

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

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA
HUKUK SEÇİMİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hasan Hüseyin ALPARSLAN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Nisan 2017

ÖNSÖZ

Tez çalışmalarına başladığım günden itibaren tezin tamamlanmasına kadar hayatımdaki en köklü değişiklikleri yaşadım. Meslek stajımın İstanbul Barosu bünyesinde tamamlanması, akabinde mesleğe Ankara’da başlamam ve yaşanan şehir değişikliği, bu süreçte gerçekleştirdiğim evlilik, hem bağlı avukat, hem serbest avukat, hem de şirket avukatı olarak yaşadığım üç farklı iş deneyimi ve son olarak da eşimin hamilelik süreci bu tez çalışması sürecinde gerçekleşmiştir. Hayatımın geri kalanını belirleyecek olan en önemli adımlar bu dönemde atılmıştır. Bu nedenle eser, her şeyden öte, bu dönemin bir nevi şahidi durumundadır.

Bu tez çalışması, akademik araştırmalarımın başlangıcını oluşturan ilk kapsamlı çalışmadır. Daha önce bu kapsamda bir akademik çalışma yapmadığım için çalışmamın da mutlaka eksiklikleri mevcuttur ve bir nevi acemilik eseridir. Eser, bu bilinç ile tamamlanmış olup asıl emeğin eserin tamamlanması sonrasında verileceği açıktır. Zira bu eser sadece bir başlangıçtır. Akademik hayatı ve akademik araştırmaları öğrenmem için bir araç olmuştur.

Bu çalışmanın hazırlanması sürecinde tez konusunun belirlenmesinden tezin teslim edilmesi anına kadar, her aşamadaki ilgi, destek, yönlendirme ve yorumları ile tezin oluşmasında en büyük katkıyı sağlayan, tez danışmanım Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL’a teşekkür ve minnetlerimi sunarım. Kendisini tanımdan ve öğrencisi olmaktan dolayı onur duyuyorum.

Lisans eğitimim sırasında milletlerarası özel hukuka ilişkin temel bilgilerimi aldığım ve tez çalışması boyunca tezimi baştan sona okuyan ve her soruma içtenlikle cevap veren hocam Yrd. Doç. Dr. Merve ACUN MEKENGEC’e, tez çalışmalarım için bana çok iyi bir çalışma ortamı sunan ve iş hayatımda da hep yardımcı olan meslek büyüğüm Av. Mehmet Serdar KARAHAN’a, kaynaklara ulaşma konusunda yardımlarını esirgemeyen kıymetli meslektaşım Av. Mahmut ÇAKMAK’a, yeni basısı çıkan kitaplara atıf yapmam için bana kapılarını açan Yetkin Yayınevi’nin çok değerli çalışanlarına, beni bugünlere getiren ve hayatımın her aşamasında emekleri olan annem Döndü ALPARSLAN’a, babam Süleyman ALPARSLAN’a ve kardeşlerim Kadriye ALPARSLAN ve Ali Can ALPARSLAN’a çok teşekkür ederim.

En büyük teşekkürü ise benim gibi bir avukat olan, hukukî tartışmalarımızı hiç eksik etmediğimiz, her zaman elinden gelenin fazlasını yapmaya çalışan ve sadece tez ile ilgili değil, her zaman desteğini hissettiğim eşim Çisem ALPARSLAN’a ederim.

Hasan Hüseyin ALPARSLAN
Çankaya, Nisan 2017

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vi
RÉSUMÉ.....	viii
ABSTRACT	xiii
ÖZET.....	xviii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK SEÇİMİNE İLİŞKİN GENEL ESASLAR

I. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA İRADE SERBESTİSİ.....	4
A. Hukuk Seçiminin Tarihsel Gelişimi	4
B. İrade Serbestîsi İlkesi	10
1. Maddî Hukukta İrade Serbestîsi İlkesi.....	10
2. Milletlerarası Özel Hukukta İrade Serbestîsi İlkesi	10
3. Yabancılık Unsuru	12
4. Hukuk Seçiminin Taraflara Sağladığı Avantajlar.....	18
II. HUKUK SEÇİMİNE KONU OLABİLECEK HUKUK KURALLARI ...	20
A. Milli Hukuk Sistemleri	21
B. Lex Mercatoria	25
1. Lex Mercatoria Kurallarının Niteliği	25
2. Lex Mercatoria Kurallarının Hukuk Seçimine Konu Edilmesi	27
C. Hukuk Seçimi ve Incorporation İlişkisi.....	31
1. Incorporation Kavramı.....	31
2. Hukuk Seçimi ve Incorporation İlişkisi	33
3. Incorporation ve Kısmî Hukuk Seçimi Arasındaki Farklar	35
D. Bağlantı Şartı	37

III. SEÇİLEN HUKUKUN UYGULAMA ALANI.....	40
A. Hukuk Seçimi ve Atıf İlişkisi	40
B. Hukuk Seçiminin Kapsamı.....	44
C. Seçilen Hukukta Meydana Gelen Değişiklikler	47
D. Seçilen Hukukun Uygulanmasına Engel Olan Hâller	50
1. Kamu Düzeni	50
2. Doğrudan Uygulanan Kurallar.....	55
a. Genel Kural	55
b. Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları.....	58
IV. HUKUK SEÇİMİNİN GEÇERLİLİĞİNE UYGULANACAK HUKUK	60
A. Hukuk Seçiminin Şekline Uygulanacak Hukuk	60
B. Hukuk Seçiminin Esasına Uygulanacak Hukuk.....	64

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK SEÇİMİNE İLİŞKİN BAĞLAMA KURALLARININ ÖZEL GÖRÜNÜMLERİ

I. TARAF İRADELERİNİN AÇIKLANMA BİÇİMİNE GÖRE HUKUK SEÇİMİ	72
A. Açık Hukuk Seçimi	72
1. Sözleşmeden Kaynaklanan Borç İlişkileri	73
2. Sözleşme Dışı Hukukî İşlem ve İlişkiler	74
B. Üstü Kapalı Hukuk Seçimi	75
1. Sözleşmeden Kaynaklanan Borç İlişkileri	79
a. Üstü Kapalı Hukuk Seçiminin Tespitinde Kullanılacak Kriterler	81
b. Üstü Kapalı Hukuk Seçiminin Re'sen Dikkate Alınıp Alınmayacağı	86
c. Özel Sözleşme Tipleri Bakımından Üstü Kapalı Hukuk Seçimi	87
2. Sözleşme Dışı Hukukî İşlem ve İlişkiler	88
C. Farazi Hukuk Seçimi	90
II. KAPSAMINA GÖRE HUKUK SEÇİMİ	92
A. Tam Hukuk Seçimi	92
B. Kısmî Hukuk Seçimi	92
1. Sözleşmeden Kaynaklanan Borç İlişkileri	92
2. Sözleşme Dışı Hukukî İşlem ve İlişkiler	97
C. Negatif Hukuk Seçimi	97

III. HUKUK SEÇİMİNİN ZAMANI	99
A. Sözleşmeden Kaynaklanan Borç İlişkileri	99
1. Hukuk Seçiminin Sonradan Yapılması veya Değiştirilmesi.....	102
2. Şartlı Hukuk Seçimi.....	104
B. Sözleşme Dışı Hukukî İşlem ve İlişkiler	106
 IV. HUKUK SEÇİMİNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR.....	111
A. Sınırlamanın Amacına Göre	113
1. Zayıf Tarafın Korunması İlkesi	113
a. Genel İşlem Şartları.....	117
i. Genel Olarak.....	117
ii. Milletlerarası Özel Hukukta Genel İşlem Şartları	118
b. Tüketici Sözleşmeleri.....	121
c. İş Sözleşmeleri	125
i. Yararlılık Prensibi	128
ii. Toplu İş Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi	131
2. Üçüncü Kişilerin Korunması İlkesi	132
3. Zarar Görenin Korunması İlkesi	135
a. Kişilik Haklarının Medya ve Kitle İletişim Araçları Yolu ile İhlali ..	137
b. İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu.....	141
c. Tek Tarafın İradesi Şartına Bağlanan Hukuk Seçimi	145
B. Hukuk Seçiminin Mümkün Olmadığı Hâller	146
1. Taşınmazlara İlişkin Sözleşmeler	147
2. Aile ve Miras Hukukuna İlişkin Hâller.....	149
3. Sözleşme Dışı Borç İlişkilerinde Bazı Hâller	150
 SONUÇ.....	153
KAYNAKÇA	157
ÖZGEÇMİŞ.....	166

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: Bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
CISG	: Convention of International Sales of Goods - Menkul Malların Satımına İlişkin Uluslararası Sözleşme
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
FIDIC	: The International Federation of Consulting Engineers – Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce – Milletlerarası Ticaret Odası
INCOTERMS	: International Commercial Terms / Uluslararası Ticari Terimler
IPRG	: İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
İÜHMF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MK	: Medeni Kanun
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: 4186 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
RG	: Resmi Gazete
Roma I Tüzüğü	: Sözleşmeden Kaynaklanan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 593 / 2008 Numaralı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü
Roma II Tüzüğü	: Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 864 / 2007 Numaralı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü
Roma III Tüzüğü	: Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin 1259 / 2010 Numaralı Konsey Tüzüğü
Roma Konvansiyonu	: 19 Haziran 1980 Tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law – Uluslararası Ticaret Hukukuna İlişkin Birleşmiş Milletler Komisyonu
vd.	: Ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi



RÉSUMÉ

Le processus juridique impliquant des éléments étrangers et la question juridique à appliquer en rapport ont été émis avec leurs propres approches par la loi. La priorité accordée aux intérêts des parties a été démontrée au début, de sorte qu'elles ne contreviennent pas aux règles de la loi, et que le principe de la détermination des lois à appliquer dans le temps a été adopté. Au début, ce principe a été reconnu en termes de convention de dettes obligatoires découlant du contrat, de ce fait reconnu en termes de relations de dette non contractuelles. Chaque jour, des aménagements ont été étendus au sujet de la détermination de la loi à appliquer. De nos jours, en matière de droit privé international, le principe du choix de droit est un principe généralement accepté et il est accepté par la plus grande partie de l'ordre juridique. Le choix de la loi est devenu un point de référence standard, en particulier dans les relations de dette découlant du contrat. Dans cette étude, les principes généraux de sélection de droit ont été examinés avec des exemples de règlements étrangers, des décisions judiciaires et des évaluations ont été faites par rapport à la loi sur le droit privé international et la loi de procédure No. 5718 (MÖHUK).

Récemment, à la fois les mouvements législatifs de l'Union européenne (UE) et les changements dans le pays dans le MÖHUK ont été désignés comme changements radicaux en rapport avec les termes d'élite. Au début, ces changements ont été examinés et nos commentaires ont été appuyés par les décisions des tribunaux et la doctrine étrangère.

Les parties reconnaissent cette possibilité de par les liens entre les relations de la dette non conventionnelles et les changements radicaux dans le choix du droit. Certains arguments ont été mis en avant dans la doctrine et le fait de ne pas accorder cette possibilité aux parties en ce qui concerne les obligations contractuelles de la dette, et cette approche a été rejetée. En général, la difficulté de faire une telle prédiction est qu'en général, les parties ne sont pas dans une position équitable et les parties ne sont pas en mesure de défendre leurs droits sur un pied d'égalité. À cet égard, ni l'UE ni la Loi Turque n'ont reconnu ce droit. Cependant, ce droit a commencé à être reconnu de par les avancements de ces dernières années. Par exemple, en ce qui concerne les cas d'injustice et d'enrichissement illicite dans la Loi Turque, le choix de la loi peut être fait après qu'un différend survient. Le Parlement européen et le règlement du Conseil (Règlement Rome I) n ° 593/2008 sur la loi contre les relations de dette de la convention, envisagent également le même arrangement. Une option d'exception choisie par les parties a été régularisée avant que le différend ne se pose. C'est aussi une relation juridique avant le désaccord entre les parties. Par exemple; s'il existe un contrat entre les parties et que le choix de la loi est fait, les parties peuvent prévoir que

cette loi sera appliquée et que les demandes d'enrichissement illicite se produiront entre elles. Ce règlement n'est pas reconnu en ce qui concerne l'injustice selon la Loi Turque, mais n'est reconnu que pour les relations de dette résultant d'un enrichissement illicite. Dans cette étude, cet arrangement, qui a été récemment adopté dans les deux systèmes juridiques, a été examiné en détails. Par conséquent, les règlements qui en résultent sont nécessaires mais inadéquats. Il est tout aussi probable que les parties puissent choisir la loi après qu'un différend soit survenu et que les parties se soient entendues sur les conséquences matérielles du différend. Nos évaluations portaient surtout sur la doctrine. Les chances d'ajouter des jugements judiciaires à notre examen étaient limitées du fait que la loi et sa mise en oeuvre sont nouvelles et qu'il existe des doutes quant à la possibilité de choisir une loi à cet égard.

Même si elle est limitée en termes de relations de dette non contractuelles, c'est un développement positif de la relation entre les deux parties. Sinon, les parties n'auront pas la possibilité de faire un choix de loi, même au stade de la Cour. La règle établie conformément à la règle de liaison objective s'applique aux relations entre les deux parties et il n'y a pas d'alternative. Cependant, comme on le voit dans les règlements, il subsiste des doutes quant à la possibilité d'un choix juridique en la matière. Toutefois, au fil du temps, ces hésitations vont disparaître et en tenant compte des lacunes de cette question, cela sera reconnu dans un contexte beaucoup plus vaste. À ce stade, une relation existante entre les parties pourrait être réglementée en cas d'acte déloyal.

On a examiné l'état de violation des droits de la personnalité, qui sont des formes spéciales de délit, selon les médias et les médias de masse et la responsabilité non contractuelle. La détermination de la loi à appliquer dans le cadre de ces types particuliers de délits est différente de l'abus injuste classique. Dans de tels cas, la partie lésée a la possibilité d'un choix limité de la loi. La restriction est faite à la fois en termes de systèmes juridiques qui peuvent être choisis et ce droit est reconnu à un seul côté. Le préjudice a été tenté pour empêcher le pays de produire dans un pays qui a une portée de la responsabilité beaucoup plus étroite, ou nuire à la possibilité d'échapper à la responsabilité en établissant son centre dans ce pays. La personne lésée peut exiger que son droit soit appliqué au différend entre eux. Le solde des intérêts entre les parties en ce qui concerne la responsabilité non contractuelle du fabricant a été respecté et il a été possible d'empêcher l'application des lois de ces pays à la poursuite des marchandises entrées dans certains pays. Il a été organisé à la fois dans la Loi de l'UE et dans la Loi turque.

La deuxième modification radicale au sujet du choix de Loi est apportée par des arrangements spéciaux en termes de contrats privés. Dans le règlement Mülga MÖHUK, un seul article était prévu pour tous les contrats et la loi applicable à tous les contrats a été déterminée conformément à cet article. Il n'y avait pas non plus de restrictions sur les réserves. Toutefois, cela a eu des conséquences pour le côté faible en termes de types de contrats spécifiques dans des parties particulières telles que les contrats d'affaires et de consommation, qui n'étaient pas dans un statut égal. Cette

lacune a été tentée dans la pratique dans la réglementation publique et des règles directes. Cependant, la protection est fournie à la partie la plus faible sans besoin d'ordre public et d'élaboration directe de règles avec ce changement. Pour le travailleur, la protection minimale, fournie par le lieu où le travail est effectué et où le consommateur réside habituellement, ne doit pas être retirée. La conclusion est que l'arrangement mis en place en termes de contrats de consommation est en place et que le règlement apporté en termes de contrats de travail n'est pas en place. Les pays pour faire des affaires sont pour la plupart en Afrique, au Moyen-Orient et en Asie. La législation de ces pays n'offre souvent pas la protection nécessaire aux travailleurs. Pour cette raison, toutes les dispositions protégeant le travailleur seront éliminées si la protection minimale est attachée au lieu où le travail est exécuté et si une loi plus étroite est spécifiée avec la possibilité d'opter pour une loi. Dans ce cas, les tribunaux peuvent recourir à l'ordre public et à des règles directement appliquées. À cet égard, un examen approfondi du principe d'utilité a été effectué et il a été conclu que la comparaison de groupe est plus appropriée. Les accords collectifs des négociations et les conditions générales de commerce doivent être examinées séparément. Il n'y a pas de côté faible dans les accords collectifs des négociations, les parties peuvent faire le choix de la loi sans aucune restriction et il est atteint que la sélection de la loi devrait être limitée par les règles générales dans les conditions générales de transaction.

Les cas sont des règlements concrets qui ont commencé à être inclus dans la législation ou qui continuent d'être mentionnés ci-dessus. Il ya aussi certaines questions qui ne sont pas concrétisées, mais ces questions sont toujours en cours dans la doctrine et la pratique.

En ce qui concerne le choix de la loi, une question de longue date qui ne semble pas se produire à court terme, c'est que toutes les règles qui n'appartiennent pas à un État ne peuvent pas être choisies du tout. Dans la doctrine, des opinions très différentes ont été exprimées sur la pratique et la loi comparative à cet égard. Si la loi d'un pays n'est pas élue, les règles de *lex mercatoria* ne peuvent faire l'objet d'un choix de loi, certaines des lacunes peuvent être le sujet et ce n'est pas une règle comme l'autorité. En général, cette conception est également acceptée dans la Loi Européenne et dans la Loi Turque. À cet égard, il est nécessaire de faire une distinction entre l'arbitrage et le tribunal. Les chances pour les parties de déterminer les règles à appliquer dans les procédures d'arbitrage est plus large et les arbitres au pouvoir désignés comme «*lex mercatoria*» peuvent donner plus de priorité car il n'y a pas de règles de procédure reliant les arbitres. À cet égard, le caractère juridique des règles de la *lex mercatoria* a également été évalué.

L'un des débats en cours est le choix de la loi fermée. Dans ce contexte, dans le cadre de l'étude, la loi sur les éléments sélectionnés a d'abord été mentionnée et les approches relatives à ces éléments ont été examinées. Il n'y a pas beaucoup de différence dans l'opinion sur les éléments et l'approche de chaque élément est différente. Dans ce contexte, la condition d'autorisation a été spécifiquement examinée et il a été conclu que cela ne signifie pas qu'un choix juridique a été fait en soi. La Loi

turque a été abordée avec hésitation sur le choix de la loi fermée. Le législateur a cherché avec la difficulté de trouver un choix de Loi fermée à un niveau qui est presque certain. Il a été justifié que ce degré de certitude peut être atteint par le choix de la Loi ouverte. De ce point de vue, il a été conclu que le choix de la Loi fermée doit être évité autant que possible. Selon la législation de l'UE, une réglementation plus raisonnable a été introduite en comparaison à la Loi turque et une détermination de «raisonnable» a été évitée.

L'approche de l'étrangeté en droit privé international varie également chaque jour. L'attitude à l'égard de l'étrangeté est recueillie à différents points de la doctrine et de la pratique. Pendant que certains arguments laissent entendre que le choix de la loi à prendre par les parties constituera une aliénation de la relation juridique par elle-même, d'autres opinions expriment objectivement que l'élément de l'étrangeté devrait être trouvé dans ce sujet. Cependant, le concept de «contrat international» a été mentionné récemment. Outre ces opinions sur place, il a été allégué qu'un élément étranger sera déterminé en fonction du fait que le contrat ne contient pas d'élément étranger. Dans ce contexte, les ressortissants étrangers vivant en Turquie ne pourront pas penser qu'il ya un élément étranger parce qu'ils sont des citoyens de pays différents et ils ne peuvent pas conclure que les deux entreprises établies pour le business turc n'ont pas d'éléments étrangers.

En outre, les transactions transnationales ont augmenté l'utilisation de contrats standards entre les deux parties. Les contrats standards tels que FIDIC (Fédération internationale des ingénieurs-conseils) et INCOTERMS (Conditions commerciales internationales) fixés par la Chambre de commerce internationale (CCI) sont fréquemment inclus dans les contrats. Bien qu'elle ne soit pas acceptée comme un choix valide de Loi, l'inclusion de ces règles dans les clauses contractuelles en fera une disposition contractuelle.

Il est également possible de faire le choix de la loi selon les circonstances. Toutefois, selon la nature de la condition, il est nécessaire de considérer que les droits des tierces personnes seront cachés. Il devrait également être possible que la condition soit satisfaite. Certaines circonstances seront définitivement ou non considérées comme une condition.

Le choix de la loi peut toujours être fait dans les relations de dette découlant du contrat. La Loi turque et la Loi de l'UE ont également envisagé cela dans le temps. Toutefois, il ne faut pas oublier que le choix ultérieur de la loi n'aura pas d'effets négatifs sur les droits des tierces personnes. Il y a eu une contrainte de temps sur les obligations de dette non contractuelles. Cependant, lorsque cette restriction est faite, la possibilité de faire un choix de loi est presque complètement empêchée. Comme il a été mentionné précédemment, le fait que le choix du droit dans les relations de dette non contractuelles puisse être fait après la survenance d'un litige en termes de temps a presque complètement éliminé le champ d'application de ce règlement.

Les conditions qui ne peuvent pas être choisies comme Loi diminuent tous les jours. Le choix de la loi, qui n'est pas reconnu en termes de relations de dette inconstitutionnelles, commence à être abandonné. Concernant les contrats pour immeubles, la Loi Turque ne permet toujours pas la sélection d'une loi, la possibilité de sélection de la loi est reconnue en termes de contrats comparatifs dans la Loi de l'UE légitimement. La possibilité de choix de la Loi de la famille s'étend de jour en jour. Comme on peut le voir, la possibilité de choisir une loi est plus impliquée dans tous les domaines.

Le choix de la loi hypothétique qui part du point de vue que «s'ils étaient faits par les parties, ils choisiraient la loi» est une approche abandonnée parce que les parties n'ont pas de décret et la Cour déterminera la loi à appliquer en considérant.

Dans la dernière partie de l'étude, des évaluations de la validité de la loi ont été faites. La détermination de la validité matérielle du choix de la loi selon la loi est généralement l'opinion acceptée. Lex fori n'est pas encore clair et, en tant que fait, la validité du choix du droit lié à la lex fori est donc incertaine. La validité du choix de la loi est évaluée soit selon la loi du lieu où le processus est exécuté, soit à appliquer en substance. Selon l'une de ces lois, la fourniture de conditions formelles suffit pour la validité du choix de la loi.

ABSTRACT

The applicable law to legal transactions and legal relationships had been issued by each law with their own approaches. At first, the party autonomy has been limited with the mandatory rules of each law; however, the principle of choice of law has been adopted in time. This principle was first recognized in terms of obligations arising from the contract and then today it is also adopted for non-contractual obligations. Day by day, opportunities for choice of law have been extending. Today, in terms of international private law, the principle of choice of law is a generally accepted principle and it is accepted by most of legal orders. The choice of law has become a standard condition especially in obligations arising from the contract. In this study, the general principles of choice of law were examined with examples from foreign regulations, court decisions and evaluation were made with respect to the new Turkish Private International Law Act (PIL Act).

Recently, both the European Union (EU) legislative movements and the changes in the PIL Act had been made fundamental changes in terms of choice of law. In this study, these changes were examined and our comments were supported by court decisions and foreign doctrine.

The first fundamental change in the choice of principles is the opportunity of choice of law for the non-contractual obligations. Some arguments had been putting forward in the doctrine and practice of not to grant this possibility for the non-contractual obligations, and this approach had been rejected. Generally, the difficulty of making such a prediction and non equitable position of the parties were the main reasons to deny this principle. In this respect, neither the EU nor the Turkish law legitimized the choice of law for the non-contractual obligations. However, this opportunity has started to be recognized with the developments in recent years. For instance, with regarding cases of tort and unjust enrichment in terms of Turkish law, choice of law can be made after a dispute arises between parties. Regulation No 593/2008 of the European Parliament and of The Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I Regulation) also has adopted the same scope. One exception for choice of law before the dispute arises between the parties was regularized. Provided that a legal relationship before the dispute arises between the parties, the law chosen for his relationship will be applied to the non-contractual relationship. For example; when there is a contract between the parties and the choice of the law is made, the parties may decide that this law will be applied to the unjust enrichment requests that will occur between them. This regulation is not recognized in relation to tort in terms of Turkish law, but is recognized only for debt relations arising

from unjust enrichment. In this study, this arrangement, which has been recently adopted in both legal systems, has been examined in details. As a result, the said regulations are necessary but inadequate. It is just as likely that the parties will be able to choose the law after the dispute has arisen and parties have reached an agreement on the material consequences of the dispute. Our assessments and examination were made having regard to the views from doctrine. Supporting with judicial decisions to our examination were limited due to the fact that the law and its implementation are new and there are doubts about the possibility of choosing a law in this respect.

Even if it is limited, opportunity of choice of law for non-contractual relations is a positive development. Otherwise, the parties will not have the opportunity to make a choice of law even in court stage. The applicable law established with the objective conflict of law rule applies to the relationship between the parties and there is no alternative. However, as seen in the regulations, there are still doubts as to the possibility of choice of law in this matter. However, in the process of time these hesitations will disappear and taking into account the shortcomings of this issue, this approach will be recognized in the large broader context. At this stage, an existing relationship between the parties in the case of a tort could be regulated.

The state of violation of personality rights through the media and mass communication and the non-contractual responsibility of the producer, which are special forms of tort, had been examined. The applicable law in these special types of tort differs from classical objective rule of conflict of law. In such cases, the aggrieved party has possibility of a limited choice of law. The restriction is made both in terms of legal systems that can be chosen and this right is recognized to just one side, the aggrieved party. The aggrieved party is protected from malicious producer who tries to escape responsibility by producing the product or establishing its center in this country which have a limited scope of responsibility for producer. The aggrieved party may demand that his/her law be to be applied to the dispute between them. The balance of advantage between the parties in respect of the non-contractual responsibility of the manufacturer has been respected and it is possible to prevent the application of the laws of these countries with proving that the goods entered into certain countries without the consent of the producer. It has been foreseen in both EU law and Turkish law.

The second fundamental change about choice of law is adopting special regulations in terms of specific types of contracts. A single article was foreseen for all contracts and the law applicable to all contracts was determined according to this article regarding the abrogated PIL Act. There were also no restrictions on the provisions. However, this approach had consequences for weak side in terms of specific contract types in particular parties such as employment and consumer contracts, who were not in equal status. The protection for the weak party has been addressed in practice through public order and direct applicable rules. However, protection which is provided to weaker party without need for public order and direct applicable rules has come in force with this change. For the employee, the minimum

protection provided by the place where the work is performed and where the consumer is usually resident shall not be deprived by choice of law. Conclusion that arrangement brought in terms of consumer contracts is inconsistent and that the regulation brought in terms of employment contracts does not always serve to protect the employee. Countries where to making business are mostly Africa, Middle East and Asian countries. The legislation of these countries often does not often provide necessary protection for employees. For this reason, all the provisions protecting the employee will be eliminated if the minimum protection is attached to the place where the work is performed and if a law with limited protection is specified with the choice of law. In this case, courts may apply public order and directly applicable rules. In this respect, a comprehensive examination of the principle of usefulness has been carried out and it has been concluded that group comparison is more appropriate. Collective labour agreements and standardized terms of contract have to be examined separately. There is no weak side in the collective labour agreements and the parties can make the choice of law without any restriction. It is reached that the selection of the law should be limited with the general rules in standardized terms of contract.

Abovementioned subjects have started to be adopted in legislation or the process is continuing. There are also some issues that are not adopted but are always ongoing in the doctrine and practice.

Choosing the rules which do not belong to a state is a long-standing issue that does not seem to be solved in the short term. In the doctrine, different opinions have been expressed about practice and in comparative law in this respect. *Lex mercatoria* rules cannot be the subject of a choice of law since some of the gaps may be the subject unlike a state law and there is not a certain authority who legitimizes those rules. This view is also accepted in the EU law and Turkish law. In this respect, it is necessary to make a distinction between the arbitration and the court procedures. Chances of the parties to determine the rules to be applied in the arbitration proceedings are broader and ruling arbitrators referred to as "*lex mercatoria*" may give more priority as there are no procedural rules linking the arbitrators. Therefore, the legal character of the *lex mercatoria* rules has also been assessed.

One of the ongoing discussions is inferred choice of law. In this context, in the scope of the study, the elements of inferred law were first mentioned and approaches related to these elements were examined. Even if the views related to determining the elements does not differ, important discussions are going on about the approaches and character to each element. In this context, competent court condition has been specifically examined and it has been reached that does not mean that a choice of law has been made in itself. Turkish law has been hesitantly approached about inferred choice of law. The legislature has foreseen with the difficulty of finding an inferred choice of law at a level that is almost certain. It has been justified that this degree of certainty can be achieved through the open choice of law. From point of view, it is reached that the inferred choice of law should be avoided as much as possible.

According to EU law, more reasonable regulation has been introduced in comparison with Turkish law and a determination of certain degree has been avoided.

The approach to foreignness in international private law also progresses every day. The attitude towards foreignness is gathered at different points in doctrine and practice. While some arguments suggest that choice of law to be taken by parties will constitute an foreignness to the legal transaction or relationship by itself and some opinions expressed that an objective element of foreignness should be found in this subject. However, the concept of "international contract" has been mentioned recently. In addition to these opinions on the spot and it has been alleged that instead of an objective foreign element, a transbaundry transaction should be found in the contract. In this context, the transactions that foreign nationals living in Turkey has performed will not be accepted as a foreign transaction only in they are different citizens. Therefore a transbaundry transaction between Turkish citizens is accepted as a foreign transaction.

Use of standard contracts between parties have increased as a result of transnational transactions. Standard contracts such as FIDIC (International Federation of Consulting Engineers), and INCOTERMS (International Commercial Terms) set by the International Chamber of Commerce (ICC) are frequently included in contracts. Although it is not accepted as a valid choice of law, the inclusion of these rules in the contractual clauses will make them a contractual provision.

It is also possible to make the choice of law depending on the condition. However, according to the nature of the condition, it is necessary to consider that the rights of the third persons will be reserved. It should also be possible that the condition is fulfilled or certain conditions, which is definitely occurs or not, are not considered as a condition.

Choice of law can always be made in contractual obligations. Turkish law and EU law have also foreseen in this terms of time. However, it should not be forgotten that subsequent choice of law will not affect the rights of third persons adversely. There has been a time limitation on non-contractual obligations with a good reason. However, when this restriction is regulated, the possibility of making a choice of law is almost completely prevented. As mentioned earlier, the fact that the choice of law in non-contractual relations can be made after occurrence of dispute in terms of time and it has almost completely eliminated scope of application of this regulation.

Conditions that cannot be subject to a choice of law are decreasing every day. The choice of law, which was not recognized once is starting being abandoned in terms of non-contractual obligations. Regarding contracts related to real estates, Turkish law still does not allow choice of law, the possibility of law selection is recognized in terms of comparative contracts in EU law legitimately. Choice of law under family law is expanding every day. As it can be seen, the possibility of choice of law is more involved in all areas.

Fictitious choice of the law that moves from the view that "if choice of law was made by the parties, they would choose that law" is an abandoned approach since the parties do not have a will and the court will determine the law to be applied by considering.

In the last part of the study, evaluations of the validity of the law were made. Determination of the material validity of choice of law according to chosen law is the generally accepted opinion. *Lex fori* is not yet clear and in case the validity of choice of law is linked to *lex fori*, it will remain indefinite. The formal validity of the choice of law is assessed either according to the law of the place where the process is performed or the law to be applied to the relationship. According to one of these laws provision of formal conditions is sufficient for validity of choice of law.



ÖZET

Yabancılık unsuru içeren hukukî işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk her hukuk düzeni tarafından kendi yaklaşımları ile farklı şekilde düzenlenmiştir. Taraf iradelerine öncelik tanınması başlarda sadece uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı olmayacak şekilde kendini göstermiş, zamanla uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesi ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke, önceleri sadece sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkileri bakımından kabul edilmekteyken günümüzde artık sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından da tanınmaktadır. Uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesi ile ilgili olarak taraflara tanınan imkânlar her geçen gün genişlemektedir. Günümüzde milletlerarası özel hukuk bakımından hukuk seçimi ilkesi artık genel kabul gören bir ilkedir ve çoğu hukuk düzeni tarafından kabul edilmiştir. Özellikle sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerinde hukuk seçimi artık standart bir madde olarak düzenlenmektedir. Bu çalışmada, hukuk seçimine ilişkin genel ilkeler, yabancı düzenlemeler ve mahkeme kararlarından örnekler ile incelenmiş, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) bakımından konunun değerlendirilmesi yapılmıştır.

Son dönemde hem Avrupa Birliği'nde (AB) yaşanan kanunlaştırma hareketleri, hem de ülkemizde MÖHUK'ta yapılan yenilikler ile hukuk seçimi bakımından köklü değişiklikler yapılmıştır. Çalışmamızda başta bu değişiklikler incelenmiş, yorumlarımız mahkeme kararları ve yabancı doktrin ile desteklenmiştir.

Hukuk seçimi ile ilgili yaşanan köklü değişikliklerden ilki sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından da artık taraflara bu imkânın tanınmasıdır. Sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından taraflara bu imkânın tanınmaması konusunda doktrinde ve uygulamada bazı gerekçeler ileri sürülmekte ve bu yaklaşım reddedilmekteydi. Böyle bir öngöründe bulunabilmenin zorluğu, özellikle haksız fiil hâlinde genel olarak tarafların eşit konumda olmadığı ve tarafların haklarını eşit koşullarda savunamadığı hususları göz önüne alınmaktaydı. Bu doğrultuda ne AB hukukunda ne de Türk hukukunda bu hak tanınmamıştı. Ancak son dönemde yaşanan gelişmeler ile taraflara kısmen de olsa bu hak tanınmaya başlamıştır. Örneğin Türk hukuku bakımından haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hâllerine ilişkin olarak yalnızca uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra hukuk seçimi yapılabilmektedir. Yine Sözleşmeden Kaynaklanan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 593 / 2008 Numaralı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (Roma I Tüzüğü) de aynı düzenlemeyi öngörmüştür. Burada uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce taraflara hukuk seçimi imkânının tek bir istisnası düzenlenmiştir. O da taraflar arasında uyuşmazlık öncesinde bir hukukî ilişki olması hâlidir. Örneğin; taraflar arasında bir sözleşme olması ve sözleşmede hukuk seçimi yapılmış olması hâlinde taraflar, aralarında meydana gelecek sebepsiz zenginleşme talepleri için de bu hukukun uygulanacağını öngörebilirler. Bu düzenleme Türk hukuku bakımından haksız fiillere ilişkin olarak tanınmamış, sadece sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerine ilişkin olarak tanınmıştır. Bu çalışmamızda, her iki hukuk düzeninde de daha yeni benimsenmiş olan bu düzenleme detaylı olarak incelenmiştir. Sonuç olarak getirilen düzenlemelerin gerekli ancak yetersiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Zira taraflara sadece uyuşmazlık ortaya

çıktıktan sonra hukuk seçimi imkânı tanımak, tarafların bu uyuşmazlığın maddi sonuçlarına ilişkin anlaşmaya varması ile aynı ihtimaldedir. Değerlendirmelerimiz daha çok doktrin üzerinden yapılmıştır. Kanun ve uygulaması yeni olduğu ve bu konuda hukuk seçimi imkânı tanınması hususunda tereddütler bulunması sebebiyle incelememize yargı kararlarını ekleme şansımız da sınırlı bir çerçevede kalmıştır.

Sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından bu imkânın -sınırlı olsa bile- tanınması taraf iradelerinin aralarındaki ilişkiye yansması bakımından olumlu bir gelişmedir. Zira aksi hâlde taraflar, mahkeme aşamasında dahi bir hukuk seçimi yapma imkânına sahip olamamaktadırlar. Objektif bağlama kuralı uyarınca belirlenen kural taraflar arasındaki ilişkiye uygulanmakta ve başka bir alternatif kalmamaktadır. Ancak düzenlemelerden de görüleceği üzere taraflara hukuk seçimi imkânı tanınması konusunda halen tereddütler bulunmaktadır. Ancak zamanla bu tereddütler de ortadan kalkacak ve bu konuda görülen eksiklikler göz önüne alınarak taraflara bu imkân daha geniş çerçevede tanınacaktır. Ancak bu aşamada en azından haksız fiiller bakımından taraflar arasında mevcut bir ilişkinin söz konusu olması ihtimali düzenlenebilirdi.

Sözleşme dışı borç ilişkilerinden haksız fiilin özel türleri olan kişilik haklarının medya ve kitle iletişim araçları yolu ile ihlâli ve imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu hâli özel olarak incelenmiştir. Zira haksız fiilin bu özel türlerinde uygulanacak hukukun belirlenmesi hâli klasik haksız fiilden farklıdır. Bu hâllerde zarar gören tarafa sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Sınırlama hâli hem seçilebilecek hukuk sistemleri bakımından yapılmış, hem de bu hak sadece tek bir tarafa, zarar görene tanınmıştır. Zarar verenin, kötüniyetli şekilde kendisi bakımından daha dar kapsamda bir sorumluluk öngören devlette üretim yapması ya da merkezini bu devlette kurarak sorumluluktan kaçması ihtimaline karşı zarar veren korunmaya çalışılmıştır. Zarar gören, kendi seçeceği hukukun aralarındaki uyuşmazlığa uygulanmasını talep edebilir. İmalatçının sözleşme dışı sorumluluğuna ilişkin düzenlemede taraflar arasındaki menfaat dengesi gözetilmiş, imalatçıya malının rızası dışında belirli devletlere sokulduğunun ispatı ile bu devletlerin hukukunun uygulanmasının önüne geçebilme imkânı tanınmıştır. Bu husus hem AB hukukunda hem Türk hukukunda yerinde bir şekilde düzenlenmiştir.

Hukuk seçimi bakımından getirilen ikinci köklü değişiklik de özel sözleşme türleri bakımından yapılan özel düzenlemelerdir. Mülga MÖHUK düzenlemesinde tüm sözleşmeler için tek bir madde öngörülmüştü ve tüm sözleşmelere uygulanacak hukuk bu madde uyarınca belirleniyordu. Maddede ayrıca herhangi bir sınırlama da yoktu. Ancak bu husus, özellikle iş ve tüketici sözleşmeleri gibi tarafların eşit konumda olmadığı özel sözleşme tipleri bakımından zayıf taraf bakımından aleyhe sonuçlar doğurmaktaydı. Bu konudaki eksiklik, uygulamada kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar yolu ile giderilmeye çalışılmıştır. Ancak yapılan bu değişiklik ile artık kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallara gerek kalmaksızın zayıf olan tarafa bir koruma sağlanmıştır. İşçi bakımından işin yapıldığı yerin sağladığı, tüketici bakımından ise tüketicinin mutat meskenin bulunduğu yer hukukunun sağladığı asgari koruma bertaraf edilemeyecektir. Tüketici sözleşmeleri bakımından getirilen düzenleme yerinde olmakla birlikte iş sözleşmeleri bakımından getirilen düzenleme her zaman istenilen amacı sağlayamayacaktır. Zira yurt dışında iş yapılan devletler çoğunlukla Afrika, Orta Doğu ve Asya devletleri olup bunların mevzuatları da çoğu zaman işçiler için gerekli korumayı sağlayamamaktadır. Bu nedenle, asgari korumanın işin yapıldığı yer hukukuna bağlanması ve hukuk seçimi imkânı ile de daha dar kapsamda bir hukukun belirlenmesi ile işçiyi koruyacak tüm hükümler bertaraf edilmiş

olacaktır. Bu durumda mahkemelerce yine kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallara başvurulabilir. Bu doğrultuda özellikle yararlılık prensibinin kapsamlı bir incelemesi gerçekleştirilmiş olup grup karşılaştırmasının daha uygun olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Yine toplu iş sözleşmelerinin ve genel işlem şartlarının ayrı olarak incelenmesi gerekmiştir. Toplu iş sözleşmelerinde zayıf taraf olmadığı için bir sınırlama olmaksızın taraflarca hukuk seçimi yapılabilirken, genel işlem şartlarında yine genel kurallardan hareketle hukuk seçiminin sınırlandırılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Yukarıda bahsedilen hâller somut olarak mevzuatlara dâhil olmaya başlayan veya dâhil edilme süreci devam eden düzenlemelerdir. Bir de somut olarak düzenlenmeyen ancak doktrinde ve uygulamada tartışması her zaman devam eden bazı hususlar da bulunmaktadır.

Hukuk seçimine ilişkin olarak, üzerindeki tartışma uzun zamandır devam eden ve kısa vade de bitecek gibi görünmeyen konu, bir devlete ait olmayan kurallar bütünü seçilip seçilemeyeceği hâlidir. Doktrinde, uygulamada ve karşılaştırmalı hukukta bu konuda çok farklı görüşler dile getirilmiştir. Bir devlet hukukunun seçilmemesi hâlinde bazı boşluklar söz konusu olabileceği ve kural koyan devlet benzeri bir otorite olmadığından hareketle *lex mercatoria* kurallarının bir hukuk seçimine konu olamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. AB hukuku ve Türk hukukunda da bu görüş genel kabul görmektedir. Bu hususta tahkim ile mahkeme ayrımı yapılması gerekmektedir. Zira tarafların tahkim yargılamasında uygulanacak kuralları belirlemeleri şansı daha geniş kapsamda olup hakemleri de bağlayan usul kuralları olmadığı için *lex mercatoria* olarak ifade edilen kurallara hakemler daha fazla öncelik tanıyabilmektedirler. Bu doğrultuda *lex mercatoria* kurallarının hukukî niteliği de değerlendirilmiştir.

Üzerinde tartışma devam eden konulardan bir tanesi de üstü kapalı hukuk seçimi hâlidir. Çalışmada bu kapsamda öncelikle üstü kapalı hukuk seçiminin unsurları belirtilmiş ve bu unsurlara ilişkin yaklaşımlar incelenmiştir. Zira unsurlar üzerinde görüş farklılığı çok olmasa da her bir unsura olan yaklaşım konusunda görüşler farklılaşmaktadır. Bu kapsamda yetki şartı özel olarak incelenmiş ve yetki şartının başlı başına bir hukuk seçimi yapıldığı anlamına gelmediği sonucuna ulaşılmıştır. Türk hukukunda üstü kapalı hukuk seçimine tereddütle yaklaşılmıştır. Üstü kapalı hukuk seçiminin tespitinin zor olmasından hareketle kanun koyucu, üstü kapalı hukuk seçimini neredeyse kesinliğe varan bir derecede aramıştır. Doktrinde bu derece kesinliğin anca açık hukuk seçimi ile sağlanabileceği haklı olarak ifade edilmiştir. Buradan hareketle üstü kapalı hukuk seçiminin uygulanmasından mümkün olduğunca kaçınılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. AB hukukunda ise Türk hukukuna göre daha makul bir düzenleme getirilmiş ve “açıkça anlaşılan” denilerek kesinlik derecesine varan bir tespitten kaçınılmıştır.

Milletlerarası özel hukukta yabancılik unsuruna yaklaşım da günden güne değişmektedir. Yabancılik unsuruna yaklaşım doktrinde ve uygulamada farklı noktalarda toplanmaktadır. Bazı görüşler tarafların yapacağı hukuk seçiminin başlı başına hukukî ilişkiye yabancılik unsuru katacağını ileri sürerken bazı görüşler bu konuda objektif olarak yabancılik unsurunun bulunması gerektiğini ifade etmişlerdir. Ancak son dönemde yerinde olarak bu görüşlerin dışında “milletlerarası sözleşme” kavramından bahsedilmiş, bir sözleşmenin objektif açıdan yabancılik unsuru içerip içermediğine göre değil, sınıraşan bir işlem içerip içermediğine göre yabancılik

unsurunun tespit edileceği ileri sürülmüştür. Bu bağlamda mutata olarak Türkiye’de yaşayan farklı devlet vatandaşının günlük olarak marketten yaptığı alışverişte salt farklı devlet vatandaşı olduğu için yabancılık unsurunun mevcut olduğu düşünülemeyeceği gibi Türk kanunlarına göre kurulmuş iki şirketin yurtdışındaki bir işleri için gerçekleştirdikleri sözleşmenin de yabancılık unsuru içermediği sonucuna ulaşılamayacaktır.

Sınıraşan işlemlerde yaşanan artışlar, taraflar arasında standart sözleşmelerin kullanılması oranını da artırmıştır. Özellikle *FIDIC (The International Federation of Consulting Engineers – Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu)* gibi kurumların oluşturduğu standart sözleşmeler ve *ICC (International Chamber of Commerce – Milletlerarası Ticaret Odası)* tarafından belirlenen *INCOTERMS (International Commercial Terms / Uluslararası Ticari Terimler)* gibi kurallar taraflarca sıklıkla sözleşmelere dâhil edilmektedir. Her ne kadar geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul edilmese de bu kurallara sözleşme maddelerinde yer verilmesi, bu kuralları birer sözleşme hükmü hâline getirecektir.

Hukuk seçiminin şarta bağlı olarak yapılması da mümkündür. Ancak şartın niteliğine göre üçüncü kişilerin haklarının saklı kalacağını göz önüne almak gerekmektedir. Ayrıca şartın gerçekleşmesi muhtemel olmalıdır. Kesin olarak gerçekleşeceği ya da gerçekleşmeyeceği belirli olan hâller şart olarak kabul edilmeyecektir.

Sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerinde hukuk seçimi her zaman yapılabilir. Türk hukuku ve AB hukuku tarafından da zaman bakımından uygulama bu şekilde öngörülmüştür. Ancak burada sonradan yapılan hukuk seçiminin üçüncü kişilerin haklarını olumsuz yönde etkilemeyeceği unutulmamalıdır. Sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından ise zaman bakımından bir sınırlama getirilmiştir. Ancak bu sınırlama yapılırken hukuk seçimi yapma imkânı neredeyse tamamen engellenmiştir. Zira daha önce de bahsedildiği üzere sözleşme dışı borç ilişkilerinde hukuk seçiminin zaman bakımından sadece uyumsuzluk ortaya çıktıktan sonra yapılabilmesi, bu düzenlemenin uygulama alanını neredeyse tamamen ortadan kaldırmıştır.

Hukuk seçimi yapılamayacak hâller her geçen gün azalmaktadır. Önceleri sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından tanınmayan hukuk seçimi hâli artık günümüzde terk edilmeye başlanmıştır. Taşınmazlara ilişkin sözleşmeler bakımından Türk hukukunda her ne kadar bir hukuk seçimi imkânı tanınmasa da AB hukukunda nispi sözleşmeler bakımından artık taraflara hukuk seçimi imkânı haklı olarak tanınmıştır. Aile hukukunda da her geçen gün hukuk seçimi imkânı daha da genişlemektedir. Görüleceği üzere hukuk seçimi imkânı, tüm alanlarda daha fazla yer almaktadır.

“Taraflarca hukuk seçimi yapılmış olsa hangi hukuku seçerlerdi” görüşünden hareket eden farazi hukuk seçimi artık terk edilmiş bir yaklaşımdır. Zira burada tarafların bir iradesi mevcut olmayıp mahkeme tarafından “farazi iradeler” göz önüne alınarak uygulanacak hukuk belirlenmektedir.

Çalışmanın son bölümünde hukuk seçiminin geçerliliğine ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır. Hukuk seçiminin maddî geçerliliğinin seçilen hukuka göre belirlenmesi genel kabul gören görüştür. Zira *lex fori* henüz belli değildir ve hukuk seçiminin geçerliliğinin *lex fori*’ye bağlanması da bu nedenle belirsizlik

yaratmaktadır. Hukuk seçiminin şekli geçerliliği ise ya işlemin yapıldığı yer hukukuna ya da esasa uygulanacak hukuka göre değerlendirilmektedir. Bu hukuklardan birine göre şekil şartlarının sağlanması, hukuk seçiminin şekli geçerliliği için yeterlidir.



GİRİŞ

Milletlerarası özel hukukta hukuk seçimi ilkesi, sınırların her geçen gün biraz daha kalktığı dünyada gittikçe önem kazanan bir ilke hâline gelmektedir. Hukukun yeknesaklaştırılması çalışmaları kapsamında hukuk sistemleri ya belirli bir sistemi kabul etmekte, ya da diğer devletler ile paralel düzenlemeler öngörmektedir. Aksi hâlde her devlet mahkemesinde aynı konuya ilişkin farklı sonuçlar ortaya çıkmakta ve bu da hukukî güvenlik ilkesine aykırılık yaratmaktadır. Milletlerarası özel hukukta devam eden yeknesaklaştırma çalışmaları bakımından hukuk seçimi ilkesi çok önemli bir boşluğu doldurmaktadır. Taraflara bu imkân sağlanarak uygulanacak hukukun devletten devlete değişmesi engellenmekte, işlem güvenliği sağlanmakta ve milletlerarası özel hukuk bakımından amaçlanan “yeknesak hukuk” taraf iradeleri ile sağlanmaktadır.

Hukuk seçimi ilkesi, Türk hukuk doktrinde özel olarak kapsamlı şekilde incelenmemiştir. Bu konuya ilişkin tüm görüşlerin toplanmaya çalışıldığı bu eser bu konudaki eksiklikleri bir nebze olsun gidereceği gibi son dönemde hem Türk hukukunda hem de Avrupa Birliği hukukunda hukuk seçimine ilişkin olarak yapılan köklü değişikliklerin de değerlendirildiği bir çalışma ortaya koyulmuştur. Eserde, son dönemde yaşanan bu gelişmelere ilişkin doktrindeki değerlendirmeler ve yargı kararları bir araya getirilmiştir.

Bu çalışma esas olarak iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, milletlerarası özel hukukta irade serbestisi ilkesi ile milletlerarası özel hukukta hukuk seçimine ilişkin genel ilkeler, ikinci bölümde ise hukuk seçimine ilişkin özel görünümeler detaylı olarak incelenmiştir.

İrade serbestisi ilkesinin milletlerarası özel hukukta ve borçlar hukukundaki karşılıkları birbirinden farklıdır. Çalışmanın daha net olarak anlaşılabilmesi için öncelikle bu ilkenin tarihsel gelişiminden kısaca bahsedilmiş, ardından maddî hukuk

bakımından irade serbestîsi ilkesi ile milletlerarası özel hukuktaki irade serbestîsi ilkesinin farklılıkları ortaya koyulmuştur.

Hukuk seçimine ilişkin genel esaslar bölümünde, tüm hukuk seçimi hâlleri için geçerli olan genel değerlendirmeler yapılmıştır. Seçilebilecek hukukun bir devlete ait olmaması hâli, hukuk seçimine kamu düzeninin müdahâlesi, atıf, yabancılık unsuru gibi hususlar bu başlık altında incelenmiştir. Burada yapılan değerlendirmeler bütün hukuk seçimlerinde dikkate alınmalıdır.

Hukuk seçimine ilişkin bağlama kurallarının özel görünümüne ilişkin ikinci bölümde ise hukuk seçiminin farklı türleri kendi özellikleri ile incelenmiştir. Her hukuk seçiminin türüne göre uygulanacak hükümler ve sonuçları farklılaşabilmektedir. En temel ayrım sözleşmeden kaynaklanan bir borç ilişkisi ile sözleşme dışı bir borç ilişkisinde yapılacak olan hukuk seçimine ilişkindir. Yine özel sözleşme türleri de getirilen kısıtlamalar ve koruma prensipleri ile bu başlık altında değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK SEÇİMİNE İLİŞKİN GENEL ESASLAR

Hukuk seçimine ilişkin genel esaslar bölümü, tüm hukuk seçimi hâlleri için geçerli olan genel kuralların değerlendirildiği bölümdür. Bu bölüm altında incelenen konularda hukuk seçimine ilişkin bağlama kurallarının özel görünümleri dikkate alınmamıştır. Bu değerlendirme dört konu başlığı altında yapılacaktır.

Birinci bölümde incelenen ilk konu irade serbestî ilkesinin milletlerarası özel hukuktaki incelemesidir. Bu kapsamda öncelikle hukuk seçiminin tarihsel gelişimi incelenmiş ve ilkenin bugünkü hâline geliş aşamalarından bahsedilmiştir. Bu gelişmeler, hukuk seçiminin geleceği hakkında da genel bir fikir vermektedir. Zira milletlerarası özel hukukta taraf iradelerine öncelik tanınması, her geçen gün daha fazla uygulama alanı bulmaktadır. Tarihsel gelişimin ardından maddî hukuktaki irade serbestisi ilkesi ile milletlerarası özel hukuktaki irade serbestisinin farklarından bahsedilerek konunun temel ayrımı yapılmış, bu doğrultuda yabancılık unsuru incelenmiştir. Hukuk seçimi ile yabancılık unsurunun ilişkisi, seçiminin yapılıp yapılamayacağına ya da yapıldığında ne şekilde sonuç doğuracağına ilişkin önemli hususlar içermektedir. Yine yabancılık unsurunun nasıl belirleneceği de güncel bir tartışma konusudur.

İncelenen ikinci konu hukuk seçimine konu olabilecek hukuk kurallarıdır. Buradaki klasik görüş, ancak bir devlete ait kuralların hukuk seçimine konu edilebileceğidir. Ancak günümüzde, *lex mercatoria* kuralları gibi, bir devlete ait olmayan kurallar bütünü de hukuk seçimine konu edilebileceği ve bu seçimin de bir devlet hukuku seçilmesi hâli ile aynı sonucu doğuracağına ilişkin görüşler ileri sürülmektedir. Bu doğrultuda uzun zamandır kabul edilen ve artık temel prensip hâline gelmiş *incorporation* kavramı da detaylı olarak incelenmiş ve hukuk seçimi ile arasındaki farklar net olarak ortaya koyulmuştur.

Seçilen hukukun uygulama alanı başlıklı üçüncü bölümde ilk olarak atıf konusu incelenmiş ve hukuk seçimi hâlinde atfın dikkate alınıp alınmayacağı üzerinde durulmuştur. Bu konu, özellikle tarafların iradelerine tanınan öncelik ve uygulanacak hukuka ilişkin öngörülebilirlik ilkeleri ile birlikte değerlendirilmelidir. Seçilen hukukun hangi kapsamda uygulanacağı ve bu hukukta meydana gelen değişikliklerin dikkate alınıp alınmayacağı da tespit gereken hususlardır. Bu bağlamda özellikle şekil, usul ve ifâ gibi hâllerde seçilen hukukun dikkate alınıp alınmayacağı ve seçilen hukukun uygulama alanı özel olarak incelenmiştir. Yine hukuk seçimi yapılırken kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar da göz önüne alınmalıdır. Zira bu hâller, sadece hukuk seçimini değil, tüm kanunlar ihtilâfî kurallarını sınırlayan etkili ve güçlü silahlardır.

Hukuk seçimi, bir sözleşme maddesi olarak düzenlenebileceği gibi ayrı bir sözleşme ile de yapılabilir. Bu niteliği itibariyle hukuk seçimi, esas borç ilişkisinden bağımsız ayrı bir sözleşme niteliğindedir. Bunun sonucunda hukuk seçiminin şekline ve esasına uygulanacak hukuk konusu da ayrıca önem kazanmaktadır. Bölümün son konu başlığı altında bu hususlar incelenmiştir. Bu noktada taraf iradelerinin önemi, hukuk seçiminden beklenen fayda ve öngörülebilirlik bakımından konu incelenmiş, konuya ilişkin tartişmalar günümüzde de devam ettiğinden doktrindeki farklı görüşler ve yargı kararları ile konu detaylandırılmıştır.

Birinci bölümde öncelikle milletlerarası özel hukukta irade serbestisi ilkesinden bahsedilerek maddî hukuktaki irade serbestisi ile arasındaki farklar ve yabancılık unsuru ile hukuk seçiminin ilişkisinden bahsedilecektir.

I. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA İRADE SERBESTİSİ

A. Hukuk Seçiminin Tarihsel Gelişimi

Milletlerarası özel hukukta hukuk seçimi ilkesi, özellikle sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkileri bakımından uzun zamandır kabul edilen bir ilkedir. Bu ilkenin kabulü ve uygulama alanının gelişmesi ise zaman içerisinde gerekleřmiřtir¹.

¹ Milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti ilkesinin tarihsel gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Arzu Alibaba, **Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2005, s. 38 vd. Hukuk seçimine ilişkin

Hukuk seçiminin kabul edilmediği dönemlerde, uygulanacak hukukun seçilmesinin mantıksal olarak mümkün olmadığı, zira bu durumda tarafların aralarındaki ilişkiye seçtikleri hukuk uygulansa bile seçimin dayandığı ilişkinin hangi hukuka tabi olacağının tespit edilemeyeceği ifade edilmekteydi². Bu nedenle hukuk seçimi de ancak maddî hukuktaki irade serbestisi çerçevesinde uygulanabiliyor ve taraflar emredici hükümlerin aksini kararlaştıramıyorlardı³.

Hukuk seçimi ilkesinin kaynağı, 16. yüzyılda yaşamış Fransız hukukçu Charles Dumoulin'e kadar gitmektedir. Dumoulin, tarafların, aralarındaki ilişkiye uygulanmak üzere diledikleri hukuku seçebileceklerini ifade etmiştir⁴. Dumoulin bunu yaparken, değişik ülkelerde malları bulunan evlilerin evlenme sözleşmesi yapmadıkları hâllerde, bu malların tarafların üstü kapalı iradeleri ile seçmiş oldukları kanuna tâbi tutulmasını sağlamayı amaçlamıştır⁵. Bu kapsamda incelenirse yazar, tarafların bu seçimi üstü kapalı dahi yapabileceklerini ileri sürmüştür⁶. Dumoulin'e kadar taraf iradelerine bu yönde bir sonuç bağlanmamıştır⁷. Zaman içerisinde uygulanmaya başlanan hukuk seçimi ilkesi, 19. yüzyılda Savigny, Mançini ve öğrencileri tarafından savunulmuş, mahkemeler tarafından mutlak surette uygulanan bir prensip hâline gelmiştir⁸. 20. yüzyıla gelindiğinde ise milli hukuk sistemlerinin büyük bölümü hukuk seçimi ilkesini kabul etmiştir. Günümüzde bu ilke milletlerarası özel hukukun temel prensiplerinden biri hâlinde gelmiştir⁹.

farklı yaklaşımlar ve bunların tarihsel gelişimi için bkz. Giesela Rühl, **Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective**, Berkeley Journal of International Law, Vol. 24, Issue 3, 2006, s. 801-841.

² Gülören Tekinalp / Ayfer Uyanık, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 12. Bası, 2016, s. 276.

³ Tekinalp / Uyanık, s. 276; Richard Plender / Michael Wilderspin, **The European Private International Law**, Thomson Reuters Limited (Sweet & Maxwell), 3. Bası, 2009, s. 132.

⁴ Muammer Raşit Sevig, **Özel Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul: 1938, s. 126'dan naklen; Abdülhak Kemal Yörük, **Devletler Hususi Hukuku Kitap IV: Kanunlar İhtilâfı**, Tan Matbaası, 1937, s. 261-263'den naklen; Symeon C. Symeonides, **Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective**, Convergence and Divergence in Private International Law - Liber Amicorum, Editors: K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides, Eleven International Publishing, 2010, s. 514.

⁵ Sevig, s. 104; Alibaba, s. 39.

⁶ Yalçın Çakalır, **Sözleşmeye Uygulanacak Yasanın Belirlenmesinde Varsayılan İrade ve Örtülü İradenin Rolü**, Prof. Dr. Ernst Hirsch'in Hâtırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, s. 462.

⁷ Yörük, s. 261. Özellikle Bartolistler irade muhtariyeti ilkesine karşı çıkmışlardır.

⁸ Sevig, s. 126; Yörük, s. 266-267; Alibaba, s. 41-42; Mo Zang, **Party Autonomy in Non-Contractual Obligations: Rome II and Its Impacts on Choice of Law ("Rome II")**, Seton Hall Law Review, Vol. 39, 2009, s. 871-872.

⁹ Yörük, s. 267; Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Bası, 2013, s. 289; Doğa Elçin, **Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1. Bası, 2012, s. 63-64; Süheyla

Türk hukuku açısından hukuk seçimi ilkesinin gelişimine bakıldığında, karşımıza ilk olarak 1330 (1915) tarihli Memaliki Osmaniyede Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanunu Muvakkat (Muvakkat Kanun)¹⁰ çıkmaktadır. Kapitülasyonların kaldırılması döneminde geçici olarak çıkarılan bu Kanun 57 yıl yürürlükte kalmıştır. 5 maddeden meydana gelen ve Fransız Medeni Kanunu'nun milletlerarası özel hukuka ilişkin birtakım maddeleri tercüme edilerek ortaya konulan Kanun'da yalnızca m. 4 teknik anlamda bir kanunlar ihtilâfı kuralı koymaktaydı¹¹. Bu maddeye göre Türkiye'de bulunan yabancıların aile, miras ve kişiler hukuku alanındaki uyuşmazlıklarına bu kişilerin millî kanunları uygulanacak, bu kapsam dışındaki hususlara Türk hukuku uygulanacaktır. Bunun dışında çeşitli kanunlarda¹² bazı hükümler, Türk hukukunda milletlerarası özel hukukun maddî kaynaklarını oluşturuyordu. 5 maddeden meydana gelmesi ve kanunlar ihtilâfı kurallarına ilişkin olarak çok sınırlı hükümler içermesi nedeniyle yürürlükte olduğu dönemde milletlerarası özel hukuk sistemini daha çok doktrin ve yargı kararları ortaya koymuştur¹³. Hukuk seçimine ilişkin olarak Muvakkat Kanun döneminde açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu nedenle hukuk seçimi ilkesinin kaynağı olarak Muvakkat Kanun m. 4 ile 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) m. 19 ve m. 20

Balkar Bozkurt, **Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış**, GÜHFD, 2011 / 1, Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan, s. 158; Ali Gümrah Tokar, **Yabancı Unsurlu Teminat Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel Sayı, 2010, s. 1025; Sema Çörtoğlu Koca, **Danışmanlık Sözleşmelerinin Esasına Uygulanacak Hukuk ("Danışmanlık Sözleşmeleri")**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, 2007, s. 239; Cemil Güner, **Milletlerarası Unsurlu Acente İlişisine Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 107; Symeonides, s. 514; María Mercedes Alborno, **Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems**, Journal of Private International Law, Vol. 6, No: 1, s. 23. Alborno, Latin Amerika ülkelerinde hukuk seçimini kabul etmeyen ülkeler olduğunu, Latin Amerika'da hâkim olan yerellik prensibi nedeniyle irade muhtariyetinin kabulünün çok yavaş ilerlediğini ifade etmiştir. Örneğin, Bolivya, Brezilya, Kolombiya ve Uruguay'da hukuk seçimi yapılabileceğini ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bu ülkelerde böyle bir boşluğun hukuk seçimine izin verildiği anlamına geldiği şeklinde yorumlar olduğu gibi düzenleme olmamasını hukuk seçiminin yasaklandığına ilişkin olarak yorumlayan görüşler de mevcuttur (Alborno, s. 43 vd.). Yine bu ülkeler içerisinde milletlerarası özel hukuka ilişkin olarak sistematik ve özel bir kanunu bulunan tek ülke Venezuela'dır (Alborno, s. 37).

¹⁰ Düstur, Tertibi Sâni, C. 7, s. 458-459 (<http://acikerisim.tbmm.gov.tr:8080/xmlui/handle/11543/71>). Bu kanun, 2675 sayılı MÖHUK m. 46 ile 1982 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

¹¹ Ziya Akıncı, **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk ("Uygulanacak Hukuk")**, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:28, 1992, s. 33; Alibaba, s. 179.

¹² O dönem yürürlükte bulunan Ticaret Kanunu ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda kanunlar ihtilâfı kuralları bulunmaktaydı.

¹³ Kanun o kadar sınırlı hükümler içermekteydi ki, Türk hukukunda düzenlenmemiş kanunlar ihtilâfı kurallarına atıflar bulunmaktaydı (Tekinalp / Uyanık, s. 3).

gösterilmekteydi¹⁴. Bu görüş uyarınca emredici düzenlemeler hukuk seçimi yolu ile berataraf edilemiyordu. Yine emniyet ve asayiş kuralları ile kamu düzeni kuralları da bu seçimin bir başka sınırlamasını oluşturmuyordu¹⁵.

2675 sayılı mülga Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹⁶, tam anlamıyla bir kanunlar ihtilâfı sistemi getirmiştir. Kanun, hukuk seçimine ilişkin olarak evlilik mallarına ilişkin m. 14 ve sözleşmelere ilişkin m. 24'te düzenlemeler öngörmüştür ve bu kapsam dışındaki hâllerde hukuk seçimi tanınmamıştır. Mülga MÖHUK, dönemine göre oldukça çağdaş bir kanun olmasına, tam anlamıyla bir kanunlar ihtilâfı sistemi getirmesine rağmen güncel gelişmeleri takip edememesi, AB ile uyum¹⁷, doktrindeki çalışmalar ve özellikle sözleşmeler alanındaki yenilikleri karşılayamaması nedenleriyle¹⁸ doktrindeki görüşler de dikkate alınarak yeni bir kanun düzenlemesinin çalışmaları başlamıştır¹⁹. Çağdaş gelişmeler

¹⁴ Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku ("1978")**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978, s. 266; Sevig, s. 129; Alibaba, s. 179. Dolayısıyla Türkiye'de yapılan sözleşmeler bakımından da Türk hukukunun emredici kurallarının ihlâl edilemeyeceği ifade edilmiştir (Sevig, s. 133). Nomer, bu dönemde hukuk seçimine ilişkin bir düzenleme olmasa da buna engel olan bir düzenlemenin de bulunmadığını ifade etmiştir (Nomer, 1978, s. 266-267). Yargıtay da o dönemde bu görüşü benimsemiştir. Bkz. Yarg. 11. HD., 05.04.1979 T., 1979 / 1512 E., 1979 / 1798 K. (www.kazanci.com)

¹⁵ Muvakkat Kanun döneminde hukuk seçimine ilişkin detaylı değerlendirmeler için bkz. Alibaba, s. 179 vd.

¹⁶ RG. T. 22.05.1982, RG. S. 17701. Bu kanun, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 64 ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁷ Avrupa Birliği'ne resmi aday statüsünde bir devlet olan Türkiye için Avrupa Birliği'ndeki düzenlemeler oldukça önemli olup Türk mevzuatı ile AB mevzuatı arasında yeknesaklık sağlanmaya çalışılmaktadır. AB'ye tam üyelik hâlinde AB hukukunda kabul edilen tüzükler Türk hukuku bakımından ikinci bir işleme gerek kalmaksızın doğrudan bağlayıcı olacak ve uygulama alanı bulacaktır (Tarman, **Roma I**, s. 300-301).

¹⁸ Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 21. Bası, 2015, s. 68; Tekinalp / Uyanık, s. 3, B. Bahadır Erdem, **Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2. Bası, 2002, s. 126-127; Gülören Tekinalp, **The 2007 Turkish Code Concerning Private International Law and International Civil Procedure ("Turkish Code")**, Yearbook of Private International Law, Vol. IX, 2007, s. 314-315. Erdem, mülga MÖHUK ile ilgili olarak "kanunun hazırlayıcıları tarafından gurur duyulması gereken bir kanun" nitelemesi yapmıştır. 5718 sayılı kanuna ilişkin genel gerekçede mülga MÖHUK'un yetersizliği şu şekilde ifade edilmiştir: "2675 sayılı Kanun, sadece temel konularda hüküm getirdiğinden bu Kanundaki değişiklik ihtiyacının ana kaynağını hüküm getirilmeyen alanlar oluşturmaktadır. Yeterince düzenlenmemiş olan borçlar hukukuna ilişkin hükümler yanında 2001 yılında kabul edilip, 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanununun getirdiği bazı temel hukukî esaslar bu ihtiyacın bir diğer kaynağını teşkil etmektedir." 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, **Genel Gerekçe**, s. 1 (<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>) (Erişim Tarihi: 11.01.2017).

¹⁹ Gülören Tekinalp, **AT Hukukunda Milletlerarası Özel Hukuka Ait Gelişmeler, Hukuk Seçiminin Kısıtlanması ve MÖHUK ("AT Hukuku")**, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2003, s. 1111; Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması ("Zayıf Taraf")**, MHB, Yıl:15, S. 1-2, 1995, s. 35; Hatice Özdemir Kocasakal, **Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları ("Uygulanacak Hukuk")**, MHB, 2010, Yıl 30, S. 1-2, s. 27; Gülin Güngör, **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı ("Yakınlık Yaklaşımı")**, Ankara: Yetkin Yayınevi, 1. Bası,

bakımından özellikle Sözleşmeden Kaynaklanan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 593 / 2008 Numaralı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü²⁰ (Roma I Tüzüğü), Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 864 / 2007 Numaralı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü²¹ (Roma II Tüzüğü) ve 1259 / 2010 Numaralı Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş

2007, s. 192; Günseli Öztekin Gelgel, **Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Birliği Düzenlemesi**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1. Bası, 2006, s. 305; Burcu Yüksel, **Choice of Law in Civil and Commercial Matters under Turkish Private International Law in Comparison with Their Equivalents under the Rome I and Rome II Regulations, Turkish and EU Private Internatinal Law**, Edited by Paul Beaumont & Burcu Yüksel, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2014, s. 156; **Genel Gerekçe**, s. 2. Genel Gerekçe’de özellikle Roma I Tüzüğü ile uyumdan bahsedilmiştir. MÖHUK’un hazırlanması sürecinde özellikle Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi’nce hazırlanan değişiklik tasarısı ve öntasarı belirleyici olmuştur. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Tekinalp / Uyanık, s. 7 vd.

²⁰ Çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde Roma I Tüzüğü olarak adlandırılacaktır. Roma I Tüzüğü, Roma Konvansiyonu’nun (Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon, imza tarihi: 19.06.1980, yürürlük tarihi: 01.04.1991) eksiklerini gidermek ve Konvansiyon’u bir topluluk düzenlemesi hâline getirmek amacıyla hazırlanmıştır. Bu konuda bkz. **Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and Its Modernisation (1980 Tarihli Sözleşmeden Kaynaklanan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu’nun Bir Topluluk Düzenlemesi Hâline Getirilmesi ve Modernizasyonuna İlişkin Yeşil Kitap)** (“Yeşil Kitap”), COM (2002) 654 Final, 14.01.2003, Brussels, s. 5. Roma I Tüzüğü 17.08.2008 tarihinde kabul edilmiştir ve Tüzük m. 28 uyarınca 17.12.2009 tarihinden sonra imzalanan sözleşmelere uygulanmaya başlanmıştır. Tüzük, Danimarka dışında tüm üye devletlerde uygulanmaktadır (Roma I Tüzüğü Gerekçesi, 46 nolu paragraf). Tüzük hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Zeynep Derya Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü (“Roma I”)**, BATİDER, C. 25, S. 2, 2009, s. 299-332; Aslı Bayata Canyaş, **Roma I Tüzüğü ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi (“Örtülü Hukuk Seçimi”)**, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, s. 110-120.

²¹ Çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde Roma II Tüzüğü olarak adlandırılacaktır. Roma II Tüzüğü, sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukukun yeknesaklaştırılmasına ilişkin 30 yıllık bir çabanın sonucu olarak 11.07.2007 tarihinde kabul edilmiştir ve m. 32 uyarınca 11.01.2009 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır. Tüzük, Danimarka dışında tüm üye devletlerde uygulanmaktadır (Roma II Tüzüğü Gerekçesi, 40 nolu paragraf). Tüzük hakkında detaylı bilgi için bkz. Zeynep Derya Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II) (“Roma II”)**, AÜHFD, C. 57, S. 2, 2008, s. 193 vd.; Feriha Bilge Tanrıbilir, **Akit-Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu (“Roma II”)**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2010, C. 14, S. 2, s. 136; Mo Zang, **Party Autonomy in Non-Contractual Obligations: Rome II and Its Impacts on Choice of Law (“Rome II”)**, Seton Hall Law Review, Vol. 39, 2009, s. 861-917.

Anglo Sakson hukukunun aksine Roma II Tüzüğü düzenlemesi, taraf iradelerine saygı duyulması ve hukukî kesinliğinin sağlanması amaçları ile uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesine imkân tanınmıştır (C. M. V. Clarkson / Jonathan Hill, **The Conflict of Laws**, Oxford University Press, 4. Bası, 2011, s. 284; Zang, **Rome II**, s. 862). Doktrinde, Roma II Tüzüğü ile getirilen hukuk seçiminin Tüzük bakımından en önemli yenilik olduğu ifade edilmiştir (Zang, **Rome II**, s. 864). Yazar daha da öteye giderek Roma II Tüzüğü düzenlemesinin taraf iradelerine tanıdığı öncelik ile modern yaklaşımlar bakımından mükemmel bir örnek sunduğunu da ifade etmiştir (Zang, **Rome II**, s. 904). Roma II Tüzüğü’nün taraf iradelerine tanıdığı önem ve getirdiği yeniliklere ilişkin değerlendirmeler için bkz. Zang, **Rome II**, s. 905 vd.

Bununla birlikte Clarkson / Hill, Anglo Sakson hukukunda (*Common Law*), sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından hukuk seçimine kuşku ile yaklaşıldığını ifade etmişler ve Anglo Sakson hukukunda haksız fiiller bakımından uygulanacak olan hukukun başka hukuklar ile ciddi bağlantı olsa da ihlâlin meydana geldiği yer (*locus delicti*) hukuku olduğunu ifade etmişlerdir (Clarkson / Hill, s. 292)

İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü²² (Roma III Tüzüğü) çalışmaları oldukça önemlidir²³.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)²⁴ ile hukuk seçimi alanında köklü değişiklikler yapılmış, hukukî işlem ve ilişkiler²⁵ bakımından özellikle sözleşme dışı borç ilişkilerinde hukuk seçimine sınırlı da olsa imkân tanınmış, sözleşmeden doğan borç ilişkileri için de hukuk seçimi imkânı daha detaylı düzenlenmiştir²⁶.

²² Çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde Roma III Tüzüğü olarak adlandırılacaktır. AB'nin bağlama kurallarına ilişkin son Tüzüğü olan Roma III Tüzüğü, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukukun yeknesaklaştırılması amacıyla hazırlanmıştır ve 20.12.2010 tarihinde kabul edilmiştir. Roma III Tüzüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, **Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması**, AÜHFD, C. 61, S. 2, 2012, s. 505-539; Aslı Bayata Canyaş, **Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Hukuk Seçimi ("Boşanma")**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, 2015, S. 3, s. 3-24.

