEV, s. 586.

tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimine izin verilmediği kesin olarak düzenlenmiştir¹⁰⁰.

Tüketici sözleşmelerinde irade muhtariyetine ilişkin yukarda bahsedilen yasaklamalar veya kısıtlamalar bu konunun yine irade muhtariyetini esas alan İlkeler'in kapsamı dışında bırakılmasına neden olmuştur. Bu dışlamaya göre sözleşmenin bir tarafının mal veya hizmeti özel amaçla satın alan veya tüketen nihai kullanıcı-tüketici olması İlkeler kapsamında hukuk seçiminin yapılmasını engelleyecektir. Bununla birlikte, biri tüketici diğeri tacir olan taraflar arasında akdedilen sözleşmeler gibi iki tüketici arasında akdedilen sözleşmeler de İlkeler'in uygulama alanı dışındadır. Ancak Şerh'te bu dışlamadan İlkeler'in bu tarz sözleşmelerde irade muhtariyetinin olmadığı yaklaşımını benimsediği sonucunun çıkarılmaması gerektiği sadece İlkeler'in bu konuya ilişkin milletlerarası özel hukuk kuralları öngörmediği açıklanmıştır¹⁰¹.

Özellikle tüketici sözleşmelerine ilişkin olarak, İlkeler, "çift amaçlı sözleşmeler" olarak adlandırılan, yani kısmen taraflardan birinin ticari faaliyetine giren, kısmen de bu faaliyetin dışında kalan amaçlara yönelik sözleşmelerin nitelendirilmesine açıkça değinmemektedir. Aynı şekilde İlkeler, mesleğin hangi perspektiften değerlendirileceği, yani meslek mensubunun sözleşmenin amacından haberdar olmasının gerekli olup olmadığı konusunda da sessiz kalmıştır¹⁰².

2. İş Sözleşmeleri

Taraflarından birinin diğesine nazaran sosyo-ekonomik açıdan daha zayıf konumda olması nedeniyle korunmasına yönelik hem milletlerarası ve milletler üstü belgelerde hem de farklı devletlerin hukuklarında düzenlemeler yapılan bir diğer sözleşme türü ise iş sözleşmeleridir¹⁰³. Belirtmek gerekir ki hukuk seçimi konusu

¹⁰⁰ Maddenin İngilizce orijinal metni için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en (Erişim Tarihi: 05.09.2024).

¹⁰¹ Şerh, para. 1.11.

¹⁰² Şerh, para. 1.12.

¹⁰³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN- FİGANMEŞE, s. 358; Doğa ELÇİN, **Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 2012, s. 62; Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinin hukuki rejimi ile ilgili ayrıca bkz. Vahit DOĞAN, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kurallarının Sınırlarının Tespiti**, Ankara, 1996 (Bağlama Kurallarının Sınırlarının Tespiti); Vahit DOĞAN, "5718 Sayılı Kanun'a Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti", **GÜHFD**, 2007, S. 9, s. 147 vd. (İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti); Emine Tuncay SENYEN KAPLAN, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", **Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı: Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk**

bireysel iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri açısından farklı değerlendirilmektedir.

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi konusu ile ilgili doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bu görüşler genellikle iş sözleşmelerinde irade muhtariyetini reddeden, irade muhtariyetini kanuna karşı hile müessesesi içerisinde değerlendiren ve irade muhtariyetini kabul eden görüşler olarak üç yere ayrılmaktadır¹⁰⁴. İrade muhtariyetini reddeden görüşlerin farklı gerekçeleri olarak seçilen hukukun uygulanması durumunda sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin hukuk seçimi yapılmasa idi uygulanacak hukuk ile sahip olacağı korumadan mahrum kalacağı; iş sözleşmelerinin ülkesel niteliği gereği kamu düzeninin müdahalesinin gerektiği; iş hukuku kurallarının doğrudan uygulanan kuralların bir parçası olması nedeniyle irade muhtariyetine yer verilemeyeceği gibi nedenler gösterilmekteydi¹⁰⁵.

Günümüzde ağırlıklı olan iş sözleşmelerinde irade muhtariyetini kabul eden görüşlerin gerekçesi ise hukuk seçiminin taraflara kesinlik ve öngörülebilirlik sağladığı yönündedir¹⁰⁶. İrade muhtariyetini kabul eden sistemler¹⁰⁷ ise taraflara tanınan hukuk seçiminin sınırları konusunda birbirinden ayrılmaktadır. Bu sınırlamalar işçinin korunmasının ilk aşaması olarak her devlet hukukunda kendini farklı şekillerde göstermektedir. Bazı devletler “seçilebilecek hukuk düzenleri açısından sınırlama” getirdiği halde¹⁰⁸ bazıları ise “yararlılık ilkesi bakımından sınırlama” getirmiştir. Roma I Tüzüğü m. 8 ile düzenlenen yararlılık ilkesi bakımından sınırlama şekli Türk hukukunda MÖHUK m. 27¹⁰⁹ ile de benimsenmiştir. Bu

Uygulaması ve İş Hukuku Sorunları, 2017, s. 68 vd.; William K. SLATE, “**Business, Labor and Law in the Global Economy: Resolution of International Employment and Labor Disputes**”, Rich. J. Global L. & Bus., 2005, s. 160;

¹⁰⁴ İş sözleşmelerinde irade muhtariyetine dair görüşler için daha detaylı bkz. ELÇİN, s. 65-68.

¹⁰⁵ ELÇİN, s. 66.

¹⁰⁶ ELÇİN, s. 63.

¹⁰⁷ Bazı ülkelerde (İtalya, Polonya, Kanada, Çekya, Slovakya, Almanya, Birleşik Krallık ve Romanya) tarafların hukuk seçimi, temel bağlama kuralı olarak uygulanmaktadır. Örneğin, Romanya’nın milletlerarası özel hukuk ilişkilerini düzenleyen kanunu (1992) “irade muhtariyeti” ilkesini temel bağlama kuralı olarak öngörmektedir (madde 101) Bkz. Polis Akademiyası, **Ömök Hüququ**, s. 8.

¹⁰⁸ Örneğin İsviçre hukukunda IPRG m. 121/3 ile getirilen sınırlamaya göre taraflar sadece işçinin veya işverenin mutad meskeni, işverenin ikametgahı veya işletmesinin bulunduğu yer hukuklarından birini seçebilmektedir. Maddenin İngilizce metni için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en (Erişim Tarihi: 17.04.2024).

¹⁰⁹ MÖHUK m. 27: “(1) İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir. (2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz. (3) İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir. (4) Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.”

sınırlamaya göre tarafların seçtikleri hukuk ile objektif bağlama kuralları ile belirlenecek hukukun emredici hükümleri karşılaştırılarak işçi lehine olan hükümler uygulanmaktadır¹¹⁰.

İşçinin korunmasında diğer aşama ise yabancı hukukun uygulama alanını sınırlayan doğrudan uygulanan kurallardır. Şöyle ki iş hukukundaki bazı konular¹¹¹ devletin sosyal ve ekonomik politikaları gereğince düzenlenmekte ve bu kurallar *doğrudan uygulanan kurallar*¹¹² olarak değerlendirilmektedir. Bu kurallar uygulanacak hukukta, hâkimin hukukunda (*lex fori*) ve aynı zamanda üçüncü bir devletin hukukunda yer alabilmekte ve uygulanacak hukuk ne olursa olsun bu kuralların kapsamına giren konulara doğrudan uygulanmaktadır¹¹³.

Azerbaycan hukukunda yabancı unsurlu bireysel veya toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusu özel olarak düzenlenmemiştir¹¹⁴. Doktrinde bununla ilgili farklı görüşler mevcuttur. Şöyle ki, Azerbaycan hukukunda, Rusya hukukunda olduğu gibi aile ve iş ilişkilerini düzenleyen hükümler, medeni hukuk kuralları ile düzenlenen ilişki türüne ait olmasına ve doğası gereği “özel hukuk ilişkileri” olmasına rağmen, hukukun bağımsız dalları olarak “aile hukuku” ve “iş hukuku” şeklinde ayrılmakta ve her birine yönelik özel kanunlarda düzenlenmektedir. Bunun nedeni olarak ise bu ilişkilerin sadece özel hukuk ilişkilerini değil aynı zamanda kamu hukuku ilişkilerini de kapsamayı gösterilmektedir¹¹⁵. Bu bağlamda MÖHK’un uygulama alanının sadece “özel (*xüsusi*)” nitelikli hukuk ilişkileri olması sebebiyle, kanunda aile ve iş ilişkilerine yönelik kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilmediği düşünülmektedir¹¹⁶. Ancak bu durum birçok yazar tarafından eleştirilerek bu ilişkilerin, kamu hukuku karakterinin de haiz olmasına rağmen, özel hukuk ilişkileri oldukları ve kanunda bu ilişkilerin de

¹¹⁰ Karşılaştırma yöntemleri ile ilgili “tekli karşılaştırma”, “toplu karşılaştırma” ve “grup olarak karşılaştırma” olmakla çeşitli öneriler bulunmaktadır. Daha detaylı bkz. Vahit DOĞAN, “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni** 1-2, 21-42, 1995 (Zayıf Akit Tarafın Korunması).

¹¹¹ İş hayatının korunması, sosyal güvenlik, asgari ücret, grev ve lokavt, azami çalışma saatleri, hafta tatili, dini ve milli bayram günleri ve ücretleri, belirli süreli iş sözleşmelerinin birden fazla üst üste yapılamayacağı vd. (ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 366).

¹¹² Konu ile ilgili daha detaylı bkz. Belkis VURAL ÇELENK, “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, S. 3, 2017, s. 286-291. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ybuhukuk/issue/27326/287840> (Erişim Tarihi: 17.04.2024).

¹¹³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 367.

¹¹⁴ МӨММӨДОВ, s. 86.

¹¹⁵ Л.П. АНУФРИЕВА/К.А. БЕКЯШЕВ/Г.К. ДМИТРИЕВА/П.Д. БАРАНОВСКИ/И.М. КУТУЗОВ и т.д., **Международное Частное Право**, 2-ое издательство (Çev. Əmir ƏLİYEV/Anar Məhərrəmov), Bakı Dövlət Universiteti Nəşriyyatı, 2007, s. 16-17 ve s. 592; МӨММӨДОВ, s. 86.

¹¹⁶ ƏLİYEV/МӨНӨРРӨМОВ, s. 16.

düzenlenmesi gerektiği ifade etmektedir¹¹⁷. Ayrıca belirtmek gerekir ki, yabancı unsurlu aile ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunun Aile Kanunu'nda düzenlenmesine rağmen, yabancı unsurlu iş ilişkilerine uygulanacak hukuk konusu İş Kanunu'nda da düzenlenmemiştir¹¹⁸. MƏMMƏDOV yabancı unsurlu iş sözleşmeleri ile ilgili uyuşmazlık ortaya çıktığında, bu uyuşmazlığın eski yöntemler ile çözüleceğini ifade etmiştir¹¹⁹. Biz ise konunun, kanunda özel olarak düzenlenmeyen sözleşmelere uygulanacak hukuku genel olarak belirleyen kural (AC MÖHK m. 25/f. 3) ile yönetilmesi gerektiği kanaatindeyiz¹²⁰. Maddeye göre kanunda özel olarak düzenlenmeyen sözleşmelere, taraflarca hukuk seçimi yapılmadıysa, sözleşme ile sıkı ilişkili ülkenin hukuku uygulanacaktır. Dolayısıyla Azerbaycan hukukunda, taraflar yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde uygulanacak hukuku seçebileceklerdir¹²¹. Ancak taraflardan birinin diğerine nazaran zayıf konumda olduğu iş sözleşmelerinin kanunda özel olarak düzenlenmemesi ve hukuk seçiminin sınırlarının belirlenmemesi, tarafımızdan kanunda bir boşluk olarak değerlendirilmekte, hazırlanacak yeni kanun taslağında konuya ilişkin özel hükümlere yer verilerek hukuk seçiminin sınırlarının (seçilebilecek hukuk düzenleri açısından veya yararlılık ilkesi açısından) belirlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Toplu iş sözleşmelerinde hukuk seçimi ile ilgili yabancı doktrinde genel kabul gören görüş bu sözleşmelerde hukuk seçiminin bireysel iş sözleşmelerindeki sınırlamalara tabi olmaması yönündedir¹²². Görüşe göre bu tarz sözleşmelerde işçinin

¹¹⁷ MƏMMƏDOV, s. 86.

¹¹⁸ İş Kanunu'nda yabancı unsurlu iş ilişkilerine yönelik tek düzenleme kanunun 6. maddesidir. Bu maddeye göre, AC İş Kanunu, yabancı bir ülkenin tüzel kişisi ile o ülkede iş sözleşmesi yaparak işlevini Azerbaycan Cumhuriyeti'nde faaliyet gösteren bir işletmede (şube veya temsilcilikte) yerine getiren yabancılara uygulanmaz. MƏMMƏDOV, maddeyi bahsedilen yabancılardan iş ilişkilerine iş sözleşmelerini imzaladıkları ülkenin hukukunun uygulanacağı şeklinde yorumlamıştır (MƏMMƏDOV, s. 86).

¹¹⁹ MƏMMƏDOV, s. 86-87. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası, yabancılardan ve vatansız kişilerin Azerbaycan Cumhuriyeti'nde bulundukları süre boyunca Azerbaycan vatandaşları ile eşit haklardan yararlanabileceğini belirlemektedir (Anayasa'nın 69. maddesinin 1. fıkrası). Bu hüküm, 2 Temmuz 2013 Tarihli 713-IVQ Sayılı "Göç Kanunu"nda da ifade edilmiştir. Göç Kanunu için bkz. <https://e-qanun.az/framework/46959> (Erişim Tarihi: 13.11.2024). Aynı hüküm, çalışma ilişkileri alanında da uygulanmaktadır. Bu nedenle, söz konusu kanun bu hükmü somutlaştırarak yabancılardan ve vatansız kişilerin iş ilişkilerinde Azerbaycan Cumhuriyeti vatandaşları ile aynı haklardan yararlandığını belirlemektedir (Göç Kanunu 75. maddenin 1. fıkrası). Bu nedenle, Azerbaycan'da işe giren yabancılardan iş ilişkilerine Azerbaycan Cumhuriyeti'nin İş Kanunu uygulanır. Bu, Azerbaycan Cumhuriyeti mevzuatının iş ilişkilerinde milli rejiminin uygulanması ilkesini benimsediği anlamına gelmektedir (Polis Akademiyası, **Əmək Hüququ**, s. 25-26).

¹²⁰ Maddenin üçüncü fıkrasına göre kanunda özel olarak düzenlenmeyen sözleşmelere, taraflarca hukuk seçimi yapılmadıysa sözleşme ile sıkı ilişkili ülkenin hukuku uygulanacaktır.

¹²¹ Azərbaycan Respublikası Daxili İşlər Nazirliyi Polis Akademiyası, **Beynəlxalq Xüsusi Hüquqda Əmək Hüququ**, Dərs Vəsaiti, s. 6 vd. (Əmək Hüququ).

¹²² Bu yaklaşım özellikle Alman hukukunda kabul edilmektedir. Konuya ilişkin Alman hukukundaki

işverenle tek başına (bireysel olarak) karşı karşıya olmadığı, işçinin işveren karşısında zayıf konumda olmadığı bu nedenlerle hukuk seçiminin genel düzenlemeye yani sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk kurallarına tabi olacağı belirtilmektedir¹²³. Türk doktrininde ise her ne kadar toplu iş sözleşmelerinde uygulanacak hukukun seçilmesinin yeknesaklık sağlayacağı kabul edilse de pozitif hukuk açısından bunun olağan olmadığı düşünülmektedir¹²⁴.

Bütün bunların dışında uygulamada toplu iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin genellikle tercih edilmediği görülmektedir.

Gerek irade muhtariyetini sınırlandıran düzenlemeler gerek uygulanacak hukukun uygulama alanını sınırlandıran doğrudan uygulanan kurallar gerekse de kamu düzenin müdahalesi gibi meseleler nedeniyle iş sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespiti İlkeler'in kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu dışlama hem bireysel hem de toplu iş sözleşmelerini kapsamaktadır.

B. Kapsam Dışı Bırakılan Diğer Konular

İlkeler, sözleşmeler için hukuk seçimi anlaşmalarına uygulanmaktadır. Diğer milletlerarası belgelerin yaklaşımını takiben, İlkeler "sözleşme" teriminin bir tanımını vermemektedir. Bununla birlikte, İlkeler'in uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla, Madde 1(3) ile, sözleşme niteliği taşıyıp taşımadıkları veya her halükârda irade muhtariyetine tabi olmaları gerekip gerekmediği konusunda fikir birliği bulunmayan bazı hususlar kapsam dışında bırakılmıştır. Madde ile kapsam dışı bırakılan konular şunlardır:

(a) gerçek kişilerin ehliyeti;

(b) tahkim anlaşmaları ve mahkeme seçimine ilişkin anlaşmalar;

(c) şirketler veya diğer topluluklar ve tröstler;

(d) iflas;

görüşler için ayrıca bkz. Bernd HOFFMANN/Karsten THORN, **Internationales Privatrecht** (9.bs.), Münih: C.H. Beck, 2007.

¹²³ ELÇİN, s. 243.

¹²⁴ Nuray EKŞİ, **Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Tunçomağ'a Armağan, İstanbul, 1997, s. 123 vd. (İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk).

(e) sözleşmelerin aynı etkileri;

(f) bir temsilcinin, üçüncü kişiyle temsil olunamı bağlayıcı işlem yapıp yapamayacağı hususu¹²⁵.

Yukarıda bahsedilen kapsam dışı bırakılan konularda uygulanacak hukukun tespiti hâkimin kanunlar ihtilafı kurallarına göre yapılacak, bunların haricinde sözleşme ile ilgili diğer konularda tarafların seçtiği hukuk uygulanacaktır¹²⁶.

Bununla birlikte Şerh'te, yukardaki konuların İlkeler'in kapsamı dışında tutulmasının irade muhtariyetine karşı politik bir karar olarak yorumlanmaması gerektiği, İlkeler'in bu konuda tarafsız olduğu ve bu nedenle kanun koyucuların veya diğer kullanıcıların irade muhtariyetini Madde 1(3) ile hariç tutulan konuların bir kısmına veya tamamına genişletebilecekleri belirtilmiştir¹²⁷.

1. Gerçek Kişilerin Ehliyeti

İlk olarak, İlkeler gerçek kişilerin ehliyetini düzenleyen hukuku ele almamaktadır. Burada bahsedilen ehliyet, gerçek kişilerin bağımsız olarak hareket etme ve sözleşme yapma yeteneği anlamına gelmektedir; ancak temsilcilerin veya organların temsil yetkisini içermemektedir¹²⁸.

Sözleşme statüsü yabancı unsurlu sözleşmelerden kaynaklanan borç ilişkilerine objektif ve sübjektif (hukuk seçimi) kurallar vasıtasıyla tespit edilerek uygulanacak olan hukuktur¹²⁹. Sözleşme statüsünün objektif veya sübjektif olarak belirlenmiş olması fark etmeksizin sözleşmenin birliği ilkesi uyarınca, sözleşmenin kuruluşuna, geçerliliğine, yorumuna, ifasına, hüküm ve sonuçlarına uygulanmaktadır¹³⁰. Bunun yanı sıra sözleşme statüsünün dışında kalan hususlar da bulunmaktadır ki bu hususlar aynı zamanda hukuk seçimi serbestisini sınırlandıran hususlar olarak da

¹²⁵ Bu liste, Lahey Satış Sözleşmesi (m. 5), Roma I Tüzüğü (m. 1(2)) ve Meksika Sözleşmesi'nden (m. 5) esinlenmiştir (Şerh, para. 1.23).

¹²⁶ İZMİRLİ, s. 353.

¹²⁷ Şerh, para. 1.24; İZMİRLİ, s. 353; STAMATIADIS, s. 265.

¹²⁸ Şerh, para. 1.25.

¹²⁹ Betül DÜRGEN/Âdem YELMEN, "Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanı ve Uygulama Alanı Dışında Kalan Haller", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015 (6.3), s. 452.

¹³⁰ Arzu ALİBABA, *Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005, s. 86.

bilinmektedir¹³¹.

Sözleşme statüsünün seçilen hukuk olduğu durumlarda, bu hukukun bazı hususları yönetemeyeceğini ve bu hususların irade serbestisini sınırlandıracağını söylemek mümkündür. Sözleşme statüsünün kapsamı devletlere göre farklılık göstermektedir. Bazı devletlerde sözleşme statüsünün kapsamı dışında kalan konulardan biri de ehliyet konusudur. Bu devletlerde, ehliyet bir şahsi statü meselesi olarak kabul edilmekte ve sözleşmesel olarak nitelendirilmemektedir.

Ehliyet uygulanacak hukuk konusunda iki farklı yaklaşım mevcuttur. Kıta Avrupası sisteminde¹³² geçerli olan, gerek Türk (MÖHUK. m. 9/1) gerekse de Azerbaycan hukukunda (AC MÖHK m. 10/1) da uygulanan ilk yaklaşıma göre ehliyet kişi hallerine ilişkin bir konu olarak kabul edilmekte ve milli hukuka tabi tutulmaktadır¹³³. Aynı zamanda birçok milletlerarası anlaşmada da ehliyet konusuna yaklaşım şahsi statüye tabi tutulması yönündedir. Ayrıca ehliyet konusu Roma I Tüzüğü (m. 1/2-a) ve Lahey Satış Sözleşmesi'nin (m. 5/1-a) de kapsamı dışında bırakılmıştır¹³⁴. Bunun dışında ehliyetin yerleşim yeri veya mutad mesken hukukuna tabi kılan sistemler de mevcuttur¹³⁵.

İkinci yaklaşıma göre ise *lex loci contractus*'a ya da *lex causae*'ya tabi tutulan ehliyet, işlem ile en sıkı ilişkili hukuka göre belirlenmektedir. Ancak ehliyetin sözleşme statüsü kapsamında değerlendirilmesi için sözleşme statüsünün objektif bağlama kuralları esasında belirlenmiş olması şartı aranmaktadır¹³⁶. Yani sözleşme statüsünün sübjektif bağlama kuralına göre belirlendiği-uygulanacak hukukun taraflarca seçildiği durumlarda ehliyet sözleşme statüsü kapsamına dahil edilmeyecektir¹³⁷. *Restatement II* ise bu şartı da istisna ederek uygulanacak hukukun taraflarca seçildiği durumlarda da ehliyeti sözleşme statüsü kapsamına dahil etmiş yani

¹³¹ Sözleşme statüsünün kapsamı ve kapsam dışı hususları için daha detaylı, bkz. NOMER, s. 341; ÇELİKEL/ERDEM, s. 404; DOĞAN, s. 412; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 367; DÜRGEN/YELMEN, s. 452 vd.

¹³² Örneğin Fransa, Almanya, İtalya, İspanya, İsveç, Yunanistan, Türk ve Azerbaycan hukuk sistemlerinde ehliyet şahsi statüye tabi tutulmaktadır (TEKİNALP, s. 56).

¹³³ NOMER, s. 263; İBAYEV, s. 120.

¹³⁴ AYDOĞDU, s. 160.

¹³⁵ ALİBABA, s. 94.

¹³⁶ AYDOĞDU, s. 160.

¹³⁷ Geoffrey Chevailier CHESHIRE/Peter Machin NORTH, *Cheshire's Private International Law*, 9th edition, London, 1974, s. 227.

ehliyet taraflarca seçilen hukuka tabi tutulmuştur¹³⁸.

Ehliyet, hukuk seçimi anlaşmasının kendisi de dahil olmak üzere, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin arızı bir soru olarak ortaya çıkabilecek bir konudur. Kişinin herhangi bir nedenle, örneğin yaşı (reşit olmayan) veya zihinsel durumundan kaynaklı ehliyetinin bulunmaması kişinin korunması ihtiyacı nedeniyle irade muhtariyetinin kısıtlanmasını gerektirmektedir. Aksi takdirde örneğin ergin olmayan bir kimse, kendisini ergin olarak kabul eden bir ülke hukukunu seçmek isteyecektir. Bu nedenle gerçek kişilerin ehliyetini düzenleyen hukuk ve ehliyetsizliğin hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği üzerindeki etkileri İlkeler'in kapsamı dışında tutulmuştur¹³⁹.

Ancak belirtmek gerekir ki bu durum, İlkeler'in hiçbir şekilde ehliyet konusuna uygulanmayacağı anlamına gelmemekte; Şerh'te de belirtildiği üzere kullanıcılar irade muhtariyetini kapsam dışı konulara da genişletebilmektedir. Böylece ehliyetin sözleşme statüsüne dahil edildiği devletlere de İlkeler'in bu alanda uygulanması için olanak tanınmıştır.

Ayrıca İlkeler m. 1(3) (a)'da sadece gerçek kişilerin ehliyeti konusunun kapsam dışında bırakıldığı belirtilmiştir. Bu durum ilk bakışta sanki İlkeler'in tüzel kişilerin ehliyeti konusuna uygulanabileceği şeklinde yanlış yorumlanmaya açıktır. Ancak aşağıda daha detaylı bahsedileceği gibi¹⁴⁰, maddenin hemen devamında gelen (c) bendinde şirketler veya diğer topluluklar ve tröstlere ilişkin hukukun İlkeler'in kapsamı dışında bırakıldığı belirtilmiştir. Şerh'te de bu istisnanın bahsi geçen kuruluşların ehliyeti konusunu da kapsadığı ifade edilmiştir¹⁴¹. Böylelikle, gerçek veya tüzel olması farketmeksizin ehliyet konusunun tümüyle İlkeler'in kapsamı dışında tutulduğu söylenebilir.

2. Uyuşmazlık Çözüm Şekline İlişkin Anlaşmalar

İlkeler tahkim anlaşmalarına ve yetki anlaşmalarına uygulanacak hukuku ele almamaktadır. Bu istisna esas olarak bu tür anlaşmaların maddi geçerliliğine, yani

¹³⁸ AYDOĞDU, s 161.

¹³⁹ Şerh, para. 1.25.

¹⁴⁰ Konu ile ilgili bkz. "Şirketler, Diğer Kolektif Kuruluşlar ve Tröstler".

¹⁴¹ "The excluded issues are, in general, the creation, membership, legal capacity, internal organisation, decision-making processes, dissolution and winding-up of companies and other collective bodies" (Şerh, para. 1.28).

sözleşmesel yönlerine atıfta bulunmakta ve bu sözleşmelerin kuruluşuna yönelik iradelerin geçerliliği ile hata, hile, ikrah gibi bu iradelerin sakatlığına yol açan durumların tespiti ve sonuçları gibi sorunları içermektedir¹⁴². Bazı devletlerde, bu konular usule ilişkin olarak kabul edilmekte, bu nedenle *lex fori* veya *lex arbitri* tarafından yönetilmektedir. Diğer kısım devletlerde ise, bu sorular tahkim¹⁴³ veya yetki anlaşmasının kendisine uygulanacak hukuk tarafından yönetilecek maddi konular olarak nitelendirilmektedir. İlkeler bu farklı görüşler arasında bir duruş sergilememekte ve bu konuyu kapsamı dışında bırakmaktadır¹⁴⁴.

İlkeler'e ilişkin açıklamalara yer verilen Şerh'te, hukuk seçimi anlaşmaları, tarafların uyuşmazlıklarını karara bağlayacak mahkeme üzerinde anlaşmalarını ifade eden "yetki şartları veya yetki anlaşmaları"ndan ve tarafların uyuşmazlıklarını bir hakem heyetine sunma konusundaki anlaşmalarını ifade eden "tahkim şartlarından" (veya anlaşmalarından) ayırt edilmesi gerektiği; uyuşmazlık çözüm anlaşmaları olarak ifade edilen bu hükümlerin veya anlaşmaların uygulamada sıklıkla hukuk seçimi anlaşmalarıyla birlikte düzenlense de, farklı amaçlara hizmet ettiği; İlkeler'in yalnızca hukuk seçimi anlaşmalarını düzenlediği, uyuşmazlık çözüm anlaşmalarını ele almadığı ifade edilmiştir¹⁴⁵.

a) Tahkim Anlaşmaları

Milletlerarası ticari sözleşmelerde tahkim bağlayıcılık, icra edilebilirlik, tarafsızlık, bağımsızlık gibi özellikleri ile hukuki riskleri en az seviyede tutması sebebiyle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında yaygın olarak tercih edilmektedir¹⁴⁶. Taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının sonuç doğurabilmesi için hem şekli açıdan hem de maddi açıdan geçerli olması gerekmektedir. Aksi takdirde tahkim yargılaması sonucunda verilen kararların iptali veya tenfiz edilmemesi gibi

¹⁴² Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, para. 126. İngilizce ve Fransızca metni için, bkz. <https://assets.hcch.net/docs/0de60e2f-e002-408e-98a7-5638e1ebac65.pdf> (Erişim tarihi: 03.02.2024).

¹⁴³ Türk Hukukunda da tahkim anlaşmasının hukuki niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Tahkim anlaşmasının maddi hukuka ilişkin veya usul hukukuna ilişkin olduğuna dair görüşler yanında, her iki boyutu da olan karma nitelikte bir sözleşme olduğuna dair görüşler de bulunmaktadır. Tahkim anlaşmasının hukuki niteliği hakkında bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 781-785; Ziya AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, İstanbul: Vedat, 6. Bası, 2021, s. 9-12 (2021).

¹⁴⁴ Şerh, para. 1.26.

¹⁴⁵ Şerh, para. 1.6-1.7.

¹⁴⁶ AKINCI, 2021, s. 9-12; Ziya AKINCI, "Türkiye'de Milletlerarası Tahkim", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 1, Ocak 2005, s. 13 (2005).

kararların icrasını engelleyen sorunlar ortaya çıkabilmektedir¹⁴⁷. Tahkim anlaşmasının geçerli olarak yapılıp yapılmadığının tespiti ise tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ile belirlenmektedir. Uygulanacak hukuk tahkim anlaşmasının geçersizliği, tarafların tahkim iradelerini geçerli bir şekilde ifade edip etmediği, tahkim anlaşmasının yorumlanması gibi konularda¹⁴⁸ önem taşımaktadır.

Tahkim anlaşması taraflar arasındaki temel sözleşmeden bağımsız ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabileceği gibi esas sözleşmeye ilave edilmiş bir tahkim şartı/maddesi ile de yapılabilmektedir. Her iki durumda da genel kabul gören yaklaşım tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi¹⁴⁹ uyarınca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun temel sözleşmeye uygulanacak hukuktan bağımsız olarak, ayrıca belirlenmesi gerektiğidir¹⁵⁰.

Tahkim anlaşmasının şekil açısından geçerli olarak kurulup kurulmadığının tespitinde yazılılık ya da yazıyla kanıtlanabilme şartı genel kabul gören ilke olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵¹. Bu nedenle tahkim anlaşmasının şekline uygulanacak hukuk ile ilgili herhangi bir kanunlar ihtilafı sorunu karşımıza çıkmamaktadır¹⁵².

¹⁴⁷ Halil Ercüment ERDEM, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, On İki Levha, 1. Bası, 2017, s. 530.

¹⁴⁸ Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, “Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere de Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği ve Bu Geçerliliğin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılamayacağı”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, Ocak, 2017, s. 518 (Tahkim anlaşmalarının geçerliliği).

¹⁴⁹ AKINCI, 2021, s. 115-117; Cemal ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3. Bası, İstanbul, s. 250; Banu USLU, “Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, Ocak 2021, s. 171.

¹⁵⁰ Sibel ÖZEL, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul, 2008, s. 62. Türk hukukunda da MTK m. 4/4 uyarınca “*Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz*”. Benzer şekilde, hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisini düzenleyen Kanun’un m.7/H bendinde de tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı ilkesine yer verilmiştir: “*Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz*”.

¹⁵¹ ALLAHVEDİYEYEV, s. 776. Tahkim anlaşmalarının şekli konusunda daha detaylı bilgi için bkz. Emre ESEN, “Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli”, **Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 28, S. 1-2, 2008, s. 105. Türk (MTK m. 4/2) ve Azerbaycan (TK m. 16/2) hukukunda da tahkim anlaşması yazılı şekle tabi tutulmuştur.

¹⁵² New York Sözleşmesinin 2. maddesinin birinci fıkrasında tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartına tabi olduğu, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise “yazılı anlaşma” teriminden, “*karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemik bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye dercedilmiş olan bir hakem şartı veya bir hakem mukavelesi*” anlaşıldığı belirlenmiştir. UNCITRAL model kanunu da benzer bir düzenleme (m. 7/2) benimsemiştir (Işıl ÖZKAN, “Uluslararası Ticari Tahkimde Uygulanacak Hukuk”, **Public and Private International Law Bulletin**, 40(2), Aralık 2020, s. 834-837). Ancak bazı ülkelerde sözlü olarak yapılan tahkim anlaşmalarının da geçerli olarak kabul

Tahkim anlaşmasının şekline uygulanacak hukuk konusundaki netliğin aksine tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Tahkim anlaşmasının temel sözleşmeden bağımsızlığı (ayrılabilirliği) ilkesi gereği temel sözleşmeye uygulanacak hukukun otomatik olarak tahkim anlaşmasına da uygulanması söz konusu olmamakta, bu nedenle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun ayrıca belirlenmesi gerekmektedir. Ancak uygulamada genellikle sadece sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun seçildiği, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun seçilmediği görülmektedir¹⁵³. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmediği durumlarda hangi hukukun uygulanacağı ile ilgili birbirinden farklı görüşler mevcuttur. Bunlardan bazıları tahkim yeri hukukunun¹⁵⁴; bazıları temel sözleşmeye (esasa) uygulanacak hukukun; bazıları ise tahkim anlaşması ile en sıkı ilişkili hukukun tahkim anlaşmasına uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹⁵⁵. Bunun dışında tahkim anlaşmasına milletlerarası teamüller ve milletlerarası alanda genel kabul görmüş ilkelerin (“*lex mercatoria*”) de uygulanabileceğini düzenleyen hukuk sistemleri vardır¹⁵⁶. Bu yaklaşımı kabul eden ülkelerde hakemler tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda belli bir milli hukuku uygulayabilmekle birlikte, belli bir milli hukuku uygulama zorunlulukları da bulunmamaktadır. İlk görüş New York sözleşmesi tarafından da kabul edilmiş, sözleşmenin V(1)(a) maddesinde tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku taraflarca serbestçe kararlaştırılabileceği, kararlaştırmadığı durumda ise hakem kararının verildiği yer hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir¹⁵⁷. UNCITRAL Model Kanun’unda ise taraflarca yapılmış bir hukuk seçimi bulunmadığı takdirde hakem heyetinin uygun gördüğü kuralları uygulayabileceği düzenlenmiştir¹⁵⁸. Günümüzde Almanya, Fransa, İsviçre, Hollanda, İngiltere ve ABD gibi birçok devlet

edildiği görülmektedir. Örneğin Fransız hukukunda, milletlerarası tahkimde tahkim anlaşması herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır (Fransız Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 1507. İngilizce metni için https://www.iaiparis.com/pdf/FRENCH_LAW_ON_INTERNATIONAL_ARBITRATION.pdf (Erişim tarihi: 03.02.2024))

¹⁵³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, **Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği**, s. 518; ERDEM, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s. 545.

¹⁵⁴ Bu yaklaşıma göre taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk açıkça seçilmemişse, belirlenmiş tahkim yerinin hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olarak zımnen seçildiği kabul edilmektedir.

¹⁵⁵ USLU, s. 172; Fatih IŞIK, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 88.

¹⁵⁶ USLU, s. 179; IŞIK, s. 92.

¹⁵⁷ ŞANLI, s. 348; Ziya AKINCI, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara, 1994, s. 119.

¹⁵⁸ ÖZKAN, s. 855.

hukukunda da model kanundaki yaklaşımın benimsendiği görülmektedir¹⁵⁹.

Konu Türk hukuku açısından incelendiğinde ise MTK 4/3. maddeye göre, *“Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir”*¹⁶⁰.

Azerbaycan hukukunda ise tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusu 25 Ocak 2024 tarihinde yürürlüğe giren Tahkim Kanunu (“TK”) ile düzenlenmiştir¹⁶¹. İlgili Kanunun 25. maddesinin 5. fıkrasına¹⁶² göre taraflar arasında tahkim anlaşmasına (sözleşmenin kurulmasına, geçerliliğine, yorumlanmasına, feshine, sözleşmeden kaynaklı hak ve yükümlülüklerin üçüncü kişilere devrine ve diğer konulara) uygulanacak hukuka ilişkin bir anlaşmanın bulunmaması halinde hakem heyeti tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemekte serbesttir. Böylelikle Azerbaycan hukukunda da UNCITRAL model kanunu ile belirlenmiş yaklaşımın benimsendiğini söyleyebiliriz.

Sonuç olarak İlkeler’in tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukukun seçimi konusunu kapsam dışı bırakmasının nedeni olarak tahkim anlaşmalarına genel yaklaşımın bu anlaşmaların usuli bir konu olduğu ve *lex arbitri* tarafından yönetilmesi yönünde olduğu gösterilmiştir. Ancak yukarıda da izah edildiği üzere gerek birçok

¹⁵⁹ ÖZKAN, s. 854.

¹⁶⁰ AKINCI, 2021, s. 112; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Tahkim anlaşmalarının geçerliliği, s. 517-518. Görüldüğü üzere tahkim yeri Türkiye olan uyuşmazlıklarda tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk ile ilgili düzenleme yapılmışsa da, tahkim yeri yabancı bir ülke olarak belirlenmiş uyuşmazlıklarda tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk ile ilgili kanunda düzenleme mevcut değildir. Doktrinde bu boşluğun MTK m. 4/3’ün tahkim yerinin yabancı ülke olduğu durumlara da kıyasen uygulanmasıyla doldurulması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 804.

¹⁶¹ Bu kanun yürürlüğe girmeden önce tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ile ilgili Azerbaycan hukukunda ne Medeni Usul Kanunu’nda ne de 1999 Tarihli eski Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda herhangi bir düzenleme bulunmuyordu. Azerbaycan tahkim hukuku, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesini kabul etse de, bu bağımsızlığın hukuki sonuçlarına dair bir düzenleme getirmemekte ve tahkim anlaşmasının geçerliliği, varlığı, etkisi ve yorumu konularında hukuki boşluklar bulunmaktaydı. Mahkeme uygulamalarında da bu konuda belirgin kararlar bulunmamaktaydı. Mahkemeler genellikle bu konudan kaçınma eğiliminde olmuş ve uygulanacak hukuku belirlemekten çekinmişlerdir. Bkz. Ulkar FARZALIYEVA, “Law Governing Arbitration Agreement: Excerpts from the Azerbaijani Legislation”, **Baku State University Law Review**, Volume: 8/2, 2022, s. 243 vd.). ALLAHVERDİYEYEV, bu meseleye değinerek, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun “en yakın bağlantı” kuralına göre belirlenmesi gerektiğini belirtmişti (ALLAHVERDİYEYEV, s. 779).

¹⁶² AC Tahkim Kanunu m. 25/5: *“Tərəflər arasında arbitraj sazişinə (o cümlədən, onun etibarlılığına, bağlanmasına, xitam olunmasına, şərh edilməsinə, arbitraj sazişində olan hüquq və öhdəliklərin başqa şəxsə ötürülməsinə və sair bu kimi məsələlərə) tətbiq edilən qanunvericilik barədə digər razılaşma olmadığı hallarda arbitraj məhkəməsi arbitraj sazişinə tətbiq edilən hüququ müəyyən etməkdə sərbəstdir”*.

devletin kendi hukuk sisteminde gerekse de milletlerarası düzenlemelerde (New York Sözleşmesi, UNCITRAL) tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Tam da bu noktada uygulanacak hukukun taraflarca belirlenebildiği yani irade serbestisinin mevcut olduğu durumlarda İlkeler'in tahkim anlaşmalarını bütünüyle kapsam dışı bırakması eleştirilmektedir¹⁶³.

b) Yetki Anlaşmaları

Kanunlar ihtilafı hukukunda kendini hukuk seçimi olarak gösteren irade serbestisi milletlerarası usul hukukunda karşımıza mahkeme seçimi olarak çıkmaktadır¹⁶⁴. Günümüzde milletlerarası usul hukukundaki yeniliklere ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uyum sağlamak amacıyla birçok devletin hukuk sisteminde ve konuya yönelik milletlerarası düzenlemelerde tarafların akdedecekleri bir sözleşme ile (yetki anlaşması¹⁶⁵) aralarında çıkabilecek uyuşmazlık ile ilgili herhangi bir devlet mahkemesini yetkili kılacakları kabul edilmiştir¹⁶⁶. Hukuk seçimi anlaşmasından farklı olarak yetki anlaşması yargı sisteminin organizasyonu ve işleyişine ilişkin konuları yöneterek usul hukuku alanında sonuç doğurmakta ve usuli bir işlem olarak kabul edilmektedir¹⁶⁷. Ancak yetki anlaşmaları usul hukuku sözleşmesi olarak kabul edilse dahi meydana gelmeleri ve geçerlilikleri gibi konular maddi hukuka ilişkindir ve bu anlaşmaların maddi hukuk karakteri de inkâr edilmemektedir¹⁶⁸. Bu nedenle yetki anlaşmalarına uygulanacak hukuk tespit edilirken

¹⁶³ BASEDOW, s. 312-313.

¹⁶⁴ AYDOĞDU, s. 40.

¹⁶⁵ Yetki anlaşmaları ile ilgili daha detaylı bkz. Berk DEMİRKOL, **Milletlerarası Yetki Anlaşmaları**, İstanbul: Vedat, 2018 ("Yetki Anlaşmaları"); Fügen SARGIN, **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları**, Ankara: Yetkin, 1996; Melis AVŞAR, **Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisinin Belirlenmesinde Tarafların İrade Serbestisi**, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Temmuz 2021.

¹⁶⁶ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 517. Örneğin, 10.01.2015 tarihinden itibaren AB'de yürürlükte bulunan Brüksel I Tüzüğü (*Recast*). İlgili Tüzük için bkz. <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj> (Erişim tarihi: 15.03.2024); Tüzük ile ilgili daha detaylı bkz. Peter Arnt. NISENSEN, "The new Brussels I regulation.", **Common Market Law Review**, Volume: 50, Issue: 2, 2013, s. 503-528.

¹⁶⁷ Tahkim anlaşmaları ve yetki anlaşmaları Roma I Tüzüğü'nün kapsamı dışında bırakılmış; Tüzük'ün dayanağını oluşturan Roma Konvansiyonu'nun açıklayıcı metninde ise bunun gerekçesi olarak yetkiye yönelik meselelerin kamu düzenine ilişkin olması ve çok kısıtlı bir alanda sözleşme serbestisinin geçerli olması gösterilmiştir. Bu nedenle AB hukukunda da yetki anlaşmalarının bir usul hukuku sözleşmesi olarak kabul edildiği ve *lex fori* tarafından yönetilmesi gerektiği düşünülmektedir (AVŞAR, s. 87).

¹⁶⁸ Yetki anlaşmalarının hukuki niteliği ile ilgili doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bazı yazarlar bu anlaşmaları usul hukuku sözleşmesi; bazıları maddi hukuk sözleşmesi; bu anlaşmalarının her iki karakterinin birbirinden ayrılmaz olduğunu savunan üçüncü grup yazarlar ise bu anlaşmaları "hibrit" veya "çifte karakterli" sözleşmeler olarak nitelendirmektedir (Görüşler hakkında bkz. AVŞAR, s. 73-74).

yetki anlaşmasının bir devlet mahkemesini yetkili kılması veya yetkisini ortadan kaldırmasına ilişkin aranan şartlara uygulanacak hukuk ile yetki anlaşmasının meydana gelmesi ve geçerliliğine uygulanacak hukukun ayrı ayrı incelenmesi (vasıflandırma) gerektiği düşünülmektedir¹⁶⁹.

Yapılan vasıflandırma sonucunda yetki anlaşmasının usul hukukundaki etkilerine yani bir devlet mahkemesinin yetkili kılınmasına (*prorogatum*) veya bir devlet mahkemesinin yetkisinin ortadan kaldırılmasına (*derogatum*) ilişkin aranan şartlara *lex fori* uygulanacaktır. Bu durumda mahkeme kendi hukukunu, uygulanacak hukuka yönelik herhangi bir inceleme yapmadan uygulamakta ve kendisinin yetkili olup olmadığına karar vermektedir¹⁷⁰. Yetki anlaşmasının meydana gelmesi ile geçerliliğine ilişkin konulara ise bağlama kuralları ile belirlenecek hukuk uygulanacaktır.

Yetki anlaşmalarının meydana gelmesi ve geçerliliğine uygulanacak hukuk¹⁷¹ ile ilgili ilk olarak değinilmesi gereken konu taraflara irade serbestisi yani hukuk seçimi imkanının tanınıp tanınmamasıdır. Bu konu da iki açıdan değerlendirilebilir. İlk olarak yetki anlaşması için ayrı bir hukuk seçimi yapılmış olması; diğeri ise esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun yetki anlaşmasına da uygulanması.

Taraflar sahip oldukları irade serbestisi prensibi uyarınca aralarındaki esas sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebildikleri gibi akdettikleri yetki anlaşmasına uygulanacak hukuku da seçebilirler¹⁷². Ancak tekrar belirtmek gerekir ki böyle bir seçimin yapılmış olması durumunda bile bu seçim yetki anlaşmasının meydana

¹⁶⁹ AVŞAR, s. 85, 110. Yazar aynı zamanda yetki anlaşmalarını kesin bir şekilde usul hukuku sözleşmesi olarak değerlendiren görüşlerde bu ayrımın yapılmayacağını da vurgulamıştır. Bu ayrımın yani vasıflandırmanın neye göre ve nasıl yapılacağı konusu ise vasıflandırma problemini ortaya çıkarmaktadır. Bu problemin temelinde ise yetki anlaşmalarının niteliğine ilişkin farklı hukuk sistemlerinde farklı yaklaşımların bulunması dayanmaktadır. Günümüzde milletlerarası özel hukuk alanında konuya ilişkin en çok uygulanan vasıflandırma yöntemleri ise *lex fori* vasıflandırma (hem Kıta Avrupası hem de Anglo Sakson hukuk sistemlerinde genel kabul gören bu vasıflandırma yönteminin kullanılmasıdır), *lex causae* vasıflandırma ve karşılaştırmalı hukukun esasları çerçevesinde (karşılaştırmalı hukukta kabul edilen bağımsız kavramlar kullanılarak) vasıflandırmadır. Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 484 vd.; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 426-429; NOMER, s. 410 vd.; AVŞAR, s. 82-85.

¹⁷⁰ AVŞAR, s. 85.

¹⁷¹ Bu kısımdan sonra kullanılacak olan “yetki anlaşmasına uygulanacak hukuk” ifadesi “yetki anlaşmasının meydana gelmesi ve geçerliliğine uygulanacak hukuk” ifadesi anlamına gelecektir.

¹⁷² Her ne kadar böyle bir seçimin geçerli olarak kabul edilmesi genel kabul görse de doktrinde özellikle yetki anlaşmasını usule ilişkin bir sözleşme olarak kabul eden görüşlerde böyle bir seçimin yapılamayacağı da belirtilmektedir. Konu ile ilgili tartışmalar için daha detaylı bkz. Barbara LINDENMAYR, **Vereinbarung über die internationale Zuständigkeit und das daraufanwendbare Recht**, Duncker&Humblot Verlag, Berlin, 2002, s. 187.

gelmesi ve geçerliliğine ilişkin konuları kapsayacak, dolayısıyla yetki anlaşmasının mahkemelerin yetkisi üzerindeki etkisine ilişkin konuları kapsamayacaktır. Bununla beraber uygulamada tahkim anlaşmalarında da olduğu gibi yetki anlaşmalarına uygulanacak hukukun ayrıca belirlenmesi düşük bir olasılık olarak kabul edilmektedir¹⁷³.

İrade serbestisinin yetki anlaşmaları üzerindeki diğer bir görünümü ise esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun yetki anlaşmasına da uygulanmasıdır. Gerçekten de aralarındaki sözleşmesel ilişkiyi yönetmesi için bir hukuk seçimi yapıldığı durumlarda seçilen hukukun taraflar arasındaki tüm ilişkiyi yönetmesine yönelik iradelerinin olduğu izlenimi oluşmaktadır. Ancak her zaman esas sözleşme için yapılan hukuk seçimi tek başına böyle bir iradenin varlığının kabul edilmesi için yeterli değildir. Esas sözleşme için yapılan hukuk seçiminin yetki anlaşmasına da uygulanması için böyle bir iradenin varlığına yönelik bir veri bulunmalıdır¹⁷⁴.

Yetki anlaşmalarının meydana gelmesi ve geçerliliğine uygulanacak hukuk taraflarca seçilmediği takdirde uygulanacak hukukun tespiti objektif kurallar vasıtasıyla yapılmaktadır. Bunlardan ilki davanın açıldığı mahkemenin hukukunun yani *lex fori*'nin uygulanmasıdır¹⁷⁵. Bu kuralın avantajı olarak hâkimin kendi hukukunu uygulaması ile yargılamanın daha hızlı ve masrafsız olması; dezavantajları olarak ise davanın yetkili kılınmayan mahkemede açılması durumunda yetki anlaşmasının geçerliliği konusunda belirsizlik ve öngörülemezlik yaratması ve *forum shopping*'i teşvik edici nitelikte olması gösterilmektedir¹⁷⁶.

Yetki anlaşmalarına uygulanacak hukuka yönelik bir diğer görüş ise yetkili kılınan mahkemenin hukukunun yani *lex fori prorogatum*'un uygulanmasıdır. İsviçre doktrininde ileri sürülen bu görüşün gerekçesi olarak yetki anlaşmalarının meydana gelmesi ve geçerliliğine *lex fori*'nin uygulanması için devletin veya kamunun herhangi bir menfaatinin bulunmaması ve sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin genel

¹⁷³ DEMİRKOL, *Yetki Anlaşmaları*, s. 51.

¹⁷⁴ AVŞAR, s. 101.

¹⁷⁵ SARGIN, s. 95. Amerikan hukuk sisteminde baskın olan bu uygulamaya göre yetki anlaşmasının meydana gelmesi ve geçerliliği *lex fori*'ye tabi tutulmaktadır. Genel olarak Amerikan hukuk sisteminde yetki anlaşmasına ilişkin bütün meselelerin *lex fori* ile yönetilmesi uygulamada sorunlara yol açmakta bu nedenle milletlerarası ticari sözleşmelerde tahkim anlaşması yetki anlaşmasına nazaran daha fazla tercih edilmektedir. Bkz. AVŞAR, s. 88; Jason Webb YACKEE, "Choice of Law Considerations in the Validity & Enforcement of International Forum Selection Agreements: Whose Law Applies?", *UCLA Journal of International Law & International Affairs*, Vol. 9, 2014, s. 46.

¹⁷⁶ AVŞAR, s. 86; LINDENMAYR, s. 104.

bağlama kuralı olan IPRG m. 117 uyarınca yetki anlaşmalarında karakteristik edim borçlusu da bulunmadığı için en sıkı ilişkili hukuk olarak yetkili kılınan mahkemenin hukukunun belirlenmesi¹⁷⁷ gösterilmiştir¹⁷⁸. Benzer bir yaklaşım 2005 tarihli Lahey Konvansiyonu¹⁷⁹ ve Brüksel I Tüzüğü¹⁸⁰ ile de benimsenmiştir. Ancak her iki belgede de yetki anlaşmasının sadece hükümsüzlüğüne ve geçersizliğine yönelik incelemenin yetkili kılınan mahkemenin hukukuna göre yapılacağı belirlenmiştir.

Konuya ilişkin bir diğer bağlama kuralı esas sözleşmeye uygulanacak hukuktur. Bu görüşün temelinde ise yetki anlaşmasının esas sözleşmeye bağlı olduğunu savunan görüşün dayandığı belirtilmektedir. Bu görüş ise yetki anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığını kabul eden görüşlerce eleştirilmektedir¹⁸¹.

