

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

TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA
İRİADE MUHTARİYETİ

Doktora Tezi

Hazırlayan
BETÜL DÜRGEN

Danışman
Prof. Dr. Kürşat Nuri TURANBOY

Mart 2021
KIRIKKALE

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

TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA
İRİADE MUHTARİYETİ

Doktora Tezi

Hazırlayan
BETÜL DÜRGEN

Danışman
Prof. Dr. Kürşat Nuri TURANBOY

Mart 2021
KIRIKKALE

KABUL-ONAY

Prof. Dr. Kürşat Nuri TURANBOY danışmanlığında Betül DÜRGENTarafından hazırlanan “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda İrade Muhtariyeti” adlı bu çalışma jürimiz tarafından Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim dalında Doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

08/03/2021

Prof. Dr. Kürşat Nuri TURANBOY (Danışman)

.....

Doç. Dr. Turan ŞAHİN

.....

Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ

.....

Doç. Dr. Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU

.....

Dr. Öğr. Üyesi Bahar KÜPE

.....

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

.../.../20..

(Ünvan, Adı Soyadı)

Enstitü Müdürü

KİŞİSEL KABUL

Doktora tezi olarak sunduğum “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda İrade Muhtariyeti” adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve faydalandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak faydalanılmış olduğunu beyan ederim.

08/03/2021 Betül DÜRGEN



ÖN SÖZ

Yabancı unsurlu hukuki ilişkilere uygulanacak hukukun belirlenmesinde taraf iradelerinin rolü milletlerarası özel hukuktaki gelişmeler neticesinde önem kazanmış ve hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde irade muhtariyeti genel bir ilke olarak kabul görmüştür. İrade muhtariyeti ilkesi ile taraflar aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuku kendileri belirleme imkânına kavuşmaktadır. Çalışmamızda sözleşmeden doğan borç ilişkileri ile sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk ayrı ayrı incelenmiş ve irade muhtariyeti ilkesinin milletlerarası özel hukukta görünüm şekillerinden biri olan hukuk seçme serbestisi sınırları ve sonuçları bakımından değerlendirilmeye çalışılmıştır. Çalışmamızın ana gayesi irade muhtariyeti ilkesinin borçlar hukukundaki sözleşme özgürlüğü kimliğinin milletlerarası özel hukukta hukuk seçme özgürlüğüne büründüğünün tespitini yapmaktır. Bu tespit yapılırken irade muhtariyetine getirilen sınırlandırmalar ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'daki karşılıkları değerlendirilmiştir.

Çalışmadaki yardım ve değerli katkıları için tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Kürşat Nuri Turanboy'a teşekkürlerimi sunarım. Tez izleme komitesinde bulunarak kıymetli vakit ve emeklerini esirgemeyen hocalarım Sayın Doç Dr. Turan Şahin ve Sayın Doç Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu'na müteşekkirim. Tezin yazımı sürecinde desteklerini esirgemeyen, tezimi okuma zahmetinde bulunan ve değerli katkılar sunan sayın hocalarım Dr. Öğr. Üyesi Serdar Demirci'ye ve Dr. Öğr. Üyesi Bahar Küpe'ye çok teşekkür ederim.

Çalışmamızın hazırlanması sırasında pandemi sürecinin yaşanması, bir taraftan kütüphane ortamından mahrum kalınmasına sebep olmuş diğer yandan okulların kapanması neticesinde evde çalışmak da zorlaşmıştır. İki küçük çocuğumuzla evden çalışmak durumunda kaldığımız günlerde en büyük özveriyi sunarak desteğini her daim eksiksiz hissettiğim sevgili eşime teşekkürü bir borç bilirim.

BETÜL DÜRGEN

Malatya, Mart 2021

ÖZ

Dürgen, Betül, “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda İrade Muhtariyeti”, Doktora Tezi, Kırıkkale, 2021.

İrade muhtariyeti ilkesi bireylerin hukuki ilişkilerini kendi iradeleri ile hazırlayabilmeleridir. Milletlerarası özel hukuk bakımından irade muhtariyeti kendisini tarafların uygulanacak hukuku seçme özgürlüğü olarak gösterir. Özellikle milletlerarası ticaret hukukunun gelişmesi neticesinde taraflar aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku önceden bilmek ve hukuki sonuçlarını öngörmek isterler. Bunun yanı sıra yabancı unsurlu sözleşme dışı borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda da irade muhtariyeti ilkesine giderek daha çok yer verildiği görülmektedir.

Neredeyse tüm dünyada kabul edilen bir ilke olmasına rağmen, irade muhtariyeti ilkesinin sınırsız olduğundan bahsedemeyiz. Çalışmamızda milletlerarası özel hukukta taraflara tanınan hukuk seçme serbestisinin sınırları ve çeşitli hukuki ilişkiler bakımından gerektirdiği farklı uygulamalar ele alınmıştır.

Türk milletlerarası özel hukukunun irade muhtariyeti düzenlemeleri ele alınırken uluslararası sözleşmelerde ve diğer ülkelerde kabul gören hukuki düzenlemeler de göz önünde bulundurulmuştur. Yine çalışmanın bütününde 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ile 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un hukuk seçimi konusundaki düzenlemeleri aralarındaki farklılık ve/veya benzerlikler birlikte değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın amacı taraf iradelerine hukuk seçimi konusunda imkân tanıyan Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’daki düzenlemeler kapsamında irade muhtariyeti ilkesini vurgulamak, bu ilkenin hukukumuzdaki gelişimine ışık tutmaktır.

Anahtar Kelimeler: İrade Muhtariyeti, Hukuk Seçimi, Uygulanacak Hukuk, Yabancılık Unsuru.

ABSTRACT

Dürgen, Betül, “Party Autonomy in Turkish Private International Law”, PhD Dissertation, Kırıkkale, 2021.

The principle of party autonomy is that individuals can prepare their legal relations of their own volition. From the point of view of private international law, the head of party autonomy shows itself as the freedom of the parties to choose the applicable law. In particular, as a result of the development of international commercial law, the parties want to know in advance the law that will apply to the relationship between them and predict its legal consequences. In addition, it is seen that the principle of party autonomy is increasingly involved in disputes arising from non-contractual debt relations with foreign elements. Although it is a principle accepted almost all over the world, we cannot mention that the principle of party autonomy is unlimited. In our study, the limits of freedom of choice of law granted to parties in international private law and the different practices required in terms of various legal relations were discussed.

The rules of party autonomy of Turkish international private law were considered, while the legal regulations adopted in international conventions and other countries were also taken into account. Again, the private international law and procedural Law No. 2675 in the whole study of international private law and procedural Law No. 5718 on the differences between the regulations of the law on choice of law and/or along with similarities were evaluated.

The aim of our study is to emphasize the principle of party autonomy in accordance with the rules in the law on International Private Law and Procedural Law, which allow the will of parties to choose law, and to shed light on the development of this principle in our law.

Key Words: Party Autonomy, Choice Of Law, Applicable Law, Foreign Element.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
ALI	: American Law Institute
Am. J. Comp. L.	: American Journal of Comparative Law
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Aufl.	: Auflage
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
bs.	: Bası
BVergG	: Bundesvergabegesetz
C.	: Cilt
C&F	: Cost and Freight (Mal bedeli ve navlun)
CIF	: Cost, Insurance and Freight (Mal bedeli, sigorta ve navlun)
CISG	: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması)
Çev.	: Çeviren
Dn.	: dipnot
E.	: Esas
ECJ	: Avrupa Adalet Divanı
Ed.	: Editör
EGBGB	: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Alman Medeni Kanunu'na Giriş Kısım)
Fak.	: Fakülte
FOB	: Free on Board (Gemi bordasında Teslim)

FSM	: Fatih Sultan Mehmet
GEDIP/ EGLIP:	Groupe européen de droit international privé (Avrupa Uluslararası Özel Hukuk Grubu)
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HFD	: Hukuk Fakültesi Dergisi
ICC	: International Chamber of Commerce (Milletlerarası Ticaret Odası)
ICLQ	: International & Comparative Law Quarterly
INCOTERMS:	International Commercial Terms (Dış Ticaret Teslim Şekilleri)
ICSID	: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi
IPR-G/IPRG	: Internationales Privatrechtgesetz (Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun- İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu)
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
LCIA	: London Court of International Arbitration (Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi)
LDIP	: İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu
L.J.	: Law Journal
MHB.	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖ.	: Milattan önce
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun
MTK.	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
MÜHFHAD.	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmalar Dergisi
m.	: Madde
OECD	: The Organisation for Economic Co-operation and Development
OHADA	: The Organization for the Harmonization of Business Law in Africa (Afrika İş Kanunu Uyum Örgütü)
PIL	: Private International Law
RabelsZ.	: Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht
RG.	: Resmî Gazete

RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Alman İmparatorluk Mahkemesi Hukuk Kararları)
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SCC	: Stockholm Chamber of Commerce (Stockholm Ticaret Odası)
SÜHFD.	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
Tex. Tech L. Rev.	: Texas Tech Law Review
TKHK.	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
UN	: Birleşmiş Milletler
UNCITRAL	: United Nations Commission On International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)
UNIDROIT	: The International Institute for the Unification of Private Law
UPICC	: Principles of International Commercial Contracts
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
VMK.	: Vietnam Medeni Kanunu
yy.	: yüzyıl
Y.	: Yıl
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (İsviçre Hukuku Dergisi)

İÇİNDEKİLER

ÖN SÖZ.....	i
ÖZ.....	ii
ABSTRACT.....	iii
KISALTMALAR	iv
İÇİNDEKİLER	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İRÂDE MUHTARİYETİ İLKESİNİN ANLAMI

1.1. Genel Olarak İrade Muhtariyeti	6
1.1.1. İrade Muhtariyetinin Anlamı ve Çeşitli Tanımları	8
1.1.2. İrade Muhtariyeti İlkesinin Ortaya Çıkışı	9
1.2. İrade Muhtariyeti İlkesinin Sınırları	11
1.2.1. İradenin Sınırlandırılmasının Gerekliliği	12
1.2.2. Türk Hukukunda İrade Muhtariyetinin Sınırları.....	13
1.3. İrade Muhtariyetinden Doğan İlkeler.....	14
1.3.1. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi	15
1.3.1.2. Çeşitli Hukuk Düzenlerinde Sözleşme Özgürlüğü	16
1.3.1.4. Sözleşme Özgürlüğünün Kapsamı	20
1.3.1.5. Sözleşme Özgürlüğünün Uygulanma Alanı.....	22
1.3.1.6. Sözleşme Özgürlüğünün Görünüm Şekilleri	24
1.3.1.6.1. Sözleşme Yapma Özgürlüğü.....	25
1.3.1.6.2. Sözleşme Yapma Zorunluluğu.....	26
1.3.1.6.2.1. Olağanüstü Zamanlarda Sözleşme Yapma Zorunluluğu	32
1.3.1.6.2.2. Sözleşme Yapma Zorunluluğuna Benzer Haller.....	33
1.3.1.6.2.3. Sözleşme Yapma Zorunluluğuna Uymamanın Yaptırımı	34
1.3.1.6.2.3.1. Sözleşme Yapma Zorunluluğunun Kanundan Kaynaklandığı Hallerde	34

1.3.1.6.2.3.2. Sözleşme Yapma Zorunluluğunun Sözleşme	
Serbestîsinden Kaynaklandığı Hallerde.....	35
1.3.1.6.3. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü	36
1.3.1.6.4. Sözleşmenin Konusunu Belirleme ve Düzenleme	
Özgürlüğü	37
1.3.1.6.5. Tip Seçme Özgürlüğü	39
1.3.1.6.6. Sözleşmenin Hükümlerinde Değişiklik Yapma Özgürlüğü.....	41
1.3.1.6.7. Sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü.....	42
1.3.1.7. Sözleşme Özgürlüğünün Anayasadaki Yeri.....	44
1.3.1.8. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları	45
1.3.1.8.1. Olumlu-Olumsuz Sınırlar.....	46
1.3.1.8.2. Kamu Hukuku Bakımından Sınırlar	46
1.3.1.8.3. Sözleşme Özgürlüğünü Sınırlamanın Görünüm Şekilleri..	49
1.3.1.8.3.1. Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık	49
1.3.1.8.3.2. Kanuna Karşı Hile.....	51
1.3.1.8.3.3. Ahlâka Aykırılık	52
1.3.1.8.3.4. İmkânsızlık.....	53
1.3.1.8.3.5. Aşırı Yararlanma.....	55
1.3.1.8.3.5.1. Aşırı Yararlanmanın Unsurları.....	56
1.3.1.8.3.5.2. Aşırı Yararlanmanın Hüküm ve Sonuçları.....	56
1.3.2. Eşitlik İlkesi	57
1.3.3. Şekil Serbestîsi İlkesi	58
1.4. İrade Muhtariyeti İle Korunan Menfaatler.....	61
1.4.1. Kamu Düzeni	61
1.4.1.1. Usul Hukuku Prensipleri (Usulî Kamu Düzeni)	61
1.4.1.2. Maddi Hukukun Temel Prensipleri (Maddi Kamu Düzeni)	61
1.4.2. Kişiliğin Korunması.....	62
1.4.3. Zayıf Olan Tarafın Korunması.....	63
1.4.4. İşlem Güvenliğinin Korunması.....	65
1.5. İrade Muhtariyeti Prensibinin Tarihi Gelişimi.....	65
1.5.1. Ekonomi Temelli Bir Düşünce Olarak İrade Muhtariyeti	66
1.5.2. Siyaset Temelli Bir Düşünce Olarak İrade Muhtariyeti	68
1.5.3. Roma Hukukunda İrade Muhtariyeti	68
1.5.4. Bazı Hukukçulara Göre İrade Muhtariyeti	69

1.5.6. Türk Hukukunda İrade Muhtariyeti Prensibinin Gelişimi	74
1.6. Milletlerarası Özel Hukukun İrade Muhtariyetine Yüklendiği Anlam..	75
1.6.1. Doktrindeki Çeşitli Görüşler	77
1.6.2. Sözleşme Hukuku Dışında İrade Muhtariyetinin Yorumu	78
1.6.3. Terminolojik Ayrımın Anlamı	79
1.6.3.1. Ayrımın Kaynağı ve Farklar	79
1.6.3.2. Kavramlar Arasındaki Benzerlikler	81
1.6.3.3. Çeşitli Ülke Hukuklarında Durum	82
1.6.3.4. <i>Incorporation</i> Kavramı	83
1.6.4. Milletlerarası Özel Hukukta Hukuk Seçme Serbestisinin Kabul Edilmesinin Hukuki Gerekçeleri.....	83
1.6.4.1. Hukuki Güvenlik ve Öngörülebilirlik	84
1.6.4.2. Gereksiz Yargılama Masraflarını Engelleme.....	87
1.6.4.3. Milletlerarası Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması	87
1.6.4.4. Sakat Hukuki İşlemlerin Engellenmesi.....	88
1.6.4.5. Adaletin Sağlanması	88
1.7. Hukuk Seçimine Yer Veren Başlıca Uluslararası Düzenlemeler.....	89
1.7.1. Roma Konvansiyonu.....	89
1.7.1.1. Hukuk Seçme Serbestisinin Düzenlenme Biçimi	90
1.7.1.1.1. Açık ve Örtülü Hukuk Seçimi.....	90
1.7.1.1.2. Seçilen Hukuku Değiştirme	92
1.7.1.2. Hukuk Seçiminin Sınırları.....	92
1.7.1.2.1. Yabancılik Unsuru ve Doğrudan Uygulanan Kurallar/Emredici Hükümler	92
1.7.1.2.2. Kamu Düzeni	96
1.7.1.3. Zayıf Tarafın Korunması.....	96
1.7.1.3.1. Tüketicinin Korunması.....	96
1.7.1.3.2. İşçinin Korunması	98
1.7.1.4. Sözleşme Statüsünün Kapsamı	99
1.7.1.4.1. Sözleşmenin Kuruluşu, Geçerliliği ve Yorumu	99
1.7.1.4.2. <i>Incorporation</i> Düzenlemesi	99
1.7.1.5. Hukuk Seçimi Yapılmamış Olması.....	100
1.7.2. Roma I Tüzüğü	100
1.7.2.1. Hukuk Seçme Serbestisinin Düzenlenme Biçimi	103

1.7.2.1.1. Örtülü Hukuk Seçimi	103
1.7.2.1.2. Seçilen Hukukun Değiştirilmesi	104
1.7.2.1.3. Daha Sıkı İlişkili Hukuk.....	104
1.7.2.1.4. Kısmi Hukuk Seçimi	105
1.7.2.1.5. Hukuk Seçiminin Şekli	106
1.7.2.1.6. Hukuk Seçiminin Yapılma Zamanı.....	106
1.7.2.2. Doğrudan Uygulanan Kurallar	106
1.7.2.3. Özel Nitelikli Sözleşmeler	107
1.7.2.3.1. Yolcu Taşıma ve Sigorta Sözleşmeleri	107
1.7.2.3.2. Tüketici ve İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk	108
1.7.2.4. Taraflarca Hukuk Seçimi Yapılmaması Halinde Uygulanacak Hukuk.....	110
1.7.3. Roma II Tüzüğü	112
1.7.3.1. Roma II Tüzüğü'nde Hukuk Seçimine İzin Verilen Haller.....	116
1.7.3.2. Roma II Tüzüğü'nde Hukuk Seçimine İlişkin Sınırlamalar ...	118
1.7.4. Roma III Tüzüğü.....	120
1.7.5. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)	122
1.7.6. Cenevre Sözleşmesi	129
1.7.7. UNCITRAL Model Kanunu	129
1.7.7.1. Hiçbir Devlete Ait Olmayan Hukuk Kurallarının Seçimi.....	130
1.7.7.2. Tahkim Kararının Kaldırılması	131
1.7.8. New York Anlaşması	131
1.7.9. ICC Tahkim Kuralları	132
1.7.10. Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey Prensipieri	134
1.7.10.1. Lahey İlkelerinin Tarihçesi	136
1.7.10.2. Lahey İlkelerinin Kapsamı	138
1.7.10.3. Lahey İlkelerinde Hukuk Seçimi	139
1.7.10.3.1. Kısmi Hukuk Seçimi ve Hukuk Seçiminde Değişiklik Yapılması	140
1.7.10.3.2. Sözleşme ile Hukuk Arasında Bağ.....	141
1.7.10.3.3. Devlet Dışı Hukuk Seçimi	142
1.7.10.3.4. Açık ve Örtülü Hukuk Seçimi.....	144

1.7.10.3.5. Hukuk Seçiminin Şekli	145
1.7.10.3.6. Sözleşme Statüsünün Kapsamı	146
1.7.10.3.7. Hukuk Seçiminin Zamanı	149
1.7.11. UNIDROIT İlkeleri.....	149

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN HUKUKİ İLİŞKİLERDE İRADE MUHTARİYETİ

2.1. Sözleşmelerde Hukuk Seçimi İlkesi-Subjektif Bağlama Kuralı	151
2.1.1. Sözleşmeler Alanındaki Kanunlar İhtilafı Kurallarının Yapısı	153
2.1.2. Hukuk Seçiminin Yapılış Biçimi	155
2.1.2.1. Açık Hukuk Seçimi	155
2.1.2.2. Örtülü Hukuk Seçimi	157
2.1.2.2.1. Çeşitli Ülke Hukuklarında ve Uluslararası Metinlerde Durum	157
2.1.2.2.2. Türk Hukukunda Durum	158
2.1.2.2.3. Örtülü Hukuk Seçiminin Görünüm Şekilleri	160
2.1.2.2.4. Örtülü Hukuk Seçiminin Kabul Görmediği Haller	161
2.1.2.2.5. <i>Incorporation</i> ile Örtülü Hukuk Seçimi Arasındaki Farklar	163
2.1.2.3. Kısmi Hukuk Seçimi	164
2.1.2.4. Hukuk Seçiminin Yapılma Zamanı.....	166
2.1.2.5. Statü Değişiklikleri.....	168
2.1.2.6. Hukuk Seçiminin Uygulanması	169
2.1.2.7. Seçilen Hukuk ile Atıf İlişkisi.....	170
2.1.3. Hukuk Seçme Serbestisinin Sınırları	172
2.1.3.1. Kamu Düzeni ile Sınırlandırılması.....	174
2.1.3.1.1. Kamu Düzeni Kavramı	175
2.1.3.1.2. Çeşitli Ülke Hukuklarında ve Uluslararası Metinlerde Durum	176
2.1.3.2. Doğrudan Uygulanan Kurallar ile Sınırlandırılması	178
2.1.3.2.1. Doğrudan Uygulanan Kurallar ile Emredici Kuralların Farkları.....	179

2.1.3.2.2. Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Hukuk Seçimi	179
2.1.3.2.3. Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları.....	181
2.1.3.3. Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmeler Yönünde	
Sınırlandırmalar	182
2.1.3.3.1. Kamu Düzeni Müdahalesi ve Doğrudan Uygulanan	
Kurallardan Farkı	183
2.1.3.3.2. Anayasada Konunun Düzenlenmesi	184
2.1.3.3.3. Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelere Örnekler.....	185
2.1.3.4. Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması Bakımından	
Sınırlandırmalar	187
2.1.3.5. Seçilebilecek Hukuk Düzenleri Bakımından	
Sınırlandırmalar	188
2.1.3.5.1. Objektif ve Sübjektif Görüş	188
2.1.3.5.2. Emredici Kurallardan Kaçınmak Amacıyla Hukuk	
Seçiminin Yapılması Hali	190
2.1.3.5.3. Seçilen Hukuk Açısından Haklı Sebebin Bulunması.....	191
2.1.3.5.4. Seçilebilecek Hukukların Kanun Koyucu Tarafından	
Belirlenmesi.....	193
2.1.3.5.5. Hiçbir Milli Hukuk Sistemine Ait Olmayan Kural veya	
Prensipin Seçilmesi.....	194
2.1.3.5.6. Hukuk Seçiminin Yabancılık Unsuru Olarak Görülmesi.	196
2.1.3.5.6.1. Çeşitli Ülke Hukuklarında ve Uluslararası Metinlerde	
Durum	197
2.1.3.5.6.2. Türk Hukukunda Durum	198
2.1.3.5.7. Hukuk Seçiminin Zaman Bakımından Sınırlandırılması .	199
2.1.4. Uygulanacak Hukukun Tespitinde Mülga 2675 Sayılı Möhuk İle 5718	
Sayılı Möhuk'un Karşılaştırılması	200
2.1.4.1. Kanun/Hukuk Deyimi	201
2.1.4.2. Örtülü Hukuk Seçimi Bakımından.....	202
2.1.4.3. Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Bakımından.....	204
2.1.4.4. Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kullanılan	
Objektif Bağlama Kuralları Bakımından	206
2.1.4.5. Doğrudan Uygulanan Kurallar Bakımından	207
2.1.5. Özel Sözleşme Tiplerinde İrade Muhtariyeti	207

2.1.5.1. Tüketici Sözleşmeleri.....	209
2.1.5.1.1. Türk Hukukunda Durum.....	210
2.1.5.1.1.1. Örtülü Hukuk Seçimi	211
2.1.5.1.1.2. Farazi Hukuk Seçimi.....	212
2.1.5.1.1.3. Tüketicinin Mutad Meskeni	212
2.1.5.1.2. Çeşitli Ülke Hukuklarında Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk.....	214
2.1.5.2. İş Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi	216
2.1.5.2.1. Mutad İş Yeri (<i>lex loci laboris</i>).....	218
2.1.5.2.2. Daha Sıkı İlişkili Hukuk.....	218
2.1.5.2.3. Toplu İş Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi.....	219
2.1.5.3. Sigorta Sözleşmeleri	220
2.1.5.4. Milletlerarası Özel Hukuk Kapsamında Mal Rejimi Seçme Özgürlüğü.....	221
2.1.5.4.1. Hukuk Seçiminin Yapılma Zamanı.....	221
2.1.5.4.2. Seçilebilecek Hukukların Kanun Koyucu Tarafından Belirlenmesi.....	222
2.1.5.4.3. Kamu Düzeni	222
2.1.5.4.4. Uygulanacak Mal Rejiminin Belirlenmesi.....	222
2.1.5.4.5. Kısmi Hukuk Seçimi	223
2.2. Hukuk Seçiminin ve Sözleşmeden Doğan İlişkinin Geçerliliği	223
2.2.1. Yabancılik Unsuru	225
2.2.2. Hukuk Seçimi Sözleşmesinin Geçerliliği	227
2.2.3. Sözleşmeden Doğan İlişkinin Geçerliliği	229
2.3. Tarafların Hukuk Seçimi Yapmamaları.....	230
2.3.1. Varsayılan Hukuk Seçimi	232
2.3.1.1. Tanım ve Eleştiriler.....	232
2.3.1.2. Türk Hukukunda Durum	233
2.3.2. Objektif Ölçütlere Göre Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi	234
2.3.2.1. En Sıkı İlişki Kuralı (Karakteristik Edim Teorisi).....	235
2.3.2.2. Daha Sıkı İlişkili Hukuk	238
2.3.2.3. Çeşitli Ülke Hukuklarında Durum	238
2.4. Tahkim Anlaşmaları ve İrade Muhtariyeti	239
2.4.1. Tahkim Başlamadan Önce	242

2.4.2. Açık ve Zımni Hukuk Seçimi	242
2.4.3. Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliğine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesinde İrade Muhtariyeti	245
2.4.3.1. Uluslararası Metinlerde Durum	246
2.4.3.2. Türk Hukukunda Durum	246
2.4.4. Tahkim Yargılamasında Usule Uygulanacak Hukukun Belirlenmesinde İrade Muhtariyeti	247
2.4.4.1. Taraflardan Birinin Yargılamaya Katılmaması.....	247
2.4.4.2. Yetki Aşımı ve Usulsüzlük	248
2.4.5. Milletlerarası Tahkim Yargılamasında İrade Muhtariyetinin Sınırları.....	249
2.4.5.1. Seçilen Hukuk Açısından Haklı Sebebin Bulunması.....	250
2.4.5.2. Hiçbir Milli Hukuk Sistemine Ait Olmayan Kural veya Prensipin Seçilmesi.....	251
2.4.5.3. Doğrudan Uygulanan Kurallar	251
2.4.5.4. Kamu Düzeni	253
2.4.5.5. Emredici Hükümler	255
2.4.5.6. Hakem Heyetinin Yetkisi.....	257
2.4.5.6.1. Hakem Heyeti'nin Uygulanabilir Hukuku Bağımsız Olarak Tercih Etme Yetkisi	259
2.4.5.6.2. Hakem Heyeti'nin Kendi Yargılamasını Yürütme Yetkisi	260
2.4.5.7. Türk Hukukunda Durum	262
2.4.6. Milletlerarası Tahkimde Zamanlar arası Kanun İhtilafları	263
2.4.6.1. Seçilen Hukukta Zamanla Meydana Gelen Değişiklikler	263
2.4.6.2. Hukuk Seçiminin Yapılma Zamanı.....	264

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞME DIŞI İLİŞKİLERDE İRADE MUHTARİYETİ

3.1. Sözleşme Dışı İlişkilerde Hukuk Seçimi.....	266
3.2. Haksız Fiilden Doğan İhtilaflarda Hukuk Seçimi.....	268
3.2.1. Türk Hukukunda Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun Düzenlenmesi.....	270

3.2.1.1. 1330 Muvakkat Kanunu'nda Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk.....	270
3.2.1.2. Mülga 2675 Sayılı MÖHUK ile 5718 Sayılı MÖHUK'ta Haksız Fiile Uygulanacak Hukuk Bakımından Farklılıklar.....	271
3.2.1.3. 5718 Sayılı MÖHUK'ta Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Genel Bağlama Kuralı	274
3.2.1.3.1. Daha Sıkı İlişkili Hukuk.....	275
3.2.1.3.2. Sigortacıya Doğrudan Başvurma	276
3.2.1.3.3. Haksız Fiil Statüsünün Kapsamı	277
3.2.1.3.4. Kamu Düzeni Müdahalesi.....	278
3.2.1.3.5. Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinde Hukuk Seçme Serbestisi	278
3.2.1.3.5.1. Hukuk Seçiminin Yapılma Zamanı.....	279
3.2.1.3.5.2. Hukuk Seçimine İlişkin İrade Açıklamasının Şekli ..	281
3.2.1.3.5.3. Seçilebilecek Hukuk Düzenleri	282
3.2.1.3.5.4. Kısmi Hukuk Seçimi	284
3.2.1.3.5.5. Hukuk Seçiminde Atıf	284
3.2.1.3.5.6. Hukuk Seçiminin Sınırları	285
3.2.1.3.5.6.1. Yabancılik Unsuru	285
3.2.1.3.5.6.2. Kamu Düzeni	285
3.2.1.3.5.6.3. Üçüncü Kişilerin Hakları	286
3.2.1.3.6. Vasıflandırmaya Uygulanacak Hukuk	287
3.2.2. Avrupa Uluslararası Özel Hukukunda Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun Düzenlenmesi	288
3.2.2.1. Avrupa Uluslararası Özel Hukukunda Haksız Fiillerde İrade Muhtariyetinin Ortaya Çıkışı	288
3.2.2.2. Roma II Tüzüğü	289
3.2.2.2.1. Roma II Tüzüğü'ne Göre Tarafların Uygulanacak Hukuku Seçme Özgürlüğünün Kapsamı ve Bu Özgürlükle İlgili Sınırlamalar	292
3.2.2.2.1.1. Üçüncü Bir Ülkenin Hukukunun Seçimi ve Hiçbir Devlete Ait Olmayan Düzenlemelerin Seçimi.....	292
3.2.2.2.1.2. Yargılama Sırasında Uygulanacak Hukukun Zımnı Seçimi	292

3.2.2.2.1.3. İrade Muhtariyeti ve Zayıf Tarafların Korunmasına	
İlişkin Sınırlamalar	293
3.2.2.2.1.3.1. Ticari Faaliyette Bulunan Taraflar	293
3.2.2.2.1.3.2. Serbest Müzakere Edilen Anlaşmalar	294
3.2.2.2.1.3.3. Makul Bir Şekilde Açıkça Yapılmış veya	
Kanıtlanmış Seçim.....	295
3.2.2.2.1.3.4. Seçim Özgürlüğü ve Üçüncü Taraf Hakları.....	295
3.2.2.2.1.3.5. Hukuk Seçiminin Geçerliliğine Uygulanacak	
Hukuk	296
3.2.2.2.1.3.6. Hukuk Seçimi ile Uygulanması Bertaraf	
Edilemeyecek Hükümler	296
3.2.2.2.1.3.7. Şartlı Hukuk Seçimi	297
3.2.2.2.1.4. Haksız Fiilin Özel Türleri	297
3.2.2.2.1.5. Vasıflandırmaya Uygulanacak Hukuk	299
3.2.3. Milltlerarası Özel Hukuk Doktrininde Haksız Fiile Uygulanacak	
Hukuk Konusunda Kullanılan Bağlama Kuralları	299
3.2.3.1. Haksız Fiillerde Geleneksel Yaklaşımı: İka Yeri Hukuku (<i>Lex</i>	
<i>Loci Delicti</i>)	299
3.2.3.2. Mutad Mesken Hukuku.....	302
3.2.3.3. Açıkça Daha Yakın Bağlantılı Hukuk.....	302
3.2.3.4. Haksız Fiilin Vasıflandırılmasına Uygulanacak Hukuk	304
3.2.3.5. Tazminatın Hesaplanmasına Uygulanacak Hukuk	304
3.2.5. Özel Haksız Fiil Türleri	305
3.2.5.1. Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk.....	306
3.2.5.1.1. Kişilik Haklarının İhlalinde Cevap Hakkına Uygulanacak	
Hukuk.....	309
3.2.5.1.2. Uluslararası Düzenlemeler	309
3.2.5.2. İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu.....	310
3.2.5.2.1. Uluslararası Düzenlemeler	311
3.2.5.2.2. Türk Hukukunda Durum	312
3.2.5.3. Haksız Rekabet.....	314
3.2.5.3.1. Piyasa Yeri Kuralı	315
3.2.5.3.2. Haksız Rekabette İrade Muhtariyeti.....	316
3.2.5.3.3. Yabancılık Unsuru	318

3.2.5.3.4. Kamu Düzeni	318
3.2.5.3.5. Doğrudan Uygulanan Kurallar	319
3.2.5.3.6. Türk Hukukunda Durum	319
3.2.5.4. Rekabetin Engellenmesi	320
3.2.5.5. Fikri Mülkiyet Hakkının İhlali	322
3.2.5.5.1. Ülkesellik Prensibi	324
3.2.5.5.2. Çeşitli Ülke Hukuklarında ve Uluslararası Metinlerde Durum	324
3.3. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan İhtilaflarda Hukuk Seçimi	327
3.3.1. Mülga 2675 Sayılı MÖHUK ile 5718 Sayılı MÖHUK Arasında Sebepsiz Zenginleşmeye Uygulanacak Hukuk Bakımından Farklar	328
3.3.2. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukukun Taraflarca Seçilmesi	329
3.3.2.1. Hukuk Seçiminin Zamanı	330
3.3.2.2. Hukuk Seçiminin Şekli	331
3.3.3. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Objektif Hukuk	331
3.3.4. Sebepsiz Zenginleşme Statüsünün Kapsamı	332
3.3.5. Roma II Tüzüğü'ne Göre Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk	332
3.4. Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk	332
3.4.1. Roma II Tüzüğü	334
3.4.2. Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukukun Taraflarca Seçilmesi	334
3.4.3. Çeşitli Görüşler	335
3.5. Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurdan Doğan Sorumluluk (<i>Culpa in contrahendo</i>)	335
3.5.1. Avrupa Birliği Hukukunda Durum	336
3.5.2. Türk Hukukunda Durum	337
3.6. Hukuk Seçimine İzin Verilmeyen Haller	337
3.6.1. Ayni Haklara Uygulanacak Hukuk	338
3.6.1.1. Doğrudan Hukuk Seçimine İmkân Tanınması	340
3.6.1.1.1. Doğrudan Hukuk Seçimini Reddeden Sistemler	340

3.6.1.1.2. Doğrudan Hukuk Seçimini Kabul Eden Sistemler.....	341
3.6.1.2. Dolaylı Hukuk Seçimi.....	341
3.6.2. Boşanma ve Ayrılık	342
3.6.2.1. Türk Hukukunda	342
3.6.2.2. AB Hukukunda	343
3.6.3. Miras Hukuku	344
SONUÇ.....	346
KAYNAKLAR	353



GİRİŞ

Milletlerarası özel hukukta yabancılık unsuru içeren hukuki ilişkilerin hangi hukuka tabi olduğu çeşitli bağlama kuralları ile belirlenmiştir. Objektif olarak önceden kanun koyucu tarafından bildirilen bu bağlama kuralları kimi zaman adaleti sağlarken kimi zaman tarafların daha önce hiç düşünmedikleri, sonuçlarını tahmin dahi edemedikleri, tamamen tesadüfi bir hukuk düzeni olabilmektedir. Kanunlar ihtilafı kurallarının gösterici nitelikte kurallar olması, atfın reddedilmediği sistemler açısından bu tesadüfi durumları çoğaltmakta ve taraflar için istenmeyen sonuçlar doğmasına neden olabilmektedir. Objektif bağlama kuralları yerine subjektif bağlama kurallarının kabul edilmesi tarafların uygulanacak hukuku önceden belirlemelerini, böylelikle doğacak muhtemel sonuçlardan peşinen haberdar olmalarını ve uygulanacak hukuk kurallarını bildiklerinden ilişkilerini bu yönde devam ettirebilmelerini sağlar.