²³ Avrupa Birliği devletler özel hukukuna ilişkin geniş bilgi için bkz. Işıl Özkan / Ceyda Süral / Uğur Tütüncübaşı (Editörler), **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**, Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Bası, 2016. Avrupa Birliği'nde evlilik mallarına ilişkin bir tüzük hazırlanması çalışmaları devam etmektedir. Çalışmalar neticesinde Evlilik Mallarına İlişkin Bağlama Kuralları, Milletlerarası Yetki ve Kararların Karşılıklı Tanınmasına İlişkin Tüzük (Roma IV Tüzüğü) teklifi hazırlanmıştır. Ancak Tüzük henüz yürürlüğe girmemiştir (Tekinalp / Uyanık, s. 165).

²⁴ RG. T. 12.12.2007, RG. S. 26728.

²⁵ Çalışmada hukuk seçimi yapılabilecek hâllere ilişkin olarak "işlem ve ilişkiler" deyimini kullanılmıştır. Mülga MÖHUK'ta yalnızca sözleşmeden kaynaklanan ilişkiler bakımından tanınan hukuk seçimi hakkı, 5718 sayılı MÖHUK ile genişletilmiş ve sözleşme dışı ilişkiler bakımından da hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Bu nedenle, hukuk seçimi yapılabilecek hâllere ilişkin olarak, bazı hâller yoğun olarak sözleşmeden kaynaklanan ilişkiler bakımından değerlendirme konusu yapılsa bile çalışma boyunca "hukukî işlem ve ilişkiler" kavramı tercih edilmiştir.

²⁶ "Tasarıda milletlerarası özel hukukta tarafların "uygulanacak hukuku seçme" imkânının daha yaygın uygulanması konusunda da çaba harcanmıştır. Bunun bir gereği olarak milletlerarası özel hukukta, bazı hukukî işlem ve ilişkilerde temel ilke hâline gelen ve giderek uygulama alanı genişleyen tarafların uygulanacak hukuku seçme imkânına, bu durumu açıklığa kavuşturmak amacıyla genel kurallar arasında yer verilmiştir." **Genel Gerekeçe**, s. 4. 5718 sayılı MÖHUK, büyük ölçüde Roma Konvansiyonu göz önüne alınarak hazırlanmıştır ve bu nedenle Konvansiyon ile kanun hükümleri paralellik göstermektedir. AB mevzuatında hukuk seçimi ve sözleşmelere ilişkin geniş kapsamlı olarak hazırlanan çalışmalar sonucunda Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon ya da diğer adıyla Roma Konvansiyonu, 19.06.1980 tarihinde imzalanmıştır. Yürürlük sürecinin tamamlanması ile Konvansiyon 01.04.1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konvansiyon ve içeriği hakkında detaylı bilgi için bkz. Mario Giuliano / Paul Lagarde, **Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations**, Official Journal of the European Communities, 31.10.80, No C 282.; A. V. Dicey / J. H. C. Morris (Editör: Lawrence Collins), **The Conflict of Laws**, Londra: Sweet & Maxwell, 1993, Vol. 2, s. 1191 vd.; Vahit Doğan, **Avrupa Birliği Bünyesinde Akti Borç İlişkilerinde Uygulanacak Hukuka Dair Roma Sözleşmesi ve Türk Hukuku ("Roma")**, Prof. Dr. Halil CİN'e Selçuk Üniversitesi'nde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya, 1995, s. 463-494.

B. İrade Serbestîsi İlkesi

1. Maddî Hukukta İrade Serbestîsi İlkesi

Günümüz devletlerinin önemli bir bölümü, özel hukuka ilişkin düzenlemelerinde “sözleşme serbestîsi” ya da “irade serbestîsi” olarak adlandırılan temel ilkeye yer vermektedirler²⁷. Türk özel hukuk sistemi de irade serbestîsi ilkesini kabul etmiştir. Bu ilke, kaynağını Türk Borçlar Kanunu²⁸ m. 26’dan (mülga 818 sayılı BK m. 19) almaktadır.

İrade serbestîsi ilkesi ile sözleşme yapma, sözleşmenin konusunu belirleme, şekil gibi hususlarda taraf iradelerine öncelik tanınmaktadır²⁹. Taraflara tanınan irade serbestîsi çerçevesinde taraflar kural olarak diledikleri gibi hareket edebilseler de bu imkânın da bazı sınırlamaları bulunmaktadır. TBK m. 26 / f. 2 uyarınca taraflar, emredici kurallara, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız olmamak kaydı ile aralarındaki ilişkiyi serbestçe düzenleyebilirler. Maddeden de anlaşılacağı üzere maddî hukuk anlamındaki irade serbestîsi ilkesi, taraflara tamamlayıcı düzenlemeler bakımından aksini kararlaştırabilme imkânı tanımaktadır.

2. Milletlerarası Özel Hukukta İrade Serbestîsi İlkesi

Maddî hukuktaki irade serbestîsinden farklı olarak irade serbestîsi ilkesinin milletlerarası özel hukuktaki karşılığı, taraflara tanınan hukuk seçimi olanağıdır³⁰. Günümüz hukuk sistemlerinin büyük çoğunluğunda öngörülen ve milletlerarası özel

²⁷ Tekinalp / Uyanık, s. 275; Toker, s. 1023.

²⁸ RG. T. 04.02.2011, RG. S. 27836.

²⁹ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 14. Bası, 2016, s. 23 vd.; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Yetkin Yayıncılık, 20. Bası, 2016, s. 16 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Turhan Kitabevi, 20. Bası, 2016, s. 84 vd.; Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 25. Bası, 2014, s. 133.

³⁰ Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 11; Rona Aybay / Esra Dardağan, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Bası, 2008, s. 249; Demir Gökyayla, s. 275; Balkar Bozkurt, s. 157; Merve Acun Mekengeç, **Milletlerarası Özel Hukukta Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmeleri**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2014, s. 82-83; Aslı Bayata Canyaş, **AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural**, Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Bası, 2012, s. 7; Hacı Can / Ali Gümrah Toker, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, s. 241; Cüneyt Çilingiroğlu, **Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri**, MHB, Yıl 9, S. 2, s. 104; Burcu İrge Erdoğan, **Milletlerarası Özel Hukukta Franchise Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2016, s. 86.

hukukun temel ilkelerinden olan hukuk seçimi ilkesi ile taraflar, aralarındaki hukukî ilişkiye uygulanacak hukuku serbestçe belirleme olanağına sahiplerdir³¹. Hukuk seçimi yolu ile talebin hangi yer mahkemesinde ileri sürüldüğüne bakılmaksızın uygulanacak hukuk belirlenecek ve taraf iradelerine öncelik tanınmış olacaktır³².

Dünya üzerinde özellikle gelişmiş pazar ekonomisine sahip devletler arasındaki hâkim görüş, tarafların iradelerine öncelik tanınması yönündedir. Gelişmekte olan devletler ise genel olarak bu serbestîyi tanısa da kendi endüstrilerini korumak, müzakere gücünü artırmak ve sözleşmede yer alan suiistimal edici hükümlerin önüne geçmek amacıyla çeşitli şekillerde hukuk seçimini sınırlandırma eğilimindedirler³³. Son yıllarda imzalanan uluslararası nitelikteki ticari sözleşmelerde taraflar, aralarındaki sözleşmeden kaynaklanabilecek hemen her türlü ihtilâfa karşı özel düzenlemeler yapmaktadırlar. Doktrinde, bu durumun hukuk seçiminin uygulama alanını daralttığı, seçilen hukukun önemini azalttığı, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların da tarafların belirledikleri kurallara göre, seçilen hukukun emredici kurallarına aykırı olmamak kaydıyla çözüleceği ifade edilmiştir³⁴.

³¹ Tekinalp / Uyanık, s. 276; Aysel Çelikel / B. Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 14. Bası, 2016, s. 341; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:73, 1996, s. 75; Bilgin Tiryakioğlu, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk ("Taşınır Mallar")**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996, s. 19; Balkar Bozkurt, s. 157; B. Bahadır Erdem, **Incoterm'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukukî Niteliği ("Incoterm")**, MHB, Yıl:10, 1990, s. 67; Demir Gökyayla, s. 289; Can / Toker, s. 242; Çilingiroğlu, s. 103-104; Acun Mekengeç, s. 84, Elçin, s. 63; Ayça Yıldırım, **Milletlerarası Özel Hukukta Banka Teminat Mektuplarına Uygulanacak Hukukun Tespiti**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2012, s. 45; Giuliano / Lagarde, No C 282/15; Plender / Wilderspin, s. 131.

³² Clarkson / Hill, s. 204. Yazarlar, hukuk seçimi kuralları arasındaki farklılıkların giderilmesi ile hukuk sistemleri arasında yeknesaklık sağlanması gerektiğini ifade etmişlerdir.

³³ Fügen Sargın, **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Turhan Kitabevi, 1. Bası, 2002, s. 34-36. Yazar, özellikle gelişmekte olan devletler bakımından hukuk seçimine öncelik tanınması konusundaki fikrin desteklenmesi gerektiğini, zira gelişmiş devletlere duyulan güvensizlik sonucu tarafların bu devletler ile sözleşme yapmaktan kaçınacakları, bu alanda gerçek ve kalıcı bir işbirliğinin şartlarından birinin hukuk seçimi olduğunu ifade etmiştir (Sargın, s. 38-39).

Latin Amerika ülkeleri hukuk seçimine karşı oldukça temkinlidir ve günümüzde hukuk seçimini kabul etmeyen Latin Amerika ülkeleri mevcuttur (Albornoz, s. 23). Bazı Latin Amerika ülkelerince kabul edilen ve uygulanacak hukukun tespitini amaçlayan Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında Amerikan Ülkeleri Konvansiyonu (*Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts*)(Meksika Konvansiyonu) 17 Mart 1994 tarihinde Mexico City'de kabul edilmiştir. Ancak bu Konvansiyon yalnızca Meksika ve Venezuela tarafından kabul edilmiş olup beklenen faydayı sağlamamıştır (Albornoz, s. 26). Kabul eden ülkelerden de yalnızca Venezuela iç hukukunu Konvansiyon'a uygun hale getirmiştir. Latin Amerika ülkelerinin bu Konvansiyon'u günümüzde kabul etmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır (Albornoz, s. 27).

Meksika Konvansiyonu, m. 7 ile uygulanacak hukuk bakımından hukuk seçimini temel almıştır. Bu madde uyarınca seçilen hukuk Konvansiyon'a taraf devletlerden biri olmak zorunda değildir ve kısmi hukuk seçimine de imkân tanınmıştır.

³⁴ Akıncı, s. 74-75.

Milletlerarası özel hukukta son dönemde yaşanan gelişmeler, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan ilişkiler bakımından da hukuk seçimi imkânının tanınması gerektiği yönündedir³⁵. Bu yönde değişiklikler pozitif hukuka dâhil olmaya başlamıştır. Bu düzenlemelerin bazı eksiklikleri ve bu düzenlemelere karşı tereddütler nedeniyle uygulama alanı oldukça dardır. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bu konudan daha detaylı olarak bahsedilecektir.

Türk milletlerarası özel hukukunda hukuk seçimi, kaynağını başta taraflar arasındaki sözleşmeler için bu imkânı tanıyan MÖHUK m. 24 olmak üzere MÖHUK'un hukuk seçimine olanak tanıyan ilgili maddelerinden almaktadır³⁶. Taraflar, aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere Türk hukukunu seçebilecekleri gibi yabancı bir hukuku da seçebilirler. Seçilen hukuk, taraflar arasındaki hukukî ilişkiye bir bütün olarak uygulanır³⁷. Hâkim, kamu düzeni ilkesi ve doğrudan uygulanan kurallar saklı kalmak üzere seçilen hukuku uygularken Türk hukukunun emredici kurallarını göz önüne almaz.

3. Yabancılık Unsuru

Milletlerarası özel hukukta yabancılık unsuru, kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulama alanını belirleyen önemli bir kavramdır. Yabancılık unsuru bulunmayan hâllerde kanunlar ihtilâfı kuralları uygulama alanı bulmayacak ve taraflar arasındaki ilişki *lex fori*'ye göre çözümlenecektir.

Yabancılık unsurunun tanımı, MÖHUK tarafından yapılmamıştır. MÖHUK m. 1 yalnızca yabancılık unsuru içeren özel hukuk işlem ve ilişkilerinden bahsetmiştir. Ancak Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) m. 2 tarafından yabancılık unsuru

³⁵ Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, **İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk ("Haksız Fiil")**, MHB, 2002, Yıl 22, s. 996; Selim Levi, **Sebepsiz zenginleşmeye Uygulanacak Hukuk Seçimi**, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. II, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 445.

³⁶ Nomer, s. 313.

³⁷ Nihal Uluocak, **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989, s. 186; Sibel Özel, **Sözleşmesel İlişkide Yabancılık Unsuru ve Hukuk Seçimi ("Yabancılık Unsuru")**, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2016, s. 427; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 20; Güngör, **Elektronik Akitler**, s. 37; Berk Demirkol, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Bası, 2014, s. 69; Can / Toker, s. 243; Acun Mekkenceç, s. 83; Çilingiroğlu, s. 106; Çörtoğlu Koca, **Danışmanlık Sözleşmeleri**, s. 239.

tanımlanmıştır³⁸. MTK m. 2, MÖHUK bakımından hukuk seçimi yapılabilecek hâller için uygulanması zorunlu bir kanun maddesi değildir. Ancak kıyas yoluyla yabancılık unsurunun içeriğinin belirlenmesinde etkili olacaktır³⁹.

Yabancılık unsuruna ilişkin doktrinde çeşitli tanımlamalara yer verilmiştir. Genel bir tanım ile yabancılık unsuru, bir hukukî işlem ya da ilişkinin birden fazla hukuk sistemi ile bağlantılı olmasıdır⁴⁰. MÖHUK hükümlerinin uygulanabilmesi için somut uyuşmazlıkta yabancılık unsuru bulunması gerekmektedir. Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk MÖHUK hükümlerine göre belirlenecektir. Ancak doktrinde, burada ifade edilen yabancılık unsurunun objektif veya sübjektif olarak değerlendirilmesi bakımından görüş ayrılıkları mevcuttur.

Bir görüşe göre, hukukî işlem ve ilişkilerde hukuk seçiminin yapılabilmesi için, işlem ya da ilişkinin objektif açıdan yabancılık unsuru içermesi şart değildir⁴¹. Bu

³⁸ “Yabancılık unsuru

Madde 2 – Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden,

Başka bir devlette bulunması.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır.”

³⁹ Demirkol, s. 107.

⁴⁰ Nomer, s. 5; Çelikel / Erdem, s. 5; Demirkol, s. 91.

Doktrinde Özel bu görüşü eleştirmiş, hukuk seçiminin yabancılık unsuru değil bağlama noktası işlevi gördüğünü ifade etmiştir (Özel, **Yabancılık Unsuru**, s. 427). Yazar, eleştirisinin devamında bu görüşü savunan yazarların üstü kapalı hukuk seçimine ilişkin bir tespitte bulunmadıklarını, tüm unsurları ile Türk hukukunu ilgilendiren bir sözleşmede tarafların üstü kapalı iradelerinin yabancılık unsuru katıp katmayacağını açıklanması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca yabancılık unsurunu yalnızca MÖHUK m. 24 kapsamında değerlendirmek de mümkün değildir. Yazarın bir diğer eleştirisi de böyle bir seçim imkânının taraflara tanınması hâlinde tarafların yetki sözleşmesi ile yabancı bir mahkemeyi yetkili kılmaları da mümkün olacaktır. Görüşe yönelik tüm eleştiriler ve detayları için bkz. Özel, **Yabancılık Unsuru**, s. 429 vd.

⁴¹ Nomer, s. 315; Çelikel / Erdem, s. 341-342; Cemal Şanlı / Emre Esen / İnci Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 5. Bası, 2016, s. 268; Öztekin Gelgel, s. 223. Bu görüş, yabancılık unsuruna sübjektif yaklaşıma ilişkindir. Bu görüşün Fransız ve Alman doktrininde kabul edilmediği hakkında bkz. Hatice Özdemir, **MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti**

görüŖe göre yabancı bir hukuk seçimi ile hukukî işlem ya da ilişki yabancı unsurlu bir hukukî işlem ya da ilişki hâline gelecektir. Hukuk seçimi yönündeki iradeleri, taraflar arasındaki ilişkiye yabancılık unsuru katacaktır. Taraf iradeleri dışında başkaca bir yabancılık unsuru aranmasına gerek bulunmamaktadır. MÖHUK tarafından da hukuk seçimine bu yönde bir sınırlama getirilmemiş ve sınırsız bir hukuk seçimi öngörülmüştür⁴².

Bir diğ er görüş e göre hukukî işlem ya da ilişkide hukuk seçiminin yapılabilmesi için hukukî işlem ya da ilişkinin objektif açıdan yabancılık unsuru içermesi gerekmektedir⁴³. Zira MÖHUK m. 1 gereğince hukuk seçimi yapabilmek için aranan yabancılık unsuru, objektif bir kriter ile sağlanabilecektir. Yabancılık unsuru içermeyen hukukî işlem ya da ilişkilerde hukuk seçiminin yapılması hâlinde bu seçim, maddî hukuk bakımından tanınan sözleşme serbestîsi ve TBK m. 26 ile çizilen çerçeve içerisinde kalan bir seçim olarak değ erlendirilecektir. Burada yabancılık unsuru ile kast edilen, *lex fori*'ye göre ilgili unsurların yabancı olmasıdır⁴⁴. *Lex fori*, ancak dava açıldıktan sonra belirlenebileceğ i için, dava açılanan kadar bir hukukî ilişkinin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığ ı tespit edilemeyecektir⁴⁵.

Bu konuda son dönemde ortaya çıkan anlayış ve uygulamaya göre objektif yaklaşımın daha dar yorumlandığ ı üçüncü bir görüş daha ileri sürülmüştür⁴⁶. Bu görüş e

Bağlamında “Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme” ve “Uluslararası Sözleşme” Kavramları (“Yabancılık Unsuru”), İstanbul Barosu Dergisi, C. 73, S. 10-11-12, 1999, s. 933.

⁴² Nomer, s. 315.

⁴³ Berki, s. 373-374; Tekinalp / Uyanık, s. 290, dn. 69; Aybay / Dardağ an, s. 250-251; Akıncı, s. 71; Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 33; Zeynep Derya Tarman, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi (“Akdi Borç İlişkileri”)**, BATİDER, 2010, C. 26, S. 1, s. 146; Acun Mekengeç, s. 75; Ebru Şensöz, **27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilâflarda Uygulanacak Hukuk**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 8, S. 16, Güz 2009, s. 183; Candan Yasan, **İmalatçının Sorumluluğ una Uygulanacak Hukuk**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2015, s. 150

⁴⁴ Özdemir, **Yabancılık Unsuru**, s. 927-928; Özel, **Yabancılık Unsuru**, s. 423; Ceyda Sür al, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri**, İzmir: Güncel Yayınevi, 2008, s. 7-8. Özdemir, davanın açıldığ ı devlete göre yabancılık unsurunun sübjektif bir değ ere sahip olacağını belirtmiştir. Tüm unsurları ile belirli bir hukuku ilgilendiren sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzluklarda yargısal yetki kurallarının elverişli olması sebebi ile davanın farklı bir ülke mahkemesinde görü lmesi hâlinde, yargılamayı yapan devlet bakımından hukukî ilişkinin yabancılık unsuru içerd iğ i kabul edilecektir.

⁴⁵ Özdemir, **Yabancılık Unsuru**, s. 928.

⁴⁶ Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 267; Çelikel / Erdem, s. 342; Vahit Doğ an, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara: Savaş Yayınevi, 4. Bası, 2016, s. 6; Toker, s. 996. Görüş ü savunsa da, bir sözleşmenin milletlerarası ticareti ilgilendirip ilgilendirmed iğ inin incelenmesi noktasında sübjektif değ erlendirmeler yapılacağı konusunda bkz. Bayata Canyaş , s. 51. Doktrinde Demirkol da görüş ü mantıklı bulunduğ unu

göre hukukî işlem ya da ilişkinin ekonomik karakteri veya milletlerarası ticareti ilgilendirmesi ya da milletlerarası ticaretin yararına olması göz önüne alınmaktadır. Buradaki esas kriter, sınıraşan bir sermaye ya da mal geçişidir⁴⁷. Böylelikle bu hukukî işlem ya da ilişkinin milletlerarası nitelikte olduğu kabul edilmeli ve bu bağlamda hukuk seçiminin mümkün olduğu sonucuna ulaşılmalıdır⁴⁸. Tüm unsurları ile tek bir ülke ile bağlantılı olan ancak uluslararası ticareti etkileyen sözleşmeler de bu kapsamda değerlendirilir⁴⁹. Yine farklı ülkelerde kurulan yabancı sermayeli şirketlerin

ifade etmiş, ancak pozitif düzenlemeler karşısında bu görüşün uygulanmasının mümkün olmadığını savunmuştur (Demirkol, s. 98). Yazara göre, sözleşmenin kuruluş yeri yalnızca taraflar arasındaki ilişkiyi etkilerse bir yabancılik unsuru olarak kabul edilmelidir. Yazar, vatandaşlığın da yabancılik unsuru olarak kabul edilemeyeceğini, tarafları Türkiye’de mukim, kuruluş yeri, ifa yeri gibi tüm unsurları da Türkiye olan bir sözleşmede yabancılik unsuru bulunmadığını ifade etmiştir (Demirkol, s. 111-112). Yazar, en karakteristik yabancılik unsurunun, bir sözleşmeden kaynaklanan ilişkinin sebep olduğu sınıraşan sermaye veya mal geçişi olduğunu belirtmiş, buna da örnek olarak satım sözleşmesine konu bir malın yurtdışında bulunması veya sözleşmenin farklı bir devlette ifa edilmesi hâlini örnek olarak vermiştir (Demirkol, s. 117-118). Tokar de benzer gerekçeleri belirtmiş, özellikle Türkiye’de açılmış ve yabancı şirketlerin girdiği ihalelerde yabancı şirketler ile Türk şirketleri arasında uygulanacak kurallar bakımından farklılık olmaması için bu görüşün daha uygun olduğunu belirtmiştir. Doktrinde Sargın, bu görüşe eleştiri getirmiş, tarafların aynı devlet vatandaşı olduğu, sözleşmenin aynı ülke içerisinde akdedilip ifa edildiği, mal veya hizmetlerin aynı ülkede pazara sürüldüğü, ödemelerin aynı ülkede yapıldığı, hammadde, sermaye ve işgücünün aynı ülkeden sağlandığı; bunlara rağmen uluslararası ticareti etkileyen bir sözleşmenin varlığından söz etmenin oldukça güç olduğunu ifade etmiştir (Sargın, s. 183).

Yabancılik unsuruna ilişkin güncel bir tartışma 21-22 Nisan 2016 tarihlerinde Anadolu Üniversitesi’nde gerçekleştirilen “Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu”nda gerçekleşmiştir. İlgili sempozyumda sunulan tebliğler ve sempozyumda gerçekleştirilen tartışmalar bir kitap altında toplanmış ve basımı gerçekleşmiştir (Yabancılik unsuruna ilişkin tartışmalar için bkz. **Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu**, Editörler: Bilgin Tiryakioğlu / Mesut Aygün / Ali Önal / Kübra Altıparmak / Cansu Kaya, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2016, s. 510 vd.). Tartışma Yücel Sayman, Sibel Özel, Bülent Çiçekli ve Cemile Demir Gökyayla arasında gerçekleşmiştir. Sayman, iradenin millileştirilmesine karşı olduğunu, yabancı bir ülke hukukunun uygulanması olasılığının mevcut olmasının ilişkiye yabancılik unsuru katacağını ve tarafların yabancı bir hukuku seçmeleri ile bu olasılığı gerçekleştirmiş olacaklarını ileri sürmüştür. Bu görüşe paralel olarak Çiçekli, milletlerarası yetkiye ilişkin MÖHUK m. 47 düzenlemesinde yabancılik unsurundan bahsedildiğini, MÖHUK m. 24 düzenlemesinde ise böyle bir sınırlama olmadığını, bu nedenle hukuk seçimine ilişkin olarak yabancılik unsuruna ilişkin bir sınırlama öngörülmesi konusunda tereddütleri olduğunu belirtmiştir. Özel, hiçbir yabancılik unsuru içermeyen bir sözleşmede yapılan hukuk seçiminin teknik anlamda bir hukuk seçimi olmayacağını ve borçlar hukuku çerçevesinde TBK m. 27 sınırlamaları ile bu seçimin uygulanacağını ifade etmiştir. Demir Gökyayla ise bu tartışmanın temelinde Türk kanunlarına göre kurulmuş yabancı sermayeli şirketler ile diğer Türk şirketleri arasındaki ilişkilerin yabancılik unsuru içerip içermediğinin belirlenmesine göre şekilleneceğini ifade etmiş, Türk kanunların göre kurulmuş yabancı sermayeli bu şirketlerin yabancılik unsuru içermeyen sözleşmelerde hukuk seçimi yapmayı amaçladıklarını ileri sürmüştür.

Kanaatimizce Türkiye’de ve Türk hukukuna göre kurulmuş yabancı sermayeli şirketlerin yaptıkları işlemlerde de yabancılik unsuru mevcuttur (Aynı yönde Özel, **Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu**, s. 524-525). Zira burada yapılan işlemler sınıraşan işlem niteliğinde olduğu gibi şirket sermayesi gibi önemli bir unsurda da objektif bir yabancılik unsuru bulunmaktadır.

⁴⁷ Demirkol, s. 117-118; Süral, s. 10. Süral, bu görüşlerin, mülga MÖHUK’un uygulama alanından bağımsız olarak, özellikle uluslararası ticari tahkim uygulamasında ortaya çıkan karmaşık uluslararası ticari ilişkileri konu edinen sözleşmelerin salt sübjektif olarak yabancılik unsuru içeren sözleşmelerden ayırt edilmesi için ortaya atıldığı belirtmiştir.

⁴⁸ Bu sözleşmelere verilen örnekler için bkz. Süral, s. 12 vd.

⁴⁹ Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (“Ticari Akitler”)**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 6. Bası, 2016, s. 39.

dâhil olduğu ilişkilerin diğer yerel ilişkilerden farklı özellikler taşıdığı ve birçok yönüyle uluslararası ticaret alanına girdiği de bir gerçektir⁵⁰. Burada tespit edilen kriterler *lex fori*'ye göre değişmeyeceği için dava açılmadan önce de bir sözleşmenin uluslararası sözleşme⁵¹ olup olmadığı hukukî ve ekonomik kriterlerin incelenmesi ile tespit edilebilecektir⁵².

Yargıtay, tarafların hukuk seçimi yapmaları için objektif açıdan yabancılık unsuru aranmaması gerektiği yönünde karar vermiş ve tarafları Türk olduğu gerekçesi ile hukuk seçimine olanak tanınmaması gerektiği yönünde karar veren yerel mahkeme kararını bozmuştur⁵³. Yargıtay bu kararı ile ilk görüş doğrultusunda hüküm kurmuştur.

⁵⁰ Süral, s. 10.

⁵¹ Uluslararası sözleşme kavramı hakkında detaylı bilgi için Hatice Özdemir, **MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme” ve “Uluslararası Sözleşme” Kavramları (“Yabancılık Unsuru”)**, İstanbul Barosu Dergisi, C. 73, S. 10-11-12, 1999, s. 926-941; Süheyla Balkar Bozkurt, **Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış**, GÜHFD, 2011 / 1, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, s. 141-196.

⁵² Özdemir, **Yabancılık Unsuru**, s. 929; Balkar Bozkurt, s. 145. Özdemir Kocasakal, hukukî kriterlerin tespitinde kişisel ve coğrafi unsurlardan hareket edileceğini, ekonomik kriterin tespitinde ise bir sözleşmenin ekonomik yapısının küresel olarak değerlendirilmesi ile gerçekleşeceğini ifade etmiştir. Uluslararası sözleşmenin tespitinde her iki unsur birlikte ele alınmalıdır.

⁵³ Yarg. 11. HD., 07.12.2006 T., 2006 / 8585 E., 2006 / 12877 K. (Ergin Nomer / Aysel Çelikel / Kerem Giray / Emre Esen, **Devletler Hususi Hukuku Milletlerarası Özel Hukuk Çözümlemiş Örnek Olaylar – Seçilmiş Mahkeme Kararları**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 12. Bası, 2014, s. 192; Çilingiroğlu, s. 348). “Mahkemenin, uygulanacak hukuk konusundaki sözleşme hükmüne itibar edilmemesinin gerekçesi olarak sözleşmenin yabancılık unsuru taşımadığı, tarafların Türk olduğu, HUMK'nun 76'ncı maddesi gereğince de uyumsuzlukta Türk Hukuku'nun uygulanması gerektiği gösterilmiş ise de, HUMK'nun 76'ncı maddesi Türk vatandaşları arasında özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklarda yabancı hukukun uygulanmasını yasaklayıcı bir düzenleme içermemekte, yabancı hukukun uygulanması gerektiğinde bu iddiada bulunan tarafa, o kanun hükmünü ispat yükümlülüğü getirmektedir. Yasanın bu hükmü, özel hukuk sözleşmelerinde tarafların hâkimin hukukunda (*lex fori*) kamu düzenine açıkça aykırılık içermeyen hükümlerin serbestçe konulabileceğine ilişkin ilke ile de uyumludur. Yabancı hukukun uygulanması ve tarafların bu konuda sözleşmeye hüküm koymaları için sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi koşulu bulunmamaktadır. Aksi düşünülse dahi sigorta poliçesinde menfaattar olarak gösterilen iki davacı yabancıdır.” Doktrinde Özel, Yargıtay'ın bu kararında bahsedilen görüşü savunulmadığını ileri sürmüştür (Özel, **Yabancılık Unsuru**, s. 428). Zira olayda davacılar yabancı olduğu için hâlihazırda ilişkide yabancılık unsuru bulunmaktadır. Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Her ne kadar somut olayda objektif açıdan yabancılık unsuru bulunsun da Yargıtay, açık olarak yabancı hukukun seçilebileceğini ve bu seçimin teknik anlamda da bir hukuk seçimi olacağını ifade etmiştir. Kanaatimizce Yargıtay, yabancılık unsuru bakımından ilk görüştür. Yargıtay, başka bir kararında yabancılık unsurunu tanımlarken “borç ilişkisine uygulanacak hukukun yabancı olması” tanımlamasını yapmıştır. Özel, Yargıtay'ın bu kararında tarafların yabancı bir hukuku seçmesi ile hukukî ilişkinin yabancılık unsuru kazanacağına ilişkin bir tespit olmadığını, dava konusu işlemin hâlihazırda yabancılık unsuru taşıdığını haklı olarak ifade etmiştir (Özel, **Yabancılık Unsuru**, s. 428). Belirtilen kararda davacı yabancı kişidir ve taraflar arasında bir kredi sözleşmesi yapılmıştır. Gerçekten de Yargıtay'ın bu kararındaki tespit yukarıda bahsedilen görüşü destekler nitelikte değildir. Ancak aksini destekler nitelikte tespitler de bulunmamaktadır. Karar için bkz. Yarg. HGK., 06.05.1998 T., 1998 / 12-287 E., 1998 / 325 K. (www.kazanci.com).

Tüm unsurları ile Türk hukukunu ilgilendiren bir sözleşmede tarafların sınırlama olmaksızın hukuk seçimi yapabilecekleri düşünülürse, Türk hukukunun emredici kuralları kolaylıkla bertaraf edilebilecektir. Ancak bu durumda yabancılık unsuru olmadığı ve teknik olarak hukuk seçimi yapılamayacağı kabul edilirse, taraflarca seçilen hukukun hükümlerinin sözleşme metnine dâhil edildiği (“*incorporation*”) ve Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olamayacağı kabul edilecektir⁵⁴. Daha geniş bir ifade ile tartışmanın temelinde borçlar hukukundaki irade serbestîsi ilkesi ile milletlerarası özel hukuktaki irade serbestîsi ilkesi arasındaki farklılık bulunmaktadır⁵⁵. Türkiye’de yaşayan ve yabancı bir devlet vatandaşı olan kişinin günlük alışverişini yaptığı işlemlerde yabancılık unsuru olmadığı düşünülmelidir. Zira kanaatimizce burada her ne kadar kişi yabancı devlet vatandaşı olsa da işlem aslında tamamen Türk hukuku ile bağlantılıdır ve yabancılık unsuru içermemektedir. Yine her iki tarafı Türk olsa da yurtdışında bir işin gerçekleştirilmesi için yapılan bir sözleşmenin de yabancılık unsuru içermediği düşünölemeyecektir. Zira bir hukukî işlem ya da ilişkinin yabancılık unsuru içerip içermediğini tespit edebilmek için o işlemin sınıraşan bir etkiye sahip olup olmadığına bakılmalıdır. Her somut olay bu kapsamda değerlendirilmelidir. Aksi hâlde klasik yabancılık unsuru tanımı benzer örnekler için yetersiz ve aşırı kalmaktadır⁵⁶. Burada özellikle bağlama kuralları belirlenirken kanunlar ihtilâfinin konusunu oluşturan hukukî ilişki açısından söz konusu olabilecek farklı çıkarların dikkate alınması gerekmektedir⁵⁷. Örneğin, kişiler ve aile hukuku alanındaki bir ihtilâfta kişinin vatandaşlığı önemli bir kriter olarak düşünölecektir. Zira burada kişisel çıkarlar söz konusudur. Ancak borçlar hukuku alanında vatandaşlıklardan ziyade ifa yerleri önem taşımaktadır. Bu nedenle her bir hukukî ilişki özel olarak incelenmeli ve yabancılık unsuru buna uygun olarak tespit edilmelidir.

Roma I Tüzüğü, yabancılık unsurunu MÖHUK’tan farklı şekilde düzenlemiştir. Tüzük, uygulama alanına ilişkin düzenlemeyi m. 1 / f. 1 ile yapmış ve kanunlar ihtilâfi içeren medeni ve ticari ilişkilerde Tüzük hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür. Roma II Tüzüğü m. 1 / f. 1 de benzer bir düzenleme getirmiş, kanunlar ihtilâfi içeren medeni ve ticari sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından Tüzük’ün uygulanacağını

⁵⁴ Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 33.

⁵⁵ Akıncı, s. 70.

⁵⁶ Balkar Bozkurt, s. 147.

⁵⁷ Özdemir, **Yabancılık Unsuru**, s. 939.

düzenlemiştir. Bununla birlikte Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 3 ile sözleşmenin tüm unsurlarının tek bir devlet ile bağlantılı olması durumunda seçilen hukukun, sözleşmenin bağlantılı olduğu devlet hukukunun emredici kuralları ile tüm unsurların Birlik üyesi devletlerden biri veya daha fazlası ile bağlantılı olması hâlinde Birlik hukukunun emredici kurallarını bertaraf edemeyeceği öngörülmüştür. Türk hukuku bakımından böyle bir sınırlama öngörülmemiştir.

4. Hukuk Seçiminin Taraflara Sağladığı Avantajlar

Hukuk seçimi yapılabilecek nitelikteki bir hukukî ilişkide uygulanacak hukukun belirlenmesinin hem taraflara hem de yargılamayı yapacak hâkime birden fazla olumlu yansıması olacaktır.

Doktrinde hukuk seçimi, bir düelloda silah seçimine benzetilmektedir⁵⁸. Zira tarafların yapacağı seçim doğrudan sonuca etkili olmaktadır. Bu nedenle, sadece hukuk seçimi yapmış olmak için hukuk seçimi yapılmaması gerekmektedir⁵⁹. Seçilen hukuk, hukukî işlem ya da ilişkinin akıbetini büyük ölçüde belirleyecek ve belki de beklenen faydanın sağlanmasına engel olacaktır.

Tarafların hukuk seçimi yapmaları, en başta kendi menfaatlerinedir. Zira taraflar, hukuk seçimi yolu ile aralarındaki ilişkiye uygulanacak kuralları tespit edecekler ve belirsizlikleri ortadan kaldıracaklardır⁶⁰. Özellikle sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerinde sözleşmenin sessiz kaldığı ya da hüküm içermediği konular seçilen hukuk ile tamamlanacağından, seçilen hukukun önceden bilinmesi tarafların bu boşlukları doldurmasına yardımcı olacaktır⁶¹. Özellikle inşaat sözleşmeleri gibi büyük meblağların söz konusu olduğu sözleşmeler bakımından

⁵⁸ Akıncı, s. 74.

⁵⁹ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 43-44. Şanlı bu durumu şöyle ifade etmiştir: “Sırf ‘fantezi’ olsun diye bir hukuk seçimi yapılması taraflara yarar sağlamaz.”

⁶⁰ Akıncı, s. 74; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 43; Balkar Bozkurt, s. 159; Güngör, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 190; B. Bahadır Erdem, **Genel Olarak Akitler (“Akitler”)**, Avrupa’da Devletler Özel Hukuk ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, 2010, Legal Yayınevi, s. 100; Tarman, **Roma I**, s. 308; Acun Mekengeç, s. 84; Elçin, s. 64; Toker, s. 1025; Çörtoğlu Koca, **Danışmanlık Sözleşmeleri**, s. 239; Bayata Canyaş, **Boşanma**, s. 7; Yıldırım, s. 46; Güner, s. 112; Sezercan Bektaş, **Uluslararası Ticarete Sözleşmelerin Hazırlanması**, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2010, s. 57.

⁶¹ Sargın, s. 37; Bektaş, s. 57. Sargın, özellikle açık hukuk seçiminin önemini vurgulamış ve açık hukuk seçiminin yoruma dayalı ihtilâfları ortadan kaldıracağını ve sözleşmeyle uyum sağlayacağını ifade etmiştir.

yapılan veya yapılmayan hukuk seçimi, sözleşmenin akıbetinin belirlenmesi konusunda oldukça belirleyici olmaktadır. Yine aralarında birden fazla sözleşme olması hâlinde taraflar, bütün sözleşmeleri aynı hukuka tabi tutarak yeknesaklık sağlayabilirler⁶².

Özellikle milletlerarası nitelikteki ticari sözleşmeler bakımından taraf iradelerinin sözleşmeye yansması yolu ile ileride meydana gelecek büyük risklerin tespit edilmesi, buna ilişkin tedbirler alınması ve böylece hukukî ihtilâfların daha ortaya çıkmadan önlenmesi de sağlanmış olmaktadır⁶³. Örneğin, sözleşme hükümlerine aykırı davranma saiki ile hareket eden taraf, bu ihlâli sonucunda karşılaşacağı yaptırımları sözleşme ve seçilen hukuk kapsamında öngörebilecektir. Bu nedenle davranışlarını tekrar gözden geçirecek ve sözleşme hükümlerini ihlâl etmekten kaçınacaktır. Hukuk seçimi yapılmaz ise uyuşmazlığa uygulanacak hukuk yargılama aşamasına kadar belirsiz kalacak ve tarafların hukukî güvenliği zedelenmiş olacaktır⁶⁴. Böyle bir seçimin yapılmamış olması hâlinde ayrıca öngörülebilirlik ortadan kalkar ve objektif bağlama kuralları ile sözleşme statüsünün belirlenmesi de taraflar açısından önemli bir risk yaratabilir⁶⁵.

Doktrinde, hukuk seçimi ile taraflar arasındaki güven ilişkisinin de temin edildiği ifade edilmiştir⁶⁶. Zira üzerinde mutabık kalınan hukuk, iş ve tüketici sözleşmeleri gibi taraflar arasında eşitlik olmayan sözleşmeler hariç olmak üzere, tarafsız bir hukuk olacak ve bu seçim her iki tarafın da birbirine güvenerek hareket etmesine zemin hazırlayacaktır.

Hukuk seçimi *forum shopping*'i de önleyecektir⁶⁷. Zira taraflarca hukuk seçimi yapılmaması hâlinde uygulanacak hukuk, davanın açılacağı devlete göre

⁶² Elçin, s. 64.

⁶³ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 43; Sargın, s. 37; Can / Toker, s. 241.

⁶⁴ Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 20; Balkar Bozkurt, s. 159-160; Sargın, s. 36; Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 147; Toker, s. 1025. Sargın, özellikle lisans sözleşmelerinin uzun süreli olması ile satım gibi “al” – “ver” ilişkisine dayanan sözleşmelerin aksine karmaşık yapısının da göz önüne alındığında üzerinde etraflıca düşünülmemiş bir hukuk seçimi şartının dahi esaslı biçimde belirsizlikleri gidereceğini ifade etmiştir.

⁶⁵ Güngör, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 190.

⁶⁶ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 43; Sargın, s. 38; Elçin, s. 64; Can / Toker, s. 241; Çörtoğlu Koca, **Danışmanlık Sözleşmeleri**, s. 239.

⁶⁷ Sargın, s. 39; Güner, s. 114; Clarkson / Hill, s. 204. *Forum shopping*, Anglo Amerikan hukukunda kullanılan bir terimdir. Tarafların, milletlerarası karakterli uyuşmazlıkların çözümünde menfaatlerine en uygun ülke mahkemesini seçmeleri hâli *forum shopping* olarak ifade edilmektedir (Nomer, s. 488; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 359). Özellikle milletlerarası yetkinin tespitinde devlet ile dava

değişebileceği için bu durum davacıyı, kendisi için en lehe hükümleri uygulayacak olan devlet mahkemelerinde dava açmaya teşvik edecektir⁶⁸.

Seçilen hukuk ile yargı mercii arasında paralel düzenlemeler yapılması da taraf menfaatleri koruyacaktır⁶⁹. Seçilen hukuk ile yargı merciinin çok farklı olması, örneğin Kara Avrupası hukukunu benimseyen devlet hukuklarından biri seçilmişken bu hukuk sistemini benimsemeyen bir devlette yargılama yapılması hâlinde hâkim; uygulanacak hukuka ulaşmada, detaylarını tespit etmede ve yorumunda güçlükler yaşayacak ve bu da seçilen hukukun uygulanmasını zorlaştıracaktır⁷⁰. Yargı merciinin belirlenmesi ile dikkat edilmesi gereken bir diğer konu *lex fori*'nin kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallarının da göz önüne alınmasıdır.

II. HUKUK SEÇİMİNE KONU OLABİLECEK HUKUK KURALLARI

Milletlerarası özel hukukta seçilecek hukukun niteliği oldukça önemli bir konudur. Seçilen hukukun bir devlete ait hukuk sistemi olup olmaması, uluslararası anlaşma niteliğinde veya uluslararası ticari teamüllere ilişkin olması hâllerinde çeşitli ihtimaller ortaya çıkmakta, somut olaya göre bu seçim teknik anlamda bir hukuk seçimi olarak kabul edilmemekte veya farklı bir şekilde yorumlanabilmektedir.

Tarafların belirli bir devletin örf ve âdetini seçmeleri, teknik anlamda bir hukuk seçimi olarak kabul edilmemektedir⁷¹. Yine taraflarca belirli bir bölge veya dini sisteme ait seçim de teknik anlamda bir hukuk seçimi olarak kabul edilmez⁷². Zira

arasındaki zayıf, geçici veya tesadüfi irtibat noktalarını yeterli sayan milletlerarası yetki kuralları *forum shopping*'i kolaylaştırmaktadır (Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 360). Türk hukukunda *forum shopping*'i engelleyen yasal bir düzenleme yoktur. Ancak milletlerarası özel hukukta *forum shopping*, arzu edilmeyen bir durumdur ve yargı yoluna başvuru hakkının istismarı olarak nitelendirilmektedir (Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 360).

⁶⁸ Sargin, s. 39.

⁶⁹ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 44; Acun Mekengeç, s. 94; Toker, s. 1025.

⁷⁰ Medeni hukuk ve ticaret hukukuna ilişkin konularda mevzuat ve yargılama usulleri ile yargılama merciileri hakkında taraf devletlerin birbirlerine bilgi sağlaması konusunda Avrupa Konseyi devletleri arasında imzalanan 07.06.1968 tarihli “**Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi**” Türkiye tarafından 1899 nolu kanun ile onaylanması uygun bulunmuştur (RG. T. 29.05.1975, RG. S.: 15249). Sözleşme hükümleri gereğince akit taraflar, medenî ve ticari hukukları ve hukuk usulleri ile yargı örgütleri konusunda birbirlerine bilgi vermeyi taahhüt ederler.

⁷¹ Demir Gökyayla, s. 312.

⁷² Nomer, s. 315; Nuray Ekşi, **Milletlerarası Ticaret Hukuku (“Ticaret”)**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2. Bası, 2015, s. 33; Acun Mekengeç, s. 99; Clarkson / Hill, s. 209; Richard Fentiman, **International Commercial Litigation**, Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 184. Taraflarca Orta Doğu Hukuku, İslam Hukuku ya da Musevi Hukuku şeklinde seçim yapılması hâlleri bu duruma örnek verilebilir.

bahsedilen seçimler, tek bir devlet ile sınırlanmamıştır ve uygulama alanı belli değildir.

A. Milli Hukuk Sistemleri

Milletlerarası özel hukukta hukuk seçimi ile bahsedilen hukukun ne olduğu konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Hukuk sistemleri, genel olarak tarafların hukuku seçimi yapabileceklerini öngörmekte, ancak bu hukukun niteliğine ilişkin bir düzenleme yapmamaktadırlar. MÖHUK hükümlerinde de seçilecek olan hukukun niteliği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde bu konuda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu konudaki tartışmalar daha çok, bir devlete ait olmayan kurallar bütününün hukuk niteliğini haiz olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Günümüzde hâkim olan görüş, seçilebilecek hukukun bir devlete ait olması gerektiği yönündedir⁷³. Bu görüşe göre tarafların seçebilecekleri hukuk bir devlet hukuku, milli hukuk olmalıdır. Zira milletlerarası özel hukuk, coğrafi olarak birbirinden ayrılmış milli devletleri temel alan bir hukuk sistemidir⁷⁴. Ayrıca yine klasik anlayışa göre hukuk, milli devletlerin kanun koyucuları tarafından veya milli devletlerce ortaklaşa konulan kural ve anlaşmalardır ve hukuk kurallarına bağlayıcılık gücünü veren ve meşruiyet kazandıran, bağımsız devletlerin bu kuralların temelindeki iradesidir.

Roma I Tüzüğü düzenlemesinde de taraflarca yapılan seçimin bir devlete ait olan hukuk olması gerektiği yönünde açık bir düzenleme bulunmasa da çeşitli maddelerde bir devlet hukukundan bahsedilmektedir. Tüzük gerekçesinin 13 nolu paragrafında, taraflarca bir devlete ait olmayan hukukun seçilmesi hâlinde bunun *incorporation* olarak yorumlanacağı düzenlenmiş, yine Tüzük'teki muhtelif maddelerde seçilen bir devlet hukuku ya da üye devlet hukukundan bahsedilmiştir⁷⁵. Görüleceği üzere

Ancak tarafların Suudi Arabistan devletinin hukukunu seçmelerine bir engel yoktur. Bu devlet hukukunun şer'i nitelikte olması seçilebilmesine engel değildir (Ekşi, **Ticaret**, s. 33).

⁷³ Nomer, s. 315; Tekinalp / Uyanık, s. 280; Doğan, s. 370; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 47; Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 37; Ekşi, **Ticaret**, s. 33; Erdem, **Akitler**, s. 99-100; Acun Mekengeç, s. 99; Yüksel, s. 165; Can / Toker, s. 242; Yasan, s. 151, Aslıhan Kayık, **Milletlerarası Özel Hukukta Haksız Fiiller Ve Uygulanacak Hukuk**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2011, s. 81.

⁷⁴ Nomer, s. 315.

⁷⁵ Bkz. Roma I Tüzüğü m. 2, m. 3, m. 20, m. 21.

MÖHUK ile Tüzük arasında bir karşılaştırma yapıldığında Tüzük tarafından bu konuda daha net bir düzenleme getirildiği görülecektir.

Doktrinde, sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından tarafların yalnızca bir devlete ait hukuku seçebilecekleri ifade edilmiştir⁷⁶. Bu husus, yukarıdaki görüşler kapsamında değerlendirilebilir.

Belirli bir devlet hukukunun uygulanabilmesi için devletin uluslararası alanda tanınmış olup olmaması önemlidir. Diğer bir ifadeyle, yargılamayı yapan hâkimin devleti tarafından tanınmamış olan bir devlet hukuku seçildiğinde bunun geçerli bir hukuk seçimi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Örneğin Türkiye’de yapılacak bir yargılamada Kıbrıs Rum Kesimi hukukunun seçilmesi ne şekilde değerlendirilecektir? Doktrinde bir görüş, tanınmamış olan bir devlet hukukunun seçilmesi hâlinde bunun geçerli bir hukuk seçimi olarak yorumlanacağını ileri sürmüştür⁷⁷. Zira milletlerarası özel hukuk bakımından bir devletin tanınıp tanınmamasına değil fiilen belirli bir bölgede yürürlükte olan bir hukuk sistemi olup olmadığı dikkate alınacaktır. Ancak bir diğer görüşe göre hukuku seçilen devlet *lex fori* tarafından tanınmış olmalıdır⁷⁸. *Lex fori* tarafından tanınmamış bir hukukun hâkim tarafından gerçek bir hukuk seçimi olarak kabul edilmesi ve uygulanması mümkün değildir. Zira hâkime göre, bu hukuk düzenini yaratan bir otorite bulunmamaktadır. Kanaatimizce ilk görüş daha yerindedir. Zira milletlerarası özel hukuk, devletler arasındaki siyasi ilişkilerden bağımsız olarak özel hukuka ilişkin hukukî işlem ve ilişkiler ile ilgilenmektedir. Bu ülkelerin vatandaşları arasında özel hukuka ilişkin birçok hukukî işlem ve ilişki görülebilmektedir. En basit şekilde bir örnek vermek gerekirse, Türkiye’de Kıbrıs Rum Kesimi vatandaşı bir futbolcunun futbol oynamasında bir engel bulunmamaktadır. Futbolcu ile kulübü arasında imzalanacak olan sözleşme yabancılık unsuru içeren bir sözleşme olacak ve bu

⁷⁶ Zeynep Derya Tarman, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi (“Akit Dışı Borç İlişkileri”)**, BATİDER, 2010, C. 26, S. 2, s. 15.

⁷⁷ Nomer, s. 42; Demirkol, s. 174; Ekşi, **Ticaret**, s. 33; Acun Mekengeç, s. 99.

⁷⁸ Alibaba, s. 113; F.A.MANN, **The Juridical Recognition of Unrecognised State**, ICLQ, C. 36, S. 2, Nisan 1987, s. 348-350 (Demirkol s. 169, dn. 519’den naklen). Demirkol, her ne kadar bu görüşten ve yaklaşımdan bahsetmişse de bu görüşün milletlerarası ticaretin menfaatlerine uymadığını da belirtmiştir. Zira günümüzde birbirini tanımayan devletlerin vatandaşları arasında özel hukuk ilişkileri kurulabildiği gibi bu devletlerin birbirleri ile işbirlikleri dahi söz konusu olabilmektedir. Bir devleti tanımamak sadece siyasi sonuçlar doğuracak olup bu tanımamak devleti “yok saymak” anlamına gelmemektedir. Bu nedenle tanınmama hâli özel hukuk ilişkilerini olabildiğince az etkilemelidir (Demirkol, s. 170 vd.).

sözleşmeye uygulanacak hukuk taraflarca seçilebilecektir. Bu sözleşmeye ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlığa tarafların seçmiş olduğu hukuk uygulanacaktır. Yine Türk futbol takımları, bu ülke futbol takımları ile kupa maçlarında eşleşmekte, her iki ülkede de müsabakalar oynayabilmektedir. Ayrıca bu ülke hukuklarının *lex fori* hukuku tarafından tanınmamış olması hâlinde özellikle kişilerin vatandaşlığı ve mutad meskenleri bakımından statülerinin nasıl belirleneceği de ayrıca cevaplanması gerekmektedir.

Hukuku seçilen devletin kendisine hâlef bir devlet bırakmaksızın milletlerarası hukuk alanındaki varlığı sona ererse, bu devlete yönelik olarak yapılan hukuk seçimi kayıtları hükümsüz hâle gelecektir⁷⁹. Ancak bir hukuk sisteminin yerini alacak şekilde yeni bir hukuk sisteminin gelmesi hâlinde yapılan hukuk seçimi, bu hukukun seçildiği yönünde hüküm ve sonuç doğuracaktır⁸⁰. Doktrinde, yürürlükten kalkan bir hukuk sisteminin seçilmesinin de mümkün olmadığı ifade edilmiştir⁸¹. Örneğin, taraflarca Roma hukukunun uygulanması konusunda yapılan bir hukuk seçimi kaydının geçerli olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Dünya üzerindeki her devlet, Türkiye Cumhuriyeti'ne benzer şekilde tek bir hukuk sistemine sahip değildir. Amerika Birleşik Devletleri ve Almanya gibi bazı devletler federal, İspanya gibi bazı devletler ise bölgesel yapıda oldukları için devlet içindeki her federe devletin ya da bölgenin kendi bağımsız hukuk sistemleri bulunmaktadır. Taraflarca bölgesel veya federal bir devletin federe devletlerinden ya da bölgelerinden birinin hukuku seçilmiş olabilir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri göz önüne alındığında taraflar, aralarındaki hukukî ilişkiye Teksas Hukuku'nun uygulanmasını kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda taraflarca yapılan bu seçimin geçerli bir hukuk seçimi olup olmayacağı hususu ortaya çıkmaktadır. Doktrinde, taraflarca bu yönde yapılan bir hukuk seçiminin geçerli olduğu, bu sistemlerin başlı başına bir hukuk sistemi olduğunu ve ulusal hukuk düzenlemelerinden tek farkının

⁷⁹ Nomer, s. 323.

⁸⁰ Çilingiroğlu, s. 109. Yazar, yeni hukuk ile yürürlükten kalkan hukuk hükümlerinin taban tabana zıt olması hâlinde tarafların yeni bir hukuk seçimi yaparak bu olumsuzluğu bertaraf edebileceklerini ifade etmiştir. Tarafların bu konuda anlaşamamaları hâlinde de geçerli bir hukuk seçiminden bahsedilemeyeceği için objektif bağlama kuralları ile sözleşme statüsünün belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

⁸¹ Tekinalp / Uyanık, s. 281; Çilingiroğlu, s. 108; Aybay / Dardağan, s. 251; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 24; Acun Mekengeç, s. 100; Alibaba, s. 122.

egemenlik olduğu ileri sürülmüştür⁸². Kaldı ki, MÖHUK m. 2 / f. 5 tarafından bu tip bölgesel birimlerin bir hukuk düzenine sahip olabileceği de ifade edilmiştir. Kanaatimizce de bu yönde yapılan bir hukuk seçimi, geçerli bir hukuk seçimi olarak nitelendirilmelidir. Zira federe devletlerin veya kantonların hukuku çoğu zaman federal düzeyden daha geniş bir düzenlemeye sahip olacak ve tam anlamıyla bir hukuk olarak uygulanacaktır. Bir devletin içerisindeki farklı hukuk sistemleri arasında bir ihtilâf çıkarsa, bu durumda bu devletin kendi düzenlemelerine göre sonuca gidilecektir⁸³.

Hukuk seçiminin akıbeti bakımından önemli olan bir diğer husus, federal yapıda bir devlete yönelik olarak yapılan hukuk seçimi şartıdır⁸⁴. MÖHUK m. 2 / f. 5'e göre 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 uygulanır⁸⁵. Amerika Birleşik Devletleri gibi federal devletlerde uygulanacak hukuk bu hüküm doğrultusunda belirlenir. Sıkı ilişkinin tespitinde işyerinin, mutad meskenin, yerleşim yerinin bulunduğu yer esas alınacaktır⁸⁶.

Roma I Tüzüğü m. 22 ve Roma II Tüzüğü m. 25, hukuku seçilen devletin birden fazla hukuk düzenlemesine sahip olması hâline ilişkin olarak MÖHUK ile aynı düzenlemeyi getirmiştir. Bu düzenlemeye göre belirli bir devlet içerisindeki her bölge bir devlet olarak kabul edilecektir⁸⁷. Örneğin, Kaliforniya'da meydana gelen bir sözleşme dışı borç ilişkisine Kaliforniya hukuku uygulanacaktır⁸⁸.

Her ne kadar bir devlet statüsünde olmasa da AB de bu kapsamda değerlendirilebilir. AB kendi düzenlemelerine sahip olsa da, üye devletlerin her birinin kendilerine ait hukuk sistemleri bulunmaktadır. Bu nedenle AB hukukunun seçilmesi hâllerinde öncelikle konuya ilişkin olarak AB'nin kendi pozitif düzenlemesi olup

⁸² Demirkol, s. 162; Acun Mekengeç, s. 87.

⁸³ Plender / Wilderspin, s. 90.

⁸⁴ Sargın, s. 42-43; Güner, s. 125.

⁸⁵ Nomer, s. 315.

⁸⁶ Acun Mekengeç, s. 87.

⁸⁷ Plender / Wilderspin, s. 90.

⁸⁸ Tarman, **Roma II**, s. 218.

olmadığına bakılmalıdır. Pozitif bir düzenleme mevcut değilse AB'nin birden fazla hukuk sistemine sahip bir devlet gibi düşünülmesi ve hukukî işlem ya da ilişki ile en sıkı ilişkili devlet hukukunun uygulanması gerektiği görüşündeyiz. Yine AB tarafından bu husus dikkate alınarak yapılan düzenlemeler de mevcuttur⁸⁹.

B. Lex Mercatoria

1. Lex Mercatoria Kurallarının Niteliği

Uluslararası ticaret, birbirinden bağımsız hukuk sistemlerine sahip devletler veya bu devletlerin vatandaşları arasında yapılmaktadır. Devletler arasındaki bu hukuk sistemi farklılıklarının uluslararası ticareti olumsuz etkileyen bir faktör olduğu ifade edilmektedir⁹⁰. Yine milli hukuk sistemlerinin uluslararası ticaretin ihtiyaç duyduğu teknik ve uzmanlık gerektiren düzenlemeler içermekten uzak olduğu da belirtilmiştir⁹¹.

Milletlerarası ticaretin aktörleri, ticari faaliyetleri sırasında devletlerin ekonomik ve politik tercihlerinden bağımsız hareket ederler. Zira milletlerarası ticarete ilişkin hâkim kurallar, irade muhtariyeti ilkesi ile taraflara bu serbestîyi tanımaktadır⁹². Taraflara tanınan bu serbestî neticesinde uluslararası ticaretin hukukî güvenlik, öngörülebilirlik ve tarafsızlık ihtiyaçlarına yanıt verebilen, sürekli uygulanma ile uluslararası nitelik kazanmış genel prensipler ve maddî hükümler ile *lex mercatoria*

⁸⁹ Örneğin, Tüzük m. 23 uyarınca, Tüzük m. 7 hükümleri hariç olmak üzere, özel hâllere ilişkin kanunlar ihtilâfî kuralları içeren Birlik hukuku düzenlemeleri Tüzük karşısında saklı tutulmuştur. Bu madde doğrultusunda iş hukuku alanında 96/71 sayılı ve 16.12.1996 tarihli “Hizmet Sunumu Çerçevesinde Başka Bir Üye Devlete İşçi Gönderilmesine İlişkin Yönerge” hükümleri öncelikli olarak uygulanacaktır (Özkan / Süral / Tütüncübaşı, s. 393; Tarman, **Roma I**, s. 324). Yönerge için bkz. “<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31996L0071>” (Erişim tarihi 07.01.2017). Bu yönergeye göre, üye devletler, başka bir üye devlete işçi gönderdikleri takdirde gönderilen üye devlette geçerli olan iş hukuku düzenlemelerini hukuk seçiminden bağımsız olarak uygulamakla yükümlüdürler. Örneğin, Alman bir işçinin geçici olarak Danimarka’da çalışması hâlinde hukuk seçimi yapılmamış ise Tüzüğe göre Alman hukuku uygulanacak, ancak yukarıda bahsedilen yönergeye göre Danimarka hukukunun işçiyi koruyan hükümleri de dikkate alınacaktır (Özkan / Süral / Tütüncübaşı, s. 393; Tarman, **Roma I**, s. 324).

⁹⁰ Tolga Ayoğlu, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddî Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Bası, 2011, s. 19-20; Musa Aygül, **Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria’nın Uygulanması**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 3-4, 2004, s. 45.

⁹¹ Ayoğlu, s. 22.

⁹² Aygül, s. 46; Alibaba, s. 113.

teorisi ortaya çıkmış ve kurallar arasında yeknesaklık sağlanmaya başlanmıştır⁹³. *Lex mercatoria*'nın günümüzde tek bir hukuk veya anlaşıma olarak tespit edilmesi mümkün değildir⁹⁴.

Doktrinde *lex mercatoria*'nın kaynakları bakımından iki görüş bulunmaktadır. İlk görüş Clive M. Schmitthoff tarafından ileri sürülmüştür⁹⁵. Bu görüşe göre *lex mercatoria* uluslararası konvansiyonlar, model kanunlar, ticari adet ve teamüller ile sınırlıdır. Bu yaklaşım, *lex mercatoria*'nın kaynaklarına ilişkin dar yaklaşımdır. Diğer görüş hâkim görüş olup geniş yaklaşım olarak ifade edilmektedir ve Goldman tarafından savunulmuştur⁹⁶. Bu görüşe göre *lex mercatoria* hukukun genel ilkeleri, uluslararası konvansiyonlar, model kanunlar, ticari örf ve adetler, standart sözleşmeler, genel işlem şartları, davranış kodları ve hakem kararlarından oluşmaktadır.

Milletlerarası ticari sözleşmelerde kullanılan yeknesak kurallara verilebilecek en iyi örneklerden biri *INCOTERMS*'dir⁹⁷. Uluslararası Ticaret Odası⁹⁸ tarafından yayınlanan bu kodlar, milletlerarası ticaret kurallarının yeknesaklaşması bakımından oldukça önemlidir. Zira uluslararası ticarete sıklıkla kullanılan terimlere milli hukuklar tarafından farklı anlamlar verilmektedir ve bu nedenle ortaya çıkacak uyuşmazlıkların *INCOTERMS* kuralları ile önüne geçilecektir⁹⁹. Taraflar, örneğin

⁹³ Ayoğlu, s. 22; Demir Gökyayla, s. 313; Aygöl, s. 46; Alibaba, s. 114; Symeon C. Symeonides, **Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex Mercatoria that Isn't ("Lex Mercatoria")**, Liber Amicorum Konstantinos D. Kerameus, Sakkoulas/Kluwer Press, Athens, Greece, 2006, s. 4 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=946007).

⁹⁴ Sargın, s. 192. “ *Lex mercatoria*’nın tüm unsurlarını ihtiva eden kapsamlı bir listesini çıkarmanın mümkün olmadığını belirtmekle beraber, genel olarak bu kapsamda, sözleşmelere uygulanmakta olan, milletlerarası ticaret hayatında yeknesak kurallar oluşturan milletlerarası sözleşmeler, ticari toplum tarafından kabul edilen hukukun genel prensipleri, UN. UNCTAD., OECD gibi milletlerarası organizasyonların ortaya koyduğu, genellikle iyiniyeti yansıtan, bağlayıcılığı bulunmayan ancak, sözleşmelere dönüşme ihtimali bulunan uygulama kodları, tavsiyeler, milletlerarası ticaret hayatında ortaya çıkan örf, adet ve uygulamalar, milletlerarası ticaret hayatında genellik kazanmış ortak anlayış ve uygulamaların milletlerarası nitelikli özel / kamu kurum ve kuruluşlarınca kodifiye edilmesiyle oluşan ve milletlerarası ticaret hayatında önemli yer tutan standart form sözleşmeleri ile bu sözleşmelerde yer alan genel işlem şartları sayılmaktadır. “. *Lex Mercatoria*’nın tek bir hukuk ya da anlaşıma olarak belirlenememesi hâli, bu kurallara yöneltilen eleştirilerden biridir (Acun Mekenç, s. 105-106).

⁹⁵ Clive M. Schmitthoff, *International Business Law: a New Law Merchant*, Current Law and Social Problems, 1961, s. 149; *The Unification of the Law of International Trade*, s. 6-7 (Naklen, Ayoğlu, s. 121, dn. 360).

⁹⁶ Goldman, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, s. 477-478, 487, 498-501 (Naklen, Ayoğlu, s. 121, dn. 361); Arzu Oğuz, **Lex Mercatoria**, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 1. Bası, 2004, s. 97 vd. Ayoğlu da bu görüştedir.

⁹⁷ *INCOTERMS (International Commercial Terms / Uluslararası Ticari Terimler)*. *INCOTERMS* hakkında detaylı bilgi için bkz. Erdem, **Incoterm**; Ayoğlu, s. 317 vd.

⁹⁸ *International Chamber of Commerce-ICC*.

⁹⁹ Oğuz, s. 104; Ayoğlu, s. 317; Erdem, **Incoterm**, s. 65-66.

teslim şekline ilişkin konularda bu kodlar arasından seçim yapmak suretiyle aralarındaki yorum farklarının önüne geçmiş olurlar. *INCOTERMS* kurallarının dünya üzerinde çok yaygın bir uygulama alanı bulunmaktadır. Hatta bu konudaki baskın görüş, çok geniş bir uygulama alanı olması nedeniyle *INCOTERMS* terimlerinin herkesçe bilindiği ve taraflarca atıfta bulunulmayan hâllerde dahi yorumlama yapılırken dikkate alınacağı yönündedir¹⁰⁰.

INCOTERMS dışındaki bir diğer önemli *lex mercatoria* kaynağı *UNIDROIT* ilkeleridir¹⁰¹. *UNIDROIT* ilkeleri, milletlerarası ticaret bakımından tüm sözleşmelere uygulanmak üzere mukayeseli olarak hazırlanmıştır. Bu nedenle uygulama alanı oldukça geniştir ve sözleşmelerde sıklıkla atıf yapılır¹⁰².

Lex mercatoria, salt *UNIDROIT* ilkeleri veya *INCOTERMS* terimlerinden oluşmamaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi *lex mercatoria* kaynağını uluslararası anlaşmalar, model kanunlar ve standart sözleşmeler başta olmak üzere uluslararası ticaret kurallarını belirleyen her türlü düzenleme ve içtihadattan almaktadır¹⁰³.

2. Lex Mercatoria Kurallarının Hukuk Seçimine Konu Edilmesi

Kanunlar ihtilâfı kuralları ile *lex mercatoria* kuralları birbirinin karşıtıdır. Zira kanunlar ihtilâfı kuralları uyumsuzluğa uygulanacak hukuku belirlerken *lex mercatoria*

¹⁰⁰ Erdem, *Incoterm*, s. 73 vd.; Ayoğlu, s. 323; Oğuz, s. 104. Yazarlar burada *CISG* m. 9 / f. 2 hükmünü örnek vermişlerdir.

¹⁰¹ *UNIDROIT* (Institut International Pour L'Unification du Droit Prive / International Institute for the Unification of Private Law / Özel Hukukun Yeknesaklaşmasına İlişkin Uluslararası Enstitü). *UNIDROIT*, esasen merkezi Roma'da olan bağımsız bir uluslararası kuruluştur. Bu kuruluş 1926 yılında kurulmuş olup sözleşmeler, model kanunlar, tasarılar ve ilkeler yayınlamaktadır. *UNIDROIT* ilkeleri, bu bağımsız kuruluşun milletlerarası ticaretin yeknesaklaşması amacıyla yayınladığı ve zamanla tespit edilen eksikliklerin giderilmesi amacı ile dönem dönem yenilediği ilkeler bütünüdür. *UNIDROIT* ilkeleri *restatement* (derleme) tekniği ile hazırlanmış "soft law" aracıdır. Bu yönü nedeniyle ilkelerin bağlayıcı nitelikleri bulunmamaktadır. 2010 yılında yapılan son yenileme ile *UNIDROIT* ilkeleri şu an 211 maddeden oluşmaktadır. *UNIDROIT* ilkeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Tolga Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddî Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Bası, 2011; Ceyda Süral, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri*, İzmir: Güncel Yayınevi, 2008.

¹⁰² Yusuf Çalışkan, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilâfı Meseleleri*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1. Bası, 2014, s. 37.

¹⁰³ *UNIDROIT* ilkeleri ve *INCOTERMS* terimleri gibi uluslararası ticaret bakımından yeknesak kural ve kodlara ilişkin örnekleri çoğaltmak mümkündür. *FIDIC* (The International Federation of Consulting Engineers - Fédération Internationale Des Ingénieurs Conseils), *CISG* (Convention of International Sales of Goods) gibi uluslararası alanda geniş uygulama alanı olan farklı model sözleşme modelleri de mevcuttur. Ancak çalışmamızın konusu bu kuralların incelenmesi olmadığından tüm bu kurallara yer verilmemiştir.

kuralları doğrudan doğruya uyuşmazlığı çözen kurallardır¹⁰⁴. Kanunlar ihtilâfi kuralları taraflar arasındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuku aramakta ve somut olayı doğrudan çözmemektedir. Bu durum da uygulanacak hukuk bakımından belirsizlik yaratmakta ve tarafların hukukî güvenliğini sağlayamamaktadır. *Lex mercatoria* kurallarının ortaya çıkış nedenlerinden biri de kanunlar ihtilâfi kurallarının getirdiği bu belirsizlik hâlidir¹⁰⁵. *Lex mercatoria* kuralları ihtilâfi doğrudan çözmektedir. Taraflar bu gerekçeler ile kanunlar ihtilâfi kurallarından sıyrılarak *lex mercatoria* kurallarında çözüm aramaktadırlar¹⁰⁶.

Uyuşmazlık ile ilgili olarak bir devlet mahkemesine başvurulması hâlinde hâkim, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk ve bu hukukun niteliği konusunda *lex fori*'ye göre hareket edecektir. Yine hâkimin bu konudaki sınırları da *lex fori* tarafından belirlenecektir. Diğer bir deyişle, *lex fori*'nin, *lex mercatoria*'ya olan yaklaşımına göre bu kuralların uygulama alanı ve uygulanma biçimi belirlenecektir¹⁰⁷.

Tarafların, aralarındaki hukukî ilişkiye uygulanması bakımından *lex mercatoria*'nın kaynaklarından birini seçmeleri hâlinde bu seçimin teknik anlamda bir hukuk seçimi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır.

Doktrinde, bir devlete ait olmayan kurallar bütününe atfen yapılan bir seçimin geçerli bir hukuk seçimi olmadığı, zira sadece müstakil bir devlette bağımsız bir otorite tarafından koyulmuş kurallar bütününe seçilebileceği ifade edilmiştir¹⁰⁸. Bu görüşe göre seçilebilecek hukuk, bir devlet hukuku olmalıdır. Tarafların hak ve borçlarını

¹⁰⁴ Oğuz, s. 220; Aygül, s. 54.

¹⁰⁵ Ayoğlu, s. 13; Aygül, s. 74.

¹⁰⁶ Burada önemle belirtmek gerekir ki, tarafların yapmış oldukları hukuk seçiminin somut uyuşmazlıktaki durumu ve sınırları *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfi kuralları tarafından belirlenecektir.

¹⁰⁷ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 47-48; Sargin, s. 191; Ayoğlu, s. 88; Aygül, s. 54-55; Demir Gökyayla, s. 315. Burada yaklaşım olarak ifade edilen, *lex fori* tarafından *lex mercatoria*'nın bağımsız bir hukuk olarak tanınıp tanınmadığıdır. Bu konudaki temel yaklaşım bu tanımaya göre belirlenmektedir. Günümüz devletlerinin büyük bir bölümü *lex mercatoria*'yı bağımsız bir hukuk olarak tanımamakta ve taraflar arasındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuku kanunlar ihtilâfi kurallarına göre belirlemektedirler (Ayoğlu, s. 88; Aygül, s. 55).

¹⁰⁸ Nomer, s. 315; Doğan, s. 370; Akıncı, s. 23; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 46-47; Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 37; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 24; Oğuz, s. 221-222; Erdem, **Incoterm**, s. 70; Demir Gökyayla, s. 316; Çalışkan, s. 67; Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 152; Demirkol, s. 152 vd., Bayata Canyaş, s. 26; Can / Toker, s. 242; Acun Mekengeç, s. 106; İrge Erdoğan, s. 126; Alibaba, s. 108; Bektaş, s. 63; Dicey / Morris, s. 1219; Clarkson / Hill, s. 209; Maebh Harding, **Conflict of Laws**, Routledge, 5. Bası, 2014, s. 153; Symeonides, s. 540; Fentiman, s. 184. Oğuz, her ne kadar *lex mercatoria* kurallarının bağımsız nitelikte olmadığını belirtse de bağımsız bir kurallar bütünü olma yolunda olduğunu ifade etmiştir.

belirlemede *lex mercatoria* kuralları belirsiz ve yetersizdir¹⁰⁹. Ancak bir devlete ait olan hukuk bir uyuşmazlığın çözümü sırasında boşluk bırakmaz¹¹⁰. Bu nedenlerle böyle bir hukuk seçiminin yapılması hâlinde seçim teknik anlamda bir hukuk seçimi olarak kabul edilmeyecek ve sözleşme statüsü objektif bağlama kurallarına göre tespit edilecektir.

Diğer görüş, *lex mercatoria* 'nın seçilebileceği ve bu seçimin teknik anlamda bir hukuk seçimi olarak hüküm ve sonuç doğuracağını ileri sürmektedir¹¹¹. Zira taraflara bu imkân tanınarak bir taraftan değişen ve gelişen uluslararası ticarete ayak uydurulurken diğer taraftan iradelerin ve milletlerarası ticarete ilişkin teamül ve kuralların uyuşmazlığa uygulanması sağlanacaktır. Bu kurallar bağlayıcı gücünü onları oluşturan uluslararası kuruluşları tanıyan ve oluşumuna katkıda bulunan devletlerden almaktadırlar. Ayrıca bu kuralların da kendilerine özgü yaptırımları bulunmaktadır¹¹². MÖHUK'ta da, seçilen hukukun bir devlet hukuku olması gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır¹¹³. Son yıllarda bu konuda yaşanan gelişmeler, seçilebilecek hukukun bir devlete ait hukuk olmak zorunda olmadığı yönünde ilerlemektedir¹¹⁴. Özellikle Roma I Tüzüğü'nün tasarısında bir devlet hukuku

¹⁰⁹ Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 24; Demir Gökyayla, s. 316; Toker, s. 1028; Aygül, s. 75.