Milletlerarası yetki anlaşmalarının meydana gelme ve geçerliliğine uygulanacak hukukun, sözleşmelere uygulanacak hukuku gösteren genel kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla belirlenmesi de uygulamada karşımıza çıkan bir diğer yöntemdir. Bu kuralın esas aldığı kriter taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasıdır¹⁸². AB Tüzüklerinde de yer verilen bu kural hem Türk (MÖHUK m. 24/4) hem de Azerbaycan (AC MÖHK m. 25/3) hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir. En sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde ise herhangi bir sınırlayıcı düzenleme bulunmamakla birlikte genel kabul gören görüş en sıkı ilişki hukukun yetki anlaşması ile yetkili kılınan mahkemenin hukukunun olduğu yönündedir.

Yukarda bahsedilen bağlama kuralları dışında yetki anlaşması ile yetkisi ortadan kaldırılan mahkemenin hukuku¹⁸³ (*forum derogatum*); yetkili kılınan mahkemenin

¹⁷⁷ AVŞAR, s. 89.

¹⁷⁸ AVŞAR, s. 88.

¹⁷⁹ 2005 tarihli Lahey Konvansiyonu m. 5/1f: “*The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State.*”. Konvansiyon metni için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98> (Erişim tarihi: 09.04.2024)

¹⁸⁰ Brüksel I Tüzüğü m. 25/1: “*If the parties, regardless of their domicile, have agreed that a court or the courts of a Member State are to have jurisdiction to settle any disputes which have arisen or which may arise in connection with a particular legal relationship, that court or those courts shall have jurisdiction, unless the agreement is null and void as to its substantive validity under the law of that Member State.*”.

¹⁸¹ AVŞAR, s. 93.

¹⁸² AVŞAR, s. 93.

¹⁸³ Daha detaylı bkz. LINDENMAYR, s. 112; Hannes WAIS, “Einseitige Gerichtsstandsvereinbarungen und die Schranken der Parteiautonomie”, *RabelsZ*, C. 81, S. 4, 2017, s. 843.

hukuku ile yetkisi ortadan kaldırılan mahkemenin hukukunun birlikte uygulanması¹⁸⁴ da önerilen yöntemler arasındadır.

Sonuç olarak tahkim anlaşmalarında olduğu gibi yetki anlaşmalarına uygulanacak hukukun seçimi konusunun da İlkeler'in kapsamı dışında bırakılmasının nedeni olarak yetki anlaşmalarına genel yaklaşımın bu anlaşmaların usuli bir konu olduğu ve *lex fori* tarafından yönetilmesi yönünde olduğu gösterilmiştir. Ancak yukarıda da izah edildiği üzere taraflar yetki anlaşmalarının meydana gelmesi ve geçerliliğine ilişkin konulara uygulanacak hukuku gerek özel olarak gerekse de esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmesi yoluyla seçebilmektedir. Tam da bu noktada uygulanacak hukukun taraflarca belirlenebildiği yani irade serbestisinin mevcut olduğu durumlarda İlkeler'in yetki anlaşmalarını bütünüyle kapsam dışı bırakması da eleştiriye açık bir konudur.

3. Şirketler, Diğer Kolektif Kuruluşlar ve Tröstler

Üçüncü olarak, İlkeler şirketler, diğer kolektif kuruluşlar¹⁸⁵ veya tröstlere ilişkin hukuku düzenlememektedir. Birçok devlette ortaklıkların sadece basit bir sözleşmeden ibaret olmaması, ekonomik ve toplumsal hayatta etkili roller oynaması, üçüncü kişileri ve faaliyette bulunduğu ülkeyi etkileyecek işlemler gerçekleştirebilmesi nedeniyle ortaklığa uygulanacak hukukun tespitinde irade muhtariyetinin, dolayısıyla hukuk seçiminin önüne geçilmek istenmiş, ortaklıklar hukukundan kaynaklanan bu konular, şirketler, diğer kolektif kuruluşlar veya tröstler hukuku hakkında farklı kanunlar ihtilafı kurallarına tabi tutulmuştur.

Ortaklıklar/Şirketler hukuku ile ilgili kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili kılınmış hukuku ifade etmek için, şahsın hukuku ile ilgili konularda kullanılan şahsi statü, sözleşmeden doğan borçlarla ilgili konularda kullanılan sözleşme statüsü ifadelerine karşılık olarak, "ortaklık statüsü" ifadesi kullanılmaktadır. Ortaklık statüsünün hangi bağlama noktası ile belirleneceği ve bu statünün kapsamı ise *lex societatis* ile ifade edilmektedir. Ortaklıklar hukuku ile ilgili genellikle kuruluş yeri veya idare merkezi¹⁸⁶ bağlama noktası olarak uygulanmaktadır. Ortaklık statüsünün

¹⁸⁴ Daha detaylı bkz. AVŞAR, s. 91-92.

¹⁸⁵ "Kolektif kuruluşlar" terimi, ortaklıklar veya dernekler gibi tüzel kişiliği olan veya olmayan kuruluşları kapsayacak şekilde geniş bir anlamda kullanılmıştır (Şerh, para.1.27).

¹⁸⁶ Daha detaylı bkz. Gülören TEKİNALP, "Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri, AT Hukuku ve MÖHUK", Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, **MHB**, Y. 1999-2000, S. 1-2, s. 909-

kapsamı, bağlama noktası ile belirlenen hukukun hangi konulara uygulanacağını tespit edilmekte¹⁸⁷ ve genel olarak ortaklığın kuruluşuna, teşkilatlanmasına, işleyişine ve sona ermesine dair konular ortaklık statüsünün kapsamına dahil edilmektedir¹⁸⁸.

İlkeler m. 1(3) (c)'deki bu istisna da şirketlerin, diğer kolektif kuruluşların veya tröstlerin kuruluşu, organizasyonu ve yönetimine ilişkin konuları, yani ortaklık statüsü kapsamındaki konuları ele almaktadır. İstisna edilen konular genel olarak, bahsi geçen kuruluşların üyeliği, hukuki ehliyeti, iç organizasyonu, karar alma süreçleri, feshi ve tasfiyesi olabilmektedir. Aynı istisna tröstlerin iç yönetimine ilişkin konular için de geçerlidir. Ancak bu istisna, şirketlerin, diğer kolektif organların veya tröstlerin iç organizasyonunu ve yönetimini ilgilendiren konularla sınırlıdır ve üçüncü kişilerle akdettikleri sözleşmeleri kapsamamaktadır. Aynı zamanda, İlkeler, bir şirketin üyeleri arasında yapılan hissedarlar sözleşmesi olarak bilinen ticari sözleşmeler için geçerlidir¹⁸⁹.

4. İflas

Dördüncü olarak, İlkeler iflasa¹⁹⁰ uygulanacak hukuku ele almamaktadır. Bu istisnanın nedeni Şerh'te de belirtildiği üzere iflas işlemlerinin başlatılmasının sözleşmeler üzerinde yaratabileceği etkiler nedeniyle irade muhtariyetinin devre dışı bırakılmasıdır¹⁹¹. Şöyle ki, iflas halinde *claw-back* kuralları¹⁹² gibi özel kuralların uygulanması suretiyle müflisin taraf olduğu sözleşmelerin geçersizliğine veya feshine karar verilebilmekte; müflis aleyhine yapılan icra takiplerinin durması veya askıya alınması söz konusu olmakta; iflas idaresine bir sözleşmenin ifasını reddetme veya üçüncü bir kişiye devretme yetkisi verilerek sözleşme serbestisi de dahil sözleşmeler

921 (AT Hukuku ve MÖHUK).

¹⁸⁷ Barış TEKSOY, **Uluslararası Özel Hukukta Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010, s. 96 vd.

¹⁸⁸ Ortaklık statüsünün uygulama alanının geniş yelpazede değerlendirilmesinin sebebi ortaklığın bir bütün olarak aynı hukuka tabi tutulabilmesi olarak açıklanmaktadır. Bkz. Florence GUILLAUME, **Lex Societatis**, Zürih, 2001, s. 82; Ortaklık statüsünün uygulama alanı ilgili ayrıca, bkz. TEKSOY, s. 128 vd.

¹⁸⁹ Şerh, para. 1.29.

¹⁹⁰ Burada iflas terimi tasfiye, reorganizasyon, yeniden yapılandırma veya idari usulleri kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmıştır (Şerh, 1.30, s. 34).

¹⁹¹ Şerh, para. 1.30.

¹⁹² Doktrinde "*Clawback rules*" olarak adlandırılan bu kurallar genel olarak, yöneticilere veya diğer çalışanlara şirket tarafından fazla yapılan ödemelerin iadesine ilişkin hükümleri içermektedir. İflas hukukunda ise şirketin iflası halinde haksız elde edilen mali hakların geri verilmesi zorunluluğu olarak ifade edilmektedir ve TTK m. 513 ile düzenlenmiştir. Bkz. Göknil ŞENEL, "Yöneticilere Yapılan Ödemelerin Şirkete İadesi (Clawback) Müessesesinin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği", **Sermaye Piyasası Kurulu**, Ankara, 2018.

hukukunun genel ilkelerine müdahale edilebilmektedir¹⁹³. Bu da irade muhtariyeti prensibini benimseyen İlkeler'in amacı ile ters düşmektedir. İlkeler, iflasın sözleşmeler üzerindeki etkilerine uygulanacak hukukun veya iflas idaresinin iflas masasını temsilen yeni sözleşmelere taraf olup olamayacağının belirlenmesi konusunda uygulanmayacaktır.

Yabancılik unsuru içeren iflas işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde “evrensellik” ve “yerellik” olmak üzere iki sistem kabul edilmektedir. Yerellik prensibine göre borçlunun mallarının bulunduğu yerlerde bu mallar için ayrı bir iflas süreci başlatılarak iflas masası oluşturulmakta ve bu masaya sadece o devletteki alacaklılar alacağını kaydettirebilmektedir. Bu iflas prosedürü ise başka bir devlet tarafından tanınmadıkça sadece açıldığı devletin sınırları dahilinde etki edebilmektedir. Evrensellik prensibine göre ise borçlunun tüm malvarlığı için yalnızca tek bir yerde iflas prosedürü başlatılarak oluşturulacak iflas masasına borçlunun tüm alacaklıları alacaklarını kaydettirebilmektedir. Açılan iflas prosedürü ise sadece açıldığı yerde değil tüm devletlerde doğrudan etki doğurmaktadır¹⁹⁴.

İflasın İlkeler'in kapsamı dışında bırakılmasının bir diğer nedeni olarak, gerek Türk¹⁹⁵ gerekse de Azerbaycan iflas hukukunda olduğu gibi birçok ülkede borçlunun bu ülkedeki mallarının kendiliğinden yabancı bir ülkedeki iflas masasına dahil olmayacağı yani iflas kararları açısından iflasın yerelliği (ülkeselliği) ilkesinin kabul edilmiş olması gösterilmektedir.

Yabancı unsurlu iflas işlemlerine uygulanacak hukuk hakkında ise doktrinde

¹⁹³ Şerh, para. 1.30.

¹⁹⁴ Emre ÇETİN, **Yabancılik Unsuru Taşıyan İflâs İşlemlerinde Uygulanacak Hukuk Ve Mahkemenin Yetkisi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016, s. 4-7; Yerellik ve evrensellik prensiplerinin kendilerinden beklenen çözümleri tek başına sağlayamayacağı düşüncesiyle “ılımlı evrensellik”, “karma sistem”, “yumuşatılmış yerellik” ve “uyarlanmış evrensellik” gibi sistemler ortaya çıkmış ve birçok devletin iflasa ilişkin düzenlemelerinde dikkate alınmıştır (ÇETİN, s. 9-13). Günümüzde yabancılik unsurlu iflas uyuşmazlıklarının çözümünde en gelişmiş sistem olarak Avrupa Birliği'ne üye devletlerde uygulanmakta olan AB 848/2015 sayılı İflas Tüzüğü karşımıza çıkmaktadır. Bu Tüzük ile üye devletlerde verilen iflas kararları doğrudan tanınmakla beraber ana iflas prosedürünün yanında ikincil iflas prosedürlerinin de açılmasına olanak tanınmıştır. Tüzük için ayrıca, bkz. <http://data.europa.eu/eli/reg/2015/848/oj> (Erişim tarihi: 21.01.2024).

¹⁹⁵ Bazı görüşler Türkiye'de açılan iflas masasında yabancı ülkedeki malların da göz önünde bulundurulabilmesi açısından evrensellik sisteminin benimsendiğini savunmaktadır. Ancak karşıt görüşü savunanlar ise yabancı ülkede verilmiş iflas kararının Türkiye'de kendiliğinden etki doğurmaması açısından yerellik sisteminin benimsendiğini ifade etmektedir. Diğer bir görüş ise her iki hususu göz önünde bulundurarak karma sistemin benimsendiğini savunmaktadır. Söz konusu görüşler için, bkz. ÇETİN, s. 14-20.

farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin temelinde ise iflasın yerelliği ilkesine dayanarak iflas hukuku kurallarının tümüyle usuli/şekli kurallardan ibaret olduğunu savunan ve bunun tam tersine iflas hukuku kurallarının usuli ve maddi kurallar olarak ikiye ayrılması gerektiğini savunan görüşler yer almaktadır. Şöyle ki, ilk görüşü savunan yazarlar iflas hukuku kurallarının doğrudan uygulanan kurallar olduğu gerekçesiyle *lex fori*'ye tabi olması gerektiğini düşünmektedir. Diğer görüşü savunan yazarlar ise usuli iflas kurallarının *lex fori*'ye, maddi iflas kurallarının ise her bir kuralın kendi konusunu oluşturan hukuki ilişkiye uygulanacak hukuka tabi olması gerektiğini düşünmektedir¹⁹⁶. Avrupa Birliği bu sorunu 848/2015 sayılı İflas Tüzüğü'nün 7. maddesinde çözüme kavuşturarak “aksi öngörülmedikçe iflas prosedürleri ve etkilerinin iflasın açıldığı birlik üyesi devlet hukukuna¹⁹⁷ tabi olacağını” belirlemiştir. Böylelikle AB'ye üye devletlerde iflasa uygulanacak hukuka ilişkin bağlama kuralı *lex fori concursus* olarak tercih edilmiştir¹⁹⁸. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bahsi geçen Tüzük'te hukuk seçimine ilişkin herhangi maddeye yer verilmemiştir.

Türk milletlerarası özel hukukunda ise yabancı unsurlu iflas işlemlerine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı mevcut olmadığından bu boşluk doktriner görüşler ve Yargıtay kararları ile doldurulmaya çalışılmıştır. Yargıtay'ın eski kararlarına bakıldığında iflas hukukundaki usuli/maddi ayrımı kabul etmediği, iflas işlemlerini kamu düzenine ilişkin işlem olarak kabul ettiği ve bu nedenle taraflar arasında hukuk seçimi yapılmış olmasına bakılmaksızın hâkimin kendi hukukunu uygulaması gerektiği yönünde idi¹⁹⁹. Ancak nispeten daha yeni kararlarında usuli/maddi iflas kuralı ayrımının nihayet kabul edildiği görülmektedir²⁰⁰. Bu ayrım uyarınca iflas davasında hangi malların haczinin

¹⁹⁶ Gülin GÜNGÖR, *Milletlerarası Özel Hukukta İflas*, Ankara, 1997, s. 28-29 (İflas).

¹⁹⁷ Yine burada da belirtmek gerekir ki, İflas Tüzüğü de atıf (*renvoi*) teorisini dışlamış, iflasın açıldığı devletin kanunlar ihtilafı kurallarını değil maddi hukuk kurallarını uygulanacak hukuk olarak belirlemiştir. Bkz. Peter STONE, *EU Private International Law*, Third Edition, 2014, s. 535.

¹⁹⁸ ÇETİN, s. 44; İflasa ilişkin AB Tüzüğü sadece AB'ye üye devletlerde bağlayıcı olsa da her devletin kendi iç hukukuna dahil edebileceği UNCITRAL Model Kanunu'nun da iflasa uygulanacak hukuka ilişkin 5. ve 6. maddeleri bulunmaktadır. İlgili maddeler için ayrıca, bkz. İlyas GÖRCÜKLÜ, *Milletlerarası Özel Hukukta İflas Uyuşmazlıklarının Çözümü*, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 103-106; UNCITRAL Model Kanun Rehberinin tam metni için bkz. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf> (Erişim tarihi 24.01.2024).

¹⁹⁹ Yargıtay İcra ve İflas Dairesi T. 19.6.1969, E.3593, K.6709 sayılı kararı (GÜNGÖR, İflas, s. 40, 154).

²⁰⁰ Yargıtay 19. HD. E.2003/6027, K.2003/13401 sayılı 29.12.2003 tarihli kararı: “...Davacı şirket lisans sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsili amacıyla başlattığı iflas yoluyla takibe davalı tarafından itiraz edilmiştir. Ödeme emrine itiraz üzerine açılan iflas davasında ticaret mahkemesi, tarafların iddia ve savunmalarını genel hükümlere göre inceler. Burada davalının borçlu olup olmadığı, maddi hukuk kurallarına göre esastan incelenerek saptanır. Depo emrine esas alacağın

mümkün olacağı, istirdat davası, alacağın tespiti gibi maddi hukuka ilişkin konular maddi hukuk kurallarına göre sonuçlanmakta, dolayısıyla, taraflar arasında MÖHUK m. 24 kapsamında yapılan bir hukuk seçimi var ise iflas davalarında bahsi geçen konular yönünden seçilen hukukun uygulanması gerekmektedir. Sonuç olarak konuya bu yönüyle baktığımızda her ne kadar iflas konusu tümüyle İlkeler'in uygulama alanı dışında bırakılmış olsa dahi, iflasa konu alacağın tespiti gibi maddi hukuka ilişkin konularda İlkeler kapsamında hukuk seçimi yapılabileceği kanaatindeyiz.

5. Sözleşmelerin Aynı Etkisi

Beşinci olarak, İlkeler sözleşmelerin aynı etkilerini düzenleyen hukuku ele almamaktadır. İlkeler, tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerine uygulanacak hukuku seçmelerine izin vermekte, ancak sözleşme ile yaratılan aynı hakların tesisi ve etkilerine değinmemektedir. Örneğin, taşınır veya taşınmaz, maddi veya gayri maddi bir varlığın satışına ilişkin bir sözleşmede, İlkeler satıcının kişisel devir yükümlülüğüne ve alıcının kişisel ödeme yükümlülüğüne uygulanır, ancak devrin başka bir işlem olmaksızın mülkiyet haklarını gerçekten devredip devretmediği veya

hukuken mevcut olup olmadığı, borcun doğumuna sebep olan hukuki ilişkiye ya da olayın esasına, uygulanacak hukuka göre belirlenir. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 24.maddesine göre sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tâbidir. Taraflar arasındaki lisans sözleşmesinin 22. maddesinde sözleşmenin İngiliz Kanunları dahilinde ele alınacağı ve yorumlanacağı hükme bağlandığından depo emrine esas alacak miktarlarının İngiliz Hukukuna göre saptanması gerekir” (GÜNGÖR, İflas, s. 40, 154).

Yargıtay 23. HD E. 2013/4113 K. 2013/4498 T. 28.6.2013 kararı: “...İflas davalarının temel unsurlarından biri, davacının alacaklılık sıfatını ispatlamasıdır. Öte yandan özel hukuk sözleşmelerinde taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku ve doğacak uyuşmazlıkları çözecek (yetkili) yargı yerlerini serbestçe belirleyebilirler. Taraflar arasında akdedilen garanti sözleşmesinde İngiltere hukukunun uygulanacağı ve uyuşmazlıkların İngiltere Mahkemeleri'nde veya Londra Tahkim Mahkemesi'nde çözümleneceği hükme bağlanmıştır. İtirazın kaldırılması ve iflas davaları öncelikle davacının alacaklı, davalının ise borçlu olduğuna ilişkin bir maddi hukuk yargılamasını, sonrasında şartların mevcudiyeti halinde borçlu-davalının iflasına karar verilen davalardanır. İflas kararını ancak davalının muamele merkezi mahkemesi verebilir (İİK.m.154). İflas davalarında tahkim şartının uygulanamayacağına ilişkin kural, alacağın tespiti aşamasına ilişkin olmayıp, iflas kararı verilmesi konusundaki devlet egemenliği ilkesi açısından hüküm ifade eder. Somut olayda davacı İngiltere Mahkemelerinden veya Londra Tahkim Mahkemesi'nden aldığı bir karar olmaksızın, doğrudan sözleşmeye dayalı olarak iflas yolu ile takibe girişmiş; davalı da gerek takibe itirazında ve gerek davaya cevabında bu yönü ileri sürmüştür. Yukarıda açıklandığı üzere davacının alacaklı, davalının ise borçlu olup olmadığının tespiti, aksine bir hüküm yoksa iflasa bakan yer mahkemesince incelenir, ancak taraflar arasındaki sözleşmede bu belirleme İngiltere hukukuna ve İngiltere Mahkemelerine veya Londra Tahkim Mahkemesi'ne bırakılmıştır. Bu durumda davacının öncelikle anılan yargı yerlerinde alacağının varlığını ispatlayacak bir karar alması ve bununla Türkiye'de borçlu aleyhine iflas yolu ile takip yapması ve iflas davası açması gerekirken; taraflar arasındaki hukuk ve yetkili yargı yeri seçimini ortadan kaldıracak ve özellikle alacağın başka bir yer hukukuna tâbi kılınması sonucunu doğuracak şekilde doğrudan iflas takibi yapması ve bunu dayanak göstererek iflas davası açması doğru değildir.” Konu ile ilgili ayrıca, bkz. Yargıtay 23. HD., E. 2014/9602 K. 2015/6987 T. 2.11.2015 kararı <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/23-hukuk-dairesi-e-2014-9602-k-2015-6987-t-2-11-2015> (Erişim tarihi: 24.01.2024),

alıcının üçüncü tarafların hak veya taleplerinden bağımsız olarak mülkiyeti elde edip etmediği gibi sorulara uygulanmamaktadır²⁰¹. Eşya üzerinde teminat hakkı, devralan hakları gibi sözleşme hukukundan ziyade eşya hukukunun kapsamına giren²⁰² tasarruf işlemleri İlkeler'in uygulama alanına girmemektedir²⁰³.

Maddi hukukta “taahhüt işlemleri (borçlandırııcı işlemler)” ve “tasarruf işlemleri” için yapılan ayırım milletlerarası özel hukukta da uygulanmakta²⁰⁴, bu nedenle menkul veya gayrimenkul eşya üzerindeki ayni haklara²⁰⁵ uygulanacak hukuk ve bu ayni hakkı doğuran borçlar hukuku ilişkisine uygulanacak hukuk birbirinden farklılık gösterebilmektedir²⁰⁶. Taahhüt işlemleri sözleşme statüsü, ayni hak değişikliği doğuran tasarruf işlemi ise ayni hak statüsü kapsamında değerlendirilmektedir²⁰⁷.

Milletlerarası nitelikli işlem ve ilişkiler açısından, ayni haklara uygulanacak hukuk; ayni hak ve yükümlülüklerin ortaya çıkması, niteliği, çeşitleri, devri, kısıtlanması ve kaybı, aynı zamanda eşya kavramı ve çeşitleri, zilyetlik, bir malın menkul veya gayrimenkul olup olmadığı gibi konuları belirlemektedir²⁰⁸. İşlem veya ilişkinin ayni hak meselesi teşkil edip etmediğinin hangi hukuka göre belirleneceği vasıflandırma problemini ortaya çıkarmakta, vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre yapılacağı ancak ardından eşya kavramı ve çeşitleri gibi ayni hak meselesine ilişkin ortaya çıkacak tüm meselelerin, eşyanın bulunduğu yer hukukuna (*lex rei sitae*) göre belirlenmesi gerektiği doktrinde genel kabul görmektedir²⁰⁹.

²⁰¹ Şerh, para. 1.31.

²⁰² GIRSBERGER/COHEN, s. 321.

²⁰³ İZMİRLİ, s. 356.

²⁰⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 287. Sadece işlemin tarafları üzerinde etki doğuran borçlandırııcı işlemlerden farklı olarak; tasarruf işlemleri taraflar ile birlikte üçüncü kişiler üzerinde de etki doğurabilmektedir. Bazı devletlerin hukuk sistemlerindeki resmi şekil şartından kaynaklı taahhüt ve tasarruf işlemleri iç içe geçmekte ve aralarındaki fark belirsizleşmektedir (ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 287).

²⁰⁵ Ayni hak kavramı ile ilgili doktrinde birbirinden farklı üç görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki ayni hakkı eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan bir hak olarak tanımlayan “doğrudan hakimiyet” görüşü; ikincisi ayni hakkı herkese karşı ileri sürülebilen bir hak olarak tanımlayan “şahısçı” görüş; üçüncüsü ise daha modern ve “birleştirici” olarak kabul edilen ve aynı zamanda Türk ve Azerbaycan hukukunda da genel kabul gören, ayni hakkı bir şey üzerinden doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen bir hak olarak tanımlayan görüştür. Daha detaylı bkz. Ekin ÖMEROĞLU, **Ayni Haklara Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Yargı Mercii'nin Tayininde İrade Serbestisi Prensibi**, Ankara, 2017, s. 9.

²⁰⁶ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 287.

²⁰⁷ İZMİRLİ, s. 356.

²⁰⁸ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 287.

²⁰⁹ ÖMEROĞLU, s. 49; NOMER, s. 300; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 289. Bununla birlikte ayni haklara eşyanın bulunduğu yer hukukunun uygulanmasının bütünüyle kabul edildiği de

Tarafların sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuku seçme konusunda irade serbestisine sahip olmasından dolayı, aynı taraflar arasında aynı sözleşmesel ilişkiden kaynaklı ortaya çıkabilecek sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuku da seçme²¹⁰ konusunda irade serbestisine sahip olması gerektiği ile ilgili görüşler de mevcuttur. Yani taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklı ortaya çıkan aynı haklara uygulanacak hukuku seçme imkanının taraflara sağlanması gerektiği doktrinde savunulan görüşler arasındadır²¹¹.

Genel olarak aynı haklara uygulanacak hukuka yönelik irade serbestisine yer verilmemesi gerektiğini savunan görüşlerin temelinde aynı haklara ilişkin sınırlı sayı ilkesi (*numerus clausus*) dayanmaktadır. Bu ilke Roma hukukundan itibaren uygulanmakta ve bu ilke uyarınca aynı hakların türleri ve içerikleri kanun tarafından kesin bir biçimde belirlenmektedir. Bu ilkeden kaynaklı kendi iradeleri ile aynı hak yaratamayan tarafların aynı haklara uygulanacak hukuku kendi iradeleri ile seçebilmesi bu görüşü savunanlara olağan görünmemektedir²¹². Karşıt görüş ise sınırlı sayı ilkesinin aynı haklara uygulanacak hukukun seçilmesinde herhangi bir engel teşkil etmediğini tam tersine hususen yabancı unsurlu işlem ve ilişkilerde milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarının karşılanması da dikkate alınarak hukuk seçimine olanak tanınması gerektiğini savunmaktadır²¹³.

Belirtmek gerekir ki gerek Türk hukukunda (MÖHUK m. 21) gerekse de Azerbaycan hukukunda (MÖHK m. 20) hem taşınır hem taşınmaz eşyalar üzerinde aynı haklara uygulanacak hukukun belirlenmesinde taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmamış; irade serbestisi prensibine yer verilmemiştir²¹⁴.

söylenemez. Doktrinde özellikle taşınır eşyalar ile ilgili bu kuralın çok katı olduğu ve esnetilmesi gerektiğine yönelik görüşler de mevcuttur.

²¹⁰ 11.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü taraflara sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuku seçme imkanı tanıyarak irade serbestisi prensibine yer vermiştir. İlgili Tüzük için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0049:EN:PDF> (Erişim tarihi: 08.03.2024) Roma II Tüzüğü hakkında daha detaylı bkz. Günseli ÖZTEKİN GELGEL, **Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi**, İstanbul: Beta, 2006, s. 31.

²¹¹ ÖMEROĞLU, s. 107.

²¹² ÖMEROĞLU, s. 14; ALLAHVERDİYEV, s. 332-333.

²¹³ Axel FLESSNER, "Choice of Law in International Property Law – New Encouragement from Europe", **Party Autonomy in International Property Law**, Roel Westrik, Jeroen van der Weide (eds.), Sellier, 2011, s. 23-24; Taşınır eşya üzerinde aynı haklara uygulanacak hukuk konusunda irade serbestisini savunan görüşlerin diğer gerekçeleri için ayrıca bkz. ÖMEROĞLU, s. 127.

²¹⁴ Her iki hukuk sisteminde taşınır ve taşınmaz mallara ilişkin mülkiyet hakkı ve diğer aynı haklara uygulanacak hukuk malların bulunduğu yer ülke hukuku yani *lex rei siate* olarak belirlenmiştir.

Buna karşılık aynı haklara uygulanacak hukukun belirlenmesinde hukuk seçimine olanak tanıyarak irade serbestisine yer veren hukuk sistemleri de mevcuttur. Taşınır eşya üzerindeki aynı haklara uygulanacak hukuku seçme olanağı sunan hukuk sistemlerinden bir kısmı bu seçimi doğrudan; diğer kısmı ise dolaylı olarak düzenlemiştir. Bahsi geçen konu ile ilgili doğrudan hukuk seçimi düzenleyen hukuk sistemleri tarafların açıkça aynı hak ihtilafının tabi tutulacağı hukuku seçebileceğini kabul etmiştir²¹⁵. Diğer kısım hukuk sistemleri ise taşınır eşya üzerindeki aynı haklardan kaynaklı uyuşmazlıkların taraflar arasında mevcut bir sözleşme ilişkisinden (genellikle satım sözleşmesinden) kaynaklı ortaya çıkması durumunda, sözleşmeye uygulanması için seçilen hukukun aynı hak uyuşmazlığına da uygulanmak için seçilebileceğini düzenlemektedir²¹⁶.

Yukarda da bahsedildiği üzere gerek Türk gerekse Azerbaycan hukukunda sadece taşınır eşyalar üzerinde değil aynı zamanda taşınmaz eşyalar üzerinde de aynı haklara uygulanacak hukuku seçme konusunda irade serbestisine yer verilmemiştir. Doktrinde irade serbestisine yer vermeyen hukuk sistemleri açısından bu dışlamanın sebebi olarak taşınmaz eşyanın üzerinde yer aldığı toprak ile ilgili devletin mutlak egemenliği²¹⁷; yetkili makamların uygulanacak hukuk konusunda kendi hukuklarına daha çok hakim olmaları; taşınmazın bulunduğu yer hukukunun uygulanmasının daha az masraflı olması gibi sebepler²¹⁸ gösterilmekte, bu sebeplerden dolayı taşınmaz eşya üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklara taşınmazın bulunduğu yer hukukunun (*lex rei sitae*) uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Doktrinde aynı zamanda taşınmazlara ilişkin tüm sözleşmeler bakımından irade serbestisine yer verilmemesini eleştiren görüşler de mevcuttur²¹⁹.

²¹⁵ İsviçre IPRG m. 104 taraflara taşınır eşyaya ilişkin hakların kazanılması ve kaybedilmesi konusunda sınırlı ve doğrudan bir hukuk seçimi imkânı tanımıştır. Detaylı bkz. (ÖMEROĞLU, s. 5-6; 125); Hollanda da benzer şekilde taraflara taşınır eşya üzerinde aynı haklara uygulanacak hukuku seçme imkanını doğrudan ama sınırlı bir şekilde tanımıştır (ÖMEROĞLU, s. 124); Taraflara taşınır eşya üzerinde aynı haklara uygulanacak hukuku doğrudan ve tam (sınırsız) bir şekilde seçme imkânı tanıyan hukuk sistemlerine örnek olarak ise Çin gösterilebilir. Hatta Çin hukukunda bu irade serbestisinin kapsamının çok geniş olduğu ve daraltılması gerektiği de düşünülmektedir (ÖMEROĞLU, s. 126).

²¹⁶ ÖMEROĞLU, s. 122.

²¹⁷ Zavər QAFAROV/Ataxan ƏBİLOV, *Beynəlxalq Xüsusi Hüquq*, Bakı: Qanun, 2007, s. 131; AYDOĞDU, s. 267.

²¹⁸ ÖMEROĞLU, s. 65.

²¹⁹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 336. ÇINAR kişisel hak niteliğinde olan taşınmazın kullanımına ilişkin sözleşmeler (örneğin kira sözleşmeleri) bakımından irade serbestisine izin verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Kazım ÇINAR, *Milletlerarası Özel Hukukta Taşınmazlara İlişkin Sözleşmeler*, İstanbul: On İki Levha, 2016, s. 81. Bu görüşün devamı olarak uygulanma sebeplerinden biri olarak sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk olduğu gösterilen “*lex rei sitae*” kuralının taşınmazın kullanımına ilişkin sözleşmeler açısından da aynı özelliği (en sıkı ilişkili hukuk olma özelliği)

Taşınmazlar üzerinde aynı haklara uygulanacak hukuk ile ilgili irade serbestisine yer vermeyen devletler olduğu gibi²²⁰ bu sözleşmeler açısından hukuk seçimine izin veren düzenlemeler de mevcuttur. Roma I Tüzüğü taşınmazlara ilişkin sözleşmelerde hukuk seçimine izin verilmesine yönelik ayrı bir madde düzenleyerek açık bir hükme yer vermese de hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda uygulanacak hukuku objektif bağlama kuralı ile belirleyen m. 4/1-c'nin²²¹ yorumlanması sonucunda hukuk seçiminin yapılabileceği anlaşılmaktadır²²².

Sonuç olarak taşınır ve taşınmaz eşyalar üzerinde aynı haklara uygulanacak hukuk konusunda irade serbestisi ile ilgili farklı hukuk sistemlerinde farklı düzenlemelerin yapılmış olması; bu konunun irade serbestisini esas alan İlkeler'in kapsamı dışında bırakılmasına yol açmıştır.

6. Temsil

İlkeler, temsil olunanın üçüncü kişi ile olan ilişkisini (dış ilişki) düzenleyen hukuku ele almamaktadır.

Temsil doktrinde genel olarak *“Bir hukuki işlemin bir başka kişinin nam veya hesabına yapılması ve yapılan işlemin hukuki sonuçlarının bu kişi üzerinde doğması”*²²³ şeklinde tanımlanmaktadır. Temsile uygulanacak hukukun tespiti, temsilin temsil olunan, temsilci ve üçüncü kişi olmakla üç taraflı yapısı nedeniyle milletlerarası özel hukuk alanında karmaşık ve tartışmalı konulardan biridir. Bu özelliği nedeniyle temsile ilişkin yabancı unsurlu işlem ve ilişkilerde her üç tarafın

taşımayacağı ve milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti ile bağdaşmayacağı ifade edilmektedir. Diğer bir eleştirel görüş ise; taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmeler bakımından hukuk seçimi yapılmış olsa dahi seçilen hukukun devlet egemenliğine ve kamu düzenine aykırı olduğu durumlarda seçilen hukukunun tatbikini kısıtlayan veya tamamen engelleyen mekanizmaların (örneğin doğrudan uygulanan kurallar) da olduğunun dikkate alınması gerektiği yönündedir (AYDOĞDU, s. 271-272).

²²⁰ İsviçre IPRG m. 119/2 (İlgili maddenin İngilizce metni için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en, Erişim tarihi: 11.03.2024).

²²¹ AB Roma I Tüzüğü m. 4/1-c'nin İngilizce metni şu şekildedir: “1. To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3 and without prejudice to Articles 5 to 8, the law governing the contract shall be determined as follows: (c) a contract relating to a right in rem in immovable property or to a tenancy of immovable property shall be governed by the law of the country where the property is situated”.

²²² Daha detaylı bkz. AYDOĞDU, s. 272-273.

²²³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 309; Burak HUYSAL, **Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk**, 1. Bası, İstanbul 2015, s. 40-41; Selahattin Sulhi TEKİNAY/Sermet AKMAN/Haluk BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 169; Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Yetkin, 19. Bası, 2015, s. 435-436; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023, s. 163 vd.

menfaatlerinin dengeli bir şekilde kurulması ve işlem güvenliğinin sağlanması açısından uygulanacak hukukun belirlenmesi önem taşımaktadır²²⁴.

Uygulanacak hukukun belirlenmesi ise temsilin kaynağına göre yani temsilin temsil olunanın iradesi dışında (*kanuni temsil*) veya iradesi dahilinde (*iradi temsil*) meydana gelmiş olmasına göre farklılık göstermektedir²²⁵. Kanuni temsile uygulanacak hukuk ile ilgili doktrinde genel kabul gören görüş açık bir hüküm bulunmadığı durumlarda “*kanuni temsil yetkisinin kanuni temsili tesis eden hukuki ilişkiye uygulanan hukuka tabi olduğu*” yönündedir²²⁶.

Milletlerarası özel hukukta iradi temsile uygulanacak hukuk ile ilgili yaklaşımlar birbirinden farklılık göstermektedir. Bazı hukuklarda temsil yetkisi, temsil olunanın temsilciye tek taraflı irade beyanı (Türk ve İsviçre hukuku – hatta burada beyanın temsilciye ulaşması yeterli görülüyor ve temsilcinin kendisine yetki verilmiş olduğunu öğrenmesi şartı aranmıyor), temsilci ve temsil olunanın yetki konusunda karşılıklı idarelerinin uyuşması – “*actual authority*” (Anglo-Amerikan hukuk sistemleri) ya da temsil olunanın doğrudan üçüncü kişiye bildirimde bulunması yoluyla kurulurken (Alman hukukunda), bazı hukuklarda ise vekalet gibi iş görme sözleşmesiyle yetki kazanılması gibi farklı yollarla kurulabilmektedir²²⁷. Temsil yetkisinin bahsedilen son oluşum şekline daha çok Kıta Avrupası hukuk sisteminde rastlanılmaktadır. Ancak Fransız hukukundan farklı olarak İtalyan hukukunda temsile ilişkin sözleşme vekalet sözleşmesinden ayrı olarak düzenlenmiştir²²⁸.

Bunun dışında Lahey Konferansı tarafından 14 Mart 1978 tarihinde yabancı unsurlu temsil ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin Temsile Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Konvansiyonu (*The Hague Convention on The Law Applicable to Agency of 14 March 1978*, bundan sonra Lahey Temsil Konvansiyonu olarak anılacaktır) kabul edilmiştir²²⁹. Günümüzde sadece dört devletin²³⁰ taraf olduğu

²²⁴ Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU, “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda İradi Temsil”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: 28, Sayı: 1, Mart 2012, s. 81.

²²⁵ Maddi hukukta uygulanan kanuni temsil-iradi temsil ayrımı milletlerarası özel hukukta da uygulanmaktadır. Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 30.

²²⁶ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 310-311; HUYSAL, s. 55-56.

²²⁷ HUYSAL, s. 40-41; Cem AYBIYIK, “Temsil Yetkisi ve Temel İlişki”, **Journal of Istanbul University Law Faculty**, 55(4), S. 4, 2011, s. 218.

²²⁸ HUYSAL, s. 42.

²²⁹ Konvansiyonun tam metni için bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=89 (Erişim tarihi: 12.03.2024).

²³⁰ Arjantin (1992), Fransa (1978), Hollanda (1987), Portekiz (1978) Lahey Temsil Konvansiyonuna taraf devletlerdir. Konvansiyon hem Türkiye hem de Azerbaycan tarafından henüz imzalanmamıştır.

Konvansiyon, yabancı unsurlu temsil ilişkisine uygulanacak hukukun tespitinde ilk milletlerarası düzenleme niteliği taşımaktadır²³¹.

Temsil iç temsil ilişkisi, dış temsil ilişkisi (temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki ilişki) ve temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişki (*falsus procurator*) olmakla üç farklı hukuki ilişkiden oluşmaktadır²³². Temsil ilişkileri açısından yapılan bu ayırım uygulanacak hukuk konusunda farklı statüleri (*temel sözleşme statüsü, esas sözleşme statüsü, temsil statüsü*) ortaya çıkarmaktadır. Her statünün uygulama alanına giren konular olmakla birlikte bunlara uygulanacak hukukun tespitinde esas alınan bağlama kuralları birbirinden farklılık göstermektedir²³³. Doktrindeki görüşlere göre ise bağlama kuralları oluşturulurken bu ayırımın dikkate alınması gerekmektedir²³⁴. Lahey Temsil Konvansiyonu m. 8/1'e göre, "*temsil olunan ile temsilci arasındaki ilişkinin varlığı ve maddi geçerliliği, tarafların yükümlülükleri, ifa şartları, ademi ifanın hukuki sonuçları ve bu yükümlülüklerin sona ermesi ile ilgili meseleler, temsil olunan ile temsilci arasındaki iç ilişki statüsü kapsamındadır*". Bu maddeye göre, temsil yetkisinin varlığı ve kapsamından kaynaklanan konular iç temsil ilişkisi statüsünün (temel sözleşme statüsünün) uygulama alanına dahil edilmişse de m. 11/1'de aynı konular, temsil statüsünün de kapsamına dahil edilerek belirsizliğe yol açmıştır²³⁵.

Temsil konusu, hem Roma Konvansiyonu hem de onun yerini alan Roma I Tüzüğü'nde kapsam dışı bırakıldığından, iç ilişkiye uygulanacak hukuk konusu, milli kanunlar ihtilafı kurallarında özel olarak düzenleme bulunan İspanya ve Polonya gibi devletler dışında, boşlukta kalmıştır. Hem Roma konvansiyonu hem de Roma I Tüzüğü'nde temsil olunan ile temsilci arasındaki ilişki sözleşmesel yapıya sahip olduğu oranda yer almış ve temsil olunanın, temsilcinin bir fiili nedeniyle üçüncü kişiye sorumluluğu kapsam dışı bırakılmıştır²³⁶. Lahey Temsil Konvansiyonu ise temsil iç ilişkisine uygulanacak hukuk ile ilgili ilk olarak subjektif bağlama kuralı-hukuk seçimine yer vermiş; uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemesi ya da hukuk seçimi anlaşmasının geçersiz olması durumunda, objektif bağlama kuralının ("*temsilcinin*

²³¹ Cemil GÜNER, "14 Mart 1978 Tarihli Temsile Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Konvansiyonu", *AÜHFD*, 62 (3) 2013, s. 694.

²³² ÇAVUŞOĞLU, s. 81.

²³³ GÜNER, s. 694.

²³⁴ Ernst RABEL, *Conflict of Laws, A Comparative Study*, S.3 (Spacial Obligations: Modification and discharge of obligations), Ann Arbor 1964, s. 144.

²³⁵ ÇAVUŞOĞLU, s. 93.

²³⁶ HUYSAL, s. 109.

*temsil ilişkisinin kurulması anındaki işyeri hukuku; temsilcinin işyerinin yokluğu halinde ise temsilcinin mutad mesken hukuku...*²³⁷) uygulanacağı düzenlenmiştir²³⁸.

Türk hukukunda ise temsil iç ilişkisine uygulanacak hukuk konusu MÖHUK Madde 30/1 da şu şekilde düzenlenmiştir: “*Temsilci ile temsil olunan arasındaki hukukî ilişkiden doğan temsil yetkisi, aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir*”. Maddeye bakıldığında temsil iç ilişkisine uygulanacak hukukun, temel sözleşmeyi yöneten hukuka tabi kılındığı görülmektedir. Sözleşmeye uygulanacak hukuk ise, MÖHUK m. 24/1 uyarınca tarafların seçtiği hukuktur. Dolayısıyla, temsilci ile temsil olunan tarafa dolaylı olarak da olsa uygulanacak hukuku belirleme imkanı tanınmıştır. Ancak taraflara bağımsız bir hukuk seçimi yapmak yerine sadece dolaylı yolla tanınan bu hukuk seçimi olanağı, iç temsil yetkisinin temel sözleşmeden soyutluğu ilkesine bağlı olarak bazı sorunlar yaratmaktadır²³⁹.

Azerbaycan hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi temsil yetkisinin kazanılması temel bir sözleşmeye tabi tutulmamış, yetkinin varlığının böyle bir sözleşme olmadan da temsilcinin temsil olunan adına yürüttüğü faaliyetin koşullarından belirlenebileceği düzenlenmiştir²⁴⁰. Türk hukukundan farklı olarak temsile uygulanacak hukuk konusu özel olarak düzenlenmemiştir. Kanundaki bu boşluk temsile uygulanacak hukuk ile ilgili, bizi sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin AC MÖHK m. 24/1²⁴¹ ila m. 25/3’e²⁴² yönlendirmektedir. İlgili maddeler

²³⁷ Lahey Temsil Konvansiyonu, m. 6/1: “*In so far as it has not been chosen in accordance with Article 5, the applicable law shall be the internal law of the State where, at the time of formation of the agency relationship, the agent has his business establishment or, if he has none, his habitual residence. However, the internal law of the State where the agent is primarily to act shall apply if the principal has his business establishment or, if he has none, his habitual residence in that State. Where the principal or the agent has more than one business establishment, this Article refers to the establishment with which the agency relationship is most closely connected*”.

²³⁸ GÜNER, s. 705.

²³⁹ Maddenin meydana getirdiği sorunlar hakkında detaylı bilgi için bkz. HUYSAL, s. 192.

²⁴⁰ AC Medeni Kanun’u m. 359/1: “*Bir kişinin (temsilcinin), vekâletnameye, kanun hükmüne veya yetkilendirilmiş bir devlet veya belediye organının kararına dayanan yetkiye istinaden başka bir kişi (temsil edilen) adına yaptığı işlem, temsil edilenin doğrudan medeni hak ve yükümlülüklerini oluşturur, değiştirir ve sona erdirir. Yetki aynı zamanda temsilcinin faaliyet gösterdiği koşullardan da (perakende ticarete satıcı, kasiyer vb.) anlaşılabilir*”.

²⁴¹ AC MÖHK m. 24/1: “*Müqavilə ilə bağlı tərəflərin hüquq və vəzifələrinin müəyyən edilməsi, müqavilənin təfsiri, icra edilməməsi, xitamı, lazımı qaydada icra edilməməsinin və etibarsızlığının nəticələri, habelə müqavilə ilə əlaqədar tələbin güzəştə və borcun köçürülməsi tərəflərin razılığı ilə seçilən ölkənin hüququ ilə tənzimlənir*”.

²⁴² AC MÖHK m. 25/3: “*Bu Qanunun 25.1-ci və 25.2-ci maddələrində nəzərdə tutulmayan müqavilələrə, tərəflər arasında tətbiq edilməli hüquq barədə razılaşma olmadığı halda, belə müqavilənin daha sıx bağlı olduğu ölkənin hüququ tətbiq edilir*”.

uyarınca ise temsil yetkisinin temel bir sözleşmeden kaynaklandığı durumlarda taraflar m. 24/1'e dayanarak sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilmekte; böyle bir seçimin yapılmadığı durumlarda ise en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı kabul edilmektedir. Bunun dışında AC MÖHK'un "vekaletname" başlıklı 18. maddesinde vekaletnamenin şekli ve geçerlilik süresine uygulanacak hukuk olarak vekaletnamenin verildiği ülke hukuku belirlenmiştir²⁴³. Sonuç olarak Azerbaycan hukukunda da temsil yetkisinin temel bir sözleşmeye dayanmaksızın kazanıldığı durumlarda temsil iç ilişkisine uygulanacak hukuk konusu ile ilgili belirsizlik mevcuttur.

Dış temsil ilişkisine uygulanacak hukuk ile ilgili irade serbestisi konusunda gerek doktrinde gerekse de devletlerin kanun ihtilafı kurallarında görüş birliği bulunmamaktadır. Şöyle ki Türkiye'nin de dahil olduğu bir kısım devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarında dış temsil ilişkisine uygulanacak hukukun taraflarca seçilebilmesi işlem güvenliği ilkesi gereği reddedilmekte; Avusturya (IPRG m. 49/1) ve İspanya'nın (CC m. 10/11) dahil olduğu diğer kısım devletlerde ve 1978 tarihli Lahey Temsil Sözleşmesi'nde ise temsil statüsüne uygulanacak hukukun taraflarca seçilebileceği düzenlenmiştir²⁴⁴. Lahey Temsil Sözleşmesi m. 14'e göre *"temsil olunan veya üçüncü kişi tarafından 11. madde kapsamındaki sorunlara²⁴⁵ uygulanacak hukukun yazılı olarak belirtilmesi diğer tarafça açıkça kabul edilmişse, bu tür sorunlara belirtilen hukuk uygulanacaktır"*. Yani belirli şartlar dahilinde ve sınırlı da olsa dış temsil ilişkisine uygulanacak hukuk ile ilgili irade serbestisine yer verilmiştir.

Türk hukukunda ise temsil iç ilişkisini düzenleyen MÖHUK m. 30/1'ten farklı olarak temsil statüsünü düzenleyen MÖHUK m. 30/2 taraflara hukuk seçimi imkânı tanımadan sadece objektif bağlama kurallarını düzenlemiştir. Bu düzenleme doktrinde eleştirilmekte, belirli sınırlamalar olsa dahi temsil statüsüne uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesine imkân tanınması gerektiği savunulmaktadır²⁴⁶.

Genel olarak bakıldığında ise, temsil iç ilişkisine uygulanacak hukuk ile ilgili gerek devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarında gerekse de konuya ilişkin milletlerarası sözleşmelerde irade serbestisine dolaylı veya doğrudan yer verilmiş olsa da dış temsil

²⁴³ AC MÖHK m. 18: *"Etibarnamənin forması və qüvvədə olması müddəti onun verildiyi ölkənin hüququ ilə müəyyən olunur. Lakin etibarnamənin formasına riayət edilməməsi nəticəsində o, etibarsız sayıla bilməz, bu şərtlə ki, onun forması Azərbaycan Respublikası hüququnun tələblərinə uyğun olsun"*.

²⁴⁴ ÇAVUŞOĞLU, s. 97-98.

²⁴⁵ Burada bahsedilen 11. madde kapsamındaki sorunlar temsil statüsünün kapsamına dahil edilmiş konulardır.

²⁴⁶ ÇAVUŞOĞLU, s. 96.

ilişkinine yani temsil statüsünün kapsamına giren konulara uygulanacak hukuk ile ilgili irade serbestisine yer verilmesi konusu tartışmalıdır. Bu nedenle iç temsil ilişkisinin kapsamına giren konular²⁴⁷ İlkeler'in uygulama alanına dahil edilmiş (temel sözleşmenin “ticari” nitelikli olması şartıyla) ancak temsil statüsünün kapsamına giren konulara uygulanacak hukuk yine irade serbestisini esas alan İlkeler'in uygulama alanı dışında bırakılmıştır. İlkeler'in şerhinde “dış ilişki” adı altında hangi konuların kastedildiği ile ilgili “*temsil olunanın zımni veya açık bir yetkiye veya ihmale dayalı olarak bağlı (sorumlu) olup olmadığı veya temsil olunanın temsilcinin yetkisiz bir işlemi onaylayıp onaylayamayacağı ve ne ölçüde onaylayabileceği gibi konular*” şeklinde açıklama yapılmış ve Lahey Temsil Konvansiyonu m. 11'e²⁴⁸ atıf yapılmıştır²⁴⁹. Buna karşılık, İlkeler iç temsil ilişkisine, yani temsilci ile temsil olunan arasındaki temsil veya vekalet ilişkisine, işbu sözleşme bir “ticari” sözleşme olarak nitelendirilmesi halinde uygulanmaktadır²⁵⁰.

²⁴⁷ Bu konular Lahey Temsil Konvansiyonu m. 8/2 ile “*Temsil yetkisinin varlığı ve kapsamı, değiştirilmesi ve sona ermesi, yetkinin aşılması veya kötüye kullanılmasının sonuçları; temsilcinin yedek temsilci, alt temsilci ve ilave temsilci ataması; temsilcinin kendi kendisi ile sözleşme akdetmesi; rekabet yasağı anlaşması ve tazmin edilecek zarar türleri ile ilgili meseleler*” olarak belirlenmiştir.

²⁴⁸ İlgili madde için bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=89 (Erişim tarihi: 12.03.2024).

²⁴⁹ Şerh, para. 1.32. Ancak yukarda da bahsedildiği üzere İlkeler'in temsil konusunda kapsam dışı bıraktığı konular ile ilgili Şerh'te Lahey Temsil Konvansiyonu'na atıf yapıldığından (Şerh, para. 1.32) bu Konvansiyon'daki hem temsil iç ilişkisine hem de dış ilişkisine dahil edilen konular (temsil yetkisinin varlığı ve kapsamından kaynaklanan konular) ile ilgili muğlaklık İlkeler için de geçerli olacak ve İlkeler'in temsile ilişkin uygulama alanının sınırlarının çizilmesinde belirsizliğe yol açacaktır.