İrade muhtariyeti prensibinin milletlerarası özel hukukta hukuk seçimi serbestîsi haline gelmesi kolay olmamış, tarihsel süreçte özellikle sözleşme özgürlüğünün gelişmesi ile şekillenmiştir. Sözleşme özgürlüğünün liberal ekonomik sistemlerde edindiği yer, milletlerarası ilişkilerin devamlılığı ve uluslararası ticaretin artması ile yabancılık unsuru içeren hukuki ilişkilere uygulanacak hukukun taraflarca seçimine izin vermiştir. Pek tabiidir ki ülkelerin kanunlar ihtilafı kuralları çeşitlilik göstermekle birlikte taraflar özellikle ticaret yaparken kendilerine uygulanacak hukuku bilmekle değerli bir menfaat elde ederler. Bu da devletlerin ekonomilerine dolaylı bir katkı sağlar. Bu nedenle milletlerarası özel hukukta hukuk seçme serbestîsi ilkesinin kabulü ekonomik bir temele de yaslanır.

Sözleşme özgürlüğü kişilerin hukukun tanıdığı sınırlar içerisinde diledikleri konuda, diledikleri kişilerle diledikleri sözleşmeyi yapabilmeleridir. TBK. m. 26'da ifade edilen bu özgürlük hukukun elverdiği ölçüde kullanılır. Sözleşme özgürlüğü emredici kurallar, ahlâka aykırılık, kanuna karşı hile, aşırı yararlanma gibi hallerde sınırlandırılmış, tarafların özgürlükleri yine tarafların menfaatine olacak şekilde sınırlandırılmıştır. Bu hallerde artık taraflar sözleşme özgürlüklerinin olduğunu iddia ederek istedikleri gibi sözleşmelerinin içeriğini veya karşı tarafını belirleyemeyecek,

istedikleri sözleşme tipini seçemeyecek veya istedikleri şekilde sözleşme hükümlerinde değişiklik yapamayacaktır.

İrade muhtariyeti ilkesinin sınırlandırılması kamu düzeninin korunmasına hizmet ettiği gibi kimi zaman zayıf tarafın korunmasına kimi zaman kişiliğin korunmasına ve son olarak işlem güvenliğinin korunmasına hizmet etmektedir. Böylece bu sınırlandırmalar taraflar arasında eşitliği sağlamaya yaramaktadır.

Genel olarak irade muhtariyetinin sınırları sözleşme özgürlüğünde daha baskın bir şekilde kendisini gösterse de milletlerarası özel hukuk bakımından da belli başlı sonuçlar doğurmaktadır. Aynı temele dayansalar da borçlar hukuku ile milletlerarası özel hukukun irade muhtariyetine yüklediği anlamlar farklıdır. Çalışmamızda bu farklılıkların nedenleri araştırılmış, sonuçları tarihsel süreçleri ile birlikte ele alınmıştır. Bu kapsamda hukuk seçme serbestisi içeren çeşitli uluslararası düzenlemeler incelenerek uluslararası düzeyde kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması çabaları hukuk seçme serbestisi kuralları bakımından irdelenmiştir.

Özellikle AB hukuku düzenlemelerinde AB üyesi ülkelerde kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması çalışması her alanda olduğu gibi hukuk seçme serbestisi alanında da kendini göstermiştir. Bu kapsamda çalışmamızda Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 19 Haziran 1980 tarihli Avrupa Ekonomik Topluluğu Sözleşmesi, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü, Akit Dışı Borç İlişkilerine Dair Roma II Tüzüğü, Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü incelenmiştir. Bunun gibi Türkiye'nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler kapsamında yapılan hukuki düzenlemelerden olan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Antlaşma (CISG)'nın yanı sıra, Uluslararası Ticari Tahkime Dair Birleşmiş Milletler Ticaret Komisyonu'nun çıkardığı UNCITRAL Model Kanunu, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Anlaşması'na çalışmada yer verilmiştir. Cenevre'de yapılan Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Cenevre Sözleşmesi, Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce-ICC) Tahkim Kuralları, UNIDROIT İlkeleri'ne de hukuk seçme serbestisine ilişkin hükümler içermeleri nedeniyle değinilmiş, Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine

Dair Lahey Prensipleri konu bakımından önem arz ettiğinden daha geniş kapsamlı değerlendirilmiştir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmakla birlikte ilk bölümde genel olarak irade muhtariyeti hakkında tanım ve bilgiler verilmiştir. Borçlar hukukunda irade muhtariyetinin görünüm şekli olarak sözleşme özgürlüğü ve bundan doğan ilkeler değerlendirildikten sonra, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması karşısında milletlerarası özel hukukun ilkeye yüklediği anlam tarihsel süreci ile birlikte ele alınmıştır. Birinci bölümün son kısmında konuyla ilgili uluslararası düzenlemelere yer verilmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümü sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusuna ayrılmıştır. Burada Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 24'te düzenlendiği şekli ile öncelikle sübjektif bağlama kuralı yani taraflarca uygulanacak hukukun seçimi konusu incelenmiştir. Birinci bölümde değerlendirdiğimiz irade muhtariyeti ilkesinin sınırları, ikinci bölümde hukuk seçme serbestisinin sınırları olarak daha geniş ve spesifik olarak ele alınmıştır.

Hukuk seçme serbestisi mülga 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da da kabul edilmekteydi. Eleştirilen noktalar ve birtakım eksiklikler 2007 yılında yürürlüğe giren 5718 sayılı Kanun ile giderilmeye çalışılmıştır. Çalışmamızın ikinci bölümünde sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk bakımından bu iki kanundaki farklılıklara ve benzerliklere yer verilmiştir.

Hem sözleşme özgürlüğünün sınırları konusunda hem hukuk seçme serbestisinin sınırları konusunda karşımıza çıkan zayıf tarafın korunması özel bazı sözleşme tiplerinde hukuk seçme serbestisinin farklı hükümlere tabi olmasına neden olmaktadır. Bu sözleşmelere örnek verilebilecek tüketici sözleşmeleri, iş sözleşmeleri ve sigorta sözleşmeleri MÖHUK'ta da genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen m. 24'ten ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Bu konuda verilebilecek bir diğer örnek olan mal rejimi seçme serbestisi de bu arada ele alınmıştır.

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde uygulanacak hukuk kanunda objektif olarak belirlenmiştir. Özellikle bu halde incelediğimiz çoğu uluslararası düzenlemelerde de kullanılan en sıkı ilişkili ve daha sıkı ilişkili hukuk bağlama kuralı çalışmamızda değerlendirme konusu yapılmıştır.

İkinci bölümün son kısmı tahkime ayrılmıştır. Tahkim başlı başına taraf iradelerinden oluşan bir kurum olmakla tek başına bir çalışma konusu oluşturmaktadır. Tahkim anlaşmalarında tarafların uygulanacak hukuku seçmeleri, bu seçim karşısında hakemlerin yetkileri çeşitli bölgelerden farklı ülkelerdeki düzenlemeler ile birlikte aktarılmıştır.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde sözleşme dışı borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk incelenmiştir. Sözleşme dışı borcun kaynaklarından haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk MÖHUK'ta düzenlenmiştir. Haksız fiillerde hukuk seçimi bazı haksız fiil türleri bakımından kabul görmemekte, bazı haksız fiil türlerinde çeşitli sınırlandırmalara tabi tutulmaktadır. Özel haksız fiil türlerini incelemeyen önce Avrupa Uluslararası özel hukukundaki düzenlemeleri ile çeşitli ülke hukuklarındaki düzenlemelere yer verilmiştir. Haksız fiil sorumluluğunun çeşitli şekillere bürünmesi kanun koyucuyu haksız fiile uygulanacak hukuku tek bir maddede ele almaktan alıkoymuştur. Haksız fiile uygulanacak hukukun genel bağlama kuralları m. 34'te ele alındıktan sonra bu genel kuralın yetersiz kalabileceği endişesiyle özelliği olan haksız fiillerin alt türleri için 35-38. maddeleri arasında ayrı bağlama kuralları belirlemiştir. Bu özel kuralların kapsamına girmeyen haksız fiiller için m. 34'teki genel kural uygulanacaktır. Ayrı düzenlenen haksız fiil halleri arasında kişilik haklarının ihlalinde sorumluluk, imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu, haksız rekabet, rekabetin engellenmesi ve m.23'te fikri mülkiyet hakkının ihlali bulunmaktadır.

MÖHUK'ta düzenlenmemiş olan sözleşme dışı borç ilişkilerinden vekaletsiz iş görme ve sözleşme öncesi görüşmelerdeki kusurdan doğan sorumluluk halleri Avrupa Birliği düzenlemeleri karşısında Türk hukukunda nasıl bir uygulama yapılacağı irdelenmiştir.

Son olarak hukuk seçimine yer verilmeyen bazı durumlardan bahsedilmiştir. Bu konularda objektif bağlama kurallarının dışına çıkılmasını istemeyen kanun koyucu, uluslararası düzenlemelerden de farklı davranmış değildir. Çalışmamızda ele aldığımız ayni haklara uygulanacak hukuk, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk ve mirasa uygulanacak hukuk bakımından taraf iradelerinin etkinliği söz konusu değildir.

Çalışmamızda Türk hukukunda tarafların uygulanacak hukuku seçme serbestileri, uluslararası düzenlemeler, hukuk seçme serbestisi kazanılmasının tarihsel süreci ve Türk hukukunun diğer ülke hukukları karşısında arz ettiği farklılıklar ile birlikte değerlendirilmiştir. Bu çalışmanın amacı irade muhtariyeti ilkesinin uygulanabilir yönlerini ve getirdiği menfaatleri göz önünde bulundururken hukuk seçiminin kabul görmediği alanlarda irade muhtariyeti ilkesinin nasıl sınırlandırıldığı veya görmezden gelindiği noktasında araştırmacılara ışık tutmaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

İRADE MUHTARİYETİ İLKESİNİN ANLAMI

1.1. Genel Olarak İrade Muhtariyeti

Özel hukuk alanında büyük bir öneme sahip olan irade, kişilerin hukuk düzenine uygun bir şekilde netice yaratmasına imkân tanıyan bir kavramdır¹. Borçlar Hukukuna hâkim olan temel ilkelerden birinin de irade muhtariyeti (*irade özerkliği, irade serbestisi, tarafların muhtariyeti, iradenin istiklali, Prinzip der Privatautonomie, Parteiautonomie, Selbstbestimmung, principed'autonomie de la volonté, autonomie de la volonté*) ilkesi olduğu bir gerçektir. Zira Borçlar Hukuku

¹ İhsan Erdoğan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. bs., Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 10-11; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 297; Peter Gauch, Von den wesentlichen Vertragspunkten, recht 1991, s. 45-52, (çevrimiçi) https://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaieres/CH_Stoekli/files/Peter%20Gauch/wesentliche_Vertragspunkte.pdf, 5 Mart 2019, s. 48; Ayşe Havutçu, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2003, s. 25; Selahattin Sulhi Tekinay, vd., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 7. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 363; Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 34; Derya Ateş, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, *TBB Dergisi*, S. 72, Y. 2007, s. 76; Derya Ateş, “İrade Özerkliği Kapsamında MK. m. 23/II Hükümü ve Karar Özgürlüğü”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 66, S. 2, Bahar 2007, s. 136; Şener Akyol, *Medeni Hukuka Giriş*, 2. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 158; Peter Gauch, Walter R. Schlupe, Jörg Schmid, *Schweizerisches Obligationenrecht, allgemeiner Teil: ohneausservertragliches Haftpflichtrecht*, Bd. I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf, 2014, 314 nolu kenar notu; Necip Kocayusufoğlu, vd., *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 7. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, Bölüm 40, 1 nolu kenar notu; Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht)*, 2. Aufl., Zürich, 1988, (çevrimiçi) http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/Bucher_ORAT_00.pdf, 5 Mart 2019, s. 87; Turhan Esener, *Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1969, (çevrimiçi) <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/821.pdf>, 5 Mart 2019, s. 193. Nagehan Kırkbeşoğlu, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 23; Pakize Ezgi Akbulut, *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 16-17; Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, 8. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, 3. Bölüm 27 nolu Kenar Notu; Hasan Erman, “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *İÜHF*, C. 38 S. 1-4, Y. 2011, s. 602; Veysel Başpınar, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, s. 15; Lale Sirmen, “Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku”, *Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu’na Armağan*, Ankara, 1972, s. 446; Hüseyin Altaş, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri*, 2. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 63; Hüseyin Altaş, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 43; Hüseyin Altaş, “Kira Parası Artışlarının Sınırlandırılması”, *AÜHF*, C. 49, S. 1-4, Y. 2000, s. 103-104; Akın Ünal, *Kelepçeleme Sözleşmeleri*, 2. bs., Adalet Yayınları, Ankara, 2017, s. 30; Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 2. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 25, 1 nolu dn; Fahri Erdem Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 38.

alanına giren özel borç ilişkileri, tarafların hür irade ve tercihlerine yani irade serbestliğine, sözleşme özgürlüğüne ve taraflar arasında eşitlik ilkelerine dayanır².

Borçlar Hukuku alanında hukukî işlem kavramı doğrudan doğruya iradeye dayanmaktadır. Bir hukukî muamelenin yapılması iradenin beyan edilmesine bağlıdır³. Borçlar Hukuku alanında emredici kuralların sayısının nispeten daha az olması iradeye daha geniş serbesti tanınmasının önünü açmıştır⁴.

Sözleşmelerin ve tarafların muhtariyeti Almanca “*Parteiautonomie*” , Fransızca “*autonom Le de la volonte*” olarak karşılık bulmaktadır. Kelimenin Latince kökeni ise *autos* (kendisi tarafından, kendisinden) ve *nomos* (kanun) kelimelerinden oluşmaktadır. Buna göre, “Kendi kanunlarına göre yönetilen kişi özgür (özerk/*autonom*) kabul edilir⁵.

Otonomi kavramı maddi hukukta irade muhtariyeti olarak kendine yer bulmuştur. Almanca’da “*privatautonomie*” kavramı, kişinin kendi iradesine göre kanuni çerçevede izin verilen ölçüde hukuki ilişkilerini inşa edebilmesi olarak tanımlanmaktadır⁶.

Türk Hukukunda “iradenin istiklâli” tâbiri de kullanılmıştır⁷. Yalnız Fransa’da irade muhtariyeti kavramı için kullanılan “*autonomie (de la volonté)*” terimi, daha ziyade kişinin kendi iç karar verme yetisine dayanmakta, böylece kişinin hukuki ilişkilere ve bunlardan doğan yükümlülüklerle bağlılığı kanun gereği değil, kişinin kendi iradesine bağlı olmaktadır⁸.

² Yahya Deryal, Cemal Genç, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 33.

³ Turhan Esener, “Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi”, **AÜHFD**, C. 11, S. 1, Y. 1954, s. 478.

⁴ Uğur Tütüncübaşı, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçme Serbestisi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 4.

⁵ Ateş, **Borçlar**, s. 32, dn. 86.

⁶ Tütüncübaşı, s. 3.

⁷ Muammer Raşit Seviğ, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1937, s. 328.

⁸ Tütüncübaşı, s. 3, dn. 2.

1.1.1. İrade Muhtariyetinin Anlamı ve Çeşitli Tanımları

İrade muhtariyeti ilkesi Alman Anayasa Mahkemesi tarafından “özgürlükçü bir toplum düzeninin yapı taşı” olarak değerlendirilirken⁹, İsviçre Federal Mahkemesi Borçlar Hukuku alanında irade muhtariyeti ilkesinin egemen olduğunu belirtmiştir¹⁰.

İrade muhtariyeti bireyin hem bağımsız olduğunu hem de kendi kurallarının egemenliği altında bulunduğunu, eğer borç altına girmek isterse buna ancak kendisinin karar verebileceği anlamına gelir¹¹. İrade muhtariyeti, kişiye özel hukuk ilişkilerinde “kendi kendine norm koyma”, “kendi kanununu bizzat yapma” (*selbstbestimmungsrecht*), kendi kendinin kanun koyucusu olma (*son proprelégislateur- der Selbst-Gesetzgeber*) yetki ve gücünü vermektedir¹². Bir diğer ifadeyle irade muhtariyeti kişilerin sosyal ilişkilerini hür iradeleriyle diledikleri gibi düzenleyebilmeleri hususunda sahip kıldıkları yetkidir¹³.

Tarafların bizzat belirledikleri esaslar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmadıkları sürece en önce uygulanırlar¹⁴. Bir tanıma göre irade muhtariyeti, bireyin kendi davranışlarının sınırlarını yine kendi kendine bulmasını ifade eder¹⁵. İrade muhtariyeti, insan iradesinin belirlenmediğini (şartlanmadığını), nedensellik bağıntısı içerisinde zorunlu bir biçimde oluşmadığını, aksine bizzat kendi kendini belirlediğini deyimler¹⁶. Kısaca irade muhtariyeti prensibi, bireylerin aralarındaki hukukî ilişkiyi kendi iradelerini esas alarak hazırlayabilmelerini ifade etmektedir¹⁷.

⁹ BverfGe 81, 242.

¹⁰ BGE 132 III 226 E. 3.3.1.; BGE 129 III 42 E. 6. 1.

¹¹ Ateş, *Borçlar*, s. 34.

¹² Eren, *Borçlar Genel*, s. 18, s. 268; Ateş, *Borçlar*, s. 34; Ateş, *İrade*, 136-137; Bucher, *E., AT.*, s. 88; Kırkbeşoğlu, s. 20; Kaşak, s. 40.

¹³ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, 18. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s.18; Deryal, Genç, s. 44.

¹⁴ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 22.11.2004 tarih ve 2004/15671 Esas ve 2004/16821 Karar sayılı kararında, “...Hukuk sistemimizde, BK. nun 19. maddesindeki buyurucu hükümlere aykırı olmamak koşuluyla iade hürriyeti ve akit serbestisi sınırları içinde taraflar diledikleri gibi sözleşme yapabilirler. Sözleşme ilkesine egemen olan ve öncelikle uyulması ve uygulanması gereken hükümler sırasıyla, amir hükümler ve amir hükümlere aykırı olmamak kaydıyla tarafların kararlaştırmalarıdır” (*Yargıtay Kararları Dergisi*, C. 31, S. 4, 2005, s. 550-553).

¹⁵ Ateş, *Borçlar*, s. 32, dn. 86.

¹⁶ Vecdi Aral, “Hukukta İrade Özgürlüğü”, *İÜHF*, C. 48, S. 1-4, Temmuz 2011, s. 250.

¹⁷ Oğuzman, Öz, s. 23; Eren, *Borçlar Genel*, s. 16; Erman, s. 602; Ekin Ömeroğlu, *Aynî Haklara Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Yargı Mercii’nin Tayininde İrade Serbestisi Prensibi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 118.

İrade muhtariyeti, tarafların rasyonel kişiler olarak kendi çıkarlarını en iyi bilecek durumda oldukları anlayışına dayanmaktadır. Taraflar aralarındaki sözleşmeyi, seçtikleri hukuka tabi tutarak öngörülebilirliği ve belirliliği artırmaktadır.

Latin Amerika’da Brezilya gibi bazı ülkeler hukuk seçimine hiç yer verilmezken, Amerikan hukuk sisteminde seçilen hukuk ile taraflar ve sözleşme ilişkisi arasında bir bağ aranmak suretiyle irade muhtariyetine bir sınırlandırma getirildiği, Avrupa Birliği ülkelerinde ise böyle bir bağın aranmadığı görülmektedir¹⁸.

İrade muhtariyeti ilkesi, hukuk düzeninin kişilere tanıdığı ilişkilerini kendi özgür iradelerine uygun olarak düzenleyebilme yetkisidir¹⁹. Bu yönüyle irade muhtariyeti ilkesinin kişilere kendi aralarındaki ilişkileri ve bu ilişkilerdeki hukuki durumlarını belirleme yetkisini verdiğini, hukuk düzenin de bu ilişkideki bağlılığı ve sonuçları tanıyarak bu bağlılığa iradede yer alan sonuçları uyguladığı söylenebilir²⁰. İrade muhtariyeti tarafların beklentileri ve iradeleri için çıkarlarını en iyi şekilde bilmelerinden dolayı yasal şartların ve güvencelerin öngörülebilirliğini güçlendirir²¹.

1.1.2. İrade Muhtariyeti İlkesinin Ortaya Çıkışı

Ahlaki ve ekonomik temeli bulunan²² ve felsefî bir görüş olan irade muhtariyeti²³, kişilerin her alanda özgürleştirilmesini ilke edinmiş ekonomik ve

¹⁸ Genevieve Saumier, “The Hague Principles and the Choice of Non-State Rules of Law to Govern International Commercial Contract”, *Brooklyn Journal of International Law*, V. 40, 2014, s. 3; Sharareh Dastmalchi, Mohsen Sadeghi, “A Comparative Study of Applicable Law in International Commercial Contracts within the “Hague Conference Principles”, Editörler: Sibel, Özel, Mustafa, Erkan, *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*, Uluslararası Konferans, 11 Ekim 2018, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 142.

¹⁹ Eren, *Borçlar Genel*, s. 365.

²⁰ Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. bs., C. 1, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 53.

²¹ Ali Gümrah Toker, *Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 120; İbrahim Gül, “Freedom of Contract, Party Autonomy and Its Limit Under CISG”, *Hacettepe HFD*, 6 (1) 2016, s. 79.

²² Eren, *Borçlar Genel*, s. 365.

²³ Aral, s. 249-251.

politik bir doktrindir²⁴. Kant ve J.J. Rousseau'nun ortaya koyduğu düşünce akımları ile hukuk sistemlerine aktarılan²⁵ irade muhtariyeti, liberal hukuk felsefesinin ve sözleşme özgürlüğünün ideolojik temelini oluşturmaktadır²⁶. Buradan hareketle denebilir ki, irade muhtariyetine işlerlik sağlayan en önemli hukuki araç hukuki işlem ve özellikle sözleşmedir. İrade muhtariyeti ilkesi, kişileri, kendi özel hukuk ilişkilerini düzenlerken her türlü dış baskıdan ve özellikle de devletin baskısından korumayı amaçlar. Bu yüzdendir ki, irade muhtariyetine geniş yer ayıran hukuk düzenleri, özel mülkiyet ve sözleşme hürriyetini kabul eden liberal hukuk düzenleridir.

İrade muhtariyetinin yer almadığı herhangi bir hukuk düzeni bulunmamakla birlikte²⁷ otoriter sosyalist hukuk düzenlerinde ise tam tersine irade muhtariyeti çok dar bir alana inhisar etmektedir²⁸. Gerçekten de irade muhtariyeti ilkesi akitler alanında taraf menfaatleri çok önemli bir yer tuttuğu için bütün ülkeler ve milletlerarası sözleşmelerde çokça kabul görmüş, hukuk sistemlerinin ortak özelliği haline gelmiştir²⁹.

İrade muhtariyeti ilkesi, diğer kişisel hakların da temelidir, zira kişinin iradesi özgür değilse diğer hürriyetlerinden de söz edilemez³⁰. Sözleşme özgürlüğü, dernek ve vakıf kurma özgürlüğü, mülkiyet özgürlüğü, evlenme özgürlüğü veya vasiyet özgürlüğü gibi özgürlüklerin tamamı irade muhtariyetinin yansımalarıdır³¹.

İrade muhtariyeti ilkesi, kişilere özel hukuk ilişkilerini özgürce düzenleme yetkisi vermekle birlikte, onlara objektif hukuk normu koyma yetkisi vermez. Objektif hukuk normunu sadece yasama organları gibi yetkili organlar koyar. Norm

²⁴ Şebnem Akipek, Erkan, Küçükgüngör, *Sözleşmeler Rehberi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 30; H. Kübra, Ercoşkun Şenol, "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK. m. 27", *İÜHF*, C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 710.

²⁵ Adnan Güriz, "İrade Hürriyeti", *AÜHFD*, C. 22, S. 1, Ankara, 1966, s. 664-666.

²⁶ Eren, *Borçlar Genel*, s. 18.

²⁷ Tütüncübaşı, s. 4.

²⁸ Eren, *Borçlar Genel*, s. 268, s. 314; Ateş, *Borçlar*, s. 32-33; Tütüncübaşı, s. 4.

²⁹ Bilgin Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi, Ankara, 1996, s. 19; Ole Lando, Peter Arnt Nielsen, "The Rome I Proposal", *Journal of Private International Law*, April 2007, s. 3; P. Kalenský, "Some Aspects of Socialist Integration in International Sales Law: The CMEA Conditions and the Hague Uniform Laws", *Netherlands International Law Review*, 26(3), 1979, s.316-328, s. 318.

³⁰ Kaşak, s. 41.

³¹ Olivier, Guillod, Gabrielle, Steffen, *Commentaire Romand, Codes des obligations I, Art. 1-539 CO*, Ed.: Luc, Thevenoz, Franz, Werro, Art 19-20 N 42. bs., Bâle, 2012; Kırkbeşoğlu, s. 23, 91-92 nolu dipnotlar; Eren, *Borçlar Genel*, s. 300; Serozan, Medeni, 3. Bölüm 27 nolu kenar notu; Kaşak, s. 41.

koymadaki amaç, hukuk düzeninin sınırları içinde tarafların sözleşmelerle borç ilişkilerini düzenlemek ve bununla bağlı olmaktır³².

1.2. İrade Muhtariyeti İlkesinin Sınırları

İrade muhtariyeti ilkesinin ahlaki temelini, hür iradenin ürünü olan sözleşmenin, sözleşmeye taraf olan kişilerin menfaatlerine uygun olduğu ve hiç kimsenin kendi menfaatine aykırı olan bir sözleşmeyi yapmayacağı düşüncesi oluşturmaktadır³³.

İrade muhtariyeti ilkesi, kişiye hukuki ilişkilerini düzenlemede sınırsız bir hürriyet tanımakla, insan varlığı ile birlikte mevcut, devlet otoritesi ve hukuk düzeninden önce (*a priori*) mevcut ve hiçbir sınır konulmadan kabul edilmesi gereken bir kavramdır. Ancak modern hukuk düzenleri bu görüşü kabul etmemiş ve irade muhtariyeti ilkesine bazı sınırlamalar getirmiştir.

Modern hukuk sistemlerinde sözleşme özgürlüğü ilkesi her ne kadar temel bir ilke olarak benimsenmiş olsa da 20. yüzyılda yoğun bir biçimde yaşanan savaşlar ve devletlerin sosyal devlet rolünü benimsemeleri, bu ilkenin yeniden ele alınarak değerlendirilmesine sebep olmuştur. Bu dönemde sözleşme özgürlüğüne önemli sınırlamalar getirilmiştir ve bu sınırlamalar artarak devam etmektedir³⁴. Yine birçok alanda piyasadaki büyük şirketlerin güçlü pozisyonu sebebiyle sözleşmeler özgürce görüşülemez hale gelmiştir. Bu nedenle sadece kişisel irade üzerinde yoğunlaşmak imkânı ortadan kalkmış, bazıları öğretiden ve içtihattan doğan, bazıları ise

³² Eren, *Borçlar Genel*, s. 268, 6 nolu dipnot.

³³ Eren, *Borçlar Genel*, s. 267-271, Rona Serozan, “Sözleşme Serbestliğinin Zayıfın Korunması Düşüncesiyle Sınırlandırılması, Avusturya ve Türkiye’de Tüketicinin Korunması, Verbraucherschutz in Österreich und in der Türkei”, *I. Avusturya/Türk Hukuk Haftası*, İstanbul, 1983, s. 27-63; Şahin Akıncı, *Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması*, Cemre Yayınları, Konya, 1998, s. 5; Ateş, *Borçlar*, s. 33.

³⁴ Hasan Ayrancı, *Ön Sözleşme*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 229-230; Nilgün Başalp, “Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler”, *Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan*, İstanbul, 2011, s. 221-238, s. 224, 226-227; Eren, *Borçlar Genel*, s. 229-300; Erman, s. 604-605; Arzu Küçükyalçın, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, *AÜHFD*, Yıl 2004, s. 108; Tekinay vd., s. 364; Veysel Başpınar, “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1999, C. 1, s. 18, dn. 22; Safa Reisoglu, *Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 25. bs., Beta Basım Yayın, İstanbul, 2014, s. 133; Kübra Şenol, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK. m. 27”, *İUHFM*, 2016, C. 74, S. 2, s. 711.

mevzuattan kaynaklanan birçok kısıtlama irade muhtariyeti ilkesini sınırlandırmaktadır³⁵.