¹¹⁰ Doktrinde Süral, bir devlete ait hukuk düzeninde boşluklar olabileceğini, ancak uygulamada bu boşlukların da yine *lex mercatoria* kuralları ile değil, hukukun kendi içtihatları, genel prensipleri ve kıyas yöntemi ile doldurulduğunu ifade etmiştir (Süral, s. 162). Bu konudaki görüşlere ilişkin olarak bkz. Süral, s. 151 vd.

¹¹¹ Sargın, s. 194; Aygül, 79; Süral, s. 180; Güner, s. 133; Alibaba, s. 119; Yıldırım, s. 50. Aygül, taraflara geniş bir irade serbestisi tanınmasına rağmen kendi aralarındaki ilişkilerde uyguladıkları kuralları seçemeyeceklerini kabul etmenin irade muhtariyeti ilkesi ile tezat oluşturduğunu ifade etmiştir. Süral, görüş olarak bu kuralların sözleşmeye konu edilebileceği görüşünde olsa da mevcut düzenlemeler karşısında bu kuralların teknik olarak hukuk seçimine konu edilmeyeceğini belirtmiştir. Yazar, MÖHUK düzenlemesindeki “ seçilen hukuk” ibaresi yerine “ seçilen hukuk kuralları” ibaresinin kullanılması ile bu sorunun ortadan kaldırılabilceğini belirtmiştir (Süral, s. 181).

Venezuela ulusal mahkemelerinin, *lex mercatoria* kurallarının hukuk seçimi olarak kabul edileceğine ilişkin kararları mevcuttur (Albornoz, s. 37).

Doktrinde Symeonides görüşü eleştirmiş, özellikle tüketici, iş ve sigorta sözleşmeleri gibi sözleşmeler bakımından bu görüşün kabul edilemeyeceğini, zira devlet hukuklarında bu sözleşmeler için özel düzenlemeler ve korumalar mevcutken bir devlete ait olmayan kurallarda bu korumaların olmayacağını ifade etmiştir (Symeonides, **Lex Mercatoria**, s. 21-22).

¹¹² Sargın, s. 193; Aygül, s. 77-78. Sargın, bu kuralların milletlerarası organlar tarafından hazırlandığını, milletlerarası ticaretin aktörlerinin bu kurallara uygun olarak ticaret yaptıklarını, bu kuralların kendine özgü yaptırımları ve yargı yolu olduğunu ve bu nedenle bu kuralların bir hukuk kuralının tüm unsurlarını haiz olduğunu ifade etmiştir.

¹¹³ Mülga MÖHUK m. 24'te taraflarca seçilen kanunun sözleşmeye uygulanacağı düzenlenmekteydi. Doktrinde Sargın, mülga MÖHUK'ta yer alan bu düzenlemenin *lex mercatoria* hükümlerini de içine alacak şekilde geniş yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür (Sargın, s. 194).

¹¹⁴ Tekinalp / Uyanık, s. 278; Elçin, s. 85. Elçin, seçilebilecek hukukun bir devlet hukuku olmasının zorunluluk olmadığını ifade etmiştir. Taraflarca, ILO Tavsiye Kararlarına yönelik olarak yapılacak hukuk seçiminin geçerli bir hukuk seçimi olacağını belirtmiştir.

dışındaki hukuk kurallarının da seçimine ilişkin düzenlemeler yapılmasına rağmen metnin son hâlinde bu hususa yer verilmemiştir¹¹⁵.

Görüleceği üzere doktrindeki görüşler arasındaki temel fark, *lex mercatoria* kurallarının bağımsız bir hukuk olarak kabul edilip edilmeyeceği noktasında toplanmaktadır. *Lex mercatoria* kurallarının bağımsız bir hukuk olarak kabul edilmesi hâlinde bu yöndeki seçimin hukuk seçimi olarak kabul edilecektir. Ancak bu kuralların bağımsız bir hukuk olarak kabul edilmemesi hâlinde bu yöndeki seçimin hukuk seçimi olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır.

Bizim görüşümüz, *lex mercatoria* kurallarının seçilmesi hâlinin teknik anlamda bir hukuk seçimi olarak kabul edilmemesi yönündedir. Zira bu kurallar taraflar arasındaki ilişkinin büyük bir bölümünü düzenleseler de tüm boşlukları tamamlamaları mümkün değildir. Taraflar arasındaki ilişkiyi hiçbir boşluk bırakmaksızın ancak belirli bir devletin hukuku yönetebilir. Taraflar, hâli hazırda *lex mercatoria* kurallarını seçerek sözleşme hükmü hâline getirebilirler. Tarafların *lex mercatoria* kurallarını sözleşme hükmü hâline getirmeleri ile aralarındaki ilişki bakımından yine bu kurallara uygulama alanı tanıyabilmektedirler.

Ortaya çıkabilecek bir diğer ihtimal *lex mercatoria*'ya ait kuralların bir devlet tarafından kendi hukukunun bir parçası olarak kabul edilmesi hâlidir. Bu durumda *lex mercatoria* kurallarının uygulanacağı konusunda tereddüt yoktur. Zira bu hâlde kurallar, *lex mercatoria* kuralları olarak değil, sözleşme statüsünün bir parçası olarak taraflar arasındaki uyumsuzluğa uygulanacaktır¹¹⁶.

Lex mercatoria kuralları ile birlikte uygulanacak hukukun seçilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir¹¹⁷. Bu durumda *lex mercatoria* kuralları borçlar hukukundaki irade serbestisi ilkesi çerçevesinde sözleşmeye uygulanacak, sözleşme statüsü de seçilmiş olan hukuk olacak ve *lex mercatoria* kuralları, sözleşme statüsüne göre uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda *lex mercatoria* kuralları, sözleşme statüsünün emredici kurallarına aykırı olamayacaktır¹¹⁸.

¹¹⁵ Tekinalp / Uyanık, s. 278, dn. 16; Özkan / Süral / Tütüncübaşı, s. 380.

¹¹⁶ Aygül, s. 77. Yazar ayrıca, bu kuralları devlet hukukunun bir parçası hâline getirme süreçlerinin, bu kurallara yaklaşımlarının, uygulama alanının da her devlette farklı olabileceğini belirtmiştir.

¹¹⁷ Erdem, **Incoterm**, s. 71; Ayoğlu, s. 90; Aygül, s. 79.

¹¹⁸ Ayoğlu, s. 92; Aygül, s. 79-80.

Lex mercatoria kurallarına yapılan atıfların her ne kadar teknik anlamda bir hukuk seçimi olarak değerlendirilmesi mümkün olmasa da bu seçimin tam anlamıyla yok sayılması da çoğu zaman olumsuz ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Bu nedenle bu yöndeki seçime konu kurallar sözleşmenin bir parçası olarak kabul edilmelidir¹¹⁹. Kaldı ki taraflar açıkça da *lex mercatoria*'nın sözleşme hükmü olarak uygulanacağını kararlaştırabilirler¹²⁰. Bu durumda bu tercih *incorporation* olarak değerlendirilecektir.

Roma I Tüzüğü düzenlemesi, muhtelif maddelerinde “üye devlet hukuku” veya “devlet hukuku” ibarelerini kullanmakta, ayrıca gerekçenin 13 nolu paragrafında da bir devlete ait olmayan kuralların seçilmesi hâlinin *incorporation* olarak yorumlanacağını düzenlemektedir¹²¹. Tüzük tarafından yapılan bu düzenlemeler ışığında *lex mercatoria* kurallarına yönelik yapılan bir hukuk seçiminin teknik anlamda bir hukuk seçimi olarak kabul edilemeyeceğini, bu hükümlerin *incorporation* olarak yorumlanacağını söylemek mümkündür¹²².

C. Hukuk Seçimi ve Incorporation İlişkisi

1. Incorporation Kavramı

Günümüzde taraflar, ileride ortaya çıkabilecek tüm riskleri ve sözleşmenin yorumlanmasındaki farklılıkları ortadan kaldırmak amacıyla *lex mercatoria* kurallarına başvurumaktadırlar. Bazı hâllerde de taraflar, henüz yürürlüğe girmemiş

¹¹⁹ Özdemir Kocasakal, *Uygulanacak Hukuk*, s. 37; Erdem, *Incoterm*, s. 70; Can / Toker, s. 242.

¹²⁰ Sargın, s. 192.

¹²¹ Tüzük çalışmaları sırasında seçilen hukuka ilişkin olarak uluslararası veya Avrupa’da kabul görmüş kuralların seçilmesine imkân tanınması öngörülmüştür. Ancak nihai aşamada bu görüş, muğlak olması ve uluslararası topluluk tarafından genel kabul görmemesi nedenleriyle kabul görmemiş ve Tüzük düzenlemesi yukarıda belirttiğimiz şekilde yapılmıştır. Bkz. Tarman, *Roma I*, s. 308-309; Plender / Wilderspin, s. 137; Clarkson / Hill, s. 209; Symeonides, s. 539; Fentiman, s. 184. Amerikan hukukunda da bir devlete ait hukukun seçilebileceği öngörülmüştür (Symeonides, s. 539).

¹²² Tarman, *Roma I*, s. 309; Yüksel, s. 165; Plender / Wilderspin, s. 136-137; Clarkson / Hill, s. 209; Fentiman, s. 185. Doktrinde farklı bir görüş daha ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, taraflarca *lex mercatoria* kurallarından birine yönelik olarak yapılan hukuk seçimi, Tüzük uyarınca değil, forum ülkesinin hukukunun *lex mercatoria* kurallarına yaklaşımına göre bu kuralların bir hukuk olarak seçilip seçilmediği belirlenmelidir. Diğer bir deyişle, her ne kadar Tüzük tarafından devlet hukuku deyimi kullanılsa da, forum ülkesi tarafından *lex mercatoria* kuralları bağımsız ve uygulanacak bir hukuk olarak tanınıyorsa, bu durumda taraflarca bu yönde yapılan seçime geçerli bir hukuk seçimi olarak yaklaşılmalıdır (Plender / Wilderspin, s. 138).

veya yürürlükten kaldırılmış uluslararası anlaşmaları seçebilmekte veya bu düzenlemelere sözleşmelerinde yer vermektedirler. Bu gibi hâllerde yapılan bu işlemlerin ne şekilde yorumlanacağı önemli bir konudur.

Tarafların bu yönde yapacakları seçim teknik anlamda bir hukuk seçimi olarak kabul edilmese dâhi, bu seçimlere sonuç bağlanmaması sözleşme serbestisi ilkesine ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Bu nedenlerle bu yönde yapılan seçimler *incorporation* olarak yorumlanmakta ve bu kavrama özgü sonuçlar doğurmaktadır¹²³. *Incorporation*, MÖHUK'ta düzenlenmemiş olmasına karşın Yargıtay ve doktrinin üzerinde görüş birliği olduğu ve uygulaması bulunan bir konudur.

Incorporation, iki şekilde gerçekleştirilebilir. Taraflar, ilgili düzenlemeyi madde madde sözleşmelerine yazabilecekleri gibi yalnızca ilgili madde numaralarını belirterek de aynı sonuca ulaşabilirler¹²⁴. Örnek vermek gerekirse, ilk ihtimalde taraflar *CISG* düzenlemelerini tek tek sözleşmeye yazacaklardır. Hasar, temerrüt gibi hangi düzenlemeleri sözleşmelerine dâhil etmek istiyorlarsa bunları açıkça yazarlar. İkinci ihtimalde ise taraflar, yalnızca madde numaralarını ya da hangi konularda uygulanacağını belirtmekle yetinirler. Örneğin, hasara ilişkin konularda *CISG* hükümlerinin uygulanacağını belirtirler ya da *CISG* içerisindeki ilgili madde numaralarını yazarlar.

Doktrinde, hukuk seçiminin çeşitli sebepler ile geçersiz olması hâlinde bu seçimin *incorporation* olarak yorumlanması gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür¹²⁵. Zira taraflar, yabancı bir hukuku seçmiş ve bu seçimin geçerli olacağını

¹²³ Nuray Ekşi, **Kanunlar İhtilâfı Alanında Incorporation ("Incorporation")**, MHB, C. 19-20, 1999-2000, Aysel Çelikel'e Armağan, s. 263-264; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 57; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 263; Demir Gökyayla, s. 292; Özlem Tüzüner, **Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk ("Marka Rehni")**, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 1. Bası, 2007, s. 109; Süral, s. 188; Güner, s. 134; İrge Erdoğan, s. 123; Dicey / Morris, s. 1222; Fentiman, s. 193. *Incorporation* kavramı, kullanıldığı hukuk alanına göre farklı anlamlar göstermektedir. Kanunlar ihtilâfı alanında *incorporation*, sözleşmeye dâhil etme, sözleşmenin bir hükmü veya parçası hâline getirme anlamlarında kullanılmaktadır. Doktrinde *incorporation* kavramının Türkçe karşılığı bulunmadığı için kavram bu hâli ile ya da parantez içerisinde *incorporation* kavramı belirtilerek "sözleşme metnine dâhil etme" şeklinde kullanılmaktadır (Ekşi, **Incorporation**, s. 264-266; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 254). Ancak Demir Gökyayla, *incorporation* için "maddî hukuk anlamında bağlanma" karşılığını kullanmıştır (Demir Gökyayla, s. 292). Demirkol ise parantez içerisinde *incorporation* kelimesini kullanarak "aktarma" kavramını kullanmıştır (Demirkol, s. 210).

¹²⁴ Ekşi, **Incorporation**, s. 268; Demirkol, s. 210-211; Acun Mekengeç, s. 108-109; Dicey / Morris, s. 1223; Symeonides, s. 517.

¹²⁵ Ekşi, **Incorporation**, s. 272.

düşünmüşlerdir. Ancak çeşitli sebeplerle seçimin geçersiz olması hâlinde bu tercihe hiçbir sonuç tanımamak da adil olmayacaktır. *Incorporation* yapılan hükümlerin *lex fori* ya da hukuku seçilen devlet tarafından tanınmaması bu seçimin geçerliliğini etkilemeyecektir.

Doktrinde, taraflarca *incorporation* yapılan bir sözleşme Türk mahkemesinin önüne geldiğinde, sözleşme statüsüne göre *incorporation* yapılmasının mümkün olup olmadığına bakılmaması gerektiği ifade edilmiştir¹²⁶. Daha geniş bir ifade ile bu görüşe göre *incorporation* yapılıp yapılamayacağı *lex fori*'ye göre belirlenecektir. Ancak biz bu görüşe katılamıyoruz. Kanaatimizce *incorporation* yapılmış bir sözleşmenin akıbeti sözleşme statüsüne göre belirlenmelidir. Sözleşme statüsü objektif bağlama kuralları ile belirlenebileceği gibi hukuk seçimi yolu ile de belirlenebilir. Bu yüzden taraflarca bu yönde bir hukuk seçimi yapılmış ise, *incorporation* yapılan kuralların akıbeti de taraflarca seçilen hukuka göre belirlenmelidir. Aksi takdirde *incorporation* ve uygulanacak hukukun birbiri ile uyumsuzluk yaratabileceği karmaşık bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bir taraftan seçilen hukuk bazı hükümlerin uygulanmasına engel düzenlemelere sahipken bir tarafta da bu düzenlemelere karşı *incorporation* yapılan hükümler bulunabilir. Bu nedenler ile *incorporation* yapılan hükümlerin akıbetinin sözleşme statüsüne göre belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Roma I Tüzüğü, MÖHUK'un aksine gerekçesinde açık olarak *incorporation* yapılabileceğini ifade etmiştir¹²⁷. Tarafların bu yönde yaptıkları bir seçimin uygulaması konusunda yukarıda belirttiğimiz detaylar Roma I Tüzüğü için de geçerlidir.

2. Hukuk Seçimi ve Incorporation İlişkisi

Taraflarca yapılan seçimin *incorporation* veya hukuk seçimi olarak belirlenmesi arasında çok temel farklar bulunmaktadır. Zira *incorporation*, teknik anlamda bir hukuk seçimi olarak değerlendirilemeyeceği gibi hukuk seçiminin yarattığı etki ve sonuçlar da *incorporation* kavramına göre daha geniştir.

¹²⁶ Bayata Canyaş, s. 64.

¹²⁷ Roma I Tüzüğü Gerekçesi, 13 nolu paragraf.

Hukuk seçimi, sözleşmeye uygulanacak hukuk bakımından bağlama noktasını oluşturur ve bu seçim ile sözleşme bir bütün olarak ilgili hukuka tabi olur¹²⁸. *Incorporation* ile sözleşmeye dâhil edilen hükümler ise birer sözleşme hükmü olarak yorumlanır¹²⁹. Bu nedenle bu hükümler sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı olamayacak, bu hukukun tamamlayıcı nitelikteki hukuk kuralları ile düzenlenen konularda, *incorporation* yapılan hükümler uygulama alanı bulabilecektir¹³⁰. Yine *incorporation* hâlinde bu hükümlerin geçerli olup olmayacağı, ne şekilde uygulanacağı tamamen sözleşmeye uygulanacak hukuka göre belirlenecektir¹³¹. Bu nedenlerle sözleşmeye uygulanacak hukuk ile *incorporation* yapılan hükümlerin uyumlu olması gerekir. Özellikle *incorporation* yapılan hükümlerin, uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olması hâlinde *incorporation* işlemi beklenen menfaati sağlamayacaktır. Yine *incorporation* yapılan bir sözleşmede ayrıca hukuk seçimi yapılması da mümkündür¹³².

Incorporation yapılan düzenlemeler, hâlihazırda yürürlükten kalkmış olabileceği gibi *incorporation* yapıldıktan sonra da yürürlükten kalkabilir. Bazı hâllerde de bu hükümler sıklıkla değişikliğe uğramakta, bu nedenle taraflar arasındaki ilişkiye bu hükümlerin ne şekilde uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. *Incorporation* yapılmasından sonra meydana gelecek olan değişiklikler taraflarca dikkate alınmayacaktır¹³³. Ayrıca *incorporation* yapılan düzenlemelerin daha sonra yürürlükten kaldırılması da bu düzenlemelerin akıbetini etkilemeyecektir. Zira bu hükümler birer sözleşme maddesi gibi, sözleşme statüsünün emredici kurallarına

¹²⁸ Ekşi, **Incorporation**, s. 266; Çilingiroğlu, s. 115; Acun Mekengeç, s. 109; Süral, s. 188.

¹²⁹ Demirkol, s. 212; Elçin, s. 88-89; Dicey / Morris, s. 1222; Clarkson / Hill, s. 215; Fentiman, s. 194. Belirli bir toplu iş sözleşmesi hükümlerinin bireysel iş sözleşmesinde seçilmesi hâlinde bu hükümlerin bireysel iş sözleşmesine dâhil edilmiş olacağı hakkında bkz. Elçin, s. 87 vd. Yazar, bu yöndeki bir seçimin *incorporation* olduğu görüşündedir.

¹³⁰ Ekşi, **Incorporation**, s. 267; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 58; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 263-264; Sargın, s. 188-189; Demir Gökyayla, s. 292; Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 147; Demirkol, s. 154; Bayata Canyaş, s. 60.

¹³¹ Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 263; Acun Mekengeç, s. 107; İrge Erdoğan, s. 122; Bektaş, s. 64; Dicey / Morris, s. 1222; Fentiman, s. 194. Dicey / Morris, böyle bir durumda taraflarca *incorporation* yapılan hükümlerin yargılamayı yapan mahkeme bakımından *lex fori*'ye göre yorumlanacağını belirtmişlerdir. Hükümler sözleşmeye dâhil edilerek artık birer sözleşme maddesi hükmünü aldıklarından dolayı kaynaklarından bağımsız olarak değerlendirilecekleri ileri sürülmüştür.

¹³² Dicey / Morris, s. 1222.

¹³³ Demir Gökyayla, s. 292-293; Acun Mekengeç, s. 110; İrge Erdoğan, s. 122; Clarkson / Hill, s. 215; Fentiman, s. 194. Aksi görüş için bkz. Demirkol, s. 211, dn. 625. Yazar, yabancı hükümlerin sözleşme metnine yazılması hâlinde sonradan meydana gelen değişikliklerin etkili olmayacağını, ancak bu hükümlere referans yapılması hâlinde bu hükümlerde meydana gelecek değişikliklerin tarafları bağlayacağını ifade etmiştir. Biz bu görüşe katılamıyoruz. Kanaatimizce taraflarca hangi şekilde yapılırsa yapılsın, *incorporation* hâlinde sonradan yapılan değişikliklerin taraflar arasındaki ilişkiye yansımaması gerektiği, zira bu hükümlerin artık birer sözleşme hükmü olduğu görüşündeyiz.

aykırı olmayacak şekilde uygulanacaktır. Ancak hukuk seçimi hâlinde sözleşmede istikrar şartlarının mevcut olması hâli saklı kalmak üzere seçilen hukukta sonradan meydana gelen değişiklikler dikkate alınacaktır¹³⁴.

Incorporation yapılan düzenlemelerin daha önceki bir hâlinin sözleşmeye dâhil edilmesi amaçlanıyorsa, bu husus açıkça sözleşmede belirtilmelidir. Örneğin, *INCOTERMS* kodlarında dönem dönem değişiklikler ve güncellemeler yapılmaktadır. Taraflarca, daha önceki dönemde yürürlükte bulunan bir kodun seçilmesi amaçlanıyorsa, bu husus sözleşmede belirtilmelidir. Aksi hâlde kodların, sözleşmenin yapıldığı anda yürürlükte bulunan hâlleri uygulama alanı bulacaktır. Yine yeterli açıklıkta olmayan ve tespit edilemeyen *incorporation* da geçerli olarak kabul edilemeyecektir¹³⁵.

3. Incorporation ve Kısmî Hukuk Seçimi Arasındaki Farklar

Kısmî hukuk seçimi ile *incorporation* her ne kadar birbirlerine yakın kavramlar gibi görünse de özellikle bağlanan sonuç bakımından esaslı farklılıklar mevcuttur. Bu nedenle bu farklılıkların ayrı bir başlık altında incelenmesi gerekmektedir.

Kısmî hukuk seçimi ile taraflar, aralarındaki sözleşmenin de bölünebilmeye uygun olması hâlinde sözleşmelerini belirli bölümlere ayırarak, her bir bölüm için uygulanmak üzere farklı hukukları seçebilirler. Burada bir hukuk seçimi hâli mevcuttur, yalnızca sözleşmenin farklı bölümleri için farklı hukuklar seçilmiştir. Uygulama alanı, kapsamı gibi tüm hususları bir hukuk seçimi olarak kabul edilir. *Incorporation* hâlinde ise ilgili düzenlemeler sözleşme şartı hâline getirilmiştir. Sözleşmenin belirli bölümleri için uygulanması öngörülen bir hukuk yoktur.

Kısmî hukuk seçiminde taraflarca belirlenen hukuk, seçilen kısım için bir bütün olarak uygulanacaktır. Ancak *incorporation* hâlinde bu hükümlerin akıbeti sözleşme statüsüne göre belirlenebilecektir. Hatta taraflarca *incorporation* yapılan kısım, kısmî hukuk seçimi yolu ile farklı bir hukuka dâhi tabi tutulabilir.

¹³⁴ Ekşi, **Incorporation**, s. 267-268; Demir Gökyayla, s. 293; Dicey / Morris, s. 1223. Ekşi, hukuk seçimi hâlinde seçilen hukukta sonradan meydana gelen değişikliklerin dikkate alınacağı görüşündedir.

¹³⁵ Fentiman, s. 194.

Kısmî hukuk seçimi ile *incorporation* kavramları bakımından ortaya çıkabilecek diğer önemli sorun, *incorporation* hâlinin üstü kapalı bir kısmî hukuk seçimi olarak değerlendirilmesi ihtimalidir. Kanaatimizce üstü kapalı hukuk seçimi yolu ile kısmî hukuk seçimi yapılması teorik olarak mümkün olsa da uygulamada tespiti çok güç olduğundan tereddütle yaklaşılmalıdır. Bu nedenle taraflar arasında yapılan *incorporation* hâlinin üstü kapalı bir kısmî hukuk seçimi olarak değerlendirilemeyeceği görüşündeyiz. Eğer farklı unsurların bir araya gelmesi söz konusu olursa bu husus, tam bir üstü kapalı hukuk seçimi olarak değerlendirilecek ve ilgili hukuk sözleşme statüsü olarak belirlenecektir.

Taraflarca sözleşme statüsü hâline getirilen kanun hükümlerinin *incorporation* şeklinde yorumlanacağı kabul edilmektedir¹³⁶. Burada değerlendirilmesi gereken husus, tarafların sözleşme statüsü olarak bir kanunu seçmeleri hâlidir. Doktrinde, bu noktada tarafların hukuk seçme yönündeki iradelerine ilişkin yorumun önemli olduğu belirtilmiştir¹³⁷. Bu yaklaşıma göre taraf iradelerinin yorumundan bir devletin hukukunu bir bütün olarak seçtikleri sonucuna ulaşılıyorsa, diğer bir deyişle üstü kapalı hukuk seçiminin koşulları oluşmuş ise bu seçimi bir hukuk seçimi olarak kabul etmek gerekecektir. Kanaatimizce böyle bir kayıt kısmî ya da tam bir hukuk seçimi kaydı olarak değil, *incorporation* olarak yorumlanmalıdır. Zira burada taraflarca bir hukuk seçilmemiş olup bir kanun düzenlemesi seçilmiştir. Seçilen kanun hükümleri sözleşmenin bir parçası olarak kabul edilecek ve sözleşme yorumlanırken de bu kanun hükümlerinden faydalanılacaktır. Böyle bir durumda seçilen kanunda sonradan meydana gelen değişiklikler de hukukî ilişkiyi etkilemeyecek, tarafların seçimi yaptıkları anda yürürlükte bulunduğu hâli ile kanun, sözleşmeye dâhil edilmiş olacaktır. Ancak böyle bir seçimin, üstü kapalı hukuk seçimine ilişkin önemli bir kıstas olduğu da göz önünde tutulmalıdır. Böyle bir seçimin yanı sıra, çeşitli kriterlerin de aynı hukuku işaret etmesi durumunda, üstü kapalı bir hukuk seçimi yapıldığı kabul edilebilir¹³⁸.

¹³⁶ Ekşi, *Incorporation*, s. 267; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 263; Sargın, s. 188-189; Bayata Canyaş, s. 60; Tarman, *Akdi Borç İlişkileri*, s. 147; Tüzüner, *Marka Rehni*, s. 109.

¹³⁷ Sargın, s. 189; Güner, s. 135.

¹³⁸ Demirkol, s. 214.

D. Bağlantı Şartı

Milletlerarası özel hukukta hukuk seçimine ilişkin sınırlamalar devletten devlete değiştiği gibi farklı hukukî ilişkiler bakımından da farklı sınırlamalar söz konusu olabilmektedir. Seçilen hukuk ile taraflar arasındaki hukukî ilişki arasında bir bağlantı aranması da hukuk seçimine getirilen bir sınırlamalardan biridir. Doktrinde, bağlantı şartı bakımından iki farklı görüş bulunmaktadır.

İlk görüşe göre; taraflar arasındaki ilişki ile seçilen hukuk arasında asli ve güçlü bağlantıların olması gerekmektedir¹³⁹. Bu bağlantılar fiili olabileceği gibi coğrafi de olabilir. Yine bazı hukuk sistemlerinde bir hukukun seçilebilmesi için ya asli bağlantıların bulunması ya da ilgili hukuku seçmek için tarafların makul gerekçelerinin olması gerektiği düzenlenmiştir¹⁴⁰.

Hâkim görüş olan ikinci görüş ise böyle bir bağlantı şartının aranmaması gerektiği yönündedir¹⁴¹. Bu görüşe göre tarafların bu yönde bir menfaatlerinin olup olmadığını hâkim tarafından tespit edilmeye çalışılmasına gerek yoktur. Zira hukuk seçimini yapan taraflar bilinçli olarak bu tercihi yapacak ve menfaatlerine aykırı bir hukuk seçiminden kaçınacaklardır. Ayrıca tarafların, objektif bağlama kuralı ile belirlenecek olan hukukun emredici kurallarını bertaraf etme amaçları varsa bir şekilde

¹³⁹ Sargın, s. 50. Burada bağlantı ile kastedilen objektif bağlantıdır. İfa yeri, sözleşmenin kuruluş yeri, tarafların vatandaşlığı, mutlak meskenleri gibi objektif kriterlere göre bağlantı tespit edilecektir.

¹⁴⁰ Plender / Wilderspin, s. 132; Symeonides, s. 518; Zang, **Rome II**, s. 900; Second Restatement of the Law, Conflict of Laws, American Law Institute, St. Paul, Minn. 1971, s. 187 (2) (a) (Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 22, dn. 50'den naklen); Landò, Ole: Contracts, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. III Private International Law, (Contracts), Ch. 24. s. 23 (Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 22, dn. 50'den naklen). Amerikan Hukukunda *Second Restatement* ile bu düzenleme öngörülmüştür.

¹⁴¹ Uluocak, s. 194; Tekinalp / Uyanık, s. 278; Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 12; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 23; Demir Gökyayla, s. 310; Demirkol, s. 166-167; Acun Mekengeç, s. 95; Çilingiroğlu, s. 114; Öztekin Gelgel, s. 223; Tüzüner, **Marka Rehni**, s. 106; Toker, s. 1028; Güner, s. 123; Kayık, s. 81; İrge Erdoğan, s. 119; Alibaba, s. 167; Dicey / Morris, s. 1213. Bu görüş de kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır. Bir kısım yazarlar sözleşme ile seçilen hukuk arasında hiçbir bağlantı olmaması gerektiğini ileri sürerken diğer yazarlar seçilen hukuk ile hukukî ilişki arasında objektif bir bağlantı aranmasa bile seçimin mantıklı bir seçim olması gerektiğini, tarafların gelişigüzel seçtikleri hukukun ilişkiye uygulanacağı anlamına gelmeyeceği ifade edilmiştir. Sargın, sözleşme ile bağlantısı olmayan ancak tarafların bildikleri ve güvenilir olduklarını düşündükleri hukukun da bu bağlamda bağlantılı olduğunun düşünülmesi gerektiğini ifade etmiş olup mantıklı hukuk seçimini, tarafların kendi somut şartları dâhilinde en uygun biçimde hukukî ilişkilerini idare edeceğini düşündükleri hukuku seçmeleri hâli olarak tanımlamıştır (Sargın, s. 49). Güner de aynı görüştedir (Güner, s. 124).

sözleşmeyi seçilen hukuk ile bağlantılı hâle getireceklerdir¹⁴². Taraflar, hukuk seçimini yapma gerekçelerini açıklamak zorunda değildirler¹⁴³.

MÖHUK'ta da tarafların seçebilecekleri hukuk bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Taraflar, kural olarak aralarındaki hukukî ilişki ile bağlantılı olup olmadığına bakılmaksızın diledikleri hukuku seçebilirler¹⁴⁴. Tarafların, kabul edilebilir menfaatlerinin olması da şart değildir¹⁴⁵.

Taraflarca seçilmiş olan hukukta bu yönde bir bağlantı şartı aranabilir. Doktrinde, seçilen hukukta yer alan bağlantı şartına ilişkin hükmün bir kanunlar ihtilâfi hükmü olduğu ve bu kuralların dikkate alınmayacağı, bu nedenle seçilen hukukun maddî hukuk kurallarının doğrudan uygulanacağı haklı olarak ifade edilmiştir¹⁴⁶. Hukuk seçimine ilişkin bağlantı şartı, ancak *lex fori* tarafından arandığı zaman dikkate alınmalıdır. Ayrıca taraflar, seçilen devlet hukukunun maddî hukuk kurallarının aralarındaki uyumsuzlığa uygulanmasına talep etmektedirler. Bu yönde bir bağlantı şartının aranması taraf iradelerinin önüne geçebileceği gibi tarafların öngörmedikleri sonuçlar ile karşılaşmalarına da sebep olabilir.

Taraflar hukuk seçimi bakımından sınırlandırılmamış olsa da hukuk seçimi yolu ile kanuna karşı hile söz konusu olabilir¹⁴⁷. Şöyle ki taraflar, bağlantılı hukukun daha kısıtlayıcı nitelikteki emredici kurallarından kaçmak amacıyla daha esnek kurallar getiren bir hukuku seçmiş olabilirler. Ancak bu yöneki bir seçimin varlığının tespiti

¹⁴² Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 23. Örneğin objektif bağlama kuralı ile ifa yeri ya da sözleşmenin kuruluş yeri göz önüne alınıyorsa taraflar sözleşmede bu yeri belirleyerek aynı sonuca ulaşabileceklerdir.

¹⁴³ Çörtoğlu Koca, **Danışmanlık Sözleşmeleri**, s. 240

¹⁴⁴ Nomer, s. 315; Tekinalp / Uyanık, s. 278; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 265; Aybay / Dardağan, s. 251; Hatice Özdemir Kocasakal, **Türk ve Çin Milletlerarası Özel Hukuk Sistemlerinde Sözleşmelere İlişkin Düzenlemeler ("Türk ve Çin")**, Türk Çin Hukuk Zirvesi Konferans Bildiri Kitabı, Editörler: A. Caner Yenidünya / Mustafa Erkan / Rayhan Asat, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 205; Ekşi, **Ticaret**, s. 35-36; Fügen Sargın, **Fikrî ve Sınai Mülkiyet Haklarına İlişkin Sözleşmeler ("Fikrî ve Sınai Haklar")**, Avrupa'da Devletler Özel Hukuk ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, 2010, Legal Yayınevi, s. 176-177; Demir Gökyayla, s. 310; Çalışkan, s. 61; Can / Toker, s. 242; Acun Mekengeç, s. 95; Elçin, s. 82-83.

¹⁴⁵ Nomer, s. 309; Aybay / Dardağan, s. 251; Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 152.

¹⁴⁶ Acun Mekengeç, s. 87; Bayata Canyaş, s. 61-62.

¹⁴⁷ Bayata Canyaş, s. 56. Kanuna karşı hile, tarafların sözleşmeye yapay yollar ile yabancılik unsuru katmaları ile de gerçekleştirilebilir (Demirkol, s. 140 vd.). Demirkol, bu durumun –kamu düzenini ihlâl etmese bile- kanuna karşı hile olduğunu ve bu durumda objektif bağlama kurallarına göre uygulanacak hukukun belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

oldukça zordur. Kanaatimizce böyle bir yaklaşım taraf iradelerinin sübjektif sebepler ile oldukça sınırlandırılmasına yol açacaktır. Zira kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar ile hâlihazırda bir sınırlama mevcuttur. Ayrıca taraflar, esnek kurallar getirdiği ve menfaatlerine de uyduğu için farklı bir hukuku seçebileceklerdir. Başka bir ifadeyle tarafların bu niyeti hukuk seçimi bakımından bir olumsuzluk olmadığı gibi hukuk seçimine tarafların esas yönelme sebeplerinden biridir. Yine Türk hukuku açısından incelediğimizde MÖHUK tarafından bu yönde anlaşılabilecek hiçbir sınırlama getirilmemiştir. Kanun koyucu tarafları bu yönde sınırlamak isteseydi bu yönde pozitif bir düzenleme getirirdi¹⁴⁸.

Roma I Tüzüğü de bağlantı şartını aramamıştır. Bununla birlikte Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 3 uyarınca sözleşmenin tüm unsurlarının tek bir devlet ile bağlantılı olması durumunda seçilen hukukun, sözleşmenin bağlantılı olduğu devlet hukukunun emredici kuralları ile tüm unsurların Birlik üyesi devletlerden biri veya daha fazlası ile bağlantılı olması hâlinde Birlik hukukunun emredici kurallarını bertaraf edemeyeceği düzenlenmiştir¹⁴⁹. Örneğin, borcun ifa yeri, sözleşmenin kurulduğu yer, tarafların mutlak meskenleri veya işyerleri gibi unsurların tek bir devleti göstermesi hâlinde bu hüküm uygulama alanı bulacaktır. Hatta taraflarca *lex fori* seçilmiş olsa dahi hukukî ilişkinin başka bir hukuk ile bağlantılı olması hâlinde yine bu kural dikkate alınacaktır¹⁵⁰. Aynı düzenleme Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 3 ve Roma II Tüzüğü m. 14 / f. 2 maddesinde de mevcuttur¹⁵¹. Roma II Tüzüğü bakımından örnek vermek gerekirse, ihlâlin gerçekleştiği yer, tarafların mutlak meskenleri veya işyerleri, zararın

¹⁴⁸ Bayata Canyaş, s. 61.

¹⁴⁹ Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 34; Özel, **Yabancılık Unsuru**, s. 431; Tarman, **Roma I**, s. 309; Yüksel, s. 166; Plender / Wilderspin, s. 135; Symeonides, s. 526; Zang, **Rome II**, s. 895. Özdemir Kocasakal bu hususu belirtmekle birlikte Roma I Tüzüğü'ndeki düzenlemenin gerekçesinde, bu hükmün kanuna karşı hilenin engellenmesi amacıyla getirildiğinin ifade edildiğini, ancak kanuna karşı hile kavramından ne anlaşılması gerektiğinin anlaşılamadığını, sözleşmenin tüm unsurlarının tek bir hukukla bağlantılı olması hâlinde salt yabancı hukukun seçilmesinin kanuna karşı hile olup olmadığının belirsizliğini, borçlar hukuku anlamındaki kanuna karşı hile kavramının da milletlerarası özel hukukta uygulanması mümkün olmayan bir kural olduğunu belirterek bu yaklaşımın eleştirildiğini ifade etmiştir (Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 35, dn. 22). Doktrinde Symeonides, "tüm unsurlar" yerine "sıkı ilişki" olarak yapılacak bir düzenlemenin daha uygun olacağını belirtmiştir. Zang da benzer gerekçe ile düzenlemeyi eleştirmiştir (Zang, **Rome II**, s. 901).

¹⁵⁰ Dicey / Morris, s. 1215-1216. Yazarlar burada hukuk seçiminin yapıldığı an dikkate alınarak unsurların değerlendirileceğini belirtmişlerdir. Örneğin hukuk seçimi yapıldığı anda tüm unsurları belirli bir ülkeye işaret eden hukukî ilişkide taraflar daha sonra ifa yerini farklı bir ülke olarak belirleseler dahi bu madde uygulama alanı bulacak ve seçim yapıldığı anda işaret edilen ülke hukukunun emredici kuralları bertaraf edilemeyecektir. Burada emredici kural kavramı ile sözleşme yapılarak aksi kararlaştırılamayacak kurallar kast edilmiştir (Dicey / Morris, s. 1216).

¹⁵¹ Öztekin Gelgel, s. 223; Dicey / Morris, s. 1215; Harding, s. 154; Symeon C. Symeonides, **Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity ("Missed Opportunity")**, American Journal of Comparative Law, Winter 2008, Vol. 56, No. 1, s. 215; Zang, **Rome II**, s. 900.

meydana geldiği yer gibi unsurlar dikkate alınarak inceleme yapılacaktır. Her iki düzenlemede de seçilen hukukun bir üye devlet hukuku olması gerektiğine ilişkin bir düzenleme ve yorum bulunmamaktadır. Taraflar, üye olmayan bir devlet hukukunu da bu kapsamda uygulanacak hukuk olarak belirleyebilirler¹⁵².

III. SEÇİLEN HUKUKUN UYGULAMA ALANI

A. Hukuk Seçimi ve Atıf İlişkisi

Milletlerarası özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda, kanunlar ihtilâfi kuralları somut uyuşmazlığın çözümü konusunda maddî hukuka ilişkin düzenlemeler öngörmezler. Kanunlar ihtilâfi kuralları yalnızca hangi hukukun maddî kuralların uygulanacağını belirlerler. Diğer bir deyişle kanunlar ihtilâfi kuralları, uyuşmazlıkları doğrudan çözmez, çözecek olan hukuku tespit ederler. Yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının dikkate alınıp alınmaması hâline göre atıf göz önüne alınacaktır. Yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları dikkate alınacaksa bu durumda atıf söz konusu olacak, maddî hukuk kuralları dikkate alınacaksa atıf söz konusu olmayacaktır¹⁵³.

Atıf söz konusu olduğunda bahsedilmesi gereken iki temel kavram bulunmaktadır. Bunlar “iade atıf”¹⁵⁴ ve “devam eden atıf”, diğer bir deyişle *renvoi* kavramıdır. İade atıf, yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının kendisine atıf yapan hukuka geri atıf yapmasıdır. Devam eden atıf ise yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının üçüncü bir devlete atıf yapmasıdır.

Renvoi kavramına yapılan en kuvvetli eleştiri bazı hâllerde sonsuz ve kısır bir döngü yaratmasıdır¹⁵⁵. Örneğin yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının Türk hukukuna atıf yapması hâlinde, uygulanacak hukukun belirlenmesi kısır bir döngüye

¹⁵² Özkan / Süral / Tütüncübaşı, s. 380; Fentiman, s. 177.

¹⁵³ Atıf hakkında detaylı bilgi için bkz. Barış Mesci, **Milletlerarası Özel Hukukta Atıf (Renvoi)**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul, 2014; Süheyla Balkar Bozkurt, **Uluslararası Özel Hukuk’ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi (“Atıf”)**, GÜHFD, 2014 / 2, C. 2, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, s. 795-861; Merve Acun Mekengeç, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensibinin Uygulanması**, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 3-4, s. 237-283.

¹⁵⁴ Doktrinde geriye dönen atıf kavramı da kullanılmaktadır (Tekinalp / Uyanık, s. 37).

¹⁵⁵ Tekinalp / Uyanık, s. 37; Aybay / Dardağan, s. 158.

girmektedir. Zira Türk hukuku yabancı hukuka atıf yapmakta, yabancı hukuk ise tekrar Türk hukukuna atıf yapmaktadır ve bu durumda hangi hukukun uygulanacağını belirlemek güçleşmektedir. Devam eden atıf bakımından örnekleme yapılırsa, üçüncü devlet hukukuna yapılan atıf hâlinde üçüncü devlet hukukunun başka devlet hukukun atıf yapması söz konusu olursa burada da sonsuz atıf söz konusu olabilmektedir.

Türk hukukunda MÖHUK m. 2 / f. 3'te düzenlemesi ile kişiler hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflar dışında atıf reddedilmiştir. Kişiler ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda da sonsuz atfın önüne geçmek için atfın yalnızca bir kere dikkate alınacağı ve atıf yapılan hukukun maddî hukuk kurallarının uygulanacağı düzenlenmiştir. Böylece atıf kavramına yapılan eleştirilerin önüne geçilmiş ve atıf ile kısır bir döngüye girilmemesi için özel düzenleme yapılmıştır.

Taraflarca hukuk seçimi yapılan hâllerde seçilen hukukun kanunlar ihtilâfî kurallarının mı yoksa maddî hukuk kurallarının mı uygulanacağı, tespiti önem arz eden bir konudur. Zira bu hâlde de atfa ilişkin bazı prensiplerin kabul edilmemesi hâlinde yine sonsuz ya da kısır bir döngü ortaya çıkabilecek ve uygulamada sıkıntılar ile karşılaşılabilir. Mülga MÖHUK döneminde taraflarca yapılan hukuk seçiminin maddî hukuk kurallarının seçilmiş olduğu anlamına geldiği kabul edilmekteydi¹⁵⁶. Kanun düzenlemesinde “taraflarca seçilen kanun” hükmü mevcuttu ve doktrinde bu düzenleme ile atfın önüne geçilmesinin amaçlandığı ifade edilmekteydi¹⁵⁷.

Milletlerarası özel hukukta hukuk seçimi bakımından genel kabul atfın reddedilmesi yönündedir¹⁵⁸. Hukuk seçimi yapılması hâlinde seçilen hukukun maddî hukuk kurallarının uygulanacağı kabul edilmektedir. Taraflarca örneğin Rus hukuku seçildi ise, Rus hukukunun maddî hukuk kuralları aralarındaki ilişkiye uygulanacak, bu hukukun kanunlar ihtilâfî kuralları ve atıf dikkate alınmayacaktır.

¹⁵⁶ Ergin Nomer / Cemal Şanlı, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 13. Bası, 2005, s. 298; Gülören Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 7. Bası, 2002, s. 283; Aysel Çelikel, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 7. Bası, 2004, s. 253; Çilingiroğlu, s. 114; Sargın, s. 207.

¹⁵⁷ Nomer / Şanlı, s. 298; Çelikel, s. 253; Demirkol, s. 144; Alibaba, s. 188.

¹⁵⁸ Nomer, s. 320-321; Tekinalp / Uyanık, s. 280; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 48-49; Balkar Bozkurt, **Atıf**, 850; Tüzüner, **Marka Rehni**, s. 114; Toker, s. 1032; Elçin, s. 153; İrge Erdoğan, s. 113-114; Giuliano / Lagarde, No C 282/37; Plender / Wilderspin, s. 89; Clarkson / Hill, s. 208; Symeonides, s. 536; Zang, **Rome II**, s. 896; Fentiman, s. 186. Şanlı, milletlerarası özel hukuktaki prensip bu yönde olmasına rağmen tarafların açıkça atfın dikkate alınmayacağını sözleşmelerine yazmalarında fayda olduğunu, zira özellikle milletlerarası ticaret ve borçlar hukukunda farklı uygulama ve yaklaşımların söz konusu olabileceğini ifade etmiştir (Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 49).

Hukuk seçimi ve atıf bakımından düzenleme MÖHUK m. 2 / f. 4'te yapılmıştır. Düzenlemeye göre uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hâllerde taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddî hukuk kurallarının uygulanacağı düzenlenmiştir. Böylelikle hukuk seçimi hâlinde atıf problemleri ile de karşılaşılmayacak, seçilen hukukun maddî hukuk kuralları taraflar arasındaki uyumsuzlığa uygulanacaktır¹⁵⁹. Gerçekten de seçilen hukukun kanunlar ihtilâfî kurallarının dikkate alınması hâlinde taraflarca yapılan hukuk seçiminin anlamı ve amacı ortadan kalkacak, uygulanmasını hiç öngörmedikleri bir hukukun aralarındaki uyumsuzlığa uygulanması söz konusu olabilecektir¹⁶⁰. Yine evlilik mallarına ilişkin olarak yapılacak olan hukuk seçiminde de MÖHUK m. 2 / f. 4 uyarınca atıf dikkate alınmayacaktır¹⁶¹.

Madde gerekçesinde bu fıkra hükmünün doğabilecek tereddütleri giderme amacıyla düzenlendiği ifade edilmiştir¹⁶². Doktrinde bu husus eleştirilmiş, esasen böyle bir hükmün tereddütler meydana getirdiği ifade edilmiştir¹⁶³. Zira atfın konu bakımından yalnızca kişiler ve aile hukukunda dikkate alınacağı düzenlenmiş, taraflara hukuk seçimi imkânı ise kural olarak borçlar hukuku, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümlerinde tanınmıştır. Diğer bir deyişle, taraflara hukuk seçimi imkânı tanınan hâllerde atfın dikkate alınmayacağına hâlihazırda MÖHUK m. 2 / f. 3 ile düzenlendiği, kişiler ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda yalnızca evlilik malları hakkında eşlere sınırlı bir imkân getirildiği, ilgili düzenleme ile yalnızca evlilik malları hakkında hukuk seçimi hâline ilişkin olarak tereddütlerin giderildiği ifade edilmiştir¹⁶⁴. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanun tarafından bu yönde açık bir

¹⁵⁹ Nomer, s. 321; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 49; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 24; Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 148; Toker, s. 1032.

¹⁶⁰ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 49; Sargın, s. 207; Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 30; Balkar Bozkurt, **Atıf**, 850; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 24; Çilingiroğlu, s. 112; Can / Toker, s. 247.

¹⁶¹ Ziya Akıncı / Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1. Bası, 2010, s. 76; Gizem Ersen Perçin, **Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2014, s. 173; Şensöz, s. 198. Mülga MÖHUK döneminde hukuk seçimi yapılmış olması hâlinde evlilik mallarına uygulanacak hukuk bakımından atıf reddedildiğine ilişkin olarak bkz. Öztürk Yılmaz, s. 250.

¹⁶² 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, **Madde Gerekçeleri**, "http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf" (Erişim tarihi: 11.01.2017), s. 1.

¹⁶³ Feriha Bilge Tanrıbilir, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine ("Değişiklikler")**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 87, 2010, s. 208; Balkar Bozkurt, **Atıf**, s. 851.

¹⁶⁴ Balkar Bozkurt, **Atıf**, s. 851-852.

düzenleme getirilmesinin bir tereddüt yaratmadığı, aksine bu konuyu açıklığa kavuşturduğu görüşündeyiz.

MÖHUK m. 2 / f. 4 uyarınca taraflarca atfın dikkate alınacağı kararlaştırılabilir. Ancak bu kararlaştırmanın, madde hükmünden de anlaşılacağı üzere açık olması gerekmektedir. Kanaatimizce taraflar bu hükmün aksini kararlaştırmaktan imtina edeceklerdir. Zira hukuk seçimi yolu ile taraflarca esas olarak amaçlanan sözleşmenin hukukî güvenliğini sağlamak ve sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yaşanabilecek belirsizlikleri ortadan kaldırmaktır. Taraflarca seçilen hukukun kanunlar ihtilâfî kurallarının da dikkate alınması hâlinde çok farklı ve hiç tahmin edilmeyen bir hukuk sistemi uyuşmazlığa uygulanabilir. Bu durumda hem hâkim hem de taraflar açısından somut uyuşmazlığın çözümü bakımından zorluklar yaratacaktır.

Taraflarca seçilen hukuktaki bir kuralın maddî hukuk kuralı mı yoksa kanun uygulama alanı hakkında tek taraflı bir kanunlar ihtilâfî kuralı mı olduğu konusunda tereddüt oluşabilir. Doktrinde, bu hâllere ilişkin olarak uygulanacak hukuka göre kuralın anlamı ve yorumundan sonuca ulaşılması gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir¹⁶⁵.

Hukuk seçimi bakımından seçilen hukukun hukuk seçimine imkân tanıyıp tanımadığına da bakılmayacaktır¹⁶⁶. Zira hukuk seçimine ilişkin kurallar kanunlar ihtilâfî kurallarıdır ve atıf reddedildiği için bu düzenlemeler dikkate alınmayacaktır. Ancak taraflar, seçmiş oldukları hukukun kanunlar ihtilâfî kurallarının dikkate alınacağı konusunda anlaşılırlarsa, bu durumda seçilen hukukun hukuk seçimine ilişkin düzenlemeleri de dikkate alınacaktır.

Roma I Tüzüğü, Roma II Tüzüğü ve Roma III Tüzüğü de açık madde düzenlemeleri ile atfı reddetmiştir. Roma I Tüzüğü m. 20, aksi öngörülmediği sürece atfın dikkate alınmayacağını, objektif bağlama kuralları ya da hukuk seçimi yolu ile belirlenen hukukun maddî hukuk kurallarının uygulanacağını düzenlemiştir. Roma II

¹⁶⁵ Nomer, s. 321; Demir Gökyayla, s. 309. Nomer, hukuk seçimi anlaşmasının, bir davada uygulanacak hukuku belirlemesine rağmen usul hukukuna ait bir sözleşme olmadığını belirtmiştir. Hukuk seçimi, maddî hukuka ait bir sözleşmenin tabi olacağı hukuk düzeninin taraflarca belirlenmesi anlam ve maksadını ifade eder (Nomer, s. 316).

¹⁶⁶ Demir Gökyayla, s. 290.

Tüzüğü m. 24 ve Roma III Tüzüğü m. 11’de de benzer düzenleme yapılmış, atıf tamamen reddedilmiştir.

B. Hukuk Seçiminin Kapsamı

Hukuk seçimi ile belirlenen hukukun uygulama alanının da belirlenmesi gerekmektedir. Zira belirlenen hukukun taraflar arasındaki hukukî işlem ya da ilişkinin hangi aşamalarına, işlem ya da ilişkinin niteliğine göre hangi kapsamda uygulanacağını belirlenmemesi taraflar ve hâkim açısından zorluklar yaratacaktır.

Taraflarca seçilen hukuk sözleşmenin meydana gelişi, hükümleri, yorumu, niteliğinin belirlenmesi, geçerliliği, hükümsüzlüğü, hükümlerinden birinin mevcudiyeti ile irade sakatlıkları, borcun ifası ve diğer sona erme sebepleri gibi ortaya çıkan tüm uyuşmazlıklarda kural olarak uygulama alanı bulacaktır¹⁶⁷. Ehliyet, şekil, ifanın şekli ve temsil hâllerine ilişkin düzenlemeler seçilen hukukun kapsamı dışındadır¹⁶⁸.

Sözleşme öncesi görüşmelerden kaynaklanan *culpa in contrahendo* sorumluluğunun da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Sözleşme öncesi görüşmeler için de tarafların hukuk seçimi yapmaları mümkündür¹⁶⁹. Doktrinde, hukuk seçimi yapılmamış olması hâline ilişkin olarak *culpa in contrahendo*’dan doğan taleplere sözleşme statüsünün uygulanacağı ileri sürülmüştür¹⁷⁰. MÖHUK’ta bu husus açık şekilde düzenlenmemiştir. Ancak Roma II Tüzüğü m. 12 *culpa in contrahendo* sorumluluğunu özel olarak düzenlenmiştir¹⁷¹. Maddeye göre, sözleşme öncesi

¹⁶⁷ Nomer, s. 316; Tekinalp / Uyanık, s. 291; Akıncı, s. 71; Özdemir Kocasakal, **Türk ve Çin**, s. 211-212; Sargın, s. 37; Demir Gökyayla, s. 352; Nuray Ekşi, **Eşyanın Taşınmasına İlişkin Sözleşmeler (“Eşyanın Taşınması”)**, Avrupa’da Devletler Özel Hukuk ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, 2010, Legal Yayınevi, s. 127; Özkan / Süral / Tütüncübaşı, s. 397; Toker, s. 1025; Alibaba, s. 86 vd.; Çörtoğlu Koca, **Danışmanlık Sözleşmeleri**, s. 252.

¹⁶⁸ Tekinalp / Uyanık, s. 279; Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 11; Toker, s. 1025; Alibaba, s. 93. Alibaba, hukuk seçiminin kapsamı dışındaki hâlleri detaylı olarak incelemiştir.

¹⁶⁹ Kazım Sedat Sirmen, **Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini**, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2016, s. 148. Hatta bu seçim üstü kapalı olarak da yapılabilir (Sirmen, s. 150).

¹⁷⁰ Nomer, s. 332; Sirmen, s. 151; Bektaş, s. 103.

¹⁷¹ Clarkson / Hill, s. 283; Fentiman, s. 179. Kanun koyucu, *culpa in contrahendo* sorumluluğunu Roma I Tüzüğü değil, Roma II Tüzüğü ile düzenlemiştir. Bu düzenlemenin nedeni Avrupa Topluluğu Adalet Divanı’nın Brüksel I Tüzüğü’ne ilişkin olarak bu sorumluluğu akit dışı olarak vasıflandıran içtihadı ve çoğu ülkenin maddî hukukları ile uyum sağlanması amacıdır (Özkan / Süral / Tütüncübaşı, s. 378).

görüşmelere ilişkin olarak *culpa in contrahendo*'dan doğan taleplerde, sözleşmenin geçerli olarak kurulup kurulmadığına bakılmaksızın sözleşmeye uygulanacak olan hukuk ya da sözleşme geçerli olarak kurulmuş olsaydı buna bağlı olarak sözleşmeye uygulanacak olan hukuk uygulanacaktır. Bu durumda tarafların sözleşmenin kurulması aşamasında bir hukuk seçimi yapmış olmaları hâlinde, seçmiş oldukları bu hukuk, *culpa in contrahendo*'dan doğan taleplerde de uygulama alanı bulacaktır. Tarafların bu yöndeki seçimleri, genellikle sözleşme öncesinde imzaladıkları niyet mektubunda yer alır¹⁷².

Halefiyet hâllerinde hukuk seçiminin uygulama alanı önem taşımaktadır¹⁷³. Özellikle sigorta sözleşmelerinden kaynaklı olarak bu yönde talepler olduğunda hangi hukukun uygulanacağı belirlenmelidir. Doktrinde, borçlu ile alacaklının aralarında bir hukuk seçimi yaparak uygulanacak hukuku belirledikleri takdirde, bu hukuk seçiminin, alacaklıya yapmış olduğu ödemeyi borçluya rücu eden sigorta şirketini de bağlayacağı ifade edilmiştir¹⁷⁴. Diğer bir deyişle, borçlu ile alacaklının seçtiği hukuk, halef olunan hakların kapsamını ve sigortalıya karşı sigortalının borçlusu olan kişinin özel durumlarını ileri sürüp süremeyeceğini de belirlemektedir¹⁷⁵. Yargıtay tarafından verilen bir kararda da konişmentoda yapılan hukuk seçiminin sigortacı bakımından da uygulama alanı bulacağı karara bağlanmıştır¹⁷⁶. Roma I Tüzüğü m. 14 ile halefiyet hâli özel olarak düzenlenmiş olup alacaklı ile borçlu arasındaki ilişki bakımından uygulanacak hukukun halefiyet hâlinde de uygulanacağı öngörülmüştür. Taraflar arasında bir hukuk seçimi yapılmış ise bu hukuk halefiyetten kaynaklanan hukukî ilişki için de uygulanacaktır.

Hukuk seçiminin kapsamı evlilik mallarına ilişkin uygulanacak hukuk bakımından önem kazanmaktadır. Evlilik malları ile ilgili olarak eşler arasında kanunen hangi mal rejiminin geçerli olacağı, eşlerin mal rejimini seçme imkânı, mal rejiminin dönüştürülmesinin koşul ve sonuçları, eşlerin evlilik malları üzerindeki

¹⁷² Zeynep Derya Tarman, **Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ("Culpa in Contrahendo")**, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. II, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 1668.

¹⁷³ Halefiyete uygulanacak hukuk hakkında detaylı bilgi için bkz. Sema Çörtoğlu Koca, **Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yer Alan Düzenlemeler Uyarınca Halefiyete Uygulanacak Hukuk ("Halefiyet")**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 2015, s. 53-86.

¹⁷⁴ Çörtoğlu Koca, **Halefiyet**, s. 81.

¹⁷⁵ Çörtoğlu Koca, **Halefiyet**, s. 81. Yazar, seçilen hukukun uygulanması için geçerli bir hukuk seçimi yapılmış olması gerektiğini ifade etmiştir.

¹⁷⁶ Yarg. 11. HD., 22.11.2010 T., 2009 / 5737 E., 2010 / 11749 K.

yönetim, yararlanma ve tasarruf hakları, hangi malların evlilik malı olduğu, evlenme sözleşmesinin yapılma şartları ve zamanı gibi hususlarda seçilen hukuk uygulama alanı bulacaktır¹⁷⁷.

Doktrinde, fikrî mülkiyete ilişkin hakların konu bakımından sınırlı bulunduğu, yalnızca haksız bir fiilin ardıl taleplerini ilgilendiren konular ile fikrî mülkiyet hakkının ihlâlinden doğan talepler bakımından maddenin uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir¹⁷⁸. Bu durumda taraflar, maddî tazminat, zararın giderilmesi, zararın önlenmesi, zararın durdurulması, tecavüzün önlenmesi ve tecavüzün durdurulması gibi taleplerinde hukuk seçimi yapabileceklerdir¹⁷⁹.

Hukuk seçiminin kapsamı bakımından MÖHUK m. 33'ün incelenmesi gerekmektedir. Zira maddede ifa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına ilişkin tedbirler konusunda bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı devlet hukukunun dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle bu konularda talepler söz konusu olması hâlinde seçilen hukuk değil, maddede düzenlenen hukuk uygulanabilir¹⁸⁰. Kanun tarafından ifa usulünün tanımı yapılmadığı için bu konu, *lex fori*'ye göre belirlenecektir¹⁸¹. MÖHUK m. 33, hâkim tarafından uygulanmak zorunda olmayan bir maddedir. Maddenin lafzından da anlaşılabacağı üzere, ilgili hükümlerin hâkim tarafından dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bu madde hükmünün uygulanıp uygulanmayacağına, uygulanacaksa kısmen mi yoksa tamamen mi uygulanacağına hâkim karar verecektir¹⁸².

¹⁷⁷ Tekinalp / Uyanık, s. 163; Çelikel / Erdem, s. 253; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 128; Doğan, s. 303; Aybay / Dardağan, s. 211; Can / Toker, s. 187-188; Öztürk Yılmaz, s. 231. Evlilik mallarına uygulanacak hukuk hakkında detaylı bilgi için bkz. Ziya Akıncı / Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1. Bası, 2010. 71 vd.; Gizem Ersen Perçin, **Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2014; Necla Öztürk Yılmaz, **Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2006; Ebru Şensöz, **27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilâflarda Uygulanacak Hukuk**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 8, S. 16, Güz 2009, s. 173-211.

¹⁷⁸ Özlem Tüzüner, **Faydalı Modelin Korunması ve Faydalı Modelin Korunmasına Uygulanacak Hukuk ("Faydalı Model")**, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 1. Bası, 2011, s. 426-427.

¹⁷⁹ Tüzüner, **Faydalı Model**, s. 427.

¹⁸⁰ Nomer, s. 332-333. Madde gerekçesinde, bu düzenlemenin pratik zorunluluklar nedeniyle ifanın gerçekleştirileceği yer hukuku ile sözleşmeye uygulanacak hukuk arasında oluşabilecek çelişkiler giderilmesi amacıyla getirildiği ifade edilmiştir (**Madde Gerekçeleri**, s. 13).

¹⁸¹ Ekşi, **Eşyanın Taşınması**, s. 128. "Genel olarak ifa usulü kavramının kapsamına, malların ölçülmesi, tartılması, alıcı tarafından muayene edilmesi, incelenmesi ve eğer mallar alıcı tarafından teslim alınmazsa yapılacak işlemler; ifa zamanında ödenecek paranın ne şekilde hazır edileceği konuları girmektedir."

¹⁸² Ekşi, **Eşyanın Taşınması**, s. 128-129.

Doktrinde, tarafların hukuk seçimi yapip yapamayacaklarına ve bu seçimin sınırlarına *lex fori*'nin karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁸³. Bu nedenle, taraflarca bir yetki sözleşmesi yapılması hâlinde yargılamayı yapacak olan yer mahkemesinin hukuk seçimine ilişkin düzenlemeleri mutlak surette gözden geçirilmelidir. Zira yargılamanın yapılacağı devlet hukukunda hukuk seçimi sınırlı bir şekilde tanınabileceği gibi hiç kabul edilmemiş de olabilir.

C. Seçilen Hukukta Meydana Gelen Değişiklikler

Taraflar arasındaki hukukî işlem veya ilişki bakımından hukuk seçimi yapılmış olması hâlinde, seçimin yapılmasından sonra seçilen hukukta değişiklikler meydana gelmiş olabilir. İşte bu gibi durumlarda hukuk seçimine ilişkin sözleşmenin kuruluşu anında yürürlükte olan hukukun mu, yoksa uyumsuzluk çıktığı ve sorunun çözümü gereken dönemde yürürlükte olan hukukun mu uygulanacağı önemli bir sorun teşkil etmektedir.

Doktrinde bu konuda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre; hukuk seçimi yapılan tarihten sonra meydana gelen değişikliklerin dikkate alınmaması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁸⁴. Zira seçilen hukukun mevcut hâliyle taraflarca kabul edildiğinin kabulü, hukuk güvenliği açısından daha yerinde olacaktır. Diğer görüşe göre ise hukuk yaşayan bir özelliğe sahiptir¹⁸⁵. Meydana gelen değişikliklerin hukukî

¹⁸³ Akıncı, s. 75; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkileri**, s. 7; Demir Gökyayla, s. 290; Bayata Canyaş, s. 8; Toker, s. 1029; Yasan, s. 148; Alibaba, s. 79. Doktrinde Demirkol, taraflarca yapılan hukuk seçiminin dayanağının kanunlar ihtilâfi kuralları olmadığını, kaynağını tarafların iradesinden aldığını, bu nedenle taraflarca yapılan hukuk seçiminin yabancı hukuklar tarafından kabul edilmesinin tarafların hukuk seçimi yönündeki iradesinin hukuk sisteminde bir sonuç doğurması olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle taraflarca seçilen hukuk bazı hukuk sistemleri bakımından geçersiz, bazı hukuk sistemleri bakımından geçerli ve uygulanabilir kabul edilse de, bu yorumlar hukuk seçiminin varlığını etkilemeyecektir. Yazara göre *lex fori*'nin işlevi, hukuk seçiminin sonuç doğurmasını kabul etmekten ibarettir (Demirkol, s. 74 vd.).

¹⁸⁴ Tekinalp / Uyanık, s. 281; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 50. Tekinalp / Uyanık, burada en iyi yolun taraflar arasındaki anlaşma olduğunu belirtmiştir. Şanlı, mevzuatın düzenlemesine bakılması gerektiğini, mevzuatın geriye etkili olması hâlinde geriye etkili uygulanacağını, aksi hâlde tarafların seçimi yaptıkları andaki hukukun kabul edileceği ifade edilmiştir. Bu nedenle tarafların bu yönde bir maddeyi sözleşmelerine eklemelerinde fayda vardır. Aynı yönde bkz. Can / Toker, s. 246; Acun Mekengeç, s. 104-105.

¹⁸⁵ Nomer, s. 322; Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 36; Sargın, s. 190, dn. 140; Ekşi, **Ticaret**, s. 35; Demir Gökyayla, s. 317; Çalışkan, s. 69; Alibaba, s. 173; Dicey / Morris, s. 1223; Fentiman, s. 186. Özdemir Kocasakal, seçilen hukukta sonradan meydana gelen değişikliklerin tarafların aleyhine olması hâlinde, yaptıkları hukuk seçimini sonradan değiştirebilmelerinin mümkün olduğunu, bu nedenle uzlaşarak sonradan aleyhe düzenlemelerin yapıldığı hukuk yerine yeni bir hukuk seçebileceklerini, böyle bir seçim olmaması hâlinde sözleşmenin değişikliklerden etkileneceğini ifade

ilişkiye uygulanacağı, hâkimin önüne bir uyuşmazlık geldiğinde yürürlükteki hukuka göre karar vereceği ifade edilmiştir. Ayrıca aksinin kabulü, tarafların yürürlükten kalkan emredici kurallardan kurtulamayacağı gibi yürürlüğe sonradan giren emredici kurallardan da etkilenmeyecekleri sonucunu doğuracaktır¹⁸⁶.

Tarafların, sonradan meydana gelen değişikliklerden etkilenmemelerinin iki yolu bulunmaktadır. Bunlar, istikrar şartları ve *incorporation* yapılmasıdır. Taraflar, işlem güvenliğinin sağlanması ve menfaatlerin korunması amacıyla belirli bir tarihte yürürlükte bulunan hukukun aralarındaki uyuşmazlıklara uygulanacağını kararlaştırabilirler¹⁸⁷. Bu husus, uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir düzenlemedir. Bu gibi sözleşme şartlarına “istikrar şartları (*stabilization clause*)” denilmektedir.

İstikrar şartlarının geçerliliğine *lex causae* karar verecektir¹⁸⁸. Doktrinde istikrar şartları, devlet ile özel hukuk kişileri arasında yapılan sözleşmeler ve özel hukuk kişilerinin kendi aralarında yapmış oldukları sözleşmeler olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmakta ve akıbetleri bakımından ayırım yapılmaktadır¹⁸⁹.

Taraflarından biri devlet olan sözleşmelerde, tarafların istikrar şartlarını sözleşmelerine dâhil etmeleri kabul edilmektedir¹⁹⁰. Zira aksinin kabulü, devletin tek taraflı ve lehine olacak şekilde mevzuatta değişiklik yapmasının yolunu açacak ve bu da hukuk güvenliğini ihlâl eden sonuçlar ortaya çıkaracaktır. Yine bu şartlara geçerlilik tanınarak sözleşmedeki denge de korunabilecektir¹⁹¹. Doktrinde, devlet tarafından istikrar şartlarının ihlâl edildiği hâllerde devletin yalnızca tazminat yükümlülüğünün ortaya çıkacağı belirtilmiştir¹⁹². Zira devleti, değiştirilmiş ya da yeni yürürlüğe koyulmuş mevzuat bakımından zorlamak mümkün değildir.

etmiştir. Alibaba'ya göre ise seçilen hukukun önceden öngörülemez derecede hayret verici bir değişikliğe uğraması bu ilkenin istisnasıdır.

¹⁸⁶ Demir Gökyayla, s. 317.

¹⁸⁷ Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 266; Dicey / Morris, s. 1219. Aksi görüş için bkz. Fentiman, s. 193. Fentiman, istikrar şartlarının geçerli olmayacağını ileri sürmüş, hukukun yaşayan bir özelliğe sahip olduğunu ifade etmiştir.

¹⁸⁸ Demir Gökyayla, s. 318-319.

¹⁸⁹ Demir Gökyayla, s. 318; Bayata Canyaş, s. 57; İrge Erdoğan, s. 117.

¹⁹⁰ Nomer, s. 322; Ekşi, **Incorporation**, s. 270; Demirkol, s. 161; Demir Gökyayla, s. 318; Çalışkan, s. 69; İrge Erdoğan, s. 117; Dicey / Morris, s. 1219. Demir Gökyayla, bu yöndeki seçimlerin, kanun değişikliğini yapan devlet mahkemelerince genel olarak geçerli kabul edilmediğini ifade etmiştir.

¹⁹¹ Demirkol, s. 161.

¹⁹² Demir Gökyayla, s. 319.

Devlet ile özel hukuk kişileri arasındaki sözleşmelere istikrar şartları üç farklı şekilde sözleşmeye dâhil edilebilir. Bunlar sözleşmenin imzalandığı gün itibariyle seçilen hukukun sabit hâle getirilmesi, sözleşme imzalandıktan sonra meydana gelen değişikliklerin sözleşmeye etki etmemesi ve son olarak ifanın sözleşme imzası zamanındaki hukuka göre yapılacağı şeklinde olabilir¹⁹³.

Özel hukuk kişileri arasında yapılan sözleşmelerde kural olarak tarafların, emredici kurallara aykırı düzenlemeler yapmaları mümkün değildir. Taraflarca yapılan hukuk seçimi, seçilen hukukun emredici kuralları göz önüne alınarak uygulanır. Ancak taraflar, hukuk seçimi yaparken belirli bir tarihte yürürlükte bulunan hukuku tercih ederlerse, bu tercihin ne şekilde yorumlanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Doktrinde, özel hukuk kişileri arasında yapılan istikrar şartlarına ilişkin olarak seçilen hukukun emredici hükümleri bakımından ayırım yapılmaktadır. Buna göre taraflar, her ne kadar sözleşmelerinde istikrar şartı düzenlemesi yapsalar da seçmiş oldukları hukukta sonradan yürürlüğe giren emredici kuralları bertaraf edemeyeceklerdir¹⁹⁴. Bu hâlde, istikrar şartı yapıldığı anda emredici olmayan hükümlerin sözleşmeye dâhil edilmiş olduğu kabul edilecek, emredici kurallar ise sonradan yürürlüğe giren emredici kurallar ile değiştirilecektir¹⁹⁵. Bu hâlde bir kuralın emredici olup olmadığına *lex causae* uyarınca karar verilecektir¹⁹⁶.

Taraflar arasındaki hukukî ilişki bakımından uyuşmazlık çıktığı dönemde yürürlükte olan hukukun uygulanması, diğer bir deyişle, hukukta sonradan meydana gelen değişikliklerin dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Zira istikrar şartlarına ve *incorporation*'a ilişkin bir seçim bulunmaması hâlinde hâkim, uyuşmazlığın çıktığı dönemde yürürlükte bulunan mevzuatı uyuşmazlığa uygulayacak ve kararını verecektir. Ayrıca uygulama göz önüne alındığında ve tarafların aksini talep etmeleri hâlinde istikrar şartları ve *incorporation* yoluyla bu hususu sağlayabilecekleri, bu tercihte bulunmamalarının uyuşmazlık çıktığı dönemde yürürlükte bulunan hukukun uygulanması konusunda üstü kapalı bir tercih olduğu da düşünülebilir.

¹⁹³ Ekşi, **Ticaret**, s. 72.

¹⁹⁴ Nomer, s. 322; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 266; Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 36; İrge Erdoğan, s. 118. Özdemir Kocasakal, tarafların seçtikleri hukukun o an itibariyle uygulanmasını talep etmeleri hâlinde bu talebin bir hukuk seçimi olarak değil *incorporation* olarak değerlendirilmesi gerektiğini haklı olarak ifade etmiştir.

¹⁹⁵ Ekşi, **Incorporation**, s. 271; Demirkol, s. 160; Demir Gökyayla, s. 321; Bayata Canyaş, s. 58.

¹⁹⁶ Bayata Canyaş, s. 58.

D. Seçilen Hukukun Uygulanmasına Engel Olan Hâller

1. Kamu Düzeni

Kamu düzeni kavramı, milletlerarası özel hukukta üzerinde en çok tartışılan, net bir tanımı veya karşılığı tespit edilemeyen, yorumu döneme ve yere göre değişen bir kavramdır¹⁹⁷. Toplumların ahlak ve hukuk anlayışında farklılıklar olabileceği gibi aynı toplumun ahlak ve hukuk anlayışı da zamanla değişebilmektedir. Bu nedenle doktrinde de daha çok örnekleme ve yargı kararları ile açıklanmaya çalışılmıştır.

Hâkim, geçerli bir hukuk seçimi yolu ile taraflar arasındaki hukukî ilişkiye uygulanacak hukuku belirledikten sonra somut olaya uygulanacak yabancı hukukun ilgili hükümlerini tespit edecektir. En temel ve basit hâliyle ifade etmek gerekirse, tespit edilen hükümlerin, *lex fori*'deki temel ilkeler ile adalet ve medeniyet anlayışına ters düşmesi hâlinde kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile ya kendi hukukunu uygulayacak ya da uyuşmazlıktaki unsurlara bakarak başka bir hukuk tespit ederse o hukuku uygulayacaktır¹⁹⁸. Burada bahsedilen “temel ilkelere aykırılık” kavramı MÖHUK m. 5 uyarınca açık ve tereddüte yer vermeyecek şekilde olmalıdır. MÖHUK'ta Türk kamu düzeninden bahsedildiği için yabancı kamu düzeni dikkate alınmayacaktır¹⁹⁹.