²⁵⁰ Şerh, para. 1.32; İZMİRLİ, s. 356.

İKİNCİ BÖLÜM: LAHEY İLKELERİ VE TÜRK/AZERBAYCAN HUKUKLARINDA HUKUK SEÇİMİNE İLİŞKİN TEMEL İLKELER

Bu bölümde ilk önce “hukuk seçimi” başlığı altında kısmi ve çoklu hukuk seçimi, hukuk seçiminin zamanı, değiştirilmesi ve hukuk seçiminin sınırlarından bahsedilecek, ardından “hukuk seçiminin geçerliliği” başlığı altında hukuk seçiminin şekil ve iradelerin ortaya konuluş biçimi bakımından geçerliliği, seçilebilecek kuralların niteliği bakımından geçerliliği, hukuk seçiminin asıl sözleşmeden bağımsızlığı ve son olarak genel işlem şartları içerisinde yer alan hukuk seçiminin geçerliliği konuları incelenecektir.

I. HUKUK SEÇİMİNE İLİŞKİN GENEL ESASLAR

İlkeler’in 2. maddesi, milletlerarası ticari sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesinde irade muhtariyetini sağlama ve tanımlama yönündeki birincil ve temel amacını yansıtmakta ve tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçme özgürlüğünü ortaya koymaktadır²⁵¹. Maddenin birinci fıkrasına göre “*bir sözleşme taraflarca seçilen hukuka tabidir*” (m. 1/1). Buna ek olarak, maddede, bu seçimin sözleşmenin bir kısmı için de geçerli olabileceği (m. 2/3), seçimin herhangi bir zamanda yapılabileceği ve değiştirilebileceği (m. 2/3), seçilen hukuk ile taraflar veya işlemleri arasında herhangi bir bağlantının bulunmasına gerek olmadığı (m. 2/4) da öngörülmektedir²⁵².

Aşağıda, 2. madde ile öngörülen bu esaslar ayrı başlıklar altında incelenecektir.

²⁵¹ Şerh, para. 2.1.

²⁵² Şerh, para. 2.1 ve para. 2.3.

A. Kısmi veya Çoklu Hukuk Seçimi (“Dépeçage-Severability”)

Tarafların kısmi hukuk seçimine, yani “dépeçage-severability”²⁵³ olarak da bilinen sözleşmenin farklı bölümlerinin farklı hukuklara tabi tutulmasına birçok milli ve milletlerarası düzenlemelerde izin verilmektedir²⁵⁴. Konuya ilişkin milletlerarası düzenlemelere bakıldığında, Lahey Satış Sözleşmesi (m. 7/1)²⁵⁵, Roma Konvansiyonu (m. 3/1) ve Roma I Tüzüğü²⁵⁶ (m. 3/1), Meksika Sözleşmesi (m. 7) ile de tarafların sözleşmenin tamamına veya belirli bir kısmına uygulanacak hukuku seçebileceği yani kısmi hukuk seçimi yapabileceği düzenlenmiştir²⁵⁷. Bununla birlikte Türk hukukunda “Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler” şeklindeki MÖHUK m. 24/2 ile²⁵⁸; Azerbaycan hukukunda ise “Müqavilə tərəfləri həm bütövlükdə müqavilə üçün, həm də onun ayrı-ayrı hissələri üçün tətbiq olunmalı hüququ seçə bilərlər” şeklindeki MÖHK m. 24/2 ile kısmi hukuk seçiminin hiçbir sınırlama olmadan yapılabileceği düzenlenmiştir.

Bu tür kısmi veya çoklu seçimler, örneğin, sözleşmenin para birimi cinsi, yasal izinlerin alınması gibi belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin özel hükümler ve tazminat/sorumluluk hükümleri ile ilgili olabilmektedir²⁵⁹.

Burada önemli olan husus sözleşmenin hukuki ve iktisadi bakımdan kısımlara bölünebilir olmasıdır²⁶⁰. Doktrinde kısmi veya çoklu hukuk seçiminin kısımlara

²⁵³ DOUGLAS/LOADSMAN, s. 8; SYMEONIDES, s. 895.

²⁵⁴ ÖLİYEYEV, s. 415.

²⁵⁵ Lahey Satış Sözleşmesi’nin bu düzenleme ile satım sözleşmelerinin bölünebilmesini örtülü olarak kabul ettiği belirtilmektedir. Bkz. TİRYAKİOĞLU, s. 173.

²⁵⁶ Bu madde ile Tüzük’ün uygulama alanı bulduğu devletlerde kısmi hukuk seçimine izin verildiği kabul edilse de açıklayıcı raporda bu seçimin mantıksal olarak uzlaşmadığı ve çelişiklere yol açtığı durumlarda Tüzük’ün “hukuk seçiminin yokluğunda uygulanacak hukuku belirleyen” 4. maddesinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Mario GIULIANO/Paul LAGARDE, “Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, **Official Journal of the European Communities**, C. 282, 1980.

²⁵⁷ AYDOĞDU, s. 147.

²⁵⁸ Hüküm ilk bakışta sanki tarafların sözleşmenin belirli bir kısmına uygulanmak üzere sadece tek bir hukuku seçebilecekleri yönünde yanlış yorumlamaya açık olsa da madde gerekçesinde tarafların sözleşmenin farklı kısımlarına uygulanacak farklı hukukları seçebilecekleri açıkça ifade edilmiştir. Bkz. 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1324m.htm> (Erişim Tarihi: 08.05.2024).

²⁵⁹ Şerh, para. 2.9. Sözleşmenin farklı bölümleri için farklı hukuk seçimlerinin yapılmasına ilişkin örnekler için ayrıca bkz. Şerh, para. 2.9.

²⁶⁰ DOĞAN, s. 406; MANDERY, s. 104. Kısımlara bölünebilen sözleşmelere örnek olarak inşaat, satış, bakım vd. gibi birbirinden farklı konular içeren karma ve karışık sözleşmeler gösterilebilir (bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, 2010, s. 42).

bölünmesi mümkün olmayan sözleşmeler bakımından sınırlandırılması gerektiğini savunan görüşler olduğu gibi²⁶¹, bu seçimin taraflara tanınmaması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur²⁶². Genel kabul gören ilk görüşe göre, taraflar kısmi/çoklu hukuk seçimi yapmada serbest olmakla birlikte satım sözleşmesi gibi basit ve kısımlara bölünmesi mümkün olmayan veya karşılıklı edimler içeren sözleşmelerin farklı kısımlarına farklı hukukların uygulanmasının sözleşme bütünlüğünün ve edimler arası dengenin bozulmasına neden olabileceğinden²⁶³ bu tarz sözleşmelerde bu seçiminin sınırlandırılması gerekmektedir²⁶⁴.

Sözleşmenin bölünebilir olmasının dışında kısmi hukuk seçimi yapılabilmesi için aranan diğer şart bu seçimin “açık” bir şekilde yapılmış olmasıdır. Yani tarafların seçilen hukuk ve bu hukukun sözleşmenin hangi bölümüne uygulanacağına ilişkin iradelerini açık bir şekilde ortaya koymaları gerekmektedir²⁶⁵. Aksi durumda tarafların sözleşmenin sadece bir kısmına uygulanması için seçtikleri hukukun örtülü irade beyanı olarak yorumlanarak sözleşmenin tamamına uygulanması gibi sonuçlar ortaya çıkabilecektir²⁶⁶.

Kısmi/çoklu hukuk seçimi ile ilgili bir diğer tartışmalı konu ise bu seçimin geçerliliğinin hangi hukuka göre belirleneceğidir. Bir kısım yazar konunun seçilen hukuka göre belirleneceğini savunurken diğer kısım yazarlar ise konunun *lex fori*’ye tabi olması gerektiğini savunmaktadır²⁶⁷. Kısmi veya çoklu hukuk seçimi yapıldığı

²⁶¹ TEKİNALP, s. 281.

²⁶² Bu görüşe göre, sözleşme birliği ilkesi gereğince sözleşmenin bütünüyle tek bir hukuka tabi tutulması yani kısmi hukuk seçimine izin verilmemesi gerekmektedir. Bkz. TİRYAKİOĞLU, s. 17. Yazar aynı zamanda kısmi hukuk seçimine izin verildiği durumlarda verilen kararların tenfizinde zorlaşacağı ve verilen kararlardaki düzen menfaatinin de ihlal edileceğini düşünmektedir.

²⁶³ ÖZDEMİR KOCASAKAL’a göre, sözleşmenin bölünemeyen kısımlarına farklı hukukların uygulanmasının kararlaştırılması ihtimalinde yapılması gereken kamu düzenine aykırılığa neden olan hukuk seçimini bertaraf ederek uygulanacak hukuku MÖHUK m. 24/4 çerçevesinde belirlemek olacaktır. Bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, 2010, s. 42.

²⁶⁴ TEKİNALP, s. 338, dn. 8 ve 353; ŞANLI, s. 50, dn. 6 ; TİRYAKİOĞLU, s. 25, dn. 9.

²⁶⁵ MURTAZ, s. 105.

²⁶⁶ Doktrinde aynı zamanda kısmi hukuk seçimi yapıldığı durumlarda tarafların bu hukukun sözleşmenin tamamına uygulanmasını istediklerine yönelik iradelerinin bulunduğu anlaşıyorsa, bu hukukun sözleşmenin tamamına uygulanacağına ilişkin görüşler de mevcuttur. Bkz. Cemile DEMİR GÖKYAYLA, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)*, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 304; Aslı BAYATA CANYAŞ, *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kurallar*, Ankara, 2012, s. 69. DEMİRKOL da örtülü kısmi hukuk seçimine yönelik teknik açıdan herhangi bir engel olmadığı ancak bu seçimin varlığının kanıtlanamayacağını belirtmiştir. Bkz. DEMİRKOL, s. 228. Aksi yönde görüşde olan NOMER ise, “*Türk hukuku, hukuk seçiminin açık olmasını aradığından*” örtülü kısmi hukuk seçiminin mümkün olmayacağını savunmaktadır. Bkz. NOMER, s. 330. Ancak 2675 sayılı mülga MÖHUK’un aksine 5718 sayılı MÖHUK ile örtülü hukuk seçimine izin verildiğinden yazarın bu görüşünün güncel durum için temeli bulunmadığı belirtilmektedir (AYDOĞDU, s. 149, dn. 522).

²⁶⁷ Görüşler için daha detaylı bilgi için bkz. DEMİR GÖKYAYLA, s. 305.

durumlarda sözleşme birden fazla hukukla yönetileceğinden bu hukukların her birinde hukuk seçiminin geçerliliğine ilişkin birbiriyle çelişen hükümlerin olması ihtimalinde sorun çözülemeyecektir²⁶⁸.

Diğer milletlerarası düzenlemeleri takiben İlkeler de kısmi veya çoklu hukuk seçimine izin vermektedir. İlkeler, sözleşmenin sadece bir kısmı için yapılan hukuk seçimi için “kısmi hukuk seçimi”; sözleşmenin farklı bölümleri için yapılan birden fazla hukuk seçimi için ise “çoklu hukuk seçimi” ifadesini kullanmaktadır. Şerh’te bu hükmün gerekçesi olarak bu tür kısmi veya çoklu seçimlerin doğası gereği tarafların irade muhtariyetinin kullanılma biçimlerinden biri olduğu belirtilmiştir²⁶⁹.

İlkeler m. 2/2-a uyarınca, taraflar sözleşmenin belirli bir kısmına uygulanacak hukuku seçebilirler. Taraflar bu şekilde kısmi bir hukuk seçimi yaptığında, sözleşmenin geri kalanı, mahkeme veya hakem heyeti tarafından hukuk seçimi yapılmaması durumunda geçerli olan kurallar-objektif bağlama kuralları uyarınca belirlenecek hukuka tabi olmaktadır²⁷⁰.

İlkeler m. 2/2-b uyarınca ise, taraflar yapacakları birden fazla-çoklu hukuk seçimi ile sözleşmenin farklı kısımlarına farklı hukukların uygulanmasını da kararlaştırabilirler²⁷¹. Çoklu hukuk seçimi sözleşmenin farklı bölümleri, farklı hükümleri veya sözleşmeye ilişkin farklı konulara uygulanacak farklı hukukların seçilmesi şeklinde kendini göstermektedir²⁷².

Madde metnine bakıldığında kısmi/çoklu hukuk seçimi yapılması için herhangi bir sınırlama getirmediği görülse de bu seçimin veya seçimlerin kamu düzenine aykırı olduğu durumlarda İlkeler’in kamu düzenine ilişkin 11. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bertaraf edilebileceği sonucuna varabiliriz²⁷³.

Kısmi veya çoklu hukuk seçimi, her ne kadar irade serbestisinin bir gereği ise de, tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde çelişki veya tutarsızlık riskini

²⁶⁸ MURTAZ, s. 106. Bu nedenle, yazar ikinci görüşün yani *lex fori*’nin uygulanması görüşünün daha yerinde olacağını savunmaktadır.

²⁶⁹ Şerh, para. 2.6.

²⁷⁰ Şerh, para. 2.7; STAMATIADIS, s. 266; SYMEONIDES, s. 895.

²⁷¹ Bu madde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İZMİRLİ, s. 371.

²⁷² Maya MANDERY, **Party Autonomy in Contractual and Non-Contractual Obligations**, New York: PL Academic Research, Vol. 189, 2014, s. 65.

²⁷³ Daha detaylı açıklamaya aşağıda, ilgili bölümde yer verilecektir. Bkz. “Kamu Düzeni”.

de beraberinde getirmektedir²⁷⁴. Bu hükmün gerek çeşitli devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarında gerekse de milletlerarası düzenlemelerde kabul edilmesine; uzun ve karmaşık yapılı sözleşmeler için faydalı olabileceğinin belirtilmesine²⁷⁵ rağmen uygulamada kısmi/çoklu hukuk seçimlerinin yapıldığı durumlara nadiren rastlanmakta, bu tarz hukuk seçimleri sonucunda birbiriyle çelişkili hükümlerin ortaya çıkma riski olduğundan genellikle tercih edilmemektedir²⁷⁶.

B. Hukuk Seçiminin Zamanı ve Değiştirilmesi

İrade muhtariyeti tarafların hukuk seçimlerini istedikleri zaman yapma veya değiştirme özgürlüğünü içermektedir²⁷⁷. Bu nedenle, birçok hukuk sisteminde tarafların uygulanacak hukuku istedikleri zaman seçebilecekleri veya değiştirebilecekleri kabul edilmiştir²⁷⁸.

Türk MÖHUK, Azerbaycan MÖHK, Roma I Tüzüğü gibi düzenlemelerde de aynı ilke kabul edilmiştir. Türk hukukunda konuya ilişkin düzenleme MÖHUK m. 24/3 ile yapılmıştır²⁷⁹. IPRG ile aynı yönde olan madde metninde Roma I Tüzüğü ve İlkeler'den farklı olarak sözleşmenin şekli geçerliliğini koruma altına alınmamıştır. Bu dışlamanın kanun koyucu tarafından bilinçli olarak yapılmadığı, eksiklik veya hata olup düzeltilmesi gerektiği doktrinde genel kabul görmektedir²⁸⁰.

Azerbaycan hukukunda ise konu MÖHK m. 24/3 ile düzenlenmektedir²⁸¹. Maddeye göre taraflar uygulanacak hukuku istedikleri zaman seçebilir veya değiştirebilirler²⁸². Maddede hukuk seçiminin zamanı ve değiştirilmesine yönelik

²⁷⁴ Şerh, para. 2.6.

²⁷⁵ STAMATIADIS, s. 266.

²⁷⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, 2010, s. 42; İZMİRLİ, s. 371-372; AYDOĞDU, s. 149.

²⁷⁷ Şerh, para. 2.10; İZMİRLİ, s. 374; AYDOĞDU, s. 139.

²⁷⁸ ÖLİYEV, s. 413-414; İZMİRLİ, s. 374. Ancak hukuk sistemlerinde bazı sözleşme dışı ilişkilerde (örneğin haksız fiil, sebepsiz zenginleşme vd.) uygulanacak hukukun seçilebileceği zamanla ilgili özel düzenlemeler yapılmıştır. Bkz. AYDOĞDU, s. 139, dn. 476.

²⁷⁹ “Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir” (MÖHUK m. 24/f. 3).

²⁸⁰ Daha detaylı bkz. DEMİRKOL, s. 236-237. Yazara göre maddede düzenlenmemesine rağmen sözleşmenin şekli geçerliliğine ilişkin istisnanın uygulanması, madde metninde açıkça yer verilmemesi ve Türk hukukunda istisnaların dar yorumlanması sebebiyle hükmün uygulanması olağan görünmemektedir.

²⁸¹ “Tərəflər tətbiq olunmalı hüququ istənilən vaxtda, o cümlədən müqavilənin imzalandığı vaxt və ya ondan sonra seçə bilərlər. Tərəflər həm də istənilən vaxt müqavilə ilə əlaqədar tətbiq olunan hüququn dəyişilməsi barədə razılığa gələ bilərlər” (MÖHK m. 24/f. 3).

²⁸² ALLAHVERDİYEV, s. 400.

hiçbir sınırlamaya yer verilmemiş, sözleşmenin şekli geçerliliği ve üçüncü kişilerin hakları koruma altına alınmamıştır²⁸³.

İlkeler, genel olarak kabul edilen anlayışa uygun olarak, sözleşme kurulduktan sonra yapılan hukuk seçiminin, sözleşmenin şekil bakımından geçerliliğini ve üçüncü kişilerin haklarını etkilemeyeceğini öngörerek bu konuda bir sınırlamaya yer vermiştir²⁸⁴.

Bu sınırlama yerindedir; çünkü İlkeler, taraflarca seçilen hukukun sözleşmenin geçerliliğini de yöneteceğini öngörmektedir (İlkeler m. 9/1-e²⁸⁵). Sonuç olarak, sözleşmenin tabi olduğu hukuktaki herhangi bir değişiklik sözleşmenin imzalanmasından sonra sözleşmenin şekil bakımından geçerliliğini etkileyebilmektedir. Sözleşmenin geriye dönük olarak geçersiz kılınmasını önlemek için, Madde 2/3, taraflarca sonradan yapılan bir seçim veya bir seçimin değiştirilmesi sonucunda uygulanacak hukukta meydana gelen herhangi bir değişikliğin, daha önce uygulanacak hukuka göre şekil bakımından (formal) geçerli olan bir sözleşmeye halel getirmeyeceğini belirtmektedir. Kuralın formülasyonu, sözleşmeyi başlangıçta düzenleyen hukukun taraflarca seçilip seçilmediğine bakılmaksızın uygulanacağını açıkça ortaya koymaktadır²⁸⁶. Yani sadece seçilen hukukun değiştirildiği durumlarda değil aynı zamanda sözleşme akdedildikten sonra yapılan hukuk seçimlerinde de sonradan seçilen hukukun akdedildiği zaman geçerli olan bir sözleşmeyi geçersiz kılmasının önüne geçilmiştir.

Buna ek olarak, Madde 2/3 sözleşmeye uygulanacak hukuktaki değişikliğin sadece tarafların haklarını etkilemediğini, bazı durumlarda üçüncü kişilerin hakları üzerinde de etkisi olabileceğini dikkate alarak, sonradan yapılan hukuk seçiminin üçüncü kişilerin haklarını etkilemeyeceğini düzenlemiştir. Buna göre, sözleşmeye

²⁸³ Hükmün sözleşmenin şekli geçerliliği ve üçüncü kişilerin haklarını saklı tutmamasının bir eksiklik niteliğinde olduğu ve hazırlanacak yeni yasa tasarısında bu eksikliğin giderileceği kanaatindeyiz.

²⁸⁴ Şerh, para. 2.10.

²⁸⁵ Aynı maddenin “1(e) paragrafı sözleşmenin şekli geçerliliğini destekleyen diğer herhangi bir hukukun uygulanmasını engellemez” şeklindeki 2. fıkrası ise sözleşmeyi şekil açısından ayakta tutmayı amaçlamaktadır. Maddenin birinci fıkrasının e bendi ile sözleşmenin şekli geçerliliği seçilen hukukun kapsamına dahil edilmiştir. Ancak ikinci fıkra ile sözleşme seçilen hukuk uyarınca şeklen geçersiz sayılsa bile tespit edilecek diğer bir hukuka göre geçerli ise geçerli sayılacaktır. “Diğer bir hukuk” ise mahkeme veya hakem heyeti tarafından uygulanacak milletlerarası özel hukuk kuralları kapsamında belirlenecektir. Böylelikle İlkeler birçok milletlerarası özel hukuk düzenlemeleri ve sözleşmelerinde benimsenen *favor negotii* (*validitatis*) ilkesini desteklemektedir (Şerh, 9.13, s. 66; AYDOĞDU, s. 165; İMZİRLİ, s. 380; STAMATIADIS, s. 273).

²⁸⁶ Şerh, para. 2. 11.

dayalı bir seçim veya bir seçimin değiştirilmesi sonucunda uygulanacak hukukun değişmesi halinde, üçüncü tarafların sözleşmeden kaynaklanan önceden var olan hakları korunmalıdır²⁸⁷.

Şerhte konuya ilişkin verilen örneğe göre, A tarafı ve B tarafı bir sözleşme akdederek sözleşmenin X devleti hukukuna tabi olacağını kabul ederler. C tarafı ise, A tarafının yükümlülüklerine kefil olur. Daha sonra, A tarafı ve B tarafı sözleşmenin tabi olduğu hukuku Y devleti hukuku olarak değiştirirler. Y devleti hukukuna göre, A tarafının B tarafına karşı X devleti hukukuna göre sahip olacağından daha fazla yükümlülüğü vardır. Bu değişiklik A ve B tarafları arasında geçerli olmakla birlikte, C tarafının hak ve yükümlülüklerini olumsuz yönde etkilemeyecek; C tarafının hak ve yükümlülükleri X devletin hukukuna tabi olmaya devam edecektir²⁸⁸. Doktrinde üçüncü kişinin rızası olduğu durumlarda artık haklarının korunmasına gerek olmadığından bu kuralın uygulanmaması gerektiğini savunan görüşler olduğu gibi²⁸⁹; madde metninde kuralın uygulanması için herhangi bir istisnaya yer verilmediğinden her koşulda uygulanması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur²⁹⁰.

Hukuk seçiminin sonradan yapılması veya değiştirilmesi durumunda bu seçimin geriye dönük yani sözleşmenin kurulduğu andan (*ex tunc*) etkili olacağı birçok devletin hukukunda²⁹¹ düzenlenmektedir²⁹². İlkeler'in konuya ilişkin hükmünde ise Roma I Tüzüğü'nde²⁹³ olduğu gibi geriye dönük etkiye yönelik açık bir ibare bulunmamaktadır. Ancak fıkranın tamamına bakıldığında sözleşmenin şekli geçerliliği ve üçüncü kişilerin haklarının saklı tutulmasından, sonradan yapılan veya değiştirilen hukuk seçiminin tarafların iradesine uygunsa geriye dönük yani sözleşmenin

²⁸⁷ Şerh, para. 2.12; STAMATIADIS, s. 266.

²⁸⁸ Şerh, örn. 2-5, s. 39.

²⁸⁹ MURTAZ, s. 98; NOMER, s. 331; AYDOĞDU, s. 142.

²⁹⁰ BAYATA CANYAŞ, s. 79.

²⁹¹ "Hukuk seçimi herhangi bir zamanda yapılabilir veya değiştirilebilir. Eğer seçim, sözleşmenin kurulmasından sonra yapılmış ya da değiştirilmişse sözleşmenin kuruluş anına kadar geriye dönük olarak uygulanır. Üçüncü kişilerin hakları saklıdır" (İsviçre IPRG m. 116/3).

²⁹² AYDOĞDU, s. 140; Seçimin yapıldıktan sonrası için ileriye dönük etkili olması (*ex nunc*) durumunda sözleşmeye seçimin yapıldığı ana kadar başka, seçimin yapıldığı andan sonrası için başka hukuk uygulanır. Bu durumun ise tarafların menfaatine uygun olmadığı belirtilmektedir. Bkz. NOMER, s. 330.

²⁹³ "Taraflar sözleşmeyi her zaman, bu madde uyarınca seçtikleri ya da Tüzüğün diğer hükümleri uyarınca tabi olduğu hukuktan başka bir hukuka tabi kılmayı kararlaştırabilirler. Sözleşmenin kurulmasından sonra uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir değişiklik 11. madde uyarınca sözleşmenin şekli geçerliliğine hâlel getirmez veya üçüncü kişilerin haklarını olumsuz etkilemez" (Roma I Tüzüğü m. 3/2).

kurulduğu andan etkili olacağı sonucuna varabiliriz²⁹⁴.

Hukuk seçiminin zamanı ve değiştirilmesi ile ilgili dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta ise, bu seçimin veya değişimin yargılama aşamasında da gerçekleşebilmesidir²⁹⁵. Daha önce belirtildiği üzere, İlkeler genel olarak mahkemeler veya hakem heyetleri nezdinde usule ilişkin olarak kabul edilen meseleleri çözmeye çalışmamaktadır. Sonuç olarak, hukuk seçiminin veya değişikliğinin uyumsuzluğun çözümü aşamasında gerçekleşmesi halinde, seçimin veya değişikliğin etkisi *lex fori*'ye veya tahkim yargılamasının tabi olduğu hukuka bağlı olacaktır²⁹⁶.

C. Seçilen Hukuk ile Sözleşme İlişkisi Arasında Makul Bağlantının Aranmaması: Sınırsız Hukuk Seçimi

Seçilen hukuk ile sözleşme ilişkisi arasında makul bağlantı şartının aranıp aranmaması ile ilgili doktrinde birbirinden farklı iki görüş mevcuttur. Seçilen hukuk ile taraflar veya taraflar arasındaki hukuki işlem veya ilişki arasında bağlantı olması gerektiğini savunan ilk görüşe göre taraflar sözleşmelerine uygulanmak için herhangi bir hukuk seçemezler²⁹⁷. Bu bağlantı ise iki farklı kriterle tespit edilmektedir. Bunlardan ilki tarafların seçtikleri hukukun uygulanmasında haklı-tanınmaya değer veya kabul edilebilir menfaatlerinin olmasıdır²⁹⁸. Diğer kriter ise seçilen hukuk ile sözleşme arasında “yersel” (örneğin sözleşmenin imzalandığı yerin, ifa yerinin, malların teslim yerinin vd. bu ülkede olması) veya “kişisel” (örneğin tarafların vatandaşlıklarının veya mutad meskenlerinin bu ülke olması) bir ilişki olmasıdır²⁹⁹.

Seçilen hukuk ile taraflar veya taraflar arasındaki işlem veya ilişki arasında

²⁹⁴ İlkeler Madde 2/3: “Seçim herhangi bir zamanda yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşme imzalandıktan sonra yapılan bir seçim veya değişiklik, sözleşmenin maddi geçerliliğine veya üçüncü tarafların haklarına hâle getirmeyecektir”.

²⁹⁵ İZMİRLİ, s. 375.

²⁹⁶ Örneğin, taraf A ve taraf B, X devleti hukukuna tabi olduğunu belirten bir sözleşme akdetmiştir. Bir uyumsuzluk ortaya çıkmış ve Y devleti mahkemeleri önüne getirilmiştir. Yargılama sırasında, her iki taraf da argümanlarını Y devletinin maddi sözleşme hukuku açısından çerçevlendirmiştir. Bu olgular, hukuk seçiminin zımnen değiştirildiğinin kanıtı olabilirken, yargılama sırasında böyle bir değişikliğin nitelendirilmesi ve etkisi Y devleti hukukuna bağlı olabilir (Şerh, örn. 2-6, s. 39).

²⁹⁷ AYDOĞDU, s. 105.

²⁹⁸ DOĞAN, s. 404; TEKİNALP, s. 280.

²⁹⁹ DOĞAN, s. 404; AYDOĞDU, s. 106-107. Haklı menfaat kriteri sınırlarının değişken olması ve tarafların menfaatlerinin taraflar dışındaki kişiler tarafından yorumlanarak belirlenmesi sebeplerinden doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. TEKİNALP, s. 280, dn. 14. Aynı zamanda taraflara hem uygulanacak hukuku seçme özgürlüğü tanınması hem de haklı menfaat kriteri ile bu özgürlüğün kısıtlanması da bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Bkz. Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri”, *MHB*, C. 9, S. 2, 1989, s. 107.

bağlantı aranmaması gerektiğini savunan ikinci görüşe göre ise, taraflar sözleşmelerine uygulanmak için istedikleri hukuku seçebilirler³⁰⁰. Görüşe göre, tarafların herhangi bir hukuku seçmelerinde bu hukukun tarafsız olması³⁰¹; sözleşmeleri ile ilgili ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklara daha kesin çözümler getirebilmek için çok daha gelişmiş kurallar öngörmesi³⁰² veya bir hukuk düzeninin taraflar arasındaki hukuki işlemi yasaklamaması gibi³⁰³ çeşitli gerekçeleri olabilmektedir. Aynı zamanda belirtmek gerekir ki tarafların hukuk seçimindeki amacı sözleşme ile ilişkisi olan bir hukuku seçmek değildir³⁰⁴. Eğer öyle olsaydı taraflar hukuk seçimi yapmadan sözleşmenin objektif bağlama kurallarına göre belirlenecek hukuk ile yönetilmesine izin verirlerdi. Ayrıca seçilen hukuk ile sözleşme ilişkisi arasında bağlantı kuralının mevcut olduğu durumlarda bile taraflar seçtikleri hukuk ile sözleşme arasında bağlantı yaratarak (örneğin seçilen hukukun Fransız hukuku olduğu durumda sözleşmenin ifa yerini bilerek Fransa olarak belirlemek) bu kuralı bertaraf edebilirler.

Doktrinadaki görüşler çerçevesinde, konu ile ilgili devletlerin hukuklarında farklı düzenlemeler mevcuttur. Şöyle ki, bir kısım devlet böyle bir bağlantının olması gerektiğine ilişkin düzenlemeler yaparken, diğer kısım devlet seçilecek hukuku herhangi bir sınırlamaya tabi tutmayarak böyle bir bağlantının gerekli olmadığına ilişkin düzenlemeler içermektedir³⁰⁵. Örneğin Amerikan hukukunda *Restatement II* para. 187 (2)'e göre taraflarca seçilen hukuk ile taraflar veya hukuki ilişki arasında esaslı bağlantının (*substantial relationship*) veya tarafların bu hukuku seçmede makul bir gerekçesinin³⁰⁶ (*reasonable basis*) olması gerekmektedir³⁰⁷. *Restatement* şerhinde esaslı bağlantı şartının taraflardan birinin yerleşim yeri, iş merkezinin bulunduğu yer veya ifa yeri hukukunun seçilmesi ile sağlanabileceği belirtilmiştir. Hususen

³⁰⁰ DOĞAN, s. 404; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 330; TEKİNALP, s. 280; NOMER, s. 324; Ziya AKINCI, **Milletlerarası Özel Hukuk**-Ders Kitabı, İstanbul: Vedat, 2020, s. 53.

³⁰¹ AKINCI, 2020, s. 53; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 330.

³⁰² DEMİRKOL, s. 166; NOMER, s. 325. Örnek olarak deniz yoluyla eşya tanınması ile ilgili sözleşmeye uygulanmak üzere sözleşmeyle hiçbir ilgisinin olmamasına rağmen deniz ticareti alanında oldukça gelişmiş bir hukuk sistemine sahip olan İngiliz hukukunun seçilmesi gösterilebilir.

³⁰³ DEMİRKOL, s. 166.

³⁰⁴ DEMİRKOL, s. 166.

³⁰⁵ SYMEONIDES, s. 880; PERTEGAS/MARSHALL, s. 979; İZMİRLİ, s. 358-359.

³⁰⁶ AYDOĞDU, s. 109.

³⁰⁷ Samuel COHEN, "The EEC Convention and U.S. Law Governing Choice of Law For Contracts, with Particular Emphasis on the Restatement Second: Comparative Study", **Maryland Journal of International Law and Trade**, 13(2), 1989, s. 231; SYMEONIDES, s. 880; Bununla birlikte ABD'deki ticari işlemlere uygulamak için geliştirilen *Uniform Commercial Code* da seçilen eyalet hukuku ile işlem arasında makul bir bağlantı aramaktadır (SYMEONIDES, s. 880).

sözleşmenin yapıldığı yer hukukun seçilmesi esaslı bağlantı şartının yerine getirilmesi için yeterli kabul edilmektedir. Bununla birlikte esaslı bağlantının olmadığı durumlarda bile eğer tarafların bu hukuku seçmede makul bir gerekçesi (örneğin yeterince gelişmemiş hukuk sistemine sahip ülkede imzalanan sözleşmeye uygulanmak için tarafların daha iyi bildikleri veya daha iyi gelişmiş bir ülkenin hukukunu seçmesi) var ise yine seçilen hukuk uygulanabilecektir³⁰⁸.

Konuya ilişkin milletlerarası düzenlemelere bakıldığında ise Roma I Tüzüğü’nünde de m. 3/1 ile tarafların seçecekleri hukuk ile sözleşme arasında “yakın ilişki” veya “haklı menfaat” şartının aranmadığı (yersel bağlantılar ile sınırlandırılan yolcu taşıma ve tüketici sözleşmeleri istisna olmakla³⁰⁹) görülecektir³¹⁰. Sadece, aynı maddenin 3. fıkrasında, seçim sırasındaki durumla ilgili diğer tüm unsurların, hukuku seçilen ülke dışında bir ülkede bulunduğu durumlarda, tarafların hukuk seçiminin, bu ülkenin emredici hükümlerinin uygulanmasına zarar vermeyeceği kabul edilmiştir³¹¹. Böylece taraflar sözleşme ile ilişkisi olmayan bir hukukun seçilmesi özgürlüğünden tamamen mahrum bırakmak yerine daha sıkı ilişkili hukukun emredici hükümleri saklı tutulmuştur³¹². Bunun dışında Avusturya IPRG m. 35/1 ile Roma I Tüzüğü’nün ilgili hükümlerine atıf yapılmıştır³¹³. İsviçre hukukunda ise sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin düzenleme içeren IPRG m. 116 seçilecek hukukla ilgili herhangi bir sınırlama getirmemiştir³¹⁴.

Türk (MÖHUK m. 24) ve Azerbaycan (MÖHK m. 24) hukukuna gelince her iki hukuk sisteminde ilgili düzenlemelerde “yakın ilişki” veya “haklı menfaat” sınırlamalarına yer verilmemiştir³¹⁵. Böylelikle tarafların sözleşme ile ilişkisi olmayan

³⁰⁸ Her ne kadar *Restatement* şerhinde bu yaklaşım benimsenmiş olsa da eski tarihli birçok kararda seçilen hukuk ile sözleşme arasında makul bir ilişki aranmıştır. Bkz. Gina M., MCGUINNESS, “The Rome Convention: The Contracting Parties’ Choice”, *San Diego International Law Journal*, 1, 2000, s. 164-165.

³⁰⁹ AYDOĞDU, s. 111.

³¹⁰ İspanya, Polonya ve Portekiz gibi devletlerin hukuklarında ise önceleri seçilen hukuk ile sözleşme arasında bir ilişki veya haklı/tanınabilir menfaat arayan düzenlemeler yer almasına rağmen Roma I Tüzüğü yürürlüğe girmesiyle bahsi geçen devletlerin hukuklarında sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin hükümlerin yerine geçmiştir (ALİBABA, s. 162; Aysel ÇELİKEL/Bahadır ERDEM, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Beta, 17. Bası, 2021, s. 385).

³¹¹ İlgili madde için ayrıca bkz. <http://data.europa.eu/eli/reg/2008/593/oj> (Erişim Tarihi: 16.05.2024).

³¹² AYDOĞDU, s. 111.

³¹³ Detaylı bkz. https://e-justice.europa.eu/340/EN/which_country_s_law_applies?AUSTRIA&member=1 (Erişim Tarihi: 16.05.2024).

³¹⁴ İlgili maddenin İngilizce metni için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en (Erişim tarihi: 16.05.2024).

³¹⁵ Sovyet döneminde, milletlerarası özel hukukla ilgili literatürde subjektif yaklaşım konsepti baskındı.

bir hukuku da seçebilecekleri söylenebilir. Ancak Roma I Tüzüğü'nde olduğu gibi her iki hukuk sisteminde de sözleşme ile sıkı ilişkili üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları saklı tutulmuştur³¹⁶.

İlkeler ise kesin bir düzenleme ile, irade muhtariyetini, seçilen hukuk ile sözleşme veya taraflar arasında coğrafi veya başka türlü bir bağlantı olması şartıyla sınırlandırmamaktadır (m. 2/4). Buna göre, taraflar, tarafların veya işlemlerinin hiçbir ilişkisinin bulunmadığı bir hukuku seçebilirler³¹⁷. Bu hüküm, ticari işlemlerin yerelliğinin giderek azalması gibi güncel gelişmelerle uyumludur³¹⁸. Taraflar, sadece tarafsız olduğu için veya konu ile ilgili daha iyi gelişmiş kurallar öngördüğü için belirli bir hukuku seçebilirler³¹⁹. İlkeler'in bu yaklaşımı sadece belirli bir devletin hukukunun değil aynı zaman "hukuk kuralları"nın da seçilebileceğini belirten 3. maddesi ile de uyumludur, zira bu şekilde herhangi bir hukuk sistemine bağlı olmayan kuralların da seçimine imkân tanınmıştır³²⁰.

II. HUKUK SEÇİMİNİN GEÇERLİLİĞİ

Taraflarca yapılan geçerli bir hukuk seçimi anlaşmasından bahsedebilmek için tarafların bu işlemi yapmak için ehil olmaları, işlemi yapmada iradelerinin bulunması ve işlem için öngörülen şekil şartlarını yerine getirmeleri gerekmektedir. İlk bölümde farklı başlık altında incelediğimiz ehliyet konusu³²¹ İlkeler'in uygulama alanı dışında bırakıldığından bu bölümde yer verilmeyecektir. Burada ilk önce İlkeler uyarınca yapılan hukuk seçimi anlaşmasının şekil ve iradelerin ortaya konuş şekli bakımından, daha sonra seçilebilecek kuralların niteliği bakımından geçerliliğinden bahsedilecek; ardından ise hukuk seçiminin asıl sözleşmeden bağımsızlığı ve genel işlem şartları içerisinde yer alan hukuk seçiminin geçerliliği incelenecektir.

Sovyet doktrini de uygulanacak hukuku belirlerken tarafların irade serbestisini sınırlamamayı esas almaktaydı; bu nedenle tarafların milletlerarası ticari faaliyetleriyle ilgili işlemlerinin istedikleri hukuka tabi kılınmasına genellikle olumlu bakılıyordu (ALLAHVERDİYEYEV, s. 399).

³¹⁶ Türk MÖHUK m. 31; Azerbaycan MÖHK m. 5/2.

³¹⁷ İZMİRLİ, s. 359; Nuray EKŞİ, "Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Lahey İlkeleri ve Bu İlkeler'in Türkçe Tercümesi", **Banka ve Finans Hukuku Dergisi**, C. 8, S. 32, 2019, Prof. Dr. Ali Necip Ortan'a Armağan, s. 913 (Lahey İlkeleri).

³¹⁸ Şerh, para. 2.14; PERTEGAS/MARSHALL, s. 988.

³¹⁹ Şerh, para. 2.14; Andreas SCHWARTZE, "New Trends in Parties' Options to Select the Applicable Law? The Hague Principles on Choice of Law in International Contracts in a Comparative Perspective", **University of St. Thomas Journal**, Vol.12:1, 2015, s. 93; PERTEGAS/MARSHALL, s. 988; DOUGLAS/LOADSMAN, s. 6.

³²⁰ Şerh, para. 2.16.

³²¹ Bkz. "Gerçek Kişilerin Ehliyeti".

A. Hukuk Seçiminin Geçerlilik Şekli (*Formal Validity*)

Gerek farklı hukuk sistemlerinde gerekse de milletlerarası düzenlenmelerde genellikle hukuki işlemlerin şekli³²² açısından herhangi bir şart aranmadığı görülmektedir³²³. CISG “*Satım sözleşmesinin kurulması veya ispatı yazılı şekilde yapılmak zorunda olmadığı gibi başka herhangi bir şekil hükmüne de bağlı değildir. Sözleşme tanık dahil her usulle ispat edilebilir*” şeklindeki 11. maddesi ile, UNIDROIT İlkeleri ise “*İşbu İlkeler’deki hiçbir şey, bir sözleşmenin, beyanın veya herhangi fiilin belirli bir biçimde yapılmasını ya da kanıtlanmasını gerektirmez. Bunlar tanık dahil, herhangi bir araçla kanıtlanabilirler*” şeklindeki 1. maddesinin ikinci fıkrası ile kendi kapsamlarına giren hukuki işlemlerde şekil şartı aranmadığına ilişkin düzenlemeler içermektedir³²⁴. Roma I Tüzüğü’nde ise 11. madde ile sözleşmenin şekil bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk seçimlik olarak düzenlenmiş³²⁵, hukuki işlemin şekli geçerliliği yapıldığı yer hukuku veya sözleşme statüsünün şekil kurallarına tabi tutulmuştur³²⁶.

Türk hukukunda da Tüzük ile aynı yönde düzenleme yapılmıştır. Konuyu düzenleyen MÖHUK m. 7’e göre “*Hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir*”. Bu esnek uygulamanın düzenlenmesindeki temel amaç, hukuki işlemlerin mümkün olduğu kadar geçerliliğini sağlamak³²⁷ ve tarafların öngörmedikleri bir şekli eksiklik yüzünden sözleşmenin

³²² “Hukuk seçiminin yapılış şekli” yazarlarca farklı değerlendirilmektedir. DEMİRKOL’a göre bu ifade bu seçimin yazılı veya sözlü şekilde yapıldığı, “hukuk seçimi iradesinin ortaya çıkış biçimi, özellikle irade beyanının içeriği” ise bu seçime ilişkin iradenin açık veya örtülü bir şekilde ortaya konması ile ilgilidir. Bkz. DEMİRKOL, s. 178, dn. 537. Diğer kısım yazarlar ise “hukuk seçiminin yapılış şekli” başlığı altında hukuk seçiminin açık veya örtülü olarak yapıldığını incelemektedir. Bu yönde bkz. DOĞAN, s. 400; TEKİNALP, s. 283; TİRYAKIOĞLU, s. 27. Biz çalışmamızda DEMİRKOL’un yaklaşımını takiben “hukuk seçiminin şekli” başlığı altında bu seçimin sözlü veya yazılı olarak yapılmasını, “iradelerin ortaya konuluş biçimi” başlığı altında ise seçimin açık veya örtülü olarak yapılmasını inceleyeceğiz.

³²³ İZMİRLİ, s. 372; SYMEONIDES, s. 891.

³²⁴ STAMATIADIS, s. 270.

³²⁵ DÜRGEN/YELMEN, s. 457.

³²⁶ DOĞAN, Bağlama Kurallarının Sınırlarının Tespiti, s. 124; Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, “İnternet Aracılığıyla Kurulan Uluslararası Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi”, Prof. Dr. Fahman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul, 2003, s. 639 (İnternet).

³²⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 117; NOMER, s. 209; ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 178 vd. Daha detaylı bilgi için bkz. Begüm SÜZEN, Milletlerarası Özel Hukukta Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanan Hukuk, İstanbul, 2020.

geçersiz sayılmasını önlemek olmuştur³²⁸. Hukuki işlem hem yapıldıkları ülke hukukuna hem de o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukuka göre geçersizse, geçersizliğin sonuçları açısından daha hafif yaptırım öngören hukuk uygulanacaktır. Bu durumda, eğer bir hukuk sistemine göre işlem yok hükmünde ve diğerine göre hükümsüzse, hükümsüzlük esas alınacaktır. Ayrıca, birinde hükümsüzlük, diğerinde ise feshedilebilirlik veya düzeltilebilirlik öngörülüyorsa, feshedilebilirlik ya da düzeltilebilirlik sonucu dikkate alınacaktır³²⁹.

Azerbaycan hukukunda ise MÖHK'un konuyu düzenleyen 17. maddesinin ilk fıkrası ile sözleşmenin şekli, yapıldığı yerin hukukuna tabi kılınmış ancak yabancı ülkede yapılan sözleşme Azerbaycan hukukuna göre şeklen geçerli ise yabancı hukukun şekil şartlarına uyulmaması nedeniyle geçersiz sayılamayacağı düzenlenmiştir³³⁰. Ayrıca 2. fıkra göre farklı ülkelerdeki taraflar arasında akdedilen sözleşmenin şekli, o ülkelerden birinin hukukuna uygun olması halinde geçerli sayılır³³¹. Birinci fıkra metninden görüldüğü üzere Roma I Tüzüğü ve Türk hukukundan farklı olarak şekli geçerlilik seçimlik olarak düzenlenmemiş yani hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerine de tabi olabilmesine fıkra metninde yer verilmemiştir. Kanaatimizce bu düzenlemenin nedeni, Medeni Kanun'un, MÖHK'un yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan, ancak 24 Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kaldırılmış 333. maddesinin 3. fıkrasıdır. Bu fıkra göre milletlerarası ticari sözleşmelerin yazılı olarak yapılması şartı aranmakta ve bu kuralın, sözleşmeye uygulanacak hukuktan bağımsız olarak uygulanması gerekmektedir³³². Yani, yazılı şekil şartı milletlerarası ticari sözleşmeler için emredici kural niteliğindeydi ve bu şarta uyulmaz ise milletlerarası ticari sözleşme hiçbir hukuki

³²⁸ EKŞİ, İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, s. 130.

³²⁹ ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 185.

³³⁰ AC MÖHK m. 17/1: “Əqdlərin forması onların bağlandığı yerin hüququna tabedir. Lakin Azərbaycan Respublikası hüququnun tələblərinə riayət olunduğu halda xaricdə bağlanan əqd xarici hüququn tələb etdiyi formanın pozulmasına görə etibarsız hesab edilə bilməz”. Maddenin amacının iç ekonomik düzenin istikrarını korumak olduğu ve bu amacın sovyetler zamanında ortaya çıktığı ifade edilmektedir (ALLAHVERDİYEV, s. 408; ƏLİYEV, s. 428).

³³¹ ALLAHVERDİYEV, s. 410. AC MÖHK m. 17/2: “Ayrı-ayrı ölkələrdə olan tərəflər arasında bağlanan əqdin forması həmin ölkələrdən birinin hüququna uyğundursa, etibarlı sayılır”.

³³² AC Medeni Kanunu mülga m. 333/3: “Xarici iqtisadi əqdin sadə yazılı formasına riayət edilməməsi əqdin etibarsızlığına səbəb olur”. Bu düzenleme, sovyetler mevzuatındaki düzenlemenin tekrarı niteliğindeydi. Sovyet devlet organlarının sadece kendilerinin katılımıyla gerçekleşen milletlerarası ticari sözleşmelerin şekline ilişkin şartlar katı bir şekilde belirlenmişti ve milletlerarası ticaret konusundaki devlet tekelinden yararlanılmaktaydı. Hatta bazı Rus yazarlar bu kuralı kamu düzeni çerçevesinde değerlendirmekteydi (Л.А. ЛУНИ, Курс международного частного права Общая часть, М., 1973, с. 251).

sonuç doğurmamaktaydı³³³. Bu madde artık yürürlükte olmadığından hazırlanacak olan yeni MÖHK'ta hukuki işlemin şeklinin, işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerine de tabi olabilmesi düzenlenebilir.

İlkeler'de de milletlerarası düzenlemeleri takiben hukuk seçimi anlaşmasının geçerlilik şekline ilişkin herhangi bir şart aranmamaktadır (m. 5). Maddede, şekil açısından getirilen tek istisna tarafların aksi yönde anlaşmış olmalarıdır. Yani taraflar hukuk seçimi anlaşmasının şekline ilişkin bir anlaşma yaptıysa, örneğin bu anlaşmanın yazılı olması gerektiği konusunda mutabakata vardıysa, bu takdirde sözlü olarak yapılan hukuk seçimi anlaşması geçerli sayılmayacaktır³³⁴. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu kural sadece hukuk seçimi anlaşması için değil aynı zamanda hukuk seçiminin değiştirilmesi için yapılan anlaşma (m. 2/3) için de geçerlidir. Bu husus ise milletlerarası ticari sözleşmelerde sıkça kullanılan “sözlü değişiklik yapmama maddesi (*no oral modification clause*)³³⁵” ile uyumludur³³⁶.

B. Hukuk Seçimi Anlaşması Kapsamında Taraf İradelerinin İfade Edilme Biçimi

Tarafların seçtikleri hukuka/hukuk kuralına ilişkin iradelerini ifade etme biçimi, yani bu iradenin dışarıya nasıl yansıtıldığı ve bu yansıtılmanın hukuki sonuçları iradelerin ortaya konuluş şekli ile ilgilidir³³⁷. Açık hukuk seçimi yapılmış olması için tarafların kullandığı söz, yazı veya işaretlerden bu yöndeki iradelerinin hiçbir yoruma, karışıklığa veya tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılması gerekmektedir³³⁸. Örtülü hukuk seçimi ise tarafların seçtikleri hukuku sözlü veya yazılı olarak açıkça beyan etmediği ancak seçilen hukukun sözleşme hükümlerinin yorumlanması veya sözleşme dışı durum ve şartların göz önünde bulundurularak belirlenmesi halinde söz konusu olmaktadır³³⁹.

³³³ ALLAHVERDİYEYEV, s. 410.

³³⁴ Şerh, para. 5.8.

³³⁵ Taraflar sözleşmelerine ekledikleri bu madde ile sözleşmede yapılacak değişikliklerin sözlü olarak yapılamayacağını kararlaştırmaktadır (İZMİRLİ, s. 372, dn. 176).

³³⁶ Şerh, para. 5.8; İZMİRLİ, s. 372.

³³⁷ DOĞAN, s. 400; NOMER, s. 326; TEKİNALP, s. 283.

³³⁸ EREN, s. 134; DOĞAN, s. 401; NOMER, s. 326; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 429.

³³⁹ DOĞAN, s. 401; EREN, s. 135; NOMER, s. 327; TEKİNALP, s. 284. Örtülü hukuk seçimi ile ilgili daha detaylı bkz. Aslı BAYATA CANTAŞ, “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1(1), 2011, s. 110-121 (Örtülü Hukuk Seçimi); İlyas ARSLAN, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca

Tarafların hukuk seçimi konusunda müzakere ettikleri ancak sonucunda bir anlaşmaya varamadıkları durumda örtülü hukuk seçimine yönelik iradelerinin tespit edilmesine gerek yoktur. Böyle bir durumda hukuk seçiminin yapılmadığı kabul edilerek uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralları ile tespit edilmesi gerekmektedir³⁴⁰. Ayrıca örtülü hukuk seçimi ile farazi hukuk seçiminin karıştırılmaması gerekmektedir. Farazi hukuk seçimi, tarafların hukuk seçimine ilişkin açık veya örtülü bir irade beyanının olmaması durumunda, hâkimin “taraflar sözleşme imzaladığı sırada hukuk seçimi yapsalardı hangi hukuku seçerlerdi?” sorusuna cevap aramasıdır³⁴¹. 19. yüzyılda ortaya çıkmış bu müessese günümüzde kullanılmamaktadır³⁴².

Örtülü hukuk seçiminin söz konusu olması için doktrinde iki unsurdan bahsedilmektedir. Bunlardan ilki tarafların hukuk seçimine ilişkin iradelerinin bulunması (sübjektif şart), diğeri ise tarafların hukuk seçimine ilişkin iradelerinin anlaşılmasıdır (objektif şart)³⁴³.