1.2.1. İradenin Sınırlandırılmasının Gerekliliği

Kant, bir kişinin keyfiliğinin diğer bir kişinin keyfiliği ile sınırlandırıldığını düşünmektedir. Ona göre bu genel bir hukuk ilkesi olarak gerekçesi ve iradesi olan herkese uygulandığı varsayıldığından nesnel bir gereklilik olarak düşünülmüştür³⁶. Benzer bir şekilde Hofer, özerkliğin sınırsız olmasının reddini (içeriğini) subjektif hak ve yükümlülüklerin tanımından bulmuştur. Hofer'in tam olarak yasal ve toplumsal içerikle bu bağlantıların ilgilerini ve tamamen bağlantılarını incelemesine rağmen, yine Savigny ve Jhering gibi hukukçular bağlantıların ilgileriyle sınırlandırılmış iradenin gücünü vurgulamışlardır³⁷.

Başka bazı hukukçular sözleşme özgürlüğünün zaten kendi içinde mündemiç sınırlara sahip olduğunu savunmuştur³⁸. Gerçekten sözleşme özgürlüğü hukuki sınırlarının yanında, kaynağını gerçek yaşam ilişkilerinden alan fiili sınırlara da sahiptir³⁹. Bunun dışında sosyal gereklilikler de sözleşme özgürlüğünü sınırlandırma sonucuna götürmektedir⁴⁰. Sözleşme özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların bu sosyal gereklilikler bağlamında her geçen gün arttığı belirtilmektedir⁴¹. Bununla birlikte sözleşme özgürlüğüne getirilen her bir sınırlamanın sözleşmenin etkisini azalttığını söylemeliyiz. Öte yandan tam bir sözleşme serbestisinin olduğu hallerde de sözleşmenin konusunu belirleme özgürlüğü sınırlanmış olabilir. Zira kanun

³⁵ Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. bs., On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 164.

³⁶ Andreas Abegg, Annemarie, Thatcher, "ReviewEssay – Freedom of Contract in the 19th Century: Mythology and the Silence of the Sources – Sibylle Hofer's Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, Sibylle Hofer, Freiheit ohne Grenzen?", *Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, Mohr (Siebeck)*, *Jus Publicum*, Vol. 53, Tübingen, 2001, ISBN 316-147576-3, (çevrimiçi) https://germanlawjournal.com/wp-content/uploads/GLJ_Vol_05_No_01_Abegg.pdf, 3 Mayıs 2020, s. 104, 210 nolu dn.

³⁷ Abegg, Thatcher, s. 106.

³⁸ Jan Busche, *Privat autonomie und Kontrahierungszwang*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, s. 105;

³⁹ Gauch, Schluep, Schmid, 622 nolu kenar notu.

⁴⁰ Kırkbeşoğlu, s. 3. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.12.2003 tarih ve 2003/4-693 Esas ve 2003/740 Karar sayılı kararı.

⁴¹ Francesko Messineo, "Batı Avrupa Memleketleri Hukukunda Akit Mefhumunun XX. Asırdaki Tekâmülü", Çev.: Haluk Tandoğan, *AÜHFD*, Y. 1960, C. 17, S. 1-4, s. 325; Gauch, Schluep, Schmid, 619 nolu kenar notu.

koyucunun her konuya –örneğin hukuka veya ahlak aykırı bir konuya- geçerlilik sağlamak isteyeceği düşünülemez⁴².

1.2.2. Türk Hukukunda İrade Muhtariyetinin Sınırları

İrade muhtariyetinin sınırsız olduğundan bahsedemeyiz⁴³. Çağdaş hukuk düzenlerinde dahi irade muhtariyeti ilkesi sınırsız olarak kabul görmemiştir. İrade muhtariyetinin sınırlandırılarak kabul gördüğü hukuk düzenlerinde, kişilere hukuk düzenleri tarafından devredilen, varlığı asıl, sınırlandırılması istisnai bir yetki olarak verilmektedir⁴⁴.

Türk Hukukunda da irade muhtariyeti ilkesini sınırlayan bazı istisnalar mevcuttur. Türk Borçlar Kanunu (TBK.) m. 26’da da belirtildiği gibi, kanun koyucu irade muhtariyetine bazı sınırlar getirmiştir⁴⁵. “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” demek suretiyle sözleşme özgürlüğü düzenlenmiş, “kesin hükümsüzlük” başlıklı m. 27/1’de ise “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” denilerek⁴⁶ sözleşme özgürlüğünün sınırları çizilmiştir⁴⁷. Yine bir Yargıtay kararında “*Sözleşmenin tarafları, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sözleşmenin konusu ve cezai şartın miktarını belirlemede özgür iseler de bu özgürlüğün sınırsız ve sonsuz*

⁴²Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, C. 1 Genel Hükümler, Sermet Matbaası, Ankara 1976, s. 240.

⁴³S. Reichle, R. Schister, “Sitten widrigkeit des Sex dienstleistungsvertrags?”, *ExAnte*, 2018, 2(2), (çevrimiçi) <https://ex-ante.ch/index.php/exante/article/view/57> 1 Mart 2020, s. 20; Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları: Özellikle BK. 65 Kuralı*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1976, s. 3; Altaş, *Kira*, s. 105; Sirmen, *Armağan*, s. 448; Başpınar, *Butlan*, s. 18; Mehmet Murat İnceoğlu, “Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, İstanbul 2000, s. 391-392; Ateş, *İrade*, s. 138; Derya Ateş, “BK. m. 65 Kuralı: Özel Olarak Genel Ahlaka Aykırı Amaçlarla Verilenlerin İade Edilememesi”, *Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan*, İstanbul 2008, s. 583; Ateş, *Dürüstlük*, s. 75; Kaşak, s. 74; Andreas Abegg, Die Ausdifferenzierung der Vertragsfreiheit im Wirtschaftsrecht, (erişim) http://doc.rero.ch/record/4793/files/1_Abegg_-_Vertragsfreiheit_KritV.pdf, 3 Temmuz 2020, s. 207.

⁴⁴Eren, *Borçlar Genel*, s. 367; Gülin Güngör, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2000, s. 75; Akipek, Küçükgüngör, s. 30.

⁴⁵Eren, *Borçlar Genel*, s. 297; Aytekin Ataay, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Birinci Yarım, 3. bs., Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981, s. 297; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 23. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 87.

⁴⁶Önceki Borçlar Kanunu’nda “kesin hükümsüzlük” yerine “batıl” kelimesi kullanılmıştır.

⁴⁷Madde metninde sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamanın özel olarak içerik özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olduğu görülmektedir; Kaşak, s. 75-76.

olduğu söylenemez.” demek suretiyle sözleşme özgürlüğünün sınırlarına dikkat çekmiştir⁴⁸.

Türk Borçlar Kanunu m. 26'daki “kanun” terimi, teknik anlamda kanun şeklinde daraltıcı bir yorumla anlaşılmamalıdır. Bu kavram genel prensiplerin mahkeme kararları yoluyla uygulanmasından, örf ve âdet hukukundan ve içtihatlarla yaratılan hukuktan doğan kurallar da dâhil olmak üzere tüm hukuk düzenini içerir⁴⁹.

Türk Borçlar Kanunu m. 26'da sözleşme özgürlüğünün kanunda öngörülen sınırlar içinde sınırlandırılması, Anayasada öngörülen sosyal devlet ilkesi ile de uyumludur. Zira özgürlüklerin temin edilmesi tek başına yeterli değildir, bunların sosyal devlet eliyle korunması da gerekir. Kanun koyucu ekonomik sistemin layıkıyla işleyebilmesi için sözleşme özgürlüğüne çeşitli sınırlandırmalar getirmiştir⁵⁰.

1.3. İrade Muhtariyetinden Doğan İlkeler

İrade muhtariyeti, sözleşme özgürlüğü ilkesi, eşitlik ilkesi ve şekil serbestisi ilkelerini meydana getirir. İrade muhtariyetinin çeşitli görünümüleri olmakla birlikte, hiç şüphesiz en çok uygulama alanı bulan görünümü sözleşme özgürlüğüdür⁵¹. Sözleşme özgürlüğünden başka, sözleşmelerin bağlayıcılığı ve sözleşmelerin nispiyeti ilkelerinin de irade muhtariyetinden doğduğu ifade edilmektedir⁵².

⁴⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.05.2013 tarih ve 2012/11-1601 Esas ve 2013/752 Karar sayılı kararı.

⁴⁹ Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, s. 224.

⁵⁰ Kaşak, s. 52-53.

⁵¹ Erdoğan, s. 11; Guillod, Steffen, Art 19-20 2,5 Kenar notu; Busche, s. 63; Çiçek Ersoy Artunç, “VertragsfreiheitsErscheinungsform der Privatautonomie im deutschen Zivilrecht”, *İUHFM*, 2008, C. 40, S. 57, s. 299, 302; Gauch, Schluep, Schmid, 612 nolu kenar notu; Tekinay vd., s. 363; Akbulut, s. 16-17; Kırkbeşoğlu, s. 23; Herdem Belen, *6098 sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh), Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borç İlişkisinin Hükümleri, (Bazı) Sona Erme Halleri*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 89; Ünal, s. 31; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*, 16. bs., Ekin Basım Yayın, Bursa, 2020, s. 191, 561; Akyol, s. 139; Eren, *Borçlar Genel*, s. 297-300; Bucher, E., *AT*, s. 87-88; Havutçu, s. 26; Mehmet Nuri Örs, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Emredici Hükümlere Aykırılık*, İstanbul, 2004, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 9.

⁵² Ateş, *Ahlak*, s. 35; Kırkbeşoğlu, s. 20.

1.3.1. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi

İrade muhtariyetinin Borçlar Hukuku alanına yansıma şekli sözleşme özgürlüğüdür (*vertragsfreiheit, libertécontractuelle, freedom of contract*). Bu ilke sayesinde kişiler borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içerisinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleyebilmektedirler⁵³.

En temel anlamda sözleşme özgürlüğü kişilerin sözleşme yapıp yapmamak konusunda özgür olmaları şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁴. Bir başka tanıma göre sözleşme özgürlüğü, tarafların yapacakları sözleşmenin konu ve kapsamını (içeriğini) serbestçe belirleyebilmeleridir⁵⁵. Hukuk düzeninin serbest olarak birbirleriyle muameleye giren kişilerin karşılıklı çıkarlarında adaletli bir denge kuracaklarını düşünür. Zaten sözleşme serbestisinin gerçek anlamı da budur⁵⁶.

Sözleşme özgürlüğü bireyin davranış özgürlüğünün, dolayısıyla hak ve fiil ehliyetinin olduğu gibi kişiliğin zorunlu bir sonucu ve uzantısı olarak kişinin temel hak ve özgürlüklerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bu noktadan hareketle denilebilir ki, sözleşme özgürlüğü ile hukuk düzeni kişilere sözleşmeye konu olabilecek ilişkilerini diledikleri gibi düzenlemek ve aralarında belirli sınırlar içerisinde geçerli olacak bir hukuk düzeni oluşturmak yetkisini vermektedir⁵⁷.

Busche'e göre sözleşme özgürlüğü, "çok taraflı kendi kendine belirleme özgürlüğü"dür⁵⁸. Sözleşme özgürlüğü ilkesinden, kişilerin özel anlaşmalarına hukuken bağlayıcı etki kazandırma yetenekleri anlaşılır⁵⁹. Hatta en geniş manada

⁵³ Ateş, *Borçlar*, s. 36-38; Gül Doğan, *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)*, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 35; Tekinay, vd., s. 363; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku: Özel Hükümler*, 8. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 20-49; Kılıçoğlu, s. 75; Reisoğlu, s. 133; Kocayusufpaşaoğlu, s. 501; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 12. bs., Adalet Yayınevi, Konya, 2020, s. 6; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 4. bs., Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 45; Eren, *Borçlar Genel*, s. 297-298, 300; Oğuzman, Öz, s. 23; Antalya, s. 53, s. 261; Başpınar, s. 14-16; Murat Aydoğdu, Nalân Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, 4. bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 12; Aydın Zevkliler, Emre, Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 20. bs., Vedat Kitapçılık, Ankara 2020, s. 7; İbrahim Kaplan, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi*, 3. bs., Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 19; Erman, s. 602; Kırkbeşoğlu, s. 23; Wolfgang Fikentscher, Andreas, Heinemann, *Schuldrecht*, De Gruyter Lehrbuch, Berlin, 2006, 112 nolu kenar notu;

⁵⁴ M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 26. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, 926 nolu kenar notu; Kılıçoğlu, *Borçlar*, s. 84.

⁵⁵ Reisoğlu, s. 133.

⁵⁶ Tunçomağ, s. 240.

⁵⁷ Eren, *Borçlar Genel*, s. 16-17; Kılıçoğlu, *Borçlar*, s. 73.

⁵⁸ "mehrseitiges Selbstbestimmung Instrumentarium": Busche, s. 104.

⁵⁹ Eren, *Borçlar Genel*, s. 300;

sözleşme özgürlüğü, sözleşme kapsamında zaman bakımından önce ifade bulunan tarafın sözleşmenin ifa edilebilir nitelikte olduğunu bilmesini (*security of exchange*) kapsamaktadır⁶⁰.

Gounot sözleşme özgürlüğünü en geniş manada söyle tarif etmiştir: “Sözleşmeler alanında irade her şey demektir. Sözleşmenin kuruluşunda olduğu kadar yorumunda da tek esas tarafların iradeleri aracılığıyla murat ettikleridir. Zira taraflar, istedikleri için, istedikleri zaman ve ancak istedikleri ölçüde sözleşmeyle kendilerini yükümlülük altına sokarlar”⁶¹.

Sözleşme özgürlüğü, kanunen sınırlanmayan ve engellenmeyen hukuki imkânlar çerçevesinde, kişilere borç sözleşmeleri yapma özgürlüğü yönünde hak verilmesidir⁶². Sözleşme özgürlüğü, tabii hukukun yasaklayıcı bir kuralı olmadıkça kişinin hürriyetinin ilke olduğu esasına dayanır⁶³.

Bir başka tanıma göre sözleşme özgürlüğü, hukuk düzeni tarafından getirilen sınırlar içerisinde uyuşan irade açıklamaları neticesinde hukuki etki doğurabilme yetkisidir. Yargıtay ise bir kararında⁶⁴ sözleşme özgürlüğünü, kişilerin diledikleri konuda, diledikleri ile sözleşme yapabilmesi şeklinde tanımlamıştır. Yargıtay’ın bu tanımı TBK. m. 26 ile de uyumludur. Gerçekten de hükme göre sözleşme özgürlüğü, kişilerin istedikleri sözleşmeyi, istedikleri içerikte yapabilmeleri olarak tanımlanabilir⁶⁵.

1.3.1.2. Çeşitli Hukuk Düzenlerinde Sözleşme Özgürlüğü

Batı Avrupa hukukunda sözleşme, aynı anda ilk temeli olan sözleşme özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırlarını çizen hukuki müdahale çerçevesine

⁶⁰ Richard Epstein A., “Contracts Small and Contracts Large”, *Contract Law Through the Lens of Laissez-Faire*, November 1996, s. 28.

⁶¹ Gounot’un tanımı için bkz. Süheyla Balkar Bozkurt, “Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan*, 2011/1, s. 157, 77 nolu dn.

⁶² Altaş, *Şekle Aykırılık*, s. 44.

⁶³ Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 4. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 57.

⁶⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.12.2003 tarih ve 2003/4-693 Esas ve 2003/740 Karar sayılı kararı.

⁶⁵ Kaşak, s. 56.

oturtulmuştur⁶⁶. Hatta Fransız Medeni Kanunu m. 1134'e göre, *hukuka uygun olarak kurulmuş sözleşmeler, onu yapanların kanunu sayılırlar*⁶⁷. Fransız hukukuna egemen bir diğer veciz söyleyiş ise, "sözleşme ile kararlaştırılan adildir." (*qui dit contractuel, dit juste*) sözüdür⁶⁸.

Alman Anayasa Mahkemesi tarafından irade özerkliği, liberal sosyal düzenin kurucu unsuru olarak kabul görmüştür⁶⁹. Bunun temelinde yatan tarihi süreçte baktığımızda özellikle liberal ekonomik anlayışın en parlak dönemini yaşadığı 1770-1870 yılları arasında⁷⁰, sözleşme kurumuna şekli bir önem atfedilerek tarafların anlaşmaya varmasının yeterli görüldüğü, anlaşmanın adil olup olmadığının dikkate alınmadığı bilinmektedir⁷¹. Böylece bu yıllarda tarafların sözleşme özgürlüğüne sahip olmaları yeterli görülmüş⁷², sözleşmenin tarafları zaten kendi menfaatlerini ön planda gözetecekleri için dışarıdan müdahalenin gereksiz olduğu sonucuna varılmıştır⁷³. "Sözleşme ile kararlaştırılan adildir." ilkesi de bu mantıktan gelmektedir⁷⁴. Bunun gibi liberal düşünce, "İrade mantıktan önce gelir." (*stat*

⁶⁶ Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, s. 162.

⁶⁷ Eren, *Borçlar Genel*, s. 19.

⁶⁸ Murat Aydoğdu, *Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 211; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, s. 163: Bu deyimde göre, sözleşmelerin içeriğini belirlemek kanun koyucunun ödevi olmadığı gibi, hakimler de edimlerin bir denge içinde olup olmadığını *a posteriori* kontrol edemez.

⁶⁹ BVergG, 81, s. 242, 252.

⁷⁰ Wolfgang Kilian, "Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem", *ArchivFürDieCivilistischePraxis*, 180 (1/2), 1980, s.47-83, (çevrimiçi) <http://www.jstor.org/stable/40995047>, 8 Ağustos 2020, s. 48. Kanada Yüksek Mahkemesi 1940 yılında verdiği *Christie v. York Corporation* kararında bir lokanta işletmecisinin Afrika kökenli bir müşterisine ırkı sebebiyle servis yapmaması üzerine müşterinin açtığı tazminat davasını sözleşme özgürlüğünü gerekçe göstererek reddetmiştir. Michael J. Trebilcock, "External Critiques of Laissez-Faire Contract Values", *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, Ed.: F. H. Buckley, Duke University Press, 1999, (çevrimiçi) ProQuestEbook Central, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/inonu/detail.action?docID=1167541>, 30 Mart 2020, s. 87.

⁷¹ M. Yeşim Atamer, *Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 16.

⁷² Claus-Wilhelm Canaris, "Wandlungen des Schuldvertragsrechts- Tendenzen zuseiner „Materialisierung"", *ArchivFürDieCivilistischePraxis*, 2000, 200 (3/4), 273-364, (çevrimiçi) <http://www.jstor.org/stable/40995723>, 10 Mart 2020, s.277-278; Atamer, *Genel İşlem Şartları*, s. 16.

⁷³ Russell Harn, "The Utilitarian Logic of Liberalism", *Ethics*, 1986, 97 (1), (çevrimiçi) <http://www.jstor.org/stable/2381406>, 10 Aralık 2018, s. 51; Kocayusufpaşaoğlu, Bölüm 40, Kenar Notu 5.

⁷⁴ Alfred Fouillée, *La sciencesocialecontemporaine*, 3. bs., Paris, 1897, (çevrimiçi) <https://archive.org/details/lasciencesociale00foui/page/410>, 3 Kasım 2019, s. 410. Eren'e göre, bu anlamda sözleşmeden bahseden aynı zamanda adaletten bahsetmiş olur, çünkü sözleşmeye dayanan şey aynı zamanda adildir; Eren, *Borçlar Genel*, s. 298; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, 515 nolu Kenar Notu; Abegg, Thatcher, s. 101, Atamer, *Genel İşlem Şartları*, s. 17; Ateş, *Ahlak*, s. 10 dn. 26; Kırkbeşoğlu, s. 19.

proratiōne voluntas) ilkesini benimsemiş⁷⁵, tarafların iradesinin mantıklı olup olmadığına ve tarafların fiilen sözleşme özgürlüğüne sahip olup olmadıkları gözetilmeksizin uygulanması gerektiği, taraf iradelerin her ne suretle olursa olsun herhangi bir sebepten ötürü müdahale edilmemesi gerektiği kabul edilmiştir⁷⁶.

Alman hukukunda sözleşme özgürlüğünün “kişiliğin serbestçe geliştirilme hakkı” ifadesinin içerisinde değerlendirildiği görülmektedir. Alman anayasasının “Yaşam hakkı, kişiliğin korunması, kişi özgürlüğü” başlıklı 2. maddesinde; “Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.” denmektedir. Kişilerin sahip olduğu fiil özgürlüğü ve ticaret serbestisi sonucunda devletin bir müdahalesi olmaksızın birbirleri arasında karşılıklı menfaatlerine en uygun şekilde kararlarını kendilerinin almaları ve sonuçlarına da kendi sorumlulukları altında katlanabilmeleri gerekmektedir⁷⁷. Yine Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında sözleşme özgürlüğünü, özgür toplum düzeninin yapı taşı olarak tanımlamıştır⁷⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, sözleşme özgürlüğünü özel hukukun temel özgürlüklerinin taşıyıcı sütunlarından biri olarak tanımlamıştır⁷⁹.

1.3.1.3. Sözleşme Özgürlüğünün Esası

Sözleşme özgürlüğü sözleşme hukukunun esas çıkış noktası ve çok atıf yapılan merkezi bir ilkesi olması ile birlikte temelini irade muhtariyeti ilkesinden almaktadır⁸⁰. Sözleşme özgürlüğü, sözleşme hukukunun “temel kavramı” (*Kernprinzip*) ve “temel ilkesi” (*Grundprinzip*, *Grundsatz*) olarak nitelendirilmektedir⁸¹. Bir diğer deyişle, sözleşme özgürlüğü, irade muhtariyetinin

⁷⁵ Stefan Bechtold, “Die Grenzzwängenden Vertragsrechts”, *Einrechtsökonomischer Beitrag zu einer Rechtsetzungslehre des Privatrechts*, Mohr Siebeck, 2010, ProQuest Ebook Central, (çevrimiçi) <https://ebookcentral.proquest.com/lib/inonu/detail.action?docID=872806> 10 Kasım 2019, s. 1; Kırkbeşoğlu, s. 19, 72 nolu dn.

⁷⁶ Canaris, s. 277-278.

⁷⁷ Tütüncübaşı, s. 18.

⁷⁸ BverfGE 81, 242.

⁷⁹ BGE 129 III 276 E. 3. 1.

⁸⁰ Gauch, Schlupe, Schmid, 612 nolu kenar notu; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, 514 nolu kenar notu.

⁸¹ Başpınar, *Butlan*, s. 16; Kaşak, s. 44.

Borçlar Hukuku alanında sözleşmelere ilişkin olmak üzere somutlaşmış şeklidir⁸². Aynı zamanda sözleşme özgürlüğü Türk ve İsviçre Borçlar Hukukunu şekillendiren temel bir ilke olarak hatta bu hukuk düzenlerinin temel sütunlarından biri olarak⁸³ karşımıza çıkmaktadır⁸⁴.

Sözleşme özgürlüğü sık kullanılan temel bir özel hukuk kavramı olmakla birlikte, sözleşme özgürlüğünün anlamı üzerinde dahi birçok farklı görüş bulunmaktadır. Bu durum Borçlar Kanunu düzenlemesine de yansımıştır. Gerçekten de TBK’da sözleşme özgürlüğü ilkesinin anlamı açık değildir. TBK’da sözleşme özgürlüğü kavramının geçmediğini öncelikle belirtelim. Kanun koyucunun bu tutumunu, kavramın şartlarının ve özelliklerinin belirlenmesini, öğreti ve içtihatlarla bırakması şeklinde yorumlayabiliriz⁸⁵.

Sözleşme özgürlüğünün esasını, fertlere aralarındaki hukuki ilişkileri düzenleme yetkisini veren irade muhtariyeti doktrininde aramak lâzımdır⁸⁶. Kişilere hukuki ilişkilerini, serbest iradeleri ve kendi sorumlulukları altında, diledikleri gibi düzenleme imkânı tanıyan irade muhtariyeti ilkesinin Borçlar Hukuku alanındaki yansıması sözleşme özgürlüğü ilkesidir⁸⁷. Hatta bir görüşe göre, irade muhtariyeti prensibi sözleşmeler dikkate alındığında sözleşme özgürlüğü olarak da ifade edilebilir⁸⁸.

İrade muhtariyeti pratik olarak sözleşme kurumu vasıtasıyla kullanılmaktadır⁸⁹. Bu nedenle de Borçlar Hukuku alanında irade özgürlüğü ilkesinden doğan ilkelerden biri olan sözleşme özgürlüğü, irade özgürlüğü kavramı ile çok yakın anlamda ve hatta bazı yazarlar tarafından eş anlamlarda

⁸² Erman, s. 602; Bucher, E., AT, s. 87, 95; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, s. 514 nolu kenar notu; Oğuzman, Öz, s. 24; Kocayusufoğlu, 40. Bölüm, 1 nolu kenar notu; Tekinay, vd., s. 363; Eren, Borçlar Genel, s. 16; Ali Naim İnal, Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 76; Ateş, *Dürüstlük*, s. 77; İrfan Şahin, *Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları*, İstanbul, 2008 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 11; Kaşak, s. 46.

⁸³ Kaşak, s. 51.

⁸⁴ Eugen Bucher, “hundertjahreschweizerischesObligationenrechts: Wostehenwirheute im Vertragsrecht?”, *ZSR*, 1983, II, (çevrimiçi) http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/29.pdf, 04.07.2019, s. 316; Steffen, Guillo, Art 19-20, 5 nolu kenar notu; Eren, *Borçlar Genel*, s. 297; Ünal, s. 30; Atamer, *Genel İşlem Şartları*, s. 9-10; Başpınar, *Butlan*, s. 15.

⁸⁵ Kaşak, s. 54-55.

⁸⁶ Turhan Esener, Fatih Gündoğdu, *Borçlar Hukuku*, Cilt I, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2017, s. 210.

⁸⁷ Hasan Karakılıç, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları*, 2. bs., Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 51.

⁸⁸ Oğuzman, Öz, s. 24.

⁸⁹ Eren, *Borçlar Genel*, s. 298; Akbulut, s. 17; Havutçu, s. 26.

kullanılmaktadır⁹⁰. Bunun nedeni, kişilerin özel borç ilişkilerini düzenlerken hukuki araç olarak daha çok borç sözleşmelerini kullanmalarıdır⁹¹. Öğretide her iki kavramın birbirlerinin ikamesi olarak kullanılması, bireylerin özel hukuk ilişkilerini düzenlemek için yoğun bir şekilde sözleşme özgürlüğünden yararlanmalarıyla açıklanabilir⁹².

Fakat bazı yazarlara göre irade muhtariyeti ile sözleşme özgürlüğü birbirinden farklı kavramlardır ve karıştırılmaması da gerekir. Sözleşme özgürlüğü TBK m. 26'da sarahaten kabul edilen ve bu sebeple, pozitif hukuk bakımından kabul gören bir kaide iken, irade muhtariyeti bu kaideyi izaha yarayan bir felsefi görüştür. Bu nazariyeye göre, insan hürdür, o kanunla veya kendi hukukî iradesi ile bağlı olabilir; fakat esasında kanunun insan iradesinin mahsulü olduğu düşünülecek olursa, “insan hürdür, sadece kendi iradesi ile bağlı olabilir”, demek mümkündür⁹³. Bir başka deyişle, sözleşme özgürlüğü irade muhtariyetinin felsefi temelinin tesis edilebilmesi için hukuki bir araçtır⁹⁴.

İrade muhtariyeti ile sözleşme özgürlüğünü eş anlamlı kabul etmek irade muhtariyetini sınırlamak anlamına gelir. Zira sözleşme özgürlüğü dışında örgütlenme özgürlüğü, bir diğer deyişle kişilerin kendi düşünceleri ile anlaşmaları ve ortaklıklar kurmaları, yine vasiyet yoluyla tasarrufta bulunmaları sonucunda kendi iradeleriyle ölümlerinden sonra kimlerin ne oranda mirasçı olacaklarının tayini irade muhtariyetinin bir sonucudur. Sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshi gibi tek taraflı hukuki işlemler de irade muhtariyetinin bir sonucudur⁹⁵.

1.3.1.4. Sözleşme Özgürlüğünün Kapsamı

Sözleşme yapmak isteyen tarafın sözleşmenin hükümlerini ve şeklini belirleme yetkisi sözleşme özgürlüğünün kapsamına girer. Borçlar Hukukunda

⁹⁰ Ateş, *Borçlar*, s. 36; Eren, *Borçlar Genel*, s. 269; Tekinay vd., s. 363; Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 119.

⁹¹ Eren, *Borçlar Genel*, s. 269.

⁹² Eren, *Borçlar Genel*, s. 16, s. 300; Başpınar, *Butlan*, s. 17; Bucher, E., *AT*, s. 87, 95; Tekinay vd., s. 363; Mehmet Altunkaya, *Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 67; Şahin, s. 10-11.

⁹³ Erman, s. 602.

⁹⁴ Altaş, *Kira*, s. 104; Erman, s. 602; Sirmen, *Armağan*, s. 446.

⁹⁵ Ömer Arbek, *Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 24.

sözleşme özgürlüğü, “düzenleme veya tip serbestisi” olarak da anılmaktadır. Zira bu ilke uyarınca taraflar bir sözleşmeyi yapıp yapmamakta, yapılmak istenen sözleşmeyi istenilen tip ve içerikte yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve kurulmuş olan bir sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğüne sahiptir⁹⁶. Bir yazara göre sözleşme özgürlüğü, “uzlaşarak kendi kaderini belirleme ilkesi” (*der Grundsatz der einvernehmlichen Selbstbestimmung*) olarak da adlandırılabilir⁹⁸. Tek taraflı hukuki işlemlerde ise irade muhtariyetinin çok sınırlı bir işlevi olduğundan bahsedilmektedir⁹⁹.

Tip serbestisi tarafların akdedebilecekleri sözleşme tiplerinin kanunda sınırlı sayıda (*tahdidî, numerus clausus*) belirlenmediğini, yani isimsiz sözleşmelerin tesis edilebileceğini, ayrıca kanunda sayılmış olan tiplerin ise dışına çıkılmaz bir çerçeve çizmediğini belirtmektedir¹⁰⁰. Başka bir deyişle TBK’da sayılan sözleşme tipleri tahdidî değil tadadî olarak sayıldığından en basit şekliyle kanunda yer almayan bir sözleşme tipinin geçerli olarak kurulabilmesi mümkündür¹⁰¹. Durumun Borçlar Hukuku açısından böyle kabul edilmesinin nedeni ise Borçlar Hukuku sözleşmelerinin üçüncü kişilerin ve kamunun menfaatlerini ilgilendirmemesidir. Dolayısıyla kanunun taraf iradelerini sınırlamasını veya iradelerinin önüne geçmesini gerektiren bir durum da bulunmamaktadır¹⁰².

⁹⁶ Aral, s. 50; Zevkliler, s. 35-37; Başpınar, s. 17; Oğuzman, Öz, s. 23-24; Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 119.

⁹⁷ Kanunumuzda tip serbestisi TBK m. 26’nın tabii sonucu olarak görülmektedir. Halbuki, 1942 İtalyan MK. m.22/2’de bu prensip sarahaten belirtilmiştir. Bu maddeye göre: "Taraflar, ayrıca tanzim edilmiş olan tiplere dâhil bulunmayan akitleri de yapabilirler; ancak bunlar, hukuk nizamınca himayeye layık menfaatleri gerçekleştirmeye matuf bulunmalıdır".

⁹⁸ Guillo, Stufen, 20 N 6.

⁹⁹ Eren, *Borçlar Genel*, s. 298.

¹⁰⁰ Gauch, Schluep, Schmid, 626 nolu kenar notu; Kocayusufpaşaoğlu, 42. Bölüm 3 nolu kenar notu; Antalya, s. 75.

¹⁰¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 26.10.1978 tarih ve 1977/13113Esas ve 1978/12134 Karar sayılı kararı; Saibe Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, *İÜHF*, 1996, C. 55, S. 1-2, s. 267; Tekinay vd., s. 56; Kocayusufpaşaoğlu, 42. Bölüm 3 nolu kenar notu; Eren, *Borçlar Genel*, s. 207, 316-317; Gauch, Schluep, Schmid, 626 nolu kenar notu; Turgut Uygur, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 3. Bs., C. 1, m. 1-236, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 318.

¹⁰² Kaşak, s. 69.