Anayasa'daki temel hak ve özgürlüklere aykırı her yabancı hükmün doğrudan kamu düzenine aykırı kabul edilmesi adil olmayan sonuçlar doğurabilecektir²⁰⁰. Şüphesiz Anayasa devletin temel kanunudur ve kamu düzeninin en önemli parçalarından biridir. Ancak Anayasa dâhi temel hak ve özgürlüklerin

¹⁹⁷ Kanun koyucu, kamu düzeni kavramının zamana ve yere göre göreceli olduğundan hareketle, mukayeseli hukuk ile paralel olarak kamu düzenini açıkça tanımlamaktan kaçınmıştır (Doğan, s. 222). Kamu düzeni kavramı, üzerine başlı başına tez yazılabilecek bir kavramdır. Çalışmamızın bu bölümünde kamu düzeninin hukuk seçimi açısından önemli noktaları belirtilecek, sadece bu bağlamda detaylardan bahsedilecektir. Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni hakkında daha geniş bilgi için bkz. Arda Atakan, **Kamu Düzeni Kavramı**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 13, S. 1-2, 2007, s. 59-136; Yılmaz Altuğ / Mustafa Yasan, Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni, **Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan**, İstanbul: Alkım Yayınevi, 2003, s. 139-151; Nedim Turhan, **Devletler Özel Hukukunda Kamu Düzeni**, Yargıtay Dergisi, C. 27, S. 1-2, s. 225-238.

¹⁹⁸ Nomer, s. 161; Tekinalp / Uyanık, s. 43; Doğan, s. 222-223; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 72-73; Dicey / Morris, s. 1217; Clarkson / Hill, s. 237; Zang, **Rome II**, s. 895.

¹⁹⁹ Nomer, s. 179; Doğan, s. 229-230.

²⁰⁰ Doğan, s. 224; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 72, dn. 133.

kısıtlanabileceğini öngörmüştür. Bu nedenle Anayasa'ya aykırı olan yabancı hükümlerin de temel hak ve özgürlüklerin özü bakımından değerlendirmeden geçirilmesi gerekmektedir²⁰¹. Yine Türk hukukunun temel prensiplerine ve emredici kurallarına aykırı olan yabancı hükümler de doğrudan kamu düzenine aykırı kabul edilemez²⁰². Her bir olay somut olarak incelenmeli ve niteliğine göre sonuca gidilmelidir. Örneğin, zamanaşımını Türk hukukundan farklı düzenleyen yabancı hukuk düzenlemesinin kamu düzenine aykırı olduğu ileri sürülemeyecek iken, zamanaşımı süresinin çok uzun belirlenmesi ya da hiç belirlenmemesi hâllerinde kamu düzenine aykırılık söz konusu olabilecektir. Ancak Yargıtay, hukuk seçimi yolu ile uygulanacak olan hukukta belirlenen zamanaşımının Türk hukukundan daha fazla bir süre belirlemesi hâlinde bu hükmün kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesi ile uygulanmayacağına karar vermiştir²⁰³. Yukarıda bahsetmiş olduğumuz gibi salt uzun zamanaşımı süresinin kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz.

Doktrinde, kamu düzenine aykırılık ilkesinin istisnai olarak uygulanan bir kural olması gerektiği genel kabul görmüştür²⁰⁴. Eğer ki hâkim, kamu düzenine aykırılık kavramına sık sık başvurursa, taraflar arasındaki uyuşmazlığa sıklıkla *lex fori* uygulanması gerekecektir²⁰⁵. İrade muhtariyeti ilkesi de göz önüne alınarak, özellikle hukuk seçimi hâllerinde hâkimin uyuşmazlığa bu şekilde yaklaşması tarafların hiçbir şekilde öngörmedikleri sonuçlar ile karşılaşmalarına sebep olabilecektir. Bu kapsamda

²⁰¹ Nomer, s. 169. Doktrinde Doğan, Anayasa m. 10'da düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılığın her şartta kamu düzenine aykırı kabul edileceğini belirtmiştir (Doğan, s. 222). Nomer de Anayasa m. 10'u özel olarak incelemiştir (Nomer, s. 171).

²⁰² Nomer, s. 160; Tekinalp / Uyanık, s. 43. Dürüstlük kuralına ilişkin kamu düzeninin etkisi bakımından bkz. Sargın, s. 199.

²⁰³ Yarg. 11. HD., 05.04.1979 T., 1979 / 1512 E., 1979 / 1798 K. (Nomer / Çelikel / Giray / Esen, s. 449). “Mahkemenin bulunduğu yer kanunun (*lex fori*) tayin ettiği azamî zamanaşımı süresi amir bir hükmüdür. Ve bu nedenle *lex fori*'nin gösterdiği zamanaşımı süresinden daha fazla bir süre tesbit eden yabancı kanununun uygulanması istenemez. *Lex fori* durumunda bulunan BK.'nın 127. maddesi satışlarda zamanaşımı süresinin azaltılabileceğini kabul etmiştir. Bu durumda varılacak sonuç, Türk hukukunda tesbit edilmiş olan zamanaşımı sürelerinin yabancı bir kanuna yollama yapılmak suretile uzatılamayacağı, ancak ticari satışlarda kısaltılabileceğidir. Binnetice, yukarıdaki örnekte Alman Hukukunda daha kısa bir zamanaşımı var olsa idi bunun uygulanması olanak dâhilinde olacak idi. Ancak mahkeme olayda uzatılması mümkün olmayan Türk hukuku zamanaşımının geçtiğini kabul etmiştir. Gerçekten BK.'nın 207. maddesi gereğince satılan malın ayıbından doğan davalar, ayıp daha sonra meydana çıksa bile malın alıcıya tesliminden itibaren bir yıl geçmekle sakıt olur. TTK.'nın 25/4 maddesi ile tacirler arasında bu süreyi altı aya indirmiştir. O hâlde olayda uygulanması gereken azami zamanaşımı süresi tesliminden itibaren 6 aydır.”

²⁰⁴ Nomer, s. 158; Tekinalp / Uyanık, s. 43; Doğan, s. 225; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 74; Akıncı, s. 72; Çalışkan, s. 90.

²⁰⁵ Nomer, s. 159; Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 167. Nomer, kamu düzenine sıklıkla başvuru bir yerde ya kanunlar ihtilâfi kuralının doğru kullanılmadığını, ya da kuralın haklılığının şüpheli olduğunu belirtmiştir.

özellikle hukuk seçimi hâlinde yabancı hukuktaki her farklı düzenleme kamu düzenine aykırı kabul edilmemelidir²⁰⁶.

Kamu düzenine aykırılığın tespitinde taraflar arasındaki uyuşmazlığın yargılamayı yapan devlet ile bağlantısı da önemlidir²⁰⁷. Zira taraflardan birinin Türk vatandaşı olması, sözleşmenin kuruluş yerinin veya haksız fiilin gerçekleştiği yerin Türkiye olması gibi hâllerde Türk kamu düzeninin etkilenme ihtimali daha yüksektir. Tüm unsurları ile yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlığın sonuçları ve hükümleri de daha çok yabancı bir devlette gerçekleşeceği için bu uyuşmazlığın Türk kamu düzenine etkisi de yine çok sınırlı olacaktır. Bu nedenle uyuşmazlığın yabancı bir devlet hukuku ile daha sıkı ilişkili olması hâlinde hâkim, Türk kamu düzeninin daha az etkileneceğini göz önüne alarak seçilen hukuka daha fazla uygulama alanı tanımalı ve bu doğrultuda karar vermelidir.

Hâkim, tarafların bu yönde bir itirazı olmasa dahi uygulanacak hukukun ilgili hükümlerini kamu düzenine uygunluk bakımından re'sen inceler²⁰⁸. Kamu düzenine aykırılık tespit edilmesi hâlinde yapılan hukuk seçimi tümüyle geçersiz olmayacak, yalnızca kamu düzenine aykırı hükümler uygulanmayacaktır²⁰⁹. Diğer bir deyişle yapılan hukuk seçimi geçerliliğini koruyacak, ancak seçilen hukukun kamu düzenine aykırı hükümleri uygulanmayacaktır. Ayrıca hâkim kamu düzeni ilkesine aykırılığı, esas olarak karar verme anında inceleyecek ve kararın kamu düzenine aykırı sonuçlar doğurup doğurmayacağına göre kararını tesis edecektir²¹⁰.

Doktrinde kamu düzeni ilkesinin negatif (menfi) fonksiyonu ile pozitif (müspet) fonksiyonundan bahsedilmiştir²¹¹. Buna göre kamu düzeni ilkesinin negatif fonksiyonu, yabancı hukukun ilgili hükümlerinin *lex fori*'nin temel ilkelerine aykırı olması hâlinde uygulanmamasıdır. Kamu düzeninin pozitif fonksiyonuna göre ise kamu düzeni ile ilgili kurallar birer bağlama kuralıdır ve kanun koyucu hangi kuralların kamu düzeninden olduğunu önceden tespit eder. Bu tespiti göre kuralları

²⁰⁶ Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 264; Doğan, s. 225; Yeşim M. Atamer, **Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması ("Tüketici")**, İÜHMF, C. 55, S. 1-2, 1995-1996, s. 444.

²⁰⁷ Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 75; Doğan, s. 227; Çalışkan, s. 91; Zang, **Rome II**, s. 895.

²⁰⁸ Tekinalp / Uyanık, s. 43.

²⁰⁹ Tekinalp / Uyanık, s. 43; Doğan, s. 219.

²¹⁰ Doğan, s. 220-221.

²¹¹ Nomer, s. 163; Tekinalp / Uyanık, s. 43-44; Doğan, s. 220-221; Çalışkan, s. 92.

uygular ve ihtilâfı çözer. Kamu düzeninin negatif fonksiyonunun kabul edilmesi hâlinde, taraflar arasındaki uyuşmazlığa uygulanacak olan hukukun ilgili hükümleri uygulanmayacaktır. Bu tip durumlarda uyuşmazlığın ortada kalıp kalmayacağı sorunu gündeme gelecektir. Bu hâlde iki seçenek ortaya çıkar. Eğer ilgili yabancı hukukun bu tip durumlar için özel düzenlemeleri varsa hâkim, bu düzenlemelere göre kararını verir. Ancak ilgili hukukun bu yönde bir düzenlemesi yok ise kamu düzeninin pozitif fonksiyonu gündeme gelir ve bu durumda Türk hukuku uygulanarak uyuşmazlık çözüme kavuşturulur²¹².

Kamu düzeninin her ne kadar doktrin tarafından üzerinde uzlaşılan bir tanımı olmasa da Yargıtay, 2012 yılında vermiş olduğu bir içtihadı birleştirme kararı ile kamu düzeni kavramını *“toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralları bütünü”* olarak tanımlamıştır²¹³. Ancak Yargıtay’ın kararları bir bütün olarak incelendiğinde, kamu düzeni kavramına genel olarak bu çerçevede yaklaşılmadığı görülecektir. Yargıtay’ın bu konuya genel yaklaşımı, bazı özel hukuk alanlarını kamu düzeninden saymak ve bunlara ilişkin ihtilâfların çözümünde kamu düzenine aykırılık nedeniyle ilgili yabancı hükmü uygulamamaktır²¹⁴. Yargıtay faiz, kıdem tazminatı²¹⁵, nüfus, zamanaşımı gibi bazı alanları kamu düzeninden saymış ve bu alanlarda kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile yabancı hukukun uygulanmasını kabul etmeyerek Türk hukukunu uygulamıştır. Yargıtay’ın yaklaşımı daha çok kamu düzeninin pozitif etkisi ile bağdaşmaktadır.

²¹² Doğan, s. 227.

²¹³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 2010/1 E., 2012/1 K., 10.02.2012 tarih, RG 20.09.2012-28417 (www.kazanci.com). *“O hâlde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet 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.”*. Yargıtay’ın kamu düzeninin çerçevesini çizdiği bu kararında birleştirilmesi istenen içtihat, yabancı mahkeme kararlarının gerekçeli olmamasının tenfize engel olup olmadığıdır. Burada tenfize engel sebebi olarak kararın gerekçesinin olmamasının kamu düzenine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

²¹⁴ Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 81.

²¹⁵ Muvakkat Kanun döneminde iş sözleşmeleri kamu düzeninden sayılmış ve hukuk seçimine ilişkin taraf iradelerinin bu sözleşmelerde esas alınmayacağı ifade edilmiştir (Berki, s. 378; Elçin, s. 69). Elçin, bu dönemde hukuk seçimine imkân tanınması yönünde görüşler de olduğunu ifade etmiştir. Yine mülga MÖHUK döneminde doktrinde iş sözleşmeleri bakımından Türk hukukunun işçiyi koruyan hükümlerinin kamu düzeninden olduğu ve seçilen hukukun Türk hukukuna göre daha alt düzeyde bir koruma sağlaması hâlinde Türk hukukunun uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir (Nuray Ekşi, **Yabancılaşma Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (“İş Sözleşmeleri”)**, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, 1997, s. 134).

Mülga MÖHUK döneminde Yargıtay'ın birbirinden farklı kararları bulunmaktadır. Yargıtay, bir kararında iş sözleşmesinde belirlenen hukuk seçimi kaydının bir sınırlamaya tabi olmaksızın geçerli olduğunu kabul etmiştir²¹⁶. Yine aynı dönemde her ne kadar taraflarca hukuk seçimi yapılmış olsa da kıdem tazminatının kamu düzeninden sayıldığı ve kıdem tazminatına ilişkin uyuşmazlıkların Türk hukukuna göre çözümlenmesi gerektiğine ilişkin Yargıtay kararları da mevcuttur²¹⁷. Yine tüketici sözleşmeleri bakımından da Türk kamu düzeninin dikkate alınması ve hukuk seçimi şartlarının bu doğrultuda yorumlanması gerektiğine ilişkin kararları da bulunmaktadır²¹⁸.

Salt hukuk seçimi açısından bir değerlendirme yaptığımızda, tarafların serbest iradeleri ile seçmiş oldukları hukuk bakımından kamu düzeni ilkesinin, istisnai hâlinin daha da artması gerektiği görüşündeyiz. Zira burada uygulanacak hukuk, MÖHUK tarafından değil doğrudan taraflarca belirlenmiştir. Böyle bir durumda taraflar, kendileri açısından öngördükleri sonuçlar ile karşılaşmak istedikleri için kamu düzeni ilkesinin çok daha istisnaen uygulanması gerekir. Aksi durum, tarafların hukuk seçiminden bekledikleri sonucu alamamalarına sebebiyet verecek ve bu da milletlerarası özel hukuktaki irade muhtariyeti prensibine aykırılık yaratacaktır.

²¹⁶ Yarg. HGK., 07.06.1989 T., 1989/10-316 E., 1989 / 411 K. (Nomer / Çelikel / Giray / Esen, s. 490).

²¹⁷ Yarg. 9. HD., 06.07.1992 T., 1992 / 1621 E., 1992 / 7890 K. (www.kazanci.com). “...Gerçekten Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki 2675 sayılı Kanunun 24. maddesi hükmünce, sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri Kanuna tabidir. Tarafların açık olarak bir kanun seçmemiş olmaları hâlinde borcun ifa yeri hukuku uygulanır. Buna göre, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde Libya Kanunları uygulanacaktır. Ancak, aynı Kanunun 5. maddesinde yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmün Türk Kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde Türk Hukukunun uygulanacağı açıklanmıştır. 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesindeki kıdem tazminatı Türk Kamu düzeni ile ilgilidir. Bu itibarla, taraflar arasındaki uyuşmazlığın Türk Hukukuna göre çözümlenmesi gerekir. ...”.

²¹⁸ “... Davalı, davaya konu sözleşmenin bir tüketici kredisi sözleşmesi olduğunu, tüketici mahkemelerinde görülmesi gerektiğini, davacı bankaya muaccel hâle gelmiş bir borcunun bulunmadığını, kredi borcunun muaccel hâle gelebilmesi için hesabın katedilmesi ve durumun kredi borçlusuna ihbar edilmesi gerektiğini, gerek takip gerekse dava dosyasından aksini kanıtlayan bir dosya bulunmadığını, davacının müflis olup icra takibi yapılamayacağını, davanın reddini istemiştir. ... Somut olayda da: sözleşmenin 12. Maddesi uyarınca taraflar arasındaki uyuşmazlıkta İsviçre hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmış olmakla 2675 sayılı yasanın anılan hükümleri gözetilerek İsviçre hukuku uygulanıp uygulanmayacağı da nazara alınarak yabancı hukukun olaya ilişkin hükümleri varsa tespit edilmeli, gerekirse tarafların yardımı da istenerek tespit edilen düzenlemelerde Türk kamu düzenine aykırılığın varlığının tespiti hâlinde 2675 sayılı yasanın 5. Maddesindeki düzenlemenin dikkate alınması ve sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken...” Yarg. 13. HD., 27.06.2007 T., 2007/4309 E., 2007/9209 K. (Doğan, s. 392, dn. 307).

2. Doğrudan Uygulanan Kurallar

a. Genel Kural

Doğrudan uygulanan kurallar kavramı, kamu düzeni kavramına benzer şekilde üzerinde görüş birliği olmayan bir konudur ve bu nedenle kamu düzeni kavramı ile sıklıkla karıştırılmaktadır. Bu kurallara ilişkin yaklaşım ilk olarak Savigny tarafından ortaya koyulmuştur²¹⁹. Savigny, kamu menfaatinin korunması amacıyla getirilen siyasi ve ekonomik karakterli düzenlemelerin yabancı hukukun uygulanması ile ortadan kaldırılamayacağını ileri sürmüştür.

Günümüzde yapılan tanımlamalara göre doğrudan uygulanan kurallar, devletlerin sosyal, politik ve ekonomik menfaatlerini ilgilendiren, bu menfaatleri korumayı amaçlayan, özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili, uyuşmazlığın yabancılık unsuru içerip içermediğine bakmaksızın doğrudan uygulama alanı bulan ve taraf iradelerine terk edilemeyecek maddî hukuk kurallarıdır²²⁰. Burada dikkat edilmesi gereken temel unsur, hükmün konulma amacıdır²²¹. Doğrudan uygulanan kurallar, kaynaklarını mevzuattan değil doğrudan niteliklerinden ve düzenlenme amaçlarından almaktadırlar²²². Doğrudan uygulanan kurallar söz konusu olduğunda yabancı unsurlu ilişki kanunlar ihtilafı kurallarından bağımsız olarak ele alınır²²³.

²¹⁹ Michael Hellner, **Third Country Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation: Old Wine in New Bottles?**, Journal of Private International Law, Vol. 5, No: 3, s. 447.

²²⁰ Nomer, s. 182-183; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 7; Tekinalp / Uyanık, s. 47; Aybay / Dardağan, s. 141; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 13; Balkar Bozkurt, s. 165; Erkan, s. 83-84; Doğan, s. 239; Doğa Elçin, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları ("Üçüncü Ülke")**, GÜHFD, 2011 / 1, Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan, s. 331; Çalışkan, s. 93, Alibaba, s. 139; Symeonides, s. 529.

²²¹ Nomer, s. 333; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 11; Balkar Bozkurt, s. 157; Erkan, s. 84; Doğan, s. 240; Çalışkan, s. 93. Balkar Bozkurt, doğrudan uygulanan kuralların belirli bir amaca hizmet etmiş olmaları ve bu kurallara uyulmasının zorunlu olduğu konusunda hukukçular arasında görüş birliği olduğunu ifade etmiştir.

²²² Tekinalp / Uyanık, s. 298; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 10. Doğrudan uygulanan kurallar hakkında daha geniş bilgi için bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri ("Doğrudan Uygulanan Kurallar")**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001; Mustafa Erkan, **MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, 2011, s. 81-121.

²²³ Tekinalp / Uyanık, s. 48; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 12; Balkar Bozkurt, s. 166; Çörtoğlu Koca, **Danışmanlık Sözleşmeleri**, s. 245; Dicey / Morris, s. 1216; Clarkson / Hill, s. 233.

Doğrudan uygulanan kurallara döviz kontrol kuralları, ithâlat-ihracat yasakları, kotalar, para ve kartel ile ilgili yasaklar, çevre ile ilgili kanunlar, ambargo düzenlemeleri, kültür varlıkları düzenlemeleri, vergi mevzuatı, döviz mevzuatı, iş hayatında emek ve iş barışını koruyan hükümler, inşaat sözleşmelerine ilişkin hükümler²²⁴, sigorta düzenlemeleri²²⁵ örnek verilebilir²²⁶.

Doğrudan uygulanan kuralların sözleşmeye müdahâlesi çeşitli şekillerde olabilir. Doğrudan uygulanan kurallar sözleşme yapılmasını men edebilir, sözleşme yapma ehliyetini kısıtlayabilir, sözleşmelerin şekil şartlarını ve ifayı düzenleyebilir, sözleşmenin esasına etki edebilir²²⁷. Bu nedenle, doğrudan uygulanacak olan kural, niteliğine ve etkisine göre taraflar arasındaki ilişkiye uygulanır. Örneğin esasa kısmen etkili bir doğrudan uygulanan kuralın uygulanması söz konusu olduğunda, uygulanması gereken yabancı hukukun yalnızca doğrudan uygulanan kuralların etkilediği konular uygulanmayacak, diğer hükümler yine uygulanmaya devam edecektir. Diğer bir deyişle, uygulanması gereken hukuk bir bütün olarak devre dışı bırakılmamakta, sadece kısmî olarak bazı hükümleri uygulama alanı bulamamaktadır.

Doğrudan uygulanan kurallar, tarafların seçmiş oldukları hukukun uygulanmasını sınırlayan çok güçlü bir silahtır²²⁸. Bu nedenle uygulaması mümkün olduğunca dar kapsamda olmalıdır. Aksi takdirde tarafların seçmiş oldukları hukukun uygulama alanı oldukça daralacaktır. Kamu düzeni ilkesinde olduğu gibi doğrudan

²²⁴ İnşaat sözleşmeleri bakımından hukuk seçimi imkânı mümkün olsa da inşaat izni, imar durumu, iş güvenliği, teknik standartlar gibi kurallar bakımından inşaat sözleşmelerinin niteliği gereği işin yapıldığı yer hukuku uygulanacaktır (Akıncı, s. 73).

²²⁵ Özellikle zorunlu sigorta sözleşmeleri esas dayanağını, bu sözleşmeleri zorunlu kılan devlet kanunlarından almaktadır (Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 163). Bu gerekçe ile zorunlu sigorta sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler genel anlamda kamu yararı ilkesinin ön planda tutan, devletin ekonomik ve sosyal politikaları ile ilgili kurallar olup bu kuralların doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Türk hukukunda zorunlu sigorta sözleşmelerinin tipik örnekleri zorunlu trafik sigortası, zorunlu deprem sigortası ve tüp gaz zorunlu sorumluluk sigortasıdır (Nuray Ekşi, **Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ("Sigorta")**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1. Bası, 2012, s. 51).

²²⁶ Nomer, s. 184-185; Tekinalp / Uyanık, s. 298; Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 11; Aybay / Dardağan, s. 143; Ekşi, **İş Sözleşmeleri**, s. 138-139; Çalışkan, s. 93, Elçin, **Üçüncü Ülke**, s. 331-332. Tüketicinin ve işçinin, devletin ekonomik ve sosyal politikasının önemli bir unsuru olduğu, bu nedenlerle tüketici ve işçiyi koruyan iç hukuk düzenlemelerinin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu da mülga MÖHUK döneminde ileri sürülmüştür (Çelikel, s. 257). Yine Tekinalp / Uyanık, özellikle toplu iş hukuku, grev, sosyal güvenlik, gece çalışma yasağı, belirli yaşın altındaki kişilerin çalıştırılması yasağı gibi konuların doğrudan uygulanan kurallar içerisinde olduğu görüşündedirler (Tekinalp / Uyanık, s. 332). Doktrinde Elçin ise, iş hukukuna ilişkin düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olmadığı görüşündedir (Elçin, s. 89).

²²⁷ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 137 vd.; Çörtoğlu Koca, **Danışmanlık Sözleşmeleri**, s. 244; Zang, **Rome II**, s. 895.

²²⁸ Nomer, s. 186.

uygulanan kurallara da istisnai olarak başvurulmalı, her emredici düzenleme doğrudan uygulanan kural olarak hukuk seçiminin önüne geçmemelidir. Doğrudan uygulanan kurallar, düzenlenme amacından hareketle tespit edilmeli, devletin ekonomik, sosyal ve politik menfaatlerinin korunması için zorunlu olmayan hususlar doğrudan uygulanan kural olarak belirlenmemelidir.

Türk hukukunda doğrudan uygulanan kurallar MÖHUK m. 6’da düzenlenmiştir. MÖHUK m. 6’ya göre yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır. Doktrinde madde hükmü eleştirilmiş, bu şekilde bir düzenlemenin yabancı hukukun uygulanmasının önüne geçebileceği, kapsamının belirli olmadığı ve her durumda bu kurallara başvurulacağı ileri sürülmüştür.²²⁹ Ancak bu görüşün aksine getirilen düzenlemenin yerinde olduğunu savunan görüşler de mevcuttur²³⁰. Kanun hükmündeki “*yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda*” düzenlemesi ayrıca eleştirilmiş, doğrudan uygulanan kurallarda somut uyuşmazlığa yabancı hukukun uygulanmasının gündeme gelmesinin şart olmadığı ifade edilmiştir²³¹. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre doğrudan uygulanan kuralların uygulanabilmesi için uyuşmazlığa yabancı hukukun uygulanması şart değildir. Yabancı hukukun uygulanıp uygulanmadığına bakılmaksızın, doğrudan uygulanan kurallar konulma amacı gözetilerek uygulama alanı bulacaktır²³².

Mülga MÖHUK düzenlemesinde doğrudan uygulanan kurallara ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Buna karşın Muvakkat Kanun m. 2 düzenlemesi doğrudan uygulanan kuralları düzenlemiştir.

Roma I Tüzüğü’nde doğrudan uygulanan kurallar Tüzük m. 9 ile düzenlenmiş ve MÖHUK’tan farklı olarak Roma I Tüzüğü, doğrudan uygulanan kuralların tanımına yer vermiştir. Buna göre doğrudan uygulanan kurallar, bir devletin siyasi, sosyal ve ekonomik organizasyonu bakımından kamu yararını koruma amacına hizmet eden ve Tüzük uyarınca uygulanmak üzere belirlenen hukuktan bağımsız olarak uygulama

²²⁹ Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 165.

²³⁰ Aybay / Dardağan, s. 146-147; Bayata Canyaş, s. 266.

²³¹ Nomer, s. 183; Doğan, s. 241; Elçin, **Üçüncü Ülke**, s. 336.

²³² Nomer, s. 333; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 12; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 10; Elçin, **Üçüncü Ülke**, s. 336.

alanı bulan düzenlemelerdir²³³. Roma II Tüzüğü bakımından doğrudan uygulanan kurallara ilişkin düzenleme ise m. 16 ile yapılmıştır. Doğrudan uygulanan kurallara ilişkin olarak Roma I Tüzüğü'nde öngörülen düzenleme ile Roma II Tüzüğü'nde öngörülen düzenleme aynı içeriğe sahiptir.

b. Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları

Yabancılık unsuru içeren bir işlem ya da ilişkinin unsurları yargılamayı yapan devlet ya da hukuku seçilen hukuk devlet ile değil, üçüncü bir devlet ile ilişkili olabilir. Bu kuralların uygulanmak zorunda olup olmadığı, uygulanacaksa ne şekilde uygulanacağı önem kazanmaktadır. Doktrinde üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması ile ilgili ilk görüş Wilhelm Wengler tarafından ileri sürülmüştür²³⁴. Yazar, üçüncü devletin bu kuralları her zaman uygulanmak üzere koyduğunu, diğer devletlerin de bu kuralları uygulaması gerektiğini, böylelikle uluslararası yeknesaklığın sağlanacağını belirtmiştir. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, uygulama alanı her geçen gün genişlemesine rağmen üzerinde görüş birliği olmayan ve tartışmaların devam ettiği bir kavramdır²³⁵.

Üçüncü devlet olarak ifade edilen, *lex fori* ve *lex causae* dışında sözleşme ile bağlantısı olan bir diğer devlettir. Bir örnek ile anlatmak gerekirse, bir Alman ve bir Türk arasında imzalanan ve Nijerya menşeli bir maskenin satımına ilişkin sözleşmede taraflar, uygulanmak üzere Alman hukukunu seçmişlerdir. Ancak satım sözleşmesine konu bu maske, Nijerya kültür varlıklarını koruma mevzuatı çerçevesinde Nijerya sınırları dışına çıkarılmayacaktır. İşte bu durumda Nijerya hukuku ne seçilen hukuktur, ne de *lex fori*'dir. Nijerya, somut örnek açısından üçüncü bir devlettir. Ancak ilgili maskenin satımı, Nijerya devletinin ekonomik, menfaatini etkileyebilecek niteliktedir²³⁶.

²³³ Özkan / Süral / Tütüncübaşı, s. 394; Tarman, **Roma I**, s. 325; Elçin, **Üçüncü Ülke**, s. 332 vd.; Symeonides, s. 528-529.

²³⁴ Hellner, s. 448-449.

²³⁵ Nomer, s. 333; Çelikel / Erdem, s. 411. Nomer, uygulamada üçüncü bir devlete ait bu yöndeki kuralların ya hiç dikkate alınmadığını ya da dolaylı şekilde *lex causae*'ya dâhil edilerek etki tanındığını belirtmiştir. Üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Doğa Elçin, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları ("Üçüncü Ülke")**, GÜHFD, 2011 / 1, Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan, s. 329-354; Michael Hellner, **Third Country Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation: Old Wine in New Bottles?**, Journal of Private International Law, Vol. 5, No: 3, s. 447-470.

²³⁶ Hellner, s. 466; Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 166.

Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, sözleşme ile sıkı ilişkili olması hâlinde uygulama alanı bulacaktır²³⁷. Borçlunun yerleşim yeri, milli hukuku, borçlunun mallarının bulunduğu yer, ifa yeri gibi unsurlar bakımından sözleşme üzerinde üçüncü bir devletin bağlantısının olması hâlinde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına başvurulabilir. Bununla birlikte yalnızca sıkı ilişki yeterli olmayıp, üçüncü devletin korunmaya değer ve açıkça üstün bir menfaati olması gerekir²³⁸. Ancak üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesi için üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının *lex fori*'nin kamu düzenine aykırı olmaması gerekmektedir²³⁹.

Türk hukukunda üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin düzenleme MÖHUK m. 31 ile yapılmıştır. Madde uyarınca 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. Doktrinde, böyle bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu konusunda kuşku olmadığı, aksi hâlde hâkimin bu kuralları uygulamasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir²⁴⁰. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda söz konusu olacaktır. Madde hükmü bu hususu özel olarak düzenlemiş olup, sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkileri dışındaki ihtilâflarda üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına başvurulmayacaktır.

Kanunun düzenlenmesinden de anlaşılacağı üzere üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması konusunda hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır. Hâkim, bu devletin doğrudan uygulanan kurallarını kanunda belirtilen şartların oluşması hâlinde uygulayabilecektir. Bu şartlar oluşsa dâhi hâkim, bu devletin

²³⁷ Tekinalp / Uyanık, s. 300. Sıkı ilişki kavramının detaylı incelemesi için bkz. Erkan, s. 105 vd.

²³⁸ Tekinalp / Uyanık, s. 300; Doğan, s. 387; Erkan, s. 106; Elçin, **Üçüncü Ülke**, s. 346; Çörtoğlu Koca, **Danışmanlık Sözleşmeleri**, s. 254.

²³⁹ Doğan, s. 387; Erkan, s. 110.

²⁴⁰ Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 166. Doktrinde Özdemir Kocasakal, MÖHUK m. 31 hükmüne gerek olmadığını ifade etmiştir (Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 88). Yazar, bu kuralların uygulanmasının değil kurallara etki tanınmasının kanunda düzenlendiğini, bu nedenle hâkimin uyguladığı hukukun üçüncü devletin hukuku değil, MÖHUK m. 24 uyarınca belirlenen *lex contractus* olduğunu ifade etmiştir.

doğrudan uygulanan kurallarını uygulamak zorunda değildir²⁴¹. Hâkim, bu kararı verirken bu kuralların, amacını, niteliğini, muhtevasını ve uygulanıp uygulanmamasının sonuçlarını göz önüne alacak ve buna göre kararını verecektir²⁴².

Roma I Tüzüğü'nde de üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin açık düzenleme yapılmıştır. Tüzük m. 9 / f. 3'e göre sözleşmenin ifa yerinin üçüncü bir devlet olması ve ifanın bu devlet hukukuna aykırı olması hâlinde hâkim tarafından üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilecektir²⁴³. Etki tanımada bu kuralların amacı, niteliği ve içeriği dikkate alınacaktır. Görüleceği üzere MÖHUK düzenlemesi, Roma I Tüzüğü düzenlemesine göre daha geniş kapsamlıdır²⁴⁴. Yine Amerikan hukukunda *Restatement II* m. 196 ve İsviçre hukukunda IPRG m. 19 ile üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin düzenleme getirilmiştir.

IV. HUKUK SEÇİMİNİN GEÇERLİLİĞİNE UYGULANACAK HUKUK

A. Hukuk Seçiminin Şekline Uygulanacak Hukuk

Hukuk seçimi yapılması, tek taraflı hukuk seçimi hâli hariç olmak üzere taraf iradelerinin aynı hususa yönelmesi ile ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle hukuk seçimi de bir hukukî işlemdir ve bu nedenle hukuk seçimine ilişkin olarak uygulanması gereken bazı şekil kuralları mevcuttur. Hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği gibi şekli de esas sözleşmeden bağımsızdır²⁴⁵. Zira hukuk seçimi anlaşması ister bir

²⁴¹ Nomer, s. 334; Aybay / Dardağan, s. 273; Elçin, **Üçüncü Ülke**, s. 346; Çörtoğlu Koca, **Danışmanlık Sözleşmeleri**, s. 254. Bununla birlikte doktrinde Tekinalp / Uyanık, gerekli incelemenin hâkime yüklediği sorumluluk nedeniyle hâkimin kolayca uygulama şıkkını bertaraf edemeyeceğini, hatta kuralların niteliğin konusunda olumlu bir yargı varsa bu kuralların uygulanma zorunluluğu olduğunu ifade etmişlerdir (Tekinalp / Uyanık, s. 300).

²⁴² Çelikel / Erdem, s. 413; Balkar Bozkurt, s. 168; Erkan, s. 86.

²⁴³ Tarman, **Roma I**, s. 325; Clarkson / Hill, s. 233; Hellner, s. 456. Hellner, ifanın hukuka aykırılığı ile ilgili şu örneği vermiştir (Hellner, s. 462). İngiliz bir şirket, İngiliz işadamlarına farklı ülkelerdeki işleri için daireler kiralamaktadır. Bir işadamı ile yapılan sözleşme uyarınca İsveç'te haftalık £250 fiyat ile kira sözleşmesi yapılmıştır. Sözleşmede uygulanacak hukuk olarak İngiliz hukuku seçilmiş ve İngiliz mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Ancak İsveç kira kontrol düzenlemelerine göre belirlenen kira miktarı mevzuattaki sınırı aşmıştır. Bu durumda işadamlarının ciddi bir miktarda parayı iade alması gerekmektedir. Bu durumda sözleşmenin ifasının gerçekleştirilmesi İsveç hukukuna aykırı olacaktır. Bu durumda İsveç üçüncü ülke durumundadır ve kira kontrol düzenlemeleri dikkate alınmalıdır.

²⁴⁴ Elçin, **Üçüncü Ülke**, s. 346.

²⁴⁵ Demir Gökyayla, s. 347; Acun Mekengeç, s. 88; Güner, s. 148; Alibaba, s. 187; Yıldırım, s. 53.

sözleşme şartı olarak belirlensin, ister ayrı bir sözleşme ile yapılsın bağımsız bir sözleşme niteliğindedir.

Hukuk seçimine ilişkin sözleşmenin şeklen geçerliliğine hangi hukukun uygulanacağı önemli bir konudur²⁴⁶. MÖHUK'ta, mülga MÖHUK'ta olduğu gibi hukuk seçiminin şekline ilişkin özel bir düzenleme getirilmemiştir. Doktrinde, hukuk seçiminin ayrı bir sözleşme niteliğinde olduğu, hukukî işlemlerin şekline ilişkin MÖHUK m. 7 dikkate alınarak hukuk seçimine ilişkin sözleşmenin, ya işlemin yapıldığı yer, ya da işlemin esasına uygulanacak hukuktan birisine göre geçerli olarak yapılması hâlinde şekli geçerliliğin sağlanacağı ifade edilmiştir²⁴⁷. Bu alternatifler arasında bir öncelik ya da sonralık ilişkisi yoktur²⁴⁸. Herhangi birine göre geçerli olarak yapılan işlemler şeklen geçerli kabul edilir. Hukuk seçimine ilişkin sözleşme, seçilen devlette yapılmışsa, bu durumda yalnızca seçilen hukukun şekil şartları dikkate alınacaktır. Zira bu hâlde sözleşmenin yapıldığı yer ile hukuku seçilen devlet tek bir devlette birleşmiştir. Ancak bu görüşün aksine hukuk seçiminin *lex fori*'ye tabi tutulması gerektiği, zira taraflara hukuk seçimi imkânı tanıyan hukukun *lex fori* olduğu ve şekli geçerliliğin de bu hukuka göre olmasının daha uygun olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır²⁴⁹. Bir başka görüşe göre ise hukuk seçiminin şekline ilişkin kanunlar ihtilâfi kuralı uygulanmamalıdır ve hukuk seçiminde şekil serbestîsi ilkesi kabul edilmelidir²⁵⁰.

²⁴⁶ Yabancılik unsuru içeren hukukî işlemlerin şekli geçerliliğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Temel Doğançün, **Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 1. Bası, 1996.

²⁴⁷ Özdemir Kocasakal, **Türk ve Çin**, s. 213; Akıncı / Demir Gökyayla, s. 74; Doğançün, s. 93; Ekşi, **Eşyanın Taşınması**, s. 127; Demir Gökyayla, s. 347; Çalışkan, s. 70; Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 150; Bayata Canyaş, s. 87; İrge Erdoğan, s. 113; Alibaba, s. 67; Şensöz, s. 187; Bektaş, s. 60. Bu yaklaşım, mülga MÖHUK dönemindeki yaklaşım ile paraleldir. Mülga MÖHUK döneminde de mülga MÖHUK m. 6 uyarınca hukuk seçiminin şekline uygulanacak hukukun belirleneceği ifade edilmiştir. Mülga MÖHUK m. 6 hükmü şu şekildedir: "*Hukukî işlemler, yapıldıkları yer hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.*". Mülga MÖHUK dönemindeki görüşlere ilişkin olarak bkz. Nomer / Şanlı, s. 297-298.

²⁴⁸ Doğançün, s. 105.

²⁴⁹ Akıncı, s. 75. Yazar, bu hususun sakıncası olarak tarafların hiç beklemedikleri sonuçlar ile karşılaşabileceklerini, zira dava aşamasına kadar *lex fori*'nin belli olmadığını belirtmiştir.

²⁵⁰ Amstutz/Vogt/Wang, IPRG-Berti Art. 116 N. 36 (Demir Gökyayla, s. 347, dn. 300'den naklen). Demir Gökyayla, doktrinde bu görüşün de savunulduğunu ifade etmiş, ancak bu görüşün MÖHUK ile bağdaşmadığını, zira MÖHUK m. 7'de şekil ile ilgili bir düzenleme getirildiğini ve hukuk seçiminin bu madde kapsamından çıkarılamayacağını ifade etmiştir.

Hukuk seçiminde şekil şartı aramayan hukuk sistemleri bakımından seçimin sözlü olarak yapılmasına da bir engel bulunmamaktadır²⁵¹. Ancak bu durum beraberinde ciddi ispat sorunlarını gündeme getirecektir. Bu konuda düzenlemeler yapılmasa da, taraflarca sözlü olarak yapılan hukuk seçimi her zaman geçerli olacaktır²⁵². Türk hukuku bakımından da şekil serbestisi esas olduğu için taraflarca sözlü olarak yapılan hukuk seçimi de şeklen geçerli kabul edilecektir²⁵³. İsviçre hukukunda IPRG m. 53 uyarınca evlilik mallarına ilişkin hukuk seçiminin yazılı ya da evlilik sözleşmesi ile birlikte yapılması gerekmektedir²⁵⁴.

Tüketici sözleşmelerinde hukuk seçiminin şekline ilişkin olarak MÖHUK m. 26 / f. 3 ayrıca incelenmelidir. İlgili madde uyarınca MÖHUK m. 26 / f. 2’de belirtilen şartlar altında yapılan tüketici sözleşmelerinin şekline, tüketicinin mutlak meskeni hukuku uygulanır. Maddenin lafzı, uygulama bakımından belirsizlik yaratmaktadır. Zira MÖHUK m. 26 / f. 2, hukuk seçimi yapılmayan hâllerdeki objektif bağlama kuralının belirlenmesine yönelik olarak öngörülmüştür. Doktrinde, MÖHUK m. 26 / f. 3’ün hukuk seçimi hâllerinde de geçerli olacağı haklı olarak ifade edilmiştir²⁵⁵. Ancak madde lafzı dikkate alındığında hukuk seçimine ilişkin değil, objektif bağlama kuralına ilişkin bir şekil şartı getirildiği de düşünülebilir. Ancak madde gerekçesi de dikkate alındığında, genel anlamda tüketici sözleşmeleri için bir şekil şartı getirildiği kanaatindeyiz²⁵⁶. Aksinin savunulması hâlinde hukuk seçimine ilişkin genel şekil

²⁵¹ Demir Gökyayla, s. 348; Plender / Wilderspin, s. 141. İngiliz Yüksek Mahkemesi, bir kararında tarafların sözlü olarak hukuk seçimi yaptıklarına karar vermiş ve seçilen hukuku taraflar arasındaki uyuşmazlığa uygulamıştır. *Derek Oakley v Ultra Vehicle Design*, EWHC 872 Ch., 2005. Kararla ilgili değerlendirme için bkz. Plender / Wilderspin, s. 141. Doktrinde Zang, Roma II Tüzüğü bakımından hukuk seçiminin yazılı ya da sözlü yapılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamasını eksiklik olarak nitelendirmiş, hukuk seçimine verilen önem karşısında seçimin yazılı olması gerektiğini ileri sürmüştür (Zang, *Rome II*, s. 893).

²⁵² Plender / Wilderspin, s. 141.

²⁵³ Hatırlatmak gerekir ki bir sözleşmenin elektronik olarak kurulması da ona farklı bir nitelik katmayacaktır. O hâlde, mevcut kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanacak hukuku belirlemek için kullandığı kriterler, elektronik sözleşmeler bakımından da uygulanabilecektir. Elektronik sözleşmeler hakkında detaylı bilgi için bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (“Elektronik Sözleşmeler”), İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1. Bası, 2003; Gülin Güngör, *Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-Wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı* (“Elektronik Akitler”), AÜHFD, C. 51, S. 1, 2002, s. 19-42; Gamze Turan, *Elektronik Sözleşmeler Ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 77, 2008, s. 87-119.

²⁵⁴ Şensöz, s. 184; Öztürk Yılmaz, s. 116.

²⁵⁵ Tarman, *Akdi Borç İlişkileri*, s. 158.

²⁵⁶ *Madde Gerekçeleri*, s. 9. “Tüketici sözleşmelerinde uygulanacak şekil konusunda uygulanacak hukuk da maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Bunun gerekçesi, alternatif bir uygulama metodu getiren genel şekil kuralının, tüketici sözleşmelerinin niteliği ile bağdaşmamasıdır. Ayrıca tüketici

kuralına gidilecektir. Roma I Tüzüğü m. 11 / f. 4 düzenlemesi de doktrindeki görüş ile aynı doğrultuda olup tüketici sözleşmelerine ilişkin olarak tüketicinin mutlak mesken hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir.

Hukuk seçiminin şekline Türk hukukun uygulanması hâlinde şekil serbestisi esas olacaktır²⁵⁷. Ancak Türk hukukuna göre taraflar arasındaki esas sözleşmeye şekil şartı getirilmiş olabilir²⁵⁸. Örneğin kefalet sözleşmesi bakımından Türk hukukunda şekil serbestisi ilkesi geçerli değildir ve yazılı şekle tabidir. Bu durumda hukuk seçimine ilişkin sözleşme ayrı bir sözleşme niteliğinde olduğundan ve akıbeti kefalet sözleşmesinden bağımsız olarak belirleneceğinden şekil serbestisi geçerli olacaktır. Ancak kefalet sözleşmesi bakımından bir şekil şartı öngörüldüğü için bu sözleşmenin bu şekil şartını sağlaması gerekecektir.

Roma I Tüzüğü, hukuk seçiminin şekline ilişkin özel bir düzenleme öngörmemiştir. Bu nedenle Tüzük'te sözleşmeler için öngörülen şekil şartı kuralından hareket etmek gerekecektir. Bu doğrultuda, Tüzük m. 3 / f. 5 atfı uyarınca hukuk seçiminin şekline ilişkin olarak Tüzük m. 11 uygulanacaktır. Buna göre Roma I Tüzüğü, sözleşmenin kuruluşu anında tarafların ya da temsilcilerinin aynı devlette bulunup bulunmadığına göre ikili bir ayrıma gitmiştir.

Roma I Tüzüğü m. 11 / f. 1 uyarınca hukuk seçimine ilişkin sözleşmenin yapıldığı sırada tarafların kendileri ya da temsilcilerinin aynı devlette olmaları hâlinde, sözleşmenin şeklen geçerli kabul edilebilmesi için, Tüzük tarafından sözleşmeye uygulanmak üzere belirlenmiş olan hukukun ya da sözleşmenin yapıldığı devlet hukukunun şekil şartlarını yerine getirmesi gerekmektedir²⁵⁹. Sözleşmede bu iki seçenekten birinin şekil şartlarının yerine getirilmesi, şeklen geçerlilik için yeterlidir. Eğer burada düzenlenen devletler aynı devlette birleşiyorsa, bu durumda bu yerin şekil şartlarının yerine getirilmesi gerekecektir. Roma I Tüzüğü m. 11 / f. 2 ise sözleşmenin yapıldığı anda farklı devletlerde olan kişiler bakımından özel bir düzenleme getirmiştir. Sözleşmenin kuruluşu anında tarafların ya da temsilcilerinin farklı

sözleşmelerinde esasa ve şekle uygulanacak hukukta birlik sağlanmasının tüketici için yararlı olduğu genel olarak kabul edilmektedir."

²⁵⁷ Demir Gökyayla, s. 348; Şensöz, s. 187.

²⁵⁸ Özdemir Kocasakal, **Türk ve Çin**, s. 213.

²⁵⁹ Maddede asıl sözleşme bakımından düzenleme yapılmıştır ancak burada sözleşme kelimesi Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 5 yollaması uyarınca hukuk seçimine ilişkin sözleşme olarak kullanılmaktadır.

devletlerde bulunması hâlinde, Tüzük tarafından sözleşmeye uygulanmak üzere belirlenmiş olan hukukun veya taraflardan ya da temsilcilerden herhangi birinin bulunduğu devlet hukukunun veya taraflardan herhangi birinin mutata mesken hukukunun şekil şartlarını taşıması hâlinde sözleşme şeklen geçerli kabul edilir. Madde düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere sözleşmenin şeklen geçerliliği bakımından birden fazla hukuk göz önüne alınmış, sözleşmeyi şeklen ayakta tutabilmek için geniş bir imkân tanınmıştır²⁶⁰. Sözleşmenin sözlü olarak yapılıp yapılamayacağı, yazılı yapılacaksa adi yazılı olup olamayacağı gibi hususların tamamı yukarıda belirtilen hukuklardan birine göre belirlenecek ve bu hukuklardan biri uyarınca şekil şartlarının yerine getirilmesi hâlinde sözleşme şeklen geçerli kabul edilecektir. Tüzük m. 11 / f. 3 uyarınca gelecekte yapılması planlanan sözleşme ile ilgili tek taraflı olarak yapılan hukukî işlemlerin şekli, sözleşmeye uygulanacak hukuk veya hukukî işlemin yapıldığı yer hukuku veya hukukî işlemi yapan kişinin mutata mesken hukukuna göre belirlenecektir.

Roma II Tüzüğü'nde sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından şekle ilişkin düzenleme m. 21'de yapılmıştır. Buna göre tek tarafa borç yükleyen sözleşme dışı borç ilişkilerinin şekline uygulanacak iki hukuk belirlenmiştir. Bunlar, sözleşme dışı borç ilişkisine uygulanacak hukuk ile eylemin gerçekleştiği yer hukukudur. Burada öngörülen hukuk sistemlerinden herhangi birine şekil şartının sağlanmış olması yeterlidir.

B. Hukuk Seçiminin Esasına Uygulanacak Hukuk

Bir hukuk seçimi sözleşmesinin varlığından bahsedebilmek için iki unsur gerekmektedir. İlki hukuk seçimine ilişkin karşılıklı ve birbirine uygun iradenin mevcudiyeti, ikincisi de bu iradelerin dış dünyaya açıklanmasıdır²⁶¹. Her ne kadar uygulamada karşılaşılsa da hukuk seçimi, ayrı bir sözleşme olarak nitelendirildiği için hukuk seçimine ilişkin bu sözleşmeye uygulanacak olan hukuk da ayrıca seçilebilir²⁶².

²⁶⁰ Özkan / Süral / Tütüncübaşı, s. 396; Tarman, **Roma I**, s. 328; Bayata Canyaş, s. 44; Harding, s. 169.

²⁶¹ İlyas Arslan, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zimni Hukuk Seçimi**, MHB, 2013, Yıl 33, S. 2, s. 6.

²⁶² Demir Gökyayla, s. 297; Çalışkan, s. 70.

Hukuk seçiminin esasına uygulanacak hukuk bakımından çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre hukuk seçiminin maddî geçerliliği seçilen hukuka göre belirlenecektir²⁶³. Bu uygulamanın öncelikle taraf menfaatini sağlayacağı, zira böylelikle tarafların aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku seçerek sürpriz sonuçlardan kaçınacakları ve kendilerini hukukî güvenceye alacakları ifade edilmiştir. Esas sözleşmenin geçerli olup olmaması da hukuk seçimine ilişkin sözleşmenin geçersizliğini etkilemez²⁶⁴. Diğer bir deyişle, esas sözleşme ile hukuk seçimi sözleşmesi birbirinden bağımsız sözleşmeler olduğundan geçersizlikleri de birbirlerinden ayrı şekilde değerlendirilmelidir. Hukuk seçimine ilişkin sözleşmenin geçersizliğinin irade sakatlığına²⁶⁵ dayanması hâllerinde ve sözleşmenin yorumu, güven ilkesi, dürüstlük kuralları, sözleşmenin tamamlanması, değişen koşullara uydurulması gibi ilkeler de seçilen hukuka göre belirlenir²⁶⁶.

Hukuk seçiminin geçerliliğinin seçilen hukuka göre belirlenmesi görüşü doktrinde eleştiriye uğramıştır²⁶⁷. Bu görüşe göre bu yönde bir uygulama kısır bir döngü yaratabilir. Hukuk seçimi, kendisine uygulanmak için değil, taraflar arasındaki ilişkiye uygulanmak için yapılmaktadır. Örneğin, taraf iradesinin esas sözleşmenin ve hukuk seçimine ilişkin sözleşmenin kuruluşu sırasında korkutma ile sakatlandığının düşünülmesi hâlinde seçilen hukukun korkutma bakımından bir yaptırım öngörmemesi söz konusu olabilir. Bu hâlde hukuk seçimi sözleşmesine de bu hukuk uygulanacağı için korkutmaya ilişkin olarak bir yaptırım uygulanmayacaktır. Bu görüşe göre hukuk seçimine ilişkin sözleşme sınıraşan (*transnational*) bir sözleşmedir. Bu nedenle geçerliliği de sınıraşan nitelikte olacağı için, hukuk seçiminin geçerli olarak yapılıp yapılmadığına hukukun genel ilkeleri uyarınca karar verilmelidir. Bu yönde bir seçim mahkemeler tarafından milli hukukun dışlanması nedeniyle kabul

²⁶³ Nomer, s. 320; Uluocak, s. 187; Tekinalp / Uyanık, s. 292; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 265-266; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 26-27; Ekşi, **Ticaret**, s. 32-33; Çilingiroğlu, s. 116; Demir Gökyayla, s. 294-295; Acun Mekengeç, s. 88-89; Bayata Canyaş, s. 84-85; Güner, s. 146; İrge Erdoğan, s. 111; Alibaba, s. 188. Tiryakioğlu, her ne kadar bu yönde düşünse de genel işlem şartları ile bu durumun zayıf tarafın aleyhine sonuçlar getirebileceğini de belirtmiştir. Ayrıca Tiryakioğlu, taraflarca birden fazla hukuk seçilmesi ya da sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukukun şekil şartlarından kaçınma amacıyla böyle bir seçim yapılması hâlinde hukuk seçiminin geçerliliğinin, objektif bağlama kuralı uyarınca tespit edilecek statü uyarınca belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira taraflarca birden fazla hukuk seçilmesi hâlinde zaten geçerli bir hukuk seçiminden bahsedilemeyecektir. Ayrıca tarafların, en sıkı ilişkili hukukun şekil şartlarından kaçınma amacıyla olduklarının ispatı oldukça zordur.

²⁶⁴ Nomer, s. 316; Bayata Canyaş, s. 83; Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 150.

²⁶⁵ TBK m. 28 vd. maddelerde düzenlenen aşırı yararlanma, yanıltma, aldatma, korkutma hâlleri.

²⁶⁶ Demir Gökyayla, s. 297.

²⁶⁷ Demirkol, s. 85.

edilmeme, kavramsal olarak belirsizlikler yaratma ve pratik ihtiyaçlara cevap verememe hâllerine sebebiyet verebilir. Hukuk seçiminin ayrı bir sözleşme olduğu düşünülerek hukuk seçiminin geçerliliğine uygulanacak hukukun açıkça tespit edilmesi en doğru sonuç olacak ve böylelikle bu görüşün bu yöndeki eksiklikleri giderilecektir²⁶⁸.

Bu konudaki son görüş hukuk seçiminin geçerliliğini *lex fori*'nin tayin edeceğine ilişkindir²⁶⁹. Bu görüşe göre bir hukuk seçimi yapıldığında hâkim, kendi hukukuna göre bu seçimin geçerli olup olmadığını inceleyecektir. Zira tarafların hukuk seçimi yapmalarına imkân veren de *lex fori*'dir.

MÖHUK tarafından hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle bu konu daha çok uygulama ve doktrin tarafından belirlenmiştir. Mülga MÖHUK'ta da benzer şekilde bu konuya ilişkin bir düzenleme getirilmemişti. Sözleşmelerin maddî geçerliliğine ilişkin madde olan MÖHUK m. 32'ye göre sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tabidir. MÖHUK m. 32 / f. 1 uyarınca esas sözleşmenin maddî geçerliliği, taraflarca seçilen hukuk tarafından belirlenecektir. MÖHUK m. 32 / f. 2 ise sözleşme statüsünün alanına bir sınır çizmektedir. Buna göre taraflardan birinin davranışına hüküm tanımanın, uygulanacak hukuka tabi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutata meskeninin bulunduğu devlet hukuku uygulanır. Mutata mesken hukukunun uygulanabilmesi için taraf iradesine bağlanan sonucun hakkaniyete aykırı olması gerekmektedir. Hakkaniyet, sözleşmenin kuruluşu anındaki hâl ve şartlar dikkate alınarak değerlendirilecektir²⁷⁰.

²⁶⁸ Demirkol, s. 88.

²⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu, N.: **Devletler Hususî Hukukunda Tarafların Sükutu Hâlinde Akitlere Tatbik Edilecek Kanun**, IHFM, C.XXI, Y.1957, s. 8 (Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 26'dan naklen); Dutoit/-Knoepfler/Lalive/Mercier, **Répertoire-Suisse**, s. 31 (Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 26'dan naklen). Tiryakioğlu, bu yönde görüşler olduğunu belirtmiş, ancak hukukî güvenliği sağlayamayacağı ve daha sözleşmenin imzalanması aşamasında taraflarca bu hususun tespit edilemeyeceği gerekçeleri ile bu görüşe katılmadığını belirtmiştir. Yine Demirkol da benzer gerekçeler ile görüşü eleştirmiştir. Nomer, *lex fori* uyarınca hukuk seçiminin geçerliliğinin belirleneceğine ilişkin bu görüşe katılmamaktadır. Zira henüz ortada bir *lex fori* bulunmamaktadır (Nomer, s. 320).

²⁷⁰ Nomer, s. 332.

Maddenin hukuk seçimi anlaşması bakımından ne şekilde yorumlanacağı tartışmalıdır. Doktrinde, bu maddenin hukuk seçimi anlaşmasını kapsamadığı, kapsaması için kanun tarafından bu yönde bir yönlendirme yapılması gerektiği ileri sürülmüştür²⁷¹. Ancak hukuk seçimine ilişkin sözleşmenin esas sözleşmeden bağımsız ve ayrı bir sözleşme olduğu düşünüldüğünde, ilgili maddenin hukuk seçimine ilişkin sözleşme bakımından da uygulama alanı bulacağı görüşündeyiz. Ancak MÖHUK m. 32 / f. 2'nin hukuk seçimi anlaşması bakımından da uygulama alanı bulacağı açıktır. Zira hukuk seçimi anlaşması bağımsız bir sözleşmedir. Bu nedenle taraflardan birinin hukuk seçimine rızası olmadığı, ancak bu kişinin mutata mesken hukukuna göre ileri sürülebilecektir²⁷².

Hukuk seçimine ilişkin şartın fatura ya da teyit mektuplarında bulunması hâlinde bu seçimin geçerli bir seçim olarak kabul edilip edilmeyeceği konusu da açıklığa kavuşturulmalıdır. Bir görüşe göre faturada yer alan hukuk seçimi geçerli bir hukuk seçimi olamayacaktır²⁷³. Zira faturaya konulması mutata olan hususlar satılan mal, malın miktarı, semeni gibi bilgilerdir ve hukuk seçiminin mutata bir kayıt olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenlerle faturadaki bu kayda 8 gün içerisinde itiraz edilmese dâhi faturadaki hukuk seçiminin geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul edilmeyecektir²⁷⁴. Buna karşın teyit mektupları ile ilgili olarak konuya farklı yaklaşılması gerektiği, zira teyit mektuplarının taraflar arasındaki uyumlanan noktaları gösteren bir vesika olduğu, taraflarca yapılan bir hukuk seçiminin de bu doğrultu da geçerli bir hukuk seçimi olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir²⁷⁵.

Taraflar, sözleşmelerine uygulanması için yalnızca tek bir hukuk seçebilirler. Birden fazla hukuk sisteminin seçilmesi ya da iki hukuk sisteminin ortak hükümlerinin

²⁷¹ Bayata Canyaş, s. 84. Yazar, bu tartışmanın teorik olduğunu, her durumda hukuk seçimi anlaşmasının maddî geçerliliğine seçilen hukukun uygulanacağını belirtmiştir.

²⁷² Nomer, s. 332; Demir Gökyayla, s. 359-360; Bayata Canyaş, s. 85. Demir Gökyayla, muhatabın, genel işlem koşullarına karşı susmasına bağlanacak sonucun öncelikle seçilen hukuka göre belirleneceğini, ancak tarafların farklı devletlerde bulunması ve susmanın adil bir sonuç getirmemesi hâlinde susan tarafın mutata mesken hukukuna dayanabileceğini ifade etmiştir. Bayata Canyaş da, örnek olarak genel işlem şartları arasında yer alan hukuk seçimi karşısında susmanın, hukuk seçiminin kabulü anlamına gelmediğini, tarafın ancak kendi mutata mesken hukukuna göre ileri sürebileceğini ifade etmiştir.

²⁷³ Demirkol, s. 89-90.

²⁷⁴ TTK. m. 23 / f. 2 uyarınca fatura veya teyit mektubunu alan kişi 8 gün içerisinde itiraz etmez ise fatura içeriği ile bağlı olur veya teyit mektubunun yapılan sözleşmeye uygun olduğunu kabul eder.

²⁷⁵ Demirkol, s. 90.

sözleşmeye uygulanacağına dair hukuk seçimi kayıtları geçersizdir²⁷⁶. Bu durumda tarafların geçerli bir hukuk seçimi yapmamış olmaları nedeni ile taraflar arasındaki uyuşmazlık objektif bağlama kuralları uyarınca belirlenen hukuka göre çözüme kavuşturulacaktır.

Roma I Tüzüğü, hukuk seçiminin maddî geçerliliğine ilişkin doğrudan bir düzenleme getirmemiştir. Sözleşmelerin maddî geçerliliği Roma I Tüzüğü m. 10 / f. 1 ile düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca sözleşmenin ya da sözleşmedeki herhangi bir hükmün varlığı ya da geçerliliği, sözleşme ya da hüküm geçerli olsaydı Tüzük uyarınca sözleşmeye uygulanacak olan hukuka göre belirlenecektir. Bu düzenleme, Roma Konvansiyonu m. 8 düzenlemesi ile aynıdır ve buna göre hukuk seçimi yapılması hâlinde bu hükmün geçerliliğini de seçilen hukuk belirleyecektir²⁷⁷. Roma I Tüzüğü m. 10 / f. 2, bu kurala bir istisna getirmektedir. İlgili fıkra uyarınca, taraflardan birinin iradesinin m. 10 / f. 1'e göre belirlenmesinin hakkaniyete aykırı olması durumunda, bu taraf, rızası olmadığını mutata mesken hukukuna dayanarak ileri sürebilir²⁷⁸. Düzenleme doktrinde eleştirilmiş, bu hususun, iddia eden tarafça ileri sürülmesinin öngörülmesinin yerinde olmadığı, hâkim tarafından bunun re'sen dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir²⁷⁹. Zira bu durumda tarafa bu imkânı tanımak usul hukukunun devreye girmesine sebep olacak ve tarafın bu hususu ne şekilde ne zaman ileri sürebileceği sorunları gündeme gelecektir.

Taraflarca yapılan hukuk seçimi, taraflar arasındaki ilişkiye bir bütün olarak uygulanacaktır. Hukuk seçimi bir bütün olarak uygulanacağı için bir sözleşmenin geçerliliği ya da geçersizliğine ilişkin hükümleri de sözleşme açısından belirleyici olabilecektir.

²⁷⁶ Nomer, s. 315; Ekşi, **Ticaret**, s. 34; Yıldırım, s. 47; Fentiman, s. 182. Kısmî hukuk seçimi bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. Zira kısmî hukuk seçiminde sözleşmenin farklı bölümleri için farklı hukuklar seçilmektedir.

²⁷⁷ Özkan / Süral / Tütüncübaşı, s. 395; Tarman, **Roma I**, s. 326-327; Fentiman, s. 182.

²⁷⁸ Özkan / Süral / Tütüncübaşı, s. 395; Harding, s. 168. Düzenlemenin amacı hakkaniyete aykırı bir sonuca yol açmamak ve rızası bulunmayan kişiyi korumaktır. Harding, bu düzenlemenin özellikle icaba karşı sessiz kalma ihtimaline karşı getirildiğini ifade etmiştir. Zira bazı hukuk sistemlerinde susmaya sonuç bağlanabilmektedir.

²⁷⁹ Tarman, **Roma I**, s. 327. Yazar bu hususta MÖHUK düzenlemesinin daha yerinde olduğunu ifade etmiştir. Zira MÖHUK m. 32 / f. 2'ye göre bu konuda taraf iddiasına ihtiyaç bulunmaksızın hakkaniyete aykırı bir durumun varlığı hâkim tarafından re'sen tespit edilmekte ve tarafın mutata mesken hukuku uygulanmaktadır.

Bir görüşe göre seçilen hukukun asıl sözleşmeyi geçersiz hâle getirmesi hâlinde hukuk seçimi geçersiz kabul edilmelidir²⁸⁰. Bu yaklaşımın temelinde sözleşmeyi ayakta tutma gayesi bulunmaktadır. Zira taraflar, hukuk seçimi yaparken aralarındaki sözleşmenin geçerli olacağını varsayarak sözleşme yapmaktadırlar. Diğer görüşe göre iş ve tüketici sözleşmeleri ile ticaret sözleşmeleri arasında bir ayrım yapılarak ticari sözleşmeler bakımından sözleşmenin mümkün olduğunca ayakta tutulmaya çalışılmasının gerektiği, ancak iş ve tüketici sözleşmeleri bakımından zayıf tarafın korunması ilkesine öncelik verilerek hukuk seçimine ilişkin sözleşmenin geçersiz sayılması gerektiği ileri sürülmüştür²⁸¹. Zira tüketici ve iş sözleşmeleri bakımından korunması gereken bir taraf mevcutken, ticari sözleşmeler bakımından taraflar arasında eşitlik söz konusudur. Bir diğer görüşe göre ise seçilen hukuk tarafından geçersiz kabul edilen sözleşme geçersiz kabul edilmelidir²⁸². Zira önemli olan taraf iradeleridir ve hâkimin taraf iradelerini bir kenara bırakarak objektif bağlama kuralları yolu ile sözleşmeyi ayakta tutmaya çalışmaması gerekmektedir.

Biz son görüşe katılıyoruz. Zira taraflar, bir hukuk seçimi yaparak aralarındaki ilişkinin, geçersizlik hâlleri de dâhil olmak üzere belirli bir hukuka tabi tutulmasını kararlaştırmış olmaktadır. Önemli olanın taraf iradesi olduğu düşünüldüğünde tarafların bu seçimine ağırlık verilmeli ve sözleşme geçersiz kabul edilmelidir. Kaldı ki, tarafların aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku seçmelerinde bu hukukta sözleşmenin geçersizliğine ilişkin sebeplerinin getirdiği güven duygusu da etki edecektir. Örneğin, seçilmiş olan hukuk tarafından öngörülen hile gibi irade sakatlığı ve geçersizlik hâlleri, güvensizlik duyan taraf için bir güvence sağlayabilecektir.

Sözleşmenin geçersiz olmasına taraflardan birinin bilerek sebebiyet vermesi hâli de özel olarak incelenmelidir. Bu durumda hukuk seçimi geçersiz kabul etmek, bu geçersizliğe neden olan tarafın amaçladığı sonuçtur. Taraflar, sözleşme görüşmeleri sırasında dürüst olmak ve dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar²⁸³. Aksi

²⁸⁰ Güner, s. 146; Clarkson / Hill, s. 246-247.

²⁸¹ Visher, Frank / Huber, Lucius / Oser, David: Internationales Vertragsrecht, Ba.2, Bern 2000 (Demir Gökyayla, s. 305'den naklen).

²⁸² Demir Gökyayla, s. 307.

²⁸³ Söz konusu olan husus, tarafların yalnızca aktif hareketlerinde dürüstlük kuralına uygun davranmaları değil, susma gibi pasif hareketlerinde de kurala uygun davranmalarıdır. Yanılmadan yararlanmak amacıyla sessiz kalan taraf, dürüstlük kuralına aykırı davranmış olacaktır (Acun Mekengeç, s. 113).

hâlde, dürüstlük kuralına uygun davranmayan tarafın *culpa in contrahendo* sorumluluğu ortaya çıkacaktır²⁸⁴.



²⁸⁴ *Culpa in contrahendo*, üzerinde fikir birliği olan bir kavram değildir. Bazı hukuk sistemleri tarafından haksız fiil kapsamında değerlendirilirken, bazı sistemler tarafından sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk altında değerlendirilmektedir. Türk hukukunda da üzerinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu nedenle bu durumda genel haksız fiil kuralı olan MÖHUK m. 34'ün mü yoksa sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerine uygulanan MÖHUK m. 24'ün mü uygulanacağı sorunu gündeme gelmektedir. Doktrinde Tarman, MÖHUK bakımından, *culpa in contrahendo*'yu değişik görünüm şekillerine göre vasıflandırmak, dolayısıyla bireyin bütünlük çıkarı ihlâl edildiğinde haksız fiil statüsüne göre, buna karşılık ifa beklentisi gerçekleşmediğinde sözleşme statüsüne göre vasıflandırmanın yerinde olacağını ileri sürmüştür (Tarman, **Culpa in Contrahendo**, s. 1676-1677).

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK SEÇİMİNE İLİŞKİN BAĞLAMA KURALLARININ ÖZEL GÖRÜNÜMLERİ

Hukuk seçimine ilişkin bağlama kurallarının özel görünümünün anlatılacağı ikinci bölümde hukuk seçiminin farklı türleri ile çeşitli borç ilişkileri bakımından incelemeler yapılacaktır. Bu bölümde her bir bağlama kuralı özel olarak incelenecek ve bunların sonuçları ayrı ayrı değerlendirilecektir. Bu değerlendirme birinci bölüme paralel olarak dört konu başlığı altında yapılacaktır.

İlk incelenen konu taraf iradelerinin açıklanma biçimine göre hukuk seçimi türleridir. Bu kapsamda açık hukuk seçimi ile üstü kapalı hukuk seçimi kapsamlı ve karşılaştırmalı olarak incelenmiş, farazi hukuk seçiminin bu seçimlerden farkı üzerinde durulmuştur.

İkinci bölümde hukuk seçiminin kapsamına göre türleri esas alınarak tam hukuk seçimi, kısmî hukuk seçimi ve negatif hukuk seçimi ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Hukuk seçiminin zamanına ilişkin üçüncü bölümde sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkileri ile sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından ayrı ayrı inceleme yapılmıştır. Zira sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından MÖHUK ile tanınan hukuk seçimi imkânı, yalnızca zararın meydana gelmesinden sonra yapılabilmesi nedeniyle doktrinde eleştiriye uğramıştır.

Son bölümde ise hukuk seçimine getirilen sınırlamalar üzerinde durulmuştur. Özellikle zayıf tarafın ve üçüncü kişilerin korunmalarına ilişkin özel kurallardan bahsedilmiş, devamında da hukuk seçimine imkân tanınmayan hâller ifade edilmiştir. Hukuk seçimine imkân tanınmayan hâller başlığı altında sistematik anlamda MÖHUK dikkate alınmış, ancak karşılaştırmalı hukuk bakımından da değerlendirmelerde bulunulmuştur.

İkinci bölümde öncelikle taraf iradelerinin açıklanma biçimine göre hukuk seçiminden bahsedilecektir.

I. TARAF İRADELERİNİN AÇIKLANMA BİÇİMİNE GÖRE HUKUK SEÇİMİ

Taraf iradelerinin açıklanma biçimine göre hukuk seçimi türleri, iradelerin dış dünyaya nasıl yansıdığına ilişkin olarak yapılan bir ayırımdır. Diğer bir deyişle burada bahsedilen, tarafların hukuk seçimini yazılı ya da sözlü olarak yapmaları değildir. Esas nokta, hukuk seçiminde irade beyanının açıklanma biçimidir²⁸⁵.

A. Açık Hukuk Seçimi

Tarafların irade beyanları dışında hiçbir unsur göz önüne alınmaksızın, yorum gerektirmeyecek, tartışmaya ve tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılan hukuk seçimi açık hukuk seçimidir²⁸⁶. Örneğin taraflar, aralarındaki hukukî ilişkiye Türk hukukunun uygulanacağını beyan edebilirler. Bu yönde bir seçim ile açık hukuk seçimi yapılmış olur. Taraflar, uygulanacak hukuk konusunda bilinçli bir tercih yapmışlar ve aralarındaki problemleri belirli bir hukuk ile çözmek iradesini ortaya koymuşlardır. Açık hukuk seçimi, genel olarak taraflar arasındaki sözleşmede yazılı olarak yapılmaktadır; ancak taraflarca sözlü olarak yapılması da mümkündür²⁸⁷.

Taraflar arasında açık yapılan bir hukuk seçiminde dâhi uyuşmazlık çıkabilme ihtimali mevcuttur. Örnek vermek gerekirse, taraflardan biri aralarındaki ilişkiye uygulanmak üzere İrlanda hukukunun seçildiğini ileri sürerken diğer taraf İrlanda değil İzlanda hukukunun seçildiğini ileri sürebilir. Bu durumda, taraflarca her ne kadar açık bir hukuk seçimi bulunsa da maddî hata ya da yorum farkları ile asıl kastedilen

²⁸⁵ Demirkol, s. 179; Arslan, s. 5.

²⁸⁶ Nomer, s. 317; Tekinalp / Uyanık, s. 281; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 260; Çelikel / Erdem, s. 357; Doğan, s. 365; Demirkol, s. 179-180; Demir Gökyayla, s. 321; Acun Mekengeç, s. 89; Elçin, s. 79; Çalışkan, s. 59; Güner, s. 149; Arslan, s. 7; Can / Toker, s. 243; Çörtoğlu Koca, **Danışmanlık Sözleşmeleri**, s. 241; İrge Erdoğan, s. 90; Dicey / Morris, s. 1217; Clarkson / Hill, s. 209; Fentiman, s. 189.

²⁸⁷ Nomer, s. 317; Yüksel, s. 162. Sözlü olarak yapılması hâlinde ispat sorunları ile karşılaşılabilceği için yazılı olarak yapılması tercih edilmelidir.

hukukun seçilen hukuk olmadığı dahi ileri sürülebilir²⁸⁸. Mahkemece yapılması gereken, taraflar arasındaki ilişkiyi incelemek ve taraflarca seçilen hukukun açıkça anlaşıldığı unsurları dikkate alarak uygulanacak hukuku belirlemektir.

Türk hukukunda da esas olan, açık hukuk seçimidir. MÖHUK'un hukuk seçimine ilişkin maddeleri incelendiğinde (MÖHUK m. 15, m. 24, m. 34, m. 39) taraflarca açık olarak seçilen hukuktan bahsedilmektedir.