Gerek birçok devletin hukuk sisteminde gerekse milletlerarası düzenlemelerde genellikle tarafların iradelerini açık veya örtülü bir biçimde ortaya koyabileceği düzenlenmiştir³⁴⁴. Danimarka dışında diğer tüm AB ülkelerinde uygulama alanı olan Roma I Tüzüğü m. 3/1 ile “*hukuk seçiminin açık yapılması veya sözleşmenin hükümlerinden ya da durumun koşullarından açıkça anlaşılması*” gerektiği düzenlenmiştir³⁴⁵. Maddede kullanılan “sözleşmenin hükümleri”nden yetkili

Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi”, **MHB**, S. 33, C. 2, 2013, s. 1-41. DEMİR GÖKYAYLA, s. 324. Ayrıca örtülü hukuk seçimi ile farazi hukuk seçiminin karıştırılmaması gerekmektedir. Farazi hukuk seçimi, tarafların hukuk seçimine ilişkin açık veya örtülü bir irade beyanının olmaması durumunda, hâkimin “taraflar sözleşme imzaladığı sırada hukuk seçimi yapsalardı hangi hukuku seçerlerdi?” sorusuna cevap aramasıdır (ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 328). 19. yüzyılda ortaya çıkmış bu müessese günümüzde kullanılmamaktadır (AYDOĞDU, s. 137). Farazi hukuk seçimi ile ilgili bkz. TEKİNALP, s. 284 vd.

³⁴⁰ DOĞAN, s. 402

³⁴¹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 328.

³⁴² AYDOĞDU, s. 137. Farazi hukuk seçimi ile ilgili bkz. TEKİNALP, s. 284 vd.

³⁴³ DOĞAN, s. 402. Sübjektif şart, örtülü hukuk seçiminin objektif bağlama kuralının “en sıkı ilişkili hukuk” kriterinden ayrılmasında önem taşımaktadır. Örtülü hukuk seçiminde tarafların hukuk seçimine ilişkin iradelerinin mevcut olmasına rağmen diğer durumda açık veya örtülü herhangi bir irade söz konusu değildir. Bkz. DOĞAN, s. 402.

³⁴⁴ Örtülü hukuk seçimine izin vermeyen hukuk sistemlerine örnek olarak Çin hukuku gösterilebilir. Bu hukuk sisteminde hukuk seçiminin açıkça yapılması gerektiği ve taraflarının niyetlerinin tahmini yoluyla uygulanacak hukukun belirlenemeyeceği kabul edilmektedir. Bkz. Mo ZHANG, “Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law”, **Emory International Law Review**, 20(2), s. 524, dn. 90; Jr., Laura GAMA, “Tacit Choice of Law in the Hague Principles”, **Uniform Law Review**, 22/2 (2017), s. 341-342.

³⁴⁵ Her ne kadar madde metninde ve konuya ilişkin diğer düzenlemelerde “sözleşme hükümleri” ile “somut olayın şartları” arasında “ya da” bağlacı kullanılmış olsa da doktrinde hukuk seçiminin

mahkemenin belirlenmesi, belirli bir dilin kullanılması, ödemenin yapılacağı para biriminin belirlenmesi, belirli bir hukukun hükümlerine atıf yapılması, belirli bir hukuk sistemine ait tip sözleşmelerin veya genel işlem şartlarının kabul edilmesi gibi unsurlar anlaşılırken; “somut olayın şartları”ndan ise tarafların milliyetleri, sözleşmenin yapıldığı yer, sözleşmenin ilgili olduğu başka bir sözleşme için yapılmış hukuk seçimi, tarafların yargılama sırasındaki davranışları³⁴⁶ gibi unsurlar anlaşılmaktadır³⁴⁷. 1986 tarihli Lahey Satış Sözleşmesi’nin konuya ilişkin “*Tarafların seçim üzerindeki anlaşmaları açık olmalı ya da sözleşmenin şartları ve tarafların davranışları bir bütün olarak değerlendirildiğinde kesin olarak anlaşılmalıdır*” hükmü ile açık hukuk seçimi ile birlikte örtülü hukuk seçimine de izin verilmiştir (m. 7/1). Ayrıca hükümde sözleşmenin şartları ve tarafların davranışlarının bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğine de yer verilerek kavram kargaşasından kaçınılmıştır³⁴⁸. İsviçre hukukunda da IPRG’nin “*Hukuk seçimi açık olmalı ya da sözleşmenin hükümlerinden ya da koşullarından kesin bir biçimde anlaşılmalıdır*” (m. 116/2) şeklindeki hükmü ile de örtülü hukuk seçimine izin verilmektedir³⁴⁹. Amerikan hukukuna gelince *Restatement II* para. 187’de örtülü hukuk seçimine izin verilip verilmediğine ilişkin düzenleme bulunmamakla birlikte buna yönelik herhangi bir kısıtlama da bulunmadığından örtülü hukuk seçiminin mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır. Aynı zamanda paragraf şerhinde de açık bir hukuk seçiminin bulunmadığı durumlarda hâkimin sözleşmenin hükümlerinden tarafların belirli bir ülkenin hukukunun uygulanmasına yönelik iradelerinin bulunduğu kanaat getirebileceği belirtilmektedir³⁵⁰.

tespitinde her iki unsurun bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Bkz. ARSLAN, s. 21; AYDOĞDU, s. 121, dn. 403. Alman hukukunda da EGBGB’de doğrudan Roma I Tüzüğü hükümlerine atıf yapılmıştır (AYDOĞDU, s. 117).

³⁴⁶ Tarafların yargılama sırasındaki davranışlarının tek başına örtülü hukuk seçiminin yapıldığına kanaat getirilmesi için yeterli olup olmadığı konusu tartışmalıdır. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE’ye göre taraflar iddia ve savunmalarını belirli bir ülke hukukuna göre beyan ediyorsa bu durumda tereddüde yer vermeyecek biçimde bir hukuk seçiminden söz edilebilir (ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 328). NOMER ise bu unsurun tek başına yeterli olmadığını savunmaktadır (NOMER, s. 329).

³⁴⁷ MCGUINNESS, s. 154. Doktrinde bu unsurlardan herhangi birinin tek başına hukuk seçimine yönelik iradenin varlığına işaret etmedikleri, bu unsurlardan birkaçının mevcut olması halinde örtülü hukuk seçiminden bahsedilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. DOĞAN, s. 402; NOMER, s. 329; TEKİNALP, s. 284. NOMER aynı hukuku gösteren ne kadar fazla unsur olursa örtülü hukuk seçiminin o kadar kesin olacağını belirtmektedir (NOMER, s. 329).

³⁴⁸ AYDOĞDU, s. 117.

³⁴⁹ AYDOĞDU, s. 116.

³⁵⁰ Gamze AYDOĞDU, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Lahey İlkeleri Uyarınca Örtülü Hukuk Seçimi”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, C. 10, s. 613 (Örtülü Hukuk Seçimi).

Türk hukukunda ise konuyu düzenleyen MÖHUK m. 24/1 ile sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların “açık” olarak seçtikleri hukuka tabi kılınarak hukuk seçiminin açık yapılacağı belirlenmiş, fıkraya eklenen 2. cümle ile, “*Sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi*” de geçerli kabul edilerek örtülü hukuk seçiminin de yapılabileceği düzenlenmiştir³⁵¹. Hükümde kullanılan “tereddüde yer verilmeyecek biçimde” ifadesi ile ilgili doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Şöyle ki bu ifadenin örtülü hukuk seçimini karşılayacak bir ifade olup olmaması konusu eleştirilmiştir. NOMER, bu ifadenin açık bir hukuk seçimini gerekli kılan bir ifade olduğunu belirtmektedir³⁵². ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE ise açık bir hukuk seçimi söz konusu değilken bu hukuk seçiminin sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşıldığı durumlara örnek vermenin kolay olmadığını belirtmiştir³⁵³.

Azerbaycan hukukunda ise MÖHK m. 1/3'te³⁵⁴ “*Uygulanacak hukukun belirlenmesi konusunda tarafların mutabakatı açık bir şekilde ifade edilmeli veya bir bütün olarak ele alındığında sözleşme şartlarından ve durumun koşullarından doğrudan kaynaklanmalıdır*” şeklindeki düzenleme ile hem açık hem de örtülü hukuk seçimine izin verilmiştir.

İlkeler’de ise konu “Açık ve örtülü” hukuk seçimi başlıklı 4. madde ile düzenlenmektedir. Diğer milletlerarası belgelerle uyumlu olan maddenin ilk cümlesine göre “*Hukuk seçimi veya hukuk seçimindeki herhangi değişiklik açıkça yapılmalı veya sözleşmenin hükümlerinden veya koşullardan açıkça anlaşılmalıdır*”. Böylelikle, madde uyarınca taraflar hem açık hem de örtülü hukuk seçimi yapabilecektir. Genellikle önerilen ve aynı zamanda tercih edilen yöntem hukuk seçimi anlaşmasının açık bir hüküm şeklinde temel sözleşmeye dahil edilmesidir³⁵⁵. Taraflarca açık şekilde yapılan hukuk seçimi anlaşması temel sözleşmenin

³⁵¹ 2675 sayılı MÖHUK ile hukuk seçiminin sadece açık olarak yapılabileceği düzenlenmiş, örtülü hukuk seçimine izin verilmemişti. Bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, 2010, s. 42-43. 2675 Sayılı MÖHUK döneminde örtülü hukuk seçimine yönelik doktrindeki görüşler için bkz. DEMİR GÖKYAYLA, s. 174- 308.

³⁵² NOMER, s. 414.

³⁵³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 328.

³⁵⁴ AC MÖHK m. 1/3: “*Tətbiq ediləcək hüququ müəyyən etmək barədə tərəflərin razılığı aydın ifadə olunmalı və ya bütövlükdə götürülməklə müqavilənin şərtlərindən və işin hallarından bilavasitə irəli gəlməlidir*”.

³⁵⁵ Şerh, para. 4. 3.

imzalanmasından önce, aynı anda veya sonra yapılabilir (m. 2/3). Hukuk seçiminin açık bir şekilde yapılması için sözleşmenin “belirli bir hukuka tabi olduğu” (*subject to*) veya “belirli bir hukuk tarafından yönetildiği” (*governed by*) gibi ifadeler kullanılabilir. Örneğin “Bu sözleşme Azerbaycan kanunlarına göre yönetilecek ve yorumlanacaktır”, “Bu sözleşme UNIDROIT İlkeleri’ne tabi olacaktır”. Açık hukuk seçimi uygulanması istenen hukuku ismen belirtmek yerine “sözleşmenin kuruluş yeri”, “sözleşmenin ifa yeri”, “alıcının yerleşim yeri”, “satıcının işyeri” gibi dış faktörlere atıf yapılarak da yapılabilir³⁵⁶.

Tarafların iradeleri açıkça ortaya konulmamışsa veya sözleşme hükümlerinden ya da olayın koşullarından açıkça anlaşılmıyorsa, hukuk seçiminin yapılmadığı kabul edilmektedir. Böyle bir durumda, İlkeler sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemez³⁵⁷. Ayrıca belirtmek gerekir ki İlkeler, özellikle delillerin toplanması ve örtülü hukuk seçiminin ispatına³⁵⁸ yönelik standart ve yöntem gibi usule ilişkin konularda herhangi bir görüş bildirmemektedir³⁵⁹.

1. Sözleşme Hükümlerinden veya Koşullardan Açıkça Anlaşılan Örtülü Hukuk Seçimi

İlkeler uyarınca, örtülü hukuk seçiminin söz konusu olması için tarafların belirli bir hukukun uygulanmasına yönelik gerçek bir iradesinin olması ve bu iradenin sözleşme hükümlerinden veya koşullardan açıkça anlaşılması gerekmektedir. Tarafların iradesinin tahmini yoluyla (farazi hukuk seçimi) uygulanacak hukukun belirlenmesi mümkün değildir³⁶⁰. Roma I Tüzüğü’nde olduğu gibi İlkeler’de de “sözleşmenin hükümleri” ile “koşulları” arasında “ya da” bağlacı kullanılmış olsa da Şerh’te verilen açıklama da örtülü hukuk seçimi tespit edilirken hem sözleşmenin hükümleri hem de olayın koşullarının birlikte değerlendirilmesi gerektiği yönündedir³⁶¹. Ancak bunlardan birinin tek başına bir hukukun seçildiğini kesin olarak gösterebileceği durumların da olabileceği göz ardı edilmemiştir³⁶².

Sözleşme hükümlerinden tarafların örtülü bir hukuk seçimi yaptıkları sonucunun

³⁵⁶ Örnekler için bkz. Şerh, s. 43-44.

³⁵⁷ Şerh, para. 4.17.

³⁵⁸ Örtülü hukuk seçiminin ispatı için ayrıca bkz. AYDOĞDU, s. 131-135.

³⁵⁹ İlkeler, para. 4.15.

³⁶⁰ Şerh, para. 4.6; AYDOĞDU, Örtülü Hukuk Seçimi, s. 615; İZMİRLİ, s. 374.

³⁶¹ Şerh, para. 4.7; NEELS/FREDERICS, s. 106-107.

³⁶² Şerh, para. 4.7.

çıkarılabilmesi için bu hükümlerin tarafların niyetlerini güçlü bir biçimde ortaya koymuş olması gerekmektedir. “Açıkça anlaşılma” şartını karşılayan bir kriterler listesi yoktur. Kriterler somut olay bazında belirlenmektedir³⁶³. Sözleşme hükümlerinden açıkça anlaşılma örtülü hukuk seçiminin en yaygın örneği, taraflarca belirli bir hukuk sistemine ait standart/tip sözleşmelerin kullanılması bağlamında ortaya çıkmaktadır. Bu durumda tarafların iradesi açık şekilde ifade edilmese bile, tarafların sözleşmenin bu hukuka tabi olmasını amaçladığı sonucu çıkarılabilir³⁶⁴. “Açıkça anlaşılma” şartını karşılayan bir diğer kriter ise belirli bir devletin dilinin veya hukuk terminolojisinin kullanılması olabilir³⁶⁵. Ancak sözleşmenin belirli bir ülkenin dilinde akdedilmesine rağmen bu ülkenin hukuk terminolojisinin kullanılmaması diğer kriterlerin de yokluğunda tek başına örtülü hukuk seçiminin tespiti için yeterli değildir³⁶⁶.

Olayın belirli koşulları, tarafların hukuk seçimine ilişkin iradelerini gösterebilir. Bu koşulların neler olduğu madde metninde düzenlenmese de Şert’te özellikle tarafların davranışları ve sözleşmenin imzalanmasını çevreleyen diğer faktörlerle ilgili olabileceği belirtilmiştir³⁶⁷. Örneğin, taraflar önceki işlemlerinde, sözleşmelerinin X devleti hukukuna tabi olmasını sürekli olarak açık bir şekilde tercih etmişlerse ve mevcut sözleşmede tarafların bu seçimi değiştirmek istediklerine yönelik koşullar mevcut değilse, bir mahkeme veya hakem heyeti, bu koşullardan, tarafların sözleşmenin X devleti hukukuna tabi olmasını açıkça amaçladıkları sonucuna varabilir³⁶⁸.

2. Tahkim/ Yetki Anlaşmaları ve Örtülü Hukuk Seçimi

Taraflar aralarındaki sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkları çözmesi için belirli bir ülke mahkemelerinin veya tahkim kurumunun yetkili kılınmasına ilişkin anlaşma yapabilirler³⁶⁹. Bu yetki anlaşmaları aynı zamanda tarafların o ülke

³⁶³ Şerh, para. 4.8; AYDOĞDU, Örtülü Hukuk Seçimi, s. 616.

³⁶⁴ Şerh, para. 4.9. Şerhte bu duruma örnek olarak taraflar arasındaki deniz sigortası sözleşmesinin Lloyd’un (İngiltere’de bulunan sigorta borsası) İngiliz hukukuna dayanan deniz sigortası poliçesi şeklinde akdedilmesi sebebinden tarafların sözleşmeyi İngiliz hukukuna tabi kılma yönünde iradelerinin olduğu sonucunun çıkarılacağı gösterilmiştir (Şerh, örn. 4-4).

³⁶⁵ Şerh, örn. 4-5.

³⁶⁶ Şerh, örn. 4-9; AYDOĞDU, Örtülü Hukuk Seçimi, s. 616.

³⁶⁷ Şerh, para. 4.13.

³⁶⁸ Şerh, örn. 4-8.

³⁶⁹ Bkz. “Yetki Anlaşmaları”.

hukukunun sözleşmelerine uygulanması yönünde iradelerinin olduğuna işaret eden önemli bir kriterdir³⁷⁰. Ancak bu kriterin böyle bir çıkarım için tek başına yeterli olup olmadığına yönelik doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. İlk görüşe göre iş insanları, mahkemelerin kendi hukuklarını uygulama eğiliminde olması ve tarafların hâkimin kendi hukuku yerine yabancı hukuku uygulamasının külfetli olduğunu düşünmesi gibi nedenlerden dolayı genellikle yetkili mahkeme ile uygulanacak hukuku bir tutmaktadır. Bu sebeple tarafların yetkilendirdikleri mahkemenin hukukunun uygulanmasını istemediklerine yönelik iradelerini açıkça belirtmesi gerekmektedir³⁷¹. Bu görüş *lex fori* yanlısı olduğundan yani hâkimin kendi hukukunu uygulaması eğilimini desteklemesi sebebiyle eleştirilmektedir³⁷². Genel kabul gören diğer görüşe göre ise yetki anlaşmaları örtülü hukuk seçimi için önemli bir kriter olsa da tek başına yeterli değildir³⁷³. Nitekim taraflar belirli bir mahkemeyi veya belirli bir tahkim yerini sadece coğrafi açıdan taraflara uygun olduğu için, tarafsız olduğu veya deneyimi için, yargılamanın bu ülkenin usul hukuku kurallarına göre yürütülmesini istedikleri için seçmiş ancak uyuşmazlığın esasına başka bir hukukun uygulanmasını istiyor olabilirler³⁷⁴.

İlkeler’de ise Madde 4’ün “*Sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümü için tahkim veya yetkili mahkemeye ilişkin yapılan anlaşmalar tek başına hukuk seçimi ile eşdeğer değildir*” şeklindeki ikinci cümlesi ile tahkim veya yetki anlaşmalarının tek başına örtülü hukuk seçiminin tespiti için yeterli olmadığı düzenlenmiş ve bu konudaki belirsizliklerin önüne geçilmiştir³⁷⁵. Hükümden çıkarılan sonuç, tahkim veya yetkili anlaşmaları ile birlikte sözleşmenin hükümleri veya olayın koşullarından tarafların o mahkemenin hukukunun uygulanması yönünde iradesinin olduğuna işaret eden başka hususlar da varsa bu durumda örtülü hukuk seçiminin yapıldığı kabul edilebilir³⁷⁶.

³⁷⁰ Şerh, para. 4.11. Roma I Tüzüğü’nin dibacesinde para. 12’de sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından bir devletin mahkemesine münhasıren yetki verilmesinin o devletin hukukunun da seçilmiş olduğu yönünde taraf iradelerinin varlığına işaret eden önemli bir faktör olduğu belirtilmiştir (AYDOĞDU, Örtülü Hukuk Seçimi, s. 617).

³⁷¹ Ole LANDO, “Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations”, **King’s College Law Journal**, 7, 1996-1997, s. 66 (Law Applicable).

³⁷² BAYATA CANYAŞ, Örtülü Hukuk Seçimi, s. 113.

³⁷³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, 2010, s. 49; ÇINAR, s. 90; DOĞAN, s. 402; BAYATA CANYAŞ, Örtülü Hukuk Seçimi, s. 113; TEKİNALP, s. 284; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 328.

³⁷⁴ Şerh, para. 4.11; AYDOĞDU, s. 128.

³⁷⁵ Şerh, para. 4.11; AYDOĞDU, s. 128; NEELS/FREDERICKS, s. 107; İZMİRLİ, s. 374. İlkeler’in bu yaklaşımı Meksika Sözleşmesi’nden benimsenmiştir. Meksika Sözleşmesi m. 7/2: “*Taraflarca belirli bir mahkemenin seçilmesi, mutlaka uygulanacak hukukun seçilmesini gerektirmez*” (GAMA, s. 346).

³⁷⁶ NEELS, s. 780-781. Aynı yönde bkz. PERTEGAS/MARSHALL, s. 987-989; GIRSBERGER/COHEN, s. 323; MURTAZ, s. 165.

İlkeler'in bu yaklaşımı yetki/tahkim anlaşmalarını aynı zamanda hukuk seçimi anlaşması olarak kabul eden Anglo-Amerikan hukukundaki yaklaşıma bir tepki olarak da değerlendirilmektedir³⁷⁷.

C. Seçilebilecek Kuralların Niteliği Bakımından

1. Genel Olarak

Anasyonel hukuk kuralları devletlerin ulusal hukuk sistemlerinin dışında kalan, doğrudan hukuki bağlayıcılığı bulunmayan kuralları ifade etmektedir³⁷⁸. Seçilebilecek hukukun niteliği konusu yani tarafların kaynağını herhangi bir devletten almayan veya herhangi bir milli hukuk sistemine ait olmayan kuralları-anasyonel kuralları sözleşmelerine uygulanmak için seçip seçemeyeceği konusu doktrinde - İlkeler'den önce de - tartışmalı konulardan birisi olmuştur³⁷⁹. Gerek devlet kanunlarında gerekse de milletlerarası düzenlemelerde tahkim alanında genellikle tarafların "hukuk kuralları"nı yani herhangi bir devletin hukuku olmayan anasyonel kuralları da seçmesine izin verilse de³⁸⁰ bu özgürlüğün genellikle milli mahkemeler önünde dava açan taraflara tanınmadığı, tarafların bu nitelikteki kuralları sözleşmelerine aktarım (*incorporation by reference*³⁸¹) yoluyla dahil ederek sözleşme hükmü haline

³⁷⁷ GAMA, s. 347. İngiliz Temyiz Mahkemesinin bu yöndeki "Tzortzis v Monark Line A/B" kararı için bkz. <https://vlex.co.uk/vid/tzortzis-v-monark-line-793339889> (Erişim Tarihi: 28.05.2024). Ayrıca 1971 Tarihli "Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v Compagnie d'Armement Maritime S.A." davasında da sözleşmede aksi belirtilmedikçe tahkim anlaşmalarının aynı zamanda hukuk seçimi anlaşması olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Karar için bkz. <https://vlex.co.uk/vid/compagnie-tunisienne-navigation-s-792824629> (Erişim Tarihi: 28.05.2024). Bu karine çok fazla eleştirilere maruz kalsa da Anglo-Amerikan hukuku ülkelerinde halen yürürlüktedir. Bkz. GAMA, s. 347-348.

³⁷⁸ Tolga AYOĞLU, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Teamüller Olarak Lex Mercatoria**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 1.

³⁷⁹ İngiliz, Fransız ve ABD hukukçılarının konu ile ilgili görüşleri için bkz. AYDOĞDU, s. 86-87.

³⁸⁰ Milletlerarası tahkim alanında "hukuk" seçiminden "hukuk kuralları"nın seçimine geçiş ilk olarak 1985 Tarihli UNCITRAL Model Kanunu (m. 35) ile başlatılmıştır. Bkz. Genevieve SAUMIER, "The Hague Principles and the Choice of Non-State "Rules of Law" to Govern an International Commercial Contract", **Brooklyn Journal of International Law**, Vol. 40, Issue 1, 2014, S: 1-30, s. 46.

³⁸¹ Herhangi bir devletin hukukunun bir parçası olmayan kuralların taraflarca sözleşmelerine uygulanmak için seçildiği durumlarda bu "hukuk seçimi" olarak kabul edilmemektedir. Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 332. Ancak bununla birlikte tarafların bu yöndeki iradelerinin tamamen yok sayılması sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Nitekim bu tarz seçimleri açıkça engelleyen düzenlemeler de mevcut değildir. Bkz. DOĞAN, s. 405. Bu nedenle taraflarca seçilen kural, kod, genel işlem şartları, standart terimler, milletlerarası sözleşmeler vd. sözleşmenin metnine dahil edilerek bu sözleşmenin bir parçası haline gelmektedir. Doktrinde bu "incorporation" veya "incorporation by reference" (sözleşme metnine dahil etme) olarak adlandırılmaktadır. Bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, 2010, s. 33; SYMEONIDES, s. 893; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 331. Ancak sözleşme metnine dahil edilen kurallar sözleşmenin bir hükmü haline geldiklerinden bu sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici kurallarının izin verdiği ölçüde uygulama alanı bulurlar. Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 331; Milletlerarası özel hukuk alanında "incorporation" hakkında daha detaylı bkz. Nuray EKŞİ, "Kanunlar İhtilafı Alanında 'Incorporation'", **MHB**, Yıl: 19-20, S. 1-2, 1999-2000, (Aysel Çelikel'e

getirdikleri görülmektedir³⁸².

Türk hukukunda tarafların sadece devlet hukukunu seçebileceklerine yönelik açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte yaygın olan görüş hukuk seçimine ilişkin olan MÖHUK m. 24/1’de “*Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir*” hükmünde yer alan “hukuk” ile kastedilenin bir devletin³⁸³ hukuku olduğu yönündedir³⁸⁴.

Azerbaycan hukukunda ise MÖHK’un “*Tarafların sözleşmeye ilişkin hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi, sözleşmenin yorumu, ifası, ifa edilmemesi, feshi, gereğince ifa edilmemesinin ve geçersizliğinin sonuçları, alacağın devri tarafların anlaşmasıyla seçilen ülkenin hukuku ile düzenlenir*”³⁸⁵ şeklindeki m. 24/1 hükmü ile tarafların sadece bir ülkenin hukuku seçebileceği açık olarak düzenlenmiştir³⁸⁶. Böylelikle gerek Türk gerekse Azerbaycan hukukunda taraflar uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*, UNIDROIT İlkeler’i, CISG, PECL, ICC kuralları gibi hukuk

Armağan), s. 263 vd.

³⁸² DOĞAN, s. 405; NOMER, s. 320; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 343; TEKİNALP, s. 282; SAUMIER, s. 45. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE’ye göre herhangi bir devletin hukuku olmayan anasyonel kurallar genellikle pratik ihtiyaçlara cevap vermemekle birlikte, sözleşmeden kaynaklanan tüm hususları çözecek nitelikte olmayacak ve sözleşmesel ilişki açısından kesinlik ve öngörülebilirlik sağlamayacaktır. Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 343, dn. 467.

³⁸³ Taraflar uygulanacak hukuk olarak federal devleti oluşturan federe bir devlet ya da eyalet hukukunu (örn. Ohio hukuku) da seçebilmektedir. Ancak federal devletin hukuku (örn. ABD hukuku) seçildiğinde hangi eyaletin hukukunun uygulanacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir kısım görüşe göre böyle bir durumda uygulanacak hukuka seçilen federal devletin bölgesel kanunlar ihtilafı kurallarına göre karar verilmesi, o devletin hukukunda konuya ilişkin belirleyici bir hüküm yoksa en sıkı ilişkili bölgenin hukukunun uygulanması gerekmektedir. Bkz. DEMİRKOL, s. 163. Diğer kısım görüşe göre ise federal bir devletin hukukunun seçildiği durumlarda tarafların iradesi yeterince açık olmadığından hukuk seçiminin geçerli sayılmaması gerekmektedir. Bkz. Fügen SARGIN, **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Turhan, 2002, s. 43, dn. 140’taki yazarlar. Türk hukukunda “*Hukuku uygulanacak devlet iki veya daha çok bölgesel birime ve bu birimler de değişik hukuk düzenlerine sahipse, hangi bölge hukukunun uygulanacağı o devletin hukukuna göre belirlenir. O devlet hukukunda belirleyici bir hükmün yokluğu hâlinde ihtilâfla en sıkı ilişkili bölge hukuku uygulanır*” şeklindeki MÖHUK m. 2/5 ile; Azerbaycan hukukunda da “*Birden fazla hukuk sisteminin geçerli olduğu bir devletin hukukunun uygulanacağı durumlarda, bu devletin hukuku bu hukuk sistemlerinden hangisinin uygulanacağını belirler. Böyle bir uygulama kuralı belirlenmediğinde, durumun koşullarıyla daha sıkı ilişkili hukuk sistemi uygulanmalıdır*” şeklindeki MÖHK m. 6 ile ilk görüşü benimseyen düzenlemeler yapılmıştır.

³⁸⁴ ÖZDEMİR KOCASAKAL, 2010, s. 37; DEMİRKOL, s. 152; DOĞAN, s. 405; NOMER, s. 324. Nitekim hükmün metninde “hukuk kuralı” yerine “hukuk” ifadesinin kullanılması da bu görüşü desteklemektedir. DEMİRKOL madde metninde kullanılan “hukuk” terimini isabetli bulmamakla birlikte bu terimin yerine “ülke hukuku” ifadesinin kullanılmasının daha doğru bir yaklaşım olacağını savunmaktadır. Bkz. DEMİRKOL, s. 144.

³⁸⁵ Fıkranın Azerbaycanca orijinal metni şu şekildedir: “24.1. *Müqavilə ilə bağlı tərəflərin hüquq və vəzifələrinin müəyyən edilməsi, müqavilənin təfsiri, icrası, icra edilməməsi, xitamı, lazımı qaydada icra edilməməsinin və etibarsızlığının nəticələri, habelə müqavilə ilə əlaqədar tələbin güzəşti və borcun köçürülməsi tərəflərin razılığı ilə seçilən ölkənin hüququ ilə tənzimlənir*”.

³⁸⁶ MƏMMƏDOV maddədə kullanılan “tarafların anlaşmasıyla seçilen ülkenin hukuku” ifadesini doğru bulmamakla birlikte bunun yerine “tarafların seçtikleri kurallar” ifadesinin kullanılmasının daha yerinde bir düzenleme olacağını savunmaktadır (MƏMMƏDOV, s. 88).

kurallarını, tek bir ülke ile sınırlı olmayan İslam hukukunu, aynı zamanda Roma hukuku, Çarlık Rusyası gibi yürürlükte olmayan hukukları seçemezler.

Roma I Tüzüğü'nde de sözleşme taraflarca seçilen "hukuk"a tabi tutulmuş (m. 3/1) aynı zamanda gerek hukuk seçimine ilişkin olan 3. maddesinin 3. fıkrasında³⁸⁷ gerekse de atfın reddine ilişkin olan 20. maddesinde³⁸⁸ taraflarca seçilen hukukun bir ülkenin hukuku olduğu vurgulanmıştır³⁸⁹. Ancak Tüzük'te tarafların herhangi bir devletin hukuku olmayan kuralları veya milletlerarası bir anlaşmayı "*incorporation*" yani referans yoluyla sözleşmelerine dahil edebilecekleri düzenlenmiştir³⁹⁰.

Lahey Satış Sözleşmesi'nde de sıklıkla "hukuk seçimi" (*choice of law*) ifadesi kullanılmış, sözleşmenin 15. maddesinde ise "hukuk" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Bu maddeye göre sözleşmede kullanılan "hukuk", "*kanunlar ihtilafı kuralları dışında bir devlette yürürlükte olan hukuk*"³⁹¹ anlamına gelmektedir³⁹².

Bölgesel bir düzenleme olan Meksika Sözleşmesi'nde de sözleşmenin taraflarca

³⁸⁷ Roma I Tüzüğü m. 3/3: "Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement."

³⁸⁸ Roma I Tüzüğü m. 20: "The application of the law of any country specified by this Regulation means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law, unless provided otherwise in this Regulation."

³⁸⁹ BAYATA CANYAŞ, s. 26; ÖZDEMİR KOCASAKAL, 2010, s. 39; TEKİNALP, s. 280. Roma Konvansiyonu'nda da aynı yaklaşım benimsenmekteydi. Bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, 2010, s. 38. Benzer açıklamalar Roma II Tüzüğü (m. 14) için de geçerlidir. Roma III Tüzüğü'nde de tarafların boşanma ve ayrılığa ilişkin uyuşmazlıklara uygulanmak için dört farklı "devlet hukuku"nu seçebileceği düzenlendiğinden (m. 5/1) tarafların devlet hukuku dışında herhangi bir anasyonel kuralı seçemeyeceği açıktır. Bkz. AYDOĞDU, s. 91.

³⁹⁰ ÖZDEMİR KOCASAKAL, 2010, s. 39. Roma I Tüzüğü'nün Tasarı metninde içeriğinin tespitinin zor olması nedeniyle *lex mercatoria* ve milletlerarası alanda yeterince bilinmeyen düzenlemeler hariç tutulmakla "*uluslararası veya topluluk düzeyinde tanınan, maddi sözleşmeler hukukunun kural ve prensiplerinin*" uygulanacak hukuk olarak seçilebileceğinin (m. 3) kabul edilmesine rağmen bu düzenlemeye Tüzük metninde yer verilmemiştir (ÖZDEMİR KOCASAKAL, 2010, s. 39). Tasarıdaki maddeye nihai metinde yer verilme de komisyonun gelecekte bu yönde girişimlerde bulunma niyetinin olduğu düşünülmektedir (STAMATIADIS, s. 268; SAUMIER, s. 51).

³⁹¹ Maddenin orijinal metni şu şekildedir: "In the Convention 'law' means the law in force in a State other than its choice of law rules.". Maddede kullanılan "*choice of law rules*" bazı metinlerde "kanunlar ihtilafı kuralları" veya "milletlerarası özel hukuk kuralları" olarak da tercüme edilmiştir. Bkz. TİRYAKİOĞLU, s. 189.

³⁹² TİRYAKİOĞLU'na göre bu madde tarafların anasyonel veya yürürlükte olmayan hukuk kurallarını seçip seçemeyeceğine ilişkin olarak değil atfın reddine ilişkin olarak düzenlenmiştir. Ancak maddenin lafzına bakıldığında gerçekten de tarafların bir anasyonel ya da yürürlükte olmayan kuralları seçemeyeceği anlaşılmaktadır. Bkz. TİRYAKİOĞLU, s. 189. Bu dışlamaya *lex mercatoria*'nın da dahil olup olmadığına ilişkin farklı görüşler için ayrıca bkz. TİRYAKİOĞLU, s. 190; Ole LANDO, "The 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Sales", *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 51(H. 1/2), 1987, s. 67 (1985 Hague Convention).

seçilen “hukuk”a tabi olduğu düzenlenmiştir (m. 7/1). Her ne kadar maddede açık olarak “bir devletin hukuku” ifadesi kullanılsa da “hukuk kuralları” ifadesinin de kullanılmamış olması, bunun yerine kullanılan “hukuk” ifadesinden ise sadece bir devlette yürürlükte olan hukukun anlaşılması gerektiği belirtilmektedir³⁹³.

İlkeler ise Madde 3 ile bu yaklaşımı değiştirerek tarafların, seçilen uyuşmazlık çözüm yöntemine (tahkim veya mahkeme) bakılmaksızın, sözleşmelerini yönetmek için yalnızca bir devletin hukukunu değil, “hukuk kuralları”nı yani aynı zamanda kaynağını herhangi bir devletten almayan kuralları da belirleyebilmelerini sağlamıştır³⁹⁴. Böylelikle İlkeler uyarınca anasyonel kurallara yapılan atıf “*incorporation*” olarak değil “hukuk seçimi” olarak kabul edilecektir³⁹⁵.

Madde 3, İlkeler’in hazırlık çalışmalarında en çok tartışılan maddelerden biri olmuştur³⁹⁶. Taslağın ilk halinde 2. maddenin devamı “*Bu İlkeler’de hukuka yapılan atıf hukuk kurallarını da kapsar*” şeklinde düzenlenerek seçilebilecek hukuk kuralları için aranan tek şart, tek tek kuralların değil tutarlı bir kurallar dizisinin seçilmesi yönünde idi³⁹⁷. Avrupa Birliği’nin şiddetli itirazları sonucunda bu düzenleme değiştirilerek “*rules of law*” başlıklı 3. maddede seçilebilecek hukuk kuralları için kriterler belirleyen son halini almıştır³⁹⁸. Maddenin bu haliyle de muğlak olduğu ve uygulanması durumunda hususen *lex mercatoria*³⁹⁹ gibi yasalaştırılmamış kuralların içeriğinin tespitinin zor olabileceği⁴⁰⁰, uyuşmazlığın çözümünde karışıklığa yol

³⁹³ Daha detaylı bkz. AYDOĞDU, s. 94-95. Sözleşmede “hukuk kuralları”nın kullanımı tarafların irade muhtariyetinin bir yansıması olarak karşımıza çıksa da, taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı veya geçerli olmadığı durumlarda hâkimin milletlerarası ticaret hukukunun genel prensiplerini dikkate alması gerektiği düzenlenmiş (m. 9/2); aynı zamanda hâkimin gerekli gördüğü takdirde milletlerarası ticari teamül ve uygulamaları da adalet ve hakkaniyetin gereklerini yerine getirmek amacıyla uygulayabileceği düzenlenmiştir (m. 10). Bkz. STAMATIADIS, s. 267.

³⁹⁴ İZMİRLİ, s. 360; AYDOĞDU, s. 93; MICHAELS, s. 55; STAMATIADIS, s. 267. İlkeler’e kadar hiçbir sistem milli mahkemelerde uygulanacak hukuk olarak “hukuk kuralları”nın seçilmesini düzenlememiştir. Bkz. SAUMIER, s. 50.

³⁹⁵ SAUMIER, s. 14.

³⁹⁶ STAMATIADIS, s. 267.

³⁹⁷ MICHAELS, s. 55; STAMATIADIS, s. 268.

³⁹⁸ SYMEONIDES, s. 893-894; STAMATIADIS, s. 268.

³⁹⁹ *Lex Mercatoria*, GOLDMAN tarafından “hukukun genel prensipleri, ticari adet ve teamüller, milletlerarası konvansiyonlar, genel işlem şartları ve hakem kararlarından oluşan; milletlerarası işlemlere özgü ve milli hukuk sistemlerinden bağımsız bir hukuk sistemi” şeklinde tanımlanmıştır (Berthold GOLDMAN, “The Applicable Law: General Principles of Law – The Lex Mercatoria”, Ed. Julian D. M. Lew, Contemporary Problems in International Arbitration, London: **Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College**, 1986, 116). *Lex mercatoria* ile ilgili daha detaylı bkz. YENER KESKİN; AYOĞLU, s. 121 vd.; Arzu OĞUZ, **Lex Mercatoria**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.

⁴⁰⁰ GIRSBERGER/COHEN, s. 326.

açabileceği ve zaman kaybına neden olacağı belirtilmiştir⁴⁰¹. Bütün bu kaygıların yanında irade muhtariyeti prensibini esas alan bir metinde “hukuk kuralları”nı seçebilme özgürlüğünün taraflara sadece tahkim alanında tanınmasının; uyuşmazlığını mahkeme önünde çözmek isteyen tarafların bu özgürlükten mahrum bırakılmasının çelişki yaratacağı da düşünülmüştür⁴⁰². Hukuk kurallarının seçilebilmesindeki diğer gerekçeler ise, “özel” hukukun, karakterine uygun olarak devletten bağımsızlaştırılarak gerçekten “özelleştirilmesi” ve hukuk kurallarının milletlerarası ticari sözleşmelere aktarım yoluyla dahil edildiği durumlardaki devletin emredici kurallarının müdahalesinin, hukuk kurallarının tarafların seçimi olarak kabul edildiği durumlarda, devre dışı bırakılması olmuştur⁴⁰³.

İlkeler Madde 3’te “hukuk kuralları” terimi kullanılmıştır. Maddede kullanılan “hukuk kuralları” ifadesi bazı yazarlarca eleştirilmektedir⁴⁰⁴. Bazı yazarların “hukuk kuralları” ifadesinin geleneksel olarak ulusal olmayan kuralları ifade ettiği için yerinde olduğunu⁴⁰⁵ belirtmesine rağmen bazı yazarlara göre “hukuk kuralları” ifadesi yasama sürecinden geçirilen kuralları ifade ettiğinden maddede kullanılması yerinde değildir⁴⁰⁶. Bazı yazarlar ise “hukuk kuralları”nın hem bir devletin hukukunu hem de belirli bir devletin hukuku olmayan kuralları ifade ettiğini savunmaktadır⁴⁰⁷. Her ne kadar Şerh’te bu kavram “*kaynağını devletten almayan kurallar*” olarak ifade edilse de⁴⁰⁸, tam olarak tanımlanması mümkün olmadığından ve tanım ile getirilebilecek herhangi bir sınırlama ile irade muhtariyeti sınırlanacağından kavramın tanımına yer verilmemiştir⁴⁰⁹. Ancak gerek madde metninden gerekse de Şerh’teki açıklamadan çıkarılabilecek sonuç, Madde 3’te kullanılan “hukuk kuralları” ifadesinin bir devletin hukukunu ifade etmediği, kaynağını devletten almayan ve herhangi bir devlette pozitif geçerliliği olmayan kuralları ifade ettiği yönündedir⁴¹⁰.

⁴⁰¹ PERTEGAS/MARSHALL, s. 997.

⁴⁰² PERTEGAS/MARSHALL, s. 997.

⁴⁰³ MICHAELS, s. 2.

⁴⁰⁴ SYMEONIDES, s. 892.

⁴⁰⁵ MICHAELS, s. 2.

⁴⁰⁶ SYMEONIDES, s. 893.

⁴⁰⁷ Peter MANKOWSKI, "Article of the Hague Principles: the Final Breakthrough for the Choice of Non-State Law?", *Unif. L. Rev.*, Vol. 22, 2017, s. 369-370; İZMİRLİ, s. 361.

⁴⁰⁸ Şerh, para. 3.1.

⁴⁰⁹ SAUMIER, s. 11-12.

⁴¹⁰ İZMİRLİ, s. 361.

2. Anasyonel Hukuk Kurallarının Seçilebilmesi İçin Gerekli Koşullar

İlkeler'in 3. maddesinde seçilebilecek “hukuk kuralları” için belirli kriterler öngörülmüştür. Şöyle ki, madde uyarınca taraflar “*tarafsız ve taraflar arasında denge kuran milletlerarası, milletler üstü ve bölgesel düzeyde genel kabul görmüş*” hukuk kurallarını seçebilirler. Bu kriterler hem tarafların hukuk seçimi yapması konusunda hem de karar mercilerinin uyuşmazlığa uygulayacakları “hukuk kuralları”nı belirleme konusunda daha fazla kesinlik sağlamayı amaçlamaktadır⁴¹¹. Bu kriterler, “hukuk kurallarının” kaynakları ve nitelikleri ile ilgilidir⁴¹². Ayrıca, Madde 3, mahkemenin hukukunun böyle bir seçime izin vermediği durumlarda tarafların “hukuk kuralları”nı seçemeyeceğini de düzenlemektedir⁴¹³. Kriterler tarafımızdan ayrı ayrı incelenecek olsa da birbirleriyle ilişkili olarak anlaşılmalıdır çünkü Madde 3, yalnızca tarafsız ve dengeli bir kurallar bütünü olarak genel kabul gören “hukuk kurallarının”ın seçimine izin vermektedir⁴¹⁴.

a) Milletlerarası, Milletler üstü veya Bölgesel Düzeyde Genel Kabul Görme

Hukuk kurallarının kaynakları ile ilgili olan bu kriter, taraflarca seçilen “hukuk kuralları”nın ulusal (yerel) düzeyin ötesinde genel kabul görmüş olmasını şart koşmaktadır⁴¹⁵. Başka bir deyişle, taraflar uygulanacak hukuk olarak sözleşmenin kendisinde yer alan bir dizi kuralı, bir tarafın standart hüküm ve koşullarını ya da yerel sektöre özgü bir dizi kuralı belirleyemez⁴¹⁶.

İlk olarak maddede belirtilen “milletlerarası” düzeyde genel kabul görme kriterini karşılayan kaynaklar milletlerarası anlaşmalar ve sözleşmeler olabilir. Bu belgeler yalnızca tarafların hukuk seçiminin bir sonucu olarak uygulandığında, genel kabul görmüş bir “hukuk kuralları” kaynağı olarak kabul edilmektedir⁴¹⁷. Örneğin, taraflar kendi uygulama alanına girmeyen bir satım sözleşmesine, CISG'in uygulanacağını, sözleşmelerine uygulanacak “hukuk kuralları” olarak kararlaştırabilirler⁴¹⁸. Bu durumda, taraflar CISG'in maddi kurallarını, CISG'e taraf bir

⁴¹¹ Şerh, para. 3.3.

⁴¹² Şerh, para. 3.2.

⁴¹³ Şerh, para. 3.2.

⁴¹⁴ Şerh, para. 3.3.

⁴¹⁵ İZMİRLİ, s. 368.

⁴¹⁶ Şerh, para. 3.4.

⁴¹⁷ Şerh, para. 3.5.

⁴¹⁸ Şerh, para 3.5; İZMİRLİ, s. 364.

devletin hukukuna dahil edilmiş ve millileştirilmiş bir versiyonu olarak değil, bağımsız bir milletlerarası sözleşme kuralları olarak belirlemektedir. Bu şekilde bir hukuk kuralı seçimi yapıldığı durumlarda, CISG, bir devlet hukukunun parçası olarak uygulanması halinde araya girebilecek herhangi bir devlet beyanı veya çekincesi dikkate alınmaksızın “hukuk kuralları” olarak uygulanmaktadır⁴¹⁹.

İlk kriteri karşılayacak bir başka “hukuk kuralları” kaynağı ise, yerleşik milletlerarası kuruluşlar tarafından hazırlanan bağlayıcılığı olmayan belgeler olabilir⁴²⁰. Örnek olarak, UNIDROIT İlkeleri gösterilebilir⁴²¹. Bu ilkeler “milletlerarası düzeyde genel kabul gören” hukuk kurallarına bir örnektir. Ayrıca, UNIDROIT İlkeleri, tarafların sözleşmelerine uygulanmak için bu İlkeler’i belirleyebileceklerini öngören hükümler içermektedir⁴²².

Maddedeki diğer kaynaklar olan “milletler üstü” veya “bölgesel” kaynaklara gelince, bağımsız bir uzmanlar grubu tarafından geliştirilen PECL buna bir örnek olabilir.

Milletlerarası ticaret hukukunun dinamik ve gelişen doğası, milletlerarası, milletler üstü veya bölgesel düzeyde genel kabul gören veya görececek olan “hukuk kuralları” kaynaklarının sayısının artacağını göstermektedir. Bu nedenle Şerh’te de yukarıda verilen örneklerin sınırlı ve nihai olarak değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmiştir⁴²³.

Her ne kadar bu kriter ile tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuk olarak içeriği belirli olmayan veya muğlak kuralları seçmesinin önüne geçmek amaçlansa da hükmün kendisinin “genel kabul görme” kriteri açısından muğlak olduğu belirtilerek eleştirilmektedir⁴²⁴. Bazı yazarlar “genel kabul görme”nin neye göre ve hangi oranda

⁴¹⁹ Şerh, para. 3.5; STAMATIADIS, s. 268.

⁴²⁰ Şerh, para. 3.6.

⁴²¹ Şerh, para. 3.6; İZMİRLİ, s. 364. UNIDROIT İlkeleri için bkz. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/> (Erişim Tarihi: 08.09.2024). Lahey İlkeleri ve UNIDROIT İlkeleri birlikte iki tamamlayıcı enstrüman rolünü oynamaktadır. UNIDROIT İlkeleri, sözleşmenin kurulması, yorumlanması, içeriği ve sona ermesi gibi maddi sözleşme hukuku meselelerini ele alırken, Lahey İlkeleri, bir sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağı sorununu ele almaktadır (MORENO RODRÍGUEZ, s. 5).

⁴²² STAMATIADIS, s. 267. Söz konusu hükmün İngilizce orijinal metni şu şekildedir: “...*They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them...*” (UNIDROIT İlkeleri, Önsöz).

⁴²³ Şerh, para. 3.8.

⁴²⁴ PERTEGAS/MARSHALL, s. 997-998; STAMATIADIS, s. 268.

belirleneceği, kimin veya kimlerin kabulünün beklendiği gibi konularda belirsizliklerin mevcut olduğunu belirtmektedir⁴²⁵. UNIDROIT ve UNCITRAL gibi kuralların “genel kabul görme” kriterini karşıladığı ancak önemli akademisyenler tarafından formüle edilen PECL gibi kuralların bu kriteri karşılayıp karşılamadığının belirlenmesinin zor olduğu da eleştiriler arasındadır⁴²⁶. Diğer taraftan bir devletin hukukunun seçildiği durumlarda “genel kabul görme” şartı aranmadığı halde “hukuk kuralları” için böyle bir şartın aranması da bazı yazarlarca eleştirilmektedir⁴²⁷. Ancak kanaatimizce madde metninde kullanılan “milletlerarası, milletler üstü veya bölgesel” düzeyde kabul görme ifadesi seçilebilecek hukuk kurallarının kapsamını az çok belirlemektedir. Yani kuralların tek bir devlet tarafından kabul görmesini değil milletlerarası alanda veya belli bir bölgede (örneğin Meksika Sözleşmesi) kabul görmesi aranmaktadır.

b) Tarafsız ve Dengeli Kurallar Dizisi

Hukuk kurallarının nitelikleri ile ilgili olan bu kriter “hukuk kurallarının” üç özelliğe sahip olmasını gerektirmektedir: bir kurallar dizisi olması, bu kurallar dizisinin tarafsız olması ve dengeli olmasıdır. Bu üç niteliğin her birinin ayrı bir anlamı vardır⁴²⁸.

İlk olarak, “hukuk kuralları” sadece az sayıda hükümden ibaret değil, bir kurallar bütünü/dizisi (*set of rules*) olmalıdır. Kurallar dizisinden kasıt, içeriği belirli ve uluslararası alanda yaygın olan sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturacak nitelikte kurallar olmasıdır⁴²⁹. Bu bağlamda sadece belirli bir alanda düzenlemeler içeren kuralların bu şartı karşılamayacağını savunan yazarlar mevcuttur⁴³⁰. Karşıt görüşte olan İZMİRLİ ise “*belli bir sistematik çerçevesinde düzenlenen ve yayınlanan kurallar olması kaydıyla*” sadece belirli bir sektöre ait düzenlemeler içeren kuralların da “kurallar dizisi” olarak kabul edilmesi gerektiğini

⁴²⁵ PERTEGAS/MARSHALL, s. 997-998; MICHAELS, s. 17; STAMATIADIS, s. 268; MANKOWSKI, s. 375.

⁴²⁶ H. Akif KARACA, "Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda "Hukuk Kuralları"nın Seçimi: Lahey Prensipleri Madde 3", **Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler Sempozyumu**, 11 Ekim 2018, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, s. 125-126.

⁴²⁷ KARACA, s. 125; MICHAELS, s. 17.

⁴²⁸ Şerh, para. 3.9.

⁴²⁹ Şerh, para. 3.10; STAMATIADIS, s. 268; SAUMIER, s. 17.

⁴³⁰ KARACA, s. 127; MANKOWSKI, s. 378.

belirtmektedir⁴³¹.

Bu durumda diğer bir tartışmalı konu ise ifadenin ticari teamülleri de kapsayıp kapsamadığıdır. İZMİRLİ'ye göre İlkeler'den bağımsız olarak, "hukuk kuralları" ifadesinin bu kuralların "*milletlerarası ticarete genel olarak kabul edildiği ve uygulandığı ölçüde*" ticari teamülleri de kapsamaması gerekmektedir⁴³². Ancak İlkeler uyarınca, ticari teamüllerin sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkları tek başına çözebilecek nitelikte olmaması sebebiyle maddede bahsedilen "kurallar dizisi" şartını karşılamadığı belirtilmektedir⁴³³. Benzer görüşte olan SYMEONIDES ise yargısal bir kararın "hukuk kuralı" olarak nitelendirilemeyeceği gibi ticari teamüllerin de bu kapsama girmeyeceğini belirtmektedir⁴³⁴. Şerh'te ise İlkeler'in konu hakkında sessiz kaldığı ve ticari teamüllerin tarafların hak ve yükümlülükleri üzerindeki etkisinin genellikle ya seçilen hukukun kendisi ya da uyuşmazlığa uygulanan diğer kurallar tarafından belirleneceği belirtilmiştir⁴³⁵.

"Kurallar dizisi" şartını karşılayıp karşılamadığı ile ilgili farklı görüşler olan bir diğer konu ise standart terimlerdir. Taraflarca *Incoterms*'ün⁴³⁶ tamamına yapılan bir atfın hukuk seçimi olarak kabul edilebileceği genel kabul görse de tek bir *Incoterm*'ün kullanılması ile ilgili durum biraz daha farklıdır. Şöyle ki bir kısım yazara göre tek bir *Incoterm* kullanıldığı durumda bir "kurallar dizisi" söz konusu olmadığından hukuk seçimi olarak kabul edilmeyecektir⁴³⁷. Diğer kısım yazarlara göre ise, tek bir *Incoterm*'ün kullanılması da, tarafların *Incoterms*'ün tamamının sözleşmeye uygulanması yönünde örtülü iradelerinin olduğu anlamına gelmektedir⁴³⁸.