1.3.1.5. Sözleşme Özgürlüğünün Uygulanma Alanı

Sözleşme özgürlüğü ilkesi genel olarak Borçlar Hukuku alanında uygulanır. Diğer alanlarda (aile hukuku, miras hukuku, aynî haklar) tamamen veya kısmen değiştirilmesi mümkün olmayan sözleşme tipleri vardır. Örneğin evlenme veya evlat edinme tek tip olarak kanunda düzenlenmiştir. Menkul veya gayrimenkul mallar üzerinde sahip olunabilecek aynî haklar da kanunda gösterilmiştir. Taraflar serbest iradeleriyle kanunda gösterilenlerin dışında aynî hak tesis edemezler¹⁰³.

Sözleşme özgürlüğü kavramını TMK ve TBK'nın farklı uyguladığını söylemek yanlış olmaz¹⁰⁴. Zira sözleşme özgürlüğü diğer medeni hukuk dallarının aksine Borçlar Hukuku alanında büyük ölçüde uygulama alanı bulmaktadır¹⁰⁵.

Eşya hukuku bakımından durum farklıdır. Eşya hukukuna hâkim ilkelerden olan “*numerus clausus*” (kapalı sayı) ilkesi gereği, sadece Medeni Kanunda yazılı tipte sözleşme yapılabilir. Buna kısaca tip mecburiyeti ilkesi (*tipe bağlılık, Typenzwang, Prinzip der Typengebundenheit*) denir. Eşya hukukunda kanun koyucu, söz konusu olabilecek irtifak haklarını ve bunların sınırlarını çizmiş; ancak bunların içlerinin doldurulması hususunda taraflara sınırlı da olsa bir serbesti tanımıştır¹⁰⁶. Bir başka deyişle Borçlar Hukukunun aksine eşya hukuku aynı hakların tipe bağlılığı ilkesi etrafında şekillenmiştir¹⁰⁷.

Aynı şekilde aile hukuku, kişiler hukuku ve miras hukuku sözleşmelerinde sınırlı sayı ilkesi gereği tip serbestisi bulunmamaktadır¹⁰⁸. Bu doğrultuda aile hukukunda eşler arasındaki mal rejimleri de sınırlı sayıda düzenlenmiştir¹⁰⁹.

Sözleşme özgürlüğü başlıklı TBK. m. 26'daki “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” hükmünün TMK'daki karşılığı olarak görülen “eşlerin hukuki işlemleri” başlıklı m. 193'e göre, “*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle*

¹⁰³ Reisoğlu, s. 133, 2 nolu dn.

¹⁰⁴ Akyol, **Medeni**, s. 160-161.

¹⁰⁵ Tunçomağ, s. 246.

¹⁰⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 14.05.1974 tarih ve 1973/2094 Esas ve 1974/2496 Karar sayılı kararı.

¹⁰⁷ Gauch, Schlupe, Schmid, 626 nolu kenar notu; Antalya, s. 369.

¹⁰⁸ İnan, s. 138, Eren, **Borçlar Genel**, s. 293, Deryal, s. 45, 13 nolu dipnot; Ateş, **Borçlar**, s. 42, 119 nolu dipnot.

¹⁰⁹ Kaşak, s. 67.

her türlü hukukî işlemi yapabilir.” demek suretiyle, TMK’da eşlerin birbirleriyle ya da üçüncü kişilerle olan hukuki işlemlerinde sözleşme özgürlüğü ilkesi kabul edilmiştir¹¹⁰.

Eşlerin seçimlik mal rejimlerinden birini seçmek üzere mal rejimi sözleşmesi yapmaları ya da uygulanacak mal rejiminde kanunun izin verdiği ölçüde değişiklik yapabilmeleri de sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilir¹¹¹. Fakat burada belirtilen sözleşme özgürlüğü TBK’daki sözleşme özgürlüğünden farklıdır. Zira TBK’da bildirilen sözleşme özgürlüğü tam ve sınırsız bir mana ifade etmekte, TMK ise sınırlı bir vaziyet arz etmektedir¹¹². Aile hukuku, toplumun temeli olan ailenin korunması amacıyla emredici nitelikte düzenlenmiş olup eşler yalnızca izin verilen alanlarda sözleşme yapabilirler. Örneğin eşlerin ortak bir aile soyadı seçmesi veya müşterek çocukların velayeti konusunda anlaşmaları mümkün değildir¹¹³.

Eşlerin üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeler ise TBK m. 26’ya tabidir. Ancak eşlerin evlilik birliğini ve aileyi korumak amacıyla evliliğin genel hükümlerine ilişkin bölümde (TMK. m. 185 vd.) çeşitli sınırlamalar getirilmiştir¹¹⁴. Bunlar dışında bir sınırlama ise TBK m. 584 hükmü ile getirilmiştir. Buna göre, eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça ancak diğerinin rızasıyla kefil olabilir. Eş, diğer eşin üçüncü kişiye kefil olmasını istiyorsa sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç kurulması anında yazılı rıza vermiş olmalıdır.

TMK. m. 203’ e göre, eşler veya nişanlılar mal rejimi sözleşmesi ile kanunda yer alan mal rejimlerinden birini seçebilir, kaldırabilir veya bu rejimin hükümlerini değiştirebilir¹¹⁵. Bu düzenlemenin genel sınırı ise söz konusu mal rejiminin genel düzenleme biçimi ve ruhudur. Çünkü eşler yapacakları düzenlemeler ile mal

¹¹⁰ Ayşen Şahinci, “Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması (TMK. m. 199)”, *AÜHFD*, C. 59, S. 2, Y. 2010, s. 311.

¹¹¹ Arzu Oğuz, “Die Errungenschaftsbeteiligung als der neue ordentliche Güterstand des türkischen Zivilgesetzbuchs”, *AÜHFD*, C.4, S. 2, Y. 2007, s. 135.

¹¹² Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 13.05.2013 tarih ve 2012/13166 Esas ve 2013/7003 Karar sayılı kararı; Yusuf Uluç, *Mal Rejimleri ve Tasfiyesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 458-460.

¹¹³ İpek Betül Aldemir, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 10.

¹¹⁴ Bu sınırlamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aldemir, s. 10 vd.

¹¹⁵ Mal rejimi hükümlerinde değişiklik yapılması halinde bu sözleşmeler “ayrıntı sözleşmeler” olarak adlandırılır: Yaşar Şahin Anıl, Yonca Taner, *Eşler Arasındaki Mal Rejimleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 34.

rejiminin esas ve amacına aykırı kural koyamazlar¹¹⁶. Kanunda belirtilen sınırı aşan bir düzenleme, eşler tarafından benimsenmek istenirse noter bu anlaşmanın onaylanmasını reddetmelidir¹¹⁷. Bunun gibi, eşler kanunda sayılı mal rejimleri dışında kendi oluşturdukları bir mal rejiminin evlilik birliğine uygulanmasını veya kanunda yer alan mal rejimlerinin belirli hükümlerinin karma surette uygulanmasını kararlaştıramaz. Örneğin, yönetim, yararlanma ve tasarruf hakkında mal ortaklığı rejiminin, alacaklılara karşı sorumlulukta mal ayrılığı rejiminin, aile konutunun özgülenmesinde paylaşımlı mal ayrılığı rejiminin, katılma alacağının tespitinde ise edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması gibi bir uygulama kararlaştıramazlar¹¹⁸.

1.3.1.6. Sözleşme Özgürlüğünün Görünüm Şekilleri

Sözleşme özgürlüğünün çeşitli alt ayrımları bulunmaktadır. İsviçre hukukuna göre sözleşme özgürlüğü; sözleşme yapma özgürlüğü (*Abschlussfreiheit*), sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü (*Partnerwahlfreiheit*), sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü (*Inhaltsfreiheit*), sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğü (*Formfreiheit*) ve sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğü (*Aufhebungsfreiheit*) olarak sınıflandırılmaktadır. Yargıtay'ın da aynı doğrultuda kararları¹¹⁹ bulunduğu gibi öğretide de genellikle aynı sınıflandırma yapılmaktadır¹²⁰.

¹¹⁶ Anıl, Taner, s. 45.

¹¹⁷ Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Kanun'umuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, 3. bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 201.

¹¹⁸ Aldemir, s. 14.

¹¹⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.12.2003 tarih ve 2003/4-693 Esas ve 2003/740 Karar sayılı kararı.

¹²⁰ Erdoğan, *Borçlar*, s. 11; Guillod, Steffen, Kenar Notu 6, 28; Busche, s. 64-65; Kocayusufpaşaoğlu, 40. Bölüm 4. Kenar notu; Hatemi, Gökyayla, s. 8. Bölüm, 2-10 nolu kenar notu; Eren, *Borçlar Özel*, s. 18-19, *Borçlar Genel*, s. 300; Tekinay vd., s. 362; Kılıçoğlu, *Borçlar*, s. 84 vd.; İnan, Yücel, s. 226; Bucher, E., *AT.*, s. 89 vd.; Fikentscher, Heinemann, 111 nolu kenar notu vd.; Peter Bydlinski, *Bürgerliches Recht I*, Allgemeiner Teil, Wien 2013, 5/21 nolu kenar notu vd.; Havutçu, s. 27; Gauch, Schluep, Schmid, 613-618a nolu kenar notu; Antalya, s. 73-75, 357; Akbulut, s. 20-21; Ercoşkun Şenol, s. 712 vd.; Nil Karabağ Bulut, *Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 5; Başpınar, *Butlan*, s. 17; Hasan Ayrancı, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", *AÜHF*, C. 52, S. 3, Y. 2003, s. 229; Ahmet Battal, "Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları", *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I Bildirimler-Tartışmalar*, Ankara, 2001, s. 48-50; Muhittin Astarlı, *İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi)*, 2. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 16; Mehmet Üçer, *Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşmelerin Kısmi Butlanı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 27 vd.; Ersoy Artunç, s. 303 vd.; Örs, s. 10 vd.; Şahin, s. 12 vd.

1.3.1.6.1. Sözleşme Yapma Özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğünün en temel görünümü¹²¹ olan sözleşme yapip yapmama özgürlüğü (*inikate serbestisi-Abschlussfreiheit-la liberté de conclure un contrat-la liberté de contracter*) ile bir kişi dilediği kimse ile dilediği sözleşmeyi yapmakta serbest olduğu gibi istemediği bir sözleşmeyi de yapmak zorunda değildir¹²². Kimse bir başkasını sözleşme yapmaya zorlayamayacağı gibi bu konuda ona karşı baskı da yapamaz. Yapılmak istenen sözleşme gerçekte kişinin aleyhine sonuçlar doğurup açıkça onu zarara sokuyor olsa; ya da tam aksine yapılmak istenmeyen sözleşme kişinin geçekten lehine bir durum yaratacak olsa dahi, bireyin bu özgürlüğüne müdahale edilemez¹²³.

TBK’da sözleşme yapma özgürlüğünden açıkça bahsedilmiş değilse de, sözleşme yapip yapmama özgürlüğü söz konusu olmaksızın anayasal bir hak olan sözleşme özgürlüğünden bahsetmek mümkün değildir¹²⁴. Zira kişilerin bir sözleşme yapmaya zorlandığı ya da belli bir sözleşmeyi yapmaktan alıkonulduğu hukuk düzenlerinde sözleşme özgürlüğü ilkesinden bahsedilemez¹²⁵.

Sözleşme yapma özgürlüğü, kişinin sözleşme yapmak hususunda serbest iradesiyle karar verebileceği; yani bir sözleşmeyi yapmak konusunda özgür olduğu ve sözleşme yapmaya zorlanamayacağı anlamına gelir¹²⁶. Sözleşme yapma özgürlüğüne sözleşmenin kurulduğu yeri ve kurulma zamanını seçme özgürlüğü de dâhildir¹²⁷.

¹²¹ Kılıçoğlu, *Borçlar*, s. 84; Örs, s. 12.

¹²² Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku: Özel Hükümler*, 16. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 14; Oğuzman, Öz, s. 23; Eren, *Borçlar Genel*, s. 301; Erman, s. 603; Kılıçoğlu, *Borçlar*, s. 76; Reisoğlu, s. 133, dn. 1; Antalya, s. 53, 261; Kaplan, *Sözleşme*, s. 19; Kocayusufpaşaoğlu, s. 505; Aydoğdu, Kahveci, s. 14; Tekinay vd., s. 365; Zevkliler, Gökyayla, s. 8; Ayan, *Borçlar*, s. 6; Eren, *Borçlar Özel*, s. 50; Ateş, *Borçlar*, s. 40-41; Şenol, s. 712; Hatemi, Gökyayla, s. 60-61.

¹²³ Ateş, *Borçlar*, s. 41.

¹²⁴ Şenol, s. 712.

¹²⁵ Akipek, Küçükgüngör, s. 31.

¹²⁶ Oğuzman, Öz, s. 24; Ercoşkun Şenol, s. 712; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, 546 nolu kenar notu; Eren, *Borçlar Genel*, s. 301; Erman, s. 603; Antalya, s. 357; Ateş, *Dürüstlük*, s. 79; Bucher, *E., AT*, s. 89-90; Fikentscher, Heinmann, 112 nolu kenar notu; İnceoğlu, s. 394; Örs, s. 12; Kaşak, s. 57; Selahattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 115.

¹²⁷ Kaşak, s. 58.

Bu serbestiyi sözleşme yapıp yapmama¹²⁸ ve sözleşmenin tarafını seçme şeklinde de tarif edebiliriz¹²⁹. Süresi sona ermiş sözleşmeyi yenilememe, şartların gerçekleşmesi halinde feshetme özgürlüğü de bu kapsam içinde değerlendirilebilir¹³⁰.

Sözleşme yapma serbestisinin bulunmadığı, yani bir sözleşme kurmayı reddetme yetkisinin bulunmadığı yerde, kişilerin sözleşme konusu üzerinde de bir etkide bulunmaları olanaksız, hiç değilse tamamen sınırlıdır. Bu nedenle sözleşme yapma serbestisinin sözleşmenin konusunu belirleme serbestisinin mevcudiyetine olanak tanıdığını söylemek yanlış olmaz¹³¹.

1.3.1.6.2. Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Sözleşme serbestisinin sınırlanması özellikle sosyal adalet ve ekonomik ihtiyaçların zorunlu gereği olarak kanunların kişilere bir sözleşme yapma zorunluluğu yüklediği hallerde ortaya çıkmaktadır¹³².

Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, özellikle ekonomik gücün kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla modern hukuk sistemlerinde mutlak olarak kabul edilmemiş, bazı sınırlamalar getirilmiştir. Ancak getirilen sınırlamaların istisnâ olduğunu hemen belirtelim. Bu sınırlamalar sosyal ve ekonomik adaleti gerçekleştirmeye yönelik olup sözleşme yapma zorunluluğu olarak karşımıza çıkmaktadır¹³³.

¹²⁸ Sözleşme yapmama hakkı konusunda şu iki örnek verilebilir: İsviçre Federal Mahkemesi, aleyhinde eleştiri yazan bir gazeteciyi sinemasına kabul etmeyen işletme sahibinin davranışını, gazeteci için hayati önemde bir hizmetten yoksun bırakma olarak görmeyerek onaylamıştır (BGE 80 II 26 VD.). Alman imparatorluk mahkemesi, bir tiyatro eleştirmenini, eleştirileri dolayısıyla tiyatroya kabul etmemeyi haklı görmüştür (RGZ 133, s. 388).

¹²⁹ Oğuzman, Öz, s. 24.

¹³⁰ Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, s. 171-172.

¹³¹ Tunçomağ, s. 240.

¹³² Esener, Gündoğdu, s. 212.

¹³³ Akipek, Küçükgüngör, s. 31.

Sözleşme özgürlüğü ilkesine göre kural olarak bir kişinin diğer bir kişi ile sözleşme yapmaya zorlanması mümkün değildir¹³⁴. Bu kuralın istisnasını *sözleşme yapma zorunluluğu* (kontrahierungszwang-kontrahierungspflicht- *l'obligation de conclure- l'obligodicontrarre*) oluşturmaktadır^{135 136}. Esasen sözleşme yapma zorunluluğu bir yandan sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünü, diğer yandan sözleşmenin karşı tarafını seçme ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüklerinin de istisnasını oluşturmaktadır¹³⁷. Zira bir kişi için dilediği kimse ile sözleşme yapma imkânı mevcut ise ya da sözleşme yapmak zorunda olduğu kişi ile dilediği sözleşmeyi yapma özgürlüğü mevcut ise, artık sözleşme yapma zorunluluğu tek başına bir anlam ifade etmeyecektir¹³⁸.

Sözleşmenin konusunu belirleme özgürlüğü, sözleşme yapma özgürlüğünün varlığını zorunlu kılar. Dolayısıyla sözleşme yapma özgürlüğünün bulunmadığı durumlarda kişilere sözleşme kurma yetkisi verilmediğinden kişilerin sözleşme konusu üzerinde bir tasarrufta bulunabilmeleri de imkânsız hale gelir¹³⁹.

¹³⁴ Inceoğlu, s. 394; Esener, Gündoğdu, s. 211.

¹³⁵ Bu konuda bkz. Osman Berat Gürzumar, *Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006; Karakılıç, s. 53-54; Oğuzman, Öz s. 186 vd.; Ayrancı, s. 229-252.

¹³⁶ Rekabet Kurulunun 21.12.2000 tarih ve 00-50/533-295 sayılı kararında "satış yapma zorunluluğu" tabiri kullanılmaktadır: "...Serbest piyasa ekonomisi, teşebbüslerin özgürce karar almaları temeline dayanmaktadır. Bu nedenle serbest piyasa ekonomisinde teşebbüsler, istedikleri alıcılara ürün satabilecekleri gibi istemedikleri alıcılara ürün satmayabilirler. Diğer bir anlatımla teşebbüslerin her alıcıya mal veya hizmet satma zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna karşılık pazarların mümkün olduğunca rekabetçi bir yapıya kavuşturulması ve bazı kötüye kullanma hallerinin engellenmesi amacıyla bu ilkenin istisnaları olabilmektedir. Rekabet hukukunda, bir teşebbüsü belli müşteri veya müşteri gruplarına mal satmaya mecbur kılmanın çok sıkı ve sınırlı koşulları bulunmaktadır. Öncelikle mal satmaya zorlanan teşebbüs hâkim durumda bulunmalıdır. Alternatif temin kaynakları olacağından, hâkim durumda bulunmayan bir teşebbüse satış yapma zorunluluğu getirilmesi anlamsız olacaktır. Rekabet hukuku uygulamalarında, hâkim durumda olan bir teşebbüse ancak iki durumda satış yapma zorunluluğu getirilebilmektedir. Bunlardan birincisi, hâkim durumda olan teşebbüsten mal talebinde bulunan müşterinin, hâkim durumdaki teşebbüsün sürekli alıcısı durumunda bulunmasıdır. Satış yapmayı zorunlu hale getiren ikinci durum ise, bir teşebbüsün belli bir faaliyette bulunabilmesinin zorunlu unsuru olan temel kaynak faaliyetine hâkim durumdaki bir teşebbüsün sahip bulunmasıyla ilgilidir. Zorunlu unsur, bir faaliyette bulunabilmek için mutlaka yararlanılması gereken ve hâkim durumda bulunan teşebbüs dışında, söz konusu kaynak faaliyetin başka bir alternatifinin bulunmaması veya ekonomik ve rasyonel olarak yeni bir alternatif kaynağın oluşturulamaması anlamına gelmektedir. Bu şekilde bir temel kaynak faaliyetine sahip olan bir teşebbüs, imkânları nispetinde ve makul şartlarla her isteyene bu mal veya hizmeti satmak zorundadır...": (Çevrimiçi) <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=fd007da1-374f-4d47-bfb9-1f97d431ef2a> 12 Nisan 2020.

¹³⁷ Eren, *Borçlar Genel*, s. 279.

¹³⁸ Dieter Medicus, *Schuldrecht: ein Studienbuch*, 15. Neubearbeitete Aufl., München, Beck, 2010, s. 39-40.

¹³⁹ Tunçomağ, s. 240; Friedrich Kessler, Edith Fine, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study", *Faculty Scholarship Series*, 1964, (çevrimiçi) https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2724 20 Temmuz 2019, s. 2724.

Sözleşme yapma zorunluluğu kamu hukuku kökenli kanunlardan kaynaklanabileceği gibi özel hukuk kanunlarından da kaynaklanabilir. Sözleşme yapma zorunluluğu, sosyal adalet görüşünün hâkim olduğu iş hukuku alanında dahi geçerlidir. Bununla birlikte işçinin ekonomik yönden daha zayıf durumda olduğu düşüncesinden hareketle sözleşme serbestîsi prensibi sınırlandırılmıştır. İş hukuku alanında sözleşme serbestîsinin sınırları hem özel hukuk alanında hem de kamu hukuku alanında çıkarılan mevzuat ile bir taraftan iş kanunları diğer taraftan toplu iş sözleşmeleri ile çizilmiştir¹⁴⁰. Bunun gibi miras paylaşımı¹⁴¹, paylı mülkiyetin paylaşımı¹⁴², komşular için zorunlu kaynak, mecra ve geçit hakkı tanıma yükümlülükleri¹⁴³ gibi özel hukuk karakterli sözleşmeler sözleşme yapma zorunluluğuna örnek gösterilebilir¹⁴⁴.

Sözleşme yapma zorunluluğunun dürüstlük kuralından doğması da mümkündür. Restoran, sinema, tiyatro gibi umuma açık yerlerde, haklı bir sebep olmadıkça, bu yerleri işletenlerin dürüstlük kuralından doğan sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu kabul edilir¹⁴⁵.

Dürüstlük kuralı bir sözleşmenin yapılmasını mecburi kılıyor ve buna rağmen sözleşme yapmaktan kaçınılıyorsa, bu kaçınmadan zarar görenin zararlarının

¹⁴⁰ Esener, Gündoğdu, s. 211; Turhan Esener, *İş Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 432, Ankara 1978, s. 33.

¹⁴¹ Osman Gökhan Antalya, İpek Sağlam, *Miras Hukuku*, 4. Bs., Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 449 vd; Rona Serozan, Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku*, 6. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 638 vd; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 10. bs, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 317 vd; Zahit İmre, Hasan Erman, *Miras Hukuku*, Der Yayınları, 15. bs., İstanbul, 2020, s. 461 vd; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş, Hakan Albaş, *Türk Medeni Kanunu: Miras Hukuku*, 10. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 550 vd; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku*, 10. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 298 vd; Bilge Öztan, *Miras Hukuku*, 11. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 435 vd; Mustafa Dural, M. Turgut ÖZ, *Türk Özel Hukuku, C. 4: Miras Hukuku*, 15. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 468 vd.

¹⁴² Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 22. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 274 vd.; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 5. bs., Yetkin yayınları, Ankara, 2020, s. 115 vd.; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 8. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 322, 330; Zekariya Kurşat, *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi*, Arıkan Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2008, s. 166 vd.

¹⁴³ Eren, *Mülkiyet*, s. 388-393; Sirmen, s. 468-475; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 467-474.

¹⁴⁴ Ayan, *Borçlar* s. 33, Deryal, Genç, s. 45, Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, 6. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 9, Tekinay vd., s. 365, Eren, *Borçlar Genel*, s.282; Haluk Tandoğan, *Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, s. 24; Ateş, *Borçlar*, s. 50. Yargıtay bu tür sözleşmeleri “iltihaki sözleşme” olarak değerlendirip sözleşme yapma zorunluluğu kapsamında olduğunu kabul etmiştir. 05.04.1944 tarih ve 4/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı; Hukuk Genel Kurulunun 13.05.1977 tarih 4-1976/480 sayılı kararı.

¹⁴⁵ Oğuzman, Barlas s. 292; Mustafa Dural, Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku C. 1: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, 15. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 235; Oğuzman, Öz, s. 185, s. 136; Medicus, s. 42 vd.; Hans Brox, *AllgemeinesSchuldrecht*, 35. neubearbeiteteAufl.München, Beck, 2011, s. 22.

tazminini talep edebileceği ve hatta sözleşme kurma yükümlülüğünün aynen ifası için mahkemeye başvurarak bir karar alabileceği ileri sürülmektedir¹⁴⁶. Başka bir görüşe göre, sözleşme kurma talebini reddetmek hakkın kötüye kullanılması niteliğindeyse, bu durum hukuka aykırı olduğundan, TBK m. 49/1'e göre haksız fiili tazminatı talep edilebilir¹⁴⁷. Bazı yazarlar ise sözleşme yapma zorunluluğu olduğu halde sözleşme yapmaktan kaçınmayı TBK m. 49/2'ye dayanarak kasten ahlaka aykırı davranışla başkasına zarar verme niteliğinde bir haksız fiil olarak değerlendirmektedirler¹⁴⁸. Sözleşme yapmaktan kaçınmanın TMK m. 24'teki şartların gerçekleşmesi ile kişilik haklarına bir saldırı teşkil ettiği hallerde, kusur ve zarar şartları aranmaksızın TMK m. 25'de düzenlenen saldırıya son verilmesi veya saldırının önlenmesi davalarının açılabilmesi de ileri sürülmektedir¹⁴⁹.

Sözleşme yapma zorunluluğunun söz konusu olabileceği bir diğer hal de, bir kişinin ileride belirli bir sözleşmeyi yapmayı vaat ettiği hallerdir¹⁵⁰. Bu vaat, sözleşmenin diğer tarafı lehine yapılabileceği gibi, bir üçüncü kişi lehine yapılmış da olabilir¹⁵¹. Bu vaadin yer aldığı sözleşme TBK m. 29'da *ön sözleşme* olarak adlandırılmaktadır¹⁵². Ancak bazı yazarlar sözleşme yapma vaadini sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran bir hal olarak kabul etmemektedir¹⁵³. Bir ön sözleşme ile yapmayı taahhüt ettiği asıl sözleşmeyi yapmaktan kaçınan kişiye karşı dava açılabilir. Bu halde hâkimin davacı lehine vereceği hüküm, davalının irade beyanı yerine geçer¹⁵⁴.

Sözleşme yapma zorunluluğu özellikle piyasada hâkim duruma sahip kişiler ve sözleşme yapmayı reddetmelerinin sundukları hizmete başvurmak zorunda olanlar

¹⁴⁶ Oğuzman, Öz, s. 187.

¹⁴⁷ Ayrancı, s. 249.

¹⁴⁸ Tandoğan, *Borçlar Özel*, s. 11; Eren, *Borçlar Genel*, s. 304, 306; Ayrancı, *Zorunluluk*, s. 241-242, 246-274; Erman, s. 607-608; Zevkliler, Gökyayla, s. 8.

¹⁴⁹ Antalya, s. 262-263; Kocayusufpaşaoğlu, s. 511; Ayrancı, *Zorunluluk*, s. 249.

¹⁵⁰ Doğan, *Ön Sözleşme*, s. 37; Kılıçoğlu, *Borçlar*, s. 76; Antalya, s. 54, 264; Oğuzman, Öz, s. 188; Eren, *Borçlar Genel*, s. 307; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, s. 172; Ataay, s. 253; Akipek, Küçükgüngör, s. 32.

¹⁵¹ Ayrancı, s. 161-168; Oğuzman, Öz, s. 188; Doğan, *Ön Sözleşme*, s. 63; Eren, *Borçlar Genel*, s. 308; Antalya, s. 264; Kocayusufpaşaoğlu, s. 104.

¹⁵² Ön sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, s. 135-136; Eren, *Borçlar Genel*, s. 285 vd; İnan, s. 161 vd; Ataay, s. 235; Tekinay vd., s. 142 vd.

¹⁵³ Erman, s. 603-604; Kocayusufpaşaoğlu, s. 100

¹⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 102; Doğan, *Ön Sözleşme*, s. 35-36; Antalya, s. 265; Şenol, s. 716.

açısından özgürlüğü zedeleyici bir sonuç doğuracağı kişiler için uygulama alan bulur¹⁵⁵.

Özellikle tekel durumundaki işletmelerin, haklı bir sebep bulunmadıkça sözleşme yapmaktan kaçınamayacakları, aksi takdirde sözleşme yapmama özgürlüklerini kötüye kullanmış olacakları kabul edilmektedir¹⁵⁶.

İmtiyazlı durumdaki havagazı, su, elektrik gibi işletmelerin kişiler arasında bir ayırım yapmadan sözleşme yapma zorunluluğu, engellilerin ve eski hükümlülerin istihdam edilmesi zorunluluğu gibi kamu hukuku kaynaklı sözleşmeler ile¹⁵⁷ sözleşme yapma zorunluluğu gündeme gelebilir. Eğer adı geçen kurumlar sözleşme yapıp yapmamakta serbest bulunsalardı, kişiler zor duruma sokulmuş olacaklar ve bu yüzden kendilerine karşı koşulmuş olan her koşulu kabul etmek zorunda kalacaklar veya sözü geçen hizmetlerden faydalanamayacaklardı¹⁵⁸.

Bunun gibi 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasında, "*Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz*" denmektedir. Satıcının işyerinde bulunan her malı satma zorunluluğu bulunmamakla birlikte özellikle stoku tükendiği halde vitrinde sergilenmeye devam edilen bu mal ile birlikte tüketicinin mağazaya çekilmesi ve dolayısıyla kötü niyetli pazarlama tekniklerinin önüne geçilmek istenmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında, "*Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz.*" Örneğin, bir otelin müşteri kabul etmemesi sadece haklı sebeplerin varlığı halinde mümkündür. Bunun gibi, tekel oluşturmuş rakipsiz işletmelerin mal ve hizmet sunmamaları ahlaka aykırılık nedeniyle kabul edilemez. Örneğin bir fırıncı veya lokantacı bir yerde rakipsiz çalışıyorsa ürettiği mal ve hizmeti bazı kişilere sunmaktan imtina ediyorsa, bu ahlaka aykırı bir davranıştır¹⁵⁹. TMK 2. maddesindeki dürüstlük kuralı da bunu gerektirir¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Tercier, Pichonnez, Develioğlu, s. 172.

¹⁵⁶ Oğuzman, Öz, s. 136; Tandoğan, s. 10; Tekinay vd., s. 365.

¹⁵⁷ Eren, **Borçlar Genel**, s. 304-305; Ayrancı, Zorunluluk, s. 236; Erman, s. 607; Aydoğdu, Kahveci, s. 14; Tekinay vd., s. 365; Oğuzman, Öz, s. 183-184; Kocayusufoğlu, s. 606; Antalya, s. 264; Ayan, **Borçlar**, s. 7; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 76; Ateş, **Borçlar**, s. 49; Şenol, s. 713; Tekinay, s. 118.

¹⁵⁸ Tunçoğlu, s. 241-242; Esener, Gündoğdu, s. 213.

¹⁵⁹ Madde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, s. 391-429; Eren, **Borçlar Genel**, s. 284; Ateş, **Borçlar**, s. 49.

¹⁶⁰ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 9-10; Oğuzman, Öz, s. 19.

Yine 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da düzenlenen rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve karar yasağı ile hâkim durumun kötüye kullanılması nedeniyle bazı durumlarda teşebbüsler için sözleşme yapma zorunluluğu doğabileceği belirtilmelidir¹⁶¹. Uygulamada hâkim durumdaki teşebbüslerin, diledikleri teşebbüslerle birlikte iş yapmayı seçmeleri ve diğer teşebbüslerle sözleşme yapmayı reddetmeleri¹⁶² olağan ve yaygın olarak görülmektedir¹⁶³. Hatta hâkim durumda olsalar bile, teşebbüslerin genellikle anayasal düzeyde korunan sözleşme yapma özgürlüklerinin, diledikleri teşebbüslerle sözleşme yapmama özgürlüğünü de kapsadığı kabul edilmektedir¹⁶⁴. Hâkim durumdaki teşebbüse getirilecek yükümlülüğün serbest piyasa ekonomisinin temelinde yer alan sözleşme özgürlüğüyle ve temel mülkiyet haklarıyla çelişmekte olduğu ifade edilmelidir¹⁶⁵.