1. Sözleşmeden Kaynaklanan Borç İlişkileri

Milletlerarası özel hukukta açık hukuk seçimi, sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından genel bir prensip hâline gelmiştir²⁸⁹. Türk hukukunda da MÖHUK m. 24 uyarınca taraflar, aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere her zaman açık olarak hukuk seçimi yapabilirler. Açık hukuk seçimi, sözleşmeden kaynaklanan hukukî ilişkilerde sözleşmenin bir maddesi olarak yapılabileceği gibi ayrı bir sözleşmeye de konu edilebilir²⁹⁰. Önemle belirtmek gerekir ki, seçilen hukukun belirlenmesi yeterli değildir. Ayrıca bu hukukun, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak belirlendiğinin yoruma ihtiyaç olmaksızın anlaşılması gerekir²⁹¹.

Açık hukuk seçimi yapılan bir sözleşmeye referans yapılmışsa ya da açık hukuk seçimi yapılan bir sözleşme, sözleşmeye dâhil edilmişse veya çerçeve sözleşmede açık bir hukuk seçimi yapılmışsa açık hukuk seçiminin yapıldığı kabul edilir²⁹². Taraflarca açık hukuk seçimi yapılmış olmasına ve sözleşmeye bu seçimin yazılmış olmasına rağmen sözleşme imzalanmadan önce taraflardan herhangi biri tarafından bu seçimin silinmesi hâlinde geçerli bir açık hukuk seçimi yapıldığının kabulü mümkün değildir²⁹³.

²⁸⁸ Plender / Wilderspin, s. 134-135.

²⁸⁹ Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 27-28; Güner, s. 149.

²⁹⁰ Doğan, s. 365; Çalışkan, s. 59; Bektaş, s. 58; Clarkson / Hill, s. 209.

²⁹¹ Demirkol, s. 180.

²⁹² Demir Gökyayla, s. 321; Demirkol, s. 181; İrge Erdoğan, s. 90-93; Fentiman, s. 192. Demirkol, genel işlem şartlarına referans ile yapılan hukuk seçiminin, genel işlem şartlarının sözleşmenin bir parçası hâline getirilmesi kaydı ile açık bir hukuk seçimi olduğunu ifade etmiştir (Demirkol, s. 183). Ancak tarafların karşılıklı olarak genel işlem şartlarını göndermeleri ve metinlerde farklı sonuçlara ulaşılması hâlinde birbirine uygun irade beyanlarından bahsedilemeyeceği için Türk hukuku bakımından geçerli bir açık hukuk seçimi olmadığını ifade etmiştir (Demirkol, s. 184-185). İrge Erdoğan, özellikle franchise sözleşmelerinin çerçeve sözleşme niteliğinde olduğunu, bu sözleşmede yapılan hukuk seçiminin doğacak sözleşmeleri de kapsadığını ifade etmiştir.

²⁹³ Clarkson / Hill, s. 209.

Açık hukuk seçiminin yorumlanması *lex fori*'ye göre yapılacaktır²⁹⁴. *Lex fori* tarafından açık hukuk seçiminden ne anlaşılması gerektiği, bu seçimin nasıl yorumlanacağı, varsa seçimin şartları belirlenecektir. Bu değerlendirmede kanunlar ihtilâfına ait yorum ilkeleri ve değerlendirmeler esas alınacaktır²⁹⁵.

MÖHUK'un özel sözleşme tiplerine ilişkin maddelerinde hukuk seçiminin açık veya üstü kapalı olmasından bahsedilmemiştir. Bu durumda, ilgili sözleşme tipleri bakımından genel kural olan MÖHUK m. 24 uyarınca değerlendirme yapılacaktır²⁹⁶. MÖHUK m. 24 uyarınca özel sözleşme tipleri bakımından da hukuk seçiminin açık olarak yapılması mümkündür. Kaldı ki hukuk seçimi bakımından esas olan açık hukuk seçimidir.

Mülga MÖHUK tarafından tarafların yalnızca açık hukuk seçimi yapabilecekleri öngörülmüştü²⁹⁷. Yargıtay da, mülga MÖHUK döneminde vermiş olduğu kararlarda tarafların yalnızca açık hukuk seçimi yapabileceklerine hükmetmiştir²⁹⁸. Roma I Tüzüğü m. 3 ve IPRG m. 116 ile açık hukuk seçimi düzenlenmiştir.

2. Sözleşme Dışı Hukukî İşlem ve İlişkiler

Sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk bakımından taraf iradelerinin nasıl açıklanacağı önemli bir husustur. MÖHUK m. 34 / f. 5 ve MÖHUK m. 39 / f. 2 uyarınca haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, haksız fiilin veya sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesinden sonra taraflar açık olarak uyuşmazlığı uygulanacak hukuku seçebilirler.

Hukuk seçimine imkân tanınan bir diğer hâl, evlilik mallarına ilişkindir. Evlilik mallarına ilişkin MÖHUK m. 15'e göre evlilik malları hakkında eşler, evlenme

²⁹⁴ Nomer, s. 317; Demir Gökyayla, s. 322; Acun Mekengeç, s. 89. Demir Gökyayla, bu durumda açık hukuk seçimine ilişkin sözleşme ya da şart değerlendirilirken milletlerarası özel hukukun temel ilkelerinin de göz önünde tutulmasının gerektiğini ifade etmiştir.

²⁹⁵ Nomer, s. 317.

²⁹⁶ Zeynep Derya Tarman, **Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ("İş Sözleşmeleri")**, AÜHFD, C. 59, S. 3, 2010, s. 528.

²⁹⁷ Ekşi, **İş Sözleşmeleri**, s. 122.

²⁹⁸ Yarg. 13. HD., 15.06.1993 T., 1993 / 2112 E., 1993 / 5075 K. (Nomer / Çelikel / Giray / Esen, s. 511).

anındaki mutata mesken veya millî hukuklarından birini açık olarak seçebilirler. Burada esas olan, evlenme anının dikkate alınmasıdır. MÖHUK m. 15 / f. 3'e göre evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, bu yeni hukuka tâbi olabilirler. Eşlerin birden fazla ülke vatandaşlıkları mevcutsa bu ülke hukuklarını seçmeleri de mümkündür²⁹⁹. Doktrinde bu maddenin eşlere yeni bir hukuk seçimi imkânı tanıdığı ileri sürülmüştür³⁰⁰. Bu durumda evlenmeden sonra eşlerin yeni bir müşterek millî hukuka veya yerleşim yeri hukukuna veya müşterek mutata mesken hukukuna sahip olmaları hâlinde, eşler bu yeni müşterek hukukun uygulanmasını açık olarak talep edebileceklerdir. Ayrıca eşlerin bir mal rejimi sözleşmesi yapmaları da evlilik malları bakımından hukuk seçimi yaptıkları anlamına gelmeyecektir. Eşlerin, evlilik malları bakımından açık olarak seçtikleri hukuku tespit etmeleri gerekmektedir. Hukuk seçimi, mal rejimi sözleşmesinden bağımsız olduğu için mal rejimi sözleşmesi geçersiz olsa dâhi hukuk seçiminin geçerliliği ayrı olarak incelenir ve geçerlilik şartlarını taşıyorsa seçim geçerli kabul edilir³⁰¹.

Roma II Tüzüğü m. 14 ile tarafların hukuk seçimini açık olarak yapabilecekleri düzenlenmiştir.

B. Üstü Kapalı Hukuk Seçimi

Milletlerarası özel hukukta esas olan açık hukuk seçimidir. Esas olan her ne kadar açık hukuk seçimi olsa da taraflarca sözleşmeye bu yönde bir hüküm koyulması unutulmuş olabileceği gibi tarafların bu konuda anlaşmamış olmaları ihtimali de mevcuttur³⁰². Üstü kapalı hukuk seçimi, bazı kriterlerin tespit edilmesi ve bunların yorumu ile anlaşılabilir. Bu yorumlar sonucunda tarafların hukuk seçimi konusundaki iradelerinin varlığı tespit edilirse, üstü kapalı hukuk seçiminden söz

²⁹⁹ Ersen Perçin, s. 172.

³⁰⁰ Akıncı / Demir Gökyayla, s. 75-76; Ersen Perçin, s. 176; Şensöz, s. 181.

³⁰¹ Şensöz, s. 188-190. Akıncı / Demir Gökyayla da mal rejimi sözleşmeleri yapılırken hukuk seçiminin de yapılmasının uygun olacağını, böylelikle mal rejimi sözleşmesinin buna uygun olarak hazırlanabileceğini ve ileride bu sözleşmenin geçersiz olabilme ihtimalinin ortadan kaldırılacağını belirtmişlerdir (Akıncı / Demir Gökyayla, s. 73).

³⁰² Clarkson / Hill, s. 210.

edilecektir. Çağdaş hukuk sistemlerinin büyük kısmı, sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkileri bakımından üstü kapalı hukuk seçimine imkân tanımıştır³⁰³.

Üstü kapalı hukuk seçiminin varlığının kabul edilmesi için objektif ve subjektif olmak üzere iki şartın mevcut olması gerekmektedir. Objektif şart, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmiş olmaları, subjektif şart ise tarafların bu konuda bir iradelerin varlığıdır³⁰⁴.

Önemle belirtmek gerekir ki, üstü kapalı hukuk seçimi hâlinde tarafların, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk bakımından üstü kapalı da olsa bir iradeleri mevcuttur³⁰⁵. Tarafların bu iradeleri, açık hukuk seçiminden farklı olarak net ifadeler ile belirtilmemiş olup, sözleşme hükümlerinden ve hâlin şartlarından çeşitli unsurların bir arada tespiti ile anlaşılmaktadır³⁰⁶. Diğer bir deyişle, üstü kapalı hukuk seçimi de hukuk seçimine ilişkin bir sözleşmedir. Ancak birbirine uygun olan bu iradelerin açıklanma biçimi açık hukuk seçiminden olduğu kadar kolay tespit edilememekte ve ancak çeşitli kriterlerin incelenmesi ile varlığı anlaşılabilmektedir. Üstü kapalı hukuk seçiminin tespitinde iradelerin ortaya çıktığı andaki şartlar göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılır ve gerçek iradeleri dikkate alınır³⁰⁷.

Muvakkat Kanun döneminde hukuk seçimine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak doktrinde tarafların üstü kapalı hukuk seçimi yapabilecekleri, buna bir engel bulunmadığı ifade edilmekteydi³⁰⁸. Bu dönemde yalnızca sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkileri bakımından hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Sözleşme dışı borç ilişkilerinde taraflara böyle bir imkân verilmemiştir.

Mülga MÖHUK m. 24 uyarınca taraflar, sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından yalnızca açık hukuk seçimi yapabilirlerdi. Düzenlemenin gerekçesinin

³⁰³ Çörtoğlu Koca, **Danışmanlık Sözleşmeleri**, s. 241; Güner, s. 150. Roma I Tüzüğü m. 3; IPRG m. 116 örnek verilebilir.

³⁰⁴ Doğan, s. 367; Ekşi, **Ticaret**, s. 32; Acun Mekengeç, s. 90.

³⁰⁵ Tekinalp / Uyanık, s. 281; Demir Gökyayla, s. 322; Çilingiroğlu, s. 109; Öztekin Gelgel, s. 222; Demirkol, s. 192; Bayata Canyaş, **Örtülü Hukuk Seçimi**, s. 112; Can / Toker, s. 244; Çörtoğlu Koca, **Danışmanlık Sözleşmeleri**, s. 241; Fentiman, s. 195.

³⁰⁶ Demirkol, s. 192-193; Fentiman, s. 195. Demirkol, üstü kapalı hukuk seçiminin üç unsuru olduğunu, ilk unsurun tarafların iradesi, ikinci unsurun tarafların bu iradesinin sözleşmeden veya hâlin şartlarından anlaşılması, üçüncü unsurun ise bu iradenin tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılması olduğunu ifade etmiştir.

³⁰⁷ Demir Gökyayla, s. 323.

³⁰⁸ Nomer, **1978**, s. 267.

yabancı dil açısından belirleme güçlüklerinin önüne geçmek olduğu ifade edilmiştir³⁰⁹. Doktrinde, üstü kapalı hukuk seçimine imkân tanınmamasını eleştiren görüşler bulunmaktaydı³¹⁰. Bununla birlikte taraflara dolaylı yoldan üstü kapalı hukuk seçimi imkânı tanındığı da bazı yazarlarca ileri sürülmüştür³¹¹. Şöyle ki, her ne kadar mülga MÖHUK tarafından açık hukuk seçimi yapılması gerektiği ifade edilmişse de objektif bağlama kuralı olarak uygulanacak hukukun ifa yeri hukuku olduğu belirlenmiştir. BK m. 72 uyarınca taraflar ifa yerini açık ya da üstü kapalı olarak seçebilirlerdi. Böylece taraflar üstü kapalı olarak ifa yerini, diğer bir deyişle mülga MÖHUK m. 24 / f. 2 kapsamında uygulanacak hukuku üstü kapalı olarak seçmiş olmaktadır. Bu gerekçeler ile üstü kapalı hukuk seçimine imkân tanınması ile hem milletlerarası ticaretin ihtiyacının karşılanacağı hem de üstü kapalı hukuk seçimine ilişkin milletlerarası kabule uygun olacağı ifade edilmiştir.

Mülga MÖHUK'un hazırlık çalışmaları sırasında üstü kapalı hukuk seçiminin kanuna dâhil edilmemesi gerektiği, zira üstü kapalı hukuk seçiminin tespit zorluklarına yol açacağına ifade edilmiştir³¹². Kanun düzenlemesine paralel olarak bir görüş, üstü kapalı hukuk seçiminin uygulanmayacağını benimsemiştir³¹³. Zira bu görüşe göre kanun hazırlık çalışmaları ve kanun koyucunun düzenlemeye yaklaşımı birlikte ele alındığında, üstü kapalı hukuk seçimine imkân tanımak, kanun koyucunu iradesini aşan bir anlam yüklemek olacaktır. Bir diğer görüşe göre ise taraflar iradelerini açıkça belli etmeseler de fazla bir araştırmaya ihtiyaç bulunmaksızın uygulanmasını istedikleri hukuk tespit edilebiliyor ise bu seçimin de hukuk seçimi olarak kabul edileceği ve taraflar arasındaki uyuşmazlığa uygulanacağı ifade edilmiştir³¹⁴.

³⁰⁹ Tekinalp / Uyanık, s. 286, dn. 61.

³¹⁰ Tekinalp, **AT Hukuku**, s. 1108; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 212; Sargın, s. 195; Erdem, **Akitler**, s. 100.

³¹¹ Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 213.

³¹² Aybay / Dardağan, s. 253; Çelikel / Erdem, s. 350, dn. 236; Sargın, s. 195.

³¹³ Akıncı, s. 75, dn. 174; Güngör, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 190; Tüzüner, **Marka Rehni**, s. 109. Sargın konuyu farklı bir yaklaşım ile ele almıştır. Şöyle ki, mülga MÖHUK'un lafzı bakımından "açık kanun seçimi" ifadesinin üstü kapalı hukuk seçimini kapsayacak ölçüde geniş olduğunu, ancak irade beyanının yorumunda Borçlar Kanunu hükümlerinin dikkate alınması hâlinde kanunun, irade beyanının açık ya da üstü kapalı olabileceğini düzenlediği, bu nedenle MÖHUK tarafından açık kanun seçiminin aranması hâlinde beyanın açık olması gerektiği ve bu nedenle üstü kapalı hukuk seçiminin reddi gerekeceği ifade edilmiştir (Sargın, s. 196-197).

³¹⁴ Nomer / Şanlı, s. 297; Çilingiroğlu, s. 114. Nomer / Şanlı, taraf iradelerinin açık olmaması hâlinde dâhi bir hukuk seçimi yapma iradelerinin mevcut olduğunun tespit edilmesi hâlinde, bu seçimin açık bir hukuk seçimi olduğunu ifade etmiştir.

Yargıtay'ın hukuk seçiminde taraf iradelerinin açıklanma biçimi bakımından görüşü yürürlükteki kanuna göre değişmiştir. Muvakkat Kanun döneminde verilmiş olan bir kararda taraflarca hukuk seçiminin açık yapılabileceği gibi üstü kapalı da yapılabileceği ifade edilmiştir³¹⁵. Mülga MÖHUK döneminde ise Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda üstü kapalı hukuk seçimine imkân tanınmaması gerektiği yönünde içtihat oluşturmuştur³¹⁶.

Üstü kapalı hukuk seçimi her zaman tespiti zor bir husustur³¹⁷. Doktrinde de belirtildiği ve bizim de katıldığımız üzere üstü kapalı hukuk seçimi yoluyla uygulanacak hukukun tespiti, mümkün olduğunca başvurulmaması gereken bir yol olarak görülmelidir³¹⁸. Zira özellikle uluslararası ticaret bakımından açık olarak belirlenmeyen hukuk seçiminde bu iradenin varlığı ya da yokluğu hâkim tarafından tespit edileceğinden taraflar, öngöremeyecekleri sonuçlar ile karşılaşabileceklerdir.

Doktrinde, üstü kapalı hukuk seçiminin taraf iradelerinin aralarındaki sözleşmeye yansması bakımından önemli bir düzenleme olduğu da ifade edilmiştir³¹⁹. Verilen örnekte tarafların genel olarak aralarında hukuk seçimi öngördüğü; ancak uyumsuzluğa sebep olan sözleşmenin çabuk kurulması sebebiyle böyle bir hukuk seçiminin açık bir biçimde kararlaştırılmamış olabileceği ifade edilmiştir. Kanaatimizce kanun koyucunun üstü kapalı hukuk seçimine imkân tanımaktaki esas amacı, örneğe benzer olaylarda hakkaniyete aykırı kararlar verilmemesidir. Zira

³¹⁵ “Devletler Hususi Hukukundaki (irade muhtariyeti ilkesi) Türk Hukukunca da kural olarak benimsenmiştir. Bu ilkeye göre taraflar, aralarındaki ilişkiye bir yabancı hukukun uygulanmasını kararlaştırabilirler. Mahkemece, ilk etapta, taraflar arasında bu konuda açık bir anlaşma olması lâzım geldiğini, oysa olayda, davalının yolladığı teyid mektubunda Alman mevzuatının uygulanmasının kabul edildiğine dair hiçbir kayıt bulunmadığını kabul etmiştir. Bir kere bu kabulün zımmı olabileceğini belirten müellifler vardır.” Yarg. 11. HD., 05.04.1979 T., 1979 / 1512 E., 1979 / 1798 K. (www.kazanci.com).

³¹⁶ “İkinci olarak diğer davacı limited şirketin satım ilişkisini değerlendirmeye gelince; MÖHUK 24/1 maddesine göre taraflar aralarında yaptıkları akte uygulanacak hukuku bizzat seçebilirler. Burada tarafların hukuk seçimi açık olması gerekir. Diğer bir anlatımla, tarafların hukuk seçimi hakkında açık bir irade beyanları mevcut değilse, onların örtülü veya varsayılan irade beyanlarına dayanılarak bir hukuk seçimi yaptıkları sonucuna varılamaz.” Yarg. 21. HD., 13.04.2004 T., 2003 / 11058 E., 2004 / 3676 K. (www.kazanci.com). Aynı yönde Yarg. 13. HD., 15.06.1993 T., 1993 / 2112 E., 1993 / 5075 K. (Nomer / Çelikel / Giray / Esen, s. 511).

³¹⁷ Belirtmemiz gerekir ki, üstü kapalı hukuk seçimine ilişkin tartışmalar, hukuk seçimine ilişkin ilk görüşleri ortaya atan Dumolin'e kadar gitmektedir (Çakalır, s. 487).

³¹⁸ Çalışkan, s. 65-66; Fentiman, s. 197. Üstü kapalı hukuk seçiminin taraflara hiç tanınmaması, eğer açık bir hukuk seçimi yoksa sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun uygulanması gerektiği, bu hukukun tespitinde de yetki sözleşmesi, standart formlar gibi hususların göz önüne alınacağı görüşüne ilişkin olarak bkz. Clarkson / Hill, s. 217. Yazarlar, üstü kapalı hukuk seçiminin tanınmaması gerektiği görüşündedirler.

³¹⁹ Demirkol, s. 198.

tarafların bir hukuk seçimi yaptıkları tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılmaktadır. Mülga MÖHUK dönemindeki yaklaşım da göz önüne alındığında kanun koyucu, üstü kapalı hukuk seçimine hep temkinli yaklaşmıştır. Zira açık bir hukuk seçimi olmayan hâlde taraflardan biri, aralarındaki sözleşme ilişkisi bakımından bir hukuk seçimi yapmadıklarını ifade edebilecektir. Kriterlerin söz konusu olması hâlinde dâhi böylesi durumlarda hâkim kolaylıkla tereddüde düşebilecektir. Ayrıca taraflara her zaman açık hukuk seçimi yapılması imkânının da tanındığı göz önüne alınırsa üstü kapalı hukuk seçiminin oldukça dar bir alanda uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.

1. Sözleşmeden Kaynaklanan Borç İlişkileri

MÖHUK m. 24 / f. 1 ile üstü kapalı hukuk seçimine ilişkin olarak önemli bir yenilik yapılmış ve sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından üstü kapalı hukuk seçimi kabul edilmiştir³²⁰. Böylelikle tarafların açık olarak sözleşmelerinde belirtmedikleri, ancak hâlin şartlarından veya sözleşme hükümlerinden tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılan hukuk seçiminin de geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul edileceği öngörülmüştür³²¹.

Doktrinde, sözleşmelerde üstü kapalı hukuk seçimine ilişkin düzenleme eleştirilere uğramıştır³²². Şöyle ki; kanun düzenlemesi bakımından öncelikle tarafların açık hukuk seçimi yapabileceği öngörülmüş, daha sonra maddenin devamında, üstü kapalı hukuk seçimine ilişkin olarak sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılabilen hukuk tanımı ile yine açık hukuk seçimine yaklaşan bir tanımlama yapılmıştır³²³. Bu nedenle doktrinde, bu

³²⁰ Genel Gerekçe, s. 5, Madde Gerekçeleri, s. 7-8; Nomer, s. 317.

³²¹ Doktrinde, üstü kapalı hukuk seçiminin ayrı bir cümlede düzenlenmesi yerine, mülga MÖHUK maddesindeki “açık olarak” ifadesinin kaldırılmasının, üstü kapalı hukuk seçimine imkân tanınması bakımından yeterli olabileceği ifade edilmiştir (Arslan, s. 27-28). Kanaatimizce bu yönde bir düzenleme ile üstü kapalı hukuk seçiminin unsurları ve uygulanması içtihat ve doktrine bırakılmış olurdu. Bu durumun pratik sorunlara daha hızlı ve sağlıklı reaksiyon göstereceği, kanun değişiklikleri yaşanmadan çağdaş gelişmeler ışığında maddenin uygulanmasının sağlanabileceği düşünülebilir.

³²² Nomer, s. 318; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 260; Ekşi, **Ticaret**, s. 34; Çalışkan, s. 65.

³²³ Kanun koyucu, madde düzenlemesinde “tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılan” ifadesi ile neredeyse kesinlik derecesinde bir tespitin gerektiğini düzenlemiştir. Bu ifade Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü ile düzenlenen “açıkça” ve “makul kesinlikte” ifadelerine göre daha katıdır. Hâkimin, üstü kapalı irade hususunda hiçbir tereddüdünün bulunmaması gerekmektedir ki, bu durum ancak kesin olarak tespit hâlinde mümkün olabilecektir. Hâkim, en küçük bir tereddüt duyması hâlinde üstü kapalı hukuk seçimine uygulama alanı tanımayacaktır (Demirkol, s. 195). Doktrinde, neredeyse kesinlik

düzenlemenin bir taraftan açık hukuk seçimi olarak nitelendirilemeyeceği, diğer taraftan “tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılan” kavramına da açık hukuk seçimi dışında örnek vermenin kolay olmadığı, bu tanımlamanın doktrindeki açık hukuk seçimi kavramına ilişkin olduğu ifade edilmiştir³²⁴. Bu görüşe paralel bir diğer görüşe göre ise kanun koyucu burada üstü kapalı hukuk seçimini mümkün olduğunca sınırlamak istemiştir³²⁵. Öyle ki, bu düzenleme açık hukuk seçimi olmayan hâllerde hâkimin, üstü kapalı hukuk seçimi konusunda kolayca tereddüde düşerek objektif bağlama kurallarını uygulaması yolunu açan bir düzenleme olarak değerlendirilebilir³²⁶. Bu görüşün aksine düzenlemenin yerinde olduğunu, üstü kapalı hukuk seçiminde güvenliğin sağlandığını, hatta şekilcilik ile güven arasında iyi bir denge kurulduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır³²⁷.

Tarafların, sözleşme öncesi görüşmelerinde açık bir hukuk seçimi konusunda görüşmeler yapmalarına rağmen bir sonuca ulaşamamış olmaları ya da hukuk seçimi yapmama konusunda anlaşmış olmaları ihtimali de mevcuttur³²⁸. Her iki taraf da diğer tarafın uygulanmasını talep ettiği hukuku kabul etmeyebileceği gibi sözleşmeye belirli bir devlet hukukunun uygulanacağını da varsayım olarak kabul edebilirler³²⁹. Bu gibi hâllerde kriterlerin mevcut olup olmadığına da bakmaksızın tarafların hukuk seçimi yapmadıklarının kabulü gerekir³³⁰. Bu durumda tarafların açık olarak bir hukuku seçmemeleri hâli bilinçli bir seçimden kaynaklanmaktadır ve bu nedenle üstü kapalı hukuk seçimine ilişkin kriterlerin incelenmesi de söz konusu olmayacaktır. Zira üstü kapalı hukuk seçiminin varlığı için tarafların bu yönde bir iradelerinin varlığı şarttır.

derecesinde bir tespitin aranmasının farazi hukuk seçiminin uygulama alanının sınırlanması amacıyla getirildiği ifade edilmiştir (Bayata Canyaş, s. 66).

³²⁴ Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 260; Arslan, s. 29.

³²⁵ Nomer, s. 318; Güngör, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 192. Güngör, bu düzenleme uyarınca üstü kapalı hukuk seçimi yapılabilecek tek durumun, seçilen hukukun taraflarca sözleşme metnine yazılmasının unutulması hâli olduğunu belirtmiştir.

³²⁶ Arslan, s. 31.

³²⁷ Tekinalp / Uyanık, s. 286; Demirkol, s. 198.

³²⁸ Sargın, s. 39; Demir Gökyayla, s. 324; Çalışkan, s. 65.

³²⁹ Sargın, s. 39-40. Yazar, tarafların özellikle itibar kaybetmemek ve istenmeyen sürprizlerle karşılaşmamak amaçlarıyla hukuk seçimi yapmaktan imtina edebilecekleri gibi taraflar arasında imzalanan sözleşmenin yerel makamlar tarafından onaylanma şartına bağlı olması durumunda da hukuk seçimi yapmaktan kaçındıklarını belirtmiştir.

³³⁰ Demir Gökyayla, s. 324; Acun Mekengeç, s. 92; İrge Erdoğan, s. 92; Plender / Wilderspin, s. 151; Clarkson / Hill, s. 209; Fentiman, s. 195. İngiliz mahkemelerince verilen bir kararda taraflardan biri tarafından sunulan İngiliz hukukunun seçildiğine ilişkin kaydın, sözleşme görüşmeleri sırasında diğer tarafça silindiği ifade edilmiştir. Bu hâlde taraflarca geçerli bir hukuk seçimi yapılmadığı ifade edilmiş ve hukuk seçimi kaydı geçersiz kabul edilmiştir. **Land Rover Export Ltd v Samcrete Egypt Engineers and Contractor SAE, 2001**. Karara ilişkin bilgi için bkz. Plender / Wilderspin, s. 151; Harding, s. 153.

Ancak belirtilen hâlde tarafların, hukuk seçimi yapılmaması konusunda açık bir iradeleri mevcuttur.

Roma I Tüzüğü de üstü kapalı hukuk seçimine imkân tanımıştır. Tüzük m. 3 / f. 1 hükmüne göre hâlin şartlarından veya sözleşme hükümlerinden açıkça anlaşılacak şekilde de hukuk seçimi yapılabilir. Roma I Tüzüğü, üstü kapalı hukuk seçimine ilişkin olarak MÖHUK’a göre daha esnek bir kural getirmiştir. MÖHUK’ta düzenlenen “tereddüte yer vermeyecek şekilde anlaşılan” ifadesi yerine “açıkça anlaşılan” ifadesi kullanılmış ve böylelikle üstü kapalı hukuk seçimine, MÖHUK’a göre daha geniş bir uygulama alanı sağlanmıştır. Her ne kadar düzenleme bakımından böyle bir farklılık mevcut olsa da Türk hukuku için geçerli olan kriterler Roma I Tüzüğü bakımından da geçerlidir³³¹. Ancak bu kriterlere bağlanan sonuç Tüzük’te daha esnek düzenlenmiş ve Türk hukukunda sonuç bakımından aranan kesinlik Roma I Tüzüğü’nde aranmamıştır.

a. Üstü Kapalı Hukuk Seçiminin Tespitinde Kullanılacak Kriterler

Kanun koyucu, sözleşme hükümleri veya hâlin şartları kavramlarını açıklamamıştır³³². Bu nedenle üstü kapalı hukuk seçiminin tespiti için mukayeseli hukuk ve uygulamadan faydalanmak sureti ile bazı kriterler belirlenmiştir. Üstü kapalı hukuk seçimine ilişkin tespit ve ölçütte *lex fori* uygulanacaktır³³³.

Doktrinde, sözleşme hükümleri ile hâlin şartları kavramlarının ayrı kavramlar olduğu ifade edilmiştir³³⁴. Sözleşme hükümleri ile ilgili olarak tarafların sözleşmelerinde belirli hukuk sistemlerine atıfta bulunmaları, belirli hukuk sistemlerine göre hazırlanan standart sözleşmelerin kullanılması hâlleri örnek gösterilmiştir³³⁵. Hâlin şartlarına ise, tarafların sözleşmeleri ile sıkı ilişkili başka bir sözleşmede yapılan açık hukuk seçimi veya sınai kompleksin inşasına ilişkin temel

³³¹ Yüksel, s. 163-164.

³³² Madde gerekçesinde olayın özellikleri veya hâl ve şartlar ifadesi kullanılmıştır. **Madde Gerekçeleri**, s. 8.

³³³ Demir Gökyayla, s. 323; Bayata Canyaş, s. 66.

³³⁴ Demirkol, s. 192; Arslan, s. 19.

³³⁵ Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 44; Arslan, s. 20.

sözleşmede hukuk seçimi yapılmış olması hâlleri örnek olarak verilmiştir³³⁶. Yine hâkimin, üstü kapalı hukuk seçimini incelerken hem sözleşme hükümlerini hem de hâlin şartlarını aynı anda ve birlikte değerlendirmesi gerekmektedir³³⁷. Hâlin şartlarından veya sözleşme hükümlerinden tarafların bir hukuk seçimi yaptıkları kesin olarak anlaşılmıyorsa, tarafların üstü kapalı hukuk seçimi yapmadıkları sonucuna ulaşılacaktır.

Taraflar arasındaki sözleşmede yetkili mahkemenin, belirli bir devlette ikamet eden hakemlerin, belirli bir para birimi ile ödemenin, belirli bir hukuktaki kavramların seçilmesi hâlleri ile tarafların davada sundukları dava ve cevap dilekçelerinin belirli bir hukuka dayanılmak suretiyle hazırlanması, tarafların sözleşmelerinde devletlerin belirli kanunlarına atıf yapmaları, belirli bir hukuka özgü terminolojinin kullanılması, belirli bir hukukun sözleşmeye dâhil edilmesi (*incorporation*), taraflar arasındaki önceki sözleşme uygulamaları, birbirleriyle sıkı ilişki bulunan sözleşmelerin birinde açık hukuk seçimi yapılmış olması, belirli bir devlette kullanılan standart sözleşmelerin kullanılması, sözleşmenin belirli bir devlet hukukuyla daha sıkı ilişki içerisinde olması hâlleri³³⁸ üstü kapalı hukuk seçimi yapıldığına ilişkin belirlenen bazı

³³⁶ Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 44; Arslan, s. 20; Demir Gökyayla, s. 324. Demir Gökyayla, hâlin şartlarını, sözleşmenin kurulması ve yerine getirilmesi ile ilişkili hususlar olarak tanımlamıştır.

³³⁷ Demirkol, s. 193; Arslan, s. 21. Yazarlar, her ne kadar MÖHUK m. 24 tarafından “sözleşme hükümleri veya hâlin şartları” şeklinde “veya” bağlacı kullanılmış olsa da sadece sözleşme hükümlerine ya da sadece hâlin şartlarına bakılarak hukuk seçiminin anlaşılması sonucuna varılmaması gerektiğini ifade etmişlerdir.

³³⁸ Arslan, s. 32. “...Örneğin, tarafların sözleşmeyi X devletinde akdetmeleri, sözleşmenin her iki tarafın da bildiğini X devletinin dilinde olması, ifanın X devletinde ve ödemenin de X devleti para birimiyle yapılmasını kararlaştırmaları, X devletinin maddî hukuk kurallarının taraflarca seçildiğini kesin bir şekilde göstermemektedir. Zira burada taraflar, sözleşmenin çabuk ve kolayca kurulmasını ve karşılıklı edimlerin kısa sürede ve seri bir biçimde ifa edilmesi amacını gütmüş olabilirler. ... Ancak hâkim gerçek bir hukuk seçiminin var olduğu kanaatine ulaşamazsa, objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukuku tespit edecektir. İşte burada, somut olayın özelliklerine göre sözleşmenin bir ülke hukuku ile daha sıkı ilişkili olması hâlinde o ülke hukukunu uygulayacaktır. Dolayısıyla, yukarıdaki örnekte verilen kriterler sıkı ilişkili hukukun tayininde esas alınabilir.”

kriterlerdendir³³⁹. Hatta ve hatta sözleşmenin belirli bir devlet hukukuna göre yorumlanacağına ilişkin hükümler de bu kriterlerden biridir³⁴⁰. Kriterler çoğaltılabilir.

Doktrindeki hâkim görüşe göre bu kriterlerin bir tanesinin bulunması, sözleşmede üstü kapalı hukuk seçimi yapıldığını tespit bakımından yeterli değildir³⁴¹. Üstü kapalı hukuk seçimi yapıldığının tespit edilebilmesi için bu kriterlerden birkaçının bir arada bulunması gerekmektedir. Kriterlerin sayıca fazlalığı üstü kapalı hukuk seçiminin yapıldığına ilişkin tespiti teyit ederken, bu kriterlere karşı olarak sözleşmede tespit edilen farklı devlet ile ilişkili kriterler de üstü kapalı hukuk seçimi yapılmadığına işaretir³⁴².

Kriterlerin tamamının aynı derece belirleyici olacağını düşünmek mümkün değildir. Sözleşmenin İngilizce yapılması hâli ile birbirleriyle sıkı ilişki bulunan sözleşmelerden birinde açık hukuk seçimi yapılmış olması hâli aynı derecede kabul edilemez. Yine yetkili mahkemeye ilişkin şart ile ödeme yapılacak para birimi aynı derecede değildir³⁴³. Zira uluslararası ticarete sözleşmelerin çok büyük bir bölümü İngilizce dilinde yapılmakta ve ödemeler de Amerikan doları cinsinden gerçekleşmektedir. Ancak bu hususlar, taraflar arasında üstü kapalı olarak İngiliz ya da Amerikan hukukunun seçildiği anlamına gelmemektedir. Bu nedenle kullanılan dil

³³⁹ Nomer, s. 319-320; Tekinalp / Uyanık, s. 281-282; Aybay / Dardağan, s. 252; Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 13; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 260-261; Doğan, s. 366; Özkan / Süral / Tütüncübaşı, s. 381; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 28-29; Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 45; Güngör, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 93; Sargın, s. 43-44; Çakalır, s. 491 vd.; Demirkol, s. 199 vd.; Çalışkan, s. 64; Tarman, **Roma I**, s. 310; Bayata Canyaş, s. 67-68; Acun Mekengeç, s. 90; Elçin, s. 73 vd.; Tüzüner, **Marka Rehni**, s. 110-111; Toker, s. 1030; Alibaba, s. 70; Çörtoğlu Koca, **Danışmanlık Sözleşmeleri**, s. 241; Güner, s. 152-153; İrge Erdoğan, s. 92-93; Dicey / Morris, s. 1223; Giuliano / Lagarde, No C 282/17; Plender / Wilderspin, s. 142 vd.; Clarkson / Hill, s. 211 vd.; Ole Lando, **Scandinavian Conflict of Law Rules Respecting Contracts ("Scandinavian")**, The American Journal of Comparative Law, Vol. 6, No. 1, 1957, s. 10-11; Fentiman, s. 198 vd.

³⁴⁰ Bayata Canyaş, s. 67. Yazar, "İşbu sözleşme hükümleri İsviçre hukukuna göre yorumlanacaktır." şeklindeki hükmü bu duruma örnek olarak vermiştir (Bayata Canyaş, s. 67, dn. 204).

³⁴¹ Nomer, s. 319; Tekinalp / Uyanık, s. 282; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 29; Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 45; Güngör, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 93; Demir Gökyayla, s. 324; Arslan, s. 14; Can / Toker, s. 244-245; Acun Mekengeç, s. 91; Toker, s. 1030; Çörtoğlu Koca, **Danışmanlık Sözleşmeleri**, s. 241; Güner, s. 152; İrge Erdoğan, s. 96; Giuliano / Lagarde, No C 282/17; Clarkson / Hill, s. 211; Lando, **Scandinavian**, s. 10.

³⁴² Nomer, s. 319-320.

³⁴³ Roma Konvansiyonu döneminde İngiliz mahkemesince verilen bir kararda, bir Japon ve bir Alman şirketi açık bir hukuk seçimi yapmamışlardır. Ancak sözleşmede Londra'da bir tahkim şartı öngörülmüş, sözleşme İngilizce dilinde hazırlanmış ve sözleşmede sıklıkla İngiliz hukukundan terimler kullanılmıştır. Mahkeme, yapmış olduğu incelemede her ne kadar taraflarca açık bir hukuk seçimi yapılmassa da, Roma Konvansiyonu tarafından "makul kesinlik" ölçüsü içerisinde üstü kapalı hukuk seçimi yapılabileceğini ifade etmiş ve taraflar arasındaki sözleşmede İngiliz hukukunun üstü kapalı olarak seçilmiş olduğuna karar vermiştir. (Oldendorff v Liberia Corporation, 1996) Karara ilişkin bilgi için bkz. Harding, s. 153.

ya da para birimi, üstü kapalı hukuk seçimini belirleyen kriterlerden olmakla birlikte en az dikkate alınacak kriterlerdendir³⁴⁴. Ancak tarafların sıkı ilişkili sözleşmelerden birinde açık hukuk seçimi yapmış olmaları ya da sözleşmelerinin belirli bir hukuka göre yorumlanacağını kabul etmeleri veya belirli bir devletin mahkemesini seçmesi hâlleri, üstü kapalı hukuk seçimi yapıldığına ilişkin güçlü tespitlerdir. Hâkim, somut olaya göre durumu değerlendirmeli ve kriterlerin varlığı ve ağırlığına paralel olarak üstü kapalı hukuk seçimini tespit ederse bu seçime uygulama alanı tanınmalıdır.

Tespit edilen bazı kriterlerin özel olarak incelenmesi gerekmektedir. Zira her kriter aynı ağırlığa sahip olmadığı gibi her kriterin aynı şekilde değerlendirilmesi de mümkün değildir.

Tarafların yetkili mahkemeyi belirlemeleri hâli, üstü kapalı hukuk seçimine ilişkin önemli bir kriterlerden biridir³⁴⁵. Yetkili mahkemenin belirlenmesi, bu mahkemenin hukukunun seçilmesi yönünde taraf iradelerinin mevcut olduğu yönünde kuvvetli bir kriterdir ve bu niteliği ile diğer kriterlere göre daha belirleyici niteliktedir³⁴⁶. Yine yetki şartı, esas sözleşmeden bağımsız olduğu için, yetki şartının dikkate alınabilmesi için bu şartın da geçerli olması gerekir³⁴⁷. Ancak yetki şartı ile birden fazla devlet mahkemesinin yetkili kılınması hâlinde yetki şartı bir kriter olarak göz önüne alınmayacaktır³⁴⁸. Yine belirtmek gerekir ki yetki şartını sonradan

³⁴⁴ Demir Gökyayla, s. 338-339; İrge Erdoğan, s. 95. Demir Gökyayla, sözleşme dilinin bir kriter olmadığını ileri süren görüşler de olduğunu ifade etmiştir. İrge Erdoğan da sözleşme dilinin niteliğine göre bir ayırım yapılması gerektiğini, ticari hayatta sıklıkla kullanılan bir dilin belirleyici olmayacağını, ancak çok sınırlı bir uygulama alanı olan bir dil kullanılması hâlinde bu dilin daha belirleyici olacağını ifade etmiştir.

³⁴⁵ Nomer, s. 319-320; Tekinalp / Uyanık, s. 282; Aybay / Dardağan, s. 252; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 260; Doğan, s. 366; Sargın, s. 44; Çalışkan, s. 64; İrge Erdoğan, s. 93; Giuliano / Lagarde, No C 282/17; Clarkson / Hill, s. 211. Sargın, salt mahkeme seçiminin üstü kapalı hukuk seçimi anlamına geldiğini ileri süren görüşler olduğunu ifade etmiştir. Yetki şartının üstü kapalı hukuk seçimi bakımından bir kriter olarak detaylı incelemesi için bkz. Demir Gökyayla, s. 325.

Bununla birlikte İngiliz hukukunda, İngiliz mahkemelerinin yetkili kılınması hâlinin başlı başına İngiliz hukukunun seçildiğinin kabul edilmesi şeklinde bir yaklaşım mevcuttur (Clarkson / Hill, s. 212). Buradaki yaklaşımın temelinde tarafların yetkili bir mahkeme belirlerken bu mahkemenin kendi hukukunun uygulanacağı yönünde bir iradelerinin olduğu kabul edilmektedir. İngiliz mahkemeleri de bu görüşü benimsemektedir.

³⁴⁶ Giuliano / Lagarde, No C 282/17; Clarkson / Hill, s. 211-212. Roma I Tüzüğü Gerekçesi 12 Nolu Paragraf'ta tarafların, üye devlet mahkeme ya da mahkemelerini veya hakem heyetlerini yetkili kılmaları hâlinin, üstü kapalı hukuk seçiminin tespiti bakımından dikkate alınacak faktörlerden biri olduğu ifade edilmiştir. Hatta Tüzük çalışmaları sırasında salt yetki sözleşmesinin bir hukuk seçimi olarak yorumlanması yönünde görüşler ileri sürülmüş, ancak Roma I Tüzüğü'nün nihai hâlinde bu hususa yer verilmemiştir (Clarkson / Hill, s. 211). MÖHUK'ta yetkiye ilişkin bir düzenleme ya da gerekçede bir açıklama mevcut değildir.

³⁴⁷ Demir Gökyayla, s. 327.

³⁴⁸ Demir Gökyayla, s. 328.

yapılması veya değiştirilmesi hâllerinde de somut olayın durumuna göre değerlendirme yapılması gerekmektedir. Kanaatimizce sözleşmede sonradan yapılan bir yetki şartı, baştan yapılan bir yetki şartına göre üstü kapalı hukuk seçimi yapıldığını daha kuvvetli şekilde desteklemektedir. Zira taraflar sonradan yapmış oldukları bu seçim üzerinde daha fazla düşünecekler, belki de uyuşmazlık çıktıktan sonra bu tercihi yapacaklardır. Bu noktada tarafların bu mahkemenin hukukunu seçmiş olmaları ihtimali, baştaki yetki şartına göre çok daha yüksek olacaktır.

Tarafların sözleşmelerinde belirli bir devletin kanununa atıfta bulunmaları da başlı başına üstü kapalı bir hukuk seçimi olarak değerlendirilemez³⁴⁹. Zira seçilen hukuk, salt ilgili kanun hükümlerinden oluşmamakta olup daha genel bir kapsamı ifade etmektedir. Diğer kriterler ile desteklenmesi hâlinde taraflarca bir kanuna yapılan atıf üstü kapalı bir hukuk seçimi olarak değerlendirilebilir. Eğer farklı kriterler ile desteklenmeyen bir kanun atfı varsa şartlarının mevcut olması hâlinde *incorporation* hükümleri uygulanabilir.

Taraflarca belirli bir hukuka dayanılarak hazırlanan dava ve cevap dilekçelerinin verilmesi ile karşılıklı uyum içerisinde hareket etmeleri hâli de üstü kapalı hukuk seçimi için kuvvetli bir kriterdir. Doktrinde, tarafların mahkemeye sundukları dava ve cevap dilekçelerinin belirli bir hukuka dayanılmak suretiyle hazırlanması hâlinin başlı başına üstü kapalı hukuk seçimi anlamına geldiğini ileri süren görüşler de mevcuttur³⁵⁰. Biz de bu görüşe katılıyoruz. MÖHUK hükmü dikkate alındığında üstü kapalı hukuk seçimi yapıldığının kesinlik derecesine varır derecede anlaşılmasının ancak bu gibi hâllerde sağlanabileceği görüşündeyiz. Zira taraflar artık belirli bir hukukun uygulanması ve aralarındaki uyuşmazlığı çözmesi yönünden iradelerini ortaya koymuşlardır. Kanaatimizce burada artık bir kriterden değil, üstü kapalı bir hukuk seçiminden bahsedilir. Buna karşın taraflardan birinin belirli bir hukuka göre dava açması³⁵¹ ve diğer tarafın bu davaya cevap vermemesi hâlinde, cevap vermeyen

³⁴⁹ Bayata Canyaş, s. 68; Acun Mekengeç, s. 93; Clarkson / Hill, s. 215.

³⁵⁰ Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 260-261; Sargın, s. 44; Demirkol, s. 208. Aksi yönde Nomer, s. 318. Yazar, tarafların bu yöndeki dava ve cevap dilekçelerinin uygulanacak hukuk hakkındaki bilgisizliklerini gösterdiğini ifade etmiştir. Bu durumda hâkim, uygulanması gereken hukuku, diğer bir deyişle objektif bağlama kuralına göre belirlenen hukuku uygulayacaktır.

³⁵¹ Belirli bir hukuk ile kast edilmek istenen *lex fori* olabileceği gibi tarafın somut olaya uygulanacağını düşündüğü başka bir hukuk da olabilir.

tarafın zımnen bu hukukun uygulanmasına rıza gösterdiği anlaşılamaz³⁵². Ancak taraflar bu yönde hazırladıkları dilekçelerinden sonra yargılama aşamasında aralarındaki uyuşmazlığa farklı bir hukukun uygulanmasını talep edebilirler. Bu durumda artık üstü kapalı bir hukuk seçiminden değil, yargılama aşamasında yapılan açık bir hukuk seçiminden bahsedilir.

Taraflar arasındaki sözleşme uygulamaları da üstü kapalı hukuk seçiminde dikkate alınır. Aralarında düzenli bir sözleşme ilişkisi olan ve bu sözleşmelerde açık hukuk seçimi yapan tarafların, imzalamış oldukları ve bu sözleşmeler ile bağlantılı başka bir sözleşmede açık hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde diğer bağlantılı sözleşmelerdeki açık hukuk seçimi, açık hukuk seçimi yapılmayan sözleşme bakımından üstü kapalı hukuk seçimi için çok kuvvetli bir kriter olacaktır. Bu noktada tarafların bu sözleşmede açık hukuk seçimi yapmamaları hâli bilinçli bir tercihten kaynaklanıyorsa, üstü kapalı hukuk seçimi yapıp yapılmadığı hiçbir şekilde araştırılmayacaktır³⁵³.

Üstü kapalı hukuk seçiminin yapıp yapılmadığını belirlemede kullanılan bu kriterler objektif bağlama kuralı olan sözleşme ile sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde de kullanılmaktadır. Sözleşmenin kuruluş yeri, ifa yeri, para birimi, yetki sözleşmesi gibi şartlar hem üstü kapalı hukuk seçimini belirlemede, hem de MÖHUK m. 24 / f. 4 uyarınca objektif bağlama kuralı olan “daha sıkı ilişkili hukuk”un belirlenmesinde kullanılmaktadır³⁵⁴.

b. Üstü Kapalı Hukuk Seçiminin Re’sen Dikkate Alınıp Alınmayacağı

Taraflarca üstü kapalı bir hukuk seçimi yapıp yapılmadığına ilişkin bir talep olmadığı sürece hâkimin, kriterleri inceleyerek üstü kapalı hukuk seçiminin varlığını aramasının mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Zira tarafların üstü kapalı iradelerinin ne şekilde belirleneceği önemli bir husustur.

³⁵² Sargın, s. 44; Demir Gökyayla, s. 333. Demir Gökyayla, Türk mahkemesinde tarafların yetkili hukuk hakkında hiçbir beyanda bulunmamalarını üstü kapalı olarak Türk hukuku seçtikleri sonucuna ulaşılamayacağını belirtmiştir.

³⁵³ Demir Gökyayla, s. 344.

³⁵⁴ Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 30; Çakalır, s. 497; Arslan, s. 35; Bayata Canyaş, **Örtülü Hukuk Seçimi**, s. 118.

Doktrinde, hâkimin sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku MÖHUK m. 2 uyarınca re'sen tespit etmesi gerektiği, bu nedenle hâkimin tarafların bu yönde bir talebi olup olmadığına bakmaksızın açık veya üstü kapalı bir hukuk seçimi yapıp yapılmadığını inceleyeceğini ve tespitlerine göre uygulanacak hukuku belirleyeceği ileri sürülmüştür³⁵⁵. Aksi görüşe göre ise bağlama noktaları taraflarca ispat edilmelidir ve hâkimin bu konuda re'sen tespitte bulunması söz konusu değildir³⁵⁶. Bu konuda tarafların, üstü kapalı hukuk seçimi yapıldığına ilişkin bir iddialarının bulunması gerekir.

Biz ilk görüşe katılıyoruz. Zira hâkim, kanunları re'sen uygulamakla yükümlüdür. Kanun tarafından öncelikle tarafların seçmiş oldukları hukukun sözleşmeden kaynaklanan ilişkiye uygulanacağı düzenlenmiştir. Hâkim öncelikle, bir hukuk seçimi olup olmadığını araştırmalı, bu araştırması sonucunda bir hukuk seçimi yapıldığını tespit edemez ise objektif bağlama kuralına göre belirlenen hukuku uygulamalıdır.

c. Özel Sözleşme Tipleri Bakımından Üstü Kapalı Hukuk Seçimi

Sözleşmelerde yapılan hukuk seçimine ilişkin MÖHUK m. 24, açık ve üstü kapalı hukuk seçimini düzenlemiştir. Ancak özel sözleşme tiplerine ilişkin maddelerde açık veya üstü kapalı hukuk seçiminden bahsedilmemiştir. Bu durumda bu sözleşme tipleri bakımından üstü kapalı hukuk seçiminin mümkün olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Doktrinde, özel sözleşme türlerine ilişkin bağlama kurallarında irade beyanının açık veya üstü kapalı olmasına ilişkin bir düzenleme bulunmaması nedeni ile MÖHUK m. 24'ün özel sözleşmeler bakımından da uygulama alanı bulacağı haklı olarak ileri sürülmüştür³⁵⁷. Bu görüş uyarınca taraflar arasındaki özel nitelikli sözleşmelerde üstü

³⁵⁵ Demir Gökyayla, s. 332; Demirkol, s. 195; Bayata Canyaş, **Örtülü Hukuk Seçimi**, s. 112.

³⁵⁶ Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 63, dn. 112; Çakalır, s. 495; Arslan, s. 22; Şensöz, s. 186; Clarkson / Hill, s. 211.

³⁵⁷ Çelikel / Erdem, s. 390; Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 159; Elçin, s. 79. Tarman, Alman ve İsviçre hukuklarında da yaklaşımın bu yönde olduğunu ifade etmiştir (Tarman, **İş Sözleşmeleri**, s. 528-529). Öztekin Gelgel, bu yönde bir düzenleme olmamasını eksiklik olarak ifade etmiştir (Günseli Öztekin

kapalı hukuk seçimi yapılması mümkündür. Böylelikle taraflar arasındaki sözleşmede belirli kriterlerin tespit edilmesi ile taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanmak üzere belirli bir devlet hukukunun üstü kapalı olarak seçildiği kabul edilecektir. Ayrıca seçilen hukukun uygulanmasının işçiyi daha fazla koruyan hükümler ihtiva etmesi şartına bağlı olması göz önüne alındığında seçimin açık ya da üstü kapalı olmasının önemi de kalmayacaktır³⁵⁸. Kaldı ki bu bağlama kuralları daha çok zayıf tarafın korunması amacıyla getirilmiş düzenlemelerdir. Örneğin iş sözleşmelerine ilişkin madde işçi, aleyhine olan hukuk seçimi şartlarına karşı korunmuştur. İş sözleşmeleri bakımından üstü kapalı hukuk seçiminin kabul edilmemesi hâlinde işçi lehine olan üstü kapalı hukuk seçiminin uygulanmaması ihtimali ortaya çıkacaktır. Aynı husus tüketici sözleşmeleri için de geçerlidir.

Bir diğer görüşe göre ise işçinin iş sözleşmesindeki zayıf taraf olduğu göz önüne alınarak yalnızca açık hukuk seçiminin tanınması gerektiği ileri sürülmüştür³⁵⁹. Örneğin iş sözleşmelerinde işçi zayıf olan taraftır ve işçinin menfaatlerinin korunması amacıyla genel kuraldan ayrılarak iş sözleşmeleri bakımından yalnızca açık hukuk seçimi kabul edilmelidir.

2. Sözleşme Dışı Hukukî İşlem ve İlişkiler

Sözleşme dışı hukukî işlem ve ilişkiler bakımından hukuk seçimi imkânı, her borç ilişkisine ilişkin maddede olmak üzere ayrı ayrı düzenlenmiştir. Kanun koyucu, haksız fiillere ilişkin bağlama kuralını düzenleyen MÖHUK m. 34 / f. 5 ve sebepsiz zenginleşmeye ilişkin MÖHUK m. 39 / f. 2’de açık hukuk seçimine imkân tanımıştır. Doktrinde bu konuda iki görüş ortaya çıkmıştır.

İlk görüş, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeye ilişkin ihtilâflarda üstü kapalı hukuk seçiminin dikkate alınmayacağı yönündedir³⁶⁰. Bu görüşe göre sözleşme dışı

Gelgel, **Tüketici Sözleşmeleri (“Tüketici”)**, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, 2010, Legal Yayınevi, s. 203).

³⁵⁸ Çelikel / Erdem, s. 390.

³⁵⁹ Nomer, s. 339.

³⁶⁰ Nomer / Çelikel / Giray / Esen, s. 192; Tekinalp / Uyanık, s. 359, s. 483; Çelikel / Erdem, s. 421; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkileri**, s. 10; Acun Mekengeç, s. 86; Can / Toker, s. 296, s. 311; Ayşe İpek Sarıöz, **Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2012, s. 177; Yasan, s. 159; Feyza Ünver, **Sebepsiz**

borç ilişkileri bakımından üstü kapalı hukuk seçimi yapılması imkânı kanun tarafından tanınmamış olup bu borç ilişkileri bakımından yalnızca açık hukuk seçimi yapılabilir. Diğer görüşe göre ise açık olarak hukuk seçiminin aranması hâlinde, tarafların Türk hukukunun uygulanması yönündeki üstü kapalı iradelerinin dikkate alınmaması anlamına gelecektir³⁶¹. Bu nedenle kanunda yer alan açık kavramının daha farklı yorumlanması gerekmektedir. Bu görüşe göre “açık” kavramının, taraf iradelerinin tereddüte yer vermeyecek şekilde anlaşılması hâlini ifade ettiği, bu iradelerin de üstü kapalı ya da açık olarak ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir.

Kanaatimizce haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hâllerinde üstü kapalı hukuk seçimine imkân tanınmamalıdır. Kanun tarafından haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hâllerinde de üstü kapalı hukuk seçimine imkân tanınmak istenseydi sözleşmeler ile ilgili düzenlemeye paralel olarak ilgili MÖHUK maddelerine bu konuda düzenlemeler getirilirdi. Kanun koyucu burada bir tercihte bulunmuş ve yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından üstü kapalı hukuk seçimine imkân tanımıştır.

Haksız fiilin özel türleri olan MÖHUK m. 35’te düzenlenen kişilik haklarının medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlâli hâli ile MÖHUK m. 36’da düzenlenen imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu bakımından yapılacak olan hukuk seçiminin açık olması şartı maddede aranmamıştır. Diğer bir deyişle, MÖHUK m. 34’ün aksine, haksız fiilin özel türlerinde “bir tarafın seçeceği hukuk”tan bahsedilmiş, açık olarak yapılacak bir hukuk seçimi düzenlemesi getirilmemiştir. Ancak üstü kapalı hukuk seçiminin kabul edildiğine ilişkin bir düzenleme de mevcut değildir. Burada tek taraflı bir hukuk seçimi söz konusu olduğu için bu kişiye hangi hukuku seçtiği sorularak sonuca ulaşılabileceği için seçimin açık veya üstü kapalı olmasının önemi ortadan kalkmaktadır.

Roma II Tüzüğü düzenlemesi, sözleşme dışı borç ilişkilerinde hukuk seçimi imkânını m. 14’te düzenlemiştir. Roma II Tüzüğü m. 14 / f. 1 uyarınca hâlin

Zenginleşmeye Uygulanacak Hukuk, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2011, s. 62; Sema Çörtoğlu Koca, **Milletlerarası Özel Hukuka Göre Açık Denizlerde Meydana Gelen Çevre Kirliliğine Uygulanacak Hukuk (“Çevre”)**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 803. Yasan, bu görüşte olmakla birlikte kanun düzenlemesinin isabetli olup olmadığının tartışmaya açık olduğunu, haksız fiillerde açık hukuk seçimi aranmasının kanunun uygulama alanını oldukça daralttığını belirtmiştir.

³⁶¹ Doğan, s. 406; Kayık, s. 79.

şartlarından açıkça anlaşılan hukuk seçimi geçerlidir. Roma II Tüzüğü, MÖHUK'un aksine, taraflara üstü kapalı hukuk seçimi imkânı tanımıştır.

Evlilik mallarına ilişkin MÖHUK m. 15'e göre evlilik malları hakkında eşler, evlenme anındaki mutlak mesken veya millî hukuklarından birini açık olarak seçebilirler. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere MÖHUK, evlilik malları bakımından yalnızca açık hukuk seçimini öngörmüştür. Tarafların üstü kapalı iradeleri, evlilik mallarına ilişkin hukuk seçimi bakımından dikkate alınmayacaktır. Fransız ve İsviçre hukuklarında bu yönde bir sınırlama bulunmamaktadır³⁶².

Üstü kapalı hukuk seçimi yapılıp yapılamayacağı konusunda doktrinde tartışmalı olan konulardan biri de fikrî mülkiyete ilişkin hakların ihlâli hâlinde MÖHUK m. 23 / f. 2 uyarınca yapılacak hukuk seçimidir. Doktrinde bir görüşe göre, *lex loci delicti*³⁶³, *lex fori* ve somut ihlâl fiilinin tüm şartları Türk hukukunu gösteriyorsa ve taraflar da iddia ve savunmalarını Türk hukukuna göre yapıyorlarsa, Türk hukukunun şüpheye yer vermeyecek şekilde seçildiği düşünülebilecektir³⁶⁴. Diğer bir deyişle bu görüşe göre MÖHUK m. 24 / f. 1, taraflara üstü kapalı hukuk seçimi imkânı tanımıştır ve doktrinde bu maddenin fikrî haklar bakımından da uygulanabileceği ifade edilmiştir. Kanaatimizce fikrî mülkiyete ilişkin hakların ihlâlinde yapılacak hukuk seçiminin üstü kapalı yapılması mümkün değildir. Zira kanun koyucu burada üstü kapalı hukuk seçiminin dikkate alınacağı konusunda bir düzenleme yapmadığı gibi, kanunun lafzında belirtilen “kararlaştırabilirler” düzenlemesinden tarafların hukuk seçimi konusundaki iradelerini açıkça beyan ederek, diğer bir deyişle kararlaştırarak yalnızca açık hukuk seçimi yapabileceklerini öngörmüştür.

C. Farazi Hukuk Seçimi

Hukuk seçimi hâllerinde kural olarak tarafların gerçek iradelerinden hareket edilerek tarafların açık veya üstü kapalı hukuk seçimi yaptıkları kabul edilmekte ve taraflar arasındaki ilişkiye bu hukuk uygulanmaktadır. Farazi hukuk seçiminde ise

³⁶² Şensöz, s. 183.

³⁶³ İhlalin meydana geldiği yer hukuku.

³⁶⁴ Tüzüner, **Faydalı Model**, s. 429-430. Yazar, üstü kapalı hukuk seçimini, hukuk seçiminin bir şekli olarak ifade etmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, hukuk seçiminin şekli, hukuk seçiminin ne şekilde yapılacağına, örneğin, yazılı ya da sözlü yapılabilmesine ilişkindir.

diğer hukuk seçimi türlerinden farklı olarak tarafların farazi iradeleri esas alınmaktadır. Tarafların iradelerinin tahmin edilmesi yolu ile sözleşme yaptıkları anda hukuk seçimi yapmış olsalardı hangi hukuku seçeceklerine ilişkin öngörüler ile tespit edilen hukuk, tarafların “farazi” olarak seçtikleri hukuk kabul edilmekte ve sözleşme statüsü olarak bu hukuk uygulanmaktadır³⁶⁵.

Farazi hukuk seçimini üstü kapalı hukuk seçiminden ayıran en önemli husus, tarafların hukuk seçimine ilişkin bir iradeleri bulunmamasıdır. Zira üstü kapalı hukuk seçiminde tarafların mevcut bir iradeleri vardır ve hâkim çeşitli kriterler vasıtası ile bu iradeyi tespit etmeye çalışmaktadır. Ancak farazi hukuk seçiminde tarafların bu yönde bir iradesi yoktur ve hâkim, tarafların sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki farazi iradelerini esas alarak sözleşme statüsünü belirlemektedir. Bu durumda da tarafların iradesinden çok hâkimin iradesi ön plana çıkmaktadır³⁶⁶.

Roma I Tüzüğü, taraflar arasında açık ve üstü kapalı hukuk seçimine imkân tanımış, taraf iradelerinin açık ve üstü kapalı şekilde de olsa anlaşılması gerektiğini ifade etmiş ve tarafların farazi iradelerinin esas alınacağına ilişkin bir düzenleme getirmemiştir.

Farazi hukuk seçimi doktrinde eleştirilen ve günümüzde terk edilmiş, milletlerarası özel hukukta neredeyse uygulaması olmayan bir hukuk seçimi türüdür³⁶⁷. MÖHUK'ta da hukuk seçimine ilişkin düzenlemelerde tarafların açık veya üstü kapalı taraf iradelerinden bahsedilmiştir. Bu nedenle asıl olan ve hukuk seçiminin sübjektif şartı olan unsur taraf iradeleridir. Taraflara dava sırasında da hukuk seçimi imkânı tanındığı da göz önüne alınırsa hâkimin farazi irade aramasına gerek kalmayacaktır³⁶⁸. Farazi hukuk seçimi, her ne kadar zaman içerisinde uygulamasını kaybetse dâhi, günümüzde objektif bağlama kuralı olarak sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasının yolunu açmıştır³⁶⁹.

³⁶⁵ Tekinalp / Uyanık, s. 282 vd.; Doğan, s. 367-368; Çilingiroğlu, s. 110; Toker, s. 1031; Çörtoğlu Koca, **Danışmanlık Sözleşmeleri**, s. 242; İrge Erdoğan, s. 98.

³⁶⁶ Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 18; Bayata Canyaş, s. 72-73.

³⁶⁷ Tekinalp / Uyanık, s. 283; Doğan, s. 367-368; Sargın, s. 198; Can / Toker, s. 245; Çilingiroğlu, s. 111; Aybay / Dardağan, s. 252; Tüzüner, **Marka Rehni**, s. 110; Çörtoğlu Koca, **Danışmanlık Sözleşmeleri**, s. 242; Güner, s. 148; İrge Erdoğan, s. 98.

³⁶⁸ Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 23.

³⁶⁹ Doğan, s. 367. İsviçre Federal Mahkemesi, farazi iradeyi bir dönem kabul etmiş, ancak zamanla bu görüşünü terk ederek objektif bağlama kuralının oluşmasına ortam hazırlamıştır (Tekinalp / Uyanık, s. 285).

II. KAPSAMINA GÖRE HUKUK SEÇİMİ

A. Tam Hukuk Seçimi

Tarafların, aralarındaki hukukî ilişkiye uygulanacak hukuku açık ya da üstü kapalı olarak seçmeleri hâlinde, bu hukuk taraflar arasındaki ilişkinin bütününe uygulanır. Aksi kararlaştırılmadığı sürece tam hukuk seçiminin yapıldığı kabul edilir³⁷⁰. Sözleşme dışı borç ilişkileri ve bölünebilir nitelikte olmayan hukukî işlem ve ilişkiler bakımından yalnızca tam hukuk seçimi yapılabilir. Taraflarca tam hukuk seçiminin aksi kararlaştırılabilir ve kısmî hukuk seçimi yapılabilir.

MÖHUK m. 24 / f. 2'ye göre taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.

B. Kısmî Hukuk Seçimi

1. Sözleşmeden Kaynaklanan Borç İlişkileri

Kısmî hukuk seçimine ilişkin tartışmalar uzun süredir devam etmektedir. 20. yüzyılın başlarında dahi bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüş, bir kısım yazarlar sözleşmenin kuruluşu, sona ermesi ve hükümlerinin farklı hukuklara tabi olabileceğini savunurken, bir kısım yazarlar tüm bu hususların tek bir hukuka tabi olması gerektiğini ifade etmişlerdir³⁷¹. Kısmî hukuk seçimi, uygulanacak hukukun bir kısmının seçilmesi değil, seçilen hukukun sözleşmenin bir kısmına uygulanmasıdır. Uygulanacak hukukun belirli bir kısmının seçilmesi hâlinde şartları mevcutsa *incorporation* hükümleri uygulanabilir. Kısmî hukuku seçimi, milletlerarası özel hukukta genel kabul görmektedir³⁷².

Tarafların kısmî hukuk seçimi yapıp yapamayacaklarına, şartlarına ve diğer hususlarına *lex fori* karar verecektir³⁷³. Zira uyumsuzluğun bütününe uygulanacak bir

³⁷⁰ Nomer, s. 321.

³⁷¹ Sevig, s. 127.

³⁷² Nomer, s. 321; Tekinalp / Uyanık, s. 279; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 261; Demir Gökyayla, s. 304; Alibaba, s. 134; Dicey / Morris, s. 1219; Clarkson / Hill, s. 217; Fentiman, s. 191.

³⁷³ Demir Gökyayla, s. 305; Acun Mekengeç, s. 97; İrge Erdoğan, s. 99; Alibaba, s. 134.

lex causae olmayacağı için *lex causae* uyarınca kısmî hukuk seçimi yapma yetkisinin belirlenmesi de fiilen mümkün değildir. Ayrıca taraflar, hukuk seçimi yapabilme imkânlarını *lex fori*'den almaktadırlar ve *lex fori*'nin taraflara bu yönde bir imkân tanımaması hâlinde tarafların kısmî hukuk seçimi yapmaları mümkün değildir³⁷⁴.

Tarafların yetki sözleşmesini ve hukuk seçimi sözleşmesini ya da tahkim sözleşmesini birbirinden farklı hukuklara tabi tutmaları da mümkündür. Doktrinde bu tür bir seçim de kısmî hukuk seçimi başlığında değerlendirilmiştir³⁷⁵. Ancak kanaatimizce burada, her bir sözleşme birbirinden tamamen bağımsız olduğu için ve her bir sözleşme kendi içerisinde diğerlerinden bağımsız olarak değerlendirildiği için, bu durumda her bir sözleşme için tam bir hukuk seçimi mevcuttur.

Önemle belirtmek gerekir ki, açık bir şekilde sözleşmenin bir bölümü için yapılan kısmî hukuk seçimi, sözleşmenin bütünü bakımından üstü kapalı bir hukuk seçimi anlamına gelmeyecektir³⁷⁶. Sözleşmenin bir kısmı için seçilen hukuk bu kısım için uygulanacak, sözleşmenin diğer kısımları için objektif bağlama kuralları veya tarafların bu kısım için seçtikleri hukuk uygulanacaktır.

Doktrinde, seçilen hukukun bazı emredici kurallarının bertaraf edilmesi amacıyla, sözleşmede bu kuralın düzenlediği konuların farklı ve ilgili konuya daha yumuşak düzenleme getiren bir hukuka tabi tutulamayacağı ifade edilmiştir³⁷⁷. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce tarafları bu yönden sınırlamak, kısmî hukuk seçiminin temel yaklaşımına aykırı olacaktır. Zira taraflara kısmî hukuk seçimi ile sağlanmaya çalışılan imkân, aralarındaki hukukî ilişkiye uygulanması bakımından diledikleri hukuku tercih edebilme olanağı sağlamaktır. Kamu düzenine aykırılık içeren düzenlemeler ve doğrudan uygulanan kuralların söz konusu olması hâlinde sınırlamalar olacaktır. Ancak salt bazı emredici hükümlerden kaçınmak amacıyla yapıldığı iddia edilerek tarafların yaptıkları kısmî hukuk seçimine itibar etmemek, en başta taraflara tanınan irade muhtariyeti ilkesine aykırı olacaktır. Ayrıca bu hususun ispatı da çok zordur. Tarafların bu noktada dürüstlük kuralına aykırı davrandıkları

³⁷⁴ Kısmî hukuk seçimine *lex causae*'nin uygulanacağı konusunda da bir görüş bulunmaktadır (Dutoit, Bernard, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Ba. 2, Basel-Frankfurt 1997, Art. 116 IPRG N. 14 (Demir Gökyayla, s. 305'den naklen)).

³⁷⁵ Demir Gökyayla, s. 305.

³⁷⁶ Demir Gökyayla, s. 304; Bayata Canyaş, s. 69.

³⁷⁷ Aybay / Dardağan, s. 252; Sargın, s. 51; Bayata Canyaş, s. 70.

düşünülebilirse de kanaatimizce taraflar bu kurala aykırı davranmamakta, kendileri için en iyi sonucu sağlayacaklarını düşündükleri hukuku seçmektedirler. Tarafların iradesi aynı hususta birleşmektedir ve kanun tarafından kısmî hukuk seçimi imkânı taraflara tanınmıştır.

Mülga MÖHUK'ta hukuk seçiminin kapsamına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak doktrinde, kısmî hukuk seçiminin yapılabileceği ve buna engel bir düzenleme olmadığı ifade edilmiştir³⁷⁸. Mülga MÖHUK'ta bu konuda bir düzenleme bulunmamasına karşın MÖHUK'ta kısmî hukuk seçimi açık olarak düzenlenmiştir. MÖHUK m. 24 / f. 2'ye göre taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler. Roma I Tüzüğü'ndeki kısmî hukuk seçimine ilişkin düzenleme MÖHUK ile aynı içeriğe sahiptir. Tüzük m. 3 / f. 1 uyarınca taraflar sözleşmenin bir kısmı için hukuk seçimi yapabilecekleri gibi tamamı için de hukuk seçimi yapabilirler.

Kısmî hukuk seçimi ile taraflar, aralarındaki sözleşmenin hukukî ve ekonomik olarak bölünebilir olması ve buna imkân tanınması şartı ile sözleşmenin belirli bir kısmı için uygulanmak üzere hukuk seçimi yapabilirler³⁷⁹. Örneğin, sözleşmenin kuruluşu ile ifası farklı hukuklara tabi kılınabileceği gibi tarafların karşılıklı edimlerine de farklı hukuklar uygulanabilir³⁸⁰. Kaldı ki, aynı sözleşme içerisinde birden fazla kısmî hukuk seçimi de yapılması mümkündür³⁸¹. Yapılan kısmî hukuk seçiminin sözleşmenin bütünlüğünü bozmaması, mantıklı ve birbirine uygun olması gerekmektedir³⁸². Bu şekilde yapılmayan kısmî hukuk seçimi geçersiz kabul

³⁷⁸ Nomer / Şanlı, s. 298; Uluocak, s. 189; Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 14; Tekinalp, s. 283; Çelikel, s. 253; Çilingiroğlu, s. 108; Rona Aybay / Esra Dardağan, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması ("1. Bası")**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Bası, 2005, s. 232; Ekşi, **İş Sözleşmeleri**, s. 124; Sargın, s. 205; Demir Gökyayla, s. 286; Tüzüner, **Marka Rehni**, s. 115; Alibaba, s. 135.

³⁷⁹ Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 25; Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 41; Demir Gökyayla, s. 303; Yüksel, s. 164; Can / Toker, s. 245; Acun Mekengeç, s. 96; Tüzüner, **Marka Rehni**, s. 115; Güner, s. 136; Yıldırım, s. 47; Harding, s. 154. Satım sözleşmesi gibi karma olmayan ve basit nitelikteki bir sözleşmede kısmî hukuk seçimi yapılmasının sınırlanması gerektiği de ifade edilmektedir (Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 41; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 25; Tüzüner, **Marka Rehni**, s. 115).

³⁸⁰ Tekinalp / Uyanık, s. 279; Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 14. Aksi Görüş için bkz. Tüzüner, **Marka Rehni**, s. 115; Clarkson / Hill, s. 217; Fentiman, s. 192. Yazarlar, tam iki taraflı sözleşmelerde sözleşme dengesinin korunabilmesi için karşılıklı edimlere farklı hukukların uygulanamayacağı görüşündedir.

³⁸¹ Nomer, s. 321; Tekinalp / Uyanık, s. 279; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 261.

³⁸² Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 14; Aybay / Dardağan, s. 251; Sargın, s. 204; Demir Gökyayla, s. 303; Acun Mekengeç, s. 96; Giuliano / Lagarde, No C 282/17; Clarkson / Hill, s. 217; Harding, s. 154; Fentiman, s. 192. Sargın, lisans sözleşmelerinin kısmî hukuk seçimi yolu ile farklı hukuklara tabi tutulabileceğini ifade etmiştir.

edilmelidir³⁸³. Yine kısmî hukuk seçimi net olarak anlaşılamıyor ve karmaşaya sebebiyet veriyorsa, bu seçim dikkate alınmayacaktır³⁸⁴. Kanaatimizce bu durumda seçim objektif bağlama noktası açısından bir kriter olarak göz önüne alınabileceği gibi somut olaya göre tam bir hukuk seçimi ya da şartları mevcut ise *incorporation* hükümlerinin uygulanması mümkün olacaktır³⁸⁵.