Tek bir *Incoterms* teriminin kullanılmasının *Incoterms*'ün tamamına yapılan bir atıf olarak değerlendirip değerlendirilmemesi konusu daha önceden de tartışılan konulardan biri olmuştur. Çünkü tarafların *Incoterms*'deki ticari terimi içeren başka

⁴³¹ İZMİRLİ, s. 365.

⁴³² İZMİRLİ, s. 361, dn. 107.

⁴³³ STAMATIADIS, s. 269.

⁴³⁴ SYMEONIDES, s. 893.

⁴³⁵ Şerh, para. 3.13; İZMİRLİ, s. 364, dn. 122; SAUMIER, s. 17; DOUGLAS/LOADSMAN, s. 9.

⁴³⁶ *Incoterms*, milletlerarası ticarete sıklıkla kullanılan ticari terimleri açıklamak amacıyla ICC'nin Ticaret Hukuku ve Uygulamaları Komisyonu tarafından hazırlanarak ICC tarafından kabul edilmiş kurallar dizisidir. Bu kurallar değişen gerekliliklere ayak uydurmak amacıyla düzenli olarak gözden geçirilmektedir (Halil ERCÜMENT ERDEM, "*Viyana Satım Antlaşması Uyarınca Teamüllerin Önemi*", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, İstanbul, 2016, s. 1031-1032 (Teamüllerin önemi)).

⁴³⁷ SAUMIER, s. 17; KARACA, s. 127.

⁴³⁸ İZMİRLİ, s. 365.

bir belgeye (örneğin CIF, FOB gibi ticati terimler Amerika Birleşik Devletleri'nde, *Uniform Commercial Code*'da da kullanılmıştır) atıf yapma ihtimalleri de mevcuttur. Bu durumda tarafların *Uniform Commercial Code*'a mı yoksa *Incoterms*'e mi atıf yaptığı sorusu ortaya çıkacaktır. Zira aynı ticari terim (örneğin CIF) bu belgelerde farklı şekillerde düzenlenerek temel farklar içerebilmektedir. New York Bölge Mahkemesi 2002 tarihli bir kararında⁴³⁹ *Incoterms*'in milletlerarası ticarete tanınan ve çok sıklıkla kullanılan kurallar dizisi olması nedeniyle, tarafların kullandığı CIF teriminin *Incoterms* kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Kanaatimizce tarafların tek bir *Incoterms* terimini kullanmış olması, her durumda onların *Incoterms*'ün tamamının uygulanması yönünde iradelerinin mevcut olduğu şeklinde yorumlanamaz. Terimlerin farklı ülkelerde farklı düzenlenme ihtimalini de dikkate aldığımızda bu sorunun cevabı her somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir. Nitekim ICC de, *Incoterms* 2010 kuralları'nın girişinde kullandığı “*Eğer Incoterms® 2010 kurallarının sözleşmenize uygulanmasını isterseniz, bunu “[belirtilen yeri de kapsayacak şekilde seçilen Incoterms kuralı] Incoterms® 2010” ifadesini kullanarak Incoterms® 2010’a atıfta bulunarak sözleşmenizde açıkça belirtmeniz gerekir*” şeklindeki ifadelerle *Incoterms*'ün tek bir terimi kullanıldıktan hemen sonra *Incoterms* ifadesinin de kullanılmasını önermektedir⁴⁴⁰.

İkinci koşul, kurallar dizisinin tarafsız (nötr) olmasıdır⁴⁴¹. Bu özellik aslında hukuk kurallarının içeriği ile ilgili değil nereden geldiği, yani kaynağını nereden aldığı ile de ilgilidir⁴⁴². Bu şartın karşılanması için hukuk kuralının kaynağı, sözleşmenin tarafları ile bağlantılı olmayan tarafsız, farklı hukuki, siyasi ve ekonomik bakış açılarını yansıtan bir kuruluş veya organizasyon olarak tanınmalıdır⁴⁴³.

Hukuk kuralları için aranan üçüncü özellik bu kuralların dengeli olmasıdır. Bu özelliğin gerekçesi ise ticari sözleşmelerde irade serbestisine yer verilmesinin altında

⁴³⁹ U.S. District Court, S.D., New York, St. Paul Guardian Insurance Co., et al. v. Neuromed Medical Systems & Support, et al. (26.03.2002). Karar için bkz. https://www.uncitral.org/clout/clout/data/usa/clout_case_447_leg-1672.html (Erişim Tarihi: 24.10.2024).

⁴⁴⁰ Bkz. *Incoterms* 2010, İç ve Dış Ticarete ilişkin Ticari Terimlerin Kullanımı için ICC Kuralları, ICC Yayın no. 715, s. 11 (ERDEM, Teamüllerin önemi, s. 1033 ve dn. 36'dan naklen).

⁴⁴¹ İZMİRLİ, s. 366.

⁴⁴² SAUMIER, s. 16; STAMATIADIS, s. 269.

⁴⁴³ Şerh, para. 3.11; İZMİRLİ, s. 366; STAMATIADIS, s. 269.

yatan sebebin, tarafların eşit pazarlık gücüne sahip olduğu varsayımdır⁴⁴⁴. Ayrıca devlet kanunlarının dengeli olduğu varsayımının “hukuk kurallarına” her koşulda aktarılamayacağı da bu özelliğin gerekçesi olarak gösterilmiştir⁴⁴⁵. Bu özelliğin aranması ile belirli bir bölgesel veya küresel sektördeki işlemlerin sadece bir tarafına fayda sağlayan bir dizi kuralın seçilmesinin önüne geçmek amaçlanmıştır⁴⁴⁶.

c) Mahkemenin Hukukunun Aksini Öngörmemesi

Yukarda belirtildiği üzere İlkeler “hukuk kuralları”nın seçimine milli mahkemeler açısından sınırlama getirmiştir. Şöyle ki eğer uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkim değil de⁴⁴⁷ dava yolu belirlendiyse taraflar yukardaki kriterleri sağlayan hukuk kurallarını davanın görüldüğü “mahkemenin hukuku aksini öngörmedikçe” seçebilmektedir⁴⁴⁸. STAMATIADIS maddede bu düzenlemeye yer verilmeseydi dahi bu kuralın uygulanması gerektiğini belirtmektedir⁴⁴⁹. Çünkü bağlayıcılığı bulunmayan bir esnek hukuk aracı olan İlkeler’in tatbiki için buna mahkemenin hukukunun izin vermesi gerekmektedir⁴⁵⁰. Ancak İlkeler karışıklığa mahal vermemek adına bu hususu açıkça düzenlemiştir⁴⁵¹. Diğer taraftan daha önce de belirtildiği üzere devletlerin hukuk sistemlerinde genellikle “mahkemenin hukuku aksini öngördüğünden” yani milli mahkemelerde “hukuk kuralları”nın seçimine izin verilmediğinden 3. maddenin uygulama alanı bulamayacağını savunan görüşler de mevcuttur⁴⁵². Ancak kaanatimizce, İlkeler’in amaçlarından birinin milletlerarası özel hukuk kurallarının oluşturulması ve geliştirilmesi olduğundan, İlkeler bu madde ile şimdiki durumda taraflara hitap etmese bile ulusal düzenlemelerde hukuk kurallarının seçimine ilişkin ilerde yapılacak düzenlemelerde tavsiye niteliğiyle örnek teşkil edecektir.

⁴⁴⁴ Şerh, para. 3.12; PERTEGAS/MARSHALL, s. 997.

⁴⁴⁵ Seçilebilecek hukuk kurallarının “dengeli” olma şartı bu şartın bir devletin hukuku için değil de sadece anasyonel hukuk kuralları için aranması sebebiyle bazı yazarlar tarafından eleştirilmektedir. Bkz. MICHAELS, s. 16; GIRSBERGER/COHEN, s. 329. Ancak Şerh’te verilen bu açıklama bu şartın neden sadece hukuk kuralları için arandığını açıklamaktadır. Bkz. Şerh, para. 3.12.

⁴⁴⁶ Şerh, para. 3.11; PERTEGAS/MARSHALL, s. 997.

⁴⁴⁷ Bu sınırlama uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkim yolunun belirlendiği durumlar için geçerli değildir. Bkz. BASEDOW, s. 314.

⁴⁴⁸ STAMATIADIS, s. 269.

⁴⁴⁹ STAMATIADIS, s. 269.

⁴⁵⁰ GIRSBERGER/COHEN, s. 327; STAMATIADIS, s. 269.

⁴⁵¹ İZMİRLİ, s. 368.

⁴⁵² MARSHALL, s. 188. Bkz. dn. 35.

3. “Hukuk Kuralları”nın Seçiminin Yaratabileceği Sorunlar

Tarafların sözleşmelerini yönetmek için “hukuk kuralları” belirledikleri durumlarda, bu hukuk kurallarının kapsamadığı konular olabilir. Hukuk kurallarının bu özelliği yani genellikle belirli bir sektör veya konuya ilişkin düzenlemeler içermesi milli mahkemelerde kabul görmemelerinin esas nedenlerinden biri olarak da gösterilmektedir⁴⁵³. Böyle durumlarda seçilen hukuk kuralları ile düzenlenmeyen konuların nasıl çözüleceği sorusu ortaya çıkmaktadır. İlkeler bahsi geçen boşluklara uygulanmak için özel olarak “boşluk doldurma kuralları” öngörmemektedir⁴⁵⁴. Bunun yerine Şerh’te olası boşlukların önüne geçmek için taraflara hukuk seçimi yaparken bunu göz önünde bulundurarak esas hukuk seçimine ek olarak “tamamlayıcı hukuk seçimi” de yapmaları önerilmektedir⁴⁵⁵. Böylelikle yine irade muhtariyetini esas alarak boşlukları dolduracak hukukun da tarafların seçtikleri hukuk olması sağlanmıştır. Bazı yazarlar İlkeler’in konuya yönelik bu yaklaşımını tamamlayıcı hukuk seçiminin hukuk kuralları seçiminin değerini azaltacağını belirterek eleştirmektedir⁴⁵⁶. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, tamamlayıcı hukuk seçimi sadece hukuk kurallarının kapsamadığı alanlarda geçerli olacaktır. Ayrıca boşlukları tamamlamak için seçilen hukukun bir devletin hukuku olduğu durumlarda bile bu devletin hukukunun emredici hükümleri ile seçilen hukuk kuralları çatışırsa seçilen hukuk kuralları uygulanacaktır⁴⁵⁷. Ancak her koşulda tarafların hukuk seçimi yaparken hangisinin esas hukuk seçimi hangisinin tamamlayıcı hukuk seçimi olduğunu açıkça belirtmeleri olası karışıklıklarının önüne geçecektir⁴⁵⁸.

Tarafların İlkeler’i kullanarak herhangi başka bir esnek hukuk aracını sözleşmelerine uygulanmak için seçtiği durumlarda ortaya hiyerarşi sorunları çıkabilmektedir⁴⁵⁹. İlkeler’in devletin iç hukukuna aktarılmadığını varsayarsak İlkeler vasıtasıyla yine bağlayıcılığı olmayan başka bir esnek hukuk aracının seçildiği

⁴⁵³ MICHAELS, s. 18; STAMATIADIS, s. 269.

⁴⁵⁴ İlkeler’in aksine CISG (m. 7/2) ve UNIDROIT İlkeleri (m. 1/6), bu belgeler ile düzenlenmeyen konuların nasıl çözüleceğine ilişkin kurallar içermektedir. CISG metni için bkz. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf (Erişim Tarihi: 21.05.2024).

⁴⁵⁵ Şerh, para. 3.14; MICHAELS, s. 18; STAMATIADIS, s. 269.

⁴⁵⁶ MICHAELS, s. 18; STAMATIADIS, s. 269.

⁴⁵⁷ İZMİRLİ, s. 369.

⁴⁵⁸ MARSHALL, s. 197.

⁴⁵⁹ MARSHALL, s. 182.

durumlarda hangi hukuk aracının diğerine nazaran önceliği olacağı, diğerini yöneteceği gibi konular muğlaktır⁴⁶⁰. Örnek olarak İlkeler vasıtasıyla UNIDRIOT İlkeleri'in seçildiği durum gösterilebilir.

Aynı şekilde yine İlkeler'in iç hukuka aktarılmadığını varsaydığımızda, İlkeler vasıtasıyla uygulanacak hukuk olarak aynı zamanda hâkimin hukukunun bir parçası olan bir milletlerarası sözleşmenin seçilmesi durumunda da hiyerarşi sorunları meydana gelebilmektedir. Bu durumda bu devlette pozitif geçerliliği olan milletlerarası sözleşmenin yine aynı devlette herhangi bir bağlayıcılığı bulunmayan İlkeler üzerinde üstünlüğünün kabul edilmesi gerektiğini savunan görüşler mevcuttur⁴⁶¹. Ancak kanaatimizce bahsi geçen milletlerarası sözleşme taraflarca bu devletin hukukun bir parçası olarak değil bağımsız bir hukuk kuralı olarak seçilmektedir. Yani seçilen hukuk o devletin hukuku değil de hukuk kuralı ise, bu hukuk kuralının o devlette pozitif geçerliliği olup olmamasının önem taşımaması gerekmektedir.

D. Hukuk Seçiminin Asıl Sözleşmeden Ayrılabilirliği/Bağımsızlığı

Hukuk seçimi, seçilen hukukun uygulanacağı esas (ana) sözleşmenin hükümlerinden ayırt edilmelidir. Ana sözleşme örneğin bir satış sözleşmesi, hizmet sözleşmesi veya kredi sözleşmesi olabilir. Taraflar bu sözleşmeye uygulanacak hukuku, sözleşmenin içine koydukları bir hükümle belirleyebilirler veya hukuk seçimine ilişkin ayrı bir sözleşme yapabilirler (bundan sonra her biri "*hukuk seçimi anlaşması*" olarak anılacaktır). Hukuk sistemlerinde hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği⁴⁶² konusunda birbirinden farklı iki yaklaşım mevcuttur. İlk yaklaşıma göre hukuk seçimi anlaşması asıl sözleşmesinin bir parçası olarak değerlendirilmekte ve asıl sözleşmenin geçersiz olması halinde hukuk seçimi de geçersiz olarak kabul edilmektedir⁴⁶³. Diğer yaklaşıma göre ise hukuk seçimi anlaşması, asıl sözleşme içerisinde bir şart veya ayrı bir sözleşme olarak düzenlenmiş olması fark etmeksizin, asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşme olarak kabul edilmekte ve asıl sözleşmenin

⁴⁶⁰ MARSHALL, s. 190.

⁴⁶¹ MARSHALL, s. 190.

⁴⁶² Hukuk seçiminin geçerliliği ile geçerli bir hukuk seçimi anlaşmasının sonuç doğurması konuları birbirinden farklıdır (DEMİRKOL, s. 78). Hukuk seçimi anlaşmasına sonuç tanınması için bu seçime *lex fori*'nin imkân tanıyor olması aynı zamanda seçimin *lex fori*'nin çizdiği sınırlar dahilinde (*lex fori*'nin öngördüğü biçimde ve kapsamda) yapılmış olması gerekmektedir (AYDOĞDU, s. 177).

⁴⁶³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 334.

geçersizliği, hukuk seçimi anlaşmasına da şamil olduğu durumlar dışında, hukuk seçiminin geçerliliğini etkilememektedir⁴⁶⁴. Doktrinde de hâkim olan bu yaklaşıma göre hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği bu anlaşmaya uygulanacak hukuka göre belirlenmelidir⁴⁶⁵.

İlkeler’de de doktrinde hâkim olan görüşe uyumlu bir yaklaşım benimsenmiş ve hukuk seçimi anlaşmasının asıl sözleşmeden “ayrılabilirliği” (“severability/seperability”) ilkesi⁴⁶⁶ kabul edilmiştir⁴⁶⁷. Konuyu düzenleyen 7. maddeye göre “*Hukuk seçimine, yalnızca seçilen hukukun uygulanacağı sözleşmenin geçersiz olması sebebiyle itiraz edilemez*”. Bu hüküm uyarınca hukuk seçimi anlaşması gerek şekil açısından gerekse de esas açısından esas sözleşmeden bağımsız olarak değerlendirilecek ve asıl sözleşmenin geçersizliği kendiliğinden hukuk seçimi anlaşmasını da geçersiz kılmayacaktır⁴⁶⁸. Aksine, seçilen hukuk (bağımsız olarak değerlendirildiğinde geçersiz değilse) asıl sözleşmenin geçersizliğinin sonuçlarına uygulanacak hukuku belirlemektedir⁴⁶⁹. Ancak belirtmek gerekir ki, madde metninden (maddede kullanılan “yalnızca” (“solely”) ifadesinden) de görüldüğü üzere asıl sözleşmenin geçersizliği tek başına hukuk seçimi anlaşmasının geçersiz kılınması için yeterli değildir⁴⁷⁰. Diğer bir ifadeyle, asıl sözleşmenin geçersizliği sebebiyle hukuk seçimi anlaşmasının geçersiz sayılması somut olayda başka unsurların da olduğu durumda mümkün olabilecektir⁴⁷¹. Örneğin hem asıl sözleşmenin hem de hukuk seçimi anlaşmasının reşit olmayan birisi tarafından yapılması durumunda hukuk seçimi anlaşması da geçersiz sayılacaktır⁴⁷².

Yukarda da bahsedildiği üzere yaygın olan görüş hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğinin bu anlaşmaya uygulanacak hukuka göre belirlenmesi yönündedir. Ancak

⁴⁶⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 334; MURTAZ, 90; NOMER, s. 325; Aynı zamanda hukuk seçimi anlaşmasının geçersizliği de asıl sözleşmenin geçerliliğini etkilememektedir (TİRYAKİOĞLU, s. 26).

⁴⁶⁵ DEMİRKOL, s. 78; TİRYAKİOĞLU, s. 25. Asıl sözleşmenin geçersizliğinin hukuk seçimi anlaşmasını da geçersiz kılması ilk bakışta pratik açıdan önemsiz bir konu gibi görünse de hukuk seçimi anlaşması asıl sözleşmenin geçersizliğinin sonuçları yönetecek hukukun tayininde büyük önem taşımaktadır (AYDOĞDU, s. 178, dn. 651).

⁴⁶⁶ Bu ilke tahkim alanında da New York Sözleşmesi’ne taraf olan devletlerde yaygın olarak kabul edilmekte ve UNCITRAL Model Kanunu (m. 16/1) ile birçok milletlerarası veya kurumsal tahkim kuralı tarafından da açıkça benimsenmektedir (Şerh, para. 7.7).

⁴⁶⁷ STAMATIADIS, s. 269; İZMİRLİ, s. 378; AYDOĞDU, s. 178, dn. 651.

⁴⁶⁸ Şerh, para. 7.8; GIRSBERGER/COHEN, s. 324.

⁴⁶⁹ Şerh, para. 7.1.

⁴⁷⁰ Şerh, para. 7.8.

⁴⁷¹ İZMİRLİ, s. 378.

⁴⁷² Şerh, para. 7.10 ve örn. 7-4, s. 61; AYDOĞDU, s. 178, dn. 651.

doktrinde ve pozitif düzenlemelerde hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine hangi hukukun uygulanacağı konusunda fikir birliği bulunmamaktadır⁴⁷³. *Lex fori*'nin uygulanması gerektiğini savunan ilk görüşe göre seçilen hukukun uygulanmasından önce hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğinin araştırılması gerekmektedir⁴⁷⁴. Amerikan hukukunda hâkim olan bu uygulama *Restatement II* şerhinde (para. 187 *comment b*) de belirtilmiştir⁴⁷⁵. Ancak bu görüş hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği zedelediği⁴⁷⁶; tarafları davayı kendi lehine sonuçlanmasına elverişli olan mahkemede açmasına (*forum shopping*) teşvik etmesi⁴⁷⁷; ayrı tarafların farklı devlet mahkemelerinde dava açması durumunda hukuk seçimi anlaşmasına birden fazla devletin hukukunun uygulanması ihtimalinin bulunması⁴⁷⁸ sebeplerinden dolayı eleştirilmektedir.

Hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk ile ilgili bir diğer görüş ise son zamanlarda kabul gören ve pozitif hukuk düzenlemelerinde de benimsenen, asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçilmek istenen hukukun (*lex contractus*) uygulanmasıdır⁴⁷⁹. Bu görüş ise seçilen hukukun sadece bu seçimin geçerli kabul edilmesi durumunda hukuk seçimi anlaşmasına uygulanabileceği ve bu durumun kısır bir döngü oluşturduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir⁴⁸⁰. Görüş ile ilgili diğer bir eleştiri, ise taraflardan birinin iradesinin ikrah (zorlama) yoluyla sakatlandığı ihtimalde seçilen hukukta irade sakatlıklarına karşı bir yaptırım düzenlenmiyorsa hukuk seçimi anlaşmasının bu haliyle geçerli kabul edilmesi ve sonuç doğuracak

⁴⁷³ Doktrinde hukuk seçimi anlaşmasına uygulanacak hukuk ile ilgili görüşler için daha detaylı bkz. DOĞAN, s. 27 vd; TİRYAKIOĞLU, s. 25 vd; DEMİRKOL, s. 83 vd.

⁴⁷⁴ DOĞAN, s. 210; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 334; TİRYAKIOĞLU, s. 26; STAMATIADIS, s. 269.

⁴⁷⁵ Ayrıca bkz. SYMEONIDES, s. 133.

⁴⁷⁶ TİRYAKIOĞLU, s. 26. Hukuk seçimi anlaşması yapıldığı zaman yetki anlaşması yapılmamışsa hâkimin hukuku belirsiz olacak ve taraflar hukuk seçimi anlaşmalarına hangi hukukun uygulanacağını öngöremeyecektir.

⁴⁷⁷ TİRYAKIOĞLU, s. 26. Bu durumda davayı açan taraf, başlangıçta seçtikleri hukukun uygulanmasını istemiyorsa, davayı bu hukuk seçimi anlaşmasını geçersiz kılacak devlet mahkemesinde açabilecektir.

⁴⁷⁸ DEMİRKOL, s. 84. Bu durumda hukuk seçimi anlaşması bir devlet mahkemesinde çeşitli sebeplerle geçersiz sayılması rağmen diğer devlet mahkemesinde geçerli sayılacaktır (AYDOĞDU, s. 181).

⁴⁷⁹ ÇINAR, s. 82; DOĞAN, s. 210; NOMER, s. 329; TEKİNALP, s. 278; TİRYAKIOĞLU, s. 27; STAMATIADIS, s. 269. Görüşün gerekçesi ise tarafların aşına oldukları ve aralarındaki ilişkiyi yönetmesi için uygun gördükleri hukukun hukuk seçimi anlaşmasına uygulanması durumunda taraf iradelerine en üst düzeyde etki tanınacak ve hukuki öngörülebilirliğin sağlanacak olmasıdır.

⁴⁸⁰ DEMİRKOL, s. 85; TİRYAKIOĞLU, s. 26; SYMEONIDES, s. 133-134. TİRYAKIOĞLU her ne kadar eleştirilere katılmasa da genel işlem şartları ile akdedilen sözleşmeler ve taraflardan birinin zayıf konumda olduğu sözleşmelerde zayıf veya genel işlem şartları dayatılan tarafın kişisel hukukunun uygulanmasını daha uygun ve yerinde bulduğunu da belirtmektedir.

olmasıdır⁴⁸¹. DEMİRKOL'un bir diğer eleştirisi ise tarafların birbirine genel işlem şartları göndermeleri ve bu şartların her birinde farklı hukukların seçilmiş olması durumunda uygulanacak hukukun belirsiz olması konusundadır⁴⁸².

Seçilmek istenen hukukun uygulanması yaklaşımı son zamanlarda tüm eleştirilere rağmen pozitif hukuk düzenlemelerinde benimsenmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi her ne kadar eski kararlarında hukuk seçimi anlaşmasını *lex fori*'ye tabi tutsa da IPRG yürürlüğe girdikten sonra m. 116/2 ile hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği seçilen hukuka tabi tutulmuştur⁴⁸³. Roma I Tüzüğü'nde de hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği tarafların asıl sözleşmeye uygulanmasını amaçladıkları hukuka tabi tutulmuştur (m. 10). Lahey Satış Sözleşmesi'ndeki düzenlemeye göre ise hukuk seçimine yönelik tarafların rızasının varlığı ve maddi geçerliliği, seçimi geçerli kıldığı takdirde seçilen hukuka; geçersiz kıldığı takdirde objektif bağlama kuralına göre belirlenecek hukuka tabi tutularak karma bir sistem benimsenmiştir (m. 10/1)⁴⁸⁴.

Hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun belirlenmesindeki bir diğer çözüm önerisi ise hukuk seçimi anlaşmasını bağımsız bir sözleşme olarak değerlendirerek uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenmesidir⁴⁸⁵. DEMİRKOL'a göre hukuk seçimi anlaşmasına uygulanacak hukuk taraflarca seçilmediyse, hukuk seçimi "sözleşmesi"nde karakteristik edim de bulunmadığından bu anlaşmaya hukuk seçiminin en sıkı ilişkide olduğu hukuk uygulanacaktır⁴⁸⁶. Yazara göre eğer bu çözüm önerisi kabul edilmezse hukuk seçimi

⁴⁸¹ DEMİRKOL, s. 83. Karşıt görüşe göre ise bu risk hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak tüm hukuklarda vardır. Bu nedenle geçerli bir gerekçe olarak kabul edilemez. Bkz. AYDOĞDU, s. 184.

⁴⁸² DEMİRKOL, s. 83. Ancak İlkeler bahsi geçen sorunu m. 6/1-b bendi ile çözüme kavuşturmuştur. Daha detaylı ilgili bölümde bahsedilecektir. Bkz. "Genel İşlem Şartları İçerisinde Yer Alan Hukuk Seçiminin Geçerliliği".

⁴⁸³ Bu konuda bkz. Turgut TURHAN, "İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku", AÜHFD, C. 41, S. 1, 1990, s. 124.

⁴⁸⁴ DEMİRKOL, s. 86; AYDOĞDU, s. 182; MURTAZ, s. 68.

⁴⁸⁵ DEMİRKOL, s. 87-88. Yazar aslında hukuk seçimi anlaşmalarına "*sınır aşan bir işlem veya eyleme uygulanacak lex mercatoria ve anasyonel hukuk da dahil olmak üzere her tür hukuk normunu barındıran bir düzen*" olarak adlandırdığı *transnational* hukukun uygulanmasını daha yerinde bulmaktadır. Ancak bu uygulamanın yargı organlarında kabul edilmesinin ve *transnational* hukukun kapsamının belirlenmesinin zor olacağı gerekçesiyle diğer çözüm önerisi olan kanunla ihtilafı kurallarına göre belirlenmesini önermiştir. Bkz. DEMİRKOL, s. 86-87.

⁴⁸⁶ DEMİRKOL, s. 87-88. Yazar aynı zamanda hukuk seçimi anlaşmasının en sıkı ilişkili olduğu hukukun asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk veya asıl sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukuk ile aynı olmadığını da belirtmiştir. Bu çözüm önerisi ise MÖHUK m. 24'ün hukuk seçimi anlaşmasının kendisine değil tarafların uygulanacak hukuku seçebilecekleri sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanmak üzere getirildiği ve hukuk seçimi anlaşmalarında karakteristik edim bulunmadığından m. 24'ün uygulanmasının mümkün görünmediği gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Bkz. AYDOĞDU, s. 186.

anlaşmasına *lex fori*'nin uygulanması *lex contractus*'un uygulanmasından daha uygun olacaktır⁴⁸⁷.

Gerek Türk gerek Azerbaycan hukukunda ise hukuk seçiminin varlığı ve maddi geçerliliği konusuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte doktrinde birbirinden farklı görüşler ileri sürülmektedir. Uygulamada ve doktrinde genel kabul gören görüş ise taraflarca seçilmek istenen hukukun yani *lex contractus*'un uygulanması yönündedir⁴⁸⁸. Doktrinde aynı zamanda hukuk seçiminin varlığı ve geçerliliği konusunun “sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı ve maddi geçerliliği” başlıklı MÖHUK m. 32 kapsamına girip girmediği de değerlendirilmektedir. Ancak hukuk seçimi anlaşmasının esas sözleşmenin bir hükmü şeklinde yapıldığı durumlarda bile bu sözleşmeden ayrı ve bağımsız olarak kabul edildiği ve “sözleşmeden doğan” bir ilişki niteliğinde olmayacağı gerekçeleriyle MÖHUK m. 32 kapsamına dahil edilemeyeceği belirtilmektedir⁴⁸⁹.

İlkeler’de ise hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği yani tarafların iradelerinin varlığı ve geçerliliğini yönetecek hukuk konusu *lex contractus* ve tarafların işyerinin bulunduğu devletin hukukunun birlikte uygulanmasını öngören 6. maddenin birinci (a) ve ikinci fıkraları ile düzenlenmiştir⁴⁹⁰. Roma I Tüzüğü (m. 10/1) ve Meksika Sözleşmesi (m. 12/1) gibi belgelerle uyumlu olarak kabul edilen bu yaklaşıma göre “*tarafların hukuk seçimi konusunda anlaşıp anlaşmadıkları tarafların üzerinde anlaşıldığı iddia edilen hukuka tabidir*” (m. 6/1-a)⁴⁹¹. Aynı zamanda seçilen hukukun kapsamını düzenleyen 9. maddenin birinci fıkrasında da sözleşmenin geçerliliği ve geçersizliğin sonuçları taraflarca seçilen hukukun kapsamında dahil edildiğinden (m. 9/1-e) seçildiği iddia edilen hukuk, hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği ile birlikte, geçersizliğin sonuçlarını da yönetecektir⁴⁹².

Bununla birlikte koşullar dolayısıyla bir tarafın hukuk seçimine rıza gösterip

⁴⁸⁷ DEMİRKOL, s. 88.

⁴⁸⁸ Doktrindeki görüşler için daha detaylı bkz. AYDOĞDU, s. 183-185.

⁴⁸⁹ Bu yönde görüşler için bkz. BAYATA CANYAŞ, s. 84; DEMİR GÖKYAYLA, s. 294.

⁴⁹⁰ STAMATIADIS, s. 270.

⁴⁹¹ GIRSBERGER/COHEN, s. 323; Madde metninde diğer belgelerde kullanılan “hukuk seçiminin varlığı ve maddi geçerliliği” ifadesini kullanmaktan özellikle kaçınılmış bunun yerine tarafların hukuk seçimi yapıp yapmadığına yönelik tüm hususları kapsamı amaçlanan “anlaşma” ifadesi kullanılmıştır. Şerh’te bunun gerekçesi olarak “hukuk seçiminin varlığı ve maddi geçerliliği” ifadesinin farklı hukuk sistemlerinde farklı anlamlara gelebileceği ve bu durumun ise hukuk seçimine itiraz yollarını genişleterek İlkeler’in sağlamaya çalıştığı hukuki kesinlik ve öngörülebilirliği zayıflatabileceği gösterilmiştir (Şerh, para. 6.6).

⁴⁹² İZMİRLİ, s. 376.

göstermediğinin tespitinin birinci fıkrada ifade edilen hukuka göre yapılmasının makul olmadığı durumlarda bu tespitin o tarafın işyerinin bulunduğu devletin hukukuna göre yapılacağını belirleyen bir istisna hükmü de düzenlenmiştir (m. 6/2)⁴⁹³. Söz konusu hüküm (m. 6/2) uyarınca hukuk seçiminde taraf iradesinin varlığı teyit edilirse diğer tüm hususlara seçilen hukuk uygulanır⁴⁹⁴. Bu düzenlemenin hususen susmanın kabul anlamına gelip gelmediği gibi durumlarda uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir⁴⁹⁵. Örneğin X devletinde yerleşik A tarafı, Y devletinde yerleşik B Tarafına uygulanacak hukuk olarak X devletinin hukukunu belirleyen madde içeren bir teklif gönderir. X devleti hukukuna göre, teklif sahibinin sessiz kalmasının kabul olarak değerlendirilmesine rağmen Y devleti hukukuna göre, sessizlik kabul anlamına gelmemektedir. B tarafı, hukuk seçimine rıza göstermediğini kanıtlamak için Y devleti hukukuna başvurabilir. Mahkeme veya hakem heyeti, B'nin hukuk seçimi anlaşmasına X devleti hukuku uyarınca rıza gösterdiğine karar vermenin “somut koşullar altında” “makul olmayacağı” sonucuna varırsa, Y devleti hukukunu uygulayacaktır⁴⁹⁶.

E. Genel İşlem Şartları İçerisinde Yer Alan Hukuk Seçiminin Geçerliliği

Genel işlem şartları, sözleşmenin taraflarından birinin belirli nitelikteki belirsiz sayıda sözleşme için önceden formüle ettiği ve taraflar arasında bireysel olarak müzakere edilmeyen şartlardır⁴⁹⁷. Eskiden daha çok bankalar, sigorta ve taşımacılık

⁴⁹³ Şerh, para. 6.4; STAMATIADIS, s. 270. Şerh'te bu hükmün uygulanması için iki şart arandığı belirtilmektedir. Bunlardan ilki hukuk seçimi anlaşmasına uygulanacak hukukun birinci fıkraya göre belirlenmesinin makul olmaması; ikincisi ise bu hukuk seçimi anlaşmasının itirazda bulunan tarafın işyerinin bulunduğu devletin hukukuna göre geçersiz olması. Bkz. Şerh, para. 6. 28; MURTAZ, s. 71.

⁴⁹⁴ Şerh, para. 6.5; STAMATIADIS, s. 270. Türk hukukunda benzer bir düzenleme sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı ve maddî geçerliliğine yönelik MÖHUK m. 32/f. 2 ile yapılmıştır: “*Taraflardan birinin davranışına hüküm tanınmanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır*”.

⁴⁹⁵ İZMİRLİ, s. 378.

⁴⁹⁶ Şerh, örn. 6-1. Bu düzenleme “*Taraflardan birinin davranışına hüküm tanınmanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır*” şeklindeki MÖHUK m. 32/2 ile benzerlik göstermektedir.

⁴⁹⁷ Principles on European Contract Law md. 2:209. Para. 3. Bkz. <https://www.trans-lex.org/400200> (Erişim Tarihi: 28.06.2024). UNIDRIOT İlkeleri'nde de Madde 2.1.19 ile “*Standart şartlar, taraflardan birince genel ve devamlı kullanım için önceden hazırlanan ve diğer tarafla fiilen müzakere edilmeden kullanılan hükümlerdir*” şeklinde benzer bir tanım benimsenmiştir. Türk hukukunda, konuya ilişkin düzenlemeler, Borçlar Kanunu m. 20 - m. 25 arasında yer almaktadır. BK m. 20/1 genel işlem şartlarını şu şekilde tanımlamaktadır: “*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir*”. Fıkra kullanılarak “düzenleyen” ifadesi genel işlem koşullarının mutlaka sözleşme taraflarından biri tarafından oluşturulması gerektiği yönünde daraltıcı bir anlam içerdiği gerekçesiyle eleştirilmekte ve bu ibarenin yerine “kullanan” ibaresinin kullanılması önerilmektedir (Yeşim M. ATAMER, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem*

şirketleri tarafından kullanılan bu hükümler günümüzde ticaret alanında geniş bir uygulama alanı kazanmıştır⁴⁹⁸. Özellikle milletlerarası ticari sözleşmelerin müzakeresi, hazırlanması ve kurulması süreçlerinde sıklıkla müracaat edilen bir yöntem olarak karşımıza çıkan bu hükümler taraflara bazı avantajlar sağlamaktadır. İlk olarak tarafları her sözleşme yapılırken ayrı hukuki danışmanlık alma külfetinden kurtarmakta ve buna bağlı olarak işlemin maliyetinden de tasarruf edilmektedir. Bu hükümlerin bir diğer avantajı ise taraflara uyumsuzluk durumunda başvurulacak yolları önceden belirleyerek karşılaşılabilecekleri risklere karşı daha temkinli davranma imkanı sunması, böylelikle hukuki öngörülebilirliği artırmasıdır⁴⁹⁹.

Genel işlem şartları taraflara yukarıda bahsedilen avantajları sağlamakla birlikte bazı sorunlara da yol açabilmektedir. Şöyle ki her bir tarafın karşı tarafa kendi genel işlem şartlarını göndermesi sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Böyle bir durumda her bir taraf kendi genel işlem şartlarını kendi menfaatlerini gözeterek hazırladığından bu şartlar birbiriyle çelişkili hükümler içerebilmektedir⁵⁰⁰. Örneğin, alıcının kendi lehine olan teminat hükümleri ve satıcının sorumluluklarını genişleten hükümler içeren genel işlem şartlarına karşılık, satıcının genel işlem şartları alıcının teminat hükümlerini geçersiz kılarak kendi sorumluluklarını daraltabilmektedir. Taraflar ise bu çelişkili hükümlere rağmen, sözleşmenin kurulduğunu varsayarak sözleşmenin ifasına başlamakta ve sonuçta hukuki ihtilaflar ortaya çıkabilmektedir⁵⁰¹. Böyle bir durumda cevaplanması gereken birkaç soru vardır. İlk olarak tarafların kendi genel işlem şartlarını birbirlerine karşılıklı olarak göndermesi onlar arasında geçerli bir sözleşmenin kurulmuş sayılması için yeterli midir? Eğer yeterli ise sözleşmenin içeriği nasıl tespit edilecek ve taraflardan birinin genel işlem şartlarına üstünlük tanınacak mıdır? Doktrinde üzerinde yoğun tartışmalar yapılan bu sorunlar “genel işlem

Şartlarının Denetlenmesi, 1. Bası, 2001, s. 66). Azerbaycan hukukunda ise konu, Medeni Kanun m. 417-m. 420 arasında düzenlenmiştir. Madde 417/1 genel işlem şartlarını şu şekilde tanımlamaktadır: “Sözleşmenin genel işlem şartları, önceden belirlenmiş ve tekrar kullanılmak üzere tasarlanmış, bir taraf (teklif eden) tarafından diğer tarafa sunulan, önceden belirlenen kurallardan farklı olan ve bu kuralları tamamlayan düzenlemelerdir”.

⁴⁹⁸ Gülören TEKİNALP/Ayfer UYANIK, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, s. 276 ve 292. ABD’de mal ve hizmet alımı ve fikri haklara yönelik sözleşmelerin tahminen %99’u genel işlem şartları ile hazırlanmaktadır. Bkz. Corneill STEPHENS, “Escape From the Battle of the Forms: Keep It Simple, Stupid”, **Lewis & Clark Review**, Vol. 11, 2007, s. 235, 236. Bkz. <https://ssrn.com/abstract=1300569> (Erişim Tarihi: 28.06.2024).

⁴⁹⁹ STEPHENS, s. 235.

⁵⁰⁰ Giesela RÜHL, “The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations”, **U. Pa. J. Int’l Econ. L.** [24:1], 2003, s. 189.

⁵⁰¹ STEPHENS, s. 236.

şartlarının çatışması” (*battle of forms*) olarak adlandırılmaktadır⁵⁰².

İlk sorunun cevabı ile ilgili doktrinde iki yaklaşım mevcuttur. İlk yaklaşım sözleşmenin, tarafların “öneri” ve “kabul” beyanlarının birbirleri ile uyumlu olduğu takdirde kurulmuş kabul edildiği ve karşı beyanın öneriden farklı unsurlar içerdiği, onu değiştirdiği durumda sözleşmenin kurulmuş kabul edilemeyeceği teorisinin genel işlem şartlarının çatışmasına uygulanması neticesinde ortaya çıkmıştır⁵⁰³. Başka bir ifade ile, bu yaklaşımdan yola çıkıldığında tarafların genel işlem şartları birbiri ile çatışıyorsa teorik anlamda kurulmuş bir sözleşmeden bahsedilemez⁵⁰⁴. Gerek doktrinde gerekse de uygulamada daha çok kabul gören ikinci yaklaşımda ise, tarafların karşılıklı olarak birbirine gönderdikleri genel işlem şartları çatışsa bile eğer taraflar sözleşmeden kaynaklanan borçların ifasına başlamışsa sözleşme taraf iradesi ve sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince kurulmuş sayılmaktadır⁵⁰⁵.

İkinci yaklaşımdan yola çıkarak, kurulmuş kabul edilen sözleşmenin içeriğinin tespiti sorunu ile ilgili olarak milletlerarası düzenlemeler ve gelişmiş devletlerin uygulamalarında⁵⁰⁶ üç farklı çözüm yöntemi geliştirilmiştir. Bunlardan ilki daha çok *Anglo-sakson* hukuk sistemlerinde benimsenen son atış kuralıdır (*last-shot rule*). Bu kurala göre sözleşmenin müzakeresi sürecinde en son atıf yapılan genel işlem şartlarına diğer genel işlem şartlarına nazaran üstünlük tanınmakta ve sözleşmenin içeriğini bu şartlar oluşturmaktadır⁵⁰⁷. Ancak bu yöntem en son atıf yapılan genel işlem şartlarının belirlenmesinin güç olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir⁵⁰⁸.

⁵⁰² Peter WINSHIP, “The Hague Principles, the CISG, and the “Battle of Forms””, Seventeenth Biennial Meeting of the International Academy of Commercial and Consumer Law, **Penn State Journal of Law & International Affairs**, Vol. 4: Issue 1, December 2015, s. 154; RÜHL, s. 189; STEPHENS, s. 236.

⁵⁰³ Thomas KADNER GRAZIANO, “Solving the Riddle of Conflicting Choice of Law Clauses in Battle of Forms Situations: The Hague Solution”, **Yearbook of Private International Law**, Vol. 14, 2013, s. 76.

⁵⁰⁴ Ewan MCKENDRICK, “The Battle of the Forms and the Law of Restitution”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford University Press, Vol. 8, No. 2, 1998, s. 207 ve 220.

⁵⁰⁵ Gerhard DANNEMANN, “The “Battle of the Forms” and the Conflict of Laws”, **Lex Mercatoria: Essays on International Commercial Law in Honour of Francis Reynolds**, Edited by Francis D. Rose, 2000, s. 200; E. Allan FARNSWORTH, **Contracts**, Textbook Treatise Series (Aspen Student Treatise), 4th Edition, New York, 2004 (KADNER GRAZIANO, s. 74, dn. 4’ten naklen). Aksi yönde görüş için bkz. Ewan MCKENDRICK, “The Battle of the Forms and the Law of Restitution”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford University Press, Vol. 8, No. 2, 1998, s. 207 ve 220.

⁵⁰⁶ Bazı devletler bu çözüm yöntemlerini içtihat hukuku alanında geliştirirken; Hollanda, Polonya ve bazı Baltık devletleri sorunu yasal düzenlemeler ile çözüme kavuşturmuştur (Alper Çağrı YILMAZ, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Çatışması ve Lahey İlkeleri”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 11, Haziran 2018, s. 487).

⁵⁰⁷ KADNER GRAZIANO, s. 76.

⁵⁰⁸ Sieg EISELEN/Sebastian K. BERGENTHAL, “The Battle of Forms: A Comparative Analysis”, **The Comparative and International Law Journal of Southern Africa**, Vol. 39, No. 2, July 2006, s. 221.

Genel işlem şartlarının çatışması sorununa getirilen bir diğer çözüm yöntemi ise ilk atış kuralıdır (*first-shot rule*). Bu kural uyarınca sözleşmenin müzakeresi sürecinde ilk atış yapılan genel işlem şartları sözleşmenin içeriğini oluşturmaktadır. Bu kuralda son atış kuralındaki olumsuzluklar bulunmasa da, kural sözleşmenin kurulmasına yönelik klasik teoriye aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir⁵⁰⁹. Kural eleştiriler nedeniyle son atış kuralına nazaran daha az sayıda devlet tarafından benimsenmiştir⁵¹⁰. Bu devletlerden biri Hollanda'dır. Hollanda Medeni Kanunu Madde 6:225(3)'e göre ikinci referans önerideki genel işlem şartlarını açık bir şekilde reddetmediği durumlarda geçersizdir⁵¹¹.

Genel işlem şartlarının çatışması sorununa getirilen üçüncü ve son çözüm yöntemi ise nakavt kuralıdır (*knock-out rule*). Bu kurala göre çatışan genel işlem şartları birbirini devre dışı bırakmakta yani nakavt etmektedir⁵¹². Bu kural doktrinde taraf iradelerini en çok gözetilen çözüm yöntemi olarak ifade edilmiş ve gerek milli gerekse de milletlerarası hukuk düzeninde en eski ve yaygın çözüm yöntemi olarak benimsenmiştir⁵¹³. Milli hukuk düzenlerinden Polonya (Medeni Kanun m. 385), Estonya (Borçlar Kanunu m. 40), Litvanya (Medeni Kanun m. 6/179); milletlerarası düzenlemelerden ise UNIDRIOT İlkeleri (m. 2.1.22), PECL (m. 2:209) ve Avrupa Ortak Satış Hukuku Tüzüğü Teklifi (m. 39/2) genel işlem şartlarının çatışması sorununu nakavt kuralı ile çözüme kavuşturmayı düzenlemiştir. Kuralın olumsuz yanı olarak ise genel işlem şartlarındaki hangi maddelerin birbiri ile uyumlu hangilerinin çelişkili olduğunun belirlenmesinin zorluğu gösterilmektedir⁵¹⁴.

Genel işlem şartlarının çatışması konusunun milletlerarası özel hukuku en fazla ilgilendiren kısmı ise tarafların her birinin genel işlem şartlarında farklı hukuk seçimi hükümlerine yer verme durumu ile ilgilidir⁵¹⁵. Milletlerarası alanda tarafların genel

Bu yöntem aynı zamanda tarafları kendi genel işlem şartlarında ısrara teşvik ederek sözleşmenin kurulmasını zorlaştırması nedeni ile de eleştirilmektedir (YILMAZ, s. 487). Uygulanmasının güçlüğü nedeniyle bazı Anglo-Amerikan devletleri kuralı uygulamayı bırakmış ya da büyük ölçüde kısıtlamış olsa da İngiliz hukukunda halen en temel çözüm yöntemi olarak kabul edilmekte ve uygulanmaktadır (RÜHL, s. 191).

⁵⁰⁹ Kasper STEENSGAARD, "A Comparative View on 'Battle of the Forms' under the CISG and in the German and US American Experiences", *Nordic Journal of Commercial Law*, 2015, s. 12.

⁵¹⁰ STEENSGAARD, s. 3.

⁵¹¹ Bkz. <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm> (Erişim Tarihi: 2.07.2024). Madde metninde kullanılan "açıkça" ifadesi Hollanda içtihat hukuku alanında "reddin ayrı bir beyanla yapılması" olarak ifade edilmiştir (YILMAZ, s. 489).

⁵¹² RÜHL, s. 198; DANNEMANN, s. 203.

⁵¹³ DANNEMANN, s. 203.

⁵¹⁴ DANNEMANN, s. 203.

⁵¹⁵ Genel işlem şartlarının çatışması sorununun milletlerarası özel hukuku ilgilendiren bir diğer boyutu

işlem şartlarının sadece birinde hukuk seçimi maddesine yer verildiği durumda bu hukuk seçiminin varlığı ve geçerliliğinin bu maddenin geçerli olması durumunda uygulanacak hukuka göre belirleneceği kabul edilmiştir⁵¹⁶. Ancak her bir taraf kendi genel işlem şartlarında uygulanacak hukuk olarak farklı hukukları yetkili kıldığında daha karmaşık bir durum ortaya çıkmaktadır. İlkeler'e kadar gerek Roma I Tüzüğü dahil milletlerarası düzenlemelerde gerekse de devletlerin milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinde genel işlem şartlarında çatışan hukuk seçimi maddelerinin varlığı ve geçerliliğini hangi hukukun yöneteceğine ilişkin kurallara yer verilmemiştir⁵¹⁷. Pratikte ise mahkemeler hukuk seçimi anlaşmasını yönetecek hukuka genellikle *lex fori*'nin çatışan genel işlem şartlarına ilişkin tercih ettiği yöntemi uygulamaktadır⁵¹⁸. Ancak bu çözüm yöntemi *forum shopping*'i teşvik ettiği⁵¹⁹ yani davacıya uygulanacak hukuku karşı tarafın rızasını almadan tek başına belirleme imkanı sunması yönünden eleştirilmektedir⁵²⁰. Bu yöntemin eleştirilen bir diğer yönü ise sözleşme kurulduğu zaman *lex fori*'nin bilinmiyor olması ve bu durumun hukuki belirsizlik yaratmasıdır. Dolayısıyla bu yöntemin uygulanması ile taraf iradesinin tümüyle göz ardı edildiği savunulmaktadır⁵²¹.

Yukarda da belirtildiği üzere İlkeler genel işlem şartlarında çatışan hukuk seçimi maddelerine yönelik ilk düzenleme olmakla beraber konu ile ilgili kanun koyucuların ele almadığı, mahkemelerin tutarlı ve öngörülebilir biçimde çözemediği bu sorunu net bir çözüme kavuşturmuştur. Konuyu düzenleyen m. 6/1-b irade muhtariyetini en üst düzeye çıkarırken aynı zamanda gereksiz karmaşıklıklardan kaçınmayı amaçlamıştır⁵²². Eğer taraflardan sadece biri uygulanacak hukuku belirlediyse veya taraflar uygulanacak hukuk olarak aynı hukuku belirlediyse, m. 6/1-a uygulanarak bu hukuk uygulanacak hukuk konusunda gerçekten bir anlaşma yapıp yapılmadığını belirleyecektir. Eğer taraflar genel işlem şartlarında uygulanacak hukuk olarak iki farklı hukuku belirlediyse ancak bu hukuklardan ikisine göre de aynı standart şartlar

ise bu şartlarda birbiri ile çelişen tahkim veya yetki maddelerine yer verilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır (YILMAZ, s. 491).

⁵¹⁶ KADNER GRAZIANO, s. 81.

⁵¹⁷ YILMAZ, s. 492.

⁵¹⁸ KADNER GRAZIANO, s. 80-81.

⁵¹⁹ Davacı ilk atış kuralının uygulanmasını istediğinde davayı Hollanda'da, son atış kuralının uygulanmasını istediğinde İngiltere'de, nakavt kuralının uygulanmasını istediğinde ise Fransa veya Almanya'da açarak uygulanacak hukuku tek başına belirlemiş olacaktır (YILMAZ, s. 493).

⁵²⁰ KADNER GRAZIANO, s. 83.

⁵²¹ STAMATIADIS, s. 269.

⁵²² Şerh, para. 6.3.

geçerliyse geçerli olan standart şartlarda belirtilen hukuk uygulanacaktır⁵²³ (m. 6/1-b). Örneğin A tarafı B tarafına bir teklifte bulunmuş ve bu teklifte uygulanacak hukuk olarak X devletinin hukuku belirlenmiştir. B tarafı teklifi kabul ettiği ifade etmiş ancak Y devletinin hukukunu yetkili kılan kendi genel işlem şartlarına atıfta bulunmuştur. Ancak hem X devletinin hem de Y devletinin hukukuna göre son atıf yapılan genel işlem şartları geçerlidir. Bu durumda m. 6/1-b'nin ilk kısmı uyarınca en son atıf yapılan genel işlem şartları üzerinde anlaşmaya varıldığı kabul edilmektedir⁵²⁴. Taraflarca belirlenen her iki hukuk çatışmayı aynı genel işlem şartları lehine çözdüğünden bu durum İlkeler'de "sahte çatışma arz eden durum (*false conflict*)" olarak adlandırılmaktadır⁵²⁵.