Zorunlu sigortaları düzenleyen 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m. 13'te sigorta şirketlerinin faaliyet gösterdiği sigorta dallarının kapsamında bulunan zorunlu

¹⁶¹ İ. Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku Dersleri*, 7. Bs., Ekin Kitabevi, Bursa, 2020, s. 801; Pelin Güven, *Rekabet Hukuku*, 2. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 641-642; Nurkut İnan, Mehmet B. Piker, *Rekabet Hukuku El Kitabı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2007, s. 97; Ali Arıöz, Özgür Can Özbek, "Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar", *Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Ed. Kerem Cem Sanlı, İstanbul, 22 Haziran 2010, s. 371-418; Ali Demiröz, "Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hâkim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII*, Kayseri, 17-18 Nisan 2009, s. 317 vd; Gürzumar, *Zorunlu*, s. 217 vd; Ayrancı, *Zorunluluk*, s. 239-240; Oğuzman, Öz, s. 184.

¹⁶² Sözleşme yapmayı reddetme iki şekilde ortaya çıkabilmektedir. İlk olarak, hâkim durumdaki teşebbüs, sözleşme yapma talebini herhangi bir sebep göstermeksizin açıkça reddedebileceği gibi (*outrightrefusal*), buna eşdeğer şekilde aşırı fiyat gibi makul olmayan koşullar öne sürerek ya da oyalama taktikleriyle sözleşme yapmayı dolaylı olarak reddedilmektedir (*constructiverefusal*): OECD, dn. 3, s. 2.; Christophe Humpe, Cyril Ritter, "Refusal to Deal", *Global Competition Law Centre College of Europe, Bruges Dijver 11 GCLC Research Papers on Article 82 EC*, Temmuz 2005, BE-8000, Belgium, (çevrimiçi) <http://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20Research%20Papers%20on%20Article%2082%20EC.pdf>, 10 Temmuz 2019, s.134-165.

10 Temmuz 2019, s. 134. İkinci olarak, ilk bakışta önceki ayrıma benzetilebilecek ancak değerlendirme bakımından önemli bir fark yaratabilen bir başka ayrıma göre ise, reddetme koşulsuz (*unconditional*) ya da koşullu (*conditional*) olabilmektedir: OECD, dn. 3, s. 7. Hâkim durumdaki teşebbüsün herhangi bir şart öne sürmeksizin sözleşme yapmayı reddetmesi koşulsuz reddetme iken, hâkim durumdaki teşebbüsün sadece (alt pazarda) kendisiyle rakip olmayan teşebbüslerle sözleşme yapması ya da kendisinin rakibiyle iş yapan bir teşebbüsle sözleşme yapmayı reddetmesi koşullu reddetmeye örnektir: OECD, s. 9-11. Sözleşme yapmanın koşullu olarak reddedilmesi genel itibarıyla hâkim durumdaki teşebbüslere getirilen yasaklama kapsamındaki diğer dışlayıcı davranışlar (örneğin, bağlama ya da munhasırlık¹⁹) altında değerlendirilmektedir: US DOJ *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, September 2008, s. 119.

¹⁶³ OECD (2007); Roundtable on Refusals to Deal- Notebythe United States, DAF/COMP/WD (2007) 99.

¹⁶⁴ Gürzumar, *Zorunlu*, s. 42.

¹⁶⁵ Demiröz, s. 318.

sigortaları yapmaktan kaçınamayacakları bildirilmiştir. Anılan bu madde de sözleşme yapma zorunluluğunun örneklerinden birisidir.

Avukatlık Kanunu'nda da sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu haller mevcuttur. Kanunun 37 ve 42. maddelerine göre, baro başkanı tarafından görevlendirilen kimseler, haklı bir sebep bulunmadıkça iş sahipleri ile bir sözleşme yapmaktan kaçınamazlar. 37. maddeye göre, *“Avukat, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilir. Reddin, iş sahibine gecikmeden bildirilmesi zorunludur. İş iki avukat tarafından reddolunan kimse, kendisine bir avukat tayinini baro başkanından isteyebilir. (Değişik son fıkra: 2/5/2001- 4667/25 md.) Tayin olunan avukat, baro başkanı tarafından belirlenen ücret karşılığında işi takip etmek zorundadır”*. 42. maddeye göre, *“Bir avukatın ölümü veya meslekten yahut işten çıkarılması veya işten yasaklanması yahut geçici olarak iş yapamaz duruma gelmesi hallerinde, baro başkanı, ilgililerin yazılı istemi üzerine veya iş sahiplerinin yazılı muvafakatini almak şartıyla, işleri geçici olarak takip etmek ve yürütmek için bir avukatı görevlendirir ve dosyaları kendisine devir ve teslim eder.”*

1.3.1.6.2.1. Olağanüstü Zamanlarda Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Yasa koyucu bir sözleşme yapma zorunluluğu getirmekle, iktisadi buhranlar ve savaşlar sonucu kıtlaşan malların tamamen kaybolmasına engel olma, tarımsal üretimi kayıpsız ve saptanmış biçimde toplumun kullanımına sunma, kiralayana kiralık yerini bir kiracıya vermeye zorlama amacını güderek belli bir malın veya genel olarak bütün ihtiyaç maddelerinin kaybolması ihtimaline karşı onların eşit ve adil bir şekilde dağıtımını sağlamaya çalışmaktadır¹⁶⁶.

Birinci Dünya Savaşı hukukçulara sözleşme serbestisi prensibinin mutlak şekilde uygulanamayacağını göstermiştir. Kişilerin eşya ve yiyecek madde stoku yapmalarının önüne geçmek için devlet, liberalizm yerine güdümlü ekonomi sistemini benimsemiştir. Böylece kişilerin istedikleri şekilde sözleşme yapmalarının önüne geçilmiştir. İkinci Dünya Savaşı ile güdümlü ekonomi sistemi daha da fazla rağbet görmüştür¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Tunçomağ, s. 243; Tekinay, s. 118.

¹⁶⁷ Esener, Gündoğdu, s. 212.

Güdümlü ekonomik sistem ile sağlanmak istenen bir taraftan nadir bulunan malların stoklanmasına engel olmak, diğer taraftan zirai üretimin kamunun tüketimine düzenli bir şekilde dağıtımını sağlamaktır. Güdümlü ekonomi politikası tüketim maddelerinin ve ikamet yerlerinin düzenli şekilde dağıtımını öngörmektedir¹⁶⁸.

1940 yılında yürürlüğe konan Milli Koruma Kanunu ile haklı bir sebep olmaksızın bir malı satışa arz etmemek veya malın satışından kaçınmak yasaklanmıştır. 1960 yılında çıkarılan bir kararname¹⁶⁹ ile yürürlükten kaldırılan bu kanunda olduğu gibi ekonomik veya siyasi buhran veya savaş gibi olağanüstü durumlarda kanun koyucu sözleşme yapma zorunluluğu öngören düzenlemeler yapabilir¹⁷⁰. Adı geçen kanuna göre, hükümet belli yerleri sahiplerinden zorla kiralayabiliyor (m. 33), makine, alet edevat gibi üretim vasıtalarını (m. 17) ve kara ve deniz ulaştırma araçlarını değeri karşılığı olmak üzere zorla satın alabiliyordu (m. 36).

Halen yürürlükte olan Olağanüstü Hal Kanunu¹⁷¹ m. 8 ve m. 9'da da olağanüstü zamanlarda sözleşme yapma zorunluluğuna örnek teşkil edecek durumlar bulunmaktadır. Kanunun 8. maddesi çalışma zorunluluğu, 9. maddesi ise bazı malları satma zorunluluğuna ilişkin hükümler içermektedir.

1.3.1.6.2.2. Sözleşme Yapma Zorunluluğuna Benzer Haller

Öyle hukuki durumlar vardır ki, sözleşme yapma zorunluluğu hallerine çok benzerler, ancak bunların hüküm ve sonuçlar bakımından doğru değerlendirilmesi gerektiğinden çok dikkatle nitelendirilmesi gerekmektedir. Örneğin icaba bağlılık pratik yönden sözleşme yapma mecburiyetine benzer sonuçlar doğurur. Açık mağazalar, oteller, lokantalar, tiyatrolar müşteriyile sözleşme yapmaya mecburmuş gibi görünürler. Fakat onların böyle bir zorunluluğu yoktur, sadece umuma karşı öneri ile bağlıdırlar. Bu müesseseler diledikleri zaman kapılarını kapatabilir, sözleşme yapmamak yetkilerini kullanabilir. Ayrıca o yerde tek olsalar dahi sözleşme

¹⁶⁸ Esener, Gündoğdu, s. 214.

¹⁶⁹ RG. 13.09.1960, S. 10605, 5/322 Sayılı kararname.

¹⁷⁰ İnceoğlu, s. 405.

¹⁷¹ RG. 27/10/1983 Sayı: 18204, Kanun numarası: 2935.

yapmamaları kimsenin menfaatini etkilemediğinden sözleşme yapma zorunluluklarının olmadığı yönünde görüşler de bulunmaktadır¹⁷².

1.3.1.6.2.3. Sözleşme Yapma Zorunluluğuna Uymamanın Yaptırımı

Sözleşme yapma zorunluluğuna uymamanın yaptırımı, bu zorunluluğun kayanğına göre değişmektedir. Gerçekten de sözleşme yapma zorunluluğunun kanundan kaynaklandığı hallerde sözleşme yapma zorunluluğuna uymamanın yaptırımı, sözleşme yapma zorunluluğunun sözleşme özgürlüğünden kaynaklandığı hallerdekinden farklılıklar arz etmektedir.

1.3.1.6.2.3.1. Sözleşme Yapma Zorunluluğunun Kanundan Kaynaklandığı Hallerde

Sözleşme yapma zorunluluğunun bir kanun hükmünden kaynaklandığı durumlarda, zorunluluğa uymayan kişiye karşı kanundan doğan bu borcunu yerine getirmesi için aynen ifa davası açılabilir¹⁷³.

Sözleşme yapma zorunluluğunun kanun hükmünden kaynaklanmadığı hallerde ise bu zorunluluğa uymamanın yaptırımının ne olacağı doktrinde tartışmalıdır. Sinema, tiyatro, otel, lokanta gibi topluma sunulan hizmetler bakımından sözleşme yapma zorunluluğunu bazı yazarlar TBK m. 7/3 uyarınca umuma yapılmış bir icap saymakta olup sonuçlarını da buna göre değerlendirmektedirler¹⁷⁴. Doktrinde hâkim görüş, bu işletmeler ve özellikle tekel durumunda hizmet veren kuruluşların sözleşme yapmaktan kaçınmalarını “ahlaka aykırı bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet verme” şeklinde toplanmıştır.

¹⁷² Tunçomağ, s. 245; Ferit Hakkı Saymen, Halit K. Elbir, *Türk Borçlar Hukuku, C. 1*, İsmail Akgün Halk Kitabevi, İstanbul, 1958, s. 187; Ataay, s. 252; Esener, Gündoğdu, s. 214.

¹⁷³ Oğuzman, Öz, s. 137.

¹⁷⁴ Eren, *Borçlar Genel*, s. 285; Tekinay vd., s. 365 vd.; Tunçomağ, s. 245.

Sözleşme yapmaktan kaçınmanın TBK. m. 49 uyarınca bir haksız fiil teşkil ettiği kabul edilmektedir¹⁷⁵¹⁷⁶. Gerçekten de tiyatrolar, sinemalar, gazinolar gibi çeşitli ticaret yerlerinin sözleşme yapma yükümü yoktur. Hatta kişi için bunların sözleşme yapmayı reddetmeleri, çok ağır bir darbe teşkil etse bile durum böyledir. Çünkü bu gibi teşebbüslerden birinin sözleşme yapmayı reddetmesi, özel durumlar bu reddi ahlaka aykırılık şeklinde göstermedikçe, kişinin hayatî çıkarlarını zarara uğratmaz. Hatta bu teşebbüs o yerin tek tiyatrosu veya gazinosu olsa dahi durum değişmez¹⁷⁷.

Ayrıca topluma hizmet sunan umuma açık yerleri işletenler ve özellikle tekel durumundaki işletmeler açısından dürüstlük kuralından kaynaklanan bir icabı kabul borcunun doğduğu yönünde bir görüş daha bulunmaktadır¹⁷⁸. Ancak bu görüş sözleşmenin hiç kurulmamış olduğu iddiası ile hakkın kötüye kullanılması sonucu doğurabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Gerçekten de henüz kurulmamış bir sözleşmenin baştan itibaren hükümsüz sayılması mümkün değildir. Kabul beyanı yapılmadıkça sözleşmenin kurulmayacağı da göz önünde bulundurulursa, dürüstlük kuralından kaynaklanan sözleşme yapma borcuna aykırılık halinde karşı tarafın zararını TBK. m. 112 vd. uyarınca tazmin etmek yükümlülüğü doğacaktır¹⁷⁹.

1.3.1.6.2.3.2. Sözleşme Yapma Zorunluluğunun Sözleşme Serbestîsinden Kaynaklandığı Hallerde

Sözleşme yapma mecburiyetinin bizzat sözleşme serbestîsi fikrinden çıktığı hallerde sözleşme yapmaktan kaçınmak, bireysel özgürlüklerin bir başkası aleyhine kullanılması anlamını taşır ve bundan dolayı özel hukuktan doğan müeyyideler uygulama alanı bulur. Örneğin bir zarar varsa tazminat davası, sözleşme yapmaktan kaçınmaya devam edilmesi halinde yeni bir zarar doğacaksa sözleşme yapmaya zorlama amacıyla dava açılması düşünülebilir¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Tandoğan, s. 11; İncooğlu, s. 402.

¹⁷⁶ Rakiplere mal vermeyi reddetme ile müşterilere mal vermeyi reddetmenin ayrı ayrı değerlendirildiği ve mal vermeyi reddetmenin rekabeti ortadan kaldırmadığı sürece AT Anlaşması 82. madde ihlalinin söz konusu olmadığı belirtilmiştir makale için bkz. Humpe, Ritter, 134-165.

¹⁷⁷ Tunçomağ, s. 243.

¹⁷⁸ Saymen, Elbir, s. 187; Oğuzman, Öz, s. 137.

¹⁷⁹ Oğuzman, Öz, s. 137.

¹⁸⁰ Tunçomağ, s. 245-246.

1.3.1.6.3. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü

Sözleşme yapıp yapmamakta özgür olan bireyler aynı zamanda sözleşmenin karşı tarafını seçmekte de özgürdürler (*partnerwahlfreiheit, la liberté de choisir la partenairecontractuel, freedom to choose the other party*). Hiç kimse istemediği bir kişi ile sözleşme yapmaya zorlanamaz¹⁸¹. Kişi, yapacağı sözleşmenin karşı tarafını seçmek konusunda özgür olup arzu ettiği kişi ile sözleşme yapabilir¹⁸². Bu özgürlük, kişiye sözleşmeyi belirli bir kişiyle akdetmesi konusunda dayatma yapılamamasını da içermektedir¹⁸³.

Sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü de sözleşme yapma özgürlüğü gibi mutlak değildir. Bir başka deyişle kişinin kendisinin seçtiği bir kişi ile sözleşme yapma özgürlüğü sınırsız değildir. Bu özgürlük sözleşme yapma yükümlülüğü halleri ile kanuni ve iradi önalım hakları karşısında belirli bir sözleşmenin akdedilmesi hallerinde sınırlı bir görünüm arz eder¹⁸⁴. Sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu hallerde kişilerin sözleşmenin karşı tarafını seçemeyeceği açıktır¹⁸⁵.

Yine hukuki veya fiili tekele sahip kişi ya da kuruluş ile sözleşme yapıldığında sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü bulunduğu bahsedilemez¹⁸⁶. Ekmek satan fırıncının, doğal gaz dağıtımı veya elektrik perakende satış hizmeti sunan teşebbüslerin müşteri seçmesi düşünülemez¹⁸⁷.

Sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüne getirilen ilginç bir sınırlama 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'da karşımıza çıkmaktaydı. Kanunun 15. maddesine göre, kiralayan 7. maddenin b, c, d bentlerinde yazılı sebeplerden dolayı tahliye ettirdiği gayrimenkulü mücbir sebep olmaksızın üç sene

¹⁸¹ Erman, s. 603; Eren, *Borçlar Genel*, s. 315; Kılıçoğlu, *Borçlar*, s. 79; Aydoğdu, Kahveci, s. 14; Kocayusufoğlu, s. 505; Zevkliler, Gökyayla, s. 7; Kaplan, *Sözleşme*, s. 19; Antalya, s. 54; Kırkbeşoğlu, s. 24; Eren, *Borçlar Özel*, s. 50; Ateş, *Borçlar*, s. 41; Şenol, s. 717.

¹⁸² Guillod, Steffen, s. 44 nolu kenar notu; Eren, s. 315; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, 546 nolu kenar notu; Kılıçoğlu, s. 88; Ateş, *Dürüstlük*, s. 79; Ercoşkun Şenol, s. 717; Kaşak, s. 59; Esener, Gündoğdu, s. 211.

¹⁸³ Kaşak, s. 59.

¹⁸⁴ Eren, *Borçlar Genel*, s. 315.

¹⁸⁵ Ayan, s. 36; Eren, *Borçlar Genel*, s. 284, Zevkliler, s. 35; Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, 11. bs., Sayram Yayınları, 2019, s. 14; Ayşe Arat, *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 47; Ayrancı, *Zorunluluk*, s. 236; Antalya, s. 54; Kılıçoğlu, *Borçlar*, s. 79; Kırkbeşoğlu, s. 25; Eren, *Borçlar Genel*, s. 315-316.

¹⁸⁶ Tandoğan, *Borçlar Özel*, s. 9; Eren, *Borçlar Genel*, s. 284; Ateş, *Borçlar*, s. 47.

¹⁸⁷ Karakılıç, s. 53; Eren, *Borçlar Genel*, s. 315-316; Örs, s. 14. Bununla birlikte 14.03.2003 tarih ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'na göre, "serbest tüketici" niteliğini haiz elektrik tüketicileri, elektrik tedarikçilerini seçebilirler.

müddetle eski kiracısından başkasına kiralayamaz. Maddenin 4 fıkrasına göre tahliye edilen gayrimenkuller eski hali ile mücbir sebepler olmadıkça üç sene müddetle başkasına kiraya verilemez. Bu hüküm 12/1/2011 tarihli ve 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 10 uncu maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Yeniden Kiralama Yasağı başlıklı TBK m. 355 konuyu aynı şekilde düzenlemektedir. Buna göre kiralayan yeniden inşa, imar gibi gereksinim sebebiyle kiralananı boşaldığında haklı bir sebep olmaksızın üç yıl geçmedikçe kiralananı eski kiracısından başkasına kiralayamaz.

1.3.1.6.4. Sözleşmenin Konusunu Belirleme ve Düzenleme Özgürlüğü

Taraflar sözleşmenin içeriğini yani konusunu, sözleşmeden doğacak hak ve yükümlülükleri hukuk düzeninin belirlediği sınırlamalar dâhilinde serbestçe belirleyebilir. Aslında sözleşme özgürlüğünün en önemli görünümü olan¹⁸⁸ sözleşme özgürlüğü, en temel anlamıyla taraflara iradelerinin yani yapacakları sözleşmenin konusunu belirleme imkânı sağlamaktır. Bu özgürlük tarafların sözleşme içinde bulunması doğal kabul edilebilen her şeyi, sözleşmeye dâhil edebilmelerini ifade eder¹⁸⁹. Nitekim TBK'nın 26. maddesine göre, *“Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”* Bu nedenle TBK'da yer alan hükümler emredici olmaktan çok tamamlayıcı ve yorumlayıcıdır¹⁹⁰.

Sözleşmenin içeriği kavramı iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamıyla sözleşmenin içeriği; taraflarca kararlaştırılan edimlerin tamamını, yani tarafların karşılıklı hak ve borçları ile ulaşmak istedikleri amacı ifade eder. Bir başka deyişle, sözleşmenin içeriği sözleşme ilişkisi içinde, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını gösteren geçerli normlar bütünüdür. Geniş anlamıyla sözleşmenin içeriği ise tarafların sözleşme ilişkisi içinde kararlaştırdıkları her şeyi kapsamaktadır. TBK.

¹⁸⁸ Gauch-Schlupe-Schmid, 618 nolu kenar notu; Karabağ Bulut, s. 6; Kaşak, s. 63. Hatta sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü dar anlamda sözleşme özgürlüğü olarak anılmaktadır: Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 15. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 37; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, 557 nolu kenar notu; Ateş, *İrade*, s. 139. Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü ile sözleşme yapma özgürlüğünün ciddi şekilde birbirine bağlı olduğu yönünde bkz. Kilian, s. 77.

¹⁸⁹ Ateş, *Borçlar*, s. 42, s. 199; Eren, *Borçlar Genel*, s. 317; Başpınar, s. 60; Kaplan, *Sözleşme*, s. 27-28; Kırkbeşoğlu, s. 140.

¹⁹⁰ Oğuzman, Öz, s. 23; Aydoğdu, Kahveci, s. 16-17; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. bs., Beta Basım Yayın, 2020, s. 60; Kocayusufpaşaoğlu, s. 535; Reisoğlu, s. 134; Tekinay vd., s. 371. Örneğin TBK. m. 89, 93- BK. m. 73, 77 emredici kurallardan değildir.

m.26 hükmünde de ifade edilen bu anlamı ile tarafların dolaylı ortak amaçları da sözleşmenin içerisine böylece dâhil edilir¹⁹¹.

Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü sözleşmenin ifa edilmemesi halinde ortaya çıkacak sonuçlar da dâhil olmak üzere sözleşmenin tabi olacağı tüm hükümlerin tarafların iradeleri ile belirlenebilmesini ifade eder¹⁹². En geniş anlamda sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü, çalışmamızın da esas konusunu oluşturan uluslararası özel hukukta uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesi özgürlüğünü (MÖHUK. m. 24/1) de kapsamaktadır ki bu özgürlük bir sözleşmeyi veya hukuki ilişkiyi belirli bir hukuk düzenine tabi kılma özgürlüğüdür¹⁹³. Yetkili mahkemenin taraflarca belirlenmesine imkân sağlayan yetki şartı (MÖHUK. m. 47 ve HMK. m. 17-18) ve elverişli olan konularda mahkemeler dışında uyuşmazlığın çözümünü sağlayan tahkim kaydı koymak da içerik özgürlüğünün kapsamına girmektedir¹⁹⁴.

Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü tek bir tarafa değil, sözleşmenin bütün taraflarına tanınmıştır. Zira taraflardan yalnızca birisinin sözleşme içeriğine dâhil olmasını istediği bir husus, ancak diğer tarafın da kabulüyle sözleşme içeriğine dâhil olur. Aksi takdirde taraflar arasında bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemez¹⁹⁵.

Bazı hallerde taraflardan yalnızca birisinin sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne sahip olduğu görülmektedir. TKHK m. 6/3 bunun örneklerinden biridir. Hükme göre, ticari veya mesleki amaçlarla hareket edenlerin aksine bir teamül, ticari örf veya adet ya da haklı bir sebep bulunmadıkça bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin, kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat gibi koşullarla satın alınması şartına bağlayamayacağı düzenlenmiştir. Demek ki, teşhirdeki malın miktar ve ölçüsü ne olursa olsun, dürüstlük kuralına uygun olduğu müddetçe, tüketici bu maldan dilediği miktar, sayı ve süre için talepte bulunabilir.

Sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünün tek tarafa verildiği örneklerden ikincisi ise genel işlem koşulları bakımından verilebilir. Sözleşmenin taraflarından

¹⁹¹ Başpınar, s. 59; Ateş, *İrade*, s. 140.

¹⁹² Kaşak, s. 63.

¹⁹³ Gauch, Schlupe, Schmid, 618 a nolu kenar notu; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. bs., Savaş Yayınevi, Ankara 2020, s. 363 vd.; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, 227 nolu kenar notu vd.

¹⁹⁴ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, 92 nolu kenar notu vd.

¹⁹⁵ Oğuzman, Öz, s. 72-73.

biri önceden sözleşmenin hükümlerini kısmen veya tamamen belirlemekte, diğer tarafa ise yalnızca bu sözleşmeyi yapıp yapmama kararı kalmaktadır. TBK m. 20/1-c.1, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri *genel işlem koşulları* olarak adlandırılmaktadır.

1.3.1.6.5. Tip Seçme Özgürlüğü

İçerik özgürlüğünün bir görünümü sözleşmenin tipini seçme özgürlüğüdür¹⁹⁶. Sözleşmenin tipi konusuna göre belirlenir. Bu nedenle sözleşmenin içeriğinin (konusunun) belirlenmesi özgürlüğü “tip serbestisi” (*typenfreiheit*) olarak da adlandırılır¹⁹⁷. Borç doğurucu sözleşmeler açısından *numerus clausus* ilkesi rol oynamaz, bu sebeple de isimli sözleşmeler ile isimsiz sözleşmeler ayrımının taraflar açısından hiçbir etkisi yoktur¹⁹⁸.

Tip serbestisi ilkesi gereği taraflar sözleşmenin konusunu diledikleri gibi belirleyebilirler ve herhangi bir sözleşme tipine uymak zorunda değildirler¹⁹⁹. Taraflar kanunda düzenlenen ve tipik veya isimli sözleşmeler olarak adlandırılan sözleşmelerin dışında, başka sözleşmeler yapma hakkına da sahiptirler. Taraflar kanunda bulunan sözleşme tiplerinin bazılarının hükümlerini birleştirerek karma sözleşmeler meydana getirebilecekleri gibi kanunda hiç düzenlenmemiş olan sözleşme tipleri de meydana getirebilirler²⁰⁰. Bir diğer deyişle taraflar TBK’da öngörülmemiş ve tanımlanmamış olan *suigeneris* bir sözleşme yapabilirler²⁰¹. Taraflar TBK’da düzenlenen satış, kira, bağışlama, vekâlet gibi sözleşme tiplerinden

¹⁹⁶ Gauch, Schluep, Schmid, 618 ve 626 nolu kenar notları; Eren, *Borçlar Genel*, s. 316; Antalya, s. 368-369; Kaşak, s. 63-64.

¹⁹⁷ Ayan, s. 37.

¹⁹⁸ Tercier, Pichonnez, Develioğlu, s. 222; Hatemi, Gökyayla, s. 62.

¹⁹⁹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 26.10.1978 tarih ve 1977/13113 Esas ve 1978/12134 Karar sayılı kararı; Oğuzman, Öz, s. 23-24; Reisoğlu, s. 133; Nomer, *Borçlar*, s. 56; Erman, s. 604; Aydoğdu, Kahveci, s. 17-18; Kaplan, *Sözleşme*, s. 20; Antalya, s. 53-55, 150, 268; Eren, *Borçlar Genel*, s. 16-17, 316; Kılıçoğlu, *Borçlar*, s. 79; Kocayusufpaşaoğlu, s. 526-527; Eren, *Borçlar Özel*, s. 19, s. 50; Ateş, *Borçlar*, s. 42-43; Tunçomağ, s. 246; Örs, s. 17-18; Ercoşkun Şenol, s. 719-720; Gauch, Schluep, Schmid, 624 nolu kenar notu vd. Tip serbestisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Erden Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit: (Karma Sözleşme)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013; Esener, Gündoğdu, s. 214; Karabağ Bulut, s. 5.

²⁰⁰ Akipek, Küçükgüngör, s. 33; Oğuzman, Öz, s. 19; Eren, *Borçlar Genel*, s. 293-294; Aydın Zevkliler, Murat Aydoğdu, Hasan Petek, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Seçkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 10 vd.

²⁰¹ Esener, Gündoğdu, s. 214.

hiçbirine uymayan garanti sözleşmesi, sulh sözleşmesi, ilan sözleşmesi gibi isimsiz sözleşmeler olarak da adlandırılan zamanla yani örf ve adetle doğmuş sözleşmeler yapabilirler²⁰². Yine taraflar kanun tarafından öngörülmemiş olmakla birlikte birkaçının karakteristik özelliklerini taşıyan “*karma sözleşme*” de yapabilirler²⁰³.

Tarafların diledikleri gibi seçebilecekleri “içerik” tabirinden, sadece tarafların borçları değil, aynı zamanda borca aykırılığın sonuçları, hatta hükümsüzlük halleri de anlaşılmalıdır²⁰⁴. Tarafların sözleşme yaparken şekil yönünden serbest olmaları da düzenleme özgürlüğü kapsamına girmektedir²⁰⁵.

TBK’da tip serbestisi açıkça düzenlenmemiştir. Ancak modern hukukta gerek TBK gerek özel kanunlar çok kullanılan sözleşme tiplerini düzenleyerek toplumun ve ekonominin ihtiyaçlarını gidermektedir. Borçlar Hukuku alanında diğer medeni hukuk dallarının aksine tip serbestisinin etkin olduğu bir gerçektir²⁰⁶.

TBK m. 26 sözleşme özgürlüğünü düzenlerken “kanunda öngörülen sınırlar içinde” demek suretiyle bu özgürlüğün sınırını da belirtmektedir²⁰⁷. Kanunda öngörülen sınırlar ise Kanunun 27. maddesinde (kesin hükümsüzlük)²⁰⁸, sözleşmenin kesin etkinlik unsuru olarak ve 28. maddesinde (aşırı yararlanma) dayanılabilir etkinlik unsuru şeklinde öngörülmüştür²⁰⁹. 29. maddede ise önceden içeriği belirleme ve ona uyma zorunluluğu olarak ön sözleşme düzenlenmiştir. Ön sözleşme aynı zamanda sözleşme yapma yükümlülüğü getirdiğinden sözleşme kurma özgürlüğünü de sınırlandırmaktadır²¹⁰.

²⁰² Tunçomağ, s. 246.

²⁰³ Esener, Gündoğdu, s. 214.

²⁰⁴ Tercier, Pichonnet, Develioğlu, s. 174.

²⁰⁵ Oğuzman, Öz, s. 25; Şenol, s. 721.

²⁰⁶ Kaşak, s. 65; Gauch, Schlupe, Schmid, s. 626 nolu kenar notu.

²⁰⁷ Hatemi, Gökyayla, s. 61.

²⁰⁸ Kanunun emredici hükümlerine aykırılığın sonucu olarak kesin hükümsüzlük yaptırımını hakkında geniş bilgi için bkz. Kaşak, s. 357 vd.

²⁰⁹ Ancak sadece aşırı yararlanma halinde değil, taraflar arasındaki güç dengesizliğinin kötüye kullanıldığı hallerde de edimler arasındaki ilişki değerlendirilmelidir: Tercier, Pichonnet, Develioğlu, s. 174. Yargıtay’a göre, sözleşmede üstlenilen edimin bir tarafın ekonomik mahvına yol açması, edimler arası denge ilişkisinden ayrı olarak sözleşmeyi kişilik haklarına ve ahlaka aykırılık nedeniyle de hükümsüz kılabilir (Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 18.01.2010 tarih ve 635/64 sayılı kararı, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 19.04.2007 tarih ve 11407/3998 sayılı kararı).

²¹⁰ Antalya, s. 54.

1.3.1.6.6. Sözleşmenin Hükümlerinde Değişiklik Yapma Özgürlüğü

Taraflar sözleşme yapıp yapmama ve sözleşmenin konusunu belirlemede özgür oldukları gibi daha önceden yaptıkları sözleşmenin hükümlerini değiştirmek konusunda da özgürdürler (*Änderungsfreiheit, Abänderung Freiheit, la liberté de modifier le contrat*)²¹¹. Bir diğer tabirle; nasıl ki taraflar karşılıklı irade beyanlarıyla bir sözleşme kurabilirlerse, aynı şekilde kurmuş oldukları sözleşmeyi de değiştirebilirler²¹². Esasen burada sözleşme yapma özgürlüğünün ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün bir arada kullanıldığı görülmektedir²¹³.

Sözleşmenin hükümlerinde değişiklik yapma özgürlüğünün istisnasını TBK'nın 13. maddesi oluşturmaktadır. Buna göre yazılı şekil şartı öngörülen sözleşmelerin değiştirilmesi anlaşmalarının da yazılı şekilde yapılması, resmi şekilde yapılmış sözleşmelerin değişikliklerinin resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde yapılan değişiklik anlaşması hüküm ifade etmez. Bu kuralın sözleşmenin esaslı unsurları açısından etkili olduğunu belirtmeliyiz. Sözleşmede esas nitelik taşımayan, sözleşmeyi bozup değiştirmeyen tamamlayıcı yan hükümlerde yapılacak ikinci derecedeki değişiklikler için şekil zorunluluğu yoktur.