Doktrindeki bir görüşe göre Türk hukuku, hukuk seçiminin açık olmasını aradığından, taraflarca açık bir şekilde kararlaştırılmadıkça, bir hukuk seçiminin yorumu yoluyla kısmî hukuk seçiminin yapıldığı sonucuna varmak mümkün değildir³⁸⁶. Aksi yönde görüşler de mevcuttur³⁸⁷. Kanaatimizce MÖHUK m. 24 / f. 1’de düzenlenen üstü kapalı hukuk seçimi, kısmî hukuk seçimi bakımından da geçerlidir. Zira kanun koyucu tarafından hukuk seçiminin üstü kapalı olabileceği dile getirildikten sonra, yine hukuk seçiminin kısmî olabileceği düzenlemesi yapılmıştır ve bunu engelleyecek bir hüküm tesis edilmemiştir. Ancak kısmî hukuk seçiminde üstü kapalı hukuk seçiminin yapılabileceği teorik olarak savunulsa da, uygulamada bu konuya tereddütle yaklaşılması daha doğru olacaktır. Üstü kapalı olarak yapılacak kısmî hukuk seçiminin tespiti çok zor, belki de imkânsız olacaktır³⁸⁸. Hâkim, üstü kapalı bir hukuk seçimini, belirli unsurların bir araya gelmesi ile tespit ettiğinde bunu tam bir hukuk seçimi olarak kabul edecek ve sözleşmenin tamamına uygulayacaktır.

Doktrinde bizim de katıldığımız birtakım görüşler kısmî hukuk seçiminin mümkün olduğunca tercih edilmemesi gerektiği yönündedir³⁸⁹. Zira kısmî hukuk seçimi ile taraflar arasındaki sözleşmenin farklı bölümlerine farklı hukukların

³⁸³ Demir Gökyayla, s. 303; Acun Mekengeç, s. 96.

³⁸⁴ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 56; Doğan, s. 371; Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 42; Demir Gökyayla, s. 302; Bayata Canyaş, s. 69-70. Özdemir Kocasakal, böyle bir durumun söz konusu olması hâlinde hâkimin, MÖHUK m. 5 uyarınca kamu düzenini gerekçe göstererek bu kuralların uygulanmasını bertaraf edebileceğini belirtmiştir. Bu durumda taraflar arasındaki sözleşmeye Türk hukukunun uygulanması gerekeceğini, ancak MÖHUK m. 5 uyarınca Türk hukukunun gerekli görülen hâllerde uygulanacağı, bu durumda yalnızca hukuk seçimini bertaraf etmenin ve sözleşme statüsünü objektif bağlama kurallarına göre belirlemenin en adil çözüm olacağını ifade etmiştir. Şanlı ise taraflarca seçilen hukukun hangi kısımlara uygulanacağını açıkça belirtilmesini, hatta sözleşmenin bütününe uygulanması isteniyorsa tereddütleri gidermek adına bu hususun dahi açıkça yazılması gerektiğini ifade etmiştir.

³⁸⁵ Demir Gökyayla, s. 302; Clarkson / Hill, s. 217.

³⁸⁶ Nomer, s. 321.

³⁸⁷ Demir Gökyayla, s. 304; Elçin, s. 106.

³⁸⁸ Aynı yönde Demirkol, s. 228.

³⁸⁹ Nomer, s. 321; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 261-262; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 25; Sargın, s. 204; Bayata Canyaş, s. 70; Bektaş, s. 64; Fentiman, s. 191. Tekinalp, doğrudan bu görüşe katılmasa da kısmî hukuk seçiminin hakkaniyete aykırı sonuçlar yaratabileceğini ifade etmiştir (Tekinalp / Uyanık, s. 279).

uygulanması, bu hükümler arasında paralellik yaratmak konusunda zorluklar yaratacağı gibi sözleşmeye ilişkin uyuşmazlığın yargıya intikal etmesi hâlinde tarafların hiçbir şekilde öngöremeyecekleri sonuçlar ile karşılaşmalarına da sebep olabilir. Bu nedenle sözleşmenin bütününe yönelik yapılan tek hukuk seçiminin özellikle milletlerarası ticarete ilişkin sözleşmeler bakımından daha sağlıklı olacağı kanaatindeyiz. Uygulamada kısmî hukuk seçiminin yapılması hâli oldukça sınırlıdır³⁹⁰. Bununla birlikte kısmî hukuk seçimi yapılması bazı sözleşme tipleri bakımından olumlu karşılanabilir. Özellikle farklı devletlerde ifalar içeren sözleşmelerde veya ifası uzun bir zaman dilimine yayılan milletlerarası inşaat sözleşmeleri gibi ev sahibi devlet hukuku ile sıkı sıkıya ilişkili olan sözleşmelerde kısmî hukuk seçimi ihtiyaca uygun, hatta gerekli olabilecektir³⁹¹. Yine sözleşme taraflarının inşaat, satış, bakım, teknoloji transferi, personel eğitimi gibi çok farklı edimler üstlendiği sözleşmelerde bu farklı edimlerin farklı hukuklara tabi tutulmasının da mümkün olabileceği belirtilmiştir³⁹².

Doktrinde özel sözleşme tipleri bakımından da kısmî hukuk seçimi yapılabileceği, zira genel kural olan MÖHUK m. 24 tarafından bu imkânın tanındığı ifade edilmiştir³⁹³. Zayıf tarafın aleyhine kısmî hukuk seçimi yapılması da söz konusu olabilir. Ancak bu durumda da seçilen hukuk ile objektif olarak uygulanacak hukuk arasında bir karşılaştırma yapılarak lehe olan hükümler uygulanacağı için zayıf taraf bakımından bir hak kaybı ya da aleyhe husus söz konusu olmayacaktır³⁹⁴.

Roma I Tüzüğü'nde de m. 3 / f. 1 düzenlemesi ile kısmî hukuk seçimi yapılabileceği öngörülmüştür.

³⁹⁰ Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 151.

³⁹¹ Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 262.

³⁹² Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 42.

³⁹³ Elçin, s. 104.

³⁹⁴ Ekşi, özellikle iş sözleşmelerinde güçlü konumda olan işveren tarafından kısmî hukuk seçiminin işçinin haklarını ortadan kaldırmak amacıyla kullanılabileceği düşünülse de kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kuralların koruma ile bunun mümkün olamayacağını ifade etmiştir (Ekşi, **İş Sözleşmeleri**, s. 124). Doktrinde Elçin, bu durumda her kısım için hâkim tarafından ayrı ayrı lehe olan hükümlerin araştırılacağını ve bu durumun hâkim için muazzam bir iş yükü anlamına geleceğini ifade etmiştir (Elçin, s. 107).

2. Sözleşme Dışı Hukukî İşlem ve İlişkiler

Sözleşme dışı hukukî işlem ve ilişkiler bakımından kısmî hukuk seçimi yapıp yapılamayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Tartışmanın temel nedeni haksız fiil statüsünün birliği ilkesidir. Bir görüşe göre, taraf iradelerinin üstün tutulmalarının gereği olarak sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından da kısmî hukuk seçimine imkân tanınmalıdır³⁹⁵. Haksız fiilin bütünlüğünün bozulmaması şartı ile bu yönde yapılan kısmî bir hukuk seçiminin mümkün olduğu ifade edilmiştir.

Kanaatimizce haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeye ilişkin ihtilâflarda kısmî hukuk seçimi mümkün değildir. Kanun koyucu, kısmî seçimini yalnızca sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkileri bakımından taraflara tanımıştır. Sözleşme dışı hukukî işlem ve ilişkiler bakımından böyle bir imkân tanınmak istenseydi bu konuda açık bir düzenleme getirilmiş olurdu. Kaldı ki haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hâllerinde borcun kaynağını yaratan ilişkinin de bölünebilir nitelikte olmadığı görüşündeyiz.

Evlilik mallarına uygulanacak hukuk bakımından kısmî hukuk seçimi yapılması mümkün değildir³⁹⁶. Zira milletlerarası özel hukukta esas olan evlilik mallarının birliği ilkesidir ve tüm evlilik mallarına aynı hukuk uygulanır. Bu ilkenin tek istisnası taşınmazlara ilişkin olarak uygulanacak hukuktur.

C. Negatif Hukuk Seçimi

Tarafların, hukuk seçimini müspet olarak yapmaları mümkün olduğu gibi menfi olarak yapmaları hâlinde bu seçimin ne şekilde sonuç doğuracağı önemlidir. Doktrindeki bir görüşe göre bir hukukun uygulanmaması yönündeki hukuk seçimi geçerlidir³⁹⁷. Taraflar, bir veya daha fazla hukukun sözleşmelerine uygulanmayacağı

³⁹⁵ Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkileri**, s. 15; Yasan, s. 151.

³⁹⁶ Ersen Perçin, s. 181-182.

³⁹⁷ Tekinalp / Uyanık, s. 279; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 269; Demir Gökyayla, s. 299. Demir Gökyayla, her ne kadar negatif hukuk seçimine imkân tanınması gerektiği yönünde görüş bildirirse de, geçerlilik bakımından tahkim yargılaması ile mahkeme yargılaması arasında bir ayırım yapmıştır. Yazara göre, tahkim önüne gelen bir uyuşmazlıkta hakemler, negatif hukuk seçimini göz önüne alarak uygulanması istenmeyen hukuku uygulamamalıdır. Zira hakemlerin bağlı oldukları bir *lex fori* bulunmamaktadır. Aksi hâl, hakemlerin yetki aşımını gündeme getirecek ve kararın iptali ile tenfiz reddi sonuçlarına götürebilecektir. Ancak yargılamanın bir mahkemede yapılması hâlinde üstü kapalı hukuk seçiminin kabul edilip edilmediği göz önüne alınacaktır. Üstü kapalı hukuk seçiminin kabul edilmediği hukuk sistemlerinde tarafların yaptığı negatif hukuk seçimi objektif bağlama kuralını bertaraf ediyorsa hâkim, bir *lex fori* ile bağlı olduğu için bu objektif bağlama kuralını somut olaya

konusunda anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma geçerlidir. Burada dikkat edilmesi gereken tek husus, tarafların negatif hukuk seçimi yolu ile tüm objektif bağlamaya imkân verecek hukuk düzenlemelerini bertaraf etmemeleridir³⁹⁸. Bu hâlde negatif hukuk seçimi hüküm doğurmayacaktır. Bir diğer görüşe göre, taraflarca yapılan negatif hukuk seçiminin dikkate alınmayacağı, zira MÖHUK m. 24 ile taraflara sağlanan imkânın olumlu bir hukuk seçimi olduğu, taraflarca bu yönde yapılan bir seçimin MÖHUK'a uygun olmadığı, bu nedenle de Türk hukukunda hiçbir etki doğurmayacağı ifade edilmiştir³⁹⁹. Başka bir görüşe göre ise objektif bağlama kuralını bertaraf eden bir negatif hukuk seçimi dikkate alınmamalıdır⁴⁰⁰.

Kanaatimizce, negatif hukuk seçimine imkân tanınmalıdır. MÖHUK tarafından tarafların uygulanacak hukuku seçebilmelerine imkân tanınması karşısında, buna paralel olarak ve irade muhtariyeti ilkesi çerçevesinde uygulanmasını istemedikleri hukuku da kararlaştırmalarının mümkün olduğunun kabulü gerekmektedir. Taraflar böylelikle, sonuçlarının ortaya çıkmasını istemedikleri hukuk sistemlerini bertaraf etmiş olacaklardır. Kaldı ki mevzuatımızda bu seçime engel bir hüküm de bulunmamaktadır.

Negatif hukuk seçimi yapılması hâlinde taraflar arasındaki hukukî ilişkiye uygulanacak hukuk, negatif olarak seçilen hukuk olmamak kaydıyla objektif bağlama kurallarına göre belirlenecektir⁴⁰¹. Objektif bağlama kuralının negatif olarak seçilen hukuku göstermesi hâlinde hâkimin ne şekilde hareket etmesi konusu gündeme gelecektir. Doktrinde, tarafların negatif seçimi ile birlikte hâlin icabından üstü kapalı bir hukuk seçildiği anlaşıyor ise bu hukukun uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁰². Eğer böyle bir husus tespit edilemiyorsa bu durumda hâkim, tarafların yapmış oldukları negatif hukuk seçimini dikkate almayacak ve objektif bağlama kurallarına göre taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuku belirleyecektir. Kanaatimizce tarafların negatif hukuk seçimine ilişkin beyanları bu durumda da

uygulayacaktır. Zira bu hâlde üstü kapalı hukuk seçimine imkân tanınmaması nedeniyle tarafların bu seçimi üstü kapalı bir hukuk seçimi olarak da değerlendirilemez. Bu nedenle hâkim, tarafların bu yöndeki iradesini dikkate almayacak ve objektif bağlama kuralına göre belirlediği hukuku uyuşmazlığa uygulayacaktır.

³⁹⁸ Tekinalp / Uyanık, s. 279.

³⁹⁹ Demirkol, s. 176-177; Acun Mekengeç, s. 103-104.

⁴⁰⁰ İrge Erdoğan, s. 104.

⁴⁰¹ Demir Gökyayla, s. 300-301.

⁴⁰² Demir Gökyayla, s. 300.

dikkate alınmalıdır. Zira taraflarca yapılan negatif hukuk seçimi ile objektif bağlama kuralı özellikle bertaraf edilmek istenmiş olabilir. Bu durumda tarafların bu iradesini dikkate almamak ve objektif bağlama kurallarına göre karar vermek hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Böyle bir durumda hâkim, somut olaya göre *lex fori*'yi ya da taraflar arasındaki ilişki ile bağlantılı olduğunu tespit ettiği başka bir hukuku uygulamalıdır. Örneğin bir Türk ve İngiliz, Kazakistan'daki bir proje ile ilgili olarak sözleşme imzalamışlardır. Taraflar arasındaki sözleşmede davanın açılacağı yer hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Ancak taraflarca, Kazakistan hukukunun uygulanmamasının istenmemesi hâlinde sözleşmede negatif hukuk seçimi yapılacak ve Kazakistan hukukunun uygulanmayacağı kararlaştırılacaktır. Bu durumda davanın Kazakistan'da açılması hâlinde Kazak hukuku uygulanmayacak, objektif bağlama kuralı ve sözleşmenin diğer unsurları göz önüne alınarak başka bir hukuk uyuşmazlığı uygulanacaktır. Burada Kazakistan hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralları da ayrıca göz önüne alınmalıdır.

Pozitif hukuk seçiminin aksine negatif hukuk seçiminde kanaatimizce birden fazla hukuk seçilebilir. Ancak negatif hukuk seçimi, taraflar arasındaki hukukî ilişkiye uygulanabilecek hukukların tamamını bertaraf etmemelidir. Doktrinde bu hâle ilişkin olarak hâkimin, bu seçimleri dikkate almaması ve objektif bağlama kurallarının gösterdiği hukuka göre uyuşmazlığı çözmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir⁴⁰³.

III. HUKUK SEÇİMİNİN ZAMANI

A. Sözleşmeden Kaynaklanan Borç İlişkileri

Sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerinde hukuk seçimi, daha çok sözleşmenin kuruluşu aşamasında sözleşme ile birlikte yapılmaktadır. Milletlerarası özel hukukta prensip olarak tarafların, sözleşmenin imzalanması aşamasında hukuk seçimi yapabilecekleri gibi uyuşmazlık hâkimin önüne geldiği zaman dava sırasında da hukuk seçimi yapabilecekleri kabul edilmektedir⁴⁰⁴. Hatta uygulamada pek

⁴⁰³ Demir Gökyayla, s. 300.

⁴⁰⁴ Nomer, s. 321; Tekinalp / Uyanık, s. 280; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 262; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 24; Sargın, s. 42; Demir Gökyayla, s. 348-349; Erdem, **Akitler**, s. 100; Acun Mekengeç, s. 7; Elçin, s. 107; Çalışkan, s. 60; Toker, s. 1034; Alibaba, s. 125; Çörtoğlu Koca, **Danışmanlık Sözleşmeleri**, s. 243; Güner, s. 141; İrge Erdoğan, s. 107; Dicey / Morris, s. 1220; Plender / Wilderspin, s. 155; Clarkson / Hill, s. 218; Harding, s. 154. Doktrinde, tarafların yargılama aşamasında

karşılaşılmassa da hukuk seçimine ilişkin sözleşmenin, esas sözleşmenin imzalanmasından önce yapılması da mümkündür⁴⁰⁵.

Türk hukukunda mülga MÖHUK'ta hukuk seçiminin zamanına ilişkin bir düzenleme yapılmadığından hukuk seçiminin her zaman yapılabileceği ifade edilmekteydi⁴⁰⁶. MÖHUK m. 24 / f. 3 ile hukuk seçiminin zamanına ilişkin düzenleme getirilmiş olup maddeye göre hukuk seçimi, taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir ya da kaldırılabilir. Sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerinde hukuk seçimi bakımından zaman sınırlaması bulunmamaktadır. Bununla birlikte özel sözleşme tipleri bakımından yapılan düzenlemelerde hukuk seçiminin zamanına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Her ne kadar özel sözleşme tipleri için düzenleme yapılmassa da MÖHUK m. 24'ün özel sözleşmeler bakımından da dikkate alınacağı kanaatindeyiz. Örneğin iş sözleşmeleri ve tüketici sözleşmeleri bakımından yapılacak hukuk seçimi hâllerinde de taraflar zaman bakımından sınırlandırılmayacaktır⁴⁰⁷. Yine kısmî hukuk seçiminin de ne zaman yapılabileceğine ilişkin MÖHUK'ta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. MÖHUK m. 24 / f. 3 dikkate alındığında kısmî hukuk seçimi de her zaman yapılabilecektir⁴⁰⁸.

Yargılama aşamasında yapılacak olan hukuk seçimi bakımından ayrı bir inceleme yapılması gerekir. Zira taraflarca yargılama belli bir aşama kaydettikten sonra hukuk seçimi yapılması, o ana kadar yapılan işlemlerin zaman kaybı yaratmasına sebebiyet verecek, hâkim tarafından o ana kadar yapılan araştırmaların bir kenara bırakılarak baştan araştırma yapılmasını gerektirecektir. Doktrinde, HMK çerçevesinde taraflarca yapılacak hukuk seçiminin ön inceleme aşamasına kadar gerçekleştirilmesinin bekleneceği, taraflarca bu aşamadan sonra bir hukuk seçimi yapılması hâlinde buna imkân tanımaması gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür⁴⁰⁹. Zira ön inceleme aşamasının tamamlanması ile birlikte iddialar ve savunmalar

yapacakları hukuk seçiminin daha çok *lex fori* lehine olacağından elverişli olduğu görüşü ileri sürülmüştür (Tekinalp / Uyanık, s. 280).

⁴⁰⁵ Demir Gökyayla, s. 349. Yazar, çerçeve sözleşmelerde yer alan hukuk seçimi kaydını örnek vermiştir.

⁴⁰⁶ Nomer / Şanlı, s. 298; Uluocak, s. 189-190; Tekinalp, s. 284; Çelikel, s. 253; Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 14; Çilingiroğlu, s. 113; Aybay / Dardağan, **1. Bası**, s. 232; Ekşi, **İş Sözleşmeleri**, s. 125; Sargın, s. 205. Mülga MÖHUK'ta hukuk seçiminin yalnızca sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerinde mümkün olduğu unutulmamalıdır.

⁴⁰⁷ Elçin, s. 108.

⁴⁰⁸ Bayata Canyaş, s. 71.

⁴⁰⁹ Özdemir Kocasakal, **Türk ve Çin**, s. 204.

verilmiş, delillerin büyük kısmı toplanmış ve ilk itirazlar ile def'iler incelenerek karara bağlanmış olacaktır. Bu nedenle bu aşamadan sonra yapılacak bir hukuk seçimine sınırlama olmaksızın serbestî tanımak arzu edilmeyen sonuçlar meydana getirecektir. Belki sadece *lex fori* lehine yapılacak bir hukuk seçimine geçerlilik tanınması görüşü değerlendirilebilir. Ancak doktrinde de ileri sürüldüğü gibi bu aşamadan sonra yapılacak bir hukuk seçimine imkân tanınmamasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Üstü kapalı hukuk seçiminin sonradan yapılması konusu da önemlidir. Doktrinde, sonradan yapılan hukuk seçiminde tarafların açık iradelerinin, sözleşme hükümlerinin ya da davanın şartlarının seçilen hukuku yanlış anlaşılmağa mahal vermeden belirlemesi gerektiği ifade edilmiştir⁴¹⁰. Bu görüş uyarınca taraf iradelerinin anlaşılması hâlinde sonradan üstü kapalı hukuk seçimi yapabileceği kabul edilmektedir. Ancak aksi görüşe göre ise sonradan yapılan hukuk seçimi yalnızca açık yapılabilir⁴¹¹.

İrade muhtariyeti ilkesi gereğince tarafların ileriye etkili olarak sonuç doğuracak hukuk seçimi yapmaları da mümkündür⁴¹². Tarafların bu yönde bir iradeleri yok ise hukuk seçiminin geriye etkili olarak yapıldığı kabul edilmektedir⁴¹³. Zira taraflar arasındaki sözleşmenin birbirini takip eden iki farklı hukuka tabi kılınmasında taraf menfaati bulunmamaktadır.

Roma I Tüzüğü de m. 3 / f. 2 düzenlemesinde MÖHUK ile benzer şekilde hukuk seçimine zaman bakımından bir sınırlama getirmemiştir. Tüzük ile MÖHUK arasındaki en temel düzenleme farkı, sonradan yapılan hukuk seçiminin sözleşmenin şekli geçerliliğine olan etkisidir. MÖHUK'un aksine Roma I Tüzüğü tarafından bu husus açıkça düzenlenmiş ve sonradan yapılan hukuk seçiminin Tüzük m. 11 hükmünü ihlâl edemeyeceği, diğer bir deyişle asıl sözleşmenin şekli geçerliliğini etkilemeyeceği açık olarak ifade edilmiştir. Roma I Tüzüğü tarafından böyle bir düzenleme yapılması yerindedir. Böylelikle şekli geçerlilik bakımından ortaya çıkabilecek tereddütler giderilmiştir.

⁴¹⁰ Sargın, s. 42; Demir Gökyayla, s. 323; Demirkol, s. 233; İrge Erdoğan, s. 92.

⁴¹¹ Clarkson / Hill, s. 218.

⁴¹² Nomer, s. 321; Bayata Canyaş, s. 38.

⁴¹³ Nomer, s. 321.

1. Hukuk Seçiminin Sonradan Yapılması veya Değiştirilmesi

Hukuk seçiminin zaman bakımından sınırlandırılmaması prensibi gereğince sözleşmenin imzalanması aşamasında yapılan bir hukuk seçimi taraflarca sonradan değiştirilebileceği gibi hiç hukuk seçimi yapılmamış olan bir sözleşmede bu seçim daha sonra yapılabilir. Doktrinde, hukuk seçiminin sonradan yapılmasının veya değiştirilmesinin *lex fori*'ye tabi olduğu ileri sürülmüştür⁴¹⁴.

Sonradan yapılan hukuk seçimi ile seçilen yeni hukuka göre sözleşmenin geçerliliği sorunu gündeme gelebilir. Bu durumda taraflar arasında imzalanan sözleşmenin akıbetinin ne olacağı üzerinde durulmalıdır. Doktrinde, sözleşmenin geçersiz olarak yapılması hâlinde sonradan yapılan hukuk seçimi ile sözleşme geçerli hâle getirilemeyeceği gibi geçerli olan bir sözleşmenin de sonradan yapılan hukuk seçimi ile geçersiz hâle getirilemeyeceği görüşü ileri sürülmüştür⁴¹⁵. Örneğin, taraflar arasındaki sözleşme, kuruluşu anında İngiliz hukukuna tabi ve bu hukuka göre geçersiz iken, Türk hukukunun sözleşmenin geçerli olacağını öngörmesi hâlinde daha sonra Türk hukuku seçilerek sözleşmeye geçerlilik kazandırmak mümkün olmayacaktır. Seçilen ilk hukuka göre geçersiz olan sözleşme, örneğin resmi yazılı şekil ile yapılması gerekirken adi yazılı şekilde yapılması hâlinde bu sözleşmedeki geçersizlik, ancak seçilen ilk hukuktaki imkânlarla göre giderilebilecektir. Diğer bir deyişle geçersizlik, seçilen ve sözleşmeyi geçersiz kılan ilk hukuka göre giderilmesi mümkün olan bir geçersizlik ise ancak bu imkân dâhilinde sözleşme geçerli hâle getirilebilir⁴¹⁶.

Doktrinde bu görüşün aksini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşe göre sonradan yapılan hukuk seçimi, sözleşmenin geçerliliğini ya da geçersizliğini de

⁴¹⁴ Demir Gökyayla, s. 351; Alibaba, s. 128.

⁴¹⁵ Nomer, s. 321-322; Sargın, s. 205; Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 31-32; Can / Toker, s. 246; Bayata Canyaş, s. 77; Elçin, s. 107; Dicey / Morris, s. 1220; Clarkson / Hill, s. 218. Bayata Canyaş, bu görüşte olmakla birlikte bir hususa görüşten ayrılmaktadır. Yazar, seçilen ilk hukuka göre geçersiz olan sözleşmenin sonradan seçilen hukuka göre geçerli olması hâlinde sözleşmenin geçerli kabul edileceğini ifade etmiştir (Bayata Canyaş, s. 81). Doktrinde Sargın, tarafların seçmiş oldukları hukuku değiştirirken, yeni seçmiş oldukları bu hukuka göre sözleşmenin geçerli olup olmadığını kontrol etmeleri gerektiğini, bu özeni göstermeyen tarafların bu korumadan faydalanmamaları gerektiğinin düşünülebileceğini, ancak sözleşmenin geçerliliği konusunda tereddütler yaşanmaması ve tarafların zarar verme kastıyla hareket etmemeleri amacıyla sonradan yapılan hukuk seçimi ile sözleşmenin geçerli iken geçersiz, geçersiz iken geçerli hâle gelemeyeceğini ifade etmiştir (Sargın, s. 206).

⁴¹⁶ Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 32.

etkileyecektir⁴¹⁷. Diğer bir deyişle, seçilen ilk hukuka göre geçersiz olan sözleşme sonradan seçilen hukuka göre artık geçerli kabul ediliyorsa, sözleşmenin baştan itibaren geçerli olduğu kabul edilecektir. Diğer ihtimalde seçilen ilk hukuka göre geçerli olarak kurulan sözleşme sonradan seçilen hukuka göre artık geçersizse, sözleşme baştan itibaren geçersiz sayılacaktır.

Kanaatimizce ikinci görüş hukuk seçiminin zaman bakımından sınırlanmaması ilkesi ile daha uyumludur. Zira taraflar sonradan bir hukuk seçimi yapıyorlarsa, aralarındaki ilişkide mevcut olan bazı olumsuzlukları gidermek amacıyla yapabilirler. Bu durumda aralarındaki sözleşmenin geçersiz olması hâlini ortadan kaldırmak ve aralarındaki ilişkiyi canlandırmak için yeni bir hukuk seçebilirler. Böyle bir durumda sözleşmeyi geçersiz kabul etmek, tarafların menfaatine olmayacağı gibi irade muhtariyeti ilkesine de aykırı olacaktır. Geciktirici şarta bağlı hukuk seçimi ile sözleşmenin geçersiz olması da söz konusu olmamalıdır⁴¹⁸. Yine hukuk seçiminin zaman bakımından etkisinin kural olarak geriye etkili olarak sonuç doğurduğu da göz önüne alındığında sonradan yapılan hukuk seçiminin sözleşmenin geçerliliği hususunda da dikkate alınması gerektiği görüşündeyiz.

Sonradan yapılan hukuk seçimine ilişkin bir diğer sorun da bu seçimin ileriye etkili mi yoksa geriye etkili mi olduğudur. Bu hususta taraf iradelerine öncelik tanınmalıdır. Taraflarca yapılan tercihe göre seçimin ileriye veya geriye etkili olduğu tespit edilmelidir. Ancak bu yönde bir tercih olmaması hâlinde seçimin nasıl etki doğuracağı tespit edilmelidir. Hâkim görüşe göre sonradan yapılan hukuk seçimi sözleşmenin kuruluş anından itibaren geçerli olacak şekilde geriye etkili hüküm ve sonuç doğurmalıdır⁴¹⁹. MÖHUK m. 24 / f. 3 ve IPRG’de yapılan düzenlemelerde kanun düzenlemesi olarak geriye etkili olma kabul edilmiştir.

⁴¹⁷ Demir Gökyayla, s. 353; Alibaba, s. 128; Plender / Wilderspin, s. 158.

⁴¹⁸ Nomer, s. 322; Bayata Canyaş, s. 76.

⁴¹⁹ Nomer, s. 321-322; Uluocak, s. 190; Tekinalp / Uyanık, s. 281; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 262; Özdemir Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 31; Tüzüner, **Marka Rehni**, s. 112; Toker, s. 1034; Alibaba, s. 188; Çörtoğlu Koca, **Danışmanlık Sözleşmeleri**, s. 243. Tekinalp / Uyanık, yapılan sözleşmenin meydana gelişi ve geçerliliğinin eski hukuka, hükümlerinin yeni hukuka tâbi olacağını belirtmiştir.

Roma I Tüzüğü'nde konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmaktadır. Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 2'ye göre sonradan yapılan hukuk seçimi sözleşmeyi geçersiz hâle getiremeyecektir.

2. Şartlı Hukuk Seçimi

Kural olarak hukuk seçimi, bir şarta bağlanmaksızın açık ve belirli olarak yapılmaktadır. Ancak bazı hâllerde tarafların, ileride gerçekleşmesi muhtemel bir şarta bağladıkları hukuk seçimi yaptıkları da görülebilmektedir. Bu gibi seçimlerin geçerliliği, zaman bakımından uygulanması, sonuçları gibi hususların incelenmesi gerekmektedir.

Doktrinde, tespiti ileride gerçekleşecek bir şarta bağlanan hukuk seçiminin geçerli olduğu kabul edilmektedir⁴²⁰. Hukuk seçiminin hüküm ve sonuç doğurması bir şarta bağlanmışsa geciktirici şart⁴²¹, hukuk seçiminin hüküm ve sonuçlarının sona ermesi bir şarta bağlanmışsa bozucu şart söz konusudur⁴²². Baştan bir hukuk seçimi yapılmış olmasına rağmen sonraki hukuk seçimini şarta bağlamaları hâlinde de değiştirici şart gerçekleşecektir.

Şartın, yeterince belirli olması gerekmektedir⁴²³. Açık bir şekilde bir şarta bağlandığı anlaşılmayan hukuk seçimi kayıtları geçersiz olacaktır. Şartın geçerliliği ve şartlı hukuk seçiminin yapılıp yapılamayacağı *lex fori*'ye göre belirlenecektir⁴²⁴. Ayrıca şart gerçekleştikten sonra taraflarca başkaca bir irade açıklamasına gerek yoktur⁴²⁵. Şart gerçekleştiği anda hukuk seçimi kaydı geçerlilik kazanır.

Uygulamada şartlı hukuk seçimi daha çok yetkili mahkeme ya da tahkim kaydına bağlanmaktadır. Örneğin taraflar, her birinin ikametgâh veya merkezlerinin bulunduğu her iki devletin mahkemelerinin de yetkili olacağını ve davanın ikame

⁴²⁰ Nomer, s. 322; Çalışkan, s. 59, dn. 19; Demir Gökyayla, s. 298; Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 153; Demirkol, s. 188; Acun Mekengeç, s. 100; Süral, s. 21; Güner, s. 139; İrge Erdoğan, s. 100; Dicey / Morris, s. 1220-1221; Clarkson / Hill, s. 218; Fentiman, s. 192.

⁴²¹ Doktrinde kademeli hukuk seçimi olarak da ifade edilmektedir (Demir Gökyayla, s. 298).

⁴²² Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 11. Bası, 2014, s. 491 vd.; Eren, s. 1185 vd.; Kılıçoğlu, s. 782 vd.; Reisoğlu, s. 454.

⁴²³ Demir Gökyayla, s. 298; Bayata Canyaş, s. 73; Acun Mekengeç, s. 100; İrge Erdoğan, s. 100.

⁴²⁴ Nomer, s. 316; Acun Mekengeç, s. 102.

⁴²⁵ Acun Mekengeç, s. 100; Bayata Canyaş, s. 74.

edildiği mahkemenin hukukunun uygulanacağını kararlaştırabilirler⁴²⁶. Bu durumun, dava açıldıktan sonra taraflarca *lex fori*'nin uygulanacak hukuk olarak seçilmesinden bir farkı bulunmamaktadır. Yine taraflarca ifa yerine bağlı şartlı hukuk seçimi de yapılabilir⁴²⁷.

Şartlı hukuk seçiminde, hukuk seçiminin geriye dönük olarak sözleşmenin imza tarihinden itibaren geçerli olup olmayacağı konusu tartışmalıdır. Bu noktada şartlı hukuk seçiminin niteliğine göre bir ayırım yapılması gerekmektedir. Geciktirici şartın gerçekleşmesi hâlinde şart gerçekleşene kadar sözleşmeye uygulanacak hukuk objektif bağlama kurallarına göre belirlenecek, şart gerçekleştikten sonra ise tarafların seçtikleri hukuk ilişkiye uygulanacaktır⁴²⁸. Değiştirici şartın gerçekleşmesi hâlinde ise şart gerçekleşene kadar tarafların seçmiş oldukları ilk hukuk, şart gerçekleştikten sonra ise tarafların şarta bağladıkları hukuk seçilmiş olacaktır⁴²⁹. Bozucu şartın söz konusu olması hâlinde ise şart gerçekleşene kadar taraflar arasında seçilmiş olan hukuk uygulanacak, şart gerçekleştikten sonra ise objektif bağlama kuralına göre belirlenen hukuk sözleşmeye uygulanacaktır. Kural olarak şart, ileriye dönük etki doğuracaktır⁴³⁰. Taraflar, şartın geriye dönük etki doğurmasını istiyorlarsa bu tercihlerini açıkça kararlaştırmaları gerekmektedir⁴³¹.

Türk hukuku bakımından ne mülga MÖHUK'ta ne de MÖHUK'ta şartlı hukuk seçimine ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Mülga MÖHUK döneminde şartlı hukuk seçiminin mümkün olduğu kabul edilmekteydi⁴³². Yargıtay, mülga MÖHUK döneminde vermiş olduğu bir kararda taraflarca öncelikle Suudi hukukunun uygulanacağını belirlediğini, bunun mümkün olmaması hâlinde Türk hukukunun uygulanacağını kararlaştırıldığını tespit etmiş ve somut uyuşmazlığa Suudi hukukunu

⁴²⁶ Nomer, s. 322; Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 153; Acun Mekengeç, s. 100; Tüzüner, **Marka Rehni**, s. 111.

⁴²⁷ Fentiman, s. 193. Yazar, bir Alman ile İngiliz arasında yapılan sözleşmede Alman olan tarafın başlatacağı yargılamada İngiliz hukukunun, İngiliz olan tarafın başlatacağı yargılamada Alman hukukunun uygulanacağı şartının da kabul edileceğini ifade etmiştir. Gerçekten de böyle bir şartlı hukuk seçimi, tarafların uyuşmazlığı kendi aralarında çözüme ihtimallerini oldukça yükseltecektir.

⁴²⁸ Acun Mekengeç, s. 100; Elçin, s. 107; İrge Erdoğan, s. 100; Fentiman, s. 193.

⁴²⁹ Acun Mekengeç, s. 101.

⁴³⁰ Acun Mekengeç, s. 101; Bayata Canyaş, s. 74. Doktrinde Nomer, şartlı hukuk seçiminin uygulanacağı zaman konusunda tereddüt olması hâlinde hukuk seçiminin, sözleşmenin başından itibaren uygulama alanı bulacağını ve sözleşmenin geçerliliği ile üçüncü kişilerin haklarının saklı kalacağını ifade etmiştir (Nomer, s. 322).

⁴³¹ Nomer, s. 322; Bayata Canyaş, s. 74.

⁴³² Nomer / Şanlı, s. 299; Alibaba, s. 188.

uygulamıştır⁴³³. Yargıtay bu kararında doğrudan şartlı hukuk seçimine ilişkin bir değerlendirme yapmasa da taraflarca bu yönde bir düzenleme yapılabileceğini kabul etmiştir.

Roma I Tüzüğü de şartlı hukuk seçimine ilişkin bir düzenleme öngörmemiştir. Doktrinde, Tüzük tarafından şartlı hukuk seçiminin yasaklanmadığı, Tüzük'te taraf iradelerine azami önem verildiği, taraflara sonradan hukuk seçimi yapma imkânı da tanındığı göz önüne alınırsa şartlı hukuk seçiminin yapılabileceği ifade edilmiştir⁴³⁴.

B. Sözleşme Dışı Hukukî İşlem ve İlişkiler

Türk hukuku bakımından MÖHUK m. 34 / f. 5 ve MÖHUK m. 39 / f. 2'ye göre haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hâllerinde hukuk seçimi yalnızca haksız fiilin gerçekleştiği veya sebepsiz zenginleşmenin meydana geldiği andan itibaren yapılabilir.

Haksız fiilin meydana gelmesinden önce hukuk seçimine imkân tanınmamasına; önceden böyle bir öngörüle bulunabilmenin zorluğu, özellikle haksız fiil hâlinde genel olarak tarafların eşit konumda olmadığı ve tarafların haklarını eşit koşullarda savunamadığı hususları gerekçe gösterilmiştir⁴³⁵. Yine taraflara haksız fiil meydana gelmeden önce hukuk seçimi imkânı tanınmasının zayıf konumda olan tarafın haklarını zedeleyebileceği ve hukuk seçimi imkânının kötüye kullanılabileceği de ifade edilmiştir⁴³⁶. Doktrinde bu konu eleştirilmiş, altyapı projeleri, çeşitli gösteri ve spor müsabakalarında olduğu gibi sorumluluk riskinin değerlendirilmesi ve

⁴³³ Yarg. HGK., 07.06.1989 T., 1989 / 10-316 E., 1989 / 411 K. (www.kazanci.com). “Bu madde çevresinde, tarafların seçtikleri hukuk, uygulanma önceliğine sahiptir. Gerçekten, sözleşmenin 18. maddesinden, gerek iş sözleşmesi gerekse sözleşmede belirtilmeyen iş ilişkilerinden doğan ihtilâflarda, işveren ile işveren vekilinin birlikte sorumlu olacakları, öncelikle Suudi makamlarının yetkili olduğu ve Suudi hukukunun uygulanacağı ve bu mümkün olmazsa ikinci planda Türk makam ve Kanunlarının otoritesinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu hükümle, uygulanacak Hukukun Suudi Arabistan Kanunları ve yetkili makamların bu ülkenin adli ve idari makamları olacağının taraflarca seçildiği ve belirlendiği, kabul edilebileceği gibi, bir an için aksi düşünülse bile, m. 24/2 uyarınca “...borcun ifa yeri hukuku...” nun uygulanması gerekeceğinden ve iş akitlerinde ifa yeri, işçinin hizmet edimini ifa edeceği yer olup, davacı işçi edimini Mekke Şehri orta okul inşaatı işyerinde ifa edeceğinden dolayı, ifa yerinin Suudi Arabistan olduğu ve bu devlet hukukunun uygulanması gerekeceği açık ve seçiktir.”

⁴³⁴ Bayata Canyaş, s. 37; Plender / Wilderspin, s. 139 vd. Tüzük tarafından şartlı hukuk seçimine imkân tanındığı ifade edilse de, Anglo Sakson hukukunda (Common Law) şartlı hukuk seçimi belirsizlik yaratacağı gerekçesi ile kabul görmemektedir (Plender / Wilderspin, s. 140).

⁴³⁵ Özkan / Süral / Tütüncübaşı, s. 407; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkileri**, s. 8; Sariöz, s. 180; Çörtoğlu Koca, **Çevre**, s. 803; Kayık, s. 80.

⁴³⁶ Sariöz, s. 180-181; Clarkson / Hill, s. 284.

dolayısıyla uygulanacak hukukun bilinmesinin kabul edilen bir ihtiyaç olduğu belirtilmiştir⁴³⁷. Özellikle tarafların ticari bir faaliyet yürütmeleri hâlinde zayıf veya korunmaya muhtaç bir taraf olmayacağından böyle bir imkânın taraflara tanınması gerektiği ifade edilmiştir⁴³⁸. Aynı eleştiri sebepsiz zenginleşme hâli için de yapılmıştır⁴³⁹.

Taraflara hukuk seçimi imkânı tanıdıktan sonra bunu haksız fiilin gerçekleşmesinin sonrasında yapılabileceği şartına bağlamanın tatmin edici bir gerekçesi yoktur⁴⁴⁰. Uygulanacak hukuk konusunda karşılıklı iradi mutabakata varma potansiyeli bulunan tarafların haksız fiilin maddî hukuka ait sonuçları üzerinde de mutabakata varmalarını beklemek doğaldır⁴⁴¹. Bu nedenle ilgili hüküm, tatbik kabiliyetinden yoksundur. Kanun düzenlemesi, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme kaynaklı borç ilişkilerinde hukuk seçimini fiilen imkânsız hâle getirmiştir. Üstü kapalı hukuk seçiminin de kabul edilmediği göz önüne alındığında tarafların haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme meydana geldikten sonra karşılıklı anlaşarak açık şekilde uygulanacak hukuku seçmeleri düşüncesi uygulamada mümkün değildir. Zira objektif bağlama kuralının, seçilecek olan hukuka göre taraflardan birine daha iyi bir koruma sağlaması ihtimali yüksektir. Objektif bağlama kuralı daha lehine olan tarafın, borç ilişkisinin diğer tarafı ile karşılıklı anlaşarak daha az lehine olan hukuku seçmesi beklenemez⁴⁴². Bu nedenle ilgili düzenleme, kanaatimizce, ölü doğmuştur.

Haksız fiile ilişkin düzenlemeden farklı olarak sebepsiz zenginleşmede taraflar arasında mevcut olabilecek hukukî ilişki ihtimali, doğrudan madde hükmü olarak düzenlenmiştir. Madde hükmünde açık olarak sebepsiz zenginleşmeye sebep olan mevcut hukukî ilişkiye uygulanacak hukukun sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan uyumsuzlığa da uygulanacağı düzenlenmiştir. Böylece hem taraf iradelerine öncelik sağlanmakta, hem de ortaya çıkabilecek vasıflandırma problemlerinin önüne

⁴³⁷ Nomer, s. 361; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkileri**, s. 13.

⁴³⁸ Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkileri**, s. 13.

⁴³⁹ Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 315-316.

⁴⁴⁰ Nomer, s. 361. Yazar, muhtemelen zarar göreni korumak amacıyla böyle bir kısıtlama getirilmiş olsa da sorumluluk riskinin değerlendirilmesi ve dolayısıyla uygulanacak hukukun önceden bilinmesi çoğu defa hukuken kabul edilebilecek bir ihtiyaç olduğunu belirtmiştir. Doktrinde Yasan, hukuk seçiminin bu yönde yasaklanmasının katı bir yaklaşım olduğunu ifade etmiştir (Yasan, s. 155).

⁴⁴¹ Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 303, dn. 474; Yasan, s. 146.

⁴⁴² Clarkson / Hill, s. 285; Symeonides, **Missed Opportunity**, s. 215.

geçilmektedir⁴⁴³. Bir örnek ile açıklamak gerekirse; taraflarca sözleşmeden kaynaklanan bir borç ilişkisinde bir hukuk seçimi yapıldığında, bu ilişkinin geçersizliği sonucunda ileri sürülecek sebepsiz zenginleşme talepleri bu sözleşmeden kaynaklanan ilişkide seçilen hukuka göre yapılacaktır.

Haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hâllerinde şartlı hukuk seçimi ancak ihtilâf meydana geldikten sonra yapılabilir. Zira bu hâllerde ihtilâf ortaya çıkmadan önce hukuk seçimi yapılamayacağı için, şartlı hukuk seçimi yapılması mümkün değildir.

Tek taraflı hukuk seçimi hâllerinde hukuk seçimi, dava dilekçesinde ya da cevaba cevap dilekçesinde yapılmış olmalıdır⁴⁴⁴. Yine ön inceleme duruşmasına mazeretsiz olarak gelmeyen tarafın yokluğunda diğer tarafın yapacağı işlemlerde de muvafakat aranmayacağı için bu aşamada da hukuk seçimi yapılabilir. Zarar gören tarafından yapılan seçim, daha sonradan değiştirilemeyecektir⁴⁴⁵. Zira burada zarar görene tanınan hak, bir kere kullanılmakla sona erecektir. Ancak zarar veren tarafından malın o ülkeye rızası dışında sokulduğunun ispat edilmesi hâlinde seçilen hukuk uygulanmayacağı için, bu durumda diğer alternatif hukuk olan zarar verenin işyeri ya da mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunu uygulanmalıdır.

İsviçre hukukunda IPRG m. 132 düzenlemesi MÖHUK ile paraleldir. Buna göre taraflar, ihlal gerçekleştikten sonra hukuk seçimi yapabilirler. Bunun yanında IPRG m. 133 / f. 3 ile taraflar arasındaki mevcut bir ilişkiden kaynaklı olarak bir ihlalin gerçekleşmesi hâlinde bu ilişki için seçilen hukukun ihlalden kaynaklanan uyuşmazlığa da uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu ilişki için bir hukuk seçimi yapılmış ise ihlalden kaynaklı uyuşmazlığa da bu hukuk uygulanacaktır. İsviçre hukukunun aksine Amerikan hukukunda haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme meydana gelmeden önce hukuk seçimi yapılmasına imkân tanınmamıştır⁴⁴⁶.

⁴⁴³ Sibel Özel, **Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilâfı Meseleleri (“Sebepsiz Zenginleşme”)**, MHB, Yıl:1999-2000, C. 19-20, Aysel Çelikel’e Armağan, s. 757; Ünver, s. 62-63.

⁴⁴⁴ Yasan, s. 168. Yazar, kanun düzenlemesinin bu hususu açıklığa kavuşturacak şekilde “zarar gören, dilekçelerin karşılıklı olarak verilmesi aşamasına kadar seçimde bulunmalıdır.” şeklinde bir ekleme yapılmasının daha uygun olacağı görüşündedir. Bu görüş yerinde olmakla birlikte kanaatimizce bu düzenlemenin ötesinde, tüm hukuk seçimi hâlleri için MÖHUK’ta açık bir düzenleme getirilmesi, bu konudaki tüm tereddütleri ortadan kaldıracaktır. Zira sadece bu hâlde değil, hukuk seçimine ilişkin diğer hâllerde de hukuk seçiminin zamanına ilişkin tereddütler bulunmaktadır.

⁴⁴⁵ Yasan, s. 173.

⁴⁴⁶ Symeonides, s. 541.

Roma II Tüzüğü, sözleşme dışı borç ilişkilerinde yapılacak hukuk seçiminin zamanına ilişkin olarak MÖHUK'tan farklı bazı düzenlemeler getirmiştir. Tüzük iki ihtimalli bir düzenleme getirmiştir. İlk ihtimalde Roma II Tüzüğü m. 14 / f. 1 / b. (a)'ya göre tarafların ihlâl meydana geldikten sonra hukuk seçimi yapmaları mümkündür. İkinci ihtimalde ise Roma II Tüzüğü, hukuk seçiminin ihlâl meydana gelmeden önce yapılabilmesine ilişkin istisnai bir düzenleme öngörmüştür. Roma II Tüzüğü m. 14 / f. 1 / b. (b)'ye göre taraflar, aralarında ticari bir ilişki olması hâlinde ihlâl meydana gelmeden önce de serbestçe müzakere ederek hukuk seçimi yapabilirler⁴⁴⁷. Diğer bir deyişle, sözleşme dışı borç ilişkilerinde ihtilâf ortaya çıkmadan önce hukuk seçimi yapılabilmesi için taraflar arasında eşit pazarlık gücü mevcut olmalı ve uyuşmazlık ticari bir ilişkiden kaynaklanmalıdır.

Roma III Tüzüğü m. 5 / f. 2 düzenlemesi uyarınca boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukukun seçimi dava açılma anına kadar yapılabilir. Aynı maddede f. 3

⁴⁴⁷ Özkan / Süral / Tütüncübaşı, s. 406-407; Tarman, **Roma II**, s. 202; Öztekin Gelgel, s. 291; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 129; Harding, s. 179; Symeonides, s. 545; Giesela Rühl, **The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union: A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy ("Protection")**, Journal of Private International Law, Vol. 10, No: 3, s. 347; Zang, **Rome II**, s. 899-900. Öztekin Gelgel, haksız fiilden önce hukuk seçimi yapılmasına imkân tanınmasını, Roma II Tüzüğü'nün en önemli düzenlemesi olarak ifade etmiştir (Öztekin Gelgel, s. 302). Doktrinde Zang, ilgili düzenlemeye eleştiri getirmiş ve ticari faaliyetin tanımının yapılması gerektiğini ileri sürmüştür (Zang, **Rome II**, s. 900). Yazar, özellikle bir tüketici ve tacir arasında yapılan sözleşmelerin bu tanım kapsamına dâhil olup olmayacağının net olmadığını ifade etmiştir. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Madde metninde "tüm taraflar" denilmek suretiyle her iki taraf için de ticari bir faaliyet olması gerektiği anlaşılmakta, daha da ötesinde tarafların serbestçe üzerinde müzakere edebildikleri bir ilişki olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin tüketicileri kapsamadığı açıktır. Zira tüketicilerin yaptıkları işlemler ticari nitelikli olmadığı gibi üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri de söylenemez.

Bu noktada asıl tartışılması gereken husus, her iki tarafın da ticari bir işi için yaptığı işlemde tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilme imkânlarının olmaması hâlidir. Bazı hâllerde her ne kadar iki şirket arasında bir sözleşme imzalanırsa da, taraflardan birinin küresel ölçekte bir şirket olması nedeniyle tek taraflı olarak hukukî ilişkiye yön verebilme şansı olmaktadır. Bu noktada diğer tarafın bu hukukî ilişki üzerinde serbestçe tasarruf ettiğinin söylenebilmesi mümkün değildir. Doktrinde Symeonides, zayıf tarafın aleyhine sonuçlar doğuracağından bahisle haksız fiilin gerçekleşmesinden önce hukuk seçimi yapılmasının ya yasaklanmasını, ya da yeterli korumanın sağlanması gerektiğini ifade etmiştir. Bu doğrultuda yazar Roma II Tüzüğü düzenlemesinin yetersiz olduğunu, zira franchise sözleşmeleri, lisans sözleşmeleri ve sigorta sözleşmeleri gibi bazı sözleşmelerin ticari olsa bile tarafların eşit pazarlık gücüne sahip olmadıklarını belirtmiştir (Symeonides, **Missed Opportunity**, s. 215-216).

Yazar, başka bir eserinde şu örneği vermiştir (Symeonides, s. 546-547). Amerika merkezli Starbucks şirketi ile Fransız bir franchise alan arasında sözleşme imzalanmış, haksız fiilden doğacak taleplere de uygulanmak üzere Tonga devleti hukuku seçilmiştir. Fransız ve Amerikan hukukunun aksine Tonga hukuku, haksız fiil hâlinde Starbucks şirketi lehine hükümler içermektedir ve seçim bu nedenle Tonga hukuku yönünde yapılmıştır. Sonrasında Starbucks şirketi bir haksız fiile sebep olmuştur. Bu durumda taraflar arasında ticari bir ilişki olduğu açıktır ancak taraflar eşit müzakere gücüne sahip değildir. Tonga hukukunun uygulanmasına engel olabilecek tek husus, davanın açıldığı yer mahkemesinin kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallara dayanarak seçimi sınırlandırmasıdır. Zira sözleşmenin ve haksız fiilin tüm unsurları aynı ülkede birleşmediği için Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 3 sınırlaması da uygulanmayacak, hukuk seçimini sınırlayan hiçbir düzenleme kalmayacaktır.

düzenlemesi ile hâkimin hukukunca mümkün olması hâlinde taraflarca dava aşamasında da hukuk seçimi yapılabilir.

MÖHUK m. 64 ile FSEK m. 88 yürürlükten kaldırılmış ve fikrî mülkiyete ilişkin haklar bakımından MÖHUK m. 23 ile bu konuda bir düzenleme getirilmiştir. MÖHUK m. 23 / f. 2 uyarınca taraflar, ihlâlden sonra mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler. Taraflar ancak ihlâl meydana geldikten sonra hukuk seçimi yapabilirler.

Evlilik mallarına ilişkin olarak yapılacak hukuk seçimine ilişkin MÖHUK m. 15'te hukuk seçiminin zamanına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. MÖHUK m. 15 / f. 3 düzenlemesi, seçilen yeni hukuka ne zaman tabi olunacağı konusunda tereddütler yarattığı gerekçesi ile eleştiriye uğramıştır⁴⁴⁸. Burada iki varsayım gerçekleşebilir. Eşler, evlenme sureti ile ortak uyrukluğa sahip olabilirler ya da eşler, evlendikten sonra ortak ulusal hukuka sahip olmasalar da sonraki tarihte gerçekleşen uyruk değiştirme işlemi nedeniyle, dava anında ortak ulusal hukuka bağlı hâle gelebilirler. Eşlerin evlendikten sonra ortak ulusal hukuka sahip olmamaları hâline ilişkin olarak belirlenen yeni hukukun ne zaman uygulanacağı belirsizdir. Doktrinde, bu durumda uygulanacak hukukta birliğin sağlanması amacı ile yeni ortak hukukun geriye etkili olarak uygulanmasının daha uygun olacağı ifade edilmiştir⁴⁴⁹. Bir başka görüşe göre de burada tarafların hukuk seçimi imkânları sınırlanmış ve evlenmeden sonra ancak müşterek milli hukuk ya da mutat mesken hukuku varsa bu hukukun seçilebileceği ifade edilmiştir⁴⁵⁰. Hâkim, sonradan meydana gelen bu seçimi re'sen dikkate almayacak olup eşlerin bu konuda talepleri olması gerekmektedir⁴⁵¹.

Türk Medeni Kanunu m. 203 uyarınca eşler, mal rejimi sözleşmesini, evlenmeden önce veya sonra yapılabilir. Taraflar, istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırabilir veya değiştirebilirler. Madde hükmü dikkate alındığında tarafların evlenmeden önce de mal rejimlerine ilişkin sözleşme yapabilecekleri anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeden hareketle, tarafların

⁴⁴⁸ Aybay / Dardağan, s. 210.

⁴⁴⁹ Aybay / Dardağan, s. 211; Can / Toker, s. 188; Ersen Perçin, s. 177.

⁴⁵⁰ Akıncı / Demir Gökyayla, s. 74.

⁴⁵¹ Doğan, s. 303; Şensöz, s. 186.

evlenmeden önce yapacakları bu sözleşmede hukuk seçimi yapmaları da mümkündür⁴⁵².

IV. HUKUK SEÇİMİNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR

Taraflara tanınan hukuk seçimi imkânı sınırsız değildir ve belirlenmiş bazı sınırlamaları bulunmaktadır⁴⁵³. Ancak belirtmek gerekir ki, hukuk seçimine ilişkin getirilen sınırlamalar dar bir kapsamdadır ve taraf iradelerinin hukukî ilişkiye yansması esastır. Hukukî işlem ya da ilişkinin niteliğine göre farklı sınırlamalar öngörülmüştür. Sınırlamalar alt başlıklar hâlinde ayrıca incelenmiştir⁴⁵⁴.

Evlilik mallarına ilişkin MÖHUK m. 15 ile evlilik malları hakkında eşlere, evlenme anındaki mutlak mesken veya millî hukuklarından birini seçebilecekleri öngörülmüş ve sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınmıştır⁴⁵⁵. Taraflara getirilen sınırlama, belirli hukuk sistemleri arasından bir tercih yapılması yönündedir.

Fikrî mülkiyete ilişkin ihlaller mülga MÖHUK'ta düzenlenmemiştir⁴⁵⁶. Bu dönemde fikrî mülkiyet haklarına ilişkin taleplerde ülkesellik prensibine olan sıkı bağ ve bu hakların hukuk seçimine uygun olmaması gerekçeleri ile hukuk seçiminin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür⁴⁵⁷. Ancak bu görüşün aksine, sağlanacak sınırlı bir hukuk seçimi imkânının olumlu bir düzenleme olacağı, taraflara bu imkânın tanınabileceği de savunulmuştur⁴⁵⁸. MÖHUK m. 64 ile FSEK m. 88 yürürlükten kaldırılmış ve fikrî mülkiyete ilişkin haklar bakımından MÖHUK m. 23'te yeni bir

⁴⁵² Tekinalp / Uyanık, s. 160-161; Akıncı / Demir Gökyayla, s. 74; Ersen Perçin, s. 177.

⁴⁵³ İrade serbestisinin sınırları Muvakkat Kanun döneminde de belirlenmiştir. BK m. 19 ve m. 20 hükümlerinin yanında ehliyet, şekil, mirasa ilişkin sözleşmeler, iş sözleşmeleri, kamuyu ilgilendiren sözleşmeler (örneğin şirketlere ilişkin sözleşmeler), kamu düzenine ilişkin işlemler konusunda taraf iradelerinin sınırlanacağı ifade edilmiştir (Berki, s. 377 vd.).

⁴⁵⁴ Hukuk seçimine getirilen sınırlamalar ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. Arzu Alibaba, **Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2005.

⁴⁵⁵ Nomer, s. 263; Tekinalp / Uyanık, s. 161; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 128; Doğan, s. 301; Aybay / Dardağan, s. 209; Can / Toker, s. 185; Akıncı / Demir Gökyayla, s. 73. Seçilebileceği belirtilen bu hukuklar, evlilik ilişkisi ile en yakın irtibatlı hukuklar olarak kabul edilmiştir.

⁴⁵⁶ Bu dönemde, dünyada da kabul edildiği gibi ülkemizde de ülkesellik prensibi benimsenmiş ve bu husus FSEK ile düzenlenmiştir (Aybay / Dardağan, s. 248). Fikrî mülkiyete ilişkin hak ve sözleşmelerde ülkesellik prensibine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Erdem, **Patent**, s. 34 vd.

⁴⁵⁷ Erdem, **Patent**, s. 123; Tüzüner, **Faydalı Model**, s. 425. Erdem, bu dönemde hukuk seçiminin mümkün olmadığını savunsa da, MÖHUK m. 23 / 2 ile paralel bir düzenleme getiren IPRG m. 110 / 2 düzenlemesinin olumlu bir değişiklik olduğunu ifade etmiştir. Yazar ayrıca, IPRG'nin bu konuda hukuk seçimi getiren ilk yasa olduğunu da belirtmiştir.

⁴⁵⁸ Erdem, **Patent**, s. 122; Tüzüner, **Faydalı Model**, s. 425.

düzenleme getirilmiştir. Buna göre fikrî mülkiyete ilişkin haklar, hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuka tabidir. Taraflar, fikrî mülkiyet hakkının ihlâlinden doğan talepler hakkında, ihlâlden sonra mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler. Bu düzenleme ile ülkesellik prensibi açık olarak kanun metninde düzenlenmiş ve fikrî mülkiyete ilişkin haklar bakımından taraflara sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Fikrî mülkiyete ilişkin hakların ihlâlinde yalnızca Türk hukuku seçilebilir⁴⁵⁹.

Roma I Tüzüğü bakımından taraf iradeleri MÖHUK'tan farklı bir yaklaşım ile sınırlandırılmıştır. Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 3 uyarınca taraflar, hukuk seçiminin yapılması anında sözleşmenin tüm unsurlarının hukuku seçilen ülke dışında tek bir ülkede toplanması hâlinde, bu ülke hukukunda aksi sözleşme ile kararlaştırılmayacak hükümlerinin hukuk seçimi ile ihlâl edilemeyeceği düzenlenmiştir⁴⁶⁰. Diğer bir deyişle, sözleşme ile bağlantılı ülke hukukunun sözleşme ile aksi kararlaştırılmayacak olan emredici kuralları taraflar arasındaki işlem bakımından uygulama alanı bulacaktır⁴⁶¹. Yine Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 4 uyarınca sözleşmenin tüm unsurlarının bir veya daha fazla Birlik üyesi devlette bulunması hâlinde, taraflarca üye olmayan bir ülkenin hukukunun seçilmesi Birlik hukukunu ihlâl edemez. Roma II Tüzüğü m. 14 ile aynı düzenlemeler sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından da öngörülmüştür⁴⁶².

Roma II Tüzüğü, fikrî hakların ihlâli hâllerinde hukuk seçimine ilişkin olarak MÖHUK'tan farklı bir düzenleme getirmiştir. Fikrî hakların ihlâline ilişkin düzenleme Tüzük m. 8'de yapılmıştır. Hüküm ile ihlâlden kaynaklanan bağlama kuralı düzenlenmiş, m. 8 / f. 3 ile tarafların hukuk seçimine ilişkin m. 14 uyarınca fikrî hakların ihlâlinde uygulanacak hukuku seçemeyecekleri ifade edilmiştir. Bu yaklaşımın iki sebebi bulunmaktadır⁴⁶³. İlki, ihlâle bağlı olarak düzenlenen yaptırımlar

⁴⁵⁹ Tüzüner, **Faydalı Model**, s. 428; Can / Toker, s. 236. Can / Toker, MÖHUK m. 23 / f. 2 ile düzenlenen kısıtlı hukuk seçiminin, aynı haklar bakımından MÖHUK'ta öngörülen ilk ve tek hukuk seçimi olduğunu belirtmişlerdir.

⁴⁶⁰ Benzer bir düzenleme Roma Konvansiyonu'nda da bulunmaktadır.

⁴⁶¹ Bu kurallar ile doğrudan uygulanan kurallar aynı etkiye değildir. Roma I Tüzüğü gerekçesinin 37 nolu paragrafında bu kurallar ile doğrudan uygulanan kuralların farklı olduğu, doğrudan uygulanan kuralların sözleşme ile aksi kararlaştırılmayacak kurallara nazaran daha sınırlı bir uygulama alanı olduğu ifade edilmiştir (Bayata Canyaş, s. 15-16). Doktrinde, bu kuralları doğrudan uygulanan kurallar ile aynı anlamda kullanan yazarlar da bulunmaktadır (Zang, **Rome II**, s. 894-895).

⁴⁶² Tanrıbilir, **Roma II**, s. 129; Clarkson / Hill, s. 285-286; Harding, s. 179; Zang, **Rome II**, s. 895. Burada zararın meydana geldiği ülke hukuku, bu ihlâlden esas olarak etkilenen hukuktur.

⁴⁶³ Öztekin Gelgel, s. 219; Clarkson / Hill, s. 285.

ve ön koşullar koruma ülkesinin yasalarına sıkı sıkıya bağlıdır. Diğer sebep ise fikrî mülkiyet haklarının ihlâlinin müteakip eylemler hâlinde gerçekleşmesi gerçeğidir.

A. Sınırlamanın Amacına Göre

1. Zayıf Tarafın Korunması İlkesi

İrade serbestîsi ilkesi, liberal hukuk anlayışının bir yansımasıdır ve taraflara tanıdığı hukuk seçiminde istisnai olarak sınırlamalar öngörülmüştür. Ancak zamanla sosyal devlet anlayışının gelişmesi ve sözleşmelerde zayıf tarafın korunması ihtiyacının ortaya çıkması ile hukuk seçimi de çeşitli yönlerden sınırlandırılmaya başlanmıştır⁴⁶⁴. Zayıf tarafın bilgisizliği, ekonomik ve sosyal yönden zayıflığı, mental ve entelektüel dezavantajları sebebiyle diğer tarafa karşı korunması gerekmiştir⁴⁶⁵.

Geçerli bir hukuk seçiminden bahsedilebilmesi için taraf iradelerinin serbest olması gerekmektedir. Serbest bir iradenin söz konusu olabilmesi için de tarafların eşit konumda olmaları şarttır. Tacirler arasında yapılan sözleşmelerde tarafların eşit olduğu kabul edilebilse de özellikle tüketici ve işçi gibi, diğer taraf karşısında ekonomik ve sosyal anlamda zayıf olan tarafın iradesinin serbest olduğunu söylemek mümkün değildir⁴⁶⁶. Bu nedenle, hukuk seçiminin sınırları bakımından tarafların konumlarının öncelikle dikkate alınması gerekmektedir⁴⁶⁷. Aksi hâlde tam anlamıyla serbest bir iradede bahsedilemeyeceği için hukuk seçiminin ya sınırlandırılması ya da tamamen geçersiz kabul edilmesi gerekecektir⁴⁶⁸.

Zayıf tarafın korunması ilkesinde işçi ile işveren arasındaki ve tüketici ile satıcı arasındaki sözleşmelerde tarafların eşit olmadıkları karine olarak kabul edilmiştir. Eğer işçi ve tüketici bakımından serbest bir iradede bahsedilebiliyorsa, bu noktada tarafların sınırlamaya tabi olmaksızın bir hukuk seçimi yapılabileceği görüşündeyiz. Örneğin, uzun yıllara dayanan bir tecrübeye sahip olan ve çalıştığı şirketlerde üst

⁴⁶⁴ Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 11; Doğan, **Zayıf Taraf**, s. 21; Öztekin Gelgel, s. 225.

⁴⁶⁵ Rühl, **Protection**, s. 342 vd.

⁴⁶⁶ Doğan, **Zayıf Taraf**, s. 21-22; Gülin Güngör, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması ("Tüketici")**, Ankara: Yetkin Yayınevi, 1. Bası, 2000, s. 78; Öztekin Gelgel, **Tüketici**, s. 198.

⁴⁶⁷ Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 125.

⁴⁶⁸ Nomer, s. 320; Doğan, **Zayıf Taraf**, s. 25.

düzyetkili olarak görev yapmış biri, her ne kadar teknik olarak işçi-işveren ilişkisi içerisinde çalışsa da, fiili anlamda bazen işverenden daha baskın olmakta ve kendi şartlarını iş sözleşmesine yazdırabilmektedir. O kişinin getireceği tecrübe ve şirkete katacağı değeri göz önüne alarak şirketler de bu seçimleri kabul edebilmektedirler. Böyle hâllerde hukuk seçiminin sınırlandırılmasının, sınırlama amacını aşacağı kanaatindeyiz. Ancak bu hususun ispatı ve tespitinin çok güç olduğunu, çok dar kapsamda uygulanabileceğini göz önüne almak gerekir.

Zayıf tarafın korunması amacı ile hukuk seçimi çeşitli yönlerden sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırmalar esas itibariyle iki şekilde görülmektedir: ya hukuk seçimi tamamen yasaklanmakta⁴⁶⁹ ya da seçilen hukuk sınırlandırılmaktadır⁴⁷⁰.

Hukuk seçiminin tamamen yasaklanmasını öngören görüşe göre hukuk seçimi, üzerinde müzakere etme imkânı olmadığı için geçersizdir⁴⁷¹. Taraflar arasındaki esas sözleşme geçerli olsa da hukuk seçimine ilişkin sözleşme geçersiz kabul edilecektir. Zira taraflar arasındaki esas sözleşmeye ilişkin olarak bir irade bulunsa bile hukuk seçimi sözleşmesi ayrı bir sözleşme niteliğindedir ve esas sözleşme için ortaya konulan irade beyanının hukuk seçimi sözleşmesini de kapsadığı kabul edilemez⁴⁷². Bu yaklaşımın temelinde, seçilen hukukun, objektif bağlama kuralına göre her zaman daha az düzeyde koruma sağlayacağı ve objektif bağlama kurallarının zayıf tarafı koruyacak şekilde düzenlenmesi gerektiği düşüncesi bulunmaktadır⁴⁷³.

Seçilen hukukun sınırlandırılması da iki şekilde olmaktadır: ya hukuk seçimi belirli devlet hukukları ile sınırlandırılmakta ya da seçilen hukukun etkisi daraltılmakta, diğer bir deyişle objektif bağlama kuralının emredici hükümleri hukuk seçimi ile bertaraf edilememektedir.

⁴⁶⁹ IPRG m. 120 / f. 2 ile tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi yasaklanmıştır (Güngör, **Tüketici**, s. 80; Öztekin Gelgel, **Tüketici**, s. 202). Doktrinde Sargın, ekonomik gücün kötüye kullanımına yol açan her davranışın irade muhtariyet ilkesi ve hukuk seçimi prensibini zedeleyeceğini, bu nedenle böyle bir durumda yapılan hukuk seçiminin geçersiz olması gerektiğini ifade etmiştir (Sargın, s. 52).

⁴⁷⁰ Doğan, **Zayıf Taraf**, s. 25; Öztekin Gelgel, s. 225-226; Alibaba, s. 157; Rühl, **Protection**, s. 346 vd.

⁴⁷¹ Vahit Doğan, **5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti ("İş Akdi")**, Yrd. Doç. Dr. İbrahim ONGÜN'e Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Yıl: 2007, C. 11, S. 1-2, s. 150; Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 128; Güngör, **Elektronik Akitler**, s. 36-37.

⁴⁷² Güngör, **Elektronik Akitler**, s. 37.

⁴⁷³ Doğan, **Zayıf Taraf**, s. 26; Elçin, s. 66. Doktrinde Lando, taraflar arasındaki iktisadi ve sosyal dengesizliklerden dolayı tarafların ancak iç hukuk alanında kendilerine tanınan irade özgürlüğü bağlamında bir seçim yapabileceklerini ileri sürmüştür (Lando, **Scandinavian**, s. 7).

İlk sınırlandırmaya göre taraflar, seçilebilecek devlet hukukları bakımından sınırlandırılmaktadırlar⁴⁷⁴. Hukuk seçimi, tarafların seçmeleri için belirli devlet hukuklarını öngörmekte, tarafların bu devletler dışında seçtikleri hukuk yönünden hukuk seçimi reddedilmektedir⁴⁷⁵. Haksız fiillerdeki hukuk seçimine getirilen sınırlamanın, özel haksız fiil türleri bakımından daha da genişlediği görülmektedir⁴⁷⁶. Bazı hâllerde bu imkân tek taraf için de öngörülelebilmektedir. Türk hukukunda imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu ve kişilik haklarının medya ve kitle iletişim araçları ile ihlâli hâlinde seçim hakkı tek tarafa tanınmış ve belirli devlet hukukları ile sınırlandırılmıştır⁴⁷⁷. Zarar gören taraf, tek taraflı seçimi ile belirlenen hukuklardan birinin uygulanmasını isteyebilir.

Roma I Tüzüğü tarafından zayıf tarafın korunması amacıyla dört farklı sözleşme tipi için özel düzenlemeler getirilmiştir. Bunlar yolcu taşıma, sigorta, tüketici ve iş sözleşmeleridir⁴⁷⁸. Yolcu taşıma sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından yalnızca Tüzük m. 5 / f. 3'te belirlenen hukuklardan biri seçilebilir. Buna göre taraflar, yolcunun mutat ikamet hukuku, taşıyıcının mutat ikamet hukuku, taşıyıcının idari merkezinin bulunduğu yer hukuku, kalkış yeri hukuku ya da varış yeri hukukundan birini seçebilirler⁴⁷⁹. Taraflarca bu hukuklar dışında bir hukukun seçilmesi hâlinde

⁴⁷⁴ IPRG m. 121 / f. 3, taraflarca iş sözleşmelerinde yalnızca işçinin mutat meskeni veya işverenin iş merkezi, işverenin mutat meskeni ya da işverenin ikametgâh hukuklarından birini seçebileceklerini düzenlemiştir (Tarman, **İş Sözleşmeleri**, s. 530; Elçin, s. 80).

⁴⁷⁵ Hatta bu seçim, zayıf tarafın lehine dahi olsa dikkate alınmamaktadır (Doğan, **Zayıf Taraf**, s. 27).

⁴⁷⁶ Bilgin Tiryakioğlu, **Haksız Fiiller (“Haksız Fiiller”)**, Avrupa’da Devletler Özel Hukuk ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, 2010, Legal Yayınevi, s. 213.

⁴⁷⁷ Türk hukukunda ayrıca evlilik mallarına ilişkin hukuk seçimi de seçilebilecek hukuk açısından sınırlandırılmıştır. Ancak bu sınırlama zayıf tarafın korunması ilkesinden hareketle değil, evlilik mallarının aile hukuku karakterli olması ve tarafların ortak arzularının aileye ait ilişkide hâkim olması esassından hareket ile yapılmıştır (Tekinalp / Uyanık, s. 161; Çelikel / Erdem, s. 252; Aybay / Dardağan, s. 209).

⁴⁷⁸ Symeonides, s. 531. Yazar, Roma I Tüzüğü düzenlemesinin zayıf tarafın korunması amacına yönelik olarak oldukça iyi bir koruma sağladığını, Amerikan hukukunda *Restatement II* ile bunun sağlanmadığını, zira *Restatement II* düzenlemesinde sözleşmeler bakımından bir ayırım yapılmadığını ifade etmiştir. Amerikan hukukunda zayıf tarafın korunması için mahkemelerin iradesine bırakılan somut olaya bağlı bir *ad hoc* koruma mevcuttur. Yazar, bununla birlikte Roma I Tüzüğü düzenlemesinde de eksiklikler olduğunu, zayıf tarafın korunması gereken franchise ve distribütörlük sözleşmeleri gibi sözleşmelerin düzenlemeye dahil edilmediğini ifade etmiştir.