Ancak tarafların genel işlem şartlarında seçtikleri hukuklar birbirinden farklı çözüm yöntemleri öngörebilmektedir. Bu durum ise m. 6/1-b'nin ikinci kısmına girmektedir. Maddenin bu kısmına göre iki ihtimal mevcuttur. İlk ihtimalde taraflar genel işlem şartlarında farklı hukukları yetkili kılmakta ve bu hukuklarda genel işlem şartlarının çatışması sorunu farklı yöntemler ile çözülmektedir. Örneğin hukuklardan birinde ilk atış kuralı diğerinde ise son atış kuralı benimsenmiştir. Bu durumda gerçek bir çatışma söz konusu olmakta ve m. 6/1-b uyarınca tarafların genel işlem şartlarında belirlenen her iki hukuk seçimi hükümleri geçersiz sayılarak devre dışı bırakılmaktadır⁵²⁶. Uygulanacak hukuk ise hukuk seçiminin olmadığı durumlarda geçerli olan objektif bağlama kuralları ile tespit edilmektedir⁵²⁷. Bu bağlamda, İlkeler'in konu ile ilgili nakavt kuralını benimsediğini söylemek mümkündür⁵²⁸.

İlkeler'de öngörülen ikinci ihtimal ise tarafların genel işlem şartlarında yetkili kıldıkları hukuklardan birinin veya her ikisinin genel işlem şartlarının çatışması sorununa yönelik nakavt kuralını benimsediği durumlara ilişkindir⁵²⁹. Bu durumda nakavt kuralı tarafların genel işlem şartlarını (bu kapsamda hukuk seçimlerini) geçersiz kılacak ve m. 6/1-b uyarınca hukuk seçimi olmadığı sonucuna varılarak

⁵²³ GIRSBERGER/COHEN, s. 324.

⁵²⁴ Şerh, senaryo 1, s. 53.

⁵²⁵ Şerh, s. 53, YILMAZ, s. 499.

⁵²⁶ Şerh, para. 6. 17; YILMAZ, s. 500.

⁵²⁷ Şerh, para. 6. 17; YILMAZ, s. 500.

⁵²⁸ Jan L. NEELS, "The Role of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts in Indian and South African Private International Law", **Uniform Law Review**, Vol. 22, 2017, s. 447 (The Role of Hague Principles in Indian and African Private International Law).

⁵²⁹ Örneğin A tarafı genel işlem şartlarında X devletinin hukukunu, B tarafı ise Y devletinin hukukunu yetkili kılmıştır. X devletinin hukuku nakavt kuralını, Y devletinin hukuku ise ilk atış kuralını veya son atış kuralını benimsemiştir (Şerh, senaryo 3, s. 54).

uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralları ile tespit edilecektir⁵³⁰.

Belirtmek gerekir ki nakavt kuralına yönelik bahsi geçen ikinci ihtimale gerek olmadığı kanaatindeyiz. Şöyle ki ilk ihtimal yani seçilen hukuklarda öngörülen çözüm yöntemlerinin farklı olması (birinin ilk atış kuralı diğerinin son atış kuralı olması veya birinin nakavt kuralı diğerinin ilk atış kuralı olması) hukuk seçimlerinin geçersiz sayılması için yeterlidir ve herhangi birinin nakavt kuralı olup olmadığının belirlenmesine gerek kalmadan seçilen hukuklar göz ardı edilmelidir.

Son olarak genel işlem şartlarının çatışması sorunu ile ilgili henüz bir tutum benimsemeyen hukuk sistemleri de mevcuttur. Şerh'te bu durum göz ardı edilmemiş ve tarafların seçtikleri hukuklardan herhangi birinin genel işlem şartlarının çatışması sorununa çözüm öngörmediği durumların da “hukuk seçiminin olmadığı” durumlar olarak ele alınacağı belirtilmiştir⁵³¹. Ancak konuya ilişkin düzenleme bulunmayan hukuk sistemlerinin çokluğu (nitekim Türk ve Azerbaycan hukuk sistemleri) dikkate alındığında İlkeler'in derhal uygulanması hukuk seçimi anlaşmasının olmadığı yönünde kararların verilmesine neden olabilecektir⁵³². İlkeler bu yönüyle eleştirilmektedir ve maddenin amacına ulaşması için tavsiye nitelikli İlkeler'in milletlerarası sözleşme statüsü taşıyarak devletlerde pozitif geçerlilik kazanmasının gerekli olduğu ifade edilmektedir⁵³³.

Eleştirilere katılmakla birlikte, kanaatimizce İlkeler'in çatışan genel işlem şartlarındaki hukuk seçimi maddelerine ilişkin getirdiği çözüm yöntemi taraf iradesini en üst düzeyde koruyan ve hakkaniyeti en çok gözeten çözüm yöntemidir. Aynı zamanda genel işlem şartlarının çatışması sorunu ile ilgili hukuki boşluk bulunan devletlerde ileride yapılabilecek düzenlemelerde İlkeler'in mevcut tavsiye niteliği ile de yol gösterici olabileceğini düşünmekteyiz.

⁵³⁰ Şerh, para. 6. 19; YILMAZ, s. 500.

⁵³¹ Şerh, para. 6. 22.

⁵³² YILMAZ, s. 506.

⁵³³ YILMAZ, s. 506.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: LAHEY İLKELERİ VE TÜRK/AZERBAYCAN HUKUKLARINDA HUKUK SEÇİMİNİN KAPSAMI VE SINIRLARI

Bu bölümde ilk önce İlkeler'in "Atıf teorisinin reddi" başlıklı 8. maddesi ve "Seçilen hukukun kapsamı" başlıklı 9. maddesi incelenecek, ardından seçilen hukukun uygulanmasını engelleyen durumlar olarak "doğrudan uygulanan kurallar" ve "kamu düzeni" konularının İlkeler'de nasıl düzenlendiğinden bahsedilecektir.

I. ATIF TEORİSİNİN REDDİ

Yabancılık unsuru içeren işlem veya ilişkilere uygulanacak hukuk kanunlar ihtilafı kuralları ile belirlenmektedir. Bazı durumlarda seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kuralları hâkimin hukukuna veya üçüncü bir devletin hukukuna gönderme yapmaktadır⁵³⁴. Kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacak hukuk olarak yabancı bir hukuku gösterdiğinde bu hukukun maddi hukuk hükümlerinin mi yoksa kanunlar ihtilafı hükümlerinin mi dikkate alınması gerektiği konusu⁵³⁵ milletlerarası özel hukuk alanında "atıf (*renvoi*) sorunu" nu ortaya çıkarmaktadır⁵³⁶. Eğer hâkimin kanunlar

⁵³⁴ Şerh, para. 8.1.

⁵³⁵ Yani hâkim uyumsuzluğu bu yabancı hukukun "Borçlar Kanunu", "Ticaret Kanunu" gibi kanun hükümlerini mi yoksa bu hukukun milletlerarası özel hukuk kanunundaki kanunlar ihtilafı kurallarının yönlendirdiği hukuku mu uygulayarak çözecektir? (ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 107; AYDOĞDU, s. 188). Uygulanacak hukukun hâkimin hukuku olarak belirlendiği durumlarda atıf sorunu ortaya çıkmayacaktır. Örneğin mutad meskenleri Türkiye olan Türk ve Azerbaycanlı eşler arasındaki boşanma davasında hâkim tereddütsüz olarak MÖHUK m. 14/1 uyarınca Türk Medeni Kanunu'nu uygulayacaktır (Süheyla BALKAR BOZKURT, "Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (*Renvoi*) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014/2, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, Cilt II, s. 798 ve 812).

⁵³⁶ Uygulanacak hukuk olarak yabancı hukukun belirlenmesi "atıf", yabancı hukukun uyumsuzluğu hâkimin hukukuna geri göndermesi "iade atıf" (*remission*), uyumsuzluğu üçüncü bir devletin hukukuna göndermesi ise "devam eden atıf" (*transmission*) olarak adlandırılmaktadır (ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 61; BALKAR BOZKURT, s. 799; QAFAROV/ƏBİLOV, s. 70; ALLAHVERDİYEV, s. 158). Atıf ilk kez 1841 yılında İngiltere mahkemesinde vasiyetname ile ilgili bir miras davasında gündeme gelmiştir. Bu mahkeme sürecinde atıf uygulanarak ilgili olay çözüme kavuşturulmuştur (B.M. КОРЕЦКИЙ, Очерки англо-американской доктрины и практики международного частного права // **В книге: Корецкий В.М. Избранные труды. Книга 1. Киев., 1989, с. 285-287**). Ancak

ihtilafı kuralları atfı kabul ediyorsa yabancı hukukun maddi hukuk kuralları ile kanunlar ihtilafı kuralları bir bütün olarak değerlendirilecek, eğer atfı reddediyorsa yabancı hukukun sadece maddi hukuk kuralları dikkate alınacaktır⁵³⁷. Eğer hâkimin hukukunda atfı kabul ediliyorsa, bu defa ulaşılan hukukun maddi hukuk hükümlerinin mi yoksa kanunlar ihtilafı hükümlerinin mi uygulanması gerektiği ise atfın durdurulma derecesi ile ilgilidir. Eğer atfı belirli bir derecede durduruluyorsa o derecedeki ülke hukukunun maddi hukuk normları uygulanacaktır. Eğer hâkimin hukukunda atfın hangi noktada durması ile ilgili hiçbir sınırlama yoksa, bu durum kısır döngü oluşturmaktadır⁵³⁸.

Milletlerarası düzenlemelere bakıldığında genel olarak atfı reddeden düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Bunun sebebi olarak ise, milletlerarası düzenlemelerde atfın kabul edilmesinin, devletlerde farklı maddi hukukların uygulanması ile sonuçlanabileceği gösterilmektedir⁵³⁹. Roma I Tüzüğü “Atfın reddi (*exclusion of renvoi*)” başlıklı 20. maddesi⁵⁴⁰ ile, Meksika Sözleşmesi 17. maddesi⁵⁴¹ ile, Lahey Satış Sözleşmesi 15. maddesi⁵⁴² ile atfı kabul etmemektedir⁵⁴³. Nitekim

İngiliz hukukunda atfı açıkça ve genel bir uygulama olarak benimsenmemiştir. Atfı teorisinin ortaya çıkması, ilk örneklerinden biri olan “Forgo kararı” ve atfın çeşitli türleri hakkında daha detaylı bkz. BALKAR BOZKURT, s. 795 vd.; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 60, dn. 105; QAFAROV/ƏBİLOV, s. 70-71; ALLAHVERDİYEV, s. 157 vd; Barış MESCİ, “Milletlerarası Özel Hukukta Atfı (Renvoi)”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2, Temmuz, 2017, s. 311-370.

⁵³⁷ ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 107; AYDOĞDU, s. 189. Atfı teorisi hakkında lehe ve aleyhe olmakla farklı yaklaşımlar bulunmakta ve konu hakkında görüş birliği bulunmamaktadır. Lehe olan görüşler içerisinde milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanması; diğer milletlerarası özel hukuk menfaatlerinin gerçekleştirilmesi, milletlerarası karar ahenginin sağlanması ve *forum shopping*’i engellemesi, özellikle iade atfın hâkimin kendi hukukuna gönderme yaptığı durumlarda hâkimin aşına olduğu hukuku uygulaması ve hâkimin ülkesinin çıkarlarına hizmet etmesi gösterilmektedir (BALKAR BOZKURT, s. 819 vd; MESCİ, s. 328). Aleyhe olan görüşler ise atfın, hâkimin kendi hukukuna gönderme yapma özelliği nedeniyle savunulmasının milletlerarası özel hukukun meşruiyetine aykırı olacağı, atfın uygulanması ile bulunacak hukukun öngörülebirlikten uzak olacağı, atfın zaten karmaşık olan kanunlar ihtilafı kurallarını daha da karmaşıktırdığı yönündedir (ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 109 ve dn. 385). Sovyetler doktrininde atfı teorisine yaklaşım olumlu olmuş, atfı teorisi hakkında yazan yazarların büyük bir kısmı atfı desteklemiş ve gerekçelendirmeye çalışmıştır (И.С. ПЕРЕТЕРСКИЙ/С.Б. КРЫЛОВ *Международное частное право*. М., 1940, c. 42; Л.А. ЛУНЦ, *Международное частное право*, М., 1949, c. 319). Atfı teorisi hakkında lehe ve aleyhe görüşlerle ilgili daha detaylı bilgi için bkz. BALKAR BOZKURT, s. 822 vd.

⁵³⁸ BALKAR BOZKURT, s. 813.

⁵³⁹ BALKAR BOZKURT, s. 842; MESCİ, s. 334.

⁵⁴⁰ Roma I Tüzüğü m. 20: “*The application of the law of any country specified by this Regulation means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law, unless provided otherwise in this Regulation*”. Maddede kullanılan “aksi belirtilmedikçe (*unless provided otherwise*)” ifadesi Roma Sözleşmesi’nin ilgili 15. maddesinde kullanılmamıştır.

⁵⁴¹ Meksika Sözleşmesi m. 17: “*For the purposes of this Convention, "law" shall be understood to mean the law current in a State, excluding rules concerning conflict of laws*”.

⁵⁴² Lahey Satış Sözleşmesi m. 15: “*In the Convention "law" means the law in force in a State other than its choice of law rules*”.

⁵⁴³ Birinci Dünya Savaşı sonrasında yapılan Lahey Konvansiyonlarında atfa yer verildiği, ancak İkinci

Restatement II da para. 187/3 ile aksi yönde yorumlanacak taraf iradesinin bulunmadığı durumlarda seçilen hukukun mahalli hukukunun dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Maddenin şerhinde ise “mahalli hukuk (*local law*)”un bir devletin sadece maddi hukuk kuralları anlamına geleceği belirtilmiştir⁵⁴⁴.

Ulusal düzenlemelere bakıldığında ise bir kısım devletlerde atfı tamamen reddeden bir kısım devletlerde ise belirli hukuki ilişkilerde (örneğin aile hukuku) sınırlı olarak kabul eden düzenlemeler yapılmıştır⁵⁴⁵. Alman hukukunda EGBGB’nin 4. maddesinin 1. fıkrasına göre “*eğer yabancı ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları tekrar Alman hukukunun uygulanması ile sonuçlanıyorsa, bu takdirde Alman iç maddi hukuku uygulanacaktır*”. Aynı maddenin “*Tarafların uygulanacak hukuku seçebildikleri durumlarda, bu seçim yalnızca maddi hükümler ile ilgilidir*” şeklindeki 2. fıkrası ile taraflara hukuk seçimi imkanının tanındığı durumlarda atfı engellenmiştir⁵⁴⁶. İsviçre hukukunda ise atfı tamamen engelleyen açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen IPRG’nin 14. maddesinin 1. fıkrasına göre “*Uygulanacak hukukun İsviçre hukukuna ya da başka bir hukuka atıf yapması halinde bu atf yalnızca Kanunda öngörülen hallerde dikkate alınır*”. Maddenin devamında ise kişiler ve aile hukukuna ilişkin konularda atfın İsviçre hukukuna yapıldığı durumlarda kabul edileceği düzenlenmiştir (m. 14/2)⁵⁴⁷. Hukuk seçimine gelince, konuyu düzenleyen 116. maddede seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınacağına yani atfın kabulüne yönelik özel bir hükme yer verilmediğinden seçilen hukukun sadece maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır⁵⁴⁸.

Atfın belirli hukuki ilişkilerde kabul edilmesi atfın kapsamını oluşturmaktadır. Atfın kapsamı ile ilgili farklı hukuk sistemlerinde farklı düzenlemeler bulunsa da atfın uygulanmasının mümkün olmadığı bazı konular üzerinde doktrinde fikir birliği

Dünya Savaşı sonrasında akdedilen Lahey Konvansiyonları’nda atfın reddedildiği gözlemlenmektedir (BALKAR BOZKURT, s. 802).

⁵⁴⁴ COHEN, s. 243.

⁵⁴⁵ Arnavutluk, Brezilya, Estonya, Güney Kore, Litvanya, Slovakya, Uruguay gibi devletlerin hukukunda, sözleşme ilişkilerinde atfı özel olarak engellenmektedir (SYMEONIDES, s. 139). Avusturya, Polonya ve Finlandiya gibi devletler ise atfı tamamen kabul etmektedir. Avusturya’nın 1978 tarihli milletlerarası özel hukuk kanununda hatta dördüncü, beşinci vd. dereceli atıfların da kabul edildiği düzenlenmiştir. İspanya, İran, Macaristan, Venezuela, Vietnam ve Japonya gibi devletler sadece kendi hukuklarının uygulanmasına yol açan atfı kabul etmektedirler (QAFAROV/ÖBİLOV, s. 72; ALLAHVERDİYEYEV, s. 160-161).

⁵⁴⁶ AYDOĞDU, s. 190; QAFAROV/ÖBİLOV, s. 72; ALLAHVERDİYEYEV, s. 161.

⁵⁴⁷ Yani kişiler ve aile hukuka ilişkin konularda iade atfın her durumda kabul edilmesine rağmen kanunda buna yönelik açık bir hüküm bulunmadıkça devam eden atfı kabul edilmemiştir (ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 110).

⁵⁴⁸ TURHAN, s. 132.

bulunmaktadır⁵⁴⁹. Örneğin haksız fiiller, sigorta, ortaklıklar gibi meselelerde uygulanacak hukukun yabancı hukuk olduğu durumlarda, bu hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı ile ilgili tereddüt yaşanmayacağı belirtilmektedir⁵⁵⁰. İrade muhtariyetinin esas alındığı ve tarafların uygulanacak hukuku seçtiği durumlarda da atfın uygulanmadığı görülmektedir⁵⁵¹. Taraflara hukuk seçimi imkanının tanındığı ancak taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı ve uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralları ile belirleneceği durumlarda da atfın uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bu yaklaşımın gerekçesi ise tarafların hukuk seçimi yapmamış olsalar dahi aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk ile ilgili az çok fikir sahibi olmalarıdır⁵⁵². Atfın kabul edildiği konular da ülkeden ülkeye farklılık göstermekle birlikte genellikle vasiyetnamelerin şekli ve maddi geçerliliği, kanuni mirasın intikali, evliliğin şekli geçerliliği, evlenme ehliyeti, boşanma, haksız fiil, şahsi statü değişikliği gibi konularda kabul edildiği gözlemlenmektedir⁵⁵³.

Türk hukukunda MÖHUK m. 2/3 ile “*Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır*” şeklinde düzenleme yapılmıştır⁵⁵⁴. Böylelikle şahsın hukuku ve aile hukukuna ilişkin konularda hâkimin öncelikle yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını uygulaması gerekmektedir⁵⁵⁵. “*Bu hukukun maddi hukuk hükümleri*

⁵⁴⁹ BALKAR BOZKURT, s. 825.

⁵⁵⁰ Peter NORTH/J.J. FAWCETT, *Cheshire and North's Private International Law*, s. 64-65 (BALKAR BOZKURT, s. 826, dn. 119'dan naklen).

⁵⁵¹ BALKAR BOZKURT, s. 826.

⁵⁵² BALKAR BOZKURT, s. 826.

⁵⁵³ BALKAR BOZKURT, s. 831.

⁵⁵⁴ Maddenin lafzından aile ve şahsın hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda hâkimin, atfı resen uygulamakla yükümlü olduğu anlaşılmaktadır (BALKAR BOZKURT, s. 817). Türk hukukunda atfın uygulandığı ilk karar olarak yorumlanan Yargıtay 2. HD. 01.01.1944 tarihli karar için bkz. Osman Fazıl BERKİ/Hilmi ERGÜNEY, *Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilâfları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları*, Ankara, 1963, s. 105-106. 1982 Tarihli MÖHUK'un atıfa ilişkin düzenlemesi ile ilgili ayrıca bkz. Vedat Raşit SEVİĞ, *Kanunlar İhtilafı (Yasama Yargılama Çalışmaları)*, İstanbul, 1971. 2675 Sayılı MÖHUK'ta atıf sadece şahsın hukuku ve aile hukuku gibi konularda değil, bütün hukuki uyumsuzluklarda kabul edilmişti (m. 2/3). Söz konusu maddenin incelemesi ve madde hakkındaki eleştiriler için bkz. BALKAR BOZKURT, s. 846; MESCİ, s. 350.

⁵⁵⁵ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 61; DOĞAN, s. 234; ÖZEL/ ERKAN/ PÜRSELİM/KARACA, s. 112; AYDOĞDU, s. 193. CAN şahsın hukuku ve aile hukukuna ilişkin sınırlamanın sadece devam eden atıfla ilgili olduğu, iade atfın ise her konuda mümkün olacağı görüşündedir. İlgili görüş için bkz. Hacı CAN, “Milletlerarası Özel Hukukta Çok Tabiiyetlilik ve Atıf Konularına İlişkin Yeni Yaklaşımlar”, *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Eskişehir 21-22 Nisan 2016*, Ankara, 2016, s. 504. Düzenlemede, karşılaştırmalı hukukta atfın belki de en çok uygulandığı konular olan mirasa ilişkin konularda, özellikle vasiyetnamelerin geçerliliği konusunda atfa yer verilmediği görülmektedir. Halbuki bu konularda atfın uygulanmasının hususen *favor testamenti* ilkesini korumak adına yararlı olabileceği ifade edilmektedir. Ancak bununla birlikte miras hukuku konusunda milletlerarası alanda oldukça fazla düzenleme bulunmaktadır. Özellikle karşılıklılık şartı

uygulanır” ifadesi ile ise atfın sınırları çizilerek nerede kırılacağı belirlenmiştir⁵⁵⁶. Aynı maddenin “*Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır*” şeklindeki dördüncü fıkrası ile hukuk seçiminin varlığı halinde tarafların atfın uygulanması yönünde iradelerinin bulunduğu durumlarda atıf teorisinin uygulanacağı kabul edilmiştir⁵⁵⁷.

Azerbaycan hukukunda ise MÖHK m. 3/2’e⁵⁵⁸ göre şahsın hukuku, aile ve miras hukukuna ilişkin konularda iade atıf ve devam eden atıf kabul edilmektedir⁵⁵⁹. Aynı maddenin 1. fıkrası uyarınca bu maddede öngörülen haller (m. 3/2) dışında yabancı hukuka yapılan herhangi bir atıf bu hukukun maddi hukuk hükümlerine yapılmış sayılır⁵⁶⁰. Görüldüğü üzere Türk hukukundan farklı olarak tarafların aksini, yani seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını kararlaştırabilmeleri madde metninde düzenlenmemiştir. Doktrinde böyle bir düzenlemenin anlamsız olacağı, tarafların hukuk seçimi yapmasındaki temel amacın ilişkilerinde öngörülebilirliğin sağlanması olduğu için seçilen hukukun maddi hukuk hükümlerinin

aranmaması nedeniyle son derece geniş uygulama alanı bulan, 1961 tarihli Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusunda Lahey Sözleşmesi’ne Türkiye de taraftır. Bu nedenle MÖHUK m. 20/4’ün vasiyetnamelerin geçerliliği bakımından uygulama alanı kalmadığından, vasiyetnamelerin geçerliliği konusunda atfın kabul edilmemiş olmasının önemli bir boşluk yaratmayacağı ifade edilmektedir (BALKAR BOZKURT, s. 849).

⁵⁵⁶ ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 112.

⁵⁵⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 65; DOĞAN, s. 234; AYDOĞDU, s. 192-193. Örneğin taraflar aralarındaki sözleşmeye uygulanmak için Azerbaycan hukukunu seçerken bu hukukun maddi hukuk kurallarının mı yoksa kanunlar ihtilafı kurallarının mı dikkate alınmasını istediklerini belirtmediyse bu zaman bu hukukun maddi hukuk kuralları dikkate alınmalıdır. Ancak tarafların uygulanacak hukuk olarak Azerbaycan hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarını belirlediği durumda ise hâkimin atfı uygulayarak Azerbaycan hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuku belirlemesi gerekmektedir (AYDOĞDU, s. 194). Atfın uygulandığı ve seçilen yabancı hukukun (X devleti hukuku) kanunlar ihtilafı kurallarının da başka bir hukuku (Y devleti hukuku) yetkilendirdiği (atıfta bulunduğu) durumda atfın hangi noktada kırılacağı ile ilgili farklı görüşler mevcuttur. İlk görüşe göre, atıf Türk hukukunun genel atıf kuralına uygun olarak ikinci derecede kırılmalı ve Y devleti hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına değil de maddi hukuk kurallarına bakılmalı, diğer görüşe göre ise taraflar X devletin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını seçtiğinden, X devletin atfın sınırlanması konusundaki kuralı benimsenmelidir (GÜNGÖR, s. 95).

MÖHUK m. 2/4’ün, m. 2/3 ile birlikte değerlendirildiğinde, sadece MÖHUK m. 15 ile düzenlenen evlilik mallarına uygulanacak hukuka ilişkin seçim açısından geçerli olacağı ile ilgili görüşler için bkz. BALKAR BOZKURT, s. 851-852.

⁵⁵⁸ AC MÖHK m. 3/2: “*Bu Qanunun 9-cu və 10-cu maddələrində nəzərdə tutulan münasibətlər, habelə ailə-vərəsəlik hüquq münasibətləri tənzimlənmədən xarici hüququn tətbiqi zamanı Azərbaycan Respublikası hüququna geriyyə istinad və ya üçüncü ölkənin hüququna istinad qəbul olunur*”.

⁵⁵⁹ ALLAHVERDİYEV, s. 162. Bu yaklaşım BDT ülkelerinin Model Medeni Kanun’undaki yaklaşımın tekrarıdır.

⁵⁶⁰ AC MÖHK m. 3/1: “*Bu Qanunun müddəalarına uyğun olaraq xarici hüquqa hər hansı istinad bu maddədə nəzərdə tutulan hallar istisna edilməklə, müvafiq xarici ölkənin maddi hüququnun tətbiqini nəzərdə tutur*”.

uygulanması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁶¹.

İlkeler’de ise konu “Atfin reddi (*exclusion of renvoi*)” başlıklı 8. maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre “*Hukuk seçimi, taraflar aksini açıkça kararlaştırmadıkça, seçilen hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarını kapsamaz*”. Madde ile atıf reddedilse de irade muhtariyeti esas alınarak tarafların aksini yani seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını kararlaştırabilecekleri belirlenmiştir⁵⁶². Bu düzenleme ile tarafların beklentilerinden farklı bir hukukun uygulanması önlenerek taraf iradesi gözetilmiş, belirsizlik ve öngörülemezliğin engellenmesi amaçlanmıştır⁵⁶³. Bu düzenlemeyi yerinde bulmakla birlikte, irade muhtariyetinin esas alındığı milletlerarası ticari sözleşmelerde, tarafların (aksini kararlaştırmadıkları sürece) seçtikleri hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanmasını arzu ettiklerinin anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Maddede kullanılan “milletlerarası özel hukuk kuralları” ifadesi uygulanacak hukuku belirleyecek kurallarla sınırlıdır ve milletlerarası yargı yetkisi, usul ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması kurallarını içermemektedir⁵⁶⁴. Ancak bu dışlamaya CISG gibi milletlerarası, milletler üstü veya bölgesel belgeler dahil edilmemiştir. Bu belgelerin seçilen hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarından ayırt edilmesi gerekmektedir⁵⁶⁵. Diğer yandan, Şerh’te taraflarca seçilen bir belge veya ulusal olmayan hukukun başka bir ülkenin hukukuna veya hâkimin hukukuna gönderme yaptığı durumlarda 8. maddedeki kural uygulanmaksızın atfin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Örneğin A ve B tarafı sözleşmelerine uygulanmak için UNIDROIT İlkelerini belirlemiştir. UNIDROIT İlkelerine göre, paranın ödenmemesi durumunda faiz oranı, belirli koşullar altında, ödemenin yapıldığı para biriminin ait olduğu devletin hukuku tarafından belirlenir. Bu atıf uyarınca, faizin belirlenmesi konusunda para biriminin ait olduğu devletin hukuku uygulanacaktır⁵⁶⁶.

II. SEÇİLEN HUKUKUN KAPSAMINA GİREN KONULAR

Yukarda da belirtildiği üzere sözleşme statüsünün objektif veya sübjektif olarak

⁵⁶¹ Habil İSGƏNDƏROV, *Mübahisələrin Alternativ Həlli Üsulları*, Bakı, 2009, s. 49.

⁵⁶² Şerh, para. 8.3.

⁵⁶³ Şerh, para. 8.6; İZMİRLİ, s. 379.

⁵⁶⁴ Şerh, para. 8.4; AYDOĞDU, s. 191.

⁵⁶⁵ Şerh, para. 8.7.

⁵⁶⁶ Şerh, para. 8.8.

belirlenmiş olması fark etmeksizin sözleşmenin birliği ilkesi uyarınca, sözleşmenin tamamına yani kuruluşuna, geçerliliğine, yorumuna, ifasına, hüküm ve sonuçlarına uygulanacağı kabul edilmektedir⁵⁶⁷. Ancak sözleşme statüsünün kapsamı dışında kalan konular da vardır ki bu konuları taraflar kendi iradeleri ile bile seçilen hukuka tabi kılamazlar⁵⁶⁸. Genellikle ulusal ve uluslararası düzenlemelerde uygulanacak hukukun kapsamı dahilindeki en önemli konular sınırlı olmayacak şekilde sayılarak kapsamı dışındaki konular ise farklı maddeler ile düzenlenmektedir.

Roma I Tüzüğü, “Uygulanacak hukukun kapsamı (*Scope of the law applicable*)” başlıklı 12. maddesinin 1. fıkrası ile “*Yorum, ifa, usul hukukunun mahkemeye verdiği yetki çerçevesinde, zararların değerlendirilmesi de dahil olmak üzere, yükümlülüklerin kısmen veya tamamen ihlalinin sonuçları, yükümlülüklerin (borcun) sona erme sebepleri, zamanaşımı ve dava zamanaşımı, sözleşmenin hükümsüzlüğünün sonuçları*” uygulanacak hukukun kapsamındaki konulara dahil edilmiştir. Bu konular örnek olarak sayıldığından Tüzük’te özel olarak istisna edilen konular (m. 10/2, m. 11, m. 12/2) dışında kalan diğer konular da uygulanacak hukuk kapsamında yer alacaktır⁵⁶⁹. Meksika Sözleşmesi’nin konuya ilişkin 14. maddesi ve Lahey Satış Sözleşmesi’nin 12. maddesi de maddede sayılanlarla sınırlı olmamak üzere Tüzük ile benzer yönde düzenleme içermektedir. Ancak Lahey Satış Sözleşmesi m. 12’de Tüzük’te belirtilen konulara ek olarak satış sözleşmesine ilişkin hususlara da yer verilmiştir⁵⁷⁰. Amerikan hukukunda ise *Restatement II* para. 198-207’de uygulanacak hukuka tabi olacak konulara “*sözleşme yapma ehliyeti, sözleşmenin geçerliliği ve bunun için gerekli işlemler, yanılma, aldatma/yanıltıcı beyan, cebir ve korkutmanın sözleşme üzerindeki etkisi, hukuka aykırılığın etkisi, fahiş faiz iddialarının etkisi, sözleşmede kullanılan sözcüklerin yorumu, sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin niteliği ve kapsamı ile sözleşmeye aykırılık nedeniyle ödenecek tazminatın miktarı*” örnek olarak sayılmıştır⁵⁷¹.

Türk hukukuna gelince ise MÖHUK’ta uygulanacak hukukun kapsamını belirleyen özel bir hüküm bulunmamakla birlikte seçilen hukukun sözleşmenin

⁵⁶⁷ ALİBABA, s. 86.

⁵⁶⁸ AYDOĞDU, s. 155.

⁵⁶⁹ AYDOĞDU, s. 156.

⁵⁷⁰ Mark KANTOR, “The Scope of Choice of Law Clauses”, *Banking Law Journal*, 119(8), 2002, s. 735; QAFAROV/ƏBİLOV, s. 176.

⁵⁷¹ AYDOĞDU, s. 158. Belgede seçilen hukukun uygulanma şeklinin somut olaya göre değişebileceği de belirtilmiştir. Şöyle ki seçilen hukuka göre sözleşme yapmaya ehil olmayan bir kişi yerleşim yeri hukukuna göre ehil ise, sözleşme yapmaya ehil kabul edilecektir (KANTOR, s. 728).

tamamına uygulanacağını ifade eden hükme de yer verilmemiştir. Ancak “sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmün varlığı ve maddi geçerliliğini sözleşmenin geçerli olması halinde uygulanacak hukuka” tabi kılan MÖHUK m. 32’nin temelinde yatan fikrin sözleşme ilişkisini (*culpa in contrahendo*’dan⁵⁷² ifa veya sözleşmenin feshine kadar), mümkün olduğu kadar, tek bir hukuk düzenine tabi tutarak maddi hukuk ahengini sağlamak olduğu ifade edilmektedir⁵⁷³. Nitekim doktrinde de taraflarca seçilen hukukun, farklı maddelerle sözleşme statüsünün kapsamı dışında bırakılan konular haricinde sözleşmenin tamamına uygulanacağı kuralı genel kabul görmektedir⁵⁷⁴. Bu bağlamda sözleşmenin kurulması için aranan şartlar, *culpa in contrahendo*, sözleşmenin içeriği, yorumu, süresi ve konusu (hukuka ve ahlaka aykırılığı, imkânsız olup olmadığı), irade sakatlıkları, yabancı para kayıtları, cezai şart, hasar ve hasar intikali, ifa ve ifa engelleri, mücbir sebep halleri, borçlunun ve alacaklının temerrüdü, alacağın temliki, müteselsil borçluluk, halefiyet, zamanaşımı⁵⁷⁵, sözleşmenin sona ermesi gibi konular sözleşmeye uygulanacak hukuk tarafından yönetilecektir⁵⁷⁶.

Azerbaycan hukukunda ise seçilen hukukun kapsamı, sözleşmeye uygulanacak hukukun seçimine yönelik 24. madde ile düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında “*tafıfların sözleşmeye ilişkin hak ve yükümlölüklerinin belirlenmesi, sözleşmenin yorumu, ifası, ifa edilmemesi, feshi, gereğince ifa edilmemesinin ve geçersizliğinin sonuçları, alacağın devri*” hususlarının taraflarca seçilen hukuka tabi olacağı

⁵⁷² *Culpa in contrahendo* yani sözleşme öncesi müzakerelerde kusurdan kaynaklanan sorumluluk, müzakere sırasında taraflardan birinin diğetine ya da onun koruması altında olan kişilere karşı, aralarındaki dürüstlük kuralı uyarınca meydana gelen güven ilişkisini ihlal etmesi neticesinde ortaya çıkmaktadır (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 976). *Culpa in contrahendo* sözleşme dışı borç ilişkisi olarak nitelendirilerek, konuya Roma I Tüzüğü’nde değil Roma II Tüzüğü’nde (sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin Tüzük) yer verilmiş olsa da, konunun sözleşmeye uygulanacak hukuk tarafından yönetileceği, bu hukukun belirlenemediği durumlarda ise haksız fiillere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının uygulanacağı düzenlenmiştir (m. 12). *Culpa in contrahendo* ile ilgili daha detaylı bkz. Zeynep Derya TARMAN, “Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Rona Serozan Armağani**, C. II, İstanbul, 2010, s. 1655 vd.; Lale AYHAN İZMİRLİ, “Lex Mercatoria’da Culpa in Contrahendo Sorumluluğu”, **MHB**, 2017/2, Yücel Sayman’a Armağan, s. 237 vd. (*Lex Mercatoria*).

⁵⁷³ NOMER, s. 341.

⁵⁷⁴ DOĞAN, s. 412; NOMER, s. 341; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 372-373; TEKİNALP, s. 293. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE bu kuralı “beşikten mezara” olarak ifade etmiştir (ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 372).

⁵⁷⁵ MÖHUK m. 8’e göre “*zamanaşımı, hukuki işlem ve ilişkinin esasına uygulanan hukuka tâbidir*”. Benzer şekilde, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklı davalarda zamanaşımına ilişkin meseleler, haksız fiile (m. 34) ve sebepsiz zenginleşmeye (m. 39) uygulanacak hukuka göre değerlendirilecektir (ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 199).

⁵⁷⁶ ALİBABA, s. 87; ÇELİKEL/ERDEM, s. 404; DOĞAN, s. 413-419; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 372-375; TEKİNALP, s. 293.

belirlenmiştir⁵⁷⁷ (m. 24/1). Ayrıca MÖHK m. 19/1 ile zamanaşımı da uygulanacak hukukun kapsamına dahil edilmiştir⁵⁷⁸.

İlkeler’de konu “Seçilen hukukun kapsamı (*Scope of the chosen law*)” başlıklı 9. madde ile düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında taraflar aksini kararlaştırmadıkça seçilen hukukun taraflar arasındaki sözleşmenin tüm unsurlarını yöneteceği ifade edilmiş ve seçilen hukukun uygulanacağı konular sınırlı olmamak üzere sayılmıştır⁵⁷⁹. Bu yaklaşım ile hukuki kesinlik ve yeknesaklığın sağlanması ile birlikte tarafların *forum shopping*’e teşvikinin azaltılması amaçlanmıştır⁵⁸⁰. Madde ile seçilen hukukun kapsamına dahil edilen konular şunlardır:

(a) sözleşmenin yorumu;

(b) sözleşmeden doğan haklar ve borçlar⁵⁸¹;

(c) ifa ve zararın tespiti de dahil ifa etmemenin sonuçları⁵⁸²;

(d) yükümlülüklerin muhtelif sona erme yolları, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler;

(e) sözleşmenin geçerliliği ve geçersizliğin sonuçları;

(f) ispat yükü ve hukuki karineler⁵⁸³

(g) sözleşme öncesi borçlar.

⁵⁷⁷ QAFAROV/ƏBİLOV, s. 176; ALLAHVERDİYEV, s. 396. Maddenin Azerbaycanca orijinal metni için bkz. dn. 241.

⁵⁷⁸ ALLAHVERDİYEV, s. 396. AC MÖHK m. 19/1: “Zamanaşımı, ilgili ilişkiye uygulanacak hukuk ile belirlenir”.

⁵⁷⁹ Şerh, para. 9.1; İZMİRLİ, s. 379; AYDOĞDU, s. 157.

⁵⁸⁰ Şerh, para. 9.2; STAMATIADIS, s. 272; İZMİRLİ, s. 379; AYDOĞDU, s. 157.

⁵⁸¹ Bu ifade yalnızca taraflar arasındaki sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri kapsamakta, taraflar arasında meydana gelebilecek sözleşme dışı sorumlulukları kapsamamaktadır (Şerh, para. 9.5 ve para. 9.12; STAMATIADIS, s. 271).

⁵⁸² Bu ifade sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ifa koşullarını örneğin özen yükümlülüğü, ifa yeri, ifa zamanı ve yükümlülüklerin borçlu dışındaki bir kişi tarafından hangi ölçüde yerine getirilebileceği, ifa etmeme ve zararların değerlendirilmesi (tazminat miktarının belirlenmesi, zararın giderilmesi nedeniyle indirim, cezai şartların geçerliliği) gibi konuları kapsamaktadır (Şerh, para. 9.6, ve para. 9.7).

⁵⁸³ İspat yükü ve hukuki karineler tarafların yükümlülüklerinin belirlenmesine katkıda bulunmaktadır. Bu nedenle sözleşmeye uygulanacak hukukla ayrılmaz bir şekilde bağlantılı sayılmaktadır. Buna karşılık mahkemeye gelmemenin veya taraflardan birinin elinde bulunan belirli bir belgenin sunulmaması gibi usule ilişkin karineler nitekim ispat standartı ve şartı da seçilen hukukun kapsamı dışındadır ve *lex fori*’ye tabidir (Şerh, para. 9.11).

Görüldüğü üzere yukarıda bahsedilen konuların sözleşme statüsüne dahil olduğu açıkça ifade edilmiş ve böylelikle ortaya çıkabilecek vasıflandırma sorunları engellemiştir⁵⁸⁴. Ancak belirtmek gerekir ki, seçilen hukukun sözleşmenin tüm unsurlarına uygulanacağını ifade edilmesi tarafların sözleşmenin farklı bölümleri için (hatta m. 9/1’de belirtilen konulardan biri veya birkaçı için) farklı hukuk seçimi yapmasına engel değildir⁵⁸⁵.

III. SEÇİLEN HUKUKUN UYGULANMASINI ENGELLEYEN DURUMLAR

Sözleşmeye uygulanmak üzere hukuk seçimi yapıldığı durumlarda bu hukukun sözleşmeye bir bütün olarak uygulanması genel kabul gören kuraldır. Ancak hukuk sistemlerinde seçilen veya hukuk seçimi yapılmamışsa objektif olarak tespit edilen hukukun uygulanmasını engelleyen durumlar da vardır. Bunlardan ilki kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmasını engelleyen “doğrudan uygulanan kurallar” diğeri ise kanunlar ihtilafı kuralının uygulanarak ulaştığı sonucu engelleyen “kamu düzeninin müdahalesi”dir. Bu durumlar, hukuk seçimi yapıldığı durumlarda irade muhtariyetinin sınırlarını oluşturmaktadır. İlkeler’de her iki konu 11. maddede düzenlenmiş, maddenin 1 ve 2. fıkraları doğrudan uygulanan kurallara, 3 ve 4. fıkraları ise kamu düzenine ilişkin temel kavramları içermektedir. Maddenin 5. fıkrası ise bu kuralların hakem heyetleri tarafından uygulanmasını ele almaktadır.

A. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine bir bütün olarak uygulanması gerektiği kabul edilen uygulanacak hukukun uygulanmasını kısmen veya tamamen engelleyen bazı kurallar vardır ki, bu kurallar karşılaştırmalı hukukta “doğrudan (derhal) uygulanan kurallar”, “üstün emredici hükümler/kurallar”, “müdahaleci normlar” gibi

⁵⁸⁴ STAMATIADIS, s. 272. Vasıflandırma sorunu yaşanabilecek ve İlkeler m. 9 ile çözüme kavuşturulan konulardan biri de zamanaşımı ve hak düşürücü süreler konusudur. Şöyle ki, zamanaşımının Kıta Avrupa hukuk sistemlerinde esasa ilişkin konu olarak kabul edilmesine rağmen Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde usuli bir konu olarak nitelendirilmektedir (DOĞAN, s. 312; ÇELİKEL/ERDEM, s. 199; NOMER, s. 214). Aynı zamanda zamanaşımının hem esasa hem usule ilişkin olduğu ve orta yollu bir çözüm üretilmesi gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur (SYMEONIDES, s. 27). İlk yaklaşıma göre zamanaşımı sözleşme statüsüne yani seçilen hukuka tabi tutulacak, ikinci yaklaşıma göre ise *lex fori* tarafından yönetilecektir. İlkeler’de ilk yaklaşım benimsenmiş ve zamanaşımı sözleşme statüsüne tabi tutulmuştur (Şerh, para. 9.8; İZMİRLİ, s. 380).

⁵⁸⁵ Şerh, para. 9.3.

farklı kavramlarla ifade edilmektedir⁵⁸⁶. Bütün doğrudan uygulanan kuralları içine alan ve tüm hukuk sistemlerinde kabul edilen tanım yapmanın zorluğu ile birlikte, genel hatlarıyla, doğrudan uygulanan kurallar “devletlerin ekonomik, sosyal ve siyasal alanda izledikleri belirli politikaları, özel hukuk ilişkilerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanlarına giren bütün uyumsuzluklara uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan kurallar” şeklinde tanınlanmaktadır⁵⁸⁷. Bu kurallara gümrük ve kambiyo rejimi kuralları, döviz kuralları, vergi kuralları, ithalat ve ihracatı yasaklamaya ilişkin kurallar, imar yasaları, işçi sağlığı ve işyeri güvenliğine yönelik kurallar, çevre yasaları vd. gibi idari ve kamusal nitelikte birçok kural örnek olarak gösterilebilir⁵⁸⁸. Doğrudan uygulanan kurallar özel hukuk ilişkilerinin düzenlenmesinin ilk aşamasında ortaya çıkmaktadır⁵⁸⁹. Başka bir deyişle, uyumsuzluk ile ilgili bir konunun mahkemenin doğrudan uygulanan kuralının uygulama alanına girmesi durumunda hukuki işlem veya ihtilafın niteliğine, yabancılık unsurlu olup olmadığına bakılmaksızın bu kural uygulanır⁵⁹⁰.

Konuya ilişkin yapılan düzenlemelerde, tüm doğrudan uygulanan kuralların belirtildiği bağımsız ve özel bir madde bulunmamakla birlikte, bu kuralların düzenlendiği farklı maddelere bakıldığında da o kuralın doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğuna yönelik özel bir ifadeye yer verilmediği görülmektedir⁵⁹¹. Bu sebepten dolayı bir kuralın doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığının tespiti kuralın getiriliş amacından hareketle yapılmaktadır⁵⁹². Doktrinde doğrudan

⁵⁸⁶ Türk doktrininde genel olarak “doğrudan uygulanan kurallar” ifadesi, Azerbaycan doktrininde ise “emredici kurallar (*imperativ normalar*)” ifadesi kullanılmaktadır. Çalışmamızda Türk doktrinine uygun olarak doğrudan uygulanan kurallar ifadesi kullanılmıştır.

Belirtmek gerekir ki, doğrudan uygulanan kurallar (emredici kurallar) kavramı Azerbaycan hukuku için yeni bir kavramdır. Bu kavram sovyetler kanunlar ihtilafı hukukunda yer almamaktaydı (ALLAHVERDİYEV, s. 192)

⁵⁸⁷ Philippe FRANCESKAKIS, *Quelques précisions sur le “lois d’application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois*, Rev.Cr.DIP, 1966/I, (s. 1-18), s. 13; Philippe FRANCESKAKIS, “Conflits de lois (principes généraux)”, *Encyclopedie Dalloz, Droit International*, c. I, (s. 471- 497), s. 480 (ÖZDEMİR KOCASAKAL, Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, s. 70-71’den naklen); Doğrudan uygulanan kurallar kavramını milletlerarası özel hukuk doktrine ilk kez sistemli bir şekilde kazandıran Fransız hukukçu Philippe FRANCESKAKIS olmuştur. Doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili daha detaylı bkz. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001.

⁵⁸⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 155; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 377-378; NOMER, s. 185; ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 134 vd.; TEKİNALP, s. 49. Örnekler için daha detaylı, bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 9-11.

⁵⁸⁹ QAFAROV/ƏBİLOV, s. 77.

⁵⁹⁰ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 8; ALLAHVERDİYEV, s. 194.

⁵⁹¹ AYDOĞDU, s. 379.

⁵⁹² AKINCI, 2020, s. 23; ÇELİKEL/ERDEM, s. 156; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 11; Nuray EKŞİ, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, İstanbul: Beta, 2020, s. 48; Hatice ÖZDEMİR

uygulanan kuralın sadece taraf menfaatine değil aynı zamanda daha çok kamu menfaatine hizmet etmesi gerektiği belirtilmektedir⁵⁹³.

Doğrudan uygulanan kurallar yetkili mahkemenin doğrudan uygulanan kuralları ve üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları olmakla iki ayrı başlık altında incelenebilir.

1. *Lex Fori*'nin Doğrudan Uygulanan Kuralları

Yetkili mahkemenin yani *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarının, uygulanması gereken yabancı hukuka bakılmaksızın ve hâkime bununla ilgili özel bir yetki veren hüküm bulunmasına gerek olmadan uygulanması gerektiği neredeyse tüm hukuk sistemlerinde kabul görmektedir. Çünkü bu kurallar uygulanırlığını bizzat kendilerinden almaktadır⁵⁹⁴. Aynı şekilde *lex causae*'nin yani taraflarca seçilen veya seçim yapılmamışsa objektif olarak tespit edilen uygulanacak yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarının da uyumsuzluğa bir bütün olarak uygulanması için kanunda buna yönelik özel bir hükmün düzenlenmiş olması gerekmemektedir⁵⁹⁵. Ancak bazı milli ve milletlerarası düzenlemelerde doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasına ilişkin genel bir hüküm yer almaktadır. Örneğin Roma I Tüzüğü'nün kabulünden önce yürürlükte olan EGBGB Madde 34'te, Alman hukukunun emredici nitelikte düzenlenen hükümlerinin, sözleşmeye uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın, kanunlar ihtilafı kuralları ile bertaraf edilemeyeceği düzenlenmiştir⁵⁹⁶. İsviçre hukukunda ise konu IPRG'nin "*İsviçre hukukunda yer alan ve güttükleri özel amaç gereği emredici karaktere sahip olan kurallar, bu kanuna göre uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın uygulanırlar*" şeklindeki 18. maddesinde düzenlenmiştir.

Diğer düzenlemelerden farklı olarak, Roma I Tüzüğü m. 9/1 ile doğrudan uygulanan kuralları tanımlamıştır. Maddeye göre "*Doğrudan uygulanan kurallar, bir ülkenin siyasi, sosyal ve ekonomik örgütlenmesi gibi kamusal çıkarlarının korunması*

KOCASAKAL, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", **10. Yılında MÖHUK Sempozyumu**, (Ed. Feriha Bilge Tanrıbilir/Gülce Gümüşlü Tunçağıl), Ankara: Adalet, 2018, s. 51 (2018); TİRYAKIOĞLU, s. 79.

⁵⁹³ AKINCI, 2020, s. 23; NOMER, s. 186.

⁵⁹⁴ ÇELİKEL/ERDEM, s. 157; NOMER, s. 185; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 12.

⁵⁹⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s. 157; DOĞAN, s. 283; NOMER, s. 343. Bu kuralın tek istisnası uygulanacak hukukun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının mahkemenin kamu düzenine aykırı bir sonuç doğurduğu durumlardır. Bu durumlarda hâkim aykırı olan doğrudan uygulanan kuralları uygulamayacaktır (DOĞAN, s. 283; TEKİNALP, s. 302).

⁵⁹⁶ AYDOĞDU, s. 382.

*için uyulması hayati önem taşıyan ve bu Tüzük uyarınca sözleşmeye uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın kapsamına giren her durumda uygulanan kurallardır*⁵⁹⁷. Maddenin ikinci fıkrasında Tüzük'teki hiçbir hükmün mahkemenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını kısıtlamayacağı düzenlenmiştir⁵⁹⁸.

Lahey Satış Sözleşmesi konuyu ilgili 17. maddesinde⁵⁹⁹ “*Sözleşme, sözleşmeye uygulanacak hukuktan bağımsız olarak uygulanması gereken forum hukuku hükümlerinin uygulanmasını engellemez*” şeklinde, Meksika Sözleşmesi ise 11. maddesinin birinci fıkrasında⁶⁰⁰ “*Sözleşmenin önceki hükümleri dikkate alınmaksızın, forum hukukun hükümleri, uyulması zorunlu olduğu durumlarda mutlaka uygulanacaktır*” şeklinde düzenlenmiştir.

Restatement II'da ise “doğrudan uygulanan kurallar” veya buna benzer bir ifadeye yer verilmemekle birlikte, düzenlemede mahkemenin doğrudan uygulanan kurallarının etkisi değil, objektif olarak belirlenen uygulanacak hukukun, *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kurallarının etkisi öngörülmüştür⁶⁰¹. Şöyle ki, para. 187/2-b'e göre taraflarca seçilen hukukun uygulanması, hukuki işlem veya ilişkide daha fazla menfaati olan ve para. 188'e göre geçerli bir hukuk seçiminin yokluğunda hukuku uygulanacak devletin temel politikasına aykırı olduğu durumlarda engellenir⁶⁰².

Türk hukukunda konu, 5718 sayılı MÖHUK'ta “Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları” başlıklı 6. madde ve üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin olan “Doğrudan uygulanan kurallar” başlıklı 31. madde⁶⁰³ ile

⁵⁹⁷ Maddenin İngilizce orijinal metni şu şekildedir: “*Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation*”.

⁵⁹⁸ Roma I Tüzüğü'nden farklı olarak Roma Sözleşmesi'nin ilgili 7. maddesinde “*overriding mandatory rules*” ifadesi yerine “*mandatory rules*” ifade kullanılmıştır. İlgili madde için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/convention-on-the-law-applicable-to-contractual-obligations-rome-convention.html> (Erişim Tarihi: 19.08.2024).

⁵⁹⁹ Maddenin İngilizce orijinal metni şu şekildedir: “*The Convention does not prevent the application of those provisions of the law of the forum that must be applied irrespective of the law that otherwise governs the contract*”.

⁶⁰⁰ Maddenin İngilizce orijinal metni şu şekildedir: “*Notwithstanding the provisions of the preceding articles, the provisions of the law of the forum shall necessarily be applied when they are mandatory requirements*”.

⁶⁰¹ AYDOĞDU, s. 385.

⁶⁰² DEMİRKOL, s. 217.