Sözleşmenin hükümlerinde değişiklik yapma özgürlüğü, kural olarak, sözleşmenin her iki tarafının da kabulüyle kullanılabilecek bir haktır. Zira belirli bir sözleşme kapsamında bir tarafın vermiş olduğu sözleri tek yanlı olarak değiştirmesi veya ortadan kaldırması, kural olarak, mümkün değildir²¹⁴. Bu özgürlük uzlaşarak kendi kaderini belirleme ilkesinin (*der Grundsatz der einvernehmlichen Selbstbestimmung*) bir görünümüdür²¹⁵. Taraflar karşılıklı irade beyanları ile sözleşmeyi değiştirebilirler ki bu sözleşmeye değiştirme sözleşmesi (*Änderungsvertrag*) denmektedir. Hatta taraflar daha sözleşme yapılırken ilerde

²¹¹ Kaplan, *Sözleşme*, s. 20; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler*, s. 79; Antalya, s. 54; Kırkbeşoğlu, s. 24; Eren, *Borçlar Genel*, s. 316; Başpınar, s. 17; Eren, *Borçlar Özel*, s. 51; Yavuz, Acar, Özen, s. 16; Aydoğdu, Kahveci, s. 15; Ateş, *Borçlar*, s. 43; Arat, s. 44.

²¹² Guillod, Steffen, 56-57 nolu kenar notları; Busche, s. 70; Bydlinski, 5/24 nolu kenar notu; Astarlı, s. 16.

²¹³ Bydlinski, 5/24 nolu kenar notu.

²¹⁴ Hatemi, Gökyayla, s. 62; Aydoğdu, Kahveci, s. 15; Zevkliler, Gökyayla, s. 9; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler*, s. 79; Ayan, *Borçlar Genel*, s. 11; Dural, Sarı, s. 239-240; Ateş, *Borçlar*, s. 61; Eren, *Borçlar Özel*, s. 51.

²¹⁵ Guillod, Steffen, 56 nolu kenar notu.

belirli şartların gerçekleşmesi halinde belirli hususların yeniden müzakere edileceğini kararlaştırabilirler²¹⁶.

Sözleşmenin hükümlerinde değişikliklerin geçerliliği kanun tarafından birtakım koşullara bağlanabilir. Örneğin konut ve çatılı işyeri kiralarna ilişkin TBK m. 344/ 1'e göre, tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, ancak bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla geçerli olabilir.

Sözleşmenin içeriğinin hâkim tarafından değiştirilmesi de gündeme gelebilir. Konut ve çatılı işyeri kiralarna ilişkin TBK m. 344/2'ye göre, taraflarca yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin bir anlaşma yapılmamışsa, kira bedeli, bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla hâkim tarafından, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir. Bunun yanı sıra borçlu, TBK m. 138/1'de belirtilen koşullar altında ifade aşırı bir güçlüğü düşmüşse, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme hakkına sahiptir.

1.3.1.6.7. Sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü

Taraflar sözleşmeyi akdedebildikleri gibi, sözleşmeyi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla sona erdirebilirler²¹⁷. Taraflar aralarındaki mevcut sözleşmeyi anlaşılarak bütünüyle ortadan kaldırdıkları bozma (ikale) sözleşmesi ile sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğüne sahiptir (*Endigungsfreiheit, Beendigungsfreiheit, Aufhebungsfreiheit, la liberté de mettre fin au contrat, la liberté d'annuler le contrat*)²¹⁸.

Bozma (ikale) sözleşmesinin geçerliliği asıl sözleşmenin şekline tabidir. Şekil şartına uyulmazsa bozma sözleşmesi hüküm ifade etmez ve asıl sözleşme geçerliliğini devam ettirir. Diğer yandan bazı yazarlar bozma sözleşmesinin herhangi bir şekil şartına tabi olmaması gerektiğini savunmaktadırlar. Ortadan kaldırılması

²¹⁶ Kaşak, s. 72.

²¹⁷ Gauch, Schluep, Schmid, 616 nolu kenar notu.

²¹⁸ Astarlı, s. 6; Peter Gauch, Walter Schluep, Susan Emmenegger, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Bd. II, Zürich, Basel, Genf 2014, 3104 nolu kenar notu.

istenen sözleşme şekil şartına tabi olsa dahi ibra sözleşmesine ilişkin TBK. m. 132 hükmünün kıyas yoluyla uygulanması ile bozma sözleşmelerinin de şekil şartına uyulmaksızın yapılabileceği savunulmaktadır²¹⁹.

Bozma sözleşmesinin tarafların anlaşarak oluşturulduğu gözden kaçırılmamalıdır. Türk Hukukunda bozma sözleşmeleri açıkça düzenlenmese de²²⁰, istisnalar²²¹ dışında sadece bir tarafın beyanda bulunarak sözleşmeyi ortadan kaldırması mümkün değildir. Sözleşmeler ancak iki tarafın anlaşmasıyla kurulur ve yine ancak iki tarafın anlaşmasıyla ortadan kaldırılır²²². Vekâlet sözleşmesine ilişkin TBK m. 512'ye göre²²³, vekâlet veren ve vekil her zaman için sözleşmeyi tek tarafı olarak sona erdirebilmeleri bu kuralın bir istisnası mahiyetindedir²²⁴. Yine TMK m. 23/2 hükmüne göre, şahsi müzakere özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlayan tüm sözleşmelerde basitleştirilmiş bir sona erdirme imkânı mevcuttur²²⁵.

Sözleşmeyi sona erdirme hakkının kanunla tek tarafa tanınmış olduğu haller de mevcuttur. Konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin TBK m. 347/1, belirli süreli sözleşmelerde kiracının sözleşme süresinin bitiminden en az 15 gün önce bildirimde bulunmadığı hallerde, sözleşmenin aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayıldığını kabul etmiştir. Kiraya veren ise, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremeyecektir²²⁶.

Bu konuda gözden kaçırılmaması gereken nokta tek tarafı sona erdirme hallerinin anılan özgürlüğün içinde yer almadığı; ahde vefa ilkesinin (*paktas und servanda*) esas olduğudur²²⁷. Ani edimli borç ilişkilerinde sözleşmenin tek tarafı olarak sona erdirilmesi, ahde vefa ilkesi bağlamında sadece ifa etmeme ya da kötü ifa

²¹⁹ Gauch, Schlupe, Emmenegger, 3104 nolu kenar notu; Oğuzman, Öz, C. 2, s. 549, dn. 1; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1258.

²²⁰ Astarlı, s. 5, 17-18.

²²¹ Borçlar Kanunu 28, 39 ve 125. maddeleri.

²²² Ayan, s. 38.

²²³ Madde, emredici dönme hakkı olarak da zikredilmektedir: Kaşak, s. 73.

²²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Suat Sarı, *Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2004; Şaban Kayıhan, Mustafa Ünlütepe, “Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri”, *FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, S. 3, Y. 2014 Bahar, s.171-212.

²²⁵ Kaşak, s. 73-74.

²²⁶ Kiraya veren ancak, on yıllık uzama süresi sonunda, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir (TBK m. 347).

²²⁷ Ercoşkun Şenol, s. 722; Kaşak, s. 73.

hallerinde söz konusu olur²²⁸. Sürekli borç ilişkileri ise olağan fesih ile sona erdirilebilir²²⁹. Olağanüstü fesih için ise haklı sebeplerin varlığı aranmaktadır²³⁰.

1.3.1.7. Sözleşme Özgürlüğünün Anayasadaki Yeri

1921 Anayasasında yer almayan sözleşme özgürlüğü²³¹, ilk kez 1924 Anayasasında “akit hürriyeti” adı ile m. 70’te düzenlenmiştir²³². 1961 Anayasası ise sözleşme özgürlüğünü, temel haklar ve ödevler başlığı altında düzenlemeyi yeğlemiş, “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” kenar başlıklı 40. maddede, “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir” şeklinde düzenlenmiştir²³³. Bu düzenleme 1982 Anayasasında aynen korunmuştur.

Anayasa m. 48 ile garanti altına alınmış olan sözleşme hürriyeti ilkesi ile hukuk düzeni kişilere, sözleşmeye konu olabilecek ilişkilerini, bizzat düzenlemek ve diledikleri şekli vermek imkânı tanır. Sözleşme özgürlüğü temel haklar kapsamında değerlendirilir²³⁴, ayrıca bazı yazarlar sözleşme özgürlüğünü ekonomik haklar arasında değerlendirmektedir²³⁵. Nitekim Anayasanın 48’inci maddesine göre, “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir”. TBK m. 26 ise, Anayasa m. 48 hükmüne nazaran sadece sözleşme içeriğini düzenleme özgürlüğünü düzenlediğinden daha sınırlı olduğunu söyleyebiliriz. Hatta 26. maddenin sözleşme özgürlüğünün anlamını tam olarak yansıtmaktan uzak olduğunu ileri süren yazarlar vardır²³⁶. Bu iddiaya göre maddeden

²²⁸ Örneğin TBK. m. 125/2, 3 ve m. 227/1/b.

²²⁹ Örneğin TBK. m. 328-330 ve m. 431-433.

²³⁰ Kaşak, s. 73; Hatemi, Gökyayla, s. 62.

²³¹ 20 Ocak 1921 tarih ve 85 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, s. 65-76; Ergun Özbudun, **1921 Anayasası**, 2. bs., Atatürk Araştırma Merkezi Yayınevi, Ankara, 2008.

²³² 20 Nisan 1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu m. 70; “Şahsî masûniyet, vicdan, tefekkür, kelâm, neşir, seyahat, akit, sây ü amel, temellük ve tasarruf, içtimâ, cemiyet, şirket, hak ve hürriyetleri Türklerin tabii hukûkündandır.” şeklindedir. 10 Ocak 1945 tarih ve 4695 sayılı kanunla hükmün sadeleştirilmiş şekli ise; “Kişi dokunulmazlığı, vicdan, düşünme, söz, yayım, yolculuk, bağit, çalışma, mülk edinme, malını ve hakkını kullanma, toplanma, dernek kurma, ortaklık kurma hakları ve hürriyetleri Türklerin tabii haklarındandır” olmuştur. 1924 Anayasasının 79. maddesi ise “Bağitların, çalışmaların, mülkedinme ve hak ve mal kullanmanın, toplanmaların, derneklerin ve ortaklıkların serbestlik sınırı kanunlarla çizilir.” şeklindedir.

²³³ Battal, s. 51, dn. 11-13.

²³⁴ Hatemi, Gökyayla, s. 27.

²³⁵ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Hukuku**, 19. bs, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 188-190.

²³⁶ Bkz. Zevkliler, Gökyayla, s. 7.

yalnızca sözleşmenin “konusunun” serbestçe kararlaştırılabileceği sonucu çıkarılabilir. Oysa sözleşme özgürlüğü çok daha geniş kapsamlıdır. Aynı yönde bir başka görüşe göre, TBK. m. 26’nın kenar başlığının “sözleşme özgürlüğü” olmasına karşın, madde metninde sadece sözleşme özgürlüğünün görünümlerinden biri olan içerik özgürlüğünün (*Inhaltsfreiheit, Gestaltungsfreiheit*) düzenlendiği belirtilmektedir²³⁷. Nitekim TBK. m. 26-29 hükümlerinin üst başlığı “Sözleşmenin İçeriği”dir. Önceki Borçlar Kanunu m. 19’da ise sözleşme özgürlüğü “*Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir*” şeklinde düzenlenmişti. Eski hüküm ile yeni hükmün aynı doğrultuda olduğu ve dikkat çeken tek farkın BK’daki “mevzuu” yani “konu” ibaresine karşın TBK’da “içerik” ifadesinin kullanılması olduğu söylenebilir²³⁸.

Anayasa m. 48’de “çalışma ve sözleşme hürriyeti başlığı” altında birbiriyle yakından ilişkili ancak üç farklı özgürlük düzenlenmiştir. Bunlar çalışma hürriyeti, sözleşme hürriyeti ve özel teşebbüs kurma hürriyetidir. Böylelikle Anayasada sözleşme özgürlüğünün tek başına bağımsız bir maddede düzenlenmesinin tercih edilmediğini söyleyebiliriz. Esasen bu tercihin Anayasanın özel hukukun temel özgürlüklerini (*Grundfreiheiten*) bir arada düzenleme amacına dayandığı varsayılmaktadır²³⁹.

Gerek Anayasada gerek TBK’da sözleşme özgürlüğü genel bir ilke olarak kabul edildiğinden, sözleşme özgürlüğünün varlığı kural, sınırlandırılması ise istisna olarak kabul edilmektedir²⁴⁰.

1.3.1.8. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları

Sınırların istisna ve pek tabi irade muhtariyetinin asıl olduğunu bu nedenle de istisnaların geniş tutulmaması gerektiği doktrinde kabul görmektedir²⁴¹. Aksinin

²³⁷ Kocayusufpaşaoğlu, 40. Bölüm 1. Kenar notu, 42. Bölüm 3 nolu kenar notu; Başpınar, *Butlan*, s. 15-16; Karabağ Bulut, s. 5; Ataay, s. 254; Aybay, s. 38; Uygur, s. 318; Erman, s. 603-604; Şahin, s. 6-7; İnceoğlu, s. 391; Ateş, *İrade*, s. 139, dn. 19.

²³⁸ Kaşak, s. 53, 186 nolu dipnot.

²³⁹ Kaşak, s. 50-51.

²⁴⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.12.2003 tarih ve 2003/4-693 Esas ve 2003/740 Karar sayılı kararı.

²⁴¹ Eren, *Borçlar Genel*, s. 19.

kabulü devlet müdahalelerinin artması ve dolayısıyla özel hukukun anlam ve işlevini azaltılması sonucunu doğurur²⁴².

Hatta bir yazara göre, sözleşme özgürlüğü ancak sözleşme özgürlüğünden daha önemli sebeplerin varlığı halinde sınırlandırılabilir²⁴³. Başka bir yazar ise özgürlüğün sınırlarının özgürlüğün kendisinden bulunabileceğini ifade etmiştir. Bu yazara göre özgürlük hukuki müesseseleri içermektedir²⁴⁴.

1.3.1.8.1. Olumlu-Olumsuz Sınırlar

Bazı yazarlar, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını olumlu veya olumsuz sınırlar olarak ikiye ayırırlar. Buna göre sözleşmenin yapılmasını zorunlu kılmak veya kamu organlarının iznine bağlı kılmak ya da edimin miktarını bazı sınırlamalara tabi tutmak olumlu sınırlamayı ifade ederken, sözleşmenin yapılmasını yasaklamak ve yasağa rağmen yapılan sözleşmeyi hükümsüz saymak ise olumsuz sınırlamayı ifade eder²⁴⁵.

1.3.1.8.2. Kamu Hukuku Bakımından Sınırlar

Yapılan sınırlamalarda, birey yararı ile toplum yararı arasındaki denge gözetilmelidir²⁴⁶. Kamu hukuku bakımından sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalara baktığımızda genellikle sözleşme yapma zorunluluğunun doğduğu görülür²⁴⁷.

Bunun dışında kamu organlarından izin veya ruhsat alınmasını gerektiren sözleşmeler bakımından da sözleşme özgürlüğünün sınırlandırıldığı açıktır. Ayrıca sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünün sınırlandırıldığı haller de olabilir²⁴⁸. Örneğin iş hukukunda belirli işler için kadınların ve çocukların çalıştırılması yasağı

²⁴² Eren, *Borçlar Genel*, s. 16; Reisoğlu, s. 133; Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 120.

²⁴³ Bydlinski, 1/28 nolu kenar notu.

²⁴⁴ Abegg, Thatchers, s. 103-104.

²⁴⁵ Tekinay vd., s. 364 vd.

²⁴⁶ Eren, *Borçlar Genel*, s. 16; Arbek, s. 23-24; Tütüncübaşı, s. 6.

²⁴⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.12.2003 tarih ve 2003/4-693 Esas ve 2003/740 Karar sayılı kararı; Gauch, Schluep, Schmid, 1108 nolu kenar notu;

²⁴⁸ Ayrancı, *Zorunluluk*, s. 238.

(4857 sayılı İş Kanunu m. 72-73) veya belirli oranda engelli ve hükümlü çalıştırma yükümlülüğü (4857 sayılı İş Kanunu m. 30) gibi sınırlar mevcuttur²⁴⁹.

Sözleşme özgürlüğünün kamu hukuku alanında sınırlandırılmasına örnek olarak; 25.02.1930 tarih ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun²⁵⁰, 24.04.1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu²⁵¹, 18.01.1940 tarih ve 3780 sayılı Milli Korunma Kanunu²⁵², 07.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun²⁵³, 06.04.2016 tarih ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu²⁵⁴, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu²⁵⁵, 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu²⁵⁶ verilebilir.

Kamu hizmeti gören kamu idareleri, kamu kurumları ve bunlara bağlı olan teşekküller ile imtiyaz yoluyla anılan hizmetleri yürüten işletmeler bakımından sözleşme yapma zorunluluğunun doğması da sözleşme özgürlüğünün sınırlayan

²⁴⁹ Kaşak, s. 77, 308 nolu dipnot.

²⁵⁰ Tunçomağ, s. 244; Akyol, s. 139; Sirmen, *Eşya*, s. 467.

²⁵¹ Kanunun 123. maddesine göre, “*Frengi, belsoğukluğu ve yumuşak şankr ve cüzzama ve bir marazi aklıye müptela olanların evlenmesi memnudur. Bu hastalıklar usulü dairesinde tedavi edilip sirayet tehlikesi geçtiğine veya şifa bulduğuna dair tabip raporu ibraz olunmadıkça musapların nikahları aktolunmaz.*”, 126. maddenin (Değişik:11/10/2011-KHK-663/58 md.) ikinci fıkrasında “*Bulaşıcı bir hastalığı olduğu belgelenenler ile iş yerinin faaliyet ve hizmetlerinden doğrudan yararlananları rahatsız edecek nitelikte ve görünür şekilde açık yara veya cilt hastalığı bulunanlar, bizzat çalışan iş yeri sahipleri ve işletenleri de dâhil olmak üzere, alınacak bir raporla hastalıklarının iyileştiği belgeleninceye kadar, birinci fıkra da belirtilen iş yerlerinde çalışamaz ve çalıştırılmazlar. Çalışanlar, hastalıkları konusunda işverene bilgi vermekle yükümlüdür.*” denerek sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirilmiştir. m. 179’un son fıkrasında “*Kadınlarla 12’den 16 yaşına kadar çocukların istihdamı memnu olan sıhate mugayir ve muhataralı işlerin neden ibaret olduğu iş kanununda tasrih edilecektir.*” demek suretiyle kadınların ve 12-16 yaş çocukların çalışamayacağı işlerin İş Kanunu’nda gösterileceği belirtilmiştir. İş Kanunu da bu doğrultuda m. 72 ile kadınların ve 18 yaşından küçük erkeklerin kanalizasyon, maden ocakları ve yer altı ocakları gibi ağır işlerde çalışmasını yasaklamıştır.

²⁵² Kanuna göre, haklı bir sebep olmaksızın bir malın satışa arz edilmemesi veya satıştan kaçınılması yasaktır. Kanun 16.09.1960 tarih ve 5/322 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlükten kaldırılmıştır: Tunçomağ, s. 243-244; Kocayusufpaşaoğlu, 41. Bölüm 2 nolu kenar notu; Oğuzman/Öz, s. 194, 524 nolu dipnot; Tekinay, s. 118-119; Eren, *Borçlar Genel*, s. 306, 41 nolu dipnot; Erman, s. 607; Antalya, s. 361; Reisoğlu, s. 69-70; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 275; Sirmen, *Eşya*, s. 467; Akyol, s. 139; İnceoğlu, s. 405.

²⁵³ Oğuzman, Öz, s. 190-191; Ayrancı, *Zorunluluk*, s. 237.

²⁵⁴ Kanunun 3. maddesinin 3. fıkrasına göre, “*Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ihlalin sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür*” denerek bu konuda idareye bir zorunluluk yüklemiştir.

²⁵⁵ Oğuzman, Öz, s. 190-191.

²⁵⁶ Ayrancı, *Zorunluluk*, s. 237.

haller arasındadır²⁵⁷. Elektrik, su, doğalgaz dağıtımı yapan işletmeler ile PTT ve TCDD gibi tekel olarak hizmet sunan kuruluşlar ve belediyeler bu konuya örnek teşkil eder²⁵⁸. Hatta sunulan mal ve hizmetler bakımından tekel konumunda olmanın başlı başına sözleşme yapma zorunluluğu doğurduğu²⁵⁹ ve söz konusu hizmetlerin özelleştirilmesinin hizmeti sağlayan özel hukuk tüzel kişilerini de sözleşme yapma zorunluluğuna sevk ettiği kabul edilmektedir²⁶⁰.

Kamu hukukuna göre sözleşme yapma zorunluluğu olmasına rağmen²⁶¹, sözleşmenin karşı tarafça kurulmaması halinde sonucun ne olacağı konusunda öğretide fikir birliği bulunmamaktadır. Bu doğrultuda doğrudan ifa davası açılabileceği²⁶² veya TBK. m. 49 gereği tazminat talep edilebileceği²⁶³ şeklinde görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre kamu hukuku kurallarına göre şikâyet ve dava yollarına başvurulabilir²⁶⁴ ve sözleşme kurmaya yanaşmayan tarafın idare olması halinde iptal davası ve tam yargı davası açılabilir²⁶⁵.

²⁵⁷ Oğuzman, Barlas, 927 nolu kenar notu; Oğuzman, Öz, s. 190; Tekinay vd., s. 365; Messineo, s. 320; Kocayusufpaşaoğlu, 41. Bölüm, 3 nolu kenar notu; Ayrancı, **Zorunluluk**, s. 236.

²⁵⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.05.1977 tarih ve 1976/4-1976 Esas ve 1977/480 Karar sayılı kararı, Oğuzman, Barlas, 927 nolu kenar notu; Tekinay vd., s. 365; Tekinay, s. 118; Kocayusufpaşaoğlu, 41. Bölüm, 3 nolu kenar notu; Aybay, s. 42.

²⁵⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.09.2013 tarih ve 2012/3-1927 Esas ve 2013/1406 Karar sayılı kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.05.1977 tarih ve 1976/4-1976 Esas ve 1977/480 Karar sayılı kararı, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 29.09.2011 tarih ve 2011/5231 Esas ve 2011/13318 Karar sayılı kararı, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 29.04.2002 tarih ve 2002/2684 Esas ve 2002/4736 Karar sayılı kararı, Eren, **Borçlar Genel**, s. 304; Tekinay, s. 365; Oğuzman, Öz, s. 189; , 41. Bölüm, 3 nolu kenar notu.

²⁶⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.05.1977 tarih ve 1976/4-1976 Esas ve 1977/480 Karar sayılı kararı; Kocayusufpaşaoğlu, 41. Bölüm, 3 nolu kenar notu; Kaşak, s. 79, 315 nolu dn.

²⁶¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.05.1977 tarih ve 1976/4-1976 Esas ve 1977/480 Karar sayılı kararı; Oğuzman, Barlas, 927 nolu kenar notu; Oğuzman, Öz, s. 190; Kocayusufpaşaoğlu, 41. Bölüm, 3 nolu kenar notu; Tunçomağ, s. 241 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 304-305; Esener, s. 195; Erman, s. 605-607; Tekinay vd., s. 365; Ayrancı, **Zorunluluk**, s. 237; Ateş, **Ahlak**, s. 49; Ünal, s. 48.

²⁶² Ayrancı, **Zorunluluk**, s. 248; Bydlinski, 5/22 nolu kenar notu.

²⁶³ Ayrancı, **Zorunluluk**, s. 248; Bydlinski, 5/22 nolu kenar notu; Kilian, s. 82.

²⁶⁴ Oğuzman, Öz, s. 190.

²⁶⁵ Ayrancı, **Zorunluluk**, s. 247-248.

1.3.1.8.3. Sözleşme Özgürlüğünü Sınırlamanın Görünüm Şekilleri

1.3.1.8.3.1. Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık

Sözleşme özgürlüğünü sınırlamanın ilk ve en kolay yolu emredici hüküm koymaktır²⁶⁶. Bütün hukuk düzenlerinde emredici ve ihtiyari (tamamlayıcı) hukuk kuralları ayrımı vardır. Taraflarca aksi düzenlenmediği durumlarda ihtiyari kuralların emredici özelliği devreye girecektir²⁶⁷.

Emredici hukuk kuralları, tarafların iradesi ile değiştirilemeyen, ihmal ve ilga olunamayan, uyulması mecburi hukuk kurallarıdır. Bir başka deyişle emredici hukuk kuralları kendilerine mutlak suretle uyulması gereken kuralları ifade eder. Her emredici hukuk kuralı aynı zamanda sözleşme özgürlüğünün bir sınırlanmasını ifade eder; zira bu kurallara aykırı sözleşme yapılamaz²⁶⁸, yapılırsa bunlar kural olarak batıl sayılır²⁶⁹.

²⁶⁶ Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması ilk olarak Platon tarafından emredici kurallar gösterilmiştir. Platon, Laws, Book XI, No: 23: “When a man makes an agreement which he does not fulfil, unless the agreement be of a nature which the law or a vote of the assembly does not allow, or which he has made under the influence of some unjust compulsion, or which he is prevented from fulfilling against his will by some unexpected chance, the other party may go to law with him in the courts of the tribes, for not having completed his agreement, if the parties are not able previously to come to terms before arbiters or before their neighbours”; Kaşak, s. 9, 10 nolu dn.

²⁶⁷ Tütüncübaşı, s. 5; Anthony J. E. Jaffey, “The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 33(3), 1984, (Çevrimiçi), <http://www.jstor.org/stable/759157>, 27 Ekim 2019, s.531-557.

²⁶⁸ Erman, s. 609; Esener, Gündoğdu, s. 219.

²⁶⁹ Tunçomağ, s. 249. Yargıtay’ın eski tarihli bir kararında da benzer cümleler görmektediriz: “... Kanunun kesin olarak emrettiği hukuk kaidelerine aykırı bir şekilde yapılmış sözleşmeler batıldır, yani kanun karşısında hüküm ifade etmezler, onlara dayanılarak bu sözleşme ile yükletilmiş borçların ödetilmesi dava edilemez. Hukuk düzeninin sözleşmelerin serbestliğini sınırlamak için başvuracağı başka bir yol da, belli sözleşmelerin yapılmasını veya belli sözleşme hükümlerinin kararlaştırılmasını yasak etmektir. Emredici bir hukuk kuralına tecavüz halinde sözleşmenin muhtevası hukuka aykırı ve bu yüzden sözleşme batıl olduğu halde, bir yasak hükmüne aykırı bir sözleşmenin yapılması hukuka aykırı bir eylem meydana getirmiş olur... Hukuka aykırı sözleşmeler sınırları içinde; emredici hukuk kurallarına aykırı düşen sözleşmelerle, yasak olan sözleşmeler arasındaki ayırım gözetilirken, şöyle bir ölçüye dayanılmaktadır: emredici hukuk kurallarıyla sözleşenlerin (iktidarı), buna karşı yasaklarla; sözleşenlerin (mezuniyeti) sınırlandırılmaktadır (Dr. Andreas B. Schwarz- Borçlar Hukuku- Prof. Dr. Bülent Davran çevirisi- 1948 İstanbul- cilt 1, sahife 337, 388 ve not 17). (Yasak sözleşme ile yüklenilen eyleme değil, böyle bir muhtevaya malik olan sözleşmenin yapılmasına ilişkin olduğu takdirde, sözleşmenin konusu yine haksızdır... Kanun burada kısaca: bu işlemleri reddettiğini ve bu yüzden bunların hükmünü tanımadığını söylemek istemiştir. İstisnai olarak kanun, hukuki bir işlemi yasak eder, fakat genel olarak bunu bir ceza tehdidi altında yapar... Medeni hukukta tarafların yasakları bilmiş olmaları veya sözleşmeyi meşru saymaları, yasak sözleşmenin hükümleri bakımından önemli ve etkili değildir). (A. VonTuhr, Borçlar Hukukunun umumi kısmı- Cevat Edege çevirisi- İstanbul 1952, cilt 1, s. 259, 260, 261). Gerçekten 2007 sayılı kanunun birinci maddesiyle, Türk vatandaşı olan işverenlerin, Türk vatandaşı olmayan işçilerle iş sözleşmesi yapılmasına (izin

Tarafların aralarında uygulanacak olan hukuku seçmeleri, asıl uygulanacak maddi hukuk ve o hukuktaki tüm emredici ve ihtiyari hukuk kurallarının uygulanma imkânını ortadan kaldırmaktadır. Böylece taraflar hukukun emredici kuralları ve ihtiyari kurallarını başka bir hukukunki ile değiştirme imkânına sahiptirler²⁷⁰.

Emredici olmayan yani yedek kurallar çoğu zaman tamamlayıcı bazen de yorumlayıcı niteliktedirler. Tamamlayıcı kurallar tarafların üzerinde bir anlaşmaya varmış olmadıkları noktalarda devreye girerek sözleşmede boş bırakılan yerleri doldururlar. Dolayısıyla yedek hukuk kuralları tarafların sözleşmede eksik kalan iradelerini tamamlarlar²⁷¹. Kanunun bu noktada sözleşmeler üzerinde müdahalede bulunduğundan bahsedebiliriz. Zira aksi kararlaştırılamayan yedek hukuk kurallarının taraf iradeleri ile örtüşüp örtüşmeyeceği bilinemez. Yine de tamamlayıcı hukuk kurallarının sözleşmelere müdahalesi emredici hukuk kuralları kadar sert olmasa da sözleşmedeki boşlukları doldurmak suretiyle dolaylı bir şekilde olmaktadır²⁷².

Kanun bazı durumlarda bir kuralın emredici hukuk kuralı olduğunu açıkça yazmıştır. Kanun maddesinde açıkça bir kurala aykırı hareket olunamayacağı yazabileceği gibi bu kurala aykırı sözleşme yapılamayacağı da bildirilmiş olabilir²⁷³. Örneğin TBK. m. 42’de “*Temsil olunan, hukuki bir işlemde doğan temsil yetkisini her zaman sınırlayabilir veya geri alabilir. Ancak, taraflar arasındaki hizmet, vekâlet veya ortaklık sözleşmeleri gibi hukuki ilişkilerden doğabilecek haklar saklıdır. Temsil olunan, bu hakkından önceden feragat edemez*” denerek hüküm açıkça emredici niteliğe büründürülmüştür.

vermemiş), bu yolda yapılmış sözleşmelere hüküm izafe edilemeyeceği bildirilmiştir. Sözü edilen maddenin A bendinde, ışıktandırma işçiliği ile genel olarak işçilik konusunda sözleşme yapılması yasak edilmiştir. Bu yasak hükmüne rağmen, bu yolda bir sözleşme yapılmış olması, kanun karşısında taraflar için borç doğurmaz; çünkü sözleşme hükmen yok sayılır. Davacının dokuma fabrikasında elektrik işçiliği yaptığı, bölge çalışma müdürlüğü kâğıtlarında açıklanmıştır. Davalı da sözleşmenin bu sebeple batıl olduğunu ileri sürmüştür. O halde, taraflardan yapılan işin niteliği sorulup, varsa yazılı sözleşme incelenmek ve uyumsuzluk halinde işin niteliği araştırılıp, gösterilecek deliller toplanmak ve işin, sözleşmenin İş Kanununun ve 2007 sayılı kanunun birinci maddelerinde gösterilen işlerden olduğu sonucuna varılması halinde, batıl sözleşmenin hukukça var sayılamayacağı esastan hareketle dava reddedilmek, ancak aksi sonuca varılması halinde işin esas incelenmek gerekir”: Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 25/X/1962 tarih ve 12901/10618 sayılı kararı, Tunçomağ, s. 251-252.

²⁷⁰ Cemal Şanlı, *Millîterarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1986, s. 108; Tiryakioğlu, *Satım*, s. 20; Doğan, *Millîterarası Özel*, s. 363; Tütüncübaşı, s. 9.

²⁷¹ Esener, Gündoğdu, s. 219.

²⁷² Tekinay, s. 118.