⁴⁷⁹ Mutat ikamet olarak kullandığımız ifade maddede “*habitual residence*” olarak geçmektedir. “*Habitual residence*” kavramı, Roma I Tüzüğü m. 19’da açıklanmıştır. Buna göre şirketler ya da tüzel kişilik kazanmamış topluluklar bakımından mutat ikamet şirket merkezidir. Ticaret ile uğraşan gerçek kişiler bakımından ise mutat ikamet, işlerin yürütüldüğü merkezdir. Roma I Tüzüğü’ndeki mutat ikamet kavramı hakkında daha detaylı bilgi ve inceleme için bkz. Plender / Wilderspin, s. 78 vd.; Clarkson / Hill, s. 329 vd..

hukuk seçimi geçersiz kabul edilecek ve objektif bağlama kuralı uyarınca uygulanacak hukuk belirlenecektir⁴⁸⁰. Yine sigorta sözleşmeleri bakımından Roma I Tüzüğü m. 7 / f. 3'e göre seçilebilecek hukuk bakımından şu sınırlama öngörülmüştür: a) sözleşmenin kuruluşu anında rizikonun bulunduğu üye devlet hukuku, b) sigortalının mutlak ikamet hukuku, c) hayat sigortalarında sigortalının vatandaşı olduğu üye devlet hukuku, d) rizikonun bulunduğu üye ülkeden başka bir üye ülkede ortaya çıkabilecek zararı da kapsayan sigorta sözleşmelerinde zararın meydana geldiği bu üye ülke hukuku, e) sigortalının ticari, endüstriyel veya serbest mesleği uyarınca imzalanan, farklı üye ülkelerde gerçekleşen iki veya daha fazla rizikoyu kapsayan sigorta sözleşmelerinde sigortalının mutlak mesken ülkesinin hukuku ya da ilgili diğer üye devlet hukuku⁴⁸¹.

Hukuk seçiminin etki bakımından sınırlandırılmasında ise hukuk seçimi reddedilmemekte ya da belirli hukuklar ile sınırlandırılmamaktadır. Bu durumda yapılan hukuk seçimi geçerli kabul edilmekte, objektif statü ile seçilen hukuk arasında bir yararlılık değerlendirmesi yapılmakta ve zayıf tarafın lehine olan hükümler uygulama alanı bulmaktadır⁴⁸².

Türk hukukunda tüketici ve iş sözleşmeleri bakımından hukuk seçimi etki bakımından sınırlandırılmıştır⁴⁸³. Diğer bir deyişle, tüketicinin mutlak mesken hukukunun tüketiciyi koruyan hükümleri ve işçinin mutlak işyeri hukukunun işçiyi koruyan hükümleri hukuk seçimi yolu ile bertaraf edilememektedir. Tüketici ve iş sözleşmeleri bakımından detaylı inceleme ilerleyen bölümlerde yapılacaktır.

⁴⁸⁰ Plender / Wilderspin, s. 216; Symeonides, s. 525; Rühl, **Protection**, s. 349.

⁴⁸¹ Ekşi, **Sigorta**, s. 80; Tarman, **Roma I**, s. 323; Harding, s. 163-164; Symeonides, s. 525-526; Rühl, **Protection**, s. 349.

⁴⁸² Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 126; Atamer, **Tüketici**, s. 446; Dicey / Morris, s. 1217. Doktrinde etki bakımından sınırlandırılmaya ilişkin görüş eleştirilmiştir (Doğan, **Zayıf Taraf**, s. 28; Elçin, s. 96). Bu yaklaşımın öngörülebilirlik ilkesini zedelediği, zira tarafların aralarındaki ilişkiye seçilen hukukun uygulanıp uygulanmayacağını bilemeyecekleri ifade edilmiştir. Ayrıca yararlılık değerlendirmesinin kim tarafından nasıl yapılacağı da ciddi sorunları beraberinde getirecektir.

⁴⁸³ Bu görüş aynı zamanda Roma I Tüzüğü ve Roma Konvansiyonu tarafından da kabul edilen görüştür. Yine İngiltere, Belçika ve Almanya'da da bu görüş kabul edilmektedir (Güngör, **Tüketici**, s. 88 vd.; Tarman, **İş Sözleşmeleri**, s. 531). Avusturya hukukunda da taraflarca yapılan hukuk seçiminin tüketicinin mutlak mesken hukukunun emredici hükümlerini ihlâl etmesi hâlinde geçersiz sayılacağı düzenlenmiştir (Güngör, **Tüketici**, s. 89).

a. Genel İşlem Şartları

i. Genel Olarak

Endüstri devriminin getirdiği sonuçlardan biri de tip sözleşmelerin yaygınlaşması olmuştur⁴⁸⁴. Tip sözleşmelerde tarafların her zaman eşit olduğunu söylemek mümkün değildir. Özellikle bazı hâllerde tek taraflı olarak hazırlanmış standart sözleşmeler ile zayıf taraf, istemediği maddelerin sözleşmede yer almasına engel olamamaktadır. Bu durumda işletmeler ağır kusur ve kast hâli dışında bütün sorumluluklarını kaldırmakta, zayıf tarafın tüm sorumlulukları ise daha da ağırlaştırılmaktadır. Bu nedenle pozitif hukuk düzenlemelerinde zayıf tarafın korunması amacı ile çeşitli ilkeler geliştirilmiştir.

Türk hukukunda genel işlem şartlarına ilişkin düzenleme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) yapılmıştır⁴⁸⁵. TBK m. 20'de yapılan tanımlamaya göre genel işlem şartları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.

TBK m. 20'ye göre genel işlem şartlarının sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz. Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metnlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem şartı sayılmasını engellemez. Genel işlem şartları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu şartların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem şartı olmaktan çıkarmaz. Genel işlem şartlarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.

Genel işlem şartlarının söz konusu olması hâlinde zayıf tarafın korunması için çeşitli hükümler getirilmiştir. Genel işlem şartı karşısında zayıf tarafın korunması amacıyla getirilen ilk düzenleme, genel işlem şartının yazılmamış sayılmasıdır. TBK

⁴⁸⁴ Tekinalp / Uyanık, s. 301.

⁴⁸⁵ RG. T. 04.02.2011, RG. S. 27836. Genel işlem şartlarına ilişkin genel bilgiler daha çok kanun düzenlemesi şeklinde verilerek detaylara değinilmeyecektir.

m. 21'e göre zayıf tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartlarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu şartları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem şartları yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem şartları da yazılmamış sayılır. TBK m. 22'ye göre sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

Zayıf tarafın korunması amacıyla getirilen bir diğer düzenleme yorumlamaya ilişkindir. TBK m. 22'ye göre genel işlem şartlarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve zayıf tarafın lehine yorumlanır.

Yazılmamış sayılma ve yorumlama dışında zayıf tarafın korunmasını amaçlayan bir düzenleme de değiştirme yasağıdır. TBK m. 23'e göre genel işlem şartlarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak zayıf taraf aleyhine genel işlem şartları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.

Zayıf tarafın korunması için getirilen son düzenleme içerik denetimine ilişkindir. TBK m. 24'e göre genel işlem şartlarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, zayıf tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.

ii. Milletlerarası Özel Hukukta Genel İşlem Şartları

Genel işlem şartlarının, yabancılık unsuru içeren sözleşmelerde söz konusu olması hâlinde ne şekilde hareket edileceği önemli bir konudur. Zira taraflarca yapılacak bir hukuk seçimi ile seçilen hukukta genel işlem şartlarına ilişkin bir koruma olmayabilir. Bu gibi hâllerde zayıf tarafın nasıl korunacağını incelemek gerekmektedir.

Milletlerarası özel hukukta genel işlem şartlarına yaklaşım zaman içerisinde değişmiş ve bu değişim pozitif mevzuata da yansımıştır. Tarafların, kanunlar ihtilâfi maddeleri ile korunmadığı dönemde genel işlem şartlarının uygulanması, zaman zaman kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar yolu ile sağlanmıştır⁴⁸⁶. Özellikle tüketici sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri gibi özel hukuk sözleşmesi olmasına rağmen tarafların eşit olmadığı sözleşme tipleri bakımından sıklıkla kamu düzeni ilkesine başvurularak ihtiyacı olan taraf korunmaya çalışılmıştır.

Son yıllarda kanunlar ihtilâfi kurallarında yaşanan gelişmeler ve eşit olmayan taraflar arasındaki sözleşmeler bakımından zayıf tarafın korunması lehine getirilen pozitif düzenlemeler neticesinde kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kuralların bu hususta uygulanma alanı oldukça daralmıştır. Nitekim kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kuralların sağladığı koruma, artık doğrudan pozitif düzenlemeler ile sağlanmaktadır. MÖHUK'ta genel işlem şartlarına ilişkin özel bir düzenleme getirilmemiştir. Ancak özel sözleşme tipleri bakımından çeşitli sınırlamalar ile sözleşmelerdeki zayıf tarafın korunması amaçlanmıştır.

Hukuk seçimi kaydının genel işlem şartları içerisinde yer alması hâlinde geçerli olup olmadığı konusu gündeme gelecektir. Doktrinde genel işlem şartları arasında yer alan hukuk seçiminin, MÖHUK m. 24 çerçevesinde geçerli bir hukuk seçimi olduğu ileri sürülmüştür⁴⁸⁷. Bir başka görüşe göre de, bu hâlde hukuk seçimi kaydının geçerli olabilmesi için sözleşmenin diğer tarafının genel işlem şartlarından bilgisi olduğuna ilişkin bir kayıt olmasının şart olduğu ifade edilmiştir⁴⁸⁸.

Doktrinde, genel işlem şartları ile standart sözleşmelerin geçerliliğinin ve yorumunun, taraflar arasındaki sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre belirleneceği ifade edilmiştir⁴⁸⁹. Şartların geçerliliği, şartlar içerisindeki hukuk seçimi kaydının geçerliliği, genel işlem şartlarına ilişkin şekil şartları gibi hususlar seçilen hukuka göre değerlendirilecektir.

⁴⁸⁶ Güngör, **Elektronik Akitler**, s. 39. Yazar, genel işlem şartlarındaki hukuk seçiminin, gerçek bir irade olmaması ve dengenin bozulmaması nedeniyle geçerli kabul edilemeyeceğini ve böyle bir seçimin kamu düzenine aykırı olduğunu belirtmiştir.

⁴⁸⁷ Demir Gökyayla, s. 356.

⁴⁸⁸ Nomer, s. 316. Sözleşmede, sadece genel işlem şartlarının sözleşmenin tamamlayıcı olduğunun beyan edilmiş olması, genel işlem şartlarında yer alan hukuk seçimi hükmü konusunda taraf iradelerinin bulunduğu dair ancak bir işaret (emare) teşkil edebilir.

⁴⁸⁹ Ekşi, **Incorporation**, s. 276; Demir Gökyayla, s. 342.

Genel işlem koşulları arasında bir hukuk seçiminin yer alması ve muhatabın bu seçim karşısında susması hâlinde, susmaya bağlanacak sonuç uygulanacak hukuka göre belirlenecektir⁴⁹⁰. Seçilen hukukun uygulanmasının adaletsiz sonuçlar yaratması hâlinde susan taraf, MÖHUK m. 31 / f. 2 uyarınca mutata mesken hukukuna dayanabilir. Ancak burada, seçilen hukuk ile mutata mesken hukuku birlikte uygulanacaktır.

Her iki taraf da kendi genel işlem şartlarını diğer tarafa kabul ettirmek isteyebilir. Bu hâlde hukuk seçimine ilişkin olarak taraflarca farklı hukuklar belirlenirse, geçerli bir hukuk seçiminden bahsedilemeyecektir⁴⁹¹. Zira burada karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından bahsetmek mümkün değildir.

Günümüz kanunlar ihtilâfı düzenlemelerinde bu kapsamdaki bir hukuk seçiminin tam anlamıyla geçersiz olup olmadığının değerlendirilmesine gerek kalmayacaktır. Zira seçilen hukukun uygulanması, daha çok zayıf tarafın lehine olup olmamasına göre ayrıma tabi tutulmuş ve yalnızca zayıf tarafın daha lehine hükümler getirmesi şartına bağlanmıştır⁴⁹². Zayıf tarafın aleyhine düzenlemeler getiren genel işlem şartları, yalnızca bu hükümler bakımından geçersiz sayılacak ve taraflar arasındaki ilişki bu hükümler çerçevesinde sonuca bağlanacaktır. Bu nedenle taraflar arasındaki hukuk seçimi kaydının genel işlem şartları içerisinde yer alıp almadığının öneminin günden güne azaldığını söylemek mümkündür.

Elektronik sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda hukuk seçimi, çeşitli vasıtalar ile yapılabilmektedir. Bunlar e-posta veya taraflar arasında kurulan elektronik mesaj sistemi olabileceği gibi önceden hazırlanmış web sitesine yerleştirilen sözleşmenin, tek tarafın “*kabul ediyorum*” şeklindeki iradesi ile de gerçekleştirilebilir⁴⁹³. Tarafların -özellikle tüketici konumundaki kişinin- tek taraflı olarak işaretlemek suretiyle kabul ettiği *click-wrap* sözleşmeler bakımından

⁴⁹⁰ Demir Gökyayla, s. 359-360. Yazar, teyit mektubuna karşı susulması hâlinde susan tarafın hukukunun dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. İrge Erdoğan bu görüşü adaletsiz sonuçlar yaratacağı gerekçesi ile eleştirmiştir (İrge Erdoğan, s. 107).

⁴⁹¹ Demirkol, s. 185; Demir Gökyayla, s. 362.

⁴⁹² Tekinalp / Uyanık, s. 302; Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 130. Aksi hâlin kabulünde tüketicinin lehine olan kayıtların uygulanmaması sorunu ortaya çıkabilecektir.

⁴⁹³ Turan, s. 109.

hukuk seçimi doğrudan geçersiz olarak kabul edilmemekte, hukuk seçimine ilişkin şartın, kabul eden kişinin dikkatini çekebilecek nitelikte ve nicelikte olup olmadığının araştırılması gerekmektedir⁴⁹⁴.

b. Tüketici Sözleşmeleri

Sınıraşan tüketici işlemlerinin çoğalmas ve insanların yabancı ülkelere çalışma amaçlı gitmelerinde yaşanan artış ile dünya ekonomisinin uluslararası boyutu hızla gelişmiş, bu kapsamda tüketicinin uluslararası alanlarda da korunması ihtiyacı ortaya çıkmıştır⁴⁹⁵. Tüketici sözleşmeleri için ayrı bir düzenleme ihtiyacının ortaya çıkması, tüketici sözleşmelerinde zayıf konumdaki tüketicinin korunması amacıyla gerçekleştirilmiştir. Zira sözleşmelerde zayıf ve tecrübesiz durumdaki tüketicinin korunması, ekonomik ve sosyal dengenin sağlanması için önemli bir unsurdur⁴⁹⁶.

Tüketici sözleşmelerinde hukuk seçiminin sınırlandırılmaması gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur⁴⁹⁷. Bu görüşe göre seçilen hukukun tüketiciyi koruyan hükümleri taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacak ve koruma sağlanacaktır. Ancak bu görüş kabul gören bir görüş değildir ve haklı olarak eleştiriye uğramıştır⁴⁹⁸. Zira bu sözleşmelerde güçlü olan taraf, tüketiciyi koruyan hükümlerin olmadığı bir hukukun seçilmesini kolaylıkla sağlayabilecektir.

Türk hukukunda MÖHUK m. 26 uyarınca hukuk seçimi hâlinde tüketicinin mutat mesken hukukunun emredici hükümlerinin sağladığı asgari korumanın bertaraf edilemeyecektir. Zira tüketicinin mutat mesken hukuku, tüketicinin en iyi bildiği ve en iyi korumayı sağlayacağı hukuktur⁴⁹⁹. Böylelikle tüketici sözleşmelerinde tüketici aleyhine yapılacak hukuk seçimi sınırlanmış ve tüketicinin mutat meskeninin emredici kurallarının saklı kalması kaydı ile hukuk seçimi şartının geçerli olacağı kabul edilmiştir. Seçilen hukukun tüketici bakımından mutat mesken hukukuna göre daha

⁴⁹⁴ Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 128-129; Turan, s. 110. Özdemir Kocasakal, bu görüşün aksine yapılan hukuk seçiminin geçersiz olduğunu ileri süren görüşlerin de mevcut olduğunu belirtmiştir.

⁴⁹⁵ Atamer, **Tüketici**, s. 424; Öztekin Gelgel, **Tüketici**, s. 197.

⁴⁹⁶ Nomer, s. 344; Çelikel / Erdem, s. 385; Doğan, s. 391; Güngör, **Tüketici**, s. 23; Plender / Wilderspin, s. 229; **Madde Gerekçeleri**, s. 9.

⁴⁹⁷ Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 43.

⁴⁹⁸ Güngör, **Tüketici**, s. 81-82.

⁴⁹⁹ **Madde Gerekçeleri**, s. 9.

iyi bir koruma sağlaması hâlinde seçilen hukuk uygulanacaktır. Hukuk seçimi yapıldığında tüketicinin mutata mesken hukukunun daha iyi bir koruma sağlaması hâlinde hukuk seçimi kaydı geçerli olacak, ancak tüketicinin mutata mesken hukukunun tüketiciyi koruyan emredici hükümleri uygulanmak suretiyle seçilen hukukun bazı hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır. Burada tamamen geçersiz bir hukuk seçimi kaydı söz konusu değildir. Söz konusu olan, tüketicinin mutata mesken hukukunun tüketicisi lehindeki maddelerinin uygulanmasıdır⁵⁰⁰.

Hâkim, iki hukuk sistemini bir bütün olarak değil, yalnızca ilgili hükümler bakımından karşılaştıracak ve tüketicinin lehine olan düzenlemeyi tespit ederek taraflar arasındaki uyuşmazlığa uygulayacaktır⁵⁰¹.

Maddede “*Meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri*” denilmek suretiyle tüketici sözleşmelerinin tanımına yer verilmiştir. Bu husus doktrinde, diğer hiçbir özel sözleşme tipinde sözleşmenin tanımına yer verilmediği, burada verilen tanımın hangi amaçla verildiğinin anlaşılamadığı, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’da (TKHK)⁵⁰² bulunan tüketici tanımı ile aynı tanım olduğu ve bu nedenle burada bu şekilde tanım yapılmasının gereksiz olduğu gerekçeleri ile eleştirilmiştir⁵⁰³. Bir başka görüşe göre, burada hangi tip tüketici sözleşmelerinde bu özel madde hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir⁵⁰⁴. Roma I Tüzüğü tarafından MÖHUK’a göre daha kapsamlı bir tanımlama getirilmiştir. Tüzük m. 6 / f. 1’e göre tüketici sözleşmeleri, taşıma sözleşmeleri (Tüzük m. 5) ve sigorta sözleşmeleri (Tüzük m. 7) hükümleri saklı kalmak üzere, ticari veya mesleki olmayan bir amaçla hareket eden gerçek kişinin,

⁵⁰⁰ Atamer, **Tüketici**, s. 435; Can / Toker, s. 271-272; **Madde Gerekçeleri**, s. 9. Madde gerekçesinde “*Seçilen hukukta tüketicinin korunması, objektif bağlama kuralı ile sağlanandan daha az elverişli ise hukuk seçimi bu açıdan dikkate alınmayacaktır.*” denilmiştir ve “*bu açıdan*” denilmek suretiyle hukuk seçiminin yalnızca aleyhe hükümler bakımından dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir. Doktrinde, böyle bir durumda yapılan hukuk seçiminin tamamen geçersiz olacağı görüşü de mevcuttur (Aybay / Dardağan, s. 257).

⁵⁰¹ Atamer, **Tüketici**, s. 435.

⁵⁰² RG 28.11.2013, RG Sayı: 28835. TKHK m. 1’e göre kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir. TKHK m. 2’ye göre kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsamaktadır.

⁵⁰³ Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 282, dn. 430.

⁵⁰⁴ Nomer, s. 345; Çelikel / Erdem, s. 380-381; Öztekin Gelgel, **Tüketici**, s. 200. Öztekin Gelgel, özellikle vasıflandırma problemleri için bu tanımın getirildiğini ifade etmiştir.

ticari veya mesleki amaçla hareket eden biri ile yaptığı sözleşme olarak tanımlanmıştır⁵⁰⁵.

Bir örnek ile bu konuya açıklık getirmek gerekirse, Brüksel I Tüzüğü esas alınarak verilen bir kararda çiftliği için kiremit alan kişinin bu işlemi değerlendirilmiştir⁵⁰⁶. Karara konu olaydaki çiftlik, hem özel amaçlarla kullanılmakta hem de çiftçilik faaliyeti gerçekleştirilmektedir. Mahkeme tarafından yapılan incelemede, hem özel hem de mesleki faaliyet için karışık bir amaçla satın alınan ürün hakkında Brüksel I Tüzüğü tarafından sağlanan korumadan faydalanılmasının mümkün olmadığına karar verilmiştir. Bu hâlde korumadan faydalanılabilmesi için mesleki veya ticari faaliyetin çok sınırlı bir düzeyde olması gerekmektedir. Ancak somut olayda kullanılan çiftlik, sınırlı bir şekilde değil, genel anlamda ticari faaliyet için kullanılmaktadır.

Doktrinde MÖHUK m. 26 hükmünün bir tüketici sözleşmesine uygulanmasının ancak MÖHUK m. 26 / f. 2’de belirtilen şartlar altında yapılmış olan tüketici sözleşmeleri bakımından mümkün olduğu ileri sürülmüştür⁵⁰⁷. Bu görüşe göre bu şartların yalnızca hukuk seçimi yapılmayan hâller bakımından uygulama alanı bulmasının doğru olmadığı, zira buradaki düzenlemenin amacının tüm tüketici sözleşmelerini MÖHUK m. 26 kapsamına almanın değil, sadece belirli özelliklere sahip olan tüketici sözleşmelerinde tüketicinin korunmasının amaçlandığı belirtilmiştir. Aksi hâlde, bir devlet vatandaşı dünyanın neresine giderse gitsin kendi devletinin sağladığı asgari koruma hükümlerinin her zaman koruması altında olacaktır ve bunun kabulü mümkün değildir⁵⁰⁸. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Zira tüketici, kendi ülkesinden farklı bir ülkede kendi imkânları ile MÖHUK m. 26 / f. 2’de ifade edilen

⁵⁰⁵ Harding, s. 159. Tanımlamalar Brüksel I Tüzüğü m. 15 ile birebir aynı şekilde düzenlenmiştir. 22.12.2000 tarih ve EC/2001 sayılı Brüksel I Tüzüğü, 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu’nun tüzüğe dönüştürülmesi çabaları sonucunda hazırlanmış ve 1 Mart 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Brüksel I Tüzüğü, hukukî ve ticari konularda mahkemelerin milletlerarası yetkisini ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen kurallar içermektedir (Tarman, **Roma I**, s. 302, dn. 10). Özellikle tüketici sözleşmeleri bakımından Brüksel I Tüzüğü’nün detaylı incelemesi için bkz. Arzu Büyükalçın, **Brüksel I Tüzüğü’nde Tüketici Akitlerine İlişkin Milletlerarası Yetki Kuralları**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 55, 2004, s. 332 vd. Brüksel I Tüzüğü’nün tüketici tanımına ilişkin yaklaşımı ve uygulaması, Roma I Tüzüğü bakımından önemlidir. Zira her iki Tüzük tüketiciyi aynı şekilde tanımlamıştır. Buradan hareketle Brüksel I Tüzüğü döneminde verilen kararlar, Roma I Tüzüğü’nün yorumu bakımından da önemli bir hareket noktası olacaktır.

⁵⁰⁶ Case C-464/01, **Johann Gruber v Bay Wa AG**, 16 September 2004. Karar için bkz. “<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62001CC0464>” (Erişim tarihi: 10.01.2017).

⁵⁰⁷ Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 157; Öztekin Gelgel, **Tüketici**, s. 206.

⁵⁰⁸ Atamer, **Tüketici**, s. 429; Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 157-158.

şartlar dışında, örneğin kişisel olarak planladığı bir gezi sırasında bulunduğu ülkede bir alışveriş yaparsa, bu ülkenin pazar koşullarını bildiği ve buna uygun hareket ettiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Buna karşın kendi ülkesinde yabancı bir satıcı tarafından satış yapılması ya da yabancı bir satıcı tarafından yurtdışına götürüldüğünde yapmış olduğu tüketici sözleşmeleri hâlinde kendi ülke hukukuna göre korunması, genel anlamda tüketicinin korunması prensibine de daha uygundur. Ayrıca madde gerekçesi de incelendiğinde tüketicinin maddede düzenlenen korumadan yararlanabilmesi için tüketici sözleşmesinin hangi şartları içermesi gerektiğinin MÖHUK m. 26 / f. 2’de düzenlendiği ifade edilmiştir⁵⁰⁹.

MÖHUK’ta hangi tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılabileceğine ilişkin bir boşluk mevcutken Roma I Tüzüğü’nde bu şekilde bir boşluk bulunmamaktadır. Roma I Tüzüğü’nde hangi tüketici sözleşmelerinin bu kapsamda olduğu Tüzük m. 6 / f. 1 / b. (a)-(b)’de belirtilmiş, bir istisna hükmü getirilmemiştir. Bu hükme göre ticari veya mesleki amaçla hareket eden kişinin, ticari veya mesleki faaliyetlerini tüketicinin mutata mesken ülkesinde gerçekleştirmesi hâlinde ve herhangi bir surette ticari veya mesleki amaçla hareket eden kişinin faaliyetlerini bu ülkeye yönlendirmesi veya bu ülke dâhil olmak üzere çeşitli ülkelere yönlendirmesi hâllerinde⁵¹⁰, bu faaliyetlere ilişkin sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda m. 6 hükmü uygulanır. Bu kapsamda olmayan sözleşmeler bakımından hukuk seçimi yapılması hâlinde m. 6 hükümleri değil, m. 3 hükümleri uygulanacaktır⁵¹¹.

⁵⁰⁹ **Madde Gerekçeleri**, s. 9. “İkinci fıkrada (a), (b) ve (c) bentlerinde, bir tüketici sözleşmesinin madde hükmünden yararlanabilmesi için hangi şartlar altında yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak bu bentlerde sayılan koşullar altında kurulmuş tüketici sözleşmelerine “tüketicinin mutata mesken hukuku” uygulanacaktır. Böylece, tüketici sözleşmelerinde, mutata mesken hukukunun uygulanmasının sınır ve kapsamı ortaya koyulmuştur.”

⁵¹⁰ “Directed” kavramı “yönlendirme” olarak ifade edilmiştir. Kavramın detaylı incelemesi ve özellikle elektronik ortamlarda kurulan sözleşmeler bakımından ne şekilde yorumlanması gerektiği hakkında bkz. Roma I Tüzüğü Gerekçesi, 24 nolu paragraf; Harding, s. 159 vd. Avrupa Adalet Divanı (*European Court of Justice*), bu konuyu değerlendirdiği kararlarında; ticari veya mesleki amaçla hareket eden kişinin salt web sitesinin olmasının, bu kişinin faaliyetlerini tüketicinin mutata meskenine yönelttiğine ilişkin bir karine teşkil etmeyeceğini hüküm altına almıştır. Ticari veya mesleki amaçla hareket eden kişinin faaliyetlerini yönlendirdiğinin kabulü için her bir somut olayın tek tek incelenmesi ve faaliyet gösteren kişinin bu yöndeki niyetinin ispatlanması gerekmektedir. Tek bir kriter ile yönlendirme olduğunun tespiti mümkün değildir. C-585/08, **Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG**, 7 December 2010; C-144/09, **Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG**, 7 December 2010. Kararlar için bkz. “<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62008CJ0585&lang1=en&type=TXT&ancre=>” (Erişim tarihi 10.01.2017).

⁵¹¹ Clarkson / Hill, s. 241; Harding, s. 158.

MÖHUK m. 26 / f. 4 uyarınca burada düzenlenen hükümler paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri ve tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu sözleşmelere uygulanmaz. Bu sözleşme tiplerinde yapılan hukuk seçimine, genel kural olan MÖHUK m. 24 uygulanacaktır. Ancak taşıma sözleşmeleri bakımından özel düzenleme bulunması nedeniyle MÖHUK m. 29 uygulanacaktır.

Roma I Tüzüğü m. 5 ile MÖHUK'a paralel olarak tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılması hâlinde tüketicinin mutad mesken hukukunun aksi sözleşme ile kararlaştırılamayacak olan hükümlerinin ihlâl edilemeyeceği öngörülmüştür. Benzer düzenleme Japonya, Güney Kore, Rusya hukuklarında da mevcuttur⁵¹². Tüzük tarafından hâkim veya bilirkişiye, iki hukuk düzeni arasında karşılaştırma yapma yükümlülüğü getirilmiştir⁵¹³.

c. İş Sözleşmeleri

İş sözleşmelerinde hukuk seçimi kaydı genel olarak işveren tarafından belirlenen bir sözleşme şartıdır. Doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere, esas olarak objektif bağlama kuralının işveren lehine olması hâlinde işveren tarafından bu konuda sessiz kalma yoluna gidilmektedir⁵¹⁴. Bu nedenle, genel anlamda işverenin lehine olup olmamasına göre sözleşmelerde hukuk seçimi yapılmaktadır.

İş sözleşmelerine ilişkin özel ihtiyaçları karşılayabilecek düzenlemeler mülga MÖHUK'ta mevcut değildi ve iş sözleşmelerinin sosyal içeriği dikkate alınmamıştı⁵¹⁵. Doktrinde bu dönemde, iş yerinin bulunduğu yer hukukunun işçiyi koruyan emredici hükümlerinin seçilen hukuk ile ortadan kaldırılamayacağı görüşü ileri sürülmüştür⁵¹⁶. Yine iş hayatının korunmasına ilişkin hükümlerin hukuk seçimi yolu ile bertaraf

⁵¹² Symeonides, s. 528.

⁵¹³ Özkan / Süral / Tütüncübaşı, s. 388; Tarman, **Roma I**, s. 319. “Yararlılık karşılaştırmasının getirdiği zorluğu dikkate alan Avrupa Komisyonu, hukuk seçimi imkânını ortadan kaldırıp işletmenin tüketicinin ülkesine yöneldiği her durumda tüketicinin hukukunun uygulanmasını önermiştir. Bu öneri, tüketici sözleşmelerinde yetkili mahkemeyi düzenleyen Brüksel I Tüzüğü m. 15 ile de uyumlu olarak tüketicinin hukukunu uygulamanın dava masraflarını azaltacağı düşüncesine dayandırılmıştır.” Tarman, bu görüşte olmasına rağmen önerilen çözümün tatmin edici olmadığını ifade etmiştir.

⁵¹⁴ Elçin, s. 65.

⁵¹⁵ **Madde Gereklileri**, s. 10.

⁵¹⁶ Nomer / Şanlı, s. 307-308; Aybay / Dardağan, **1. Bası**, s. 232-233; Özdemir, **Yabancılık Unsuru**, s. 941.

edilemeyeceği, zira bu hükümlerin ülkedeki herkes için uygulanması gereken hükümler olduğu, işçi lehine bir hukuk seçimi yapılabileceği de belirtilmiştir⁵¹⁷. Kanun koyucu, iş sözleşmelerini bu yaklaşım çerçevesinde ve mülga MÖHUK'ta mevcut olan eksiklikler nedeniyle diğer sözleşme tiplerinden ayrı bir madde ile MÖHUK m. 27'de düzenlemiştir. MÖHUK m. 27'ye göre, iş sözleşmeleri, işçinin mutata işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabidir.

MÖHUK m. 28 / f. 3 işçiler bakımından fikrî mülkiyete ilişkin sözleşmelerde⁵¹⁸ hukuk seçimi hâlinde dikkat edilmesi gereken bir düzenlemedir. İlgili maddede işçinin işi kapsamında ve işinin ifası sırasında meydana getirdiği fikrî ürünler bakımından düzenleme yapılmış, bu fikrî ürünler üzerindeki fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili işçi ve işveren arasındaki sözleşmelere, iş sözleşmesinin tabi olduğu hukukun uygulanacağı belirtilmiştir. Böylelikle fikrî mülkiyete ilişkin olarak işçilerin korunması prensibinden hareketle özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu nedenle bu tip sözleşmelerde yapılan hukuk seçimi bakımından, işçinin mutata işyeri hukukunun sağladığı asgari koruma bertaraf edilemeyecek ve hukuk seçimi sınırlandırılmış olacaktır. Ancak iş sözleşmesinin niteliği gereği borcun ifası çerçevesinde işverene ait olarak meydana getirilen fikrî ürünler bakımından bu kural dikkate alınmayacak ve bu durumda genel kural uygulanarak tarafların seçmiş oldukları hukuk, aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan ilişkiye uygulanacaktır.

MÖHUK m. 27 / f. 4 ile getirilen istisna kuralı hukuk seçimi bakımından uygulama alanı bulmayacaktır. Zira madde hükmünden de açıkça anlaşıldığı üzere hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye f. 2 ve f. 3 hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir. Görüleceği üzere istisna kuralı, objektif bağlama kuralını belirleyen f. 2 ve f. 3 hükümleri için öngörülmüştür. Roma I Tüzüğü'ndeki istisna kuralı ise tüm sözleşmeler için

⁵¹⁷ Tekinalp, s. 309-310. Yazar, toplu iş sözleşmesi, grev, lokavt, sosyal güvenlik, asgari ücret gibi hususları örnek vermiştir.

⁵¹⁸ Fikrî mülkiyete ilişkin sözleşmelerin konusu bizzat fikrî mal olabileceği gibi kullanım hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, koruma hakkından doğan hak, imtiyaz hakkı gibi fikrî mal üzerindeki haklar da olabilir (Nomer, s. 347). Sözleşme tipleri bakımından ise genellikle ürün kirası (TBK m. 357 vd.), ödünç (TBK m. 379 vd.), satış (TBK m. 207 vd.) gibi hakların devrine ilişkin sözleşmeler, lisans sözleşmeleri veya yararlanma hakkının verilmesine ilişkin sözleşmeler şeklinde olmaktadır. Maddede hak türleri bakımından bir ayırım yapılmaması doktrinde eleştirilmiştir (Sargın, **Fikrî ve Sınai Haklar**, s. 174).

öngörölmüş olup iş sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Tüzük m. 8 / f. 4'e göre, sözleşmenin daha sıkı ilişkili olduğu başka bir ülke hukukunun mevcut olması hâlinde bu ülke hukuku uygulanacaktır. Bu ülkenin tespitinde sözleşmenin imzalandığı ülke, tarafların vatandaşlığı, sözleşmenin dili, para birimi gibi unsurlar dikkate alınacaktır⁵¹⁹.

Roma I Tüzüğü m. 8'de iş sözleşmeleri bakımından özel düzenleme yapılmıştır. Madde uyarınca, iş sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılması hâlinde objektif bağlama kuralına göre uygulanacak olan hukukun aksi sözleşme ile kararlaştırılamayacak olan hükümleri ihlâl edilemeyecektir⁵²⁰. Maddeden de anlaşılacağı üzere zayıf taraf olan işçi göz önünde tutularak MÖHUK ile benzer şekilde taraflara sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınmıştır⁵²¹. Taraflarca seçilen hukukun işçinin lehine hükümler içermesi hâlinde iş sözleşmesine bu hukuk uygulanacaktır⁵²².

Kanaatimizce bu düzenlemeler eksiklikler içermektedir⁵²³. Zira özellikle Türkiye açısından düşünüldüğünde yurtdışında iş yapılan ülkeler daha çok Ortadoğu, Afrika ve Asya ülkeleridir. Bu ülkelerin işçiyi koruyan hükümleri genel itibariyle dar kapsamdadır. Burada yapılan bir işe ilişkin olarak işçiyi daha az koruyan bir ülke hukuku da seçilirse, işçiyi koruyan hiçbir düzenleme kalmamaktadır. Bu yüzden, düzenleme yerinde olmakla birlikte bu açıdan boşluk içermektedir. Mahkemelerin önüne bu kapsamda bir uyuşmazlık geldiğinde, kanaatimizce, kamu düzeni ilkesi gerekçe gösterilerek mahkeme tarafından Türk hukuku uygulanmak suretiyle uyuşmazlık çözülecektir⁵²⁴.

⁵¹⁹ Tarman, **Roma I**, s. 324; Harding, s. 165.

⁵²⁰ Alman ve İsviçre hukuklarında iş sözleşmeleri bakımından hukuk seçimi uzun süredir kısıtlı şekilde de olsa kabul edilmektedir (Tekinalp / Uyanık, s. 328). Yazarlar, Fransız, İngiliz ve Belçika hukukunda bu hususta tereddüt olduğunu belirtmişler ancak bu tereddütlerin detaylarından bahsetmemişlerdir.

⁵²¹ Doğan, **İş Akdi**, s. 152; Tarman, **Roma I**, s. 324.

⁵²² Clarkson / Hill, s. 245.

⁵²³ Doktrinde Elçin, bu eleştiri de dâhil olmak üzere düzenlemeyi çeşitli açılardan eleştirmiş ve farklı öneriler getirmiştir. Yazar, bu kapsamda ilk olarak atfın reddedilmemesini, asgari koruma sağlanana kadar hâkimin atfı dikkate almasını önermiştir. İkinci öneri olarak kanun düzenlemesinin daha net olarak ifade edilebileceğini belirtmiştir. Yazarın bir diğer önerisi her somut iş ilişkisine uygulanacak hukukun tespiti bakımından hâkime takdir yetkisi tanınmasıdır. Son öneri ise iş sözleşmesinin varlığını ve geçerliliğini idare eden hukukun belirlenmesine ilişkindir. Önerilere ilişkin detaylı bilgi için bkz. Elçin, s. 152 vd.

⁵²⁴ Yargıtay tarafından yakın tarihte verilen bir karar da buna işaret etmektedir. Yarg. 22. HD., 28.09.2015 T., 2015 / 16473 E., 2015 / 25517 K. (www.kazanci.com). Kararda "Somut bu delillere göre yurt dışı bağlantılı işveren nezdinde çalışma yapılması ve mutat yer olarak Türkiye sınırları içinde İhsu Barajı yapımında çalışan davacının, MÖHUK m. 27 uyarınca yabancılık unsuru içeren taraflar arasındaki uyuşmazlıkta "işçinin işini mutat olarak yaptığı işyeri hukuku" uygulanması gereken hukuk olmaktadır. Davacı Türkiye'de çalışmış olduğu dönemden kaynaklanan alacaklarını talep etmektedir.

Tartışılması gereken bir diğer önemli konu, işçinin mutata bir işyerinin bulunmaması hâlidir. İşçi, sürekli suretle işini farklı yerlerde yapmakta ve belirli bir işyeri bulunmamakta ise mutata işyerinin tespiti mümkün olmayacaktır. Bir görüşe göre bu hâlde, MÖHUK m. 27 / f. 3'ten yola çıkılabilir⁵²⁵. İlgili düzenleme hukuk seçimi yapılmayan ve işçinin mutata bir işyerinin olmadığı hâlleri düzenlemiştir. Bu maddeye göre işçinin işini belirli bir ülkede mutata olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tabidir⁵²⁶. Bu maddeden yola çıkarak, işçinin mutata bir işyerinin olmaması hâlinde iş sözleşmesine, işverenin esas işyeri hukukunda bulunan asgari koruma standartlarının uygulanacağı ifade edilmiştir. Doktrinde bu duruma verilen en tipik örnekler, uluslararası müzik ve gösteri gruplarının çalışmaları ile uluslararası deniz, hava ve karayolu taşımacılığında çalışan personellerdir. Yine MÖHUK m. 27 / f. 2'ye göre işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutata işyeri sayılmaz. Bu hâlde de işçinin işini mutata olarak yaptığı ülkenin asgari korumaları uygulama alanı bulacaktır.

i. Yararlılık Prensibi

Yararlılık prensibi, iş sözleşmesinde zayıf olan işçinin korunması amacıyla ortaya atılan ve günümüzde geniş bir uygulama alanı olan bir ilkedir⁵²⁷. Bu ilkeden hareketle iş sözleşmelerinde yapılacak olan hukuk seçiminin işçinin mutata işyeri hukukunun sağladığı asgari korumayı bertaraf edemeyeceği öngörülmektedir. Tarafların seçtiği hukuk bakımından yapılan bu sınırlama hukuk seçimini tamamen geçersiz hâle getirmemekte, yalnızca mutata işyeri hukukunun sağladığı asgari güvence

Ayrıca hukuk sistemimizde, işçi ve işveren arasındaki bu nevi işçilik alacaklarına dair davaların yargılaması kamu düzeni ile ilgilidir. Maddî olgulara ve emredici kurallara göre uyumsuzluğun Türk Hukuk mevzuatına göre çözümlenmesi gerekir. Bu sebeplerle uygulanması gereken hukukun Türk Hukuku olması gerektiği gözetilmeden işin esasına girerek karar verilmesi gerekirken, yetkisizlik kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir." denilmek suretiyle her ne kadar işçiyi korumaya ilişkin yeni düzenlemeler öngörülse de iş hukukundan kaynaklanan uyumsuzlukların kamu düzeninden olduğu görüşü devam etmektedir. Buradan hareketle, Türk hukuku bakımından asgari standardın daima Türk hukuku olduğu sonucuna ulaşılabilir.

⁵²⁵ Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 287; Çelikel / Erdem, s. 390. Aksi görüş için bkz. Elçin, s. 92-93.

⁵²⁶ Yargıtay da hukuk seçimini değerlendirdiği bir kararında bu görüşü benimsemiştir. "İşçinin işini tek bir devlette yürütmediği, sürekli olarak farklı devletlerde çalıştığı ve bu nedenle mutata bir işyerinin bulunmadığı durumlarda, işverenin merkezinin bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır." Yarg. 7. HD. 24.10.2013 T., 2013 / 10105 E., 2013 / 17312 K. (www.kazanci.com).

⁵²⁷ Tarman, *İş Sözleşmeleri*, s. 531.

bakımından mutata işyeri hukukunun hükümleri uygulama alanı bulmaktadır⁵²⁸. Ancak iki hukuk sistemindeki hangi hükümlerin karşılaştırılacağı ya da lehe olan hükümlerin ne şekilde belirleneceği hususu açık değildir⁵²⁹.

Doktrinde bir görüşe göre, taraflarca seçilen hukuk ile işçinin mutata işyeri hukukundan hangi hukukun işçiye daha fazla koruma sağladığı, hukuk sistemlerinin bir bütün olarak karşılaştırılması ile değil, somut olaya uygulanacak olan müstakil hükümler bakımından karşılaştırma yapılması ile tespit edilecektir⁵³⁰. Tekli karşılaştırma da denilen bu yaklaşıma göre somut olaya uygulanacak her bir kural birbiri ile karşılaştırılmalı ve lehe olan kurallar uygulanmalıdır. Ancak bu görüş, tüm hukuk sistemlerinde tek tek lehe olan hükümlerin bir araya getirilmesi ile hiçbir hukuk sisteminde yürürlükte olmayan bir yapay hukukun yaratıldığı gerekçesi ile eleştiriye uğramıştır⁵³¹. Ayrıca bu yönde bir uygulama ile işçi lehine aynı konuda birden fazla koruma sağlanabilecektir⁵³².

Bir diğer görüşe göre ise her iki hukuk düzeninin işçiyi koruyan emredici kuralları bir grup olarak karşılaştırılacak ve hangisinin işçiye daha fazla koruma sağladığı tespit edilerek lehe olan hukuk belirlenecektir⁵³³. Grup karşılaştırması da denilen bu görüşe göre işçiye daha fazla koruma sağlayan kural grubunun işçinin lehine olduğu kabul edilecek ve sözleşmeye uygulanacaktır. Örneğin, yıllık izin süresi, yıllık izin ücreti, yıllık izne hak kazanabilmek için gerekli şartlar birlikte değerlendirilecek ve lehe olan hukuk belirlenecektir⁵³⁴. Bu görüş de hangi kural gruplarının hangi olayda karşılaştırılması konusunda görüş birliği bulunmaması

⁵²⁸ “Taraflarca hukuk seçimi yapılsa bile, objektif bağlama kuralına göre belirlenen hukukun işçiyi koruyan hükümlerinden daha elverişsiz hükümler içermesi hâlinde, seçilen hukuktaki hükümlerin uygulanması mümkün değildir.” **Madde Gereççeleri**, s. 10. Doktrinde böyle bir durumda yapılan hukuk seçiminin tamamen geçersiz olacağı görüşü de mevcuttur (Aybay / Dardağan, s. 257; Çelikel / Erdem, s. 390; Can / Toker, s. 276-277). Yine Yargıtay da bu durumda hukuk seçiminin tamamen geçersiz olduğu görüşündedir. “Maddede mutata işyeri hukukunun işçiyi koruyan hükümleri asgari koruma standardı olarak kabul edilmekte ve hukuk seçimi yoluyla bu standardın altına inilmesi engellenmektedir. Böylece seçilen hukukun işçiyi koruyucu hükümlerinin mutata işyeri hukukunun işçiye sağladığı korumadan daha az koruma sağlaması hâlinde, hukuk seçimi nazara alınmayacaktır.” Yarg. 7. HD. 24.10.2013 T., 2013 / 10105 E., 2013 / 17312 K. (www.kazanci.com).

⁵²⁹ Elçin, s. 98-99.

⁵³⁰ Nomer, s. 339; Can / Toker, s. 277.

⁵³¹ Doğan, **İş Akdi**, s. 156; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 286; Tarman, **İş Sözleşmeleri**, s. 532-533. Doğan, yararlılık prensibinin tek amacının işçiyi korumak olmadığını, işçiyi korumak amacıyla işverenin cezalandırılmaması gerektiğini ifade etmiştir. Elçin de aynı görüştedir (Elçin, s. 104).

⁵³² Elçin, s. 103.

⁵³³ Doğan, **İş Akdi**, s. 157; Tarman, **İş Sözleşmeleri**, s. 532; Elçin, s. 104.

⁵³⁴ Doğan, **İş Akdi**, s. 157.

nedeni ile eleştirilmiştir⁵³⁵. Örneğin, işveren tarafından haksız olarak iş sözleşmesinin sona erdirilmesi hâlinde bir hukuk düzeni işçi lehine tazminat hükmederken diğer hukuk sistemi işe iade imkânı tanımaktadır. Bu durumda hangi grup hükümlerinin karşılaştırılacağı konusunda belirsizlik yaşanacağından bahisle bu görüş eleştirilmektedir.

Üçüncü görüşe göre ise hukuk sistemleri bir bütün olarak karşılaştırılmalıdır⁵³⁶. Toplu karşılaştırma da denilen bu görüşe göre iki hukuk sisteminin iş hukuku ile ilgili hükümleri bir bütün olarak incelenecek ve lehe olan hukuk iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığa uygulanacaktır. Ancak bu görüş, çok geniş bir araştırma yükümlülüğü getirmesi ve yorumda yaşanacak zorluklar nedeniyle eleştirilmektedir⁵³⁷.

Kanaatimizce ikinci görüş daha yerinde bir uygulama yaratmaktadır. İlk görüşün kabulü hâlinde salt işçiyi koruyan tüm hükümler göz önüne alınacak, işveren için hiçbir çıkış noktası bırakılmayacaktır. Müstakil olarak her iki hukuktan işçi lehine tüm hükümlerin göz önüne alınması, kararlar arasındaki uyum ve yeknesaklığı da bozacaktır. Zira iki hukuk sisteminin karşılaştırılması ile somut olaya uygulanan kural, benzer olaylarda ancak farklı iki ülke hukukunun söz konusu olması hâlinde çok daha farklı bir sonuç ortaya çıkabilecektir.

Seçilen hukuk ile hukuk seçimi yapılmaması hâlinde objektif olarak belirlenecek hukuk, işçiyi koruma bakımından farklı düzenlemeler getirmiş olabilirler. Örneğin Fransız hukuku iş sözleşmesinin haksız feshi hâlinde tazminat öngörürken Alman hukuku haksız fesih hâlinde iş sözleşmesinin devam ettiğini kabul etmektedir⁵³⁸. Bu durumda hangi hükmün işçi lehine olacağının ve bu hususun ne şekilde belirleneceği önemli bir konudur. Hâkim bu konudaki değerlendirmeyi yaparken, makul bir işçinin

⁵³⁵ Liukkunen, Ulla, **The Role of Mandatory Rules in International Labour Law, A Comparative Study in the Conflict of Laws**, Talentum 2004, s. 127 (Elçin, s. 101, dn. 482'den naklen).

⁵³⁶ Liukkunen, Ulla, **a.g.e.**, s. 126; Philip, Alan, **Contracts of Employment in the Law of Conflict of Laws of the ECC**, in ed. by Flume, Werner / Hahn, J. Hugo / Kegel, Gerhard / Simmonds, Kenneth, **Internationales Recht und Wirtschaftsordnung**, F. A. Mann Internationales Recht und Wirtschaftsordnung, F. A. Mann 1977, s. 260 (Elçin, s. 101, dn. 475'den naklen).

⁵³⁷ Doğan, **İş Akdi**, s. 155; Elçin, s. 101. Alman hukukunda bu gerekçeler ile toplu karşılaştırılma reddedilmektedir. Elçin, özellikle gelişmişlik düzeyi çok farklı olan doğu ve batı ülkelerinin hukukları arasında böyle bir karşılaştırma yapılmasının imkânsız olduğunu belirtmiştir.

⁵³⁸ Tarman, **İş Sözleşmeleri**, s. 533.

aynı şartlar altında hangi hükmün kendisine uygulanmasını tercih edeceğini göz önüne alarak ilgili hükmü uygulayacaktır⁵³⁹.

Doktrinde tartışılan bir diğer konu, işçinin lehe olan hükümleri seçip seçemeyeceği konusundadır⁵⁴⁰. Diğer bir deyişle, iş sözleşmelerinde yapılacak olan hukuk seçimi sonucunda işçinin mutlak işyeri hukukunun sağladığı asgari koruma ile seçilen hukuk hükümlerinden hangisinin lehine olduğunu işçinin belirlemesinin mümkün olup olmadığıdır. Doktrindeki hâkim görüş, bu değerlendirmenin objektif olarak, bir hâkim tarafından yapılmasının yerinde olacağı yönündedir⁵⁴¹.

ii. Toplu İş Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi

Bireysel iş sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılıp yapılamayacağı hususu kanunda açık olarak düzenlenmiştir. Ancak toplu iş sözleşmeleri yolu ile yapılan hukuk seçiminin yapılıp yapılamayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre toplu iş sözleşmeleri yolu ile hukuk seçiminin yapılması, işverenin bireysel iş sözleşmeleri ile işçiye dayatacağı hukuk seçimi şartlarını bertaraf edecek ve işyerinde çalışan işçiler bakımından uygulanacak yeknesak bir hukuk belirlenebilecektir⁵⁴². Zira toplu iş sözleşmelerinde işçinin zayıf konumda olması söz konusu değildir. Bir diğer görüşe göre ise toplu iş sözleşmeleri yolu ile hukuk seçimi yapılması mümkün değildir⁵⁴³. Zira hukuk seçiminin yapılabilmesi için belirli bir iş sözleşmesinin yapılması gerekmektedir. Ayrıca MÖHUK, bu konuda bir düzenleme getirmemiş ve yalnızca bireysel iş sözleşmeleri bakımından hukuk seçimine imkân tanımıştır.

Kanaatimizce tarafların toplu iş sözleşmelerinde hukuk seçimi yapmaları hâlinde bu seçimin MÖHUK m. 27 hükmüne tabi olmayacağı ileri sürülebilse de bu seçime genel kural olan MÖHUK m. 24 çerçevesinde uygulama alanı tanınacaktır. Diğer bir deyişle, toplu iş sözleşmeleri de birer sözleşme oldukları için tarafların hukuk seçimi yapmaları mümkündür. Ancak bu seçim, MÖHUK m. 27 ile işçiyi korumayı

⁵³⁹ Tarman, *İş Sözleşmeleri*, s. 533.

⁵⁴⁰ Elçin, s. 100.

⁵⁴¹ Doğan, *İş Akdi*, s. 158.

⁵⁴² Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 286; Tarman, *Akdi Borç İlişkileri*, s. 160.

⁵⁴³ Ekşi, *İş Sözleşmeleri*, s. 123.

amaçlayan özel düzenlemeye tabi olmayacaktır. Zira toplu iş sözleşmelerinde taraflar arasında eşitlik sağlanabildiği için bir koruma düzenlemesi getiren maddeler uygulama alanı bulmayacaktır.

2. Üçüncü Kişilerin Korunması İlkesi

Üçüncü kişilerin hukukî durumu, hukuk seçiminin yapılma zamanına göre uygulanacak bir sınırlama olacaktır. Taraflarca sonradan yapılan veya değiştirilen hukuk üçüncü kişilerin haklarında değişiklik yapmayıp yalnızca taraflar arasındaki ilişki bakımından sınırlı olarak uygulanır⁵⁴⁴. Bir sözleşmeden, üçüncü kişi lehine doğrudan doğruya bir talep hakkı doğması durumunda bu hak, üçüncü kişi bakımından kazanılmış bir haktır⁵⁴⁵. Tarafların üçüncü kişiler ile ilişkileri bakımından önceki hukuk döneminde elde edilen kazanımlar geçerliliğini korur ve sonradan seçilen hukuk ile bu hak ortadan kaldırılamaz. Doktrinde de belirtildiği üzere, sonradan yapılan veya değiştirilen ve üçüncü kişilerin lehine olan hukuk seçimi herkesi bağlayıcı bir nitelik kazanacaktır⁵⁴⁶. Yine üçüncü kişi tarafından bu değişikliğe muvafakat verilmesi hâlinde bu seçim üçüncü kişiler hakkında da hüküm ve sonuç doğuracaktır. Doktrinde, kazanılmış hakları zarar gören üçüncü kişinin muvafakat etmediği hukuk seçiminin geçersiz olduğu da ileri sürülmektedir⁵⁴⁷. Ancak kanaatimizce bu yönde bir yorum, milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti esasına ve hukuk seçimi ilkesine aykırı olacaktır⁵⁴⁸. Bu noktada hukuk seçiminin taraflar arasında sınırlı bir şekilde sonuç getirmesinin hakkaniyete daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca kanun düzenlemesinde üçüncü kişilerin haklarının saklı kalacağı ifade edilmiş, bu konuda bir muvafakat aranmamıştır.

Sonradan yapılan hukuk seçimi ile üçüncü kişilerin haklarının kısıtlanması söz konusu olamayacağı gibi sorumlulukları da artırmayacaktır⁵⁴⁹. Örneğin, üçüncü kişilerin kefil olduğu bir sözleşmede sonradan yapılan hukuk seçimi ile üçüncü kişilerin kefalet yükümlülüğünün artırılması mümkün değildir⁵⁵⁰. Yine üçüncü

⁵⁴⁴ Nomer, s. 322; Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 166; Can / Toker, s. 246; Çörtoğlu Koca, **Danışmanlık Sözleşmeleri**, s. 243; Güner, s. 142; Dicey / Morris, s. 1220.

⁵⁴⁵ Demir Gökyayla, s. 354.

⁵⁴⁶ Nomer, s. 322.

⁵⁴⁷ Doğan, s. 372.

⁵⁴⁸ Aynı yönde bkz. Bayata Canyaş, s. 79-80.

⁵⁴⁹ Nomer, s. 322; Elçin, s. 107.

⁵⁵⁰ Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 24; Bayata Canyaş, s. 39.

kişilerin sözleşme kapsamında elde etmiş oldukları bir alacak hakkının hukuk seçimi yoluyla sona ermesi ya da kısıtlanması da söz konusu olmayacaktır⁵⁵¹.

Doktrinde, üçüncü kişilerin hakları bakımından sınırlamanın yalnızca geçmişe etkili hukuk seçimi hâlinde söz konusu olacağı, ileriye etkili hukuk seçimi yapılması hâlinde üçüncü kişilerin hakları bakımından bir sınırlama yapılmayacağı ifade edilmiştir⁵⁵². Örnek vermek gerekirse; sözleşme taraflarından biri lehine kefil olan üçüncü kişinin yükümlülüğü, hukuk seçimi anlaşmasının sonradan yapılması veya değiştirilmesi suretiyle ağırlaştırabilir. Seçilen yeni hukuk üçüncü kişinin borcunu ağırlaştırırsa dahi, üçüncü kişi bu durumdan etkilenmeyecektir⁵⁵³.

Seçilen yeni hukuka göre üçüncü kişilerin daha lehine bir hak ortaya çıkması hâlinde üçüncü kişinin ortaya çıkan bu yeni hakkı kazanıp kazanamayacağının incelenmesi gerekmektedir. Zira doktrinde bu konuda iki ayrı görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre üçüncü kişi, daha lehine olan yeni hakkı kazanmış olacaktır⁵⁵⁴. Aksi görüşe göre ise üçüncü kişi, ortadan kaldırılan hukuk kapsamında edinmiş olduğu haktan fazlasını elde edemeyecektir⁵⁵⁵. Kanaatimizce bu durumda üçüncü kişilerin ortadan kaldırılan hukukta elde etmiş oldukları haktan fazlasını elde edememeleri hâli kabul edilmelidir. Zira taraflarca yapılan hukuk seçimi esasen taraflar arasında hüküm doğurmaktadır. Tarafların, üçüncü kişilerin haklarını sınırlamaması hâli, hakkın korunması bakımından kabul edilebilir. Ancak tarafların sonradan seçmiş oldukları hukuk bağlamında üçüncü kişilerin daha lehine bir hak kazanması, tarafların sözleşmeden bekledikleri faydayı elde edememelerine sebep olabilecektir.

MÖHUK m. 24 / f. 3'e göre sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili (*ex tunc*) olarak yapılabilir ve değiştirilebilir⁵⁵⁶. Diğer bir deyişle, yapılan veya değiştirilen hukuk seçimi,

⁵⁵¹ Bayata Canyaş, s. 79.

⁵⁵² Demir Gökyayla, s. 354.

⁵⁵³ Çalışkan, s. 61.

⁵⁵⁴ Nomer, s. 322; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR Art. 27-37, Ba. 13, Berlin 2002, Art. 27 EGBGB N. 113 (Demir Gökyayla, s. 355, dn. 345'den naklen)

⁵⁵⁵ Demir Gökyayla, s. 354-355.

⁵⁵⁶ Madde lafzı her ne kadar değiştirilen hukuk seçiminden bahsetmese de, madde gerekçesi dikkate alındığında seçilen hukukun sonradan değiştirilmesi hâlinde de üçüncü kişilerin haklarının saklı kalacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Ayrıca hukuk seçiminin değiştirilmesi veya sonradan yapılması hâlleri arasında bir ayırım yapmak için herhangi bir sebep de bulunmamaktadır (Acun Mekengeç, s. 98). Bir görüşe göre üçüncü kişilerin haklarını olumsuz etkileyen hukuk seçimi hâlleri, seçildiği andan

sözleşmenin imzalanması anından itibaren geçerli kabul edilecek, yargılama bu hususa göre yapılacak, ancak üçüncü kişiler bu seçimden dolayı hak kaybı yaşamayacaklardır. Geciktirici şarta bağlı hukuk seçiminin gerçekleşmesi hâlinde de hukuk seçimi sonradan yapılmış olacağı için MÖHUK m. 24 / f. 3 uyarınca üçüncü kişilerin hakları saklı kalacaktır⁵⁵⁷.

MÖHUK m. 15 / f. 3 uyarınca eşler, evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olmaları hâlinde bu hukuku seçebilirler. Ancak bu seçim, sonradan yapılan bir seçim olduğu için üçüncü kişilerin hakkını etkilemesi konusu maddede ayrıca düzenlenmiş ve üçüncü kişilerin hakları saklı tutulmuştur.

Üçüncü kişilerin hukukî durumu, madde metninden de anlaşılacağı üzere, yalnızca sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerinde yapılan hukuk seçimi bakımından düzenlenmiştir. Ancak doktrinde, MÖHUK m. 24 hükmünün kıyas yoluyla sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından da uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁵⁸. Yine mirasçıların talepleri, özellikle destekten yoksun kalmaya ilişkin talepler, sorumluluğun paylaşılması hâli de üçüncü kişiler bakımından önemli olan konulardır⁵⁵⁹.

Roma I Tüzüğü ve Roma II Tüzüğü'nde de yapılacak hukuk seçiminin üçüncü kişilerin haklarını ihlâl edemeyeceği düzenlenmiştir. MÖHUK'tan farklı olarak sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından Roma II Tüzüğü düzenlemesi açık bir düzenleme ile seçilen hukukun üçüncü kişilerin haklarına etki etmeyeceğini düzenlemiştir⁵⁶⁰.

itibaren ileriye etkili olarak sonuç doğuracaktır (Doğan, s. 372). Zira burada amaç, üçüncü kişilerin haklarının korunmasıdır.

⁵⁵⁷ Nomer, s. 322; Demirkol, s. 190; Bayata Canyaş, s. 76; İrge Erdoğan, s. 101.

⁵⁵⁸ Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkileri**, s. 27; Çörtoğlu Koca, **Halefiyet**, s. 81. Yazar burada özellikle haksız fiil alanında sigortacıların üçüncü kişi konumunda bulunduğunu, haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra hukuk seçimi yapılması hâlinde sigortacının, haksız fiile ilişkin objektif bağlama kuralının öngördüğü ödemedan daha fazla bir ödeme yapmayacağını ifade etmiştir. Yazar, bu konudaki amacın sigortacıları kendi zararlarına imza edilen sözleşmelere karşı korumak olduğunu belirtmiştir. Burada sözleşme ile kast edilen hukuk seçimine ilişkin sözleşmedir.

⁵⁵⁹ Öztekin Gelgel, s. 228.

⁵⁶⁰ Zang, **Rome II**, s. 901. Yazar, düzenlemeyi bazı yönleri ile eleştirmiştir. İlk eleştiri, yapılacak olan hukuk seçiminin sonradan değiştirilip değiştirilemeyeceğinin Tüzük'te öngörülmemesine ilişkindir. Yazar, üçüncü kişilerin hakları bakımından baştan yapılan bir hukuk seçiminin değil, sonradan yapılan bir hukuk seçiminin söz konusu olması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca düzenleme, üçüncü kişinin iyiniyetini ve dürüstlük kuralını dikkate almamıştır.

3. Zarar Görenin Korunması İlkesi

Kural olarak hukuk seçimi, taraf iradelerinin bu yönde birleşmesi ile ortaya çıkmaktadır. Tarafların her ikisinin de iradesinin seçilen hukuk noktasında birleşmesi ile karşılıklı irade uyuşması yoluyla⁵⁶¹ hukuk seçiminden söz edilir. Tarafların her ikisinin de iradelerinin bu yönde olmaması hâlinde geçerli bir hukuk seçiminden bahsedilmesi mümkün değildir. Kural her ne kadar karşılıklı irade uyuşması yolu ile hukuk seçimi olsa da bazı hâllerde taraflardan biri hukuk seçimini tek taraflı olarak yapabilir.

MÖHUK'ta kişilik haklarının medya ve kitle iletişim araçları yolu ile ihlâlüne ilişkin m. 35 ve imalatçının sözleşme dışı sorumluluğuna ilişkin m. 36 uyarınca zarar görene tek taraflı bir hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Zarar verenin rızası aranmaksızın, zarar gören tarafın tek taraflı irade beyanı ile hukuk seçimi yapılmış olacak ve zarar gören tarafın seçtiği hukuk uyuşmazlığa uygulanacaktır. Hukuk seçimi yapacak olan kişi, bu hâllerde yalnızca kendisine seçme imkânı verilen hukuklardan birini seçebilecektir⁵⁶². Bu sınırlamayı aşan bir hukukun seçilmesi mümkün değildir.

Tek taraflı hukuk seçimine imkân tanınan hâllerde MÖHUK m. 34 / f. 5 uyarınca taraflarca hukuk seçimi yapılabileceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre haksız fiilin özel türleri bakımından MÖHUK m. 34 / f. 5 ile düzenlenen genel kural uyarınca hukuk seçimi yapılması mümkün değildir⁵⁶³. Ancak aksi görüşe göre MÖHUK m. 34 / f. 5, özel haksız fiil türleri bakımından da göz önüne alınması gereken bir bağlama kuralıdır⁵⁶⁴.

MÖHUK'a yöneltilen en önemli eleştiri, tek taraflı hukuk seçimi imkânı tanınan zarar gören tarafından bir hukuk seçimi yapılmaması hâlidir⁵⁶⁵. Zarar görenin bir hukuk seçiminde bulunması şarttır. Ancak böyle bir tercihte bulunulmaması hâlinde hangi bağlama kuralı ile hangi hukukun uygulanacağı belirsizdir. Genel haksız fiil

⁵⁶¹ Bu kavram, doktrinde Çelikel / Erdem tarafından kullanılmıştır (Çelikel / Erdem, s. 428, s. 433).

⁵⁶² Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkileri**, s. 21; Yasan, s. 165.

⁵⁶³ Tiryakioğlu, **Haksız Fiiller**, s. 213.

⁵⁶⁴ Nomer, s. 359; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkileri**, s. 21; Sarıöz, s. 184; Yasan, s. 146; Kayık, s. 101.

⁵⁶⁵ Tanrıbilir, **Roma II**, s. 136-137; Yasan, s. 170. Tanrıbilir, bu düzenleme ile zarar görene, lehine olan hukuku araştırma külfetinin getirildiğini ve bu hususun kanun uygulamasını önemli ölçüde engelleyeceğini ifade etmiştir. Zira bu durum davacı için güç, zaman ve masraf alacak bir konudur.

bağlama kuralına atıf olmadığı gibi maddelerin içerisinde de objektif bir bağlama kuralı getirilmemiştir. İmalatçının sözleşme dışı sorumluluğu bakımından MÖHUK m. 36'da zarar görenin mutata mesken hukukunun uygulanmasının mümkün olmadığı ve tazminat bakımından özel bir düzenleme getirilmediği gibi zarar görenin ürünü farklı bir yerde edinmesi veya zarar görenin malı edinen kişi olmaması da mümkündür⁵⁶⁶. Doktrinde, hâkimin zarar görene bu hususu sorarak uygulanacak hukuku açıklığa kavuşturması gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁶⁷. Ancak zarar gören tarafından böyle bir soruya rağmen bir tercihte bulunulmaması mümkündür. Bununla birlikte doktrinde hâkimin, HMK m. 150 uyarınca dosyayı işlemeyi kaldırmaması gerektiğine ilişkin bir görüş de bulunmaktadır⁵⁶⁸. Zira taraflardan biri, yargılamanın ilerlemesi için üzerine düşen bir yükümlülüğü yerine getirmemekte, adeta davayı takip etmek istememektedir. Kanaatimizce burada MÖHUK m. 34 bağlamında klasik haksız fiil bağlama kuralı uygulanmalıdır. MÖHUK m. 35 ve m. 36 uyarınca uygulanacak bir hukukun belirlenmesi, zarar görenin bu yöndeki iradesine bağlanmıştır. Zarar görenin bu yönde bir irade söz konusu olmadığı takdirde ilgili bağlama kurallarının uygulanması da mümkün olmayacaktır.

Roma II Tüzüğü, MÖHUK'tan farklı olarak imalatçının sorumluluğuna ilişkin olarak hukuk seçimine imkân tanımazken çevresel zararlar bakımından zarar görene tek taraflı bir hukuk seçimi imkânı tanımıştır. Roma II Tüzüğü m. 7'ye göre zarar gören, zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanmasını seçebilir. Bu yönde bir seçim olmaması hâlinde genel haksız fiile ilişkin kural olan Tüzük m. 4 / f. 1 uygulanacaktır. Yine tarafların Tüzük m. 14 uyarınca hukuk seçimi yapmalarına da bir

⁵⁶⁶ Tanrıbilir, **Roma II**, s. 136; Tarman, **Sorumluluk**, s. 42. Doktrinde Tarman, MÖHUK sistemini eleştirmiş ve farklı bir sistem önermiştir (Tarman, **Sorumluluk**, s. 44). Yazar tarafından verilen örnek şu şekildedir: Almanya'da ikamet eden bir kişinin Fransız bir imalatçı tarafından üretilen ve Almanya'da da piyasası olan bir malı Kanada'da satın aldığını ve bu kişinin mal nedeniyle Kanada'da zarara uğradığını düşünerek uygulanacak hukuk tespit edilmeye çalışılırsa, Türk hukuku bakımından burada, zarar gören kişiye ya imalatçının merkezi olan Fransız hukukunu ya da malı iktisap ettiği Kanada hukukunu seçmesi imkânı tanınmaktadır. İmalatçı, malın iktisap edildiği ülke hukukunun uygulanmasını engelleyecek olan mamulün o ülkeye rızası dışında sokulduğunu da ispatlarsa, zarar gören, yalnızca Fransız hukukunu seçmek zorunda kalacaktır. Ancak aynı olay bakımından İmalatçının Sorumluluğuna İlişkin Lahey Sözleşmesi benzeri bir düzenlemeye göre kademeli bir sonuç bağlanırsa, zararın meydana geldiği yer ile malın iktisap edildiği yerin aynı olması hâlinde bu yer hukuku -ki örneğimizde Kanada hukuku- olacaktır. Roma II Tüzüğü uyarınca bir sonuca gidilirse bu durumda pazar esası göz önüne alınacak ve malın da aynı ülkede piyasaya sunulmuş olması kaydı ile zararın meydana geldiği sırada mağdurun mutata meskeni hukuku uygulama alanı bulacak -ki somut örnekte bu hukuk Almanya hukuku- olacaktır. Yazar, bu sistemler ışığında MÖHUK tasarısının tekrar gözden geçirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

⁵⁶⁷ Yasan, s. 171.

⁵⁶⁸ Yasan, s. 171. Yazar, en iyi çözümün MÖHUK m. 36 düzenlemesine bu hususta bir düzenleme getirilmesi olacağını belirtmiştir.

engel yoktur. Doktrinde, zarar gören kişiye bu yönde bir seçim hakkı tanınmasının, şirketlerin farklı çevre koruma standartlarına sahip devletlerde faaliyet yapmalarının önüne geçmek amacıyla olduğu ifade edilmiştir⁵⁶⁹.

Doktrinde Roma II Tüzüğü'nün çevresel zararlara ilişkin m. 7 düzenlemesi eleştirilmiştir⁵⁷⁰. Zira madde ile doğrudan kişi varlığı zararları bakımından zarar görene seçim imkânı tanınmamıştır. Bunun yanı sıra farklı kanunlar ihtilâfı kurallarının çakışabilmesi ihtimali de göz önünde bulundurulmamıştır⁵⁷¹. Yine imalatçının sorumluluğu bakımından istisna hükmüne yer verilmiş olmasına karşın çevresel zararlara ilişkin hükümde istisna hükmüne yer verilmemiştir⁵⁷².

a. Kişilik Haklarının Medya ve Kitle İletişim Araçları Yolu ile İhlali

İletişim olanaklarında yaşanan gelişmeler sonucunda insan ilişkilerinde bir yoğunluk yaşanmakta ve yaşanan ihlaller çok daha hızlı ve geniş bir çevrede sonuç yaratmaktadır. Kişilik haklarının bu şekilde ihlâlî hâli, klasik haksız fiil kurallarının yetersiz kaldığı, hızına yetişemediği ve mevzuatın bile çok çabuk gerisinde kaldığı özel bir alandır⁵⁷³.

Kişilik haklarının medya ve kitle iletişim araçları yolu ile ihlâlî hâlinde iki temel hak birbiri ile çatışmaktadır. Bu haklar kişilik hakkı ile ifade özgürlüğü hakkıdır⁵⁷⁴. İfade özgürlüğü ve düşüncenin açıklanması hakkının amacını aşarak kamuoyunu

⁵⁶⁹ Tarman, **Roma II**, s. 206.

⁵⁷⁰ Tarman, **Roma II**, s. 206.

⁵⁷¹ Örneğin çevresel zararların imalatçının hatası nedeniyle ortaya çıkması nedeniyle Tüzük m. 5 veya m. 7'den hangisinin uygulanacağı konusunda boşluk bulunduğu ifade edilmiştir (Tarman, **Roma II**, s. 206).

⁵⁷² Tarman, **Roma II**, s. 206-207. Bu nedenle tarafların mutlak meskenlerinin ortak olması hâlinde de bu yer hukuku uygulama alanı bulamayacaktır. Yazar, şu örneği vermiştir: “*Alman turist A'nın, İspanya'daki tatili sırasında Alman bir şirketin Akdeniz'de bıraktığı zehirli atıklar yüzünden zarara uğraması durumunda Roma II Tüzüğü'ne göre olaya uygulanacak hukuk İspanyol hukuku olacaktır. Çevre zararları konusunda istisna hükmüne yer verilmemiştir. Tüzük m. 7, m. 4'te düzenlenmiş olan daha sıkı irtibatlı hukuk istisnasına gönderme yapmadığından çevre zararlarında daha sıkı irtibatlı bir hukuk uygulanamayacaktır.*”

⁵⁷³ Mukayeseli hukukta konuya yaklaşım için bkz. Sibel Özel, **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, 2004, s. 102 vd.

⁵⁷⁴ Sibel Özel, **Kişilik Hakları ve İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu (“Sorumluluk”)**, Avrupa’da Devletler Özel Hukuk ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, 2010, Legal Yayınevi, s. 224.

aydınlatmanın ötesine geçmesi hâlinde kişilik haklarının korunması, basın ve ifade özgürlüğü yararından üstün tutulmaktadır⁵⁷⁵.

Mülga MÖHUK döneminde bu uyuşmazlıklar klasik haksız fiile ilişkin madde hükmü ile çözülmekteydi. Ancak bu maddenin uygulama bakımından yetersizliği yeni bir düzenleme ihtiyacını ortaya çıkarmış ve bu husus ayrı bir madde altında MÖHUK m. 35 ile düzenlenmiştir⁵⁷⁶. MÖHUK m. 35'e göre kişilik haklarının, basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlâlinden doğan taleplere, zarar görenin seçimine göre; zararın bu ülkede meydana geleceğini zarar veren bilecek durumda ise zarar görenin mutat meskeni hukuku; zarar verenin işyeri veya mutat meskeninin bulunduğu ülke hukuku; zararın bu ülkede meydana geleceğini zarar veren bilecek durumda ise zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır.

Kural olarak kişilik haklarının ihlâli hâlinde de haksız fiile ilişkin MÖHUK m. 34 uygulanacaktır. Ancak kişilik haklarının ihlâlinin basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla ya da internet veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlâli hâlleri ve kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması yolu ile ihlâl edilmesi hâline ilişkin olarak kanun koyucu farklı bir bağlama kuralı öngörmüştür. Zira bu şekilde gerçekleştirilen kişilik hakları ihlâli hâllerinde uygulanacak hukuku tespit etmek her zaman kolay olmadığı gibi ortaya çıkan zararın çoğu zaman manevi zarar olduğu ve birden fazla devlette meydana geldiği de göz önüne alındığında, uygulanacak hukuku tespit etmek daha da zorlaşmaktadır⁵⁷⁷.