⁶⁰³ Madde 31'den daha detaylı açıklamaya aşağıda, ilgili bölümde yer verilecektir. Bkz. “Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”.

düzenlenmiştir. Madde 6'ya göre: “Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kural uygulanır”⁶⁰⁴. Madde uyarınca uyuşmazlığın yabancı unsurlu olup olmadığına ve uygulanacak hukuka bakılmaksızın⁶⁰⁵, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanına giren konularda bu kurallar uygulanır. Doğrudan uygulanan kurallar hâkim tarafından re’sen uygulanmakta, bunun için tarafların talebine gerek olmamaktadır⁶⁰⁶.

Azerbaycan hukukunda da MÖHK'ta, diğer milli düzenlemelerde olduğu gibi doğrudan uygulanan kuralların tanımı yapılmamıştır⁶⁰⁷. Konuyu düzenleyen m. 5/1'e göre “Belirli konuları düzenleyen Azerbaycan Cumhuriyeti hukukunun emredici hükümleri, bu Kanun uyarınca uygulanması gereken hukuka bakılmaksızın, uygulanır”⁶⁰⁸. Ayrıca aynı kanunun 24. maddesinin “Sözleşme ile ilgili olarak bir ülkenin emredici hükümlerinin uygulanmamasına neden olan hukukun seçimi geçersizdir” şeklindeki 4. fıkrası da doğrudan uygulanan kurallara ilişkindir⁶⁰⁹. Görüldüğü üzere fıkarda Roma Sözleşmesi'nde (*mandatory rules*) olduğu gibi “emredici hükümler (*imperativ normalar*)” ifadesi kullanılmıştır. Kanaatimizce MÖHK, Roma I Tüzüğü'nden daha önceden yürürlüğe girdiğinden Tüzük ile Roma Sözleşmesi'nin 7. maddesine yapılan değişiklik dikkate alınamamıştır. Ancak yeni

⁶⁰⁴ Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması için buna yetki veren özel bir düzenlemenin gerekli olmaması nedeniyle maddeye Kanun Tasarısı'nın ilk halinde yer verilmemişti. Kanun metnine sonradan eklenen Madde 6'nın eklenme gerekçesi olarak ise bu kuralların hâkim tarafından tereddütsüz uygulanmasını sağlamak amacı gösterilmiştir (AYDOĞDU, s. 386). Madde 6'nın eklenmesi ile ilgili doktrinde farklı görüşler mevcuttur. ÇELİKEL/ERDEM, madde düzenlemese idi de mahkemenin doğrudan uygulanan kurallarının uyuşmazlığa uygulanması gerektiğini belirtmektedir (ÇELİKEL/ERDEM, s. 158). NOMER, maddenin gereksiz olduğunu açıkça belirtme de maddenin anlaşılmasının zor olduğunu ifade etmiştir (NOMER, s. 185). GÜNGÖR, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ile yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarının karşılaştırılması durumunda Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının üstünlük sağlaması noktasında Madde 6'nın önem taşıyacağını belirtmiştir (Gülin GÜNGÖR, **Türk Milletlerarası Özel Hukuku**, Ankara: Yetkin, 3. Bası, 2022, s. 64). ÖZDEMİR KOCASAKAL ise maddenin kamu düzenine ilişkin m. 5'in hemen ardından düzenlenmesinin doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeninin farklılığı hususuna değinme bakımından yerinde olduğunu belirtmiştir (ÖZDEMİR KOCASAKAL, 2018, s. 49).

⁶⁰⁵ Madde 6 metninde kullanılan “yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda” ifadesi bazı yazarlarca eleştirilmektedir. ÖZDEMİR KOCASAKAL, bu ifadenin, doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasından önce uygulanacak yabancı hukukun tespit edilmesi ve uygulanması gerektiği şeklinde yorumlanmaya açık olduğu ve bunun da doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeni arasındaki farkı ortadan kaldırdığı gerekçesiyle madde metninden çıkarılması gerektiğini savunmaktadır (ÖZDEMİR KOCASAKAL, 2018, s. 66). DOĞAN da aynı görüştedir (DOĞAN, s. 280).

⁶⁰⁶ AKINCI, 2020, s. 23.

⁶⁰⁷ QAFAROV/ƏBİLOV, s. 79; ALLAHVERDİYEV, s. 195.

⁶⁰⁸ ALLAHVERDİYEV, s. 193. Maddenin Azerbaycanca orijinal metni şu şekildedir: “Bu Qanuna görə tətbiq olunmalı hüquqdan asılı olmayaraq müvafiq münasibətləri tənzimləyən Azərbaycan Respublikası hüququnun imperativ normaları tətbiq edilir”.

⁶⁰⁹ İSGƏNDƏROV, s. 53.

hazırlanacak kanun tasarısında bu hususun dikkate alınarak “emredici hükümler” ifadesinin “üstün emredici hükümler” şeklinde değiştirileceğini düşünmekteyiz.

Yetkili mahkemenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması İlkeler’de 11. maddenin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. Maddeye göre: “*Bu İlkeler, mahkemenin, taraflarca seçilen hukuka bakılmaksızın uygulanan üstün emredici hükümlerini uygulamasını engellemez*”⁶¹⁰.

Düzenlemede doğrudan uygulanan kurallar için “üstün emredici hükümler (*overriding mandatory rules/provisions*)”⁶¹¹ ifadesi kullanılmış ancak Roma I Tüzüğü’nden farklı olarak İlkeler doğrudan uygulanan kuralları tanımlamamıştır⁶¹². Şerh’te, “üstün emredici hükümler” ifadesi ile birçok ulusal ve bölgesel düzenlemelerde kendi yapılarına göre düzenlenen ve taraflarca seçilen hukuka bakılmaksızın uygulanan kurallara gönderme yapıldığı belirtilmiştir. Bu hükümlerin nitelikleri ise kavramda kullanılan “emredici (*mandatory*)” ve “üstün (*overriding*)” ifadeleri ile açıklanmıştır. Buna göre, bu hükümlerin emredici olması, tarafların aralarındaki sözleşme ile bu hükümleri devre dışı bırakamayacakları noktasında, üstün olması ise tarafların ilişkilerine uygulanması için başka bir hukuku seçtiği durumlarda bile bu hükümlerin uygulanacağı noktasında kendini göstermektedir⁶¹³. İlkeler’e göre doğrudan uygulanan kuralların (üstün emredici hükümler) kapsamı, forumun kamu menfaatlerini korumak için önemli olduğu kabul edilen hükümlerle sınırlıdır. Bir kuralın doğrudan uygulanan kural olması için, bu kuralın anayasanın veya bir kanunun hükmü olması veya hükümde doğrudan uygulanan kural niteliğinin açıkça belirtilmiş olması gerekmemektedir. Bir kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığı, şartları ve etkileri mahkemenin hukukuna göre belirlenir⁶¹⁴.

Şerh’te aynı zamanda, doğrudan uygulanan kuralların etkisinin sınırlarından da bahsedilmiştir. Şöyle ki doğrudan uygulanan kural taraflarca seçilen yabancı hukuku tamamen geçersiz kılmamakla birlikte yabancı hukuk doğrudan uygulanan kural ile

⁶¹⁰ Fıkranın İngilizce orijinal metni şu şekildedir: “*These Principles shall not prevent a court from applying overriding mandatory provisions of the law of the forum which apply irrespective of the law chosen by the parties*”.

⁶¹¹ Yabancı literatürde “*mandatory rules*” basit emredici kurallar, “*overriding mandatory rules*” ise üstün emredici kurallar anlamına gelmekte ve uygulanacak hukuka bakılmaksızın uygulama alanı bulmaktadır (SYMEONIDES, s. 15).

⁶¹² Şerh, para. 11.16; AYDOĞDU, s. 384; GIRSBERGER/COHEN, s. 331;

⁶¹³ Şerh, para. 11.16.

⁶¹⁴ Şerh, para. 11.17.

uyumlu olduğu ölçüde ve mümkün olan en geniş şekilde uygulama alanı bulacaktır⁶¹⁵.

2. Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları

Lex fori'nin ve *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması ile ilgili hukuk sistemlerindeki kesinliğin aksine, özellikle sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Devletler genellikle kendi ülkelerinde başka devletlerin hakimiyet alanlarını genişletmeme yöneliminde olduğu için bu devletlerin doğrudan uygulanan kurallarını göz ardı etmişlerdir⁶¹⁶. Ancak zaman geçtikçe yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınması zorunluluk haline gelmiştir⁶¹⁷. Bu bağlamda birçok milli⁶¹⁸ ve milletlerarası düzenlemelerde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmasına yönelik yaklaşım benimsenmeye başlanmıştır. Ayrıca *lex fori* ve *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kurallarının aksine üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınabilmesi için buna yönelik bir düzenleme bulunması gerekmektedir⁶¹⁹.

İsviçre hukukunda IPRG'nin konuya ilişkin “Yabancı hukukun emredici hükümlerinin dikkate alınması” başlıklı 19. maddesi şu şekildedir: “*Bu kanunla belirlenen hukuk yerine yabancı bir hukuk, hukuki ilişki ile irtibatlı olması ve İsviçre hukuk anlayışına göre bir tarafın korunmaya değer ve açıkça ağır basan menfaatlerinin gerektirmesi halinde dikkate alınabilir. Böyle bir hükmün dikkate alınması gerekip gerekmediğine karar verilirken, hükmün amacının yanı sıra uygulanmasının İsviçre hukuk anlayışına göre hakkaniyetli bir kararla sonuçlanıp sonuçlanmayacağı da dikkate alınabilir*”.

Roma I Tüzüğü'nde ise konu, doğrudan uygulanan kurallara ilişkin 9. maddenin üçünü fıkrasında düzenlenmiştir. Fıkra göre: “*Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifa edildiği ya da ifa edilmesi gereken ülke hukukunun doğrudan uygulanan*

⁶¹⁵ Şerh, para. 11.18; AYDOĞDU, s. 385.

⁶¹⁶ NOMER, s. 243.

⁶¹⁷ NOMER, s. 343; ÖZDEMİR KOCASAKAL, 2018, s. 71.

⁶¹⁸ Arjantin, Belarus, Gürcistan, Kazakistan, Kırgızistan, Quebec, Rusya, Sırbistan, Tacikistan, Tunus, Ukrayna, Uruguay ve Özbekistan uyuşmazlıkla sıkı bağlantısı olan üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabileceği veya dikkate alınabileceğine yönelik düzenlemeler öngörmüştür.

⁶¹⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 158.

*kurallarına, sözleşmenin ifasını hukuka aykırı hale getirdiği ölçüde etki tanınabilir. Bu kurallara etki tanınıp tanınamayacağı değerlendirilirken, söz konusu kuralların niteliği ve amacı ile uygulanmaları ya da uygulanmamaları halinde doğacak sonuçlar dikkate alınmalıdır*⁶²⁰. Görüldüğü üzere, diğer düzenlemelerden farklı olarak Tüzük'te, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması için üçüncü devlet ile ilişki arasında yakın irtibat/bağlantı şartı yerine daha kesin bir şart olarak "ifa yeri" şartı aranmaktadır⁶²¹. Yani üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınabilmesi için sözleşmenin ifa yerinin bu devlet olması gerekmektedir.

Türk hukukunda MÖHUK'un "Doğrudan uygulanan kurallar" başlıklı 31. maddesinde konu şu şekilde düzenlenmiştir: "*Sözleşmeden doğan ilişkinin tabi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır*"⁶²². Burada bahsedilen "üçüncü bir devletin hukuku" *lex fori* ve *lex causae* dışında kalan herhangi bir devletin hukuku anlamına gelmektedir. Maddede üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesi, bu devletin hukukunun sözleşme ile sıkı ilişki içinde olması şartına tabi tutulmuş ve böylelikle sözleşme ile hiç ilişkisi bulunmayan veya daha az ilişkisi bulunan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının önüne geçilmiştir. "Sıkı ilişki" ifadesinin neleri kapsadığı maddede düzenlenmemiştir ve doktrinde bu konunun hâkimin takdirine bırakıldığı ifade edilmektedir⁶²³. Olayın özelliklerine göre, sıkı ilişki, ifa yeri, sözleşmeye konu olan malların bulunduğu ülke, borçlunun yerleşim yeri şeklinde kendini gösterebilir⁶²⁴.

⁶²⁰ Fıkranın İngilizce orijinal metni şu şekildedir: "*Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application*".

⁶²¹ Roma Sözleşme'sinin ilgili 7. maddesinin birinci fıkrasında "ifa yeri" şartı yerine "sözleşme ile yakın bağlantılı olma" şartı aranmaktaydı (AYDOĞDU, s. 391, dn. 1543). Bu düzenlemenin nedeni ise, Roma Sözleşmesi'nde bu hükmün taraf devletlerin çekince hakkıyla kabul edilmiş olmasıydı. Sözleşmenin Roma I Tüzüğü'ne dönüşmesi durumunda ise, Tüzük'te çekince hakkı olmadığından, m. 7(1) m. 9(3)'e aynı biçimde aktarılmamıştır (ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 144).

⁶²² Bu düzenlemeye 2675 sayılı MÖHUK'ta yer verilmemiştir. Bunun sebebi tam olarak belli olmasa da üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının tatbikiindeki zorluk ve karmaşıklık olabileceği ifade edilmektedir (Mustafa ERKAN, "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 12, 2011, s. 81-121, s. 95 (AYDOĞDU, s. 392, dn. 1548'den naklen)).

⁶²³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, 2018, s. 73; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 379.

⁶²⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 379.

Maddenin ikinci cümlesinde ise üçüncü devletin doğrudan uygulan kurallarına etki tanınması ve onların uygulayıp uygulanmaması⁶²⁵ konusunda “sıkı ilişki” şartı ile birlikte bu kuralların “amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları”nın da dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bütün bu değerlendirmeler sonucunda üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınıp tanınmamasının veya uygulanıp uygulanmamasının hâkimin takdirine bırakıldığı kabul edilmektedir⁶²⁶.

Son olarak yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta bir konu hem Türk hukukunun hem de üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralının kapsamına giriyorsa, MÖHUK Madde 6 esas alınarak Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralının uygulanması gerekmektedir⁶²⁷.

Azerbaycan hukukunda konu MÖHK’un “Emredici hükümlerin uygulanması” başlıklı 5. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Fıkra göre: “*Bir devletin hukuku uygulanırken o devletin hukukuna göre olayın koşullarıyla yakından ilgili olan başka bir devletin emredici hükümlerine, sözleşmeye uygulanacak hukuka atıfta bulunmaksızın, uygulanması mümkün olduğu ölçüde öncelik verilebilir. Bu tür hükümlere öncelik verme kararı alınırken, bunların amacı ve niteliğinin yanı sıra uygulanmasının sonuçları da dikkate alınmalıdır*”⁶²⁸. Türk hukukundan farklı olarak, fıkradan “sıkı ilişki” kavramından ne anlaşılması gerektiği ile ilgili değerlendirmenin hâkim tarafından sözleşmeye uygulanacak hukuka göre yapılması gerektiği

⁶²⁵ Maddenin ilk cümlesinde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına sadece “etki tanınması”ndan bahsedilmesine rağmen ikinci cümlesinde “etki tanınması” ile birlikte bu kuralın “uygulanması”ndan da bahsedilmiştir. Bu düzenlemenin bilinçli olarak mı yapıldığı yoksa kanunda bir boşluk niteliği mi taşıdığı konusunda doktrinde de farklı görüşler mevcuttur. Bazı yazarların bu iki kavramın birlikte ve birbirinin yerine kullanıldığı görüşünde olmasına rağmen (ÇELİKEL/ERDEM, s. 462; DOĞAN, s. 420; TEKİNALP, s. 302), diğer kısım yazarlar bu kavramların farklı anlamlar ifade ettiği ve birbiri yerine kullanılamayacağını savunmaktadır. ÖZDEMİR KOCASAKAL’a göre kurala “etki tanınması” durumunda yaptırımlar sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi olacak ancak kuralın “uygulanması” durumunda ise kural bütün hukuki sonuçları ve yaptırımları ile birlikte uyuşmazlığa uygulanacaktır (ÖZDEMİR KOCASAKAL, 2018, s. 79-80). Konu ile ilgili daha detaylı bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, 2001, s. 74-75. NOMER’e göre üçüncü devletin kamu hukukuna ilişkin hükümlerinin başka bir devlette uygulanamayacağı genel kabul gören bir hukuk prensibidir ve üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması hukuken mümkün görünmemekle birlikte onlara sadece uyuşmazlığın karara bağlanmasında hâkim tarafından etki tanınabilir (NOMER, s. 344-345). Görüşe göre madde metni bu şekliyle yanıltıcı ve yanlış yorumlanmaya açıktır ve madde metninde Roma I Tüzüğü’ndeki düzenleme yönünde, sadece “etki tanınma” ifadesine yer verilecek şekilde değişiklik yapılması yerinde olacaktır (ÖZDEMİR KOCASAKAL, 2018, s. 81).

⁶²⁶ AYDOĞDU, s. 393.

⁶²⁷ GÜNGÖR, s. 66.

⁶²⁸ Fıkranın Azerbaycanca orijinal metni şu şekildedir: “*Bir ölkənin hüququ tətbiq edilərkən bu ölkənin hüququna görə işin halları (məhiyyəti) ilə sıx bağlılığı olan digər ölkənin imperativ normalarına, müqavilədə əsas götürülən hüquqa istinad etmədən onların tətbiqinin mümkün olduğu dərəcədə üstünlük verilə bilər. Belə normalara üstünlük verilməsi barədə qərar qəbul edilərkən onların təyinatı və xarakteri, habelə tətbiqinin nəticələri nəzərə alınmalıdır*”.

anlaşılmaktadır.

Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları konusu İlkeler’de Madde 11/2’de düzenlenmiştir. Buna göre: “*Mahkemenin hukuku, bir mahkemenin başka bir hukukun üstün emredici hükümlerinin ne zaman uygulanabileceğini veya uygulanmak zorunda olduğunu veya dikkate alınabileceğini veya dikkate alınmak zorunda olduğunu belirler*”⁶²⁹. Yani İlkeler’e göre üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanıp uygulanmaması veya dikkate alınıp alınmaması hususu yetkili mahkemenin milletlerarası özel hukukuna göre belirlenecektir⁶³⁰. Ancak Şerh’te verilen bir örnek ile herhangi bir kuralın üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralı niteliğinde olup olmadığı hususunun ise bu üçüncü devletin hukukuna göre belirleneceği ifade edilmiştir. Örnek şu şekildedir: “*A ve B Tarafı, Y Devletinden X Devlete tarihi eser kaçakçılığında kullanılacağını bilerek, B tarafından ticari eşya aracının kiralanması için bir sözleşme imzalayarak uygulanacak hukuk olarak Z devletinin hukukunu belirlerler. A Tarafı aracı temin edemez ve B Tarafı X Devletinde A Tarafına dava açar. X Devletinin milletlerarası özel hukuku Y Devleti hukukunun emredici hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağını ve uygulanacaksa ne ölçüde uygulanacağını veya dikkate alınacağını belirleyecektir. X Devleti hukukuna göre, Y Devleti hukukunun üstün emredici hükümlerinin uygulanması veya dikkate alınması gerekiyorsa, Y Devletinin kültürel varlıklar kanunu hükümlerinin üstün emredici hükümler (doğrudan uygulanan kurallar) niteliğine sahip olup olmadığını belirlemek için ise Y Devleti hukuku dikkate alınmalıdır*”⁶³¹.

Şerh’te aynı zamanda yetkili mahkemenin doğrudan uygulanan kurallarının üstünlüğü göz önünde bulundurularak bu kuralların ve üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının çatışması durumunda meselenin forumun yani yetkili mahkemenin hukukuna göre çözüme kavuşturulacağı belirtilmiştir⁶³².

Son olarak, Madde 11/2, taraflarca seçilen hukukun üçüncü bir devletin hukukunun belirli hükümlerinin dikkate alınmasını veya uygulanmasını gerektirdiği durumlarda, bu hükümlerin uygulanmasını engellememektedir⁶³³.

⁶²⁹ Fıkranın İngilizce orijinal metni şu şekildedir: “*The law of the forum determines when a court may or must apply or take into account overriding mandatory provisions of another law*”. Meksika sözleşmesi’nde de benzer yönde düzenleme yapılmıştır (m.11/2).

⁶³⁰ Şerh, para. 11.20.

⁶³¹ Şerh, örn. 11-3, s. 76.

⁶³² Şerh, para. 11.21.

⁶³³ Şerh, para. 11.22.

B. Kamu Düzeni

Kamu düzeni⁶³⁴ (*public policy*) milli hukukların politik sınırlarını oluşturmaktadır ve yabancı hukukun uygulanması kamu düzenine aykırı olmaması şartına bağlıdır. Başka bir deyişle, yabancı hukukun bir hükmünün uygulanması hâkimin hukukunda temel ilke ve değerler ile açık bir şekilde uyuşmuyor ise, bu hüküm kamu düzenini açıkça ihlal ettiği gerekçesiyle uygulanmayacaktır⁶³⁵. Bu durum “kamu düzeninin olumsuz etkisi (fonksiyonu)” olarak; yabancı hukukun uygulanmayacak hükmü yerine hâkimin hukukun uygulanması ise kamu düzeninin “olumlu etkisi (fonksiyonu)” olarak adlandırılmaktaydı⁶³⁶.

Kamu düzeni kavramının tanımlanmasının zorluğu sebebiyle, kamu düzenine aykırılığın mevcut olup olmadığı her somut olayın özelliklerine göre, çeşitli kavramlar⁶³⁷, doktrindeki yaklaşımlar ve emsal kararlar vasıtasıyla hâkim tarafından belirlenmektedir⁶³⁸. GÜRZUMAR, kamu düzenini, toplumun barış ve uyum içinde bir arada yaşayabilmesi için uyulması gereken temel hukuki, ahlaki ve vicdani ilkeler bütünü olarak tanımlamıştır⁶³⁹. Bu doğrultuda, kamu düzeni, forum ülkesinin ahlak, toplumsal uygunluk, özgürlük veya adalet gibi temel değerlerini korumayı amaçlar.

⁶³⁴ ALLAHVERDİYEYEV "kamu düzeni"ni adeta bir sigorta nitelikli tedbir olarak değerlendirmektedir; bu kayıtla devletin genel ahlakına aykırı olan ve onunla bağdaşmayan yabancı hukukun yerine devletin iç hukukuna güvence sağlanmış olur. Bu yöntemle devlet, hem kendi toplumunun menfaatlerini hem de milli hukuk sisteminin temelini korumayı hedefler (ALLAHVERDİYEYEV, s. 186). Kamu düzeni çeşitli devletlerde farklı anlamlara gelebileceği, aynı zamanda zaman içinde evrilerek değişebileceği için ona kesin ve net bir tanım verilmesi pek mümkün görünmemektedir. Ancak geniş anlamıyla kamu düzeni “bir toplumun, belirli bir zaman dilimi içerisinde, siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki açılardan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurumlar ve kurallar bütünü” şeklinde tanımlanabilir (Süha TANRIVER, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, MHB, Yıl: 17-18, S. 1-2, 1997-1998 (Yılmaz Altuğ’a Armağan), s. 476).

⁶³⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s. 140; NOMER, s. 160; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 85; ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 119. Örneğin Türkiye’de yaşayan Alman vatandaşının yine Alman vatandaşı olan yeğeni ile evlenmek istemesi ihtimalinde davaya uygulanacak hukuk Türk kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca Alman hukuku olacaktır. Her ne kadar Alman hukuku amca/dayı ve yeğen gibi yakın hısımlar arasında evlenmeye izin verse de bu durum Türk toplumunun örf-adet ve ahlaki değerlerine açıkça aykırılık oluşturması sebebiyle reddedilecektir (ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 86).

⁶³⁶ DOĞAN, s. 259; NOMER, s. 167; ALLAHVERDİYEYEV, s. 190-191. Bir kısım düzenlemelerde sadece olumsuz etkiye yer verilirken diğer kısım düzenlemelerde olumlu etkiye de açıkça yer verilmiştir (AYDOĞDU, s. 355).

⁶³⁷ Çeşitli düzenlemelerde “temel ilkeler”, “temel değerler”, “toplumsal değerler”, “ahlak ve adap”, “anayasanın temel İlkeler’i” vd. gibi kavramlarla kamu düzenine aykırılığın sınırları belirlenmeye çalışılmıştır (GIRSBERGER/COHEN, s. 332).

⁶³⁸ DOĞAN, s. 259.

⁶³⁹ Aydanur GÜRZUMAR, “Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkisi”, MHB, C. 4, S. 1-2, 1994, s. 22. (ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 120’dan naklen).

Bu nedenle, kamu düzeninin amacı yalnızca taraf menfaatini gözetmenin ötesinde, öncelikli olarak forum ülkesinin ve mahkemesinin saygınlığını korumaktır. Bu sebeple, bu istisna taraflarca ileri sürülmesi dahi mahkeme tarafından kendiliğinden uygulanır⁶⁴⁰.

Kıta Avrupası doktrinde kamu düzeninin, iç kamu düzeni ve milletlerarası kamu düzeni olarak iki kategoriye ayrılmakta olup, milletlerarası özel hukuk uygulamalarında milletlerarası kamu düzeni anlayışının hâkim olduğu savunulmuştur. Ancak milletlerarası kamu düzeni anlayışı geniş bir kabul görmemiş; kamu düzeni, forumun iç hukuk perspektifi doğrultusunda işlevini sürdürmektedir. AB'nin Roma II Tüzüğü tasarısında, özel hukuk cezasının (*punitive damage*) “*Topluluk kamu düzeni*”ne aykırı olduğu belirtilmiş, ancak nihai metinde bu kavram çıkarılmıştır. Gerekçe 32’de yalnızca özel hukuk cezasının forum kamu düzenine aykırılığına değinilmiştir. Böylece, AB düzenlemelerinde bile topluluk kamu düzeni kavramı yer bulmamış; her ülkenin kendi kamu düzeni anlayışını korumasına olanak tanınmıştır⁶⁴¹.

Kamu düzenine yönelik bahsi geçen yaklaşım genel olarak bütün milli ve milletlerarası düzenlemeler tarafından benimsenmiştir⁶⁴². Örneğin, Alman hukukunda EGBGB’nin “*Başka bir devlet hukukunun bir hükmü, uygulanmasının Alman hukukunun temel ilkeleriyle açıkça bağdaşmayan bir sonuca yol açacağı durumlarda uygulanmaz*” şeklindeki 6. maddesi ile kamu düzeninin olumsuz fonksiyonu düzenlenmiş ancak olumlu fonksiyona yani yabancı hukukun uygulanmayan hükmü yerine hangi hukukun uygulanacağına yönelik düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak hem Alman doktrinde hem de uygulamasında yabancı hukukun uygulanmayan hükmünün yerine Alman hukukunun uygulanacağı kabul görmektedir⁶⁴³. Avusturya hukukunda ise MÖHK’un 6. maddesi ile hem olumsuz fonksiyon hem olumlu fonksiyon düzenlenmiştir. Maddeye göre “*Yabancı hukukun bir hükmü, uygulanması Avusturya hukuk sisteminin temel değerleri ile bağdaşmayan bir sonuca yol açacaksa uygulanmaz. Gerekirse, Avusturya hukukunun ilgili hükmü onun yerine uygulanır*”. İsviçre hukukunda IPRG’nin konuya ilişkin 17. maddesine göre “*Yabancı hukuk hükümlerinin uygulanması, bu uygulamanın İsviçre kamu düzeniyle bağdaşmayan bir*

⁶⁴⁰ ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 120.

⁶⁴¹ ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 122.

⁶⁴² ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 84; ALLAHVERDİYEYEV, s. 186.

⁶⁴³ KROPHOLLER, s. 245.

sonuca yol açması halinde hariç tutulur”.

Roma I Tüzüğü’nün ilgili 21. maddesinde de konu “*Bu Tüzükte belirtilen herhangi bir ülkenin hukukunun bir hükmünün uygulanması, ancak söz konusu uygulamanın forumun kamu düzenine (ordre public) açıkça aykırı olması halinde reddedilebilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere maddede olumsuz fonksiyona yer verilmekle birlikte olumlu fonksiyon yani yabancı hukuk hükmünün uygulanmaması durumunda hangi hukukun uygulanacağı belirlenmemiştir. Aynı yönde hüküm içeren Roma Sözleşmesi’nin açıklayıcı raporunda kamu düzenine aykırılığın oluşumunda yabancı hukukun bir bütün olarak dikkate alınmayacağı, bu hukukun belirli bir hükmünün forum’un kamu düzenine açıkça aykırı olması gerektiği belirtilmiştir. Bu raporda ayrıca, “açıkça” aykırılığın söz konusu olması için yeterli ve tatmin edici gerekçelerin bulunması gerektiği de ifade edilmiştir⁶⁴⁴.

Lahey Satış Sözleşmesi (m. 18⁶⁴⁵) ve Meksika Sözleşmesi’nde (m. 18⁶⁴⁶) de Tüzük ile benzer yönde düzenleme yapılmıştır. Ancak her iki sözleşmede Tüzük’ten farklı olarak “yabancı hukukun bir hükmü”nün değil “yabancı hukuk”un uygulanmasının belirtilmesi maddelerin eksik yönü olarak ifade edilmektedir⁶⁴⁷.

Karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi Türk hukukunda da kamu düzenine aykırılık nedeniyle yabancı hukuk hükmünün uygulanmaması istisnai kabul edilerek belirli şartlara tabi tutulmuştur. Türk hukukunda konu MÖHUK Madde 5’te “*Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz, gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır*” şeklinde düzenlenerek hem olumsuz hem de olumlu fonksiyona yer verilmiştir. Maddenin uygulanabilmesi için ilk olarak yabancı hukuk hükmünün Türk kamu düzenine “açıkça” aykırı olması gerekmektedir. Ancak bu, yabancı hukukun Türk hukukundan farklı olan hiçbir hükmünün uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir⁶⁴⁸. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Türk kamu düzenine aykırılıktan

⁶⁴⁴ GUILIANO/LAGARDE, No C 282/38.

⁶⁴⁵ Maddenin İngilizce orijinal metni şu şekildedir: “*The application of a law determined by the Convention may be refused only where such application would be manifestly incompatible with public policy (ordre public)*”.

⁶⁴⁶ Maddenin İngilizce orijinal metni şu şekildedir: “*Application of the law designated by this Convention may only be excluded when it is manifestly contrary to the public order of the forum*”.

⁶⁴⁷ AYDOĞDU, s. 365, dn. 1403.

⁶⁴⁸ AKINCI, 2020, s. 20-21; DOĞAN, s. 264. Örneğin yabancı hukuk hükümlerine göre şartları sağlayan evlat edinme Türk hukukunda aranan şartları sağlamadığı her durumda kamu düzenine aykırılık nedeniyle geçersiz sayılmayacaktır (AYDOĞDU, s. 360).

bahsedebilmek için somut olayın Türkiye ile yabancı hukuk hükmünün uygulanmasını engelleyecek derecede ilgisinin olması gerekmektedir⁶⁴⁹.

Kamu düzenine aykırılığın sınırlarının çizilmesinde 2012 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın bazı değerlendirmeleri büyük önem taşımaktadır. Karara göre;

“Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir”⁶⁵⁰.

Anayasal düzeyde güvence altına alınan hak ve özgürlüklere aykırı olan yabancı hukuk, kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilmektedir. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi ve imtiyaz yasağı, kamu düzeninin temel göstergelerindendir. Dolayısıyla, yabancı hukuk, dil, ırk, renk, cinsiyet gibi ayrımcı unsurlar içeriyorsa, Türk mahkemelerinde uygulanmayacaktır⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ AKINCI, 2020, s. 21; BAYATA CANYAŞ, s. 261; DOĞAN, s. 265-266.

⁶⁵⁰ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1, RG. 20.09.2012-28417. Yakın tarihli Yargıtay kararlarında da bu içtihadı birleştirme kararına dayanarak kamu düzenine aykırılığın oluşacağı durumlar belirlenmektedir. Örneğin 9. HD, 28.06.2022, E. 2022/5894, K. 2022/8367; 9. HD, 28.09.2021, E. 2021/6923, 2021/13158 vd.

⁶⁵¹ Anayasal ilkelere aykırılık durumunda kamu düzeni müdahalesinin forum devletiyle yoğun bağlantı aranmaksızın yapılması gerektiği düşünülmektedir. Bu nedenle, Türk mahkemesine başvuran iki yabancının ortak milli hukuku, Anayasal değerlerle örtüşmüyorsa, Türkiye ile güçlü bir bağlantıları olmasa bile yabancı hukuktan vazgeçilmesi gerekmektedir. Sonuç olarak, Türk mahkemeleri kadın-erkek eşitliğine, ayrımcılığa ve insan haklarına saygı göstermeyen yabancı kanunları uygulamayacaktır. Türk mahkemelerinde verilen kararlar, tarafların vatandaşlığından bağımsız olarak Türkiye Cumhuriyeti'nin egemenliğini ve temel siyasasını yansıtmaktadır (ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 122-123).

Türk kamu düzeninin kapsamını belirleyen temel unsur, Türk hukukunun temel ilkeleridir. Bu ilkeler, çeşitli kanunlarda veya örf ve âdet hukukunda yer alabilir. Ancak, forum devletindeki bir kanun hükmünün kamu düzeni gerekçesiyle uygulanması beklenmemelidir. Yargıtay geçmişte bazı iç hukuk hükümlerini bu gerekçeyle uygulamıştır; örneğin, velayet, vesayet ve zamanaşımı gibi konularda Türk maddi normlarını benimsemiştir. Milletlerarası özel hukukta ise kamu düzeni istisnası, uygulanacak yabancı hukukun sonuçlarının Türk hâkimi tarafından kabul edilemez nitelikte olmasıyla belirlenir. Türk hukukundaki bazı hükümlerin emredici olması, her durumda kamu düzenine aykırılık anlamına gelmez. Örneğin, TMK'ya göre erginlik yaşı 18'dir; milli hukuk bunu 21 olarak belirlese bile kamu düzenine aykırılık teşkil etmez⁶⁵².

Azerbaycan hukukunda MÖHK'un "Yabancı hukukun uygulanmasına sınırlama" başlıklı 4. maddesine⁶⁵³ göre Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası'na ve referandumla kabul edilen kanunlarına aykırı olan yabancı hukuk hükümleri Azerbaycan Cumhuriyeti'nde uygulanmamaktadır⁶⁵⁴. Benzer bir hüküm Aile Kanunu'nun 157. maddesinde⁶⁵⁵ de düzenlenmiştir. Maddeye göre "Azerbaycan Cumhuriyeti hukuk düzeninin ilkelerine aykırı olan yabancı hukuk hükümleri Azerbaycan Cumhuriyeti'nde uygulanmamaktadır. Bu durumda Azerbaycan Cumhuriyeti mevzuatı uygulanır"⁶⁵⁶. Görüldüğü üzere MÖHK'tan farklı olarak burada olumlu fonksiyona da yer verilerek yabancı hukukun uygulanmayan hükmü yerine Azerbaycan hukukunun uygulanacağı belirlenmiştir. Kamu düzeni MÖHK'taki düzenlemede "Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası ve referandumla kabul edilen kanunları", Aile Kanunu'ndaki düzenlemede ise "Azerbaycan Cumhuriyeti hukuk düzeninin ilkeleri" şeklinde ifade edilmiştir⁶⁵⁷. Kanaatimizce Aile Kanunu'nda kullanılan, yasalaştırılmamış temel değerleri ve ilkeleri de kapsayan ifade daha yerindedir. Azerbaycan hukukunda da "kamu düzeni" kavramı açıklanmamış, bu kavramın hukuki tanımı yapılmamış ve unsurları belirtilmemiştir. Şüphesiz, bu durum,

⁶⁵² ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 123.

⁶⁵³ AC MÖHK m. 4: "“Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyasına və referendumla qəbul edilmiş aktlarına zidd olan xarici hüquq normaları Azərbaycan Respublikasında tətbiq edilmir”.

⁶⁵⁴ ALLAHVERDİYEV, s. 187; MƏMMƏDOV, s. 102.

⁶⁵⁵ Maddenin Azerbaycanca orijinal metni şu şekildedir: "Xarici ölkələrin Azərbaycan Respublikasının hüquq qaydasının əsaslarına zidd olan hüquq normaları Azərbaycan Respublikasında tətbiq edilmir. Bu halda Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyi tətbiq edilir". Kanun için ayrıca bkz. <https://e-qanun.az/framework/46946> (Erişim Tarihi: 12.09.2024).

⁶⁵⁶ ALLAHVERDİYEV, s. 187.

⁶⁵⁷ QAFAROV/ƏBİLOV, s. 76; İSGƏNDƏROV, s. 51.

mahkemeler ve diğer hukuk uygulayıcı organlar açısından kamu düzeninin uygulanmasında zorluk yaratmaktadır. Mahkeme, kamu düzenine başvurduğunda öncelikle bu kuralın uygulanma sınırlarını bilmelidir. Tam olarak, kamu düzeninin hukuki unsurları mahkemeye bu sınırları belirleme imkânı sağlayabilir. Dolayısıyla, bu unsurların belirlenmesinin önemli pratik bir önemi bulunmaktadır. Bu unsurları bilmediklerinden dolayı, bazen mahkemeler kamu düzenini gerekçesiz şekilde genişleterek, genel olarak yabancı hukukun uygulanmasından tamamen kaçınmaktadır⁶⁵⁸.

Konuyu düzenleyen İlkeler Madde 11 kamu düzenini üç ihtimal (*lex fori*'nin kamu düzeni, *lex causae*'nin kamu düzeni ve üçüncü devletin kamu düzeni) üzerinden düzenlemektedir⁶⁵⁹. Madde 11(3)'e göre seçilen hukukun bir hükmünün uygulanması, sadece bu uygulamanın sonucunun forumun kamu düzeninin temel esasları ile açıkça bağdaşmıyorsa bertaraf edilebilir⁶⁶⁰. Diğer milli ve milletlerarası düzenlemelerde olduğu gibi İlkeler'de de kamu düzeni kavramı tanımlanmamıştır⁶⁶¹.

Hükmün uygulanması için üç temel şart aranmaktadır. İlk olarak forum devletinin seçilen hukuku istisna ederek söz konusu davaya uygulanmasını haklı kılacak kadar önemli bir politikası ("*fundamental notions of public policy*" veya "*ordre public*") olmalıdır. İkinci olarak taraflarca seçilen hukuk bu politikaya açıkça aykırı ("*manifestly incompatible*") olmalıdır. Üçüncü ve son olarak açıkça aykırılık seçilen hukukun mahkeme önündeki uyumsuzluğa uygulanması sonucunda ortaya çıkmalıdır⁶⁶². Buradaki kamu düzeni kavramı yerel sözleşmelere uygulanan kamu düzeninden daha dar yorumlanmalı ve milletlerarası sözleşmeleri etkileyecek nitelikte olmalıdır⁶⁶³. Ayrıca seçilen hukukun forumun hukukundan farklı olması uygulanmaması için yeterli değildir⁶⁶⁴. Seçilen hukukun herhangi bir hükmünün forumun bahsedilen türden bir temel politikasını ihlal etmesi gerekmektedir⁶⁶⁵. Maddede kullanılan "açıkça (*manifestly*)" ifadesi kamu düzenine aykırılık ile ilgili herhangi bir şüphenin seçilen hukuk lehine değerlendirileceği şeklinde

⁶⁵⁸ ALLAHVERDİYEYEV, s. 187-188.

⁶⁵⁹ İZMİRLİ, s. 384.

⁶⁶⁰ Şerh, para. 11.23; AYDOĞDU, s. 357.

⁶⁶¹ İZMİRLİ, s. 383.

⁶⁶² Şerh, para. 11.23, s. 77; AYDOĞDU, s. 357; İZMİRLİ, s. 384; STAMATIADIS, s. 271.

⁶⁶³ GIRSBERGER/COHEN, s. 332, STAMATIADIS, s. 271.

⁶⁶⁴ PERTEGAS/MARSHALL, s. 999.

⁶⁶⁵ Şerh, para. 11.24.

yorumlanmalıdır⁶⁶⁶.

Taraflarca seçilen hukuk forumun kamu düzenine aykırı olduğu ölçüde uygulanmamaktadır. Yani yabancı hukukun herhangi bir hükmünün kamu düzenine aykırılığı yabancı hukukun tümüyle bertaraf edileceği anlamına gelmeyecek, sadece aykırı olan hüküm uygulanmayacaktır⁶⁶⁷. Yabancı hukukun uygulanmayan hükmünün yerine oluşan boşluk forumun hukukunun ilgili hükümleri ile doldurulacaktır⁶⁶⁸.

Madde 11 (4) ise taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olsaydı mahkemece belirlenen uygulanacak hukukun kamu düzeninin etkisini düzenlemektedir⁶⁶⁹. Bu fıkra göre objektif esaslara göre tespit edilen uygulanacak hukukun kamu düzeninin ne zaman uygulanacağı veya dikkate alınacağı hususu *lex fori*'ye göre belirlenir⁶⁷⁰. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanacağı veya dikkate alınacağı devletlerin dairesini sınırlamayan Madde 11/2'den farklı olarak Madde 11/4, sadece hukuk seçimi yapılmaması halinde sözleşmeye uygulanacak hukukun kamu düzeninin uygulanabileceğini düzenlemektedir. Başka bir deyişle üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralı olarak sadece hukuk seçimi anlaşmasının yokluğunda hukuku uygulanacak olan devletin değil aynı zamanda ilişki ile bağlantılı başka bir devletin hukukunun da doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınabilir veya uygulanabilir. Ancak kamu düzeninde ise sadece hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda objektif olarak tespit edilen devletin hukukunun kamu düzeni dikkate alınacak veya uygulanacaktır⁶⁷¹.

⁶⁶⁶ Şerh, para. 11.25.

⁶⁶⁷ Şerh, para. 11.27.

⁶⁶⁸ Şerh, para. 11.27.

⁶⁶⁹ İZMİRLİ, s. 384.

⁶⁷⁰ Şerh, para. 11.29; İZMİRLİ, s. 384. Şerh'te konuya ilişkin verilen bir örnek tarafımızdan şu şekilde tercüme edilebilir: “Y Devletinde kurulmuş olan ancak X Devletinde bir şube aracılığıyla faaliyet gösteren Banka ile X Devletinde ikamet eden Borçlu (küçük işletme sahibi), Z Devleti kanunlarına tabi olduğu ifade edilen bir ticari kredi sözleşmesi imzalarlar. Banka Borçluya fon sağlamayı reddedince, Borçlu Bankaya Y Devleti mahkemelerinde dava açar. Y ve Z Devletlerinin sözleşme hükümleri uyarınca, Banka, mali sıkıntı içinde olduğunu düşündüğü bir borçluya fon sağlamayı reddetmek için sözleşmedeki bir koşula dayanma hakkına sahiptir. Ancak, X Devletinin mahkemeleri tarafından bu Devletle önemli bir bağlantısı olan tüm sözleşmeler için geçerli olduğu kabul edilen kamu politikası uyarınca, bu koşul, taraflar arasındaki ekonomik dengesizliğin Banka tarafından haksız bir şekilde kötüye kullanılması anlamına geldiği gerekçesiyle onaylanmayacaktır. Milletlerarası özel hukuk kuralları da dahil olmak üzere Y Devleti'nin hukuku, tarafların seçimi olmasaydı sözleşmeye uygulanacak olan Devletin kamu düzeninin uygulanıp uygulanamayacağını veya uygulanması gerekip gerekmediğini ve uygulanacaksa hangi koşullar altında uygulanacağını ve uygulanacaksa, Z Devleti'nin hukukunun seçilmemesi halinde taraflar arasındaki sözleşmenin X Devleti'nin hukukuna tabi olup olmayacağını belirleyecektir” (Şerh, örn. 11-6).

⁶⁷¹ Şerh, para. 11.19.

İlkeler Madde 11/5 ise doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeninin uygulanması ile ilgili hakem heyetlerine zaten sahip olduğu yetkinin dışında ek bir yetki vermemektedir. Ancak madde ile hakem heyetinin, gerekliyse ve bununla ilgili yetkilendirilmişse, seçilen hukuk dışında başka bir hukukun doğrudan uygulanan kurallarını ve kamu düzenini uygulayabileceği veya dikkate alabileceği öngörülmüştür⁶⁷². Hakem heyeti bu değerlendirmeyi yaparken tarafların anlaşması başta olmakla tahkim yeri, kurumsal tahkim kuralları ve ulusal tahkim mevzuatını uygulayan devlet mahkemelerinin denetleyici rolünü dikkate almalıdır⁶⁷³.

⁶⁷² İZMİRLİ, s. 382.

⁶⁷³ Şerh, para. 11.31.

SONUÇ

Bu çalışmada, Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Lahey İlkeleri detaylı bir şekilde incelenmiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde, Lahey İlkeleri'nin tarihsel gelişimi, geliştirilme amacı, hukuki niteliği, kimlere hitap ettiği ve uygulama alanı kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır. Analizler sonucunda, İlkeler'in bağlayıcı olmayan (*soft law*) nitelikte hazırlanmasının, konuya ilişkin bazı bağlayıcı kurallar içeren düzenlemelerin mevcut olması da dikkate alındığında, güncel durum için yerinde bir düzenleme olduğu sonucuna varılmıştır. Aynı zamanda İlkeler'in kanun koyucular için hukuk seçimine ilişkin yeni kurallar oluşturmak veya mevcut kuralları tamamlamak veya daha da geliştirmek; mahkemeler ve hakem heyetleri için bir hukuk seçiminin geçerliliği ve etkileri ile ilgili sorulara nasıl yaklaşılacağı konusunda rehberlik etmek ve hukuk seçimi anlaşmazlıklarını yürürlükteki yasal düzenlemeler çerçevesinde çözmek; sözleşmenin tarafları ve onların hukuk danışmanları için ise hukuk veya hukuk kuralı seçimi yaparken dikkat edilmesi gereken hususlarda, geçerli ve uygulanabilir bir hukuk seçimi anlaşmasının hazırlanmasında rehber rolü oynanacak nitelikte bir belge olduğu tespit edilmiştir.

Uygulama alanı ile ilgili ise, İlkeler'in yalnızca, milletlerarası nitelikli; taraflardan her birinin kendi ticari veya mesleki faaliyetinin icrası ile ilgili hareket ettiği; hukuk seçimin yapıldığı sözleşmelere uygulanacağı belirlenmiştir. Sosyal veya ekonomik bakımdan eşit olmayan taraflar arasındaki sözleşmeler-tüketici sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri açıkça İlkeler'in kapsamı dışında bırakılmıştır. Bununla birlikte sözleşme niteliği taşıyıp taşımadıkları veya her halükârda irade muhtariyetine tabi olmaları gerekip gerekmediği konusunda fikir birliği bulunmayan gerçek kişilerin ehliyeti; tahkim anlaşmaları ve mahkeme seçimine ilişkin anlaşmalar; şirketler veya

diğer topluluklar ve tröstler; iflas; sözleşmelerin aynı etkileri; bir temsilcinin, üçüncü kişiyle temsil olunanı bağlayıcı işlem yapıp yapamayacağı hususu da kapsam dışında bırakılmıştır. Ancak tahkim ve yetki anlaşmalarının tümüyle İlkeler'in kapsamı dışında bırakılması yerine, tarafların uygulanacak hukuku gerek özel olarak gerekse de esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmesi yoluyla seçebildiği, bu anlaşmaların meydana gelmesi ve geçerliliğine ilişkin konuların İlkeler'in kapsamına dahil edilmesinin daha yerinde bir düzenleme olabileceği kanaatindeyiz. Çalışmamızda aynı eleştiri iflas konusu için de yapılmış, her ne kadar iflas konusu tümüyle İlkeler'in uygulama alanı dışında bırakılmış olsa dahi, iflasa konu alacağın tespiti gibi maddi hukuka ilişkin konuların İlkeler kapsamına dahil edilebileceği sonucuna varılmıştır. İlkeler'in uygulama alanı ile ilgili bir diğer eleştiri ise temsile ilişkin uygulama alanının sınırlarının belirsiz olmasına yöneliktir. Şöyle ki, İlkeler'in temsil konusunda kapsam dışı bıraktığı konular ile ilgili Şerh'te Lahey Temsil Konvansiyonu'na atıf yapıldığından, bu Konvansiyon'daki hem temsil iç ilişkisine hem de dış ilişkisine dahil edilen konular (temsil yetkisinin varlığı ve kapsamından kaynaklanan konular) ile ilgili muğlaklık İlkeler için de geçerli olmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümünde Lahey İlkeleri uyarınca nasıl bir hukuk seçimi yapabileceği, hukuk seçiminin ne zaman yapılabileceği, seçilen hukukun değiştirilmesi ve sınırları, hukuk seçiminin muhtelif açılardan geçerliliği ve bu seçimin ne tür hukuki sonuçlar doğurabileceği konuları incelenmiştir. İlkeler uyarınca hukuk seçimin sözleşmenin bir kısmı için de geçerli olabileceği (m. 2/3), seçimin herhangi bir zamanda yapılabileceği ve değiştirilebileceği (m. 2/3), seçilen hukuk ile taraflar veya işlemleri arasında herhangi bir bağlantının bulunmasına gerek olmadığı (m. 2/4) hususları tespit edilmiştir. Ayrıca hukuk seçimi anlaşmasının geçerlilik şekline ilişkin, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, herhangi bir şart aranmamaktadır (m. 5). “Açık ve örtülü” hukuk seçimi başlıklı 4. madde uyarınca ise taraflar hem açık hem de örtülü hukuk seçimi yapabilmektedirler.

Bu bölümde aynı zamanda, İlkeler'in en çok tartışılan maddesi olan, anasyonel hukuk kurallarının seçimine izin veren 3. madde ve bu maddenin uygulanabilirliği incelenmiştir. Madde kendisine kadar olan, tarafların sadece bir devletin hukukunu seçebilmesi yönündeki yaklaşımı değiştirerek tarafların, seçilen uyuşmazlık çözüm yöntemine (tahkim veya mahkeme) bakılmaksızın, sözleşmelerini yönetmek için yalnızca bir devletin hukukunu değil, “hukuk kuralları”nı yani aynı zamanda

kaynağını herhangi bir devletten almayan kuralları da belirleyebilmelerini sağlamıştır. Maddenin uygulama alanının bulunmaması yönündeki görüşlerin aksine, çalışmamızda, maddenin şimdiki durumda taraflara hitap etmese bile milli hukuk sistemlerinde hukuk kurallarının seçimine ilişkin ileride yapılacak düzenlemelerde tavsiye niteliğiyle kanun koyuculara örnek teşkil ederek uygulama alanı bulacağı kanaatine varılmıştır.

İlkeler aynı zamanda, hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği yani tarafların iradelerinin varlığı ve geçerliliğini yönetecek hukuk konusunda da düzenlemeye yer vermiş, tarafların hukuk seçimi konusunda anlaşıp anlaşmadıkları tarafların üzerinde anlaşıldığı iddia edilen hukuka tabi tutulmuştur (m. 6/1-a).

Üçüncü bölümde, Lahey İlkeleri'nin ne tür sınırlandırmalara tabi olduğu ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Bu bölümde, Lahey İlkeleri doğrultusunda atıf teorisinin reddi, seçilen hukukun kapsamına hangi konuların girdiği, seçilen hukukun uygulanmasını engelleyen durumlar olarak doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni gibi konular üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmuştur. İlkeler, Madde 9'da seçilen hukukun taraflar arasındaki sözleşmenin tüm unsurlarını yöneteceği ifade edilmiş ve seçilen hukukun uygulanacağı konular sınırlı olmamak üzere sayılmıştır. Bununla da hukuki kesinlik ve yeknesaklığın sağlanması ile birlikte tarafların *forum shopping*'e teşvikinin azaltılması amaçlanmıştır.

Madde 11/1 ile, İlkeler'in mahkemenin, taraflarca seçilen hukuka bakılmaksızın uygulanan üstün emredici hükümlerini (doğrudan uygulanan kurallarını) uygulamasını engellemeyeceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanıp uygulanmaması veya dikkate alınıp alınmaması hususu yetkili mahkemenin milletlerarası özel hukukuna göre belirlenecektir.