²⁷³ Tunçomağ, s. 249.

Kanun hükmünde açıkça emredici nitelikte olduğuna dair bir ifade bulunmadığı hallerde, kuralın konusunu ve amacını göz önünde bulundurarak emredici nitelikte olup olmadığını belirlemek gerekir. Belli bir kurala uymama, kamu düzenine, kişilik haklarına veya ahlaka aykırılık olması durumlarında o kuralın emredici nitelikte olduğundan bahsedebiliriz²⁷⁴. Örneğin MK. m. 23, TBK. m. 417 açıkça emredici nitelikte olmasalar da düzenleme amaçlarından emredici nitelikte olduğu anlaşılan kurallardandır²⁷⁵. Başka bir görüşe göre madde metninden kuralın emredici olup olmadığı anlaşılmadığı durumlarda, o maddeye aykırılık durumunda doğacak sonuca bakmak gerekmektedir. Eğer söz konusu kurala aykırılık kamu düzenini bozuyorsa, o kuralın emredici kural olduğundan bahsedebiliriz²⁷⁶.

Kamu düzeni kavramı takdiri olduğundan kesin biçimde tanımlanamamakla birlikte genel olarak kamu düzeni kavramından, kendilerine uyulmasında devletin ve toplumun büyük çıkarı olduğu hukuk kuralları anlaşılmaktadır. Bu kuralların çoğunluğunun da aile, eşya ve miras hukukunda bulunduğu, Borçlar Hukukunda kamu düzenini ilgilendiren hüküm bulunmadığı belirtilmelidir²⁷⁷.

1.3.1.8.3.2. Kanuna Karşı Hile

Emredici bir kuralı etkisiz hale getirmeyi amaçlayarak yapılan kanuna karşı hile (*fraude à la loi- Gesetzesumgehung*) teşkil eden işlem, doğrudan doğruya emredici bir kurala aykırı olarak yapılmış bir sözleşme gibidir. Kanun belli bir hususu, bir hukukî veya ekonomik bir sonucu emredici bir kuralla yasaklamışsa, aynı sonuca kanunun metnine uygun başka bir yoldan giderek ulaşmak kanuna karşı hile niteliğindedir ve hukuka aykırıdır²⁷⁸. Bu durum TBK. m. 27'ye göre kesin hükümsüzdür. Örneğin TMK. m. 765 ve TBK. m. 260'a göre, taksitle mal satan kimse, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesine dayanarak sattığı malın iadesini ancak almış olduğu taksitleri geri vermek şartıyla isteyebilir. Kanunun bu emredici hükmünden kaçınmak amacıyla, bir kira sözleşmesi yapıp ödenen kira bedeli malın satış bedeline ulaştığında mülkiyetin kiracıya geçeceği kabul edildiği takdirde

²⁷⁴ Tunçomağ, s. 249-250.

²⁷⁵ Reisoğlu, s. 134.

²⁷⁶ Tunçomağ, s. 249.

²⁷⁷ Tunçomağ, s. 249-250.

²⁷⁸ Ataay, s. 256; Esener, Gündoğdu, s. 227.

kanuna karşı hile söz konusu olur ve bu sözleşmeye taksitle satış hükümleri uygulanır²⁷⁹.

Yargıtay bir kararında kiralananın devredilmesini yasaklayan kanun hükmünden kaçmak amacıyla kiralananın başkasına devri yerine ortaklık sözleşmesi yapılmış olmasını kanuna karşı hile saymış ve ortak olduğu ileri sürülen kişinin taşınmazdan çıkarılmasına hükmetmiştir²⁸⁰.

1.3.1.8.3.3. Ahlâka Aykırılık

TBK. m. 27’de düzenlenen ahlâk kurallarına başvuru yolu ile hâkime kanuni kuralların sınırlı olduğundan bahisle adalet amacının üstünlüğünden yola çıkarak sözleşme içeriğini kontrol etme yetkisi verilmiştir²⁸¹. Kanunda açıkça düzenlenmiş olan hallerin dışında özgürlüğün ne zaman ahlâka aykırı bir şekilde sınırlanmış sayılacağı sorununu uygulamada kesin bir kurala bağlamak mümkün değildir. Her sözleşmede durumu ayrı ayrı değerlendirmek gerekir²⁸².

Ahlaka aykırılığın bulunup bulunmadığını takdir hâkime ait bir iştir. Hâkim, sözleşmenin konusunun ahlâka aykırı olup olmadığını değerlendirirken, kendisinin veya tarafların özel ahlâk anlayışını değil, toplumdaki doğru düşünen vatandaşların ortak görüşlerini dikkate almalıdır²⁸³. Bu arada hâkim, bazı durumlarda meslek yahut halk çevrelerinin özel telakkilerini göz önünde tutarak daha sert bir takdire gitmeye izinlidir²⁸⁴. Ahlâk ve hukuk kuralları genellikle ortak bir alanı kapsamakta birçok ahlâk kuralına kanun koyucu hukuk düzeni içinde yer vermektedir. Bu hallerde ahlâka aykırı sözleşmelerin aynı zamanda hukuka aykırı nitelik taşıdığından bahsedebiliriz²⁸⁵. Hatta Yargıtay’ın “ahlâka aykırılık” deyimini “sosyal ve ekonomik

²⁷⁹ Reisoğlu, s. 135.

²⁸⁰ Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 18.02.1974 tarih ve 1974/663 Esas ve 1974/678 Karar sayılı kararı, (Çevrimiçi), <https://www.hukukturk.com/Secure/Login.aspx?returnurl=%2fyargitay-kararlari%3fEsasNo1%3d1974%26EsasNo2%3d663%26KararNo1%3d1974%26KararNo2%3d678> , 10 Mayıs 2020.

²⁸¹ Tercier-Pichonnaz-Develioğlu, s. 165.

²⁸² Reisoğlu, s. 136.

²⁸³ Saymen, Elbir, s. 140; Tunçomağ, s. 169; Reisoğlu, s. 138; Kılıçoğlu, s. 104; Karabağ Bulut, s. 71; Ateş, **Ahlak**, s. 201; Esener, Gündoğdu, s. 220; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2007/14648 Esas ve 2007/621 Karar sayılı kararı.

²⁸⁴ Tunçomağ, s. 254.

²⁸⁵ Reisoğlu, s. 138.

ahlâk” olarak yorumladığını görmekteyiz²⁸⁶. Hâkim yalnız TBK bakımından değil, kamu sağlığı ve düzenini sağlamak için konulan tüm mevzuatı göz önünde bulundurarak karar vermelidir²⁸⁷.

Taraflar yaptıkları sözleşmede müştereken ahlaka aykırı bir amaç doğrultusunda iseler burada bahsedilen hükümsüzlük hali ortaya çıkar. Yoksa tek tarafın ahlaka aykırı bir amaç içerisinde olması hali, diğer tarafın bu amaçtan habersiz olması şartıyla sözleşmeyi hükümsüz kılmaz. Evlilik dışı ilişki kurulması karşılığında bir şey taahhüt edilmesi, kaçakçılık sözleşmesi, gizli kumar oynamak, fuhuş için yer kiralanması, rüşvet verme borcunu içeren sözleşmeler ahlaka aykırılık durumlarına birer örnek teşkil etmektedir²⁸⁸.

Kişilerin şahsi veya iktisadi hürriyetlerini kabul edilmeyecek şekilde aşırı surette sınırlandıran ve borçlunun ekonomik varlığını tehlikeye atan sözleşmeler de ahlaka aykırıdır²⁸⁹. TMK. m. 23’e göre, bir kimsenin özgürlüklerinden vazgeçmesine ve onların hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmasına cevaz verilmemiştir.

1.3.1.8.3.4. İmkânsızlık

Sözleşmenin muhtevasını tayin hususunda taraflara özgürlük tanınmış bulunmakla birlikte gerçekleşmesi fiilen veya hukuken imkânsız olan konular üzerinde sözleşme yapılamaz²⁹⁰.

Sözleşme ifa edilmek için yapıldığı halde edimin imkânsız olmasının sözleşme özgürlüğünü sınırlaması doğal kabul edilmelidir. İmkânsızlık durumunun sözleşme özgürlüğünü sınırlandırabilmesi için imkânsızlığın sözleşmenin yapılması

²⁸⁶ Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 06.03.2002 tarih ve 2002/2892 sayılı kararı: (Çevrimiçi), <https://www.hukukturk.com/Secure/Login.aspx?returnurl=%2fyargitaykararlari%3fKararNo1%3d2002%26KararNo2%3d2892> 10 Nisan 2020; BK. m. 20’deki “ahlaka aykırılık”tan amaç, “sosyal ve ekonomik ahlaktır”. Kişisel veya ekonomik özgürlüğü kabul edilemez derecede veya olağanüstü bir biçimde sınırlayan sözleşmeler (veya sözleşmede yer alan bir kısım şartlar) –BK. m. 209 uyarınca- ahlaka aykırıdır. Sözleşmenin içerdiği sınırlamalar, borçlunun kişiliği veya yaşamını sınırlaması (bekası) için zorunlu olan koşulları olağanüstü şekilde tehlikeye düşürmemeli, onun açısından katlanılamaz veya çöktürücü bir düzeye gelmemelidir.

²⁸⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu 14.01.1948 tarih ve 1943/30 Esas ve 1948/2 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ictihatlar-birlestirme-hgk-e-1943-30-k-1948-2-t-14-01-1948>, 15 Mayıs 2020; Esener, Gündoğdu, s. 220.

²⁸⁸ Esener, Gündoğdu, s. 221.

²⁸⁹ Tekinay vd., s. 401; Oğuzman, Öz, s. 87; Eren, *Borçlar Genel*, s. 326; Esener, Gündoğdu, s. 221.

²⁹⁰ Ataay, s. 255.

sırasında mevcut olması gerekir. Edimin sonradan ifa edilebilir hale gelmesi durumu deęiřtirmez²⁹¹.

TBK. m. 27’de bildirilen imkânsızlık sözleşmenin kuruluşu sırasında var olan imkânsızlık halidir. Başlangıçtaki imkânsızlık hali TBK. m. 136’da düzenlenen ve sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan, borcun sona erme sebeplerinden biri olan ifa imkansızlığı ile karıştırılmamalıdır²⁹².

Edim hiçbir kimse tarafından ifa edilebilir değil ise imkânsızlık objektiftir. Buna karşılık edim diğer kimseler tarafından ifa edilebilir fakat borçlu bunu yapabilecek durumda değilse sübjektif imkânsızlıktan bahsedilir²⁹³. Sözleşmenin içeriğini tayin hususundaki özgürlüğünün sınırını teşkil eden imkânsızlıktan kasıt, sözleşmenin muhtevasının gerçekleşmesinin daha sözleşme yapıldığı sırada objektif bakımdan fiilen veya hukukten mümkün bulunmamasıdır. Diğer yandan sözleşmenin yerine getirilmesinin sonradan imkânsız hale gelmesi sözleşmenin sağlamlığını etkilemez²⁹⁴.

İmkânsızlık maddi veya hukuki bir sebepten ileri gelmiş olabilir. Satılan evin yanması, geminin batması gibi hallerde edimin artık var olmaması maddi imkânsızlığa; satılan şeyin ihraç yasağı konmuş yabancı bir ülkede bulunması, kamuya ait bir malın satılması misalleri ise hukuki imkânsızlığa örnek olarak verilebilir²⁹⁵.

Sözleşmenin konusunun imkânsız olmasının sonucu kesin hükümsüzlüktür. İmkânsızlık borçluyu her zaman borçtan kurtarmaz. Diğer yandan borçlu imkânsız olan edimin mümkün olduğunu ayrıca garanti etmişse veya borçlu, karşı tarafa TBK. m. 49’a göre bir tazminat vermekle yükümlü tutulabildiği hallerde karşı tarafın tazminat isteme hakkı doğar²⁹⁶.

²⁹¹ Tunçomağ, s. 259.

²⁹² Esener, Gündoğdu, s. 224.

²⁹³ Tunçomağ, s. 260, s. 172; Seçkin Topuz, Ferhat Canbolat, “Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, *AÜHFD*, 2008, C. 57, S. 3, s. 676 vd.; Tekinay vd., s. 404; Oğuzman, Öz, s. 89; Antalya, s. 388; Reisoğlu, s. 139; Uygur, s. 322; Kılıçoğlu, s. 105; Mustafa Dural, “İmkânsızlık Kavramı ve Türleri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1973/1, s.11-58; Altunkaya, s. 110; Eren, *Borçlar Genel*, s. 329; Fatih Gündoğdu, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 91.

²⁹⁴ Ataay, s.256.

²⁹⁵ Esener, Gündoğdu, s. 224.

²⁹⁶ Esener, Gündoğdu, s. 226.

Sözleşmenin konusu hukuka veya ahlâka aykırı olduğu veya imkânsız bulunduğu halde, kanunun sözleşmeyi hükümsüz saymadığı özel ve istisnâî durumlar mevcuttur. Örneğin geciktirici evlenme yasaklarına (MK. m. 132) uyulmaksızın yapılmış evlenmeler hukuka aykırı bir nitelik taşımalarına rağmen MK. m. 154'e göre geçerlidir. Gabin (aşırı yararlanma) durumunda da genel manada ahlâka aykırı bir sözleşme olsa da sözleşme hükümsüz değil feshedilebilir kabul edilmektedir²⁹⁷.

1.3.1.8.3.5. Aşırı Yararlanma

Sözleşmenin butlanından ve irade sakatlığından ayrı olarak düzenlenen aşırı yararlanma hali önceki Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinde "gabin" kavramı ile ele alınmıştı. Sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran durumlardan biri olarak karşımıza çıkan gabin, taraflardan birinin sözleşmeden aşırı faydalanması durumunda diğer tarafın sözleşmeyi feshedebilmesi veya hâkimin hükmü ile sözleşmenin sona erdirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Gabin kanunkoyucu tarafından irade bozukluğu halleri arasında değil, sözleşmenin kurulması ile ilgili hükümler arasında düzenlenmiştir. Bu nedenle gabinin sözleşmenin kurulması aşamasıyla ilgili bir hukuksal sorun olduğunu söylemek yanlış olmaz²⁹⁸.

Önceki Borçlar Kanunu'nda gabin adı altında düzenlenen madde TBK m. 28'de aşırı yararlanma başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak aşırı yararlanma gabin halinin bir kısmını karşılamaktadır, gabin aşırı yararlanmadan daha geniş bir kavramdır²⁹⁹.

Gabin, sadece bir tarafın zayıf durumda olduğu sözleşmeler için değil, bütün sözleşmeler için geçerlidir. Her türlü sözleşmelerde haksızlığa uğrayan tarafı koruma amacı güden gabin ile taraflar arasında eşitlik sağlanmaya çalışılmaktadır.

Gabin hem genel hem de özel hukuk borç ilişkilerinde geçerli olduğu gibi Medeni Kanun'un 5. maddesinden hareketle medeni hukukun diğer kısımlarında da geçerlidir.

²⁹⁷ Reisoğlu, s. 139-140.

²⁹⁸ Karakılıç, s. 99.

²⁹⁹ Akıncı, *Borçlar*, s. 106.

1.3.1.8.3.5.1. Aşırı Yararlanmanın Unsurları

Gabinin gerçekleşmiş olması için iki şartın birlikte gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılır. Bu iki şartın biri objektif biri sübjektiftir. Objektif şart edalar arasında aşırı nispetsizlik, sübjektif şart ise karşı tarafın özel durumundan faydalanmadır. Bunların birlikte gerçekleşmesine ek olarak üçüncü bir şart da edim dengesizliği aleyhine olan tarafın sömürme kastı karşısında onun şartlarında sözleşme yapmaktan başka imkânının olmaması gerekir³⁰⁰.

Sözleşme yapıldıktan sonra edalardaki rayiç değişikliklerden kaynaklanan nispetsizlik gabin sayılmamaktadır. Buna karşılık bir karz sözleşmesinde faiz oranının aşırı yüksek olması, hizmet sözleşmesinde ücretin görülen işe nazaran çok düşük olması, satım sözleşmesinde satılan şeyin ücretinin piyasadaki objektif değerine göre çok yüksek olması, cezai şartın fahiş olması, kendisine haksız surette zarar verilen kişinin her türlü tazminat hakkından feragat ettiğini yazı ile bildirmesi gibi haller gabine örnek oluşturur.

Edalar arasında nispetsizliğe ek olarak taraflardan birinin diğerinin darda kalmasından, zayıflığından veya tecrübesizliğinden yararlanmış olması gerekmektedir. Mali sıkıntı nedeniyle gayrimenkulü çok düşük bir fiyata satmak, hakkında dedikodu yapılmasından korkan bir kimsenin karşı tarafın susması için borç senedi imzalaması bu unsura birer örnektir. Ancak faydalanmış olan kimsenin karşı tarafın bu durumunu bilmiyor olması halinde gabin oluşmaz³⁰¹.

1.3.1.8.3.5.2. Aşırı Yararlanmanın Hüküm ve Sonuçları

Gabine maruz kalmış olan taraf, sözleşme ile bağlı bulunmadığını karşı tarafa bildirmek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir. Böylece kişinin dava açmasına gerek yoktur. Tek taraflı irade beyanı ile sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasına engel olur.

TBK. m. 28/2'ye göre zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı

³⁰⁰ Erdoğan, Borçlar, s. 88.

³⁰¹ Esener, **Borçlar**, s. 158-166.

tarihten başlayarak bir yıl ve herhâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir.

TBK m. 28, önceki BK da olmayan bir düzenleme getirmiştir. Getirilen bu yeniliğe göre gabine uğrayan taraf sözleşmeyi iptal etmek istemediği durumda edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesini isteyebilir. Böylece sözleşme kısmen iptal edilmiş sayılır.

1.3.2. Eşitlik İlkesi

Anayasanın 10. maddesinde kişiler hukuk önünde eşit sayılmış, Medeni Kanun da kural olarak sözleşmenin tarafları arasında bir ayırım yapmamıştır. İrade muhtariyeti ve sözleşme serbestisi ilkelerinin doğal bir sonucu olan eşitlik ilkesine göre, ekonomik ve sosyal durumlarına bakılmaksızın alacaklı ve borçlu kanun önünde birbirine eşittir. Bu nedenle Borçlar Hukukunda “borçluyu koruma” veya “borçlu lehine yorum” ilkeleri gibi ilkeler önermek mümkün değildir³⁰²³⁰³.

İrade muhtariyeti ilkesinin sözleşmeler hukukundaki yansıması sözleşme özgürlüğü olmakla birlikte, sözleşmenin tarafları arasında bir ayırım yapılmamasını öngören eşitlik ilkesi ile tamamlanması gerekmektedir³⁰⁴. Sözleşme taraflarının her ikisinin de irade muhtariyetine sahip olması, eşitlik ilkesinin bir yansımasıdır ve böylelikle taraflar arasında adil menfaat dengesi sağlanmış olur³⁰⁵. Gerçekten de Borçlar Kanunu kural olarak herkese uygulanır: kadın-erkek, güçlü-güçsüz, zengin-fakir ayrımı yapmaksızın herkes borç ilişkisinin tarafı olabilir. Kanun borç ilişkisinin tarafları bakımından gerçek kişi-tüzel kişi ve hata devlet olması bakımından bir ayırım da yapmamıştır³⁰⁶.

³⁰² Eren, *Borçlar Genel*, s. 19, 20, Şaban Kayıhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 47-48.

³⁰³ Sözleşme hükmünün birden fazla anlama gelebilmesi ihtimalinde, hangi anlama üstünlük tanınacağı noktasında bir tereddüt doğarsa, borçlunun yararına olan anlamın tercih edilmesi manasına gelen borçlunun yararına üstünlük tanıyan yorum (*favordebitoris*)/alıcı lehine yorum (*in dubiocontrastipulatore*) TBK m. 23’te düzenlenen genel işlem şartları ile ilgilidir; Antalya, s. 364.

³⁰⁴ Antalya, s. 53.

³⁰⁵ Ateş, *Borçlar*, s. 33-34.

³⁰⁶ Akipek, Küçükgüngör, s. 34.

Hiç kimsenin kendi iradesi dışında sözleşme düzenlemeye zorlanamayacağı düşünüldüğünde, ekonomik hayatta borç ilişkisine giren her bireyin eşit konumda bulunarak sözleşme ilişkisi kurduğu kabul edilmektedir³⁰⁷.

Diğer taraftan teknoloji ile sosyal ve ekonomik hayatta meydana gelen değişimler eşitlik ilkesinin mutlak uygulanabilirliğini bertaraf etmiştir. Tehlike sorumluluğu halleri, tüketicinin korunması, iş kanunları ile kira kanunları, çevre için tehlike yaratan işletme ve faaliyetlerin sahiplerine, üreticiye, işveren ve kiralayana karşı, daha zayıf durumda olan zarar görenleri, tüketicileri, işçi ve kiracıları koruyan hükümler içermektedir. Ancak tüm bu durumların istisnai olduğu unutulmamalıdır³⁰⁸.

1.3.3. Şekil Serbestisi İlkesi

Sözleşme özgürlüğünün bir diğer görünümü olarak şekil serbestliği (*Formfreiheit, la liberté de choisir la forme du contrat*), tarafların yapacakları sözleşmenin şeklini –aksi yönde kanuni veya akdi bir hüküm bulunmadıkça– serbestçe seçebilmeleri anlamına gelir³⁰⁹. Bu yönüyle şekil serbestisi, kanunda bir hukuki işlem veya sözleşmenin geçerliliğinin belirli bir şekle tabi tutulmadığı hallerde karşımıza çıkacaktır³¹⁰.

En geniş tanımıyla şekil serbestisi, sözleşmeleri özel bir şekli dikkate almak zorunda olmaksızın akdetme, değiştirme ve ortadan kaldırabilme özgürlüğüdür³¹¹. Hatta şekil serbestisi aynı zamanda sözleşmenin tipini seçme özgürlüğünün yansıması olarak da görülmektedir. Zira tip özgürlüğünün tam manasıyla sağlanabilmesi, şekil özgürlüğünün varlığı halinde mümkündür³¹².

İrade muhtariyeti ve sözleşme özgürlüğü ilkelerinin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkan şekil serbestisi ilkesine göre, borç doğuran sözleşmelerin geçerliliği özel bir şekil şartına tabi değildir. Borçlar Hukukunda şekil serbestliği kural, şekil

³⁰⁷ Eren, *Borçlar Genel*, s. 17-18; Antalya, s. 53; Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 120.

³⁰⁸ Deryal, Genç, s. 47-48; Akipek, Küçükgüngör, s. 35.

³⁰⁹ Tekinay vd., s. 99; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, 553 nolu kenar notu; Oğuzman, Öz, s. 24, 141; Ataay, s. 253; Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, 9. bs., Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, 10. Bölüm 75 nolu kenar notu; Kılıçoğlu, s. 88.

³¹⁰ Tuğ, s. 9; Bahar Küpe, *Milletlerarası Özel Hukukta Şekil*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 38.

³¹¹ Gauch, Schlupe, Schmid, 490 ve 617 nolu kenar notları; Kaşak, s. 61.

³¹² Kaşak, s. 61.

zorunluluğu ise istisnai bir durumdur³¹³. Bu durum kanundan kaynaklanabildiği gibi, taraf iradeleri ile de şekil kararlaştırılabilir. Usul hukuku yönünden ispat meselesi bir yana bırakılacak olursa, belli bir hukuki işleme yönelen tarafların iradelerini ortaya koyarken kural olarak şekle tabi olup olmamayı özgürce seçebilme hakları vardır³¹⁴. Çünkü tarafların kendi çıkarlarını en iyi kendilerinin gözeticeği varsayılmaktadır. Kural bu olmakla birlikte taraflar için ağır sorumluluk getiren, zayıf taraf için ekonomik olumsuzluklara sebep olabilen işlem veya sözleşmelerin geçerlilikleri şekil şartına bağlanmıştır³¹⁵.

Gerçekten TBK m. 12'ye göre, sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Hukuk düzeninin sözleşmeyi belirli bir şekle tabi kıldığı durumlarda bunun bir geçerlilik şartı olduğu kabul edilir. Sözleşme öngörülen şekilde yapılmadığı takdirde geçerli olmaz ve kural olarak geçersizliğin türü kesin hükümsüzlük yani butlandır³¹⁶. Örneğin TBK. m. 237'ye göre, taşınmaz satış sözleşmesi, m. 288/2'ye göre taşınmaz bağışlama vaadi resmî şekle tabidir. Sonuç olarak kanuni şekle aykırı olarak yapılan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı açıktır³¹⁷. Yalnız kanun hükmü ile getirilen şekil şartının şüphe halinde dar yorumlanması gerektiği unutulmamalıdır³¹⁸.

TBK m. 13'e göre, *“Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır. Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır.”* Esasen şekil

³¹³ Deryal, Genç, s. 48; Erdoğan, s. 53; Altaş, *Şekle Aykırılık*, s. 48; Guillo, Steffen, 54 nolu kenar notu; Gauch, Schluep, Schmid, 496 nolu kenar notu; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, 666-667 nolu kenar notları, Köksal Kocaağa, *Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 81-82; Adnan Tuğ, *Türk Özel Hukukunda Şekil*, Mimoza Yayınları, Konya, 1994, s. 128; Inceoğlu, s. 392.

³¹⁴ Altaş, *Şekle Aykırılık*, s. 47; Tuğ, s. 9 vd; Eren, s. 239 vd; Oğuzman, Öz, s. 116; Kılıçoğlu, s. 70 vd; Tekinay vd., s. 395; Ateş, *Borçlar*, s. 42, 54; Ataay, s. 236 vd.

³¹⁵ Küpe, s. 38-39.

³¹⁶ Ayan, s. 37; Antalya, s. 354. Şekle aykırılığın sonuçları ile ilgili görüşler için bkz. Altaş, *Şekle Aykırılık*, s. 89 vd.

³¹⁷ İhsan Erdoğan, “Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları”, *GÜHFD*, C. 1, S. 1, Haziran 1997, s. 115; Gauch, Schluep, Schmid, 547 ve 550 nolu kenar notları; Altaş, *Şekle Aykırılık*, s. 47; Ercoşkun Şenol, s. 721; Tekinay vd., s. 104; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15.12.2010 tarih ve 2010/13-618 Esas ve 2010/668 Karar sayılı kararı, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 30.09.1988 tarih ve 1987/2 Esas ve 1988/2 Karar sayılı kararı.

³¹⁸ Böylece şekil zorunluluğunun amacı dışında genişletilerek hukuki güvenliğin zedelenmesinin önüne geçilmiş olur: Gauch, Schluep, Schmid, 496 nolu kenar notu.

özgürlüğüne ilişkin olan bu hüküm, sözleşmenin değiştirilmesi özgürlüğünden de bahsetmektedir³¹⁹.

Belirtmek gerekir ki şekil serbestîsi konusundaki Borçlar Kanunundaki kurallar başka kanunlarda düzenlenen sözleşmelerde de geçerlidir. Örneğin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 52. maddesinde, eser üzerindeki hakların; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 17/3. maddesinde taksitle satışların yazılı şekilde yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu tür özel kanunlarda yer alan şekil kuralları da emredici niteliktedir ve taraflarca aksine düzenleme yapılamaz³²⁰.

Taraflar kanunun şekle bağlamadığı bir sözleşmeyi belli bir şekle uyularak yapılmasını kararlaştırabilirler. Hatta bu şeklin geçerlilik şartı mı, yoksa ispat şartı mı olduğunu, hukuki sonuçlarını da belirleyebilirler. Taraflar bu noktaları açığa kavuşturmamış ise TBK. m. 17/1'e göre, tarafların kararlaştırdıkları şekil geçerlilik şartı olarak kabul edilir³²¹.

Mal rejimi sözleşmelerinde eşler, kanun koyucunun mal rejimi sözleşmesi ile yapılmasını şart koştuğu bir değişikliğin adi yazılı sözleşme ile yapılacağını düzenleyemezler. Zira TBK kapsamında, şekil serbestîsi esas olsa da, belirli bir şekil öngörülmüş olan düzenlemeler bakımından şekil serbestîsinden bahsedilemez. Yine kanun koyucunun mal rejiminde değişiklik yapılmasına ilişkin benimsediği şekil şartı, geçerlilik şekli olup ispat için değildir. Ayrıca eşlerin yapacakları düzenlemeler ile mal rejimi sözleşmesinin tabi olduğu şekil şartıyla hedeflenen amaç ve yöntemleri, geçersiz kılacak şekilde farklı esaslar benimsemez³²².

Şekle aykırılığın yaptırımı, doktrinde hâkim olan fikre göre, kesin hükümsüzlüktür. Ancak şekle aykırılığı kesin hükümsüzlük yaptırımından kurtarmaya yönelik bazı görüşler³²³ de bulunmaktadır. Buna göre, şekle aykırılıktan doğan geçersizlik, tamamen taraflar arasındaki bir geçersizlik olup; şekle aykırılık herkes tarafından değil, yalnızca sözleşmenin taraflarınca bir defî olarak ileri sürülebilir; hâkim tarafından da resen nazara alınamaz. Yine şekil eksikliğine rağmen, bilerek ve istenerek yapılan ifanın, tarafların bu korumadan vazgeçtikleri

³¹⁹ Kaşak, s. 54, 187 nolu dipnot.

³²⁰ Zevkliler, Gökyayla, s. 9.

³²¹ Karakılıç, s. 73.

³²² Anıl, Taner, s. 45; Aldemir, s. 23.

³²³ Altaş, *Şekle Aykırılık*, s. 143-147; Eren, *Borçlar Genel*, s. 291.

anlamına geldiği ve geçersiz sözleşmenin, ifa ile geçerlilik kazandığı ileri sürülmektedir³²⁴.

1.4. İrade Muhtariyeti İle Korunan Menfaatler

1.4.1. Kamu Düzeni

Huzurun, güvenliğin, sağlığın veya kamu ahlakının ve iş hayatında dürüstlük kurallarının korunması elzemdir. Örneğin bir mesleğin izne tabi tutulması halinde sözleşme özgürlüğü kamu düzeni menfaati için sınırlandırılmaktadır.

Borçlar Hukuku sistemi yönünden esaslı bir nitelik taşıyan kişisel iradenin kamu düzeni ile sınırlandırılması bir nevi yaptırımdır. Kişiler belirli alanlarda diledikleri sözleşmeleri yapabilseler de varılan sonuç kamu düzeni düşüncesiyle yasaklanmışsa yapılan sözleşme hükümsüz kalır³²⁵. Diğer taraftan kamu düzenine ilişkin kuralların daha çok aile hukuku, miras hukuku ve eşya hukuku alanlarında rastlanıldığını söylemeliyiz³²⁶.

1.4.1.1. Usul Hukuku Prensipleri (Usulî Kamu Düzeni)

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde kamu düzenine aykırılık ayrıca düzenlenmiştir³²⁷. Bu prensibin temelinde Anayasadan doğan adil yargılanma ve dinlenilme hakkı gibi temel haklar yatmaktadır.

1.4.1.2. Maddi Hukukun Temel Prensipleri (Maddi Kamu Düzeni)

Sözleşmeye bağlılık, dürüstlük, hakkın kötüye kullanılması yasağı, ırkçılık ve nefret suçları ve hukuki olarak korumaya muhtaç kimselerin korunması bu anlamda anılan temel prensiplerdir³²⁸.

³²⁴ Şenol, s. 721, dn.61.

³²⁵ Esener, Gündoğdu, s. 222.

³²⁶ Tunçomağ, s. 167.

³²⁷ MÖHUK. m. 54/c, ç, m. 62/b, d.

1.4.2. Kişiliğin Korunması

Kişilerin şahsi veya iktisadi hürriyetlerini kabul edilemeyecek şekilde aşırı derecede sınırlayan ve borçlunun ekonomik varlığını tehlikeye sokan sözleşmeler kişilik hakkına aykırı olarak kabul edilir³²⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun 23. ve devamındaki maddelerinde düzenlenen kişiliğin korunması hususu esasen bütün özel hukuka hâkim olan bir ilkedir. TMK. m. 23'ten çıkarılacak en önemli sonuç; kişinin, özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlayan yükümlülüklerle karşı korunması gerektiğidir. Bu sınırlama herkes için ve üstlenilecek her tip yükümlülük için geçerlidir. Kişilik haklarına saygı ilkesinin irade muhtariyeti ilkesinin önüne geçtiği görülmektedir. Zira bir sözleşmede taraflardan iktisadi ve sosyal bakımdan zayıf olan tarafın korunması amacını taşıyan ve böylece hürriyetin gereğinden fazla sınırlandırmasını kabul etmeyen hükümlere aykırı sözleşmeler geçerli değildir³³⁰.