Maddede yer alan ihlâlin gerçekleşmesi için ihlâlin kamuya açık bir ortamda gerçekleşmesi, başka bir deyişle sayısı belirsiz kişilere ulaşmış olması gerekmektedir. Kamuya açık olmayan şekilde gerçekleşen, örneğin internet üzerinden gönderilmiş

⁵⁷⁵ Çelikel / Erdem, s. 425.

⁵⁷⁶ Madde başlığı "Kişilik haklarının ihlâlinde sorumluluk" tur. Madde başlığından, her türlü kişilik hakları ihlâlinin ilgili maddede düzenlendiği izlenimi doğduğu ve bu nedenle yanıltıcı olduğu doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir (Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 307). Madde metninde sayılan basın unsurları ve kitle iletişim araçları örnekleme yolu ile ifade edilmiştir. Diğer bir deyişle, kanun metninde doğrudan yer almasa da teknolojik gelişmelere paralel olarak ileride ortaya çıkabilecek farklı iletişim araçları veya basın unsurları için de MÖHUK m. 35 hükmü uygulanacaktır (Doğan, s. 410).

⁵⁷⁷ Çelikel / Erdem, s. 425.

olsa da kamuya açık olmayan bir e-posta ile gerçekleşen kişilik hakkının ihlâlinde MÖHUK m. 35 değil, m. 34 hükmü uygulanacaktır⁵⁷⁸.

MÖHUK m. 35 / f. 1 / b. (a) hükmü ile zarar görene, kendi mutat mesken hukukunu seçmesi imkânı tanınmıştır. Böylelikle zarar gören, en iyi bildiği ve uygulanmasını isteyeceği varsayılan hukuku tek taraflı olarak seçebilir. Bu durumda zarar verenin bu seçime rıza gösterip göstermemesi sonucu değiştirmeyecektir. Zararın meydana geldiği yerin tespit edilebilmesi için kişilik hakkını ihlâl eden açıklamanın okunduğu, izlendiği ve aynı zamanda kişinin sosyal bağlantılarını olduğu yerin tespiti gerekmektedir⁵⁷⁹. Kişinin sosyal bağlantılarının en fazla olduğu devlet onun mutat meskeni, ya da farklı bir yer olması hâlinde işyerinin bulunduğu devlettir⁵⁸⁰.

Kanun tarafından menfaat dengesi gözetilerek salt zarar gören lehine düzenlemeler yapılmamış, bazı hukuk sistemlerinin seçilebilmesi için zarar verene öngörebilme şartı getirilmiştir. Buna göre zarar veren, zararın bu devlette meydana geleceğini bilebilecek durumda olmalı ve zarar da bu devlette gerçekleşmelidir⁵⁸¹. Doktrinde, basımı yapılan bir derginin dağıtımının yapıldığı devletlerde zararın meydana geleceğinin, zarar veren tarafından bilineceği ifade edilmiştir⁵⁸². Yine internet yoluyla yapılan ihlâllerde ihlâlün tüm dünya çapında gerçekleşeceğini zarar verenin bildiği kabul edilebilir⁵⁸³. Ancak tüm bu hâllerde kişinin bu devletlerde tanınıp tanınmadığına dikkat edilmelidir. Zira kişinin tanınmadığı bir devlette zararın gerçekleşmeside mümkün değildir. Doktrinde, belirli bir kişiyi hedef alan kişilik hakları ihlâllerinde zarar verenin, zarar görenin mutat meskenini bildiğinin kabul

⁵⁷⁸ Nomer, s. 363; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 308; Özel, **Sorumluluk**, s. 225; Can / Toker, s. 305.

⁵⁷⁹ Özel, **Sorumluluk**, s. 226. Birden fazla yerde zararın meydana gelmesi hâlinde hangi ülke hukukunun uygulanacağına ilişkin teoriler için bkz. Tekinalp / Uyanık, s. 365; Aybay / Dardağan, s. 280; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkileri**, s. 19, dn. 63.

⁵⁸⁰ Özel, **Sorumluluk**, s. 226.

⁵⁸¹ “Örneğin Almanya’da doğan ve orada yaşayan Bay T, yaz mevsimlerinde Türkiye’de büyükanne ve dedesinde kalmaktadır. Bay T, üniversite tahsili için İngiltere’ye gitmiştir. Orada, kendisinden hoşlanmayan İngiliz vatandaşı I, kişisel web sayfasından Bay T’nin El-Kaide ile bağlantısı olduğunu, cihat çağrılarını yaptığını ve eylem içinde olduğunu yazarsa, Bay T’nin kişilik hakları kendisinin tanındığı ve bu siteye erişimin sağlandığı her yerde ihlâl edilmiştir. İngiltere zarar yeridir, çünkü orada okula gitmektedir. Türkiye zarar yeridir, çünkü Türkiye’de tanınmaktadır. Almanya zarar yeridir, çünkü mutat meskeni orasıdır. Dolayısıyla Bay T, mutat meskeni olan Alman hukukunu veya zarar yeri olan İngiltere veya Türk hukukunu seçebilir.” (Özel, **Sorumluluk**, s. 227).

⁵⁸² Tekinalp / Uyanık, s. 364-365.

⁵⁸³ İnternet erişimi mümkün olsa bile kişi erişimin olduğu yerde tanınmıyorsa, erişimin olduğu yer hukukunu yine seçemeyecektir. Zira kişi bakımından burada bir zarar oluşmamıştır (Özel, **Sorumluluk**, s. 227).

edilerek zarar görenin talebine göre mutata mesken hukukunun uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁸⁴.

Doktrinde, MÖHUK m. 35 / f. 1 düzenlemesi (a) bendi ile (c) bendinin tekrar niteliğinde olduğu yönünde haklı olarak eleştirilmiştir⁵⁸⁵. Şöyle ki; (a) bendinde zarar görenin mutata mesken hukukunun uygulanabilmesi için zararın da bu ülkede meydana gelmesi şartı mevcuttur. Zira maddeden de anlaşılacağı üzere zarar verenin, zarar görenin mutata mesken ülkesinde zararın gerçekleşeceğini bilmesi gerekmektedir. Hâl böyle olunca zarar görenin mutata mesken ülkesinin zararın da meydana geldiği ülke olması gerekmektedir. Ancak zararın meydana geldiği ülke hukukuna ilişkin bağlama kuralı (c) bendinde düzenlenmiştir. Bu nedenle (c) bendi, (a) bendini de kapsamaktadır. (a) bendi düzenlemesi kanunda bulunmamış olsa dahi zarar gören, zararın meydana gelmesi şartı ile -ki bu şart (a) bendinde de öngörülmüştür- kendi mutata mesken ülkesinin hukukunu seçebilecektir.

Zarar gören, hiçbir ön şarta bağlı olmaksızın zarar verenin işyeri hukukunun uyuşmazlığa uygulanmasını talep edebilir. MÖHUK m. 35 / f. 1 / b. (b) hükmüne zarar görenin bu talepte bulunabilmesi için zarar verenin bilecek durumda olması ya da zararın bu ülkede meydana gelmiş olması şartları aranmamaktadır. Zarar, bu ülkede meydana gelmemiş olsa da, örneğin basılmış olan gazete bu ülkede satılmamakta ya da yayın bu ülkede yapılmamakta olsa da zarar gören, bu ülke hukukunun uygulanmasını talep edebilir. Zarar verenin birden fazla işyerinin olması hâlinde herhangi bir işyerinin olduğu yer değil, haksız fiil ile bağlantılı olan işyerinin bulunduğu yer hukukunun uygulanması gerekir⁵⁸⁶.

MÖHUK m. 35 / f. 3 uyarınca kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması yolu ile kişiliğin ihlâl edilmesi hâllerinde de m. 35 / f. 1 hükümleri doğrultusunda zarar görenin seçtiği hukuk uyuşmazlığa uygulanır. Kişisel veri tabiri ile kişiye özel bilgiler, başka bir ifadeyle kişinin adı, soyadı, vatandaşlık numarası, telefon numarası, fotoğrafı, parmak izi, ırkı

⁵⁸⁴ Nomer, s. 363-364; Doğan, s. 411.

⁵⁸⁵ Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 309.

⁵⁸⁶ Tekinalp / Uyanık, s. 365.

gibi kişiye özel veriler kastedilmiştir⁵⁸⁷. Kişisel verilen işlenmesi, diğer bir deyişle verilerin toplanması, kullanılması, elde edilmesi, düzenlenmesi, kaydedilmesi, paylaşılması, silinmesi, yok edilmesi, aktarılması, depolanması, değerlendirilmesi, açıklanması esnasında ortaya çıkabilecek kişilik ihlalleri ile kişinin bu tip verilere ulaşma hakkının kısıtlanması yoluyla ortaya çıkan kişilik hakları ihlallerine uygulanacak hukuk bu kapsamda belirlenecektir⁵⁸⁸.

MÖHUK m. 35 / f. 2 ile kişilik haklarının ihlâlinden doğan cevap hakkının, süreli yayınlarda, münhasıran baskının yapıldığı ya da programın yayınlandığı ülke hukukuna tabi olacağı düzenlenmiş olup bu hususta hukuk seçimi imkânı tanınmamıştır⁵⁸⁹.

b. İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu

Sanayileşmenin artması, imal edilen mamullerden dolayı meydana gelen zararları artırmış ve bu zararlardan dolayı imalatçının sorumluluğu meselesi gündeme gelmiştir. İmalatçının sözleşme dışı sorumluluğu, üretilen malın imal edildikten sonra başka bir ülkede ölüm, bedensel zarar ya da ürün dışındaki bir eşyada hasara sebebiyet vermesi hâlidir⁵⁹⁰. İmalatçı ile son kullanıcı arasında çoğu zaman sözleşmeden kaynaklanan bir ilişki olmaması sebebiyle son kullanıcı, imalatçıya karşı taleplerini haksız fiile ilişkin kurallara dayandırır. Milletlerarası ticaretin de gelişmesi ile birlikte imalatçının sözleşme dışı sorumluluğunun kanunlar ihtilâfı bakımından özel olarak düzenlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

İmalatçının sözleşme dışı sorumluluğu karmaşık bir yapıya sahip haksız fiil türüdür⁵⁹¹. Örneğin, Fransız menşeli bir şirket tarafından Belçika’da tasarlanıp

⁵⁸⁷ Burada verilen örnekler sınırlı değildir. Kişisel veri kavramı, kişinin sağlığına, cinsel tercihi, ailevi durumuna, politik görüşlerine, dinine ilişkin bilgiler gibi çok daha geniş çerçevede değerlendirilmelidir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Çelikel / Erdem, s. 427; Özel, **Sorumluluk**, s. 229.

⁵⁸⁸ Tekinalp / Uyanık, s. 365-366; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 309; Özel, **Sorumluluk**, s. 229.

⁵⁸⁹ Nomer, s. 364. Basım ve yayın yerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkileri**, s. 20.

⁵⁹⁰ Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 310; Özel, **Sorumluluk**, s. 219.

⁵⁹¹ Nomer, s. 365; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 138; Tarman, **Sorumluluk**, s. 27; Yasan, s. 235. İmalatçının sözleşme dışı sorumluluğu hakkında detaylı inceleme için bkz. Candan Yasan, **İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul: 2015; Zübeyde Meltem Üstün, **Türk ve Avrupa Birliği Tüketici Hukuku’nda İmalatçının Hukukî Sorumluluğu**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir: 2007; Sibel Özel, **Kişilik Hakları ve İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu (“Sorumluluk”)**, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un

Almanya’da üretilen ve İtalya’da satılan bir ürün nedeniyle Türkiye’de bir zarar meydana gelirse hangi hukukun uygulanacağı kolaylıkla tespit edilemeyecektir⁵⁹². Ayıbın imalattan kaynaklanması hâli ile tasarımdan kaynaklanması hâli arasında da uygulanacak hukuk bakımından farklılıklar ortaya çıkacaktır. Mülga MÖHUK düzenlemesinde bu hâle ilişkin özel bir düzenleme getirilmediği için klasik haksız fiil bağlama kuralı ile uyuşmalığa uygulanacak hukuk belirlenmiştir. Ancak bu maddenin imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu gibi son kullanıcının korunması gereken özel hâllerde yetersiz kaldığı görülmüştür ve ayrı olarak düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵⁹³. Kanun koyucu, haksız fiilin özel bir türü olan imalatçının sözleşme dışı sorumluluğunun genel haksız fiil kuralının yetersiz kalması nedeniyle ayrı bir madde ile düzenlemiştir⁵⁹⁴.

İmalatçının sözleşme dışı sorumluluğu, MÖHUK m. 36 ile tek fıkra hâlinde düzenlenmiştir⁵⁹⁵. Buna göre imal edilen şeylerin sebep olduğu zarardan doğan sorumluluğa zarar görenin seçimine göre; zarar verenin mutaat meskeni veya işyeri hukuku ya da imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuku uygulanır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere zarar görene tek taraflı ve belirli ülkeler ile sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Zarar verenin, çoğu zaman daha sınırlı bir sorumluluğa sahip olacağı üretim yapılan ülke hukukunun münhasıran uygulanması yerine zarar görene tek taraflı bir hukuk seçimi imkânı öngörülmüştür. MÖHUK m. 36’da dikkat edilmesi gereken husus, imalatçının mutaat meskeni ya da işyeri hukukunun uygulama alanı bulmasıdır. Böylelikle imalatçılar, kendileri açısından daha sınırlı sorumluluk düzenleyen bir ülkede üretim yaparak daha sınırlı bir sorumluluktan

Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, 2010, Legal Yayınevi, s. 219-229; Zeynep Derya Tarman, **Devletler Özel Hukuku Bakımından İmalatçının Sorumluluğu (“Sorumluluk”)**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 73, 2007, s. 25-45.

⁵⁹² Özel, **Sorumluluk**, s. 220.

⁵⁹³ Çelikel / Erdem, s. 432-433; Tarman, **Sorumluluk**, s. 27; Yasan, s. 162. Tarman, özellikle AB ile uyum sürecinde bu yönde bir mevzuat yapılması gerektiğini ifade etmiştir.

⁵⁹⁴ Zarar gören bakımından tanınan tek taraflı hukuk seçimi imkânı ile imalatçının sorumluluğu oldukça geniş bir alana yayılmış, böylelikle imalatçının özen ve dikkat gösterme yükümlülüğü de artmıştır (Öztekin Gelgel, s. 294).

⁵⁹⁵ MÖHUK düzenlemesi, yalnızca imal edilen şeylerden bahsettiği için de eleştiriye uğramıştır. Doktrinde de belirtildiği üzere son yıllarda bu konudaki yaklaşım, imal edilen şey kavramının en geniş şekilde yorumlanmasıdır (Tanrıbilir, **Roma II**, s. 136). Hatta son yıllarda tarım ürünlerinin dahi bu kapsamda değerlendirildiği ifade edilmiştir.

faaydalanamayacaklardır⁵⁹⁶. Yine sınırlı bir sorumluluk düzenleyen ÷lkede satılan ürün bakımından da aynı husus geçerlidir⁵⁹⁷.

Taraflar arasında dengenin sağlanması amacıyla zarar görene, sınırlı ve tek taraflı hukuk seçimi hakkı tanınmıştır⁵⁹⁸. Burada lehe olan hukuk ya da etki bakımından bir sınırlama söz konusu değildir ve zarar gören, kendisine seçmesi için imkân tanınan üç hukuktan birini seçecektir⁵⁹⁹. Ancak burada zarar gören, seçeceği hukuku araştırmak zorunda kalacaktır⁶⁰⁰. Aksi hâlde, seçmiş olduğu bir hukuk bir diğere hukuka göre daha az koruma sağlayabilecek ve bu durum da zarar gören bakımından hak kayıplarına sebebiyet verebilecektir. Bu araştırma külfeti de zarar gören için ilave maliyetler ortaya çıkaracaktır⁶⁰¹.

Zarar gören ile zarar veren arasında dengenin sağlanması amacıyla zarar görenin imal edilen mamulün iktisap edildiğı ÷lke hukukunun uygulanması için zarar verenin, mamulün o ÷lkeye rızası dışında sokulduğunu ispat edememiş olması gerekir. Diğere bir deyişle zarar veren, mamulün, o ÷lkeye rızası dışında sokulduğunu ispat ederek

⁵⁹⁶ Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, 311; Özel, **Sorumluluk**, s. 223.

⁵⁹⁷ Özel, **Sorumluluk**, s. 223.

⁵⁹⁸ Özel, **Sorumluluk**, s. 222; Öztekin Gelgel, s. 125; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 136; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkileri**, s. 22; Yasan, s. 166. Doktrinde Tanrıbilir, hukuk kurallarının denge sağlamak amacı ile düzenlenemeyeceğini, ÷lkenin toplumsal ve ekonomik durumunun göz önüne alınması gerektiğini ifade etmiştir (Tanrıbilir, **Roma II**, s. 137). “Öte yandan Türkiye, her ne kadar ihracatını arttırmaya çalışsan bir ÷lke olsa da, ekonomisinde ithalat miktarı ihracattan daha fazladır. Başka bir ifade ile Türkiye’de yaşayan insanlar her alanda yabancı mallarla ve dolayısıyla yabancı üretici ve aracı kurumlarla karşı karşıyadır. Oysa MÖHUK’nun ürün sorumluluğuna ilişkin hükmünün kaynağını teşkil eden kanun farklı yapıdaki bir devlete, İsviçre’ye aittir. İsviçre ÷lkemize göre küçük ve nüfusu az ama yaşam standartları yüksek bir devlettir; dış ticareti dengelidir. Bu nedenle de İsviçre kanun koyucusu kendi toplumuna ve ekonomisine uygun olan bağlama noktalarını tercih etmiş; sınırlı hukuk seçimini davalıya bağlı unsurlara dayandırmıştır. Roma II Tüzüğü’nü kabul eden Avrupa Birliğine üye devletlerde de bu farklılık dikkati çekmektedir. Avrupa Birliğine üye devletlerin ekonomileri de büyük ölçüde ihracata dayanmaktadır. Tüketici hakları ve hak arama bilinci üst seviyededir. Ayrıca Avrupa Birliği içerisinde ilgililerin diğere hukuk düzenleri hakkında bilgiye kolaylıkla ulaşabilme olanakları mevcuttur. Bu koşullara rağmen, Avrupa Birliğinde bu konuda hiçbir boşluğa yer bırakmayacak bir düzenleme kabul edilmiştir. Belirtilen nedenlerden dolayı İsviçre toplumuna uygun olan kurallar Türkiye için değildir. Kanaatimizce MÖHUK m. 36’da yer alan bağlama kuralının basamaklı olarak tanzim edilmesi ve genel hükümle bağlantısının sağlanması yerinde olacaktır. Bu suretle genel kuralda yer alan istisna bağlama kuralının tatbiki mümkün hâle gelecektir. Her şeyden önce ayıplı bir üründen zarar gören kişilerin hak arama yoluna başvurmaları, davalı durumunda olan kişilerin de daha dikkatli olmaları ve kaliteli malları piyasaya sürmeleri teşvik edilmiş olacaktır. Dolayısıyla hukuk düzeninde daha etkili uygulanan hukuk kuralları getirilmiş, öngörülebilirlik ve hukukî kesinlik temin edilmiş olacaktır.” (Tanrıbilir, **Roma II**, s. 137-138).

⁵⁹⁹ Tanrıbilir, **Roma II**, s. 136; Özel, **Sorumluluk**, s. 223.

⁶⁰⁰ Yasan, s. 163 vd.

⁶⁰¹ Tanrıbilir, **Roma II**, s. 137; Yasan, s. 164. Tanrıbilir, bu düzenlemenin hükmün tatbik kabiliyetini etkileyeceğini ileri sürmüştür. Yasan ise avukat ile temsil zorunluluğu olmayan ÷lkemizde, avukat ile temsil edilmeyen zarar görenin bu hukuku belirlemesinin oldukça güç olacağını belirtmiştir.

zarar görenin hukuk seçimini sınırlayabilir⁶⁰². Bu hâlde zarar gören, yalnızca zarar verenin işyeri ya da mutat mesken hukukundan birini seçebilecektir. Örneğin, Türkiye’de üretim yapan Türk şirketi, sadece Almanya’ya ihracat yapmasına rağmen mamulün Almanya’dan veya Türkiye’den rızası dışında üçüncü bir ülkeye gönderilmesi ve zarar görenin de mamulü burada iktisap etmesi hâlinde, mamulün üçüncü ülkeye rızası dışında gönderildiğini ispat ederek bu ülke hukukun uygulanmasını engelleyebilir.

MÖHUK tarafından öngörülen düzenleme ile imalatçının işyeri veya mutat meskeni önem kazanmaktadır. Ancak imalatçının mutat meskeni ya da işyeri, ihlâl ile hiçbir şekilde bağlantısı olmayan bir ülke olabilir. MÖHUK tarafından daha sıkı ilişkili hukuk ya da farklı şekilde bir istisna kuralı getirilmediği için bu durumda ihlâl ile bağlantısı olmayan bu hukukun uygulanması gerekecektir⁶⁰³. Ayrıca ilgili maddede zarar görenin mutat meskenine hiçbir şekilde uygulama alanı tanınmamıştır ve düzenlemeye bu bakımından eleştiriler getirilmiştir⁶⁰⁴.

Doktrinde zarar verenin, kendi dağıtım zincirinde olanlardan ve kendi dağıtım zincirinde olmasa bile bildiği veya bilebilecek durumda olduğu hususlardan sorumlu tutulduğu ifade edilmiştir⁶⁰⁵. Yine milletlerarası ticaret yapan imalatçılar da zarar görene geniş bir seçim hakkı tanınmasını, sadece üretim yaptığı ülkede satış yapan imalatçılara göre daha dezavantajlı hâle getirdiği için eleştirmektedirler⁶⁰⁶. Zarar verenin birden fazla işyeri varsa süreç ile ilgili esaslı işin yürütüldüğü yer hukuku dikkate alınmalıdır⁶⁰⁷.

Roma II Tüzüğü tarafından imalatçının sorumluluğu Tüzük m. 5 ile düzenlenmiş olup Türk hukukunun aksine maddede zarar görene tek taraflı bir hukuk seçimi imkânı tanınmamıştır. Tüzük’te, imalatçının sorumluluğuna ilişkin olarak kademeli bir kural

⁶⁰² Nomer, s. 362; Tekinalp / Uyanık, s. 366; Çelikel / Erdem, s. 433; Doğan, s. 412-413; Aybay / Dardağan, s. 282; Can / Toker, s. 307; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 136; Öztekin Gelgel, s. 293. Ancak bu durum imalatçı bakımından ispatı oldukça zor olduğundan istisnai bir hüküm olarak uygulanacaktır (Öztekin Gelgel, s. 295).

⁶⁰³ Özel, **Sorumluluk**, s. 224.

⁶⁰⁴ Yasan, s. 230.

⁶⁰⁵ Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkileri**, s. 22.

⁶⁰⁶ Tarman, **Sorumluluk**, s. 43.

⁶⁰⁷ Yasan, s. 184.

öngörülmüştür ve sıkı ilişkili hukuk kuralı getirilmiştir⁶⁰⁸. Ancak sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk seçimine ilişkin genel kural olan Tüzük m. 14 uyarınca taraflarca ihlâlin meydana gelmesinden sonra hukuk seçimi yapılabilir⁶⁰⁹.

c. Tek Tarafın İradesi Şartına Bağlanan Hukuk Seçimi

Tek taraflı hukuk seçimine ilişkin olarak başlık altında bahsedilen ihtimaller, sözleşme dışı borç ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda zarar görenen tanınan bir seçim olarak öngörülmüştür. Ancak taraflar arasındaki sözleşmede, hukuk seçiminin tek tarafın iradesi ile ortaya çıkacağı da düzenlenebilir. Diğer bir deyişle, kanundan kaynaklanmasa da taraflar arasındaki ilişkide bu husus belirlenebilir. Bu husus, hukuk seçimini yapacak tarafa, önceden belirlenmiş belirli hukuklardan birini seçme hakkı tanıyabileceği gibi sınırlama olmaksızın bir hak tanınmış da olabilir.

Taraflarca bu yönde belirlenen bir hukuk seçimi, geciktirici şarta bağlı hukuk seçimidir. Bu durumda hukuk seçimi yapacak olan tarafın iradesi ortaya çıkmadığı sürece geçerli bir hukuk seçiminden bahsedilemeyecek, ancak irade ortaya çıktığı andan itibaren taraflar arasındaki ilişkiye seçilen hukuk uygulanacaktır. Doktrinde de bu yönde bir seçim kaydının sözleşmeye dâhil edilebileceği ifade edilmiştir⁶¹⁰. Ancak bu görüşün aksine tek tarafın iradesi şartına bağlanan hukuk seçiminin geçersiz olacağını ileri süren görüşler de mevcuttur. Bu görüşe göre tek taraflı bir irade beyanı ile kurulan şartlı hukuk seçimi geçersiz kabul edilmelidir. Şartlı hukuk seçimi, ancak objektif bir şarta bağlanması hâlinde geçerli olacaktır⁶¹¹. Taraflarca bu yönde yapılan

⁶⁰⁸ Doktrinde Tanrıbilir, Türk hukuku bakımından da benzer bir kuralın öngörülmesi gerektiği görüşündedir (Tanrıbilir, **Roma II**, s. 137). Yasan, Roma II Tüzüğü benzeri bir kural öngörülmesi hâlinde bu kurala yöneltilen eleştirilerin dikkate alınması sureti ile daha sade bir kuralın getirilmesi gerektiği görüşündedir (Yasan, s. 237).

⁶⁰⁹ Hukuk seçimi yapılmaması hâlinde uygulanacak hukukun belirsizliğine ilişkin MÖHUK'taki mevcut boşluk Tüzük'te bulunmamaktadır. Zira Tüzük, objektif bir bağlama kuralı öngörmüştür ve zarar görene tek taraflı bir hukuk seçimi imkânı tanımamıştır (Tanrıbilir, **Roma II**, s. 136).

⁶¹⁰ Demirkol, s. 188; Güner, s. 141. Yazarlar, tek tarafça yapılan bu hukuk seçiminin dürüstlük kuralına uygun olması gerektiğini ifade etmiştir. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Zira taraflar haklarını her zaman dürüstlük kuralına uygun olarak kullanmalıdırlar. Demirkol örnek olarak, sözleşmeyi geçersiz kılacak bir hukuk seçiminin dürüstlük kuralına aykırı olacağını belirtmiştir. Yine genel işlem şartlarında tek tarafın iradesine bırakılan bir hukuk seçimi kaydının da geçersiz olacağı kanaatindeyiz. Zira genel işlem şartlarında taraflardan birinin, bu hukuk seçimi kaydının sözleşmeye dâhil edilmesi konusunda bir iradesi bulunmamaktadır.

⁶¹¹ Clarkson / Hill, s. 218. Yazarlar bu görüşte olsalar da, Tüzük bakımından tek tarafın iradesine bağlanan bir şartlı hukuk seçiminin geçerli bir seçim olacağını da ifade etmişlerdir.

bir belirme, tarafların hukuk seçimini her zaman yapabilecekleri ilkesi ve geciktirici şartın özellikleri düşünüldüğünde mümkün olacaktır.

B. Hukuk Seçiminin Mümkün Olmadığı Hâller⁶¹²

Milletlerarası özel hukukta hukuk seçimi, tüm uyuşmazlıklar için tanınan bir hak olmayıp yalnızca bazı hukukî işlem ve ilişkiler bakımından mümkün olan bir serbestîdir. Örneğin taşınmazlara ilişkin ihtilâflar, kişiler hukukuna ilişkin ihtilâflar gibi hâllerde MÖHUK tarafından hukuk seçimi yapılmasına imkân tanınmamıştır. Hukuk seçiminin mümkün olmadığı hâller *lex fori*'ye göre belirlenecektir. Zira *lex fori* tarafından kabul edilmeyen bir hukuk seçiminin hüküm ve sonuç doğurması da mümkün değildir. Bu nedenle çalışmamızın bu bölümünde daha çok Türk hukukundan hareketle inceleme yapılacaktır. Zira hukuk seçiminin mümkün olmadığı hâller hukuk sistemleri açısından farklılık göstermekle birlikte MÖHUK tarafından imkân tanınmayan hâller karşılaştırmalı hukukta da genel olarak hukuk seçimi imkânı tanınmayan hâllerdir.

Roma I Tüzüğü'nde hukuk seçimine imkân tanınmayan hâller açık olarak düzenlenmiştir. Tüzük m. 1 / f. 1 / c. 2 uyarınca Tüzük; vergi, gümrük ve idari işlemlere uygulanmayacaktır. Aynı düzenleme Roma II Tüzüğü m. 1 / f. 1'de de mevcuttur. Yine Tüzük m. 1 / f. 3 uyarınca m. 18 hükmü saklı kalmak üzere delil ve usul işlemlerine de uygulanmayacaktır. Tüzük m. 1 / f. 2 uyarınca Tüzük'ün uygulama alanı bulmayacağı diğer hâller şunlardır: a) Kişilerin statüleri ve ehliyetleri (işlem güvenliği esasına ilişkin m. 13 saklı kalmak üzere), b) Nafaka dâhil olmak üzere aile ilişkilerinden doğan hak ve yükümlülükler, c) Evlilik mallarına ilişkin haklar, vasiyetnameler ve miras, d) Kıymetli evrak, e) Hakem veya yetkili mahkeme hakkındaki sözleşmeler, f) Ortaklıklara ve tescil edilerek veya diğer yollarla kurulmuş kurumlara ilişkin hukuka tabi sorunlar: ehliyet, iç organizasyon, ortaklıkların tasfiyesi, ortaklık, vakıf ve tüzel kişilerin borçlarından işletmecinin ve organların kişisel sorumlulukları, g) Bir temsilcinin, temsil olunanla veya bir organın, ortaklık veya tüzel kişilik kazanmış veya kazanmamış kurumla üçüncü kişi arasında bağlayıcı ilişki kurup kuramayacağı, h) Trust kurumu, kurucu, idareci ve faydalanan kişiler arasındaki

⁶¹² Buradaki sınırlama hâlleri Türk hukuku göz önüne alınarak bu başlık altında toplanmıştır. Ancak her bir başlık altında konuya ilişkin farklı yaklaşımlardan da bahsedilecek ve varsa hukuk seçimine imkân tanıyan karşılaştırmalı hukuk hükümlerinden bahsedilecektir.

sözleşmeler, i) Sözleşme öncesi müzakerelerden doğan borçlara (*culpa in contrahendo*), j) 2002/83/EC numaralı Avrupa direktifi m. 2’de belirtilen taahhütler hariç olmak üzere hayat sigortalarına ilişkin çeşitli sigorta sözleşmeleri⁶¹³.

1. Taşınmazlara İlişkin Sözleşmeler

Taşınmazlara ilişkin olarak yapılacak sözleşmeler, Türk hukuku bakımından hukuk seçimi yapılamayacak sözleşmelerdendir. MÖHUK m. 25 ile taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin taşınmazın bulunduğu yer hukukuna, diğer bir ifadeyle “*lex rei sitae*”ye tabi olduğu belirtilmiş ve bu kapsamdaki sözleşmeler bakımından hukuk seçimi yapabilme imkânı taraflara tanınmamıştır⁶¹⁴. Taşınmazlar bakımından getirilen bu sınırlama, yalnızca aynî sözleşmelere ilişkin değildir. Burada getirilen sınırlama, taşınmazın aynına ilişkin olmayan sözleşmeler bakımından da geçerli olup taşınmazın kiralanmasına gibi nispi sözleşmeleri de kapsamaktadır⁶¹⁵. Taşınmazlar bakımından *lex rei sitae* kuralına sıkı bağlılığın sebebi olarak Türk hukukunda taşınmazların mülkiyetinin sebebe bağlı olması ve taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin tapu memuru önünde resmi şekilde yapılması gerekçe gösterilmiştir⁶¹⁶. Yine devletlerin egemenlik hakkı ve kamu menfaati de sebepler arasındadır⁶¹⁷.

Taşınmazlara ilişkin bu sınırlama doktrinde eleştirilmiştir. Bu görüşe göre böyle bir sınırlama her zaman taraf menfaatini sağlamayabilir⁶¹⁸. Örneğin bir Türk vatandaşının başka bir Türk vatandaşına İspanya’daki taşınmazını kiralaması, kira sözleşmesinin Türkçe yapılması ve bedelin de Türk Lirası olarak ödenmesi kararlaştırılmış olsa dahi, ileride meydana gelen bir uyumsuzluk sonucunda Türk

⁶¹³ Özkan / Süral / Tütüncübaşı, s. 377; Tarman, **Roma I**, s. 306-307.

⁶¹⁴ Nomer, s. 316; Tekinalp / Uyanık, s. 303; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 281; Kazım Çınar, **Milletlerarası Özel Hukukta Taşınmazlara İlişkin Sözleşmeler**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2016. s. 79; Ekin Ömeroğlu, **Taşınmazların Kiralanmasına İlişkin Sözleşmelerin Uygulanacak Hukuk, Milletlerarası Yetki ve Milletlerarası Tahkim Bakımından Türk Hukukundaki Yeri**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 127, 2016, s. 377. Taşınmaz inşaat sözleşmeleri nisbi sözleşmeler olduğu için taşınmazlara uygulanacak hukuktan bağımsız olarak hukuk seçimi yapılabilecek sözleşmelerdir (Nomer, s. 316; Akıncı, s. 81; Çınar, s. 139). Zira inşaat sözleşmeleri esas olarak bir tür eser sözleşmesi olup sözleşme konusu borç doğrudan bir aynî hakkın tesisine yönelik değildir.

⁶¹⁵ Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 155.

⁶¹⁶ Tekinalp / Uyanık, s. 303.

⁶¹⁷ Çınar, s. 79.

⁶¹⁸ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 281; Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 155-156; Çınar, s. 81; Ömeroğlu, s. 378. Çınar, hukuk seçimi imkânı tanınsa da kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar vasıtası ile özellikle tescil için gerekli şekil şartları veya resmi bildirimin yayınlanması gibi şekilsel zorunlulukların seçilen hukukun uygulama alanını epey daraltacağını ifade etmiştir.

mahkemelerinde açılmış olan bir davada, bu sınırlama nedeniyle hukuk seçimine imkân tanınmayacak ve taşınmazın bulunduğu yer hukuku olan İspanyol hukuku uyuşmazlığa uygulanacaktır. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Zira aynı haklara ilişkin olarak hukuk seçimine imkân tanınmasa da borçlandırııcı sözleşmeler bakımından hukuk seçimi imkânı taraflara tanınabilir. Böylelikle, yukarıda verilen örneğe benzer hâllerde taraf menfaati de sağlanmış olacaktır. Borçlandırııcı işlemlere ilişkin olarak objektif bağlama kuralı da korunarak tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde yine taşınmazın bulunduğu yer hukuku (*lex rei sitae*) uyuşmazlığa uygulanabilecektir. Taşınmazlara ve taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmeler denildiği zaman bunun kapsamının çok geniş olmasından dolayı birçok sözleşme üzerinde hukuk seçimi engellenmiş olmaktadır⁶¹⁹.

Türk hukukunda her ne kadar taşınmazlara ilişkin sözleşmeler bakımından hukuk seçimine imkân tanınmamış olsa da karşılaştırmalı hukukta taşınmazlar bakımından hukuk seçimine imkân tanıyan hukuk sistemleri mevcuttur. Bu husustaki ilk örnek Roma I Tüzüğü'dür. Roma I Tüzüğü m. 4 / f. 1 / b. (c) - (d) uyarınca taşınmazlara ilişkin hem aynı sözleşmeler hem de borçlandırııcı sözleşmeler tarafların seçecekleri hukuka tabi kılınmıştır. Tüzük bakımından *lex rei sitae* kuralına bağlı kalınmamış ve taraf iradelerine öncelik tanınarak hukuk seçimine önem verilmiştir. Bu durumda *lex rei sitae* kuralı ancak bir hukuk seçiminin bulunmadığı hâllerde objektif bağlama kuralı olarak uygulanmaktadır. Yine İsviçre hukukunda da IPRG m. 119 / f. 2 düzenlemesi ile taşınmazlara ilişkin borçlandırııcı sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklarda taraflara hukuk seçimi yapma olanağı tanınmıştır⁶²⁰.

Evlilik mallarında hukuk seçiminin istisnası, taşınmaz malların tasfiyesine ilişkin MÖHUK m. 15 / f. 2'de görülmektedir. Bu düzenlemeye göre evlilik mallarının tasfiyesinde, taşınmazlar için bulundukları ülke hukuku uygulanır⁶²¹.

⁶¹⁹ Ömeroğlu, s. 378

⁶²⁰ Tarman, **Akdi Borç İlişkileri**, s. 156, dn. 53; Ömeroğlu, s. 378.

⁶²¹ Nomer, s. 265; Tekinalp / Uyanık, s. 161-162; Can / Toker, s. 186; Akıncı / Demir Gökyayla, s. 76. Tekinalp / Uyanık, bu hususun evlilik mallarına ilişkin statüde birlik esasını bozmadığını, yalnızca tasfiye hâlinde taşınmazların bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasının gerektiğini ifade etmişlerdir. Nomer ise bu durumda, tasfiye sırasında taşınmazların farklı hukukî rejimlere tabi olabileceğini belirtmiştir.

2. Aile ve Miras Hukukuna İlişkin Hâller

Aile ve miras hukukuna ilişkin bağlama kurallarında irade muhtariyeti prensibine genel olarak yer verilmediği görülmektedir. Bu alanların kamusal niteliği ve bireylerin serbestçe tasarruf edememeleri gerekçe gösterilerek hukuk seçimi ya sınırlanmış ya da tamamen reddedilmiştir. Son dönemde yaşanan gelişmeler bu alanlarda da hukuk seçimine imkân tanınması gerektiği yönündedir⁶²².

MÖHUK tarafından aile hukuku ve miras hukuku alanlarında hukuk seçimine kural olarak imkân tanınmamıştır. MÖHUK incelendiğinde, evlilik mallarına ilişkin olarak eşlere tanınan hukuk seçimi imkânı dışında tarafların, aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku belirlemeleri mümkün değildir⁶²³. Tarafların, boşanma davası sırasında Türk hukukunun uygulanması yönünde yaptıkları hukuk seçimi de yerel mahkeme tarafından geçersiz kabul edilmiş ve mahkeme, tarafların vatandaşları oldukları İran İslam Cumhuriyeti kanunlarının somut olaya uygulanması gerektiğine karar vermiştir⁶²⁴.

MÖHUK m. 15 düzenlemesinde mal rejimlerine ilişkin olarak da eşler belirli hukuk sistemleri ile sınırlandırılmışlardır. Bu hukuk sistemleri, evlenme anındaki mutat mesken hukuku veya millî hukuklarıdır. Yine MÖHUK m. 15 / f. 3'e göre evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, bu yeni hukuka tâbi olabilirler. Doktrinde bu maddenin eşlere yeni bir hukuk seçimi imkânı tanıdığı ileri sürülmüştür⁶²⁵. Bu durumda evlenmeden sonra eşlerin yeni bir müşterek milli hukuka veya yerleşim yeri hukukuna veya müşterek mutat mesken hukukuna sahip olmaları hâlinde, eşler bu yeni müşterek hukukun uygulanmasını talep edebileceklerdir. Bu hukuk sistemleri dışında bir hukuk seçilmesi hâlinde bu, teknik anlamda geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul edilmeyecektir. IPRG m. 52 uyarınca İsviçre hukukunda evlilik mallarına ilişkin olarak eşlere benzer şekilde hukuk seçimi imkânı tanınmıştır.

⁶²² Bayata Canyaş, **Boşanma**, s. 8.

⁶²³ Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkileri**, s. 7; Bayata Canyaş, **Boşanma**, s. 17.

⁶²⁴ İstanbul 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, 27.02.1985 T., 1985 / 101 E., 1985 / 58 K. (Nomer / Çelikel / Giray / Esen, s. 458).

⁶²⁵ Şensöz, s. 181.

Doktrinde, MÖHUK m. 24 kapsamında ifade edilen “sözleşme” kavramının, borçlar hukuku ve ticaret hukuku alanındaki sözleşmeler olarak dar yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir⁶²⁶. Örneğin, miras sözleşmeleri mirasa ilişkin kanunlar ihtilâfi kurallarına tabi iken evlilik mallarına dair mal rejimlerine ilişkin sözleşmeler de MÖHUK m. 15’e tabidir⁶²⁷. Bu tip sözleşmelerin MÖHUK m. 24 kapsamında değerlendirilmesi ve bu maddede belirlenen kanunlar ihtilâfi kuralları uyarınca çözüme kavuşturulması mümkün değildir.

Türk hukukundan farklı olarak milletlerarası özel hukukta pek karşılaşılmayan şekilde, Roma III Tüzüğü m. 5 uyarınca boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukukta hukuk seçimine imkân tanınmıştır⁶²⁸. Eşlere tanınan hukuk seçimi belirli hukuk sistemleri ve şekil şartları ile sınırlanmıştır. Bu kapsamda eşler, hukuk seçimi sırasındaki müşterek mutat meskenin bulunduğu yer hukukunu veya eşlerden birinin hâlen orada yerleşik bulunması şartıyla, son müşterek mutat meskenin bulunduğu yer hukukunu veya taraflardan birinin milli hukukunu veya mahkemenin hukukunu seçebilirler⁶²⁹. Tüzük m. 7 uyarınca hukuk seçiminin yazılı olarak, tarih belirtmek suretiyle ve eşlerin imzalaması ile yapılması gerekmektedir.

3. Sözleşme Dışı Borç İlişkilerinde Bazı Hâller

Haksız fiilin hukuk seçimine imkân tanınmayan hâllerinden biri haksız rekabete ilişkin uyuşmazlıklardır. Haksız rekabet, haksız fiilin özel bir türü olup niteliği ve ihtiyaç gereği MÖHUK m. 37 ile ayrı bir maddede düzenlenerek genel haksız fiil bağlama kuralı olan MÖHUK m. 34’e istisna olarak getirilmiştir. Haksız rekabete ilişkin MÖHUK m. 37’de taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmamıştır. Zira haksız rekabet hâli ile belirli bir kişinin değil, bütün piyasanın korunmasının amaçlandığı ifade edilmiştir⁶³⁰. Hukuk seçimi imkânı tanınması hâlinde, etkilenen piyasa

⁶²⁶ Ekşi, **Ticaret**, s. 32; Bayata Canyaş, s. 46, dn. 134.

⁶²⁷ Bayata Canyaş, s. 46.

⁶²⁸ Özkan / Süral / Tütüncübaşı, s. 441; Bayata Canyaş, **Boşanma**, s. 11; Bayraktaroğlu Özçelik, s. 524. “Tüzüğün dibacesinde seçilen hukukun Kurucu Antlaşmalar ile AB Temel Haklar Şartında yer alan temel haklara uygun olması; 10. maddesinde, Tüzük hükümleri uyarınca uygulanacak hukuk olarak tespit edilen hukukun boşanmayı düzenlememesi ya da boşanma veya ayrılık davası açmak bakımından eşler arasında cinsiyete dayalı ayrımcılık yapması durumunda hâkimin hukukunun uygulanması gerektiği ile 12. maddesinde kamu düzeni müdahalesine ilişkin hükümler kabul edilmiştir.” (Bayraktaroğlu Özçelik, s. 525).

⁶²⁹ Özkan / Süral / Tütüncübaşı, s. 442; Rühl, **Protection**, s. 350.

⁶³⁰ Sariöz, s. 184-185; Zang, **Rome II**, s. 903.

hukukunun uygulanması ve piyasanın korunması bertaraf edilmiş olacaktır. Haksız rekabet hâlinde hukuk seçimine imkân tanınırsa aynı piyasada haksız rekabete ilişkin olarak benzer uyumsuzlıklara farklı hukuklar uygulanabilecek, bu da piyasası etkilenen ülke hukukundaki birliğin bozulmasına ve taraflar arasında adil olmayan sonuçlar meydana gelmesine sebep olacaktır.

Doktrinde, haksız rekabete ilişkin eylemlerin yalnızca belirli bir rakibe yönelik olması ve/veya belirli bir işletmenin ticari menfaatlerini zedelemesi hâlinde hukuk seçiminin söz konusu olup olmayacağı konusunun tartışılabileceği ifade edilmiştir⁶³¹. Bu durumda piyasanın korunması hâli söz konusu olmayacağı için hukuk seçimine imkân tanınabileceği ileri sürülmüştür⁶³².

Roma II Tüzüğü'nde haksız rekabete ilişkin düzenleme Tüzük m. 6'da yapılmıştır. Tüzük m. 6 / f. 4 uyarınca m. 6 ile belirlenen hukukun taraflarca hukuk seçimi ile değiştirilemeyeceği ifade edilmiştir⁶³³. Doktrinde, m. 6 / f. 2 bakımından genel kural olan m. 4'e atıf yapıldığı, bu nedenle burada belirli bir rakibin menfaatlerini etkileyen ihlâllerde hukuk seçimi imkânı tanınabileceği ileri sürülmüştür⁶³⁴. Görüş yerinde olmakla birlikte madde düzenlemesi karşısında uygulama alanı bulamayacağını düşünüyoruz. Madde düzenlemesinin maddedeki tüm hususlar bakımından hukuk seçimine imkân tanımadığı görüşündeyiz.

Hukuk seçimine imkân tanınmayan diğer haksız fiil hâli rekabetin engellenmesidir. Rekabetin engellenmesi de haksız rekabet hâli gibi haksız fiilin özel bir türüdür. Genel haksız fiil bağlama kuralının bu hâlde yetersiz kalması nedeniyle kanun koyucu tarafından ayrı bir madde ile MÖHUK m. 38'de düzenlenmiştir.

Roma II Tüzüğü'nde rekabetin engellenmesine ilişkin düzenleme Tüzük m. 6'da yapılmıştır. Tüzük m. 6 / f. 4 uyarınca m. 6 ile belirlenen hukukun taraflarca hukuk

⁶³¹ Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkileri**, s. 24. Ancak bu konuda yalnızca belirli bir rakibi etkileyen eylemler ile piyasanın tamamını etkileyen eylemler bakımından ayırım yapılmasının oldukça güç olduğu da ifade edilmiştir.

⁶³² Sarıöz, s. 187. Yazar, kamusal olmayan haksız rekabet hâlleri için, haksız fiil ile sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına olanak tanınması ve buna paralel olarak taraflara haksız fiilin meydana gelmesinden önce hukuk seçimi yapmalarına imkân verilmesinin en doğru sonuç olacağı görüşündedir. Bu durumda da tarafların yalnızca *lex fori*'yi değil, diledikleri hukukun seçilmesi konusunda serbestlik tanınması gerektiğini ifade etmiştir.

⁶³³ Zang, **Rome II**, s. 897.

⁶³⁴ Tarman, **Roma II**, s. 210; Zang, **Rome II**, s. 903-904.

seçimi ile değıştirilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu kapsamda haksız rekabete ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar ve görüşler rekabetin engellenmesine ilişkin hukuk seçimi bakımından da geçerlidir.



SONUÇ

Hukuk seçimi, özellikle sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerinde her ne kadar basit bir işlem gibi görünse de yaptığımız değerlendirme ve incelemelerden de anlaşılacağı üzere ciddi bir değerlendirmeye ihtiyaç duyan ve dikkatle kaleme alınması gereken bir husustur. Çalışmamızın başında ifade ettiğimiz gibi yeknesaklaştırma çalışmalarının artması ile bu ilkenin günümüz milletlerarası özel hukuku bakımından önemi göz önüne alınarak hem mevzuat, hem doktrin, hem de yargı kararlarının bir araya getirildiği bir eser meydana getirilmeye çaba gösterilmiştir. Bu çaba gösterilirken konuya ilişkin hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar da göz önüne alınarak bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır. Bu bölümde, çalışmanın bir bütün olarak değerlendirmesi yapılacaktır.

Hukuk seçimi ile borçlar hukuku anlamındaki klasik irade serbestisi ilkesinden farklı olarak uyumsuzluğun tüm unsurlarına, bütünüyle farklı bir hukukun uygulanması kararlaştırılmaktadır. Taraflar böylece borçlar hukukundan farklı olarak emredici hükümleri de bertaraf edebilmektedirler.

Hukuk seçiminin yapılabilmesi için hukukî işlem ya da ilişkide objektif açıdan yabancılik unsuru bulunması yönündeki görüş son dönemde yerini “milletlerarası sözleşme” kavramına bırakmaya başlamıştır. Gerçekten de artık tarafların vatandaşlığı, mutad meskeni gibi hususlar tek başına yabancılik unsurunu belirleyici nitelikte değildir. Günümüzde artık aynı ülke merkezli şirketlerin yaptığı bir sözleşme dahi sınıraşan bir işlem tesis edebilmektedir. Bu değerlendirmeler ışığında zamanla objektif açıdan yabancılik unsuru arayan görüşün terk edileceği kanaatindeyiz.

“*Lex mercatoria*” kurallarının hukukî niteliği ve hukuk seçimine konu edilip edilemeyeceği konusundaki tartışmalar daha uzun bir süre devam edecektir. Zira bu konudaki görüş ayrılıkları temelde bu kuralların hukukî niteliğinden

kaynaklanmaktadır. Günümüzde bu kurallara “hukuk” niteliği tanımak konusunda haklı olarak tereddütler bulunmaktadır. Yakın bir tarihte yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK ile Roma I Tüzüğü ve Roma II Tüzüğü’nde de bu yönde düzenlemeler getirilmemiştir. Hatta Roma I Tüzüğü çalışmaları sırasında bu konuda ciddi tartışmalar yaşanmış, *lex mercatoria* kurallarına ayrı bir hukuk niteliği tanıyan bir düzenleme de öngörülmüş, ancak son aşamada bu düzenlemeler yerinde olarak metinden çıkarılmıştır. Kanaatimizce bu kurallar, bağımsız bir hukuk niteliği tanımak için yeteri kadar olgunlaşmamıştır. Bunun için öncelikle bu kuralların her türlü boşluğu doldurabilecek bir özelliğe sahip olması gerekmektedir.

Üstü kapalı hukuk seçimi, milletlerarası özel hukuk bakımından günümüzde genel kabul gören bir husustur. Ancak biz bu konuya temkinli yaklaşılması ve uygulama alanının dar kapsamda olması gerektiği kanaatindeyiz. Zira üstü kapalı hukuk seçiminin tespiti, açık bir irade olmadığı için zordur. Bu tespitin yapılabilmesi için farazi iradeden farklı olarak tarafların bu yöndeki gerçek iradelerinin tespit edilmesi gerekmektedir. MÖHUK m. 24 düzenlemesi, bizim de bu konudaki mevcut tereddütlerimize uygun olarak “tereddüte yer vermeyecek biçimde anlaşılan” ifadesine yer vermiştir. Taraflardan birinin bu yönde bir iradesi olmadığını ifade etmesi, hâkimi kolaylıkla tereddüte düşürebilecektir. Ne kadar farklı unsur bir araya gelirse gelsin, gerçek bir irade tespit edilemediğinde üstü kapalı hukuk seçiminin olmadığı kabul edilecektir. Doktrinde de buna paralel eleştiriler yapılmıştır. Düzenlemeye ilişkin yargı kararları ile konu zamanla biraz daha açıklığa kavuşacaktır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, Roma I Tüzüğü’nde üstü kapalı hukuk seçiminin tespitindeki ölçüt “açıkça anlaşılan irade”dir. Roma I Tüzüğü, üstü kapalı hukuk seçimine daha geniş bir uygulama alanı tanımıştır.

Kamu düzeninin milletlerarası özel hukuka ilişkin yargılamalardaki müdahalesi her geçen gün azalmaktadır. Bunda işçi ve tüketici gibi zayıf tarafı koruyucu kuralların öngörülmesinin etkisi olduğu gibi mahkemelerin artık yabancı mevzuata daha rahat erişim imkânına sahip olması, kuralların yeknesaklaşması gibi hususların da etkili olduğu görülebilmektedir. Kamu düzeninin hukuk seçimine etkisi ve seçimi sınırlaması bakımından bu kuralın istisnai niteliği göz önüne alınmalıdır. Taraf iradelerine, olabildiğince uygulama alanı tanınmalıdır.

Sözleşme dışı borç ilişkilerinde hukuk seçimi imkânı 5718 sayılı MÖHUK ile hukukumuza dâhil edilmiştir. Çalışmamızda da detayları ile bahsedildiği üzere ilgili düzenlemenin uygulama alanı bulamayacağı görüşündeyiz. Tarafların, uyuşmazlık meydana geldikten sonra bir araya gelerek açık bir hukuk seçimi yapmaları pratikte mümkün değildir. Zira böyle bir durumda bir araya gelen tarafların aralarındaki uyuşmazlığı maddi bakımdan çözmelerini beklemek daha olasıdır. Bunun yanında düzenlemenin uygulama alanı bulabilmesi için farklı düzenlemeler öngörülebilirdi. Örneğin, haksız fiiller bakımından taraflar arasında önceden mevcut olan bir sözleşme ilişkisi hâli özel olarak düzenlenebilir ve bu ilişkiden kaynaklanan haksız fiillere bu ilişki için seçilen hukuk uygulanabilirdi. Bu düzenleme maddenin uygulama alanını oldukça genişletir ve taraflara çok daha öngörülebilirlik sağlardı. Bununla birlikte sözleşme dışı borç ilişkileri için üstü kapalı hukuk seçiminin öngörülmesi de düzenlemenin uygulanma olasılığını artırabilirdi. Taraflar her ne kadar açık bir hukuk seçimi yapmamış olsalar da bazı hâllerde tarafların eylem ve işlemlerinden tereddüte yer vermeyecek biçimde anlaşılan hukuk seçimine de uygulama alanı tanımak gerektiği kanaatindeyiz. Ancak hem uyuşmazlık doğduktan sonra seçme imkânı tanınması, hem de bu düzenlemelerin getirilmemesi sonucunda kanaatimizce sözleşme dışı borç ilişkilerinde hukuk seçimi, Türk hukuku bakımından ölü doğmuştur. Yukarıda bahsettiğimiz eleştiriler Roma II Tüzüğü'nde öngörülmüş ve düzenleme buna uygun olarak yapılmıştır.

Taşınmazlar bakımından hukuk seçimine imkân tanınmaması da artık karşılaştırmalı hukukta yerini ikili bir ayrıma bırakmaktadır. Taşınmazlara ilişkin olarak özellikle borçlandırııcı sözleşmeler bakımından artık taraflara hukuk seçimi olanağı tanınmaya başlamıştır. Roma I Tüzüğü ve IPRG'de bu düzenlemeler haklı olarak öngörülmüştür. Kanaatimizce Türk hukuku bakımından da taşınmazlar için borçlandırııcı sözleşmeler bakımından hukuk seçimi imkânı taraflara tanınabilir.

Tüketici ve iş sözleşmeleri bakımından koruyucu önlemler öngörülerek düzenlemeler buna paralel olarak gerçekleştirilmiştir. Ancak uygulamada Türk mahkemeleri özellikle iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda her ne olursa olsun bu alanı kamu düzeninden sayarak Türk hukukunu uygulama eğilimindedirler. Ancak MÖHUK, hukuk seçimi yapılan iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin olarak hâkimlere uygulanacak hukuk ile ilgili bir araştırma

yapma ve farklı hukukları karşılaştırma yükümlülüğü getirmiştir. Uygulamada bu düzenlemenin hâkimlerce dikkate alınmayacağı ve iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda kamu düzeni ilkesinden hareketle yine Türk hukukunun uygulanacağı görüşündeyiz. Ancak bu durum, işçi lehine olan hukukun uygulanmaması sonucunu da doğuracaktır.



KAYNAKÇA

Acun Mekengeç, Merve, *Milletlerarası Özel Hukukta Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmeleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2014.

Acun Mekengeç, Merve, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensibinin Uygulanması*, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 3-4, s. 237-283.

Akıncı, Ziya / Demir Gökyayla, Cemile, *Milletlerarası Aile Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1. Bası, 2010.

Akıncı, Ziya, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:73, 1996.

Akıncı, Ziya, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:28, 1992. (“Uygulanacak Hukuk”)

Albornoz, Maria Mercedes, *Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems*, Journal of Private International Law, Vol. 6, No: 1, s. 23-58.

Alibaba, Arzu, *Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi Ve Sınırlandırılması*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2005.

Altuğ, Yılmaz / Yasan, Mustafa, *Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni*, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul: Alkım Yayınevi, 2003, s. 139-151.

Arslan, İlyas, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zimni Hukuk Seçimi*, MHB, Yıl 33, S. 2, 2013, s. 1-41.

Atakan, Arda, *Kamu Düzeni Kavramı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 13, S. 1-2, 2007, s. 59-136.

Atamer, Yeşim, *Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması*, İÜHMF, C. 55, S. 1-2, 1995-1996, s. 421-447. (“Tüketici”)

Aybay, Rona / Dardağan, Esra, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Bası, 2005. (“1. Bası”)

Aybay, Rona / Dardağan, Esra, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Bası, 2008.

Aygül, Musa, *Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria’nın Uygulanması*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 3-4, 2004, s. 45-85.

Ayoğlu, Tolga, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddî Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Bası, 2011.

Balkar Bozkurt, Süheyla, *Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış*, GÜHFD, 2011 / 1, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, s. 141-196.

Balkar Bozkurt, Süheyla *Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi*, GÜHFD, 2014 / 2, C. 2, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, s. 795-861. ("Atıf")

Bayata Canyaş, Aslı, *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural*, Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Bası, 2012.

Bayata Canyaş, Aslı, *Roma I Tüzüğü ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi*, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, s. 110-120. ("Örtülü Hukuk Seçimi")

Bayata Canyaş, Aslı, *Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Hukuk Seçimi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, 2015, S. 3, s. 3-24. ("Boşanma")

Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm, *Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması*, AÜHFD, C. 61, S. 2, 2012, s. 505-539.

Bektaş, Sezercan, *Uluslararası Ticarete Sözleşmelerin Hazırlanması*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2010.

Berki, Osman Fazıl, *Devletler Hususi Hukuku*, Ankara: 1949.

Büyükyalçın, Arzu, *Brüksel I Tüzüğü'nde Tüketici Akitlerine İlişkin Milletlerarası Yetki Kuralları*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 55, 2004, s. 332-359.

Can, Hacı / Toker, Ali Gümrak, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.

Clarkson, C. M. V. / Hill, Jonathan, *The Conflict of Laws*, Oxford University Press, 4. Bası, 2011.

Çakalır, Yalçın, *Sözleşmeye Uygulanacak Yasanın Belirlenmesinde Varsayılan İrade ve Örtülü İradenin Rolü*, Prof. Dr. Ernst Hirsch'in Hâtırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, s. 451-500.

Çalışkan, Yusuf, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilâfi Meseleleri*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1. Bası, 2014.

Çelikel, Aysel, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 7. Bası, 2004.

Çelikel, Aysel / Erdem, B. Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 14. Bası, 2016.

Çınar, Kazım, *Milletlerarası Özel Hukukta Taşınmazlara İlişkin Sözleşmeler*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2016.

Çilingiroğlu, Cüneyt, *Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri*, MHB, Yıl 9, S. 2, s. 103-120.

Çörtoğlu Koca, Sema, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yer Alan Düzenlemeler Uyarınca Halefiyete Uygulanacak Hukuk*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 2015, s. 53-86. ("Halefiyet")

Çörtoğlu Koca, Sema, *Danışmanlık Sözleşmelerinin Esasına Uygulanacak Hukuk*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, 2007, s. 233-257. ("Danışmanlık Sözleşmeleri")

Çörtoğlu Koca, Sema, *Milletlerarası Özel Hukuka Göre Açık Denizlerde Meydana Gelen Çevre Kirliliğine Uygulanacak Hukuk*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 783-814. (“Çevre”)

Demir Gökyayla, Cemile, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Bası, 2013.

Demirkol, Berk, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Bası, 2014.

Dicey, A. V. / Morris, J. H. C. (Editör: Lawrence Collins), *The Conflict of Laws*, Londra: Sweet & Maxwell, Vol. 2, 1993.

Doğan, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Ankara: Savaş Yayınevi, 4. Bası, 2016.

Doğan, Vahit, *5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti*, Yrd. Doç. Dr. İbrahim ONGÜN’e Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Yıl: 2007, C. 11, S. 1-2, s. 147-163. (“İş Akdi”)

Doğan, Vahit, *Avrupa Birliği Bünyesinde Akti Borç İlişkilerinde Uygulanacak Hukuka Dair Roma Sözleşmesi ve Türk Hukuku*, Prof. Dr. Halil CİN’e Selçuk Üniversitesi’nde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya, 1995, s. 463-494. (“Roma”)

Doğan, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması*, MHB, Yıl:15, S. 1-2, 1995, s. 21-42. (“Zayıf Taraf”)

Doğangün, Temel, *Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 1. Bası, 1996.

Ekşi, Nuray, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2. Bası, 2015. (“Ticaret”)

Ekşi, Nuray, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1. Bası, 2012. (“Sigorta”)

Ekşi, Nuray, *Kanunlar İhtilâfı Alanında Incorporation*, MHB, C. 19-20, 1999-2000, Aysel Çelikel’e Armağan, s. 263-291. (“Incorporation”)

Ekşi, Nuray, *Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, 1997, s. 116-148. (“İş Sözleşmeleri”)

Ekşi, Nuray, *Eşyanın Taşınmasına İlişkin Sözleşmeler*, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, 2010, Legal Yayınevi, s. 125-169. (“Eşyanın Taşınması”)

Elçin, Doğa, *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1. Bası, 2012.

Elçin, Doğa, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, GÜHFD, 2011 / 1, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, s. 329-354. (“Üçüncü Ülke”)

Erdem, B. Bahadır, *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2. Bası, 2002. (“Patent”)

Erdem, B. Bahadır, *Incoterm’in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukukî niteliği*, MHB, Yıl:10, 1990, s. 65-79. (“Incoterm”)

Erdem, B. Bahadır, *Genel Olarak Akitler*, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, 2010, Legal Yayınevi, s. 95-104. (“Akitler”)

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 20. Bası, 2016.

Erkan, Mustafa, *MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, 2011, s. 81-121.

Ersen Perçin, Gizem, *Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2014.

Fentiman, Richard, *International Commercial Litigation*, Oxford: Oxford University Press, 2010.

Giuliano, Mario / Lagarde, Paul, *Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Official Journal of the European Communities, 31.10.80, No C 282.

Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation (1980 Tarihli Sözleşmeden Kaynaklanan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu’nun Bir Topluluk Düzenlemesi Hâline Getirilmesi ve Modernizasyonuna İlişkin Yeşil Kitap, COM (2002) 654 Final, 14.01.2003, Brussels (http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_6_raporlar/1_2_green_papers/com2002_green_paper_on_conversion_of_rome_convention_of_1980.pdf). (“Yeşil Kitap”)

Güner, Cemil, *Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkisine Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

Güngör, Gülin, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 1. Bası, 2007. (“Yakınlık Yaklaşımı”)

Güngör, Gülin, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 1. Bası, 2000. (“Tüketici”)

Güngör, Gülin, *Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-Wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı*, AÜHFD, C. 51, S. 1, 2002, s. 19-42. (“Elektronik Akitler”)

Harding, Maebh, *Conflict of Laws*, Routledge, 5. Bası, 2014.

Hellner, Michael, *Third Country Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation: Old Wine in New Bottles?*, Journal of Private International Law, Vol. 5, No: 3, s. 447-470.

İrge Erdoğan, Burcu, *Milletlerarası Özel Hukukta Franchise Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2016.

Kayık, Aslıhan, *Milletlerarası Özel Hukukta Haksız Fiiller Ve Uygulanacak Hukuk*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2011.

Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitabevi, 20. Bası, 2016.

Lando, Ole, *Scandinavian Conflict of Law Rules Respecting Contracts*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 6, No. 1, 1957, s. 1-26. ("Scandinavian")

Levi, Selim, *Sebepsiz Zenginleşmeye Uygulanacak Hukuk Seçimi*, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. II, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 427-446.

Mesci, Barış, *Milletlerarası Özel Hukukta Atıf (Renvoi)*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul, 2014.

Nomer, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 21. Bası, 2015.

Nomer, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978. ("1978")

Nomer, Ergin / Şanlı, Cemal, *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 13. Bası, 2005.

Nomer, Ergin / Çelikel, Aysel / Giray, Kerem / Esen, Emre, *Devletler Hususi Hukuku Milletlerarası Özel Hukuk Çözümlemiş Örnek Olaylar – Seçilmiş Mahkeme Kararları*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 12. Bası, 2014.

Oğuz, Arzu, *Lex Mercatoria*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 1. Bası, 2004.

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 14. Bası, 2016.

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 11. Bası, 2014.

Ömeroğlu, Ekin, *Taşınmazların Kiralanmasına İlişkin Sözleşmelerin Uygulanacak Hukuk, Milletlerarası Yetki Ve Milletlerarası Tahkim Bakımından Türk Hukukundaki Yeri*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 127, 2016, s. 375-396.

Özdemir, 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, s. 926-941. ("Yabancılık Unsuru")

Özdemir Kocasakal, Hatice, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, MHB, 2010, Yıl 30, S. 1-2, s. 27-88. ("Uygulanacak Hukuk")

Özdemir Kocasakal, Hatice, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001. ("Doğrudan Uygulanan Kurallar")

Özdemir Kocasakal, Hatice, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1. Bası, 2003, s. 125. ("Elektronik Sözleşmeler")

Özdemir Kocasakal, Hatice, *Türk ve Çin Milletlerarası Özel Hukuk Sistemlerinde Sözleşmelere İlişkin Düzenlemeler*, Türk Çin Hukuk Zirvesi Konferans Bildiri Kitabı,

Editörler: A. Caner Yenidünya / Mustafa Erkan / Rayhan Asat, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013. (“**Türk ve Çin**”)

Özel, Sibel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, 2004.

Özel, Sibel, *Sözleşmesel İlişkide Yabancılık Unsuru ve Hukuk Seçimi*, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2016, s. 423-435. (“**Yabancılık Unsuru**”)

Özel, Sibel, *Kişilik Hakları ve İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu*, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, 2010, Legal Yayınevi, s. 219-229. (“**Sorumluluk**”)

Özel, Sibel, *Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilâfi Meseleleri*, MHB, Yıl:1999-2000, C. 19-20, Aysel Çelikel’e Armağan, s. 733-768. (“**Sebepsiz Zenginleşme**”)

Özkan, Işıl / Süral, Ceyda / Tütüncübaşı, Uğur (Editörler), *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Bası, 2016.

Öztekin Gelgel, Günseli, *Tüketici Sözleşmeleri*, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, 2010, Legal Yayınevi, s. 197-209. (“**Tüketici**”)

Öztekin Gelgel, Günseli, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Birliği Düzenlemesi*, İstanbul. Beta Yayıncılık, 1. Bası, 2006.

Öztürk Yılmaz, Necla, *Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2006.

Plender, Richard / Wilderspin, Michael, *The European Private International Law*, Thomson Reuters Limited (Sweet & Maxwell), 3. Bası, 2009.

Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 25. Bası, 2014.

Rühl, Giesela, *The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union: A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy*, Journal of Private International Law, Vol. 10, No: 3, s. 335-358. (“**Protection**”)

Rühl, Giesela, *Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective*, Berkeley Journal of International Law, Vol. 24, Issue 3, 2006, s. 801-841.

Sargın, Fügen, *Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Turhan Kitabevi, 1. Bası, 2002.

Sargın, Fügen, *Fikrî ve Sınai Mülkiyet Haklarına İlişkin Sözleşmeler*, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, 2010, Legal Yayınevi, s. 171-195. (“**Fikrî ve Sınai Haklar**”)

Sarıöz, Ayşe İpek, **Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2012.

Sevig, Muammer Raşit, **Özel Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul: 1938.

Sirmen, Kazım Sedat, **Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini**, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2016.

Süral, Ceyda, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri**, İzmir: Güncel Yayınevi, 2008.

Symeonides, Symeon C., **Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective**, Convergence and Divergence in Private International Law - Liber Amicorum, Editors: K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides, Eleven International Publishing, 2010, s. 513-550.

Symeonides, Symeon C., **Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity**, American Journal of Comparative Law, Winter 2008, Vol. 56, No. 1, s. 173-222. ("Missed Opportunity")

Symeonides, Symeon C., **Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex Mercatoria that Isn't**, Liber Amicorum Konstantinos D. Kerameus, Sakkoulas/Kluwer Press, Athens, Greece, 2006, "https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=946007". ("Lex Mercatoria")

Şanlı, Cemal / Esen, Emre / Ataman Figanmeşe, İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 5. Bası, 2016.

Şanlı, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 6. Bası, 2016. ("Ticari Akitler")

Şensöz, Ebru, **27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilâflarda Uygulanacak Hukuk**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 8, S. 16, Güz 2009, s. 173-211.

Tanrıbilir, Feriha Bilge, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 87, 2010, s. 195-227. ("Değişiklikler")

Tanrıbilir, Feriha Bilge, **Akit-Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu**, Gazi Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Yıl: 2010, C. 14, S. 2, s. 121-140. ("Roma II")

Tarman, Zeynep Derya, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, BATİDER, 2010, C. 26, S. 1, s. 143-171. ("Akdi Borç İlişkileri")

Tarman, Zeynep Derya, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, BATİDER, C. 26, S. 2, 2010, s. 5-32. ("Akit Dışı Borç İlişkileri")

Tarman, Zeynep Derya, **Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, AÜHFD, C. 59, S. 3, 2010, s. 521-550. ("İş Sözleşmeleri")

Tarman, Zeynep Derya, **Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü**, BATİDER, C. 25, S. 2, 2009, s. 299-332. ("Roma I")

Tarman, Zeynep Derya, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)*, AÜHFD, C. 57, S. 2, 2008, s. 193-222. (“Roma II”)

Tarman, Zeynep Derya, *Devletler Özel Hukuku Bakımından İmalatçının Sorumluluğu*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 73, 2007, s. 25-45. (“Sorumluluk”)

Tarman, Zeynep Derya, *Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 1655-1680. (“Culpa in Contrahendo”)

Tekinalp, Gülören, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 7. Bası, 2002.

Tekinalp, Gülören / Uyanık, Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 12. Bası, 2016.

Tekinalp, Gülören, *AT Hukukunda Milletlerarası Özel Hukuka Ait Gelişmeler, Hukuk Seçiminin Kısıtlanması ve MÖHUK*, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2003, s. 1095-1111. (“AT Hukuku”)

Tekinalp, Gülören, *The 2007 Turkish Code Concerning Private International Law and International Civil Procedure*, Yearbook of Private International Law, Vol. IX, 2007, s. 313-341. (“Turkish Code”)

Tiryakioğlu, Bilgin, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996. (“Taşınır Mallar”)

Tiryakioğlu, Bilgin, *Haksız Fiiller*, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, 2010, Legal Yayınevi, s. 211-218. (“Haksız Fiiller”)

Toker, Ali Gümrah, *Yabancı Unsurlu Teminat Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel Sayı, 2010, s. 991-1052.

Turan, Gamze, *Elektronik Sözleşmeler Ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 77, 2008, s. 87-119.

Turhan, Nedim, *Devletler Özel Hukukunda Kamu Düzeni*, Yargıtay Dergisi, C. 27, S. 1-2, s. 225-238.

Tüzüner, Özlem, *Faydalı Modelin Korunması ve Faydalı Modelin Korunmasına Uygulanacak Hukuk*, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 1. Bası, 2011. (“Faydalı Model”)

Tüzüner, Özlem, *Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk*, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 1. Bası, 2007. (“Marka Rehni”)

Uluocak, Nihal, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.

Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer, *İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk*, MHB, 2002, Yıl 22, s. 967-997. (“Haksız Fiil”)

Ünver, Feyza, *Sebepsiz Zenginleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2011.

Üstün, Zübeyde Meltem, *Türk ve Avrupa Birliği Tüketici Hukuku'nda İmalatçının Hukukî Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir: 2007.

Yasan, Candan, *İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2015.

Yıldırım, Ayça, *Milletlerarası Özel Hukukta Banka Teminat Mektuplarına Uygulanacak Hukukun Tespiti*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2012.

Yörük, Abdülhak Kemal, *Devletler Hususi Hukuku Kitap IV: Kanunlar İhtilâfı*, Tan Matbaası, 1937.

Yüksel, Burcu, *Choice of Law in Civil and Commercial Matters under Turkish Private International Law in Comparison with Their Equivalents under the Rome I and Rome II Regulations*, Turkish and EU Private International Law, Edited by Paul Beaumont & Burcu Yüksel, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2014, s. 153-223.

Zang, Mo, *Party Autonomy in Non-Contractual Obligations: Rome II and Its Impacts on Choice of Law*, Seton Hall Law Review, Vol. 39, 2009, s. 861-917. (“Rome II”)

ÖZGEÇMİŞ

Hasan Hüseyin ALPARSLAN, 26 Mart 1989 tarihinde Diyarbakır’da doğdu. 2007 yılında Giresun Hamdi Bozbağ Anadolu Lisesi’nden mezun oldu. 2009 yılında Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde lisans eğitime başladı ve 2013 yılında eğitimini tamamladı. Aynı yıl Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk anabilim dalında yüksek lisans eğitime başladı. 2013 yılında İstanbul Barosu bünyesinde başladığı avukatlık stajını tamamlayıp 2014 yılında Ankara Barosu’na kayıt olan Hasan Hüseyin ALPARSLAN, 2014-2016 yılları arasında serbest avukatlık yaptı. 2016 yılından itibaren ise Dorçe Prefabrik Yapı ve İnş. San. Tic. A. Ş. bünyesinde Şirket Avukatı olarak çalışmalarını sürdürmektedir.



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite	Galatasaray Üniversitesi
Enstitü	Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı	Hasan Hüseyin ALPARSLAN
Tez Başlığı	Milletlerarası Özel Hukukta Hukuk Seçimi
Savunma Tarihi	26.05.2017
Danışmanı	Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı	İmza
Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL	
Prof. Dr. Sibel ÖZEL	
Doç Dr. Faruk Kerem GİRAY	

Enstitü Müdürü
Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