Kamu düzenine yönelik Madde 11(3)'e göre seçilen hukukun bir hükmünün uygulanması, sadece bu uygulamanın sonucunun forumun kamu düzeninin temel esasları ile açıkça bağdaşmıyorsa bertaraf edilebilir. Madde 11 (4) ise taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olsaydı mahkemece belirlenen uygulanacak hukukun kamu düzeninin etkisini düzenlemektedir. Bu fıkra göre objektif esaslara göre tespit edilen uygulanacak hukukun kamu düzeninin ne zaman uygulanacağı veya dikkate alınacağı hususu *lex fori*'ye göre belirlenecektir.

Çalışmamızda devletlerin hukuk sistemlerinin farklılıkları göz önünde bulundurularak, Lahey İlkeleri'nin bu sistemlerdeki yeri ve uygulanabilirliği değerlendirilmiştir. Türkiye ve Azerbaycan'ın milletlerarası özel hukuk alanındaki mevzuatları incelendiğinde, her iki ülkenin de hukuk seçimi serbestisi ilkesini büyük ölçüde benimsemiş olduğu, ancak bu ilkenin uygulanmasında bazı farklılıklar ve boşluklar bulunduğu tespit edilmiştir.

Tezde gerçekleştirilen değerlendirmeler, Türkiye ve Azerbaycan'da Lahey İlkeleri'ne uyum sağlanması için bazı düzenlemelerin gözden geçirilmesi ve revize edilmesi gerektiğini göstermektedir. Her iki ülkenin de milletlerarası ticari ilişkilerde güvenilir birer aktör olma yolunda bu İlkeler'i benimsemesi hem yerli hem de yabancı sözleşme tarafları açısından hukuki belirliliği artıracaktır. Hukuki belirliliğin artması, ticari ilişkilerin daha öngörülebilir ve güvenilir bir zeminde yürütülmesini sağlayarak, milletlerarası ticaretin büyümesine ve ekonomik kalkınmaya katkıda bulunacaktır. Aşağıda Türk ve Azerbaycan hukukunda hukuk seçimine ilişkin İlkeler yönünde yapılabilecek düzenlemeler ve değişiklikler örnek olarak gösterilecektir:

Türk hukukunda:

1. Mevcut düzenleme: *“Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler”* MÖHUK m. 24/f. 2.
Eksik yönü: Çoklu hukuk seçimi (farklı kısımlara farklı hukukların uygulanması) düzenlenmemiştir.
Önerilen: *“Taraflar sözleşmenin farklı kısımlarına farklı hukukun uygulanmasını kararlaştırabilirler”* İlkeler m. 2/2-b.
2. Mevcut düzenleme: *“...Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir”* MÖHUK m. 24/f. 2.
Eksik yönü: Sözleşmenin şekli geçerliliği koruma altına alınmamıştır.
Önerilen: *“...Sözleşme akdedildikten sonra yapılan hukuk seçimi ve değişikliği sözleşmenin şekli geçerliliğine ve üçüncü kişilerin haklarına halel getirmez”* İlkeler m. 2/3.
3. Eksiklik: Hukuk seçiminin varlığı ve maddi geçerliliğine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır.
Önerilen: *“...tarafların hukuk seçimi konusunda anlaşıp anlaşmadıkları*

tarafların üzerinde anlaşıldığı iddia edilen hukuka tabidir” İlkeler m. 6/1-a.

4. Eksiklik: Uygulanacak hukukun kapsamını belirleyen özel bir hüküm ve seçilen hukukun sözleşmenin tamamına uygulanacağını belirten düzenleme bulunmamaktadır.

Önerilen: “*Seçilen hukukun kapsamı ... dahil ve bu hususlarla sınırlı olmamak üzere taraflar arasındaki sözleşmenin bütün yönlerine uygulanır*” İlkeler m. 9/1.

Azerbaycan hukukunda:

1. Mevcut düzenleme: “*Taraflar uygulanacak hukuku istedikleri zaman seçebilir veya değiştirebilirler*” MÖHK m. 24/f. 3.

Eksik yönü: Sözleşmenin şekli geçerliliği ve üçüncü kişilerin hakları koruma altına alınmamıştır.

Önerilen: “*...Sözleşme akdedildikten sonra yapılan hukuk seçimi ve değişikliği sözleşmenin şekli geçerliliğine ve üçüncü kişilerin haklarına halel getirmez*” İlkeler m. 2/3.

2. Mevcut düzenleme: “*Belirli konuları düzenleyen Azerbaycan Cumhuriyeti hukukunun emredici hükümleri, bu Kanun uyarınca uygulanması gereken hukuka bakılmaksızın, uygulanır*” MÖHK m. 5/f.1.

Eksik yönü: “Üstün emredici hükümler” yerine “emredici hükümler (*imperativ normalar*)” ifadesi kullanılmıştır.

Önerilen: “*Bu İlkeler, mahkemenin, taraflarca seçilen hukuka bakılmaksızın uygulanan üstün emredici hükümlerini uygulamasını engellemez*” İlkeler m. 11/1.

3. Eksiklik: Hukuk seçiminin varlığı ve maddi geçerliliğine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır.

Önerilen: “*...tarafların hukuk seçimi konusunda anlaşıp anlaşmadıkları tarafların üzerinde anlaşıldığı iddia edilen hukuka tabidir*” İlkeler m. 6/1-a.

İlkeler, taraflar arasındaki hukuki ilişkilerin daha adil ve dengeli bir şekilde yönetilmesine olanak tanımaktadır. Bu doğrultuda, Lahey İlkeleri'nin hukuk sistemlerine entegrasyon ve uyum sürecinin hızlandırılması ve bu konuda farkındalık yaratılması hem akademik hem de pratik alanda önem arz etmektedir. Hukuk profesyonellerinin ve akademisyenlerin Lahey İlkeleri hakkında bilgi sahibi olmaları ve bu İlkeler'i uygulamaya yönelik eğitim programlarının geliştirilmesi, entegrasyon

sürecinin başarılı bir şekilde ilerlemesine katkıda bulunacaktır. Ayrıca, kanun koyucuların Lahey İlkeleri'ne uygun düzenlemeler yapmaları ve mevcut düzenlemeleri bu İlkeler doğrultusunda güncellemeleri, milletlerarası ticaret hukukunda uyumlu ve etkili bir düzenleme sağlamalarına yardımcı olacaktır. Nitekim Azerbaycan hukukunda, 25 Ocak 2024 Tarihli Kararname ile milletlerarası norm ve ilkeler ile gelişmiş dış deneyimler dikkate alınarak hazırlanacak olan “Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında” yeni kanun taslağının oluşturulmasında, milletlerarası ticaretin güncel ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikte hazırlanan Lahey İlkeleri'nin model teşkil edebileceği kanaatindeyiz. Türk hukukunda ise MÖHUK'un düzenlemediği konular açısından ortaya çıkan boşlukları doldurmak amacıyla Lahey İlkeleri önemli bir potansiyele sahiptir. Bu nedenle, Türk hukukunda Lahey İlkeleri'ne dair duyarlılık ve farkındalık oluşturulması gerekmektedir.

Sonuç olarak, Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Lahey İlkeleri, milletlerarası ticaretin hukuki altyapısının güçlendirilmesi ve taraflar arasındaki irade muhtariyetinin korunması açısından büyük bir öneme sahiptir.

Bu çalışmada yapılan değerlendirmelerin, Lahey İlkeleri'nin milletlerarası özel hukukta ve milli hukuk sistemlerinde daha etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak için atılması gereken adımları belirleme açısından yol gösterici nitelikte olacağını umuyoruz.

KAYNAKÇA

AKINCI Ziya, **Milletlerarası Özel Hukuk-** Ders Kitabı, İstanbul: Vedat, 2020.

AKINCI Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, İstanbul: Vedat, 6. Bası, 2021 (2021).

AKINCI Ziya, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara, 1994.

AKINCI Ziya, “Türkiye’de Milletlerarası Tahkim”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 1, Ocak 2005 (2005).

АНУФРИЕВА Л.П. / БЕКЯШЕВ К.А. / ДМИТРИЕВА Г.К. / БАРАНОВСКИ П.Д. / КУТУЗОВ И.М. и т.д., **Международное Частное Право**, 2-ое издательство (Çev. Əmir ƏLİYEV/Anar Məhərrəmov), Bakı Dövlət Universiteti Nəşriyyatı, 2007.

ALİBABA Arzu, **Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005.

ALLAHVEDİYEV Sabir, **Azərbaycan Respublikasının Beynəlxalq Xüsusi (Mülki) Hüquq Kursu (Dərslik)**, Qərb Universiteti, Bakı: Digesta Nəşriyyatı, 2007.

ARSLAN İlyas, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi”, **MHB**, S. 33, C. 2, 2013, s. 1-41.

ATAMER Yeşim, “Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması”, **İHFM**, C. LV, 1995-1996.

ATAMER Yeşim, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 1. Bası, 2001.

AVŞAR Melis, **Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisinin Belirlenmesinde Tarafların İrade Serbestisi**, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Temmuz 2021.

AYBIYIK Cem, “Temsil Yetkisi ve Temel İlişki”, **Journal of Istanbul University Law Faculty**, 55(4), S. 4, 2011.

AYDOĞAN Muhammed Beheşti, “Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Tarafından Onaylanan Milletlerarası Ticari Akitlerde Hukuk Seçimine Dair İlkeler Metninin çevirisi”, **Küresel Bakış**, Aralık 2018, S. 25.

AYDOĞDU Gamze, “*Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Lahey İlkeleri Uyarınca Örtülü Hukuk Seçimi*”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, C. 10 (Örtülü Hukuk Seçimi).

AYDOĞDU Gamze, **Milletlerarası Özel Hukukta Hukuk Seçimi Anlaşmaları**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.

AYHAN İZMİRLİ Lale, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey Prensiplerinin Yapısı ve Kapsamı”, **ERÜHFD** 15/2, 2020.

AYHAN Rıza /ÇAĞLAR Hayrettin /ÖZDAMAR Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, 15. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

AYOĞLU Tolga, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Teamüller Olarak Lex Mercatoria**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.

Azərbaycan Respublikası Daxili İşlər Nazirliyi Polis Akademiyası, **Beynəlxalq Xüsusi Hüququn Anlayışı, Predmeti və Mənbələri**, Dərs Vəsaiti (Beynəlxalq Xüsusi Hüquq).

Azərbaycan Respublikası Daxili İşlər Nazirliyi Polis Akademiyası, **Beynəlxalq Xüsusi Hüquqda Əmək Hüququ**, Dərs Vəsaiti (Əmək Hüququ).

BABAYEV İlgar, **Uluslararası Ticari Sözleşmeler Hukukunun Yeknesaklaştırılması**, Ankara: Seçkin, 2022.

BALKAR BOZKURT Süheyla, “Uluslararası Özel Hukuk’ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014/2, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, Cilt II.

BASEDOW Jürgen, "The Hague Principles on Choice of Law: Their Address and Impact", **Unif. L. Rev.**, C. 22, 2017.

BAYATA CANTAŞ Aslı, “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1(1), 2011, ss. 110-121(Örtülü Hukuk Seçimi).

BAYATA CANYAŞ Aslı, **AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kurallar**, Ankara, 2012.

BERKİ Osman Fazıl/ERGÜNEY Hilmi, **Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilâfları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları**, Ankara, 1963.

CAN Hacı, “Milletlerarası Özel Hukukta Çok Tabiiyetlilik ve Atıf Konularına İlişkin

Yeni Yaklaşımlar”, **Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Eskişehir 21-22 Nisan 2016**, Ankara, 2016.

CHESHIRE Geoffrey Chevailier / NORTH Peter Machin, **Cheshire’s Private International Law**, 9th edition, London, 1974.

COHEN Samuel, “The EEC Convention and U.S. Law Governing Choice of Law For Contracts, with Particular Emphasis on the Restatement Second: Comparative Study”, **Maryland Journal of International Law and Trade**, 13(2), 1989.

ÇELİKEL Aysel / ERDEM Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Beta, 17. Bası, 2021.

ÇETİN Emre, **Yabancılık Unsuru Taşıyan İflâs İşlemlerinde Uygulanacak Hukuk ve Mahkemenin Yetkisi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016.

ÇINAR Kazım, **Milletlerarası Özel Hukukta Taşınmazlara İlişkin Sözleşmeler**, İstanbul: On İki Levha, 2016.

ÇİLİNGİROĞLU Cüneyt, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri”, **MHB**, C. 9, S. 2, 1989.

DANNEMANN Gerhard, “The “Battle of the Forms” and the Conflict of Laws”, **Lex Mercatoria: Essays on International Commercial Law in Honour of Francis Reynolds**, Edited by Francis D. Rose, 2000.

DEMİR GÖKYAYLA Cemile, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

DEMİRKOL Berk, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.

DEMİRKOL Berk, **Milletlerarası Yetki Anlaşmaları**, İstanbul: Vedat, 2018 (Yetki Anlaşmaları).

Dİ ROBILIAN Anna, “Genealogies of Soft Law”, **The American Journal of Comparative Law**, C. 54, No. 3.

DOĞAN Vahit, “5718 Sayılı Kanun’a Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **GÜHFD**, 2007, S. 9, (İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti).

DOĞAN Vahit, “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni** 1-2, s. 21-42, 1995 (Zayıf Akit Tarafın Korunması).

DOĞAN Vahit, “Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1-2 (Prof. Dr. M. Şakir BERKİ’ye ARMAĞAN), 1996 (Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti),

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/26616/280418> (Erişim Tarihi: 15.04.2024).

DOĞAN Vahit, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kurallarının Sınırlarının Tespiti**, Ankara, 1996 (Bağlama Kurallarının Sınırlarının Tespiti).

DOĞAN Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 8. Bası, Ankara, 2022.

DOUGLAS Michael / LOADSMAN Nicholas, “The Impact Of The Hague Principles On Choice Of Law In International Commercial Contracts”, **Melbourne Journal of International Law**, Vol. 19, No. 1, 2018, <https://ssrn.com/abstract=3230515> (Erişim Tarihi: 25.04.2024).

DÜRGEN Betül / YELMEN Âdem, "Sözleşme statüsünün uygulama alanı ve uygulama alanı dışında kalan haller", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2015 (6.3).

EISELEN Sieg / BERGENTHAL Sebastian K., “The Battle of Forms: A Comparative Analysis”, **The Comparative and International Law Journal of Southern Africa**, Vol. 39, No. 2, July 2006.

EKŞİ Nuray, “Kanunlar İhtilafı Alanında ‘Incorporation’”, **MHB**, Yıl: 19-20, S. 1-2, 1999-2000, (Aysel Çelikel’e Armağan).

EKŞİ Nuray, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Lahey İlkeleri ve Bu İlkeler’in Türkçe Tercümesi”, **Banka ve Finans Hukuku Dergisi**, C. 8, S. 32, 2019, Prof. Dr. Ali Necip Ortan’a Armağan (Lahey İlkeleri).

EKŞİ Nuray, **Cases and Materials on the EU Private International Law**, İstanbul, 2006.

EKŞİ Nuray, **Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Tunçomağ’a Armağan, İstanbul, 1997 (İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk).

ELÇİN Doğa, **Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 2012.

ERDEM Halil Ercüment, “ICC Model Contracts”, **Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler**, İstanbul, 2008.

ERDEM Halil Ercüment, “ICC Model Sözleşmelerinin Esnek Hukuk Kuralları Arasında Yeri ve Önemi”, **Hukuk Postası**, 2018, s. 3 (ICC Model Sözleşmeleri).

ERDEM Halil Ercüment, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, On İki Levha, 1. Bası, 2017.

ERDEM Halil ERCÜMENT, “Viyana Satım Antlaşması Uyarınca Teamüllerin Önemi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, İstanbul, 2016, 1, s. 1025-1043 (Teamüllerin önemi).

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Yetkin, 19. Bası, 2015.

ERKAN Mustafa, “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 12, 2011, s. 81-121.

ESEN Emre, “Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli”, **Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 28, S. 1-2, 2008.

FARZALIYEVA Ulkar, “Law Governing Arbitration Agreement: Excerpts from the Azerbaijani Legislation”, **Baku State University Law Review**, Volume: 8/2, 2022.

FLESSNER Axel, “Choice of Law in International Property Law – New Encouragement from Europe”, **Party Autonomy in International Property Law**, Roel Westrik, Jeroen van der Weide (eds.), Sellier, 2011.

FOLKMAN T. /LEVİN J., A Comparative Look At The New Hague Principles on Choice of Law & the Restatement (Second) of Conflict of Laws: Second Post, 2015.

FRANCESCAKIS Philippe, “Conflits de lois (principes generaux)”, **Encyclopedie Dalloz, Droit International**, c. I, s. 471- 497.

FRANCESCAKIS Philippe, **Quelques précisions sur le “lois d’application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois**, Rev.Cr.DIP, 1966/I, s. 1-18.

GAMA Jr., Laura, “Tacit Choice of Law in the Hague Principles”, **Uniform Law Review**, 22/2 (2017).

GIRSBERGER Daniel / COHEN Neil B., “Key Features of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, **Uniform Law Review**, C. 22 (2) 2017.

GIRSBERGER Daniel et al. (eds.), “Choice of Law in International Commercial Contracts Global Perspectives on the Hague Principles”, **Oxford Private International Law Series Series** – Editors: Jonathan Harris QC & Andrew Dickinson, s. 501-508.

GIULIANO Mario / LAGARDE Paul, “Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, **Official Journal of the European Communities**, C. 282, 1980.

GOLDMAN Berthold, “The Applicable Law: General Principles of Law – The Lex Mercatoria”, Ed. Julian D. M. Lew, Contemporary Problems in International Arbitration, London: **Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College**, 1986, 116).

GÖRCÜKLÜ İlyas, **Milletlerarası Özel Hukukta İflas Uyuşmazlıklarının Çözümü**, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.

GUILLAUME Florence, **Lex Societatis**, Zürih, 2001.

GÜNER Cemil, "14 Mart 1978 Tarihli Temsile Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Konvansiyonu", **AÜHFD**, 62 (3) 2013.

GÜNGÖR Gülin, **Milletlerarası Özel Hukukta İflâs**, Ankara, 1997 (İflas).

GÜNGÖR Gülin, **Türk Milletlerarası Özel Hukuku**, Ankara: Yetkin, 3. Bası, 2022.
Henry Deeb GABRIEL, "The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of Unidroit, Uncitral, and the Hague Conference", **Brook Journal of International Law**, C. 34:3.

HOFFMANN Bernd / THORN Karsten, **Internationales Privatrecht** (9.bs.), Münih: C.H. Beck, 2007.

HUYSAL Burak, **Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk**, 1. Bası, İstanbul 2015.

İŞİK Fatih, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

İBAYEV Vəfəddin, **Beynəlxalq Mülki Proses** (Ali Məktəblər Üçün Dərslik), Bakı: Elm, 2005.

İSGƏNDƏROV Habil, **Mübahisələrin Alternativ Həlli Üsulları**, Bakı, 2009.

KADNER GRAZIANO Thomas, "Solving the Riddle of Conflicting Choice of Law Clauses in Battle of Forms Situations: The Hague Solution", **Yearbook of Private International Law**, Vol. 14, 2013.

KALASHYAN Marianna A., "The Main Characteristics of the Hague Principles", **Journal of Siberian Federal University, Humanities & Social Sciences**.

KANTOR Mark, "The Scope of Choice of Law Clauses", **Banking Law Journal**, 119(8), 2002.

KARACA H. Akif, "Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda "Hukuk Kuralları"nın Seçimi: Lahey Prensipleri Madde 3", **Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler Sempozyumu**, 11 Ekim 2018, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, ss. 113-138.

КОРЕЦКИЙ В.М., Очерки англо-американской доктрины и практики международного частного права // **В книге: Корецкий В.М. Избранные труды. Книга 1. Киев.**

LANDO Ole, "Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations", **King's College Law Journal**, 7, 1996-1997 (Law Applicable).

LANDO Ole, "The 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Sales", **The Rabel Journal of Comparative and International Private Law**, 51(H. 1/2), 1987 (1985 Hague Convention).

LANDO Ole, "The Draft Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts and Rome I", **Commitment To Private International Law—Essays In Honour Of Hans Van Loon** 299, 310 (Permanent Bureau of the Hague Conference on Private Int'l Law ed., 2013).

LHUILIER Gilles, "The Principles of Chice of Law in International Commercial Contracts of the Hague Conference: The Rise of 'Best Practice?' ", **Revue De Droit Des Affaires Internationales = International Business Law Journal**, 2016.

LINDENMAYR Barbara, **Vereinbarung über die internationale Zuständigkeit und das daraufanwendbare Recht**, Duncker&Humblot Verlag, Berlin, 2002.

ЛУНИ Л.А., **Курс международного частного права Общая часть**, М., 1973.

ЛУНИЦ Л.А., **Международное частное право**, М., 1949.

MANDERY Maya, **Party Autonomy in Contractual and Non-Contractual Obligations**, New York: PL Academic Research, Vol. 189, 2014.

MANKOWSKI Peter, "Article of the Hague Principles: the Final Breakthrough for the Choice of Non-State Law?", **Unif. L. Rev**, Vol. 22, 2017, s. 369-394.

MARSHALL Brooke, "The Hague Choice of Law Principles, CISG, and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law", **American Journal of Comparative Law**, Vol. 66, No. 1, 2018, <http://dx.doi.org/10.1093/ajcl/avy007> (Erişim Tarihi: 18.04.2024).

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

MCKENDRICK Ewan, "The Battle of the Forms and the Law of Restitution", **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford University Press, Vol. 8, No. 2, 1998.

MESCİ Barış, "Milletlerarası Özel Hukukta Atıf (Renvoi)", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. 2, Temmuz, 2017, s. 311-370.

MƏMMƏDOV Əlizadə, "Azərbaycan Respublikasının Beynəlxalq Xüsusi Hüquq Qanunvericiliyi və Beynəlxalq Hüquq", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bakı, 2004.

MICHAELS Ralf, "Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts", **Studies in European Economic Law and Regulation**, C. 3, 2014.

MORENO RODRÍGUEZ José Antonio, "The New Paraguayan Law on International Contracts: Back to the Past?", **Eppur Si Muove: The Age Of Uniform Law, Essays In Honour Of Michael Joachim Bonell To Celebrate His 70th Birthday** 1146 (UNIDROIT ed., 2016), https://assets.hcch.net/upload/contractslaw_py_es.pdf (Erişim Tarihi: 18.04.2024).

NEELS Jan L. / FREDERICS Eesa A., "Tacit Choice of Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts", **2011 De Jure**.

NEELS Jan L., “The Nature, Objective an Purpose of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, **Journal of South African Law/Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg**, 2015(4).

NEELS Jan L., “The Role of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts in Indian and South African Private International Law”, **Uniform Law Review**, Vol. 22, 2017 (The Role of Hague Principles in Indian and African Private International Law).

NISELSEN Peter Arnt., "The new Brussels I regulation.", **Common Market Law Review**, Volume: 50, Issue: 2, 2013, s. 503-528.

NOMER Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 21. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2021.

NORTH Peter / FAWCETT J.J., **Cheshire and North’s Private International Law**.

OĞUZ Arzu, **Lex Mercatoria**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.

ÖMEROĞLU Ekin, **Ayni Haklara Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Yargı Merciiinin Tayininde İrade Serbestisi Prensibi**, Ankara, 2017.

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, “Doğrudan Uygulanan Kurallar”, **10. Yılında MÖHUK Sempozyumu**, (Ed. Feriha Bilge Tanrıbilir/Gülce Gümüşlü Tunçağıl), Ankara: Adalet, 2018 (2018).

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, “İnternet Aracılığıyla Kurulan Uluslararası Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi”, **Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan**, İstanbul, 2003 (İnternet).

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında ‘Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme’ ve ‘Uluslararası Sözleşme’ Kavramları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 73, S. 10-11-12, 1999.

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 30, Sayı: 1-2, 2010 (2010).

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, “Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere De Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği ve Bu Geçerliliğin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılamayacağı”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, Ocak 2017 (Tahkim anlaşmalarının geçerliliği).

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001.

ÖZEL Sibel / ERKAN Mustafa / PÜRSELİM Hatice Selin / KARACA Hüseyin Akif, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. Bası, 2023.

ÖZEL Sibel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**,

İstanbul, 2008.

ÖZKAN Işıl, “Uluslararası Ticari Tahkimde Uygulanacak Hukuk”, *Public and Private International Law Bulletin*, 40(2), Aralık 2020, s. 831-858.

ÖZTEKİN GELGEL Günseli, **Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi**, İstanbul: Beta, 2006.

ÖZTEKİN GELGEL Günseli, **Türk Devletler Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar**, İstanbul, 2020 (Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar).

ПЕРЕТЕРСКИЙ И.С. / КРЫЛОВ С.Б., **Международное частное право**, 1940.

PERTEGAS Marta / MARSHALL Brooke Adele, “Party Autonomy and Its Limits: Convergence Through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, **Brook. J. Int’l. L.**, 2014.

QAFAROV Zəvər / ƏBİLOV Ataxan, **Beynəlxalq Xüsusi Hüquq**, Bakı: Qanun, 2007.

RABEL Ernst, **Conflict of Laws, A Comparative Study**, S. 3 (Spacial Obligations: Modification and discharge of obligations), Ann Arbor 1964.

RÜHL Giesela, “The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations”, **U. Pa. J. Int’l Econ. L.** [24:1], 2003, s. 189-224.

SARGIN Fügen, **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Turhan, 2002.

SAUMIER Genevieve, "The Hague Principles and the Choice of Non-State "Rules of Law" to Govern an International Commercial Contract", **Brooklyn Journal of International Law**, Vol. 40, Issue 1, 2014, s. 1-30.

SCHWARTZE Andreas, "New Trends in Parties' Options to Select the Applicable Law? The Hague Principles on Choice of Law in International Contracts in a Comparative Perspective", **University of St. Thomas Journal**, Vol.12:1, 2015.

SENYEN KAPLAN Emine Tuncay, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, **Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı: Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması ve İş Hukuku Sorunları**, 2017.

SEVİĞ Vedat Raşit, **Kanunlar İhtilafı (Yasama Yargılama Çalışmaları)**, İstanbul, 1971.

SLATE William K., “**Business, Labor and Law in the Global Economy: Resolution of International Employment and Labor Disputes**”, *Rich. J. Global L. & Bus.*, 2005.

STAMATIADIS Dimitrios K., “The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, **Studia Universitatis Moldaviae**, 2016, nr. 8 (98).

STEENSGAARD Kasper, “A Comparative View on ‘Battle of the Forms’ under the CISG and in the German and US American Experiences”, **Nordic Journal of Commercial Law**, 2015.

STEPHENS Corneill, “Escape From the Battle of the Forms: Keep It Simple, Stupid”, **Lewis & Clark Review**, Vol. 11, 2007 <https://ssrn.com/abstract=1300569> (Erişim Tarihi: 28.06.2024).

STONE Peter, **EU Private International Law**, Third Edition, 2014.

SÜZEN Begüm, **Milletlerarası Özel Hukukta Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanan Hukuk**, İstanbul, 2020.

SYMEONIDES Symeon C., “The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments”, **American Journal of Comparative Law**, C. 61(4), 2013.

ŞANLI Cemal / ESEN Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 10. Bası, İstanbul, 2023.

ŞANLI Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3. Bası, İstanbul.

ŞENEL Göknıl, “Yöneticilere Yapılan Ödemelerin Şirkete İadesi (Clawback) Müessesesinin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği”, **Sermaye Piyasası Kurulu**, Ankara, 2018.

TANRIVER Süha, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, **MHB**, Yıl: 17-18, S. 1-2, 1997-1998 (Yılmaz Altuğ’a Armağan).

TARMAN Zeynep Derya, “Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Rona Serozan Armağanı**, C. II, İstanbul, 2010.

TEKİNALP Gülgören, **Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları**, 13. Bası, İstanbul: Vedat, 2020.

TEKİNALP Gülgören/UYANIK Ayfer, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.

TEKİNALP Gülgören, “Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri, AT Hukuku ve MÖHUK”, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, **MHB**, Y. 1999-2000, S. 1-2, s. 909- 921 (AT Hukuku ve MÖHUK).

TEKİNAY Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul, 1993.

TEKSOY Barış, **Uluslararası Özel Hukukta Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010.

TİRYAKİOĞLU Bilgin, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 1996.

TURHAN Turgut, “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku”, **AÜHFD**, C. 41, S. 1, 1990.

USLU Banu, “Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, Ocak 2021.

UYANIK ÇAVUŞOĞLU Ayfer, “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda İradi Temsil”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: 28, Sayı: 1, Mart 2012.

ÜLGEN Hüseyin/HELVACI Mehmet/KAYA Arslan/NOMER ERTAN Fusun, **Ticari İşletme Hukuku**, 8. Bası, İstanbul, 2022.

VURAL ÇELENK Belkis, “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, S. 3, 2017, s. 286-291. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ybuhukuk/issue/27326/287840> (Erişim Tarihi: 17.04.2024).

WAİS Hannes, “Einstellige Gerichtsstandsvereinbarungen und die Schranken der Parteiautonomie”, **RabelsZ**, C. 81, S. 4, 2017.

WINSHIP Peter, “The Hague Principles, the CISG, and the “Battle of Forms””, Seventeenth Biennial Meeting of the International Academy of Commercial and Consumer Law, **Penn State Journal of Law & International Affairs**, Vol. 4: Issue 1, December 2015.

YACKEE Jason Webb, “Choice of Law Considerations in the Validity & Enforcement of International Forum Selection Agreements: Whose Law Applies?”, **UCLA Journal of International Law & International Affairs**, Vol. 9, 2014.

YENER KESKİN Cansu, **Milletlerarası Ticari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklara Lex Mercatoria’nın (Milletlerarası Ticarete İlişkin Maddi Hükümler ile Ticari Adet ve Teamül) Uygulanması**, 1. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.

YILMAZ Alper Çağrı, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Çatışması ve Lahey İlkeleri”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 6, Sayı 11, Haziran 2018.

ZHANG Mo, “Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law”, **Emory International Law Review**, 20(2).

DİĞER KAYNAKLAR

“Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v Compagnie d'Armement Maritime S.A.”, <https://vlex.co.uk/vid/compagnie-tunisienne-navigation-s-792824629> (Erişim Tarihi: 28.05.2024).

“Tzortzis v Monark Line A/B”, <https://vlex.co.uk/vid/tzortzis-v-monark-line-793339889> (Erişim Tarihi: 28.05.2024).

05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1324m.htm> (Erişim Tarihi: 08.05.2024).

Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency, http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=89 (Erişim tarihi: 12.03.2024).

Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=61> (Erişim tarihi: 17.12.2023).

Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, <https://assets.hcch.net/docs/0de60e2f-e002-408e-98a7-5638e1ebac65.pdf> (Erişim tarihi: 03.02.2024).

Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome Convention), <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/convention-on-the-law-applicable-to-contractual-obligations-rome-convention.html> (Erişim Tarihi: 19.08.2024).

Hague Conference on Private International Law, “Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts” (İlkeler), <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135> (Erişim Tarihi: 4.02.2024).

HCCH, “Commentary on the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, 2015 (Şerh), <https://assets.hcch.net/docs/5da3ed47-f54d-4c43-aaef-5eafc7c1f2a1.pdf> (Erişim Tarihi: 4.02.2024).

Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, <http://www.oas.org/Juridico/english/treaties/b-56.html> (Erişim Tarihi: 10.04.2024).

Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses> (Erişim Tarihi: 19.05.2024).

Principles on European Contract Law, <https://www.trans-lex.org/400200> (Erişim Tarihi: 28.06.2024).

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), <http://data.europa.eu/eli/reg/2008/593/oj> (Erişim Tarihi: 10.04.2024).

Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-contractual Obligations (Rome II), <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0049:EN:PDF> (Erişim tarihi: 08.03.2024).

Regulation (EU) 2015/848 of The European Parliament and of The Council of 20 May 2015 on Insolvency Proceedings (Recast), <http://data.europa.eu/eli/reg/2015/848/oj> (Erişim tarihi: 21.01.2024).

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), <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj> (Erişim tarihi: 15.03.2024).

UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf> (Erişim tarihi 24.01.2024).

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf.

U.S. District Court, S.D., New York, St. Paul Guardian Insurance Co., et al. v. Neuromed Medical Systems & Support, et al. (26.03.2002) https://www.uncitral.org/clout/clout/data/usa/clout_case_447_leg-1672.html (Erişim Tarihi: 24.10.2024).

EK 1: MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK HAKKINDA AZERBAYCAN CUMHURİYETİ KANUNU

(Taraşımızca serbest tercüme yöntemi ile tercüme edilmiştir.)

I Bölüm GENEL HÜKÜMLER

Madde 1. Kanunun Uygulama Alanı Ve Uygulanacak Hukukun Tespiti

- 1.1. Bu kanun yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerine uygulanacak hukuku belirler.
- 1.2. Yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerinde uygulanacak hukuk, bu Kanunla birlikte diğeri ilgili mevzuat, Azerbaycan Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler, genel kabul görmüş milletlerarası teamüller ve tarafların mutabakatı çerçevesinde belirlenir.
- 1.3. Uygulanacak hukukun belirlenmesi konusunda tarafların mutabakatı açık bir şekilde ifade edilmeli veya bir bütün olarak ele alındığında sözleşme şartlarından ve durumun koşullarından doğrudan kaynaklanmalıdır.
- 1.4. Yabancı hukuk hükümlerinin uygulanması onların yalnızca genel hukuk niteliğı esas alınarak sınırlandırılmaz.
- 1.5. Bu Kanunun mahkeme tarafından uygulanması gereken hukukun belirlenmesi ile ilgili hükümlerini, bu yetkilere sahip diğeri organlar da uygulamalıdır.
- 1.6. Alat Serbest Ekonomi Bölgesi'nde yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerine uygulanacak hukukun belirlenmesi ile ilgili ilişkiler, "Alat Serbest Ekonomi Bölgesi Hakkında" Azerbaycan Cumhuriyeti Kanunu'nun hükümlerine uygun olarak düzenlenmektedir.

Madde 2. Yabancı Hukukun İçeriğinin Tespiti

- 2.1. Yabancı hukukun uygulanması sırasında mahkeme, bu hukukun içeriğini ilgili ülkedeki resmi yorumlara ve uygulamalara uygun olarak tespit etmek için gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür.
- 2.2. Bu Kanunun 2.1. maddesinde öngörülen işlemlerin sonuç vermemesi veya aşırı maliyet gerektirmesi halinde, süreçte yer alan taraflardan hiçbirisi talep ve itirazlarını gerekçelendirmek amacıyla, atıf yaptıkları hukuk hükümlerini kanıtlayan belgeleri sunamadığında, mahkeme Azerbaycan Cumhuriyeti mevzuatını uygular.

Madde 3. İade Atıf Veya Üçüncü Bir Devletin Hukukuna

- 3.1. Bu Kanunun hükümlerine göre, yabancı hukuka yapılan her türlü atıf, bu maddede belirtilen durumlar hariç, ilgili yabancı ülkenin maddi hukukunun uygulanmasını öngörmektedir.
- 3.2. Bu Kanunun 9. ve 10. maddelerinde belirtilen ilişkiler ile aile-miras hukuku ilişkileri düzenlenirken, yabancı hukukun uygulanması sırasında Azerbaycan Cumhuriyeti hukukuna iade atıf veya üçüncü bir devletin hukukuna atıf kabul edilir.

Madde 4. Yabancı Hukukun Uygulanmasına Sınırlama

Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası ve referandumla kabul edilen kanunlara aykırı olan yabancı hukuk hükümleri, Azerbaycan Cumhuriyeti'nde uygulanmaz.

Madde 5. Emredici Hükümlerin⁶⁷⁴ Uygulanması

- 5.1. Belirli konuları düzenleyen Azerbaycan Cumhuriyeti hukukunun emredici hükümleri, bu Kanun uyarınca uygulanması gereken hukuka bakılmaksızın, uygulanır.
- 5.2. Bir devletin hukuku uygulanırken o devletin hukukuna göre olayın koşullarıyla yakından ilgili olan başka bir devletin emredici hükümlerine, sözleşmeye uygulanacak hukuka atıfta bulunmaksızın, uygulanması mümkün olduğu ölçüde öncelik verilebilir. Bu tür hükümlere öncelik verme kararı alınırken, bunların amacı ve niteliğinin yanı sıra uygulanmasının sonuçları da dikkate alınmalıdır.

Madde 6. Birden Fazla Hukuk Sistemi Devletin Hukukunun Uygulanması

Birden fazla hukuk sisteminin geçerli olduğu bir devletin hukukunun uygulanacağı durumlarda, bu devletin hukuku bu hukuk sistemlerinden hangisinin uygulanacağını belirler. Böyle bir uygulama kuralı belirlenmediğinde, durumun koşullarıyla daha sıkı ilişkili hukuk sistemi uygulanmalıdır.

Madde 7. Retorsiyonlar (Özel Kısıtlamalar)

Azerbaycan Cumhuriyeti'nin ilgili yürütme organı, Azerbaycan Cumhuriyeti vatandaşlarına ve tüzel kişilerine karşı kısıtlamalar uygulayan devletlerin vatandaşlarına ve tüzel kişilerine karşı bir karşılık önlemi olarak benzer kısıtlamalar belirleyebilir.

Madde 8. Kanunu Aşmanın Geçersizliği

Tarafların bu Kanunun uygulanacak hukuk hakkında belirlediği kuralları aşarak ilgili ilişkiyi başka bir hukuka tabi kılmaya yönelik anlaşma ve diğer eylemleri geçersiz sayılır. Bu gibi durumlarda, bu Kanunla belirlenen ilgili ülke hukuku

⁶⁷⁴ Maddede kullanılan “emredici hükümler” ifadesi Türk hukukundaki “doğrudan uygulanan kurallar”ı ifade etmektedir.

uygulanır.

II Bölüm KİŞİLER

Madde 9. Gerçek Kişinin Tabi Olduğu Hukuk

- 9.1.** Vatandaşı olduğu ülkenin hukuku, gerçek kişinin tabi olduğu hukuk olarak kabul edilir. İki veya daha fazla vatandaşlığı olan kişi için ise, o kişinin daha sıkı ilişki hâlinde bulunduğu devlet hukuku, tabi olduğu hukuk sayılır.
- 9.2.** Vatansızın, sürekli olarak ikamet ettiği ülkenin hukuku, onun tabi olduğu hukuk olarak kabul edilir.
- 9.3.** Mültecinin sığınma aldığı ülkenin hukuku, onun tabi olduğu hukuk olarak kabul edilir.

Madde 10. Gerçek Kişinin Hak Ve Fiil Ehliyeti

- 10.1.** Gerçek kişinin hak ve fiil ehliyeti onun tabi olduğu hukuk ile belirlenir.
- 10.2.** Sözleşmeler ve verilen zararlardan doğan yükümlülükler bakımından, gerçek kişinin fiil ehliyeti, sözleşmenin akdedildiği veya zarara ilişkin yükümlülüğün meydana geldiği ülkenin hukuku ile belirlenir.
- 10.3.** Gerçek kişinin fiil ehliyetinin bulunmaması veya fiil ehliyetinin kısıtlanması, mahkemenin ait olduğu ülkenin hukukuna dayanarak gerçekleştirilir.

Madde 11. Gerçek Kişinin Gaipliği veya Ölmüş Sayılması

Gerçek kişinin gaiplik veya ölmüş sayılması, bu davanın görüldüğü mahkemenin ait olduğu ülkenin hukukuna tabidir.

Madde 12. Tüzel Kişinin Tabi Olduğu Hukuk

Bir tüzel kişiliğin kurulduğu ülkenin hukuku, onun tabi olduğu hukuk olarak kabul edilir.

Madde 13. Tüzel Kişinin Hak Ehliyeti

- 13.1.** Tüzel kişinin hak ehliyeti, tabi olduğu hukuk ile belirlenir. Bu kural, tüzel kişinin temsilciliği ve şubesine de uygulanır.
- 13.2.** Yabancı tüzel kişi, organının (şubesinin) veya temsilcisinin sözleşme akdettiği ülkenin hukukuna göre yasaklanmış olan bu sözleşmeyi akdetmesi nedeniyle yetkisinin kısıtlanmasına itiraz edemez.

Madde 14. Kişinin Adı

- 14.1.** Gerçek kişinin adı, bu adın kullanımı ve korunması, gerçek kişinin tabi olduğu hukuk ile belirlenir.
- 14.2.** Tüzel kişinin, onun şubesinin ve temsilciliğinin adı, bu adın kullanımı ve korunması, tüzel kişinin tabi olduğu hukuk ile belirlenir.

Madde 15. Milli Rejim

Yabancı tüzel kişiler, yabancılar ve vatansız kişiler, Azerbaycan Cumhuriyeti'nin tüzel kişileri ve vatandaşları ile eşit olarak hak ve fiil ehliyetine sahiptir. Karşılıklı önlem olarak bu kuraldan istisnalar belirlenebilir.

Madde 16. Devletin Yabancı Unsurlu Özel Hukuk İlişkilerindeki İştiraki

- 16.1.** Kanunda aksi belirtilmedikçe, devletin yer aldığı yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerine bu Kanun hükümleri uygulanır.
- 16.2.** Devlet tarafından akdedilen özel hukuk sözleşmelerine, eğer bu sözleşmeler devletin kendi egemen fonksiyonlarını yerine getirmesiyle ilgili değilse, bu Kanun hükümleri uygulanır.
- 16.3.** Devlet tarafından akdedilen hukuki sözleşmelerin niteliği, onun hukuki doğası ve sebeplerine dayanarak belirlenir.

III BÖLÜM HUKUKİ İŞLEMLER

Madde 17. Hukuki İşlemlerin Şekli

- 17.1.** Hukuki işlemlerin şekli, onların yapıldığı yerin hukukuna tabidir. Ancak, Azerbaycan Cumhuriyeti hukukunun gerekliliklerine uyulduğu takdirde, yurtdışında yapılan bir işlem, yabancı hukukun talep ettiği şeklin ihlali nedeniyle geçersiz sayılmaz.
- 17.2.** Farklı ülkelerde bulunan taraflar arasında yapılan işlemlerin şekli, bu ülkelerden birinin hukukuna uygunsa, geçerli sayılır.
- 17.3.** Konusu taşınmaz mülkiyet hakkı veya taşınmaz kullanım hakkı olan işlemlerin şekli, ilgili arazinin bulunduğu ülkenin hukuku uyarınca, bu ülkenin emredici hükümleri işlemin yapıldığı yerden ve bu işlemin tabi olduğu hukuktan bağımsız olarak uygulanması gerekiyor ise, bu ülkenin emredici hükümleri ile belirlenir.

Madde 18. Vekaletname

Vekaletnamenin şekli ve geçerlilik süresi vekaletnamenin verildiği ülke hukuku ile belirlenir. Ancak, vekaletname Azerbaycan Cumhuriyeti hukukunun gerekliliklerine uygun olduğu takdirde, vekaletname şeklinin ihlali nedeniyle geçersiz sayılmaz.

Madde 19. Zamanaşımı

- 19.1.** Zamanaşımı, ilgili ilişkiye uygulanacak hukuk ile belirlenir.
- 19.2.** İlgili ilişkinin taraflarından en az birinin Azerbaycan Cumhuriyeti vatandaşı veya tüzel kişisi olması halinde, zamanaşımının uygulanmayacağı talepler Azerbaycan Cumhuriyeti hukuku ile belirlenir.

IV BÖLÜM AYNÎ HAKLAR

Madde 20. Aynî haklara Uygulanacak Yabancı Hukuk Hakkında Genel Hükümler

- 20.1.** Taşınırlar ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar, kanunda aksi belirtilmedikçe, malların bulunduğu ülke hukuku ile belirlenir.
- 20.2.** Malın taşınır veya taşınmaz olup olmaması, ayrıca malın diğer hukuki nitelendirmesi, malın bulunduğu ülke hukuku ile belirlenir.

Madde 21. Aynî Hakların Oluşumu ve Sona Ermesi

Aynî hakların oluşumu ve sona ermesi, Azerbaycan Cumhuriyeti mevzuatıyla aksi öngörülmedikçe, aynî haklarının oluşumuna veya sona ermesine neden olan hareket veya diğer olayların gerçekleştiği zaman, ilgili malın bulunduğu ülke hukuku ile belirlenir.

Madde 22. Taşıtlar ve Yolda olan Taşınırlar Üzerindeki Aynî Haklar

- 22.1.** Taşıtlara ilişkin aynî haklar, menşe ülke hukuku ile belirlenir.
- 22.2.** Yolda olan taşınırlara ilişkin mülkiyet ve diğer aynî haklar, tarafların anlaşmasıyla başka bir durum belirlenmedikçe, malın gönderildiği ülkenin hukuku ile belirlenir.

Madde 23. Kişisel Manevi Haklar

Kişisel Manevi Haklar ve bu hakların korunmasına, bu hakların kullanıldığı ülkenin hukuku uygulanır.

V BÖLÜM SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİ

Madde 24. Sözleşme Taraflarının Anlaşmasıyla Hukuk Seçimi

- 24.1.** Tarafların sözleşmeye ilişkin hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi, sözleşmenin yorumu, ifası, ifa edilmemesi, feshi, gereğince ifa edilmemesinin ve geçersizliğinin sonuçları, alacağın devri tarafların anlaşmasıyla seçilen ülkenin hukuku ile düzenlenir.
- 24.2.** Sözleşme tarafları, hem sözleşmenin tamamı için hem de onun ayrı ayrı kısımları için uygulanacak hukuku seçebilirler.
- 24.3.** Taraflar, uygulanacak hukuku istedikleri zaman, sözleşmenin imzalandığı zaman veya sonrasında seçebilirler. Taraflar ayrıca, sözleşme ile ilgili uygulanacak hukukun değiştirilmesi konusunda da istedikleri zaman anlaşmaya varabilirler.

24.4. Sözleşme ile ilgili olarak bir ülkenin emredici hükümlerinin uygulanmamasına neden olan hukukun seçimi geçersizdir.

Madde 25. Tarafların Anlaşması Olmadığı Halde Sözleşmeye Uygulanan Hukukun Seçilmesi

25.1. Sözleşme tarafları arasında o sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda bir anlaşma olmadığı takdirde, sözleşmeye, aşağıda belirtilen tarafların kurulduğu, yaşadığı veya esasen faaliyet gösterdiği ülkenin hukuku uygulanır:

- 25.1.1. Satış sözleşmesinde - satıcının;
- 25.1.2. Bağışlama sözleşmesinde - bağışlayanın;
- 25.1.3. Kira sözleşmesinde - kiraya verenin veya kiracının;
- 25.1.4. Kullanım ödünç sözleşmesinde – ödünç verenin;
- 25.1.5. Ödünç sözleşmesinde - ödünç verenin;
- 25.1.6. İnşaat sözleşmesinde - yüklenicinin;
- 25.1.7. Vekalet sözleşmesinde - vekilin;
- 25.1.8. Simsarlık sözleşmesinde - simsarın;
- 25.1.9. Saklama sözleşmesinde - saklayanın;
- 25.1.10. Taşıma sözleşmesinde - taşıyıcının;
- 25.1.11. Sigorta sözleşmesinde - sigortacının;
- 25.1.12. Taşınır rehni sözleşmesinde - rehin verenin;
- 25.1.13. Kefalet sözleşmesinde - kefilin;
- 25.1.14. Garanti sözleşmesinde - garantörün.

25.2. Sözleşme tarafları arasında, sözleşmeyle ilgili uygulanacak hukuk hakkında bir anlaşma olmadığında, bu Kanunun 25.1. maddesinin hükümlerine bakılmaksızın:

- 25.2.1. Taşınmaz mal ile ilgili sözleşmeye - malın bulunduğu ülkenin hukuku;
- 25.2.2. Ortak faaliyetler ve inşaat taahhüt sözleşmeleri ile ilgili - böyle faaliyetlerin gerçekleştirildiği veya sözleşmeyle öngörülen sonuçların ortaya çıktığı ülkenin hukuku;
- 25.2.3. İhalede, artırmada veya borsada yapılan sözleşmelere - ihale, artırma veya borsanın bulunduğu ülkenin hukuku uygulanır.

25.3. Bu Kanunun 25.1. ve 25.2. maddelerinde belirtilmeyen sözleşmelere, taraflar arasında uygulanacak hukuk konusunda bir anlaşma olmadığı takdirde, sözleşmenin daha sıkı ilişki hâlinde bulunduğu ülkenin hukuku uygulanır.

25.4. Sözleşmenin ifa yöntemlerine ve prosedürlerine, ayrıca sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi ile ilgili alınan tedbirlere ilişkin uygulanan hukukun yanı sıra, ifanın gerçekleştirildiği ülkenin hukuku da dikkate alınmalıdır.

VI. Bölüm SÖZLEŞME DIŞI BORÇ İLİŞKİLERİ

Madde 26. Haksız Fiilden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk

- 26.1. Haksız Fiilden doğan borçlar ile ilgili tarafların hak ve yükümlülükleri, zarara neden olan haksız fiilin meydana geldiği ülke hukuku ile belirlenir.
- 26.2. Yurt dışında meydana gelen zarar sonucunda doğan yükümlülükler açısından tarafların hak ve yükümlülükleri, taraflar aynı devletin vatandaşları veya tüzel kişileri ise, o devletin hukuku ile belirlenir.

Madde 27. Tüketicinin Uğradığı Zarardan Sorumluluk

- 27.0.** Malın satın alınması veya hizmetin sunulması ile ilgili olarak tüketiciye verilen zararın tazmini talebinde, tüketicinin tercihi doğrultusunda:
- 27.0.1.** Tüketicinin ikametgâh veya mutad meskeni hukuku;
- 27.0.2.** İmalatçının veya hizmet sağlayıcının bulunduğu veya ikamet ettiği devletin hukuku;
- 27.0.3.** Tüketicinin mal veya hizmeti satın aldığı ülkenin hukuku uygulanır.

Madde 28. Sebepsiz Zenginleşme

- 28.1.** Sebepsiz zenginleşme sonucunda ortaya çıkan yükümlülöklere, bu zenginleşmenin gerçekleştiğı devletin hukuku uygulanır.
- 28.2.** Başkasının mülkiyetinin ihlali nedeniyle sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplerde, ihlalin gerçekleştiğı ülkenin hukuku uygulanır. Sebepsiz zenginleşme kavramı, Azerbaycan Cumhuriyeti hukukuyla belirlenir.

VII. Bölüm MİRAS HUKUKU

Madde 29. Miras İlişkileri

- 29.1.** Miras ilişkileri, miras bırakanın kendi vasiyetnamesinde vatandaşı olduğı ülkenin hukukunu seçtiğı durumlar dışında, onun son daimî yaşadığı ülkenin hukuku ile belirlenir.
- 29.2.** Vatandaşlığı olmayan kişilerle ilgili miras ilişkilerinde, onların son daimî yaşadığı ülkenin hukuku uygulanır. Bu durumun belirlenmesinin mümkün olmadığı durumlarda, Azerbaycan Cumhuriyeti hukuku uygulanır.

Madde 30. Vasiyetnamenin Şekli

- 30.1.** Bu Kanunun 17. maddesinin kapsamı dışında, şekil açısından vasiyetname:
- 30.1.1.** vasiyetnamenin düzenlendiğı;
- 30.1.2.** miras bırakanın vasiyet ettiğı veya vefat ettiğı anda yaşadığı ya da bulunduğı;
- 30.1.3.** vasiyetnameye konu olan taşınmazın bulunduğı ölkelerden birinin hukukunun gerekliliklerini yerine getirdiğinde geçerli sayılır.
- 30.2.** Miras bırakanın vasiyet etme ehliyeti, vatandaşlığı, diğeri kişisel nitelikleri veya istenebilecek diğeri kişisel niteliklerle ilgili şartlar, şekil açısından gereklidir.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Zehra AGAZADE
Tez Başlığı : Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine
Dair Lahey İlkeleri'nin Türk ve Azerbaycan Hukukundaki
Yeri
Savunma Tarihi : 14 / 11 / 2024
Danışman : Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-SOYADI

İmza

Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Prof. Dr. Süheyla BALKAR

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe İpek SARIÖZ BÜYÜKALP

Prof. Dr. Ulun AKTURAN

Enstitü Müdürü

ÖZGEÇMİŞ