Sözleşmedeki düzenlemelerin bir kimsenin kişiye sıkı sıkıya bağlı alanına bir tecavüz teşkil edip etmediği öncelikle incelenmelidir. Böyle bir durumun varlığı, özgürlüğün kendisinin saldırıya uğradığının göstergesidir. Ayrıca bu prensibe aykırılığın kaçınılmaz bir şekilde ahlaka aykırılık da teşkil ettiği unutulmamalıdır. Kişiliğin korunması ilkesine göre, bir kimse tamamen bir başkasının egemenliği altına giremez, fiil ehliyetinden veya adalete başvurma hakkından sınırsızca vazgeçemez. Bu sınırlama aslında genel bir yarara ait olduğundan buna aykırılık mutlak hükümsüzlük sonucu doğuracaktır. Ayrıca TBK. m. 27/1 kişilik haklarına aykırılığı kesin hükümsüzlük halleri içinde açıkça saymıştır.

Bunun yanı sıra TBK. m. 42/2, m. 88/2, m. 115/1 ve m. 144 TMK. m. 23/2'nin bir uygulamasından ibarettir. TBK. m. 27/1 gibi diğer bazı emredici hükümler ise, öğreti ve mahkeme kararlarıyla oluşan ahlaka aykırı sözleşme yapma yasağına ilişkin kurallardan doğmuştur³³¹.

³²⁸ Tercier, Pichonnez, Develioğlu, s. 166-167.

³²⁹ Tekinay vd., s. 390-391; Antalya, s. 386; Karabağ Bulut, s. 177 vd; Esener, Gündoğdu, s. 224.

³³⁰ Oğuzman, Öz, s. 84; Reisoğlu, s. 137; Karabağ Bulut, s. 177 vd.; Başpınar, *Kelepçeleme*, s. 19; Esener, Gündoğdu, s. 222.

³³¹ Tercier, Pichonnez, Develioğlu, s. 167-169.

Diğer taraftan kişilik haklarına aykırılık durumlarının aynı zamanda emredici hükümlere aykırılık teşkil ettiği unutulmamalıdır. Emredici hükümlere aykırılık çalışmamızda ayrıca incelenmiştir.

1.4.3. Zayıf Olan Tarafın Korunması

Sözleşme kuralları içeriğine ve tarafların niteliğine bakılmaksızın bütün sözleşmeler açısından uygulama alanı bulur. Tarafların gerçek veya tüzel kişi olmaları, özel hukuk veya kamu hukuku kişisi olmalarının bir önemi yoktur. Fakat zayıf taraf olarak nitelendirilen, görüşmelerdeki yapısal dengesizlik, güç ilişkisi veya özel sebepler yüzünden pazarlık edemeyen veya sözleşmelerin içeriğine kabul edilebilir koşullarda etki edemeyen kişilerin korunması temel düzenlemeden ayrılarak özel kuralların konulmasını gerektirmiştir.

Felsefi, ekonomik ve ahlaki temelleri bulunan irade muhtariyetinin³³² tüketici sözleşmeleri gibi zayıf tarafın korunması gereken sözleşmeler bakımından ahlaki temelleri önem taşır. Yapılan sözleşmenin tarafların menfaatine uygun olduğu, tarafların menfaatlerine uygun olmayan şartları sözleşmeye dâhil etmeyeceği düşünceleri, ilkenin taraf menfaatleri arasında adil bir denge gözetilerek adaletin yerine getirilmesine hizmet etme gayesini destekler niteliktedir³³³.

Gerçekten de irade muhtariyeti ilkesinin milletlerarası özel hukukta tüketici sözleşmeleri alanında kabul edilebilirliği hakkında görüş birliği sağlanamamasının nedeni, irade muhtariyeti ilkesinin milli ve milletlerarası ortamlarda ahlaki temelinin sarsılmasıdır. Bu gerekçe tüketici sözleşmeleri alanında sevk edilen emredici hukuk kurallarının altında yatan temel maddi hukuk politikaları ile korunması amaçlanan menfaatlerin milletlerarası ortamda korunamayacağı endişelerini artırmaktadır³³⁴.

Tarafların güç dengesini gözetmeyen ekonomik liberalizmin bu tutumu zayıf tarafın suiistimaline de zemin hazırlamıştır. Kendi menfaatlerini yeterince

³³² Eren, *Borçlar Genel*, s. 365.

³³³ Eren, *Borçlar Genel*, s. 366; Güngör, *Tüketici*, s. 74.

³³⁴ Lando, s. 210; Güngör, *Tüketici*, s. 77.

koruyamayan akdin zayıf tarafının devlet tarafından korunması, yani devlet tarafından akdin zayıf tarafının menfaatinin gözetilmesi ihtiyacı doğmuştur³³⁵.

Çağdaş hukuk düzenlerinin irade muhtariyeti ilkesine getirdiği sınırlamaların tarafların sosyal ve ekonomik eşitsizliği sebebiyle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra arttığı gözlemlenmiştir. Sözleşmenin güçlü tarafının sözleşmenin zayıf tarafına kendi şartlarını dikte ettiği, böylelikle hukuki eşitliğin sosyal ve ekonomik eşitliği beraberinde getirmediği görülmüştür³³⁶. Bu durumda irade muhtariyeti ilkesine ait ahlaki temellerin amacına ulaşamadığı anlaşılmıştır. Bu nedenle kanun koyucular işçinin, tüketicinin, kiracının, sigortalının korunması gibi amaçlarla toplumun ve devletin genel menfaatinin korunması menfaatini ilgilendiren konularda irade muhtariyetinin kanuni çerçevesini belirleyerek genellikle bu ilkeyi sınırlandırmışlardır³³⁷.

Kişisel veya ailevi ihtiyaçlarını gidermek için sözleşme yapan gerçek kişilerin korunması için koyulan kurallardan oluşan tüketici hukuku, zayıf tarafın korunmasına bir örnek olduğu gibi kiracının, işçinin, kefilin, sigortalının korunmasına yönelik hükümler de zayıf tarafı korumaya hizmet etmektedir. Bu alanlarda sözleşme özgürlüğü emredici kurallarla sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırmanın amacı ise aslında zayıf taraf bakımından yok olan irade muhtariyetini gerçek anlamda sağlamaktır.

Zayıf tarafın korunması bazen şekil kuralları koyulmak suretiyle sağlanmaktadır. Örneğin, sözleşmenin özel bir şekle uyularak kurulması (TBK. m. 583, TKHK. m. 22/3), ek bilgi verilmesi (TKHK. m. 23, m. 51/4, 10), fesih beyanında bulunulması (TBK. m. 348) kurallarında olduğu gibi kanun koyucu ya zayıf tarafın altına girdiği yükümlülüğün önemini daha iyi anlamasını yahut işlemin ve içeriğinin güvenilir şekilde hazırlanmasını sağlamayı amaçlamaktadır.

Başka bazı durumlarda ise zayıf tarafın korunması emredici kurallar yoluyla sağlanmaktadır. TBK. m. 301 ve 582/3'te olduğu gibi, sözleşmelerin kurulması,

³³⁵ Güngör, *Tüketici*, s. 74.

³³⁶ Eren, *Borçlar Genel*, s. 367; Tandoğan, s. 11.

³³⁷ Eren, *Borçlar Genel*, s. 368; Güngör, *Tüketici*, s. 75.

tarafların değiştirmeyecekleri veya sadece koşullarını ağırlaştırmak suretiyle değiştirebilecekleri emredici hükümler buna rnektir³³⁸.

1.4.4. İşlem Güvenliğinin Korunması

Sosyal ve ticari hayatın etkin işleyişi, hukuki işlemlerin geçerliliğinin kolayca sorgulanabilmesine bağlıdır. Bu sebeple kanun bazı hallerde kişişel iradeyi hukuki işlemin güvenliği prensibine göre geri planda tutmuştur. Bu hallere örnek olarak TBK m. 30 vd. esaslı yanılma, TBK. m. 19/2, m. 41/2, m. 183/2 etkili görünüm teorisi verilebilir³³⁹.

1.5. İrade Muhtariyeti Prensibinin Tarihi Gelişimi

Kendisine tâbi bir zümreye veya bizzat taraflara, devletin hukuk düzeni tarafından hangi derecede ve ne şekilde hukuk seçme yetkisi verilebileceği meselesi hukuk kuramlarına değil, hukuk siyasetine aittir. Ne dereceye kadar devletin bizzat emredici hükümler koyabileceği, bizzat sırf tali nitelikteki hukuk kuralları, yani yorumlayıcı hükümler koyarak hukuk düzeni, ne dereceye kadar fertlere hukuk seçme serbestisi tanınacağını tayin eder³⁴⁰. Bundan dolayı, tarafların iradesine önem veren bu teorinin uygulanabilmesi öncelikle hukuk siyaseti cephesinden görülmelidir.

Fransız İhtilalı'nın ve İtalya'daki ittihat hareketinin ortaya koyduğu fikirler sonucu derebeylik hukukunun zincirlerini kopararak ferdin grup karşısındaki mevkiini yükseltmesi, iki tarafın iradesine fazla kıymet vermenin yolunun irade muhtariyetine asli hukuk kaynağı karakterini izafe etmek olduğu şeklinde anlaşılmıştır.

Belçikalı devletler özel hukuku akademisyeni Laurent'in 1880 yılında yazdığı sekiz ciltlik eserinde sözleşmenin tarafların kendi kendilerine kabul ettikleri kanundan başka hiçbir kanuna tâbi kılınamayacağını; tarafların özellikle kendi

³³⁸ Tercier, Pichonnez, Develioğlu s. 169-170.

³³⁹ Tercier, Pichonnez, Develioğlu, s. 171.

³⁴⁰ Adolf nSchnitzer, Dâhili Hususi Hukukta ve Devletler Hususi Hukukunda Akitlerin Muhtariyeti, ev. Bülend Davran, İÜHFM, S. 6 (1), Y. 2011, s. 185.

menfaatlerini düzenledikleri nispette tam bir serbestîye sahip olduklarını, şayet sözleşmeler için kanuni düzenlemeler mevcutsa, bunların tarafları bağlamaması gerektiğini savunmuştur. Özetle sözleşmesel meselelerinde tarafların iradesi her şeydir, kanunu onlar yaparlar, onların iradesi tatbik edilecek hukuku tayin eder³⁴¹.

Paul de Castro 1441 yılında kaleme aldığı eserinde, bir şahsın doğumu sebebiyle doğum yerinin hukuk kurallarına tâbi olduğu gibi, sözleşme de düzenlendiği yerin hukukuna tâbidir, demek suretiyle şahıslara uygulanan *lex originis* kavramını bir mecazla sözleşmeye devretmiştir. Fakat yazar tarafların iradesinden bahsetmemiştir. 1495'te ise *Rochus Curtius* sözleşme akdedilmesinde mahalli hukukunun uygulanması için, tarafların bu hukukun uygulanmasını zımnen onaylamaları gerektiğini öne sürmüştür. Fakat yine de, tarafların iradesi bir ülke hukukuna bağlamanın oluşturulmasında saik görevi ile kalmış, herhangi bir hukukun uygulanmasını meşru kılan aslî bir hukuk kaynağı olarak görülmemiştir³⁴².

İki tarafın gerçek iradesi ilk defa 18. asırda *Boullenois* tarafından “Şayet anlaşma varsa, bunu nazarı itibara almak lâzımdır” demek suretiyle ele almıştır. Bazı kaynaklarda ise irade muhtariyeti ilkesinin ilk kez *Aristo* tarafından ortaya atıldığı ileri sürülmüştür³⁴³.

1.5.1. Ekonomi Temelli Bir Düşünce Olarak İrade Muhtariyeti

Başlangıçta hukukî değil, ancak kökeni itibariyle devletin sosyal hayattaki koruyucu (*paternalist*) politikalarını reddederek tarafların her alanda pazarlık özgürlüğünü tesis etmeyi ilke edinmiş ekonomik ve politik bir ilke olan irade muhtariyeti³⁴⁴, ancak 18. yy. sonlarına doğru hukukçuların ilgisini çekmiş ve 19. yy. da bir hukuk ilkesi olabilmıştır³⁴⁵. Aslında *Hofer* tarafından da kabul edildiği gibi 1860 lardan 1870 lere kadar hukukçular arasında irade muhtariyeti prensibi tartışma konusu oluşturmamıştır. Şu kadar ki, bu zaman zarfında *Hofer*, sözleşme

³⁴¹ Schnitzer, s. 190-191.

³⁴² Schnitzer, s. 194.

³⁴³ Ünal, s. 33, 96 nolu dn.

³⁴⁴ Nathan Isaacs, “The Standardizing of Contracts”, *Yale Law Journal*, C.27, 1917-1918, s. 34.

³⁴⁵ Güngör, *Tüketici*, s. 35.

özgürlüğünü yorumlayan ekonomistler arasında bir tartışma olduğundan bahsetmiştir³⁴⁶.

Sözleşmeler alanında irade muhtariyetinin ilkesinin kabulü, ekonomik liberalizm ve işletme kapitalizminin³⁴⁷ bir hukuki sonucudur³⁴⁸. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin, taraflara ilişkilerini yasal çerçeve içinde serbestçe şekillendirme imkânı verdiği kabul edilmekte olup³⁴⁹; 19. yy. "sözleşme yılları" olarak kabul edilmiştir³⁵⁰. 19. yy. ın başında kabul edilen bireyci ve liberal yaklaşım uyarınca tarafların irade özerkliği, her iki tarafın aynı derecede müzakere özgürlüğü olduğu varsayımı üzerine kurulmuştur³⁵¹. 19. yy.'da, klasik liberal iktisat teorisinin temelini atan Adam Smith'in "*Bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler, dünya kendi kendine döner!*" (*Laissezfaire et laissezpasser, le monde va de lui-même!*) şeklindeki tespitinde³⁵², piyasadaki fiyat oluşumuna hukukî yollarla müdahale ederek sözleşme eşitliğini sağlamaya çalışmanın pazar dengesini bozacağı, ifade edilmiştir³⁵³. Bu durumda, devletin devreye gireceği tek durum, pazarın piyasa fiyatı etrafında oluşabilmesi için gerekli olan sosyal ve siyasal çerçeve koşullarını sağlamaktır³⁵⁴. Esasen bir toplumda mevcut ekonomik düzen ile uygulanan sözleşme hukuku arasında sıkı bir irtibat olduğu kabul edilmektedir³⁵⁵. Benzer şekilde Savigny, kapsamlı ekonominin kendi kendini denetlemesinin başlangıçta kamu hukuku kurumları tarafından istisnai durumlarda düzeltildiğini savunmuştur. Temelde sadece serbest piyasaya katılım kalıcı bir şekilde reddedilirse, kendi kendini denetlemenin sınırları özel hukuk dâhilinde ortaya çıkar; özel hukuk yapısını sözleşme özgürlüğünün sınırları ile uyumlu hale getirirken öncelikle hemen hemen ekonomide

³⁴⁶ Abegg, Thatcher, s. 104, 210 nolu dn,

³⁴⁷ Friedrichand Kessler, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in GoodFaith and Freedom of Contract: A ComparativeStudy" *Faculty Scholarship Series*, 5. Bs., 1964, (çevrimiçi), https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2724, 10 Nisan 2019, s. 2724.

³⁴⁸ Güngör, *Tüketici*, s. 74.

³⁴⁹ Hans Huber, *DieVerfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit*, Berlin, 1966, s.14.

³⁵⁰ James Williard Hurst, *Lawandthe Conditions of Freedom in the Nineteenth Century*, United States, 1956, s.18.

³⁵¹ Pierre, Pichonnaz, Develioğlu, s. 163.

³⁵² Özdeyişin Vincent de Gournay'a ait olduğu yönünde bkz. Ersoy Artunç, s. 295 Dipnot I. Ayrıca bu özdeyişin "laissez-faire", "laissez-faire, laissezpasser", "laissez-faire et laissezpasser" gibi farklı şekillerde ifade edildiği de görülmektedir: Kaşak, s. 43, 138 nolu dipnot.

³⁵³ Adam Smith, *An Inquiryintothe Nature andtheCauses of the VVealth of Nations*, London 1776.

³⁵⁴ Küçükyalçın, s. 105.

³⁵⁵ Kaşak, s. 7.

özellikle yeni gelişen serbest iç pazar ile ilgili olarak “özgürlüğü özgürlükle sınırlamak” veya “özgürlüğü ticaretin gerekleri ile sınırlamak” düşüncesine sokar³⁵⁶.

1.5.2. Siyaset Temelli Bir Düşünce Olarak İrade Muhtariyeti

İrade muhtariyetinden doğan ilkeler arasında sayılan sözleşme özgürlüğü kavramının ortaya çıkmasının altında yatan siyasi sebebin Fransız İhtilali olduğu söylenmektedir³⁵⁷. Pek tabidir ki, Fransız İhtilali’nin iktisadi alandaki görünümü olan liberalizm ve bunun sonucu devlet politikası olarak kendine yer bulan sözleşme özgürlüğünü tek başına Fransız İhtilali’ne veya Adam Smith’e bağlamak da doğru olmaz. Şu hâlde sözleşme özgürlüğü, esasen Fransız Devrimi’nin düşünce yapısı çerçevesinde ortaya çıkmakla birlikte hiç şüphesiz uzun süreli bir gelişimin sonucu olarak ortaya çıkmıştır³⁵⁸.

Sovyetler Birliği dağılmadan önce sosyalist hukuk düzenlerinde irade muhtariyeti ilkesine hiç yer verilmemiştir. COMECON³⁵⁹ üyesi devletler arasında geçerli olan *The General Conditions of Delivery of Goods* (Ürünlerin Tesliminin Genel şartları) bunun örneklerinden birisidir³⁶⁰.

1.5.3. Roma Hukukunda İrade Muhtariyeti

İrade muhtariyeti prensibinden doğan bir özgürlük olan yasada belirlenmemiş bir sözleşme tipini seçme özgürlüğüdür. Bu konuda Roma hukukunda öncelikle modern anlamda sözleşme özgürlüğüne yer verilmediği gibi³⁶¹ sözleşme tipini belirlemeye de izin verilmediğini belirtelim³⁶².

Roma hukukunda sözleşme tipleri sınırlı sayı ilkesine (*numerus clausus*) belirlenmiş ve adlandırılmıştı. Zira Roma hukukunda benimsenmiş olan akitler

³⁵⁶ Abegg, s. 111.

³⁵⁷ Akbulut, s. 16; Kırkbeşoğlu, s. 18.

³⁵⁸ Üçer, s. 27; Kaşak, s. 16-17.

³⁵⁹ *The Council for Mutual Economic Assistance* (Karşılıklı Ekonomik Yardımlaşma Konseyi).

³⁶⁰ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 19, 41 nolu dn.

³⁶¹ Ateş, s. 5; Yasemin Işıқтаç, *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme*, 2. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 95. Roma hukukunda sözleşme özgürlüğünün bulunduğu dair aksi görüş için bkz. Üçer, s. 27.

³⁶² Oktay, s. 266; Serozan, *Borçlar Özel*, s. 53-54; Işıқтаç, s. 94.

sistemine göre “*iuscivile*” tarafından tanınan ve “*actio*” ile himaye edilen sözleşmeler (*contractus*) sınırlı sayı ilkesine (*numerus clausus*) tabiydi³⁶³. Bunlar dışında sözleşme yapılamazdı. Sayılanlar dışında borç doğuran hukuki bir işleme girilirse, buna “sözleşme benzeri” (*quasi contractus*) denirdi. Buna karşılık modern hukuk sistemleri bu bakımından da sözleşme özgürlüğü ilkesini benimsemiş bulunmaktadır³⁶⁴. Fakat yine de sözleşme özgürlüğünün ilk defa On İki Levha Kanunları’nda (MÖ. 451-449) yer aldığı bildirilmektedir³⁶⁵.

1.5.4. Bazı Hukukçulara Göre İrade Muhtariyeti

Tarihsel olarak, irade muhtariyeti doktrini, söz konusu *lex loci contractus* yaklaşımına, yani sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna tabi olması kuralına karşı geliştirilmiştir. *Lex loci* kavramına dayanarak, İtalyan devletçi *Bartolus da Sassoferrato* (1314-1357) sözleşmeyi sözleşmenin yapıldığı yer yasasına tabi tutmuştur. *Bartolus*, “sözleşme yeri yasası, sözleşmenin şekli ve maddesi ile ilgili tüm soruları yönettiğine” inanıyordu. *Bartolus* ve takipçilerine göre, bir kişi gibi bir sözleşme de kökeninin yapıldığı yerin hukukuna tabiydi ve bu nedenle köken, sözleşmenin doğduğu yerdi. Bir hukuk meselesi olarak, *Lex loci*’nin tarafların niyetine bakılmaksızın sözleşmeleri yönettiği görüşündeydiler³⁶⁶.

³⁶³ Bucher, s. 317; Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri** Borçlar Hukuku, 14. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 44-46; Serozan, **Borçlar Özel**, s. 53-54; Üçer, s. 29; Işıktaç, s. 94; Küçükyağcı, s. 102-104; Kaşak, s. 10-11.

³⁶⁴ Zevkliler, Gökyayla, s. 10.

³⁶⁵ Busche, s. 46.

³⁶⁶ Bkz. Mo Zhang, “Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law”, **Emory International Law Review**, Vol. 20, 2006, Temple University Legal Studies Research Paper No. 2008-44, (çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=1084331> (Erişim Tarihi: 13 Kasım 2019, s. 517).

Sözleşme özgürlüğünü temel özgürlükler içinde kabul eden *Hobbes* (1588-1679), kişilerin kendilerini kurdukları sözleşmelerle yükümlülük altına sokmalarını bireylerin şahsi menfaatleri ile açıklamıştır³⁶⁷.

İrade muhtariyeti ilk olarak *Molinaeus* tarafından ortaya atılmış, 19. yy'da *Savigny* tarafından geliştirilmiştir³⁶⁸.

Milletlerarası özel hukuk alanındaki manası ile irade muhtariyetini ilk defa, İtalyan hukukçu *Rochus Curtius* tarafların iradelerinin sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyebileceğini 1495 yılında gözlemlemiştir. Yazar, sözleşme hukuku alanında *lex loci actus*'u tarafların zımnen seçtikleri hukuk olarak kabul ediyordu. Böylece *Rochus Curtius* sözleşme hukuku alanında tarafların uygulanacak hukuku seçmekte muhtar olduklarını beyan etmiştir³⁶⁹. İtalyan hukukçu tarafından ortaya atılan iradenin muhtariyeti fikrini ilk defa olarak bir prensip halinde *Charles Dumoulin* (1500–1566) ifade etmiştir³⁷⁰.

İrade muhtariyeti ilkesi, tarafların hukuk seçimi üzerindeki gücünü vurgulayarak klasik *lex loci* yaklaşımından kendini ayırmıştır. Yerel yasalara ulaşmaya yönelik bir analizin kalıbına uymayan unsurlar olduğunu fark eden *Dumoulin*, “bir anlaşmaya girenlerin pazarlıklarını düzenleyen yasayı düzenleyebileceği fikrini” ileri sürmüştür. *Dumoulin*'in etkisi nedeniyle, tarafların niyetine güvenmek, sözleşmelerde hukuk seçimi ilkesi haline gelmiş ve sonuç olarak *lex loci contractus* taraf iradeleriyle değiştirilmiştir³⁷¹.

³⁶⁷ Hobbes of Malmesbury, Thomas, *Leviathan or The Matter, Forme, & Power of a Common-Wealth Ecclesiastica land Civil*, London, 1651. <http://www.gutenberg.org/files/3207/3207-h/3207-h.htm> 04.07.2019: Chapter XV, Justice Commutative and Distributive “As if it were Injustice to sell dearer than we buy; or to give more to a man than he merits. The value of all things contracted for, is measured by the Appetite of the Contractors: and therefore the just value, is that which they be contented to give. And Merit (besides that which is by Covenant, where the performance on one part, meriteth the performance of the other part, and falls under Justice Commutative, not Distributive,) is not due by Justice; but is rewarded of Grace onely”. Hobbes'un bu fikrinin açıklaması için bkz. Epstein, s. 16.

³⁶⁸ Schnitzer, s. 193-198; Abdülhak Kemal Yörük, *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul 1993, s. 389-395; Esener, *İradenin Muhtariyeti Prensibi*, s. 478-487; Vedat Seviğ, “İrade İstiklali Hakkında Muhtelif Temayüller”, *A.S. Gönensay'a Armağan*, İstanbul 1955, s. 357-381; Ziya Akıncı, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1992, s. 10.

³⁶⁹ Esener, s. 480.

³⁷⁰ Seviğ, *Devletler Hususî*, s. 295

³⁷¹ Aktaran: Zhang, *Contractual* s. 511.

Dumoulin hukuk seçme serbestîsinin kurucusu olarak kabul edilmektedir³⁷². Avukat olan *Dumoulin* 1525 yılında evlilik mal rejimi davasında Paris teamülünün başka mahalde bulunan mallara dahi tatbikini haklı göstermek için tarafların bu hususta zımnen anlaştıklarını iddia etmiştir³⁷³³⁷⁴.

İrade muhtariyeti doktrininin, on altıncı yüzyılın Fransız bir akademisyeni olan “irade muhtariyetinin babası” olarak kabul edilen *Charles Dumoulin*’in yazılarından kaynaklandığı söylenmektedir. *Dumoulin*, sözleşmelerle ilgili olarak, “tarafların iradesinin egemen olduğu” inancındaydı. Bu nedenle, tarafların iradesini, sözleşmeleri düzenleyen yasanın belirlenmesinde önde gelen faktör olarak görmekteydi. Dolayısıyla, tarafların niyeti belirleyici faktör olduğunda, böyle bir niyeti belirten koşullar hangi yasanın geçerli olacağını belirlemesi gerektiğini düşünüyordu. *Dumoulin* ayrıca, irade muhtariyeti altında, açık seçim olmadığında, uygulanacak hukukun tarafların zımni ve muhtemel niyetlerine uygun olarak aranacağını da ifade etmiştir³⁷⁵.

Charles Dumoulin, taraf iradelerinin hukuki ilişkilerde belirleyici bir rol üstlenmesi gerektiğini, ikametgâh hukuku bağlanma noktasının öneminin değerlendirilerek uygulamada öne çıkarılması gerektiğini savunmuştur. Böylece ilk olarak ikametgâh bağlama noktasını taraflara uygulayarak akitlerde taraf iradelerinin uygulanmasını, sınırlı da olsa bir hukuk seçimi serbestliğini dile getirmiştir³⁷⁶.

Savigny, iradenin muhtariyeti prensibini kabul ederek tarafların sözleşmelerini istedikleri herhangi bir hukuka tâbi kılabileceklerini beyan etmektedir. Eğer taraflar açıkça sözleşmeye uygulanacak hukuku göstermemişlerse, hâkim hukukî ilişkinin kaderini tayin etmek zorunda kalacaktır ki, *Savigny*’e göre bu icra yeri hukukudur³⁷⁷. Taraflar aralarında bir sözleşme yaparken her şeyden önce o

³⁷² Bkz. Esener, s. 480. Akıncı, *Uygulanacak Hukuk*, s. 10; Tütüncübaşı, s. 11-12.

³⁷³ Schnitzer, s. 188; Yörük, s. 390.

³⁷⁴ *Dumouline*’den önce evlilik mallarının idaresi hususundaki kanunî rejim mevzuubahis olduğu zaman mülkî statü cari oluyordu. Şöyle ki: Akdi statü tarafların evlenme zamanındaki ikametgâhları hukukuna tabi iken, kanunî rejim malın bulunduğu yer kanuna tâbi oluyordu: Vedat Raşit Seviğ, “Mülkîlik esası ve müktesep hakları”, *İHFM*, 1952, S. 1-2, s. 172-173. İşte *Dumoulin*, bilâhare, bir dava dolayısıyla müdafaa ettiği fikri genişletmiş ve bir evlenme mukavelesi akdedilmediği takdirde karı kocanın muhtelif yerlerde mevcut mallarını idare için onların iradesine göre tek bir kanuna tâbi kılmaya çalışmıştır: Seviğ, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 481.

³⁷⁵ Lando’dan aktaran Zhang, *Contractual*, s. 516-517.

³⁷⁶ Muammer Raşit Seviğ, Vedat Raşit Seviğ, *Devletler Hususî Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1962, s. 491, 561; Uluocak, s. 156.

³⁷⁷ Seviğ, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 483.

sözleşmenin icrasını göz önünde bulundururlar. *Savigny*'nin kurduğu sisteme göre iradenin muhtariyeti prensibinin tatbiki mutlak olmayıp kamu düzeni ile sınırlandırılmıştır³⁷⁸. Aslında *Savigny* açıkça hukuk seçme serbestisinden söz etmemiş, sözleşmelerde ifa yeri hukukunun yetkili hukuk olduğunu ve tarafların ifa yerini belirlemekle birlikte o yer hukukunu da kendi serbest iradeleriyle yetkili hukuk olarak tayin etmiş olacaklarını dile getirmiştir³⁷⁹.

Özellikle *Savigny* tarafından savunulan uygulanacak hukuk düzeninin taraflarca seçimi prensibinin tarihi gelişimi özel hukuktaki sözleşme serbestisi esasının devletler özel hukukuna intikalini ifade eder. Devletler özel hukukunun irade muhtariyeti prensibi, İsviçre’de ve başka bazı ülke hukuklarında eskiden beri kabul edilmiştir. Bu prensip, İsviçre Federal mahkemesinin 1885 yılındaki bir kararında şöyle ifade edilmiştir: “Teori ve pratikte genellikle kabul edildiği gibi, şahsi hukukî muamelelerin sıhhat ve hükmü, dâva mahallinin mutlak amir kanunlarına aykırı düşmedikleri nispette, akdın in’ikadında taraflar hangi devlet kanununun yetkili olmasını gerçekten kabul etmişlerse o devlet kanununa göre hükme bağlanır”³⁸⁰.

Savigny ve *Mancini*’den bu yana öncelikle tarafların seçmiş olduğu hukukun uygulanacağı konusunda yargı kararları ve öğretide tam bir fikir birliği bulunmaktadır. Ancak bunun özünde ne anlama geldiği konusu özellikle Alman öğretisinde tartışılmıştır. Geçtiğimiz yüzyılda Alman hukukçular, yetkili hukukun belirlenmesinin sadece taraf iradelerine bırakılmasını şiddetle reddetmişler, kişilerin iradesine sadece kanunun izin verdiği ölçüde etki tanınabileceği savunulmuştur. Buradan yola çıkılarak denilmiştir ki, öncelikle “asıl” geçerli hukuk düzeni tespit edilmeli ve bu hukuk düzeninin taraf iradelerine ne oranda izin verdiği araştırılmalıdır. Dolayısıyla burada yapılan hukuk seçiminin maddi hukuk anlamında bir bağlanma olarak anlaşıldığından bahsedilebilir³⁸¹. Bunun gibi Türk Hukukunda da önceleri Yargıtay hukuk seçme serbestisinden sadece maddi anlamda bir bağlanma anlamaktaydı. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 05.04.1979 tarihli bir kararına göre, “... Diğer bir deyimle Devletler Hususi Hukukundaki irade

³⁷⁸ Esener, s. 482.

³⁷⁹ Esener, s. 481-482; Tütüncübaşı, s. 12.

³⁸⁰ Erdoğan Göğer, “Devletler Hususî Hukukunda Âkit Taraflarca Yetkili Kanunun Seçilmesi”, *AÜHF 40. Yıl Armağanı*, Ankara, 1966, s. 299-315, s. 303.

³⁸¹ Tütüncübaşı, s. 12-13.

muhtariyeti ancak yorumlayıcı hükümlerle uygulanabilir” (1979/1512 Esas sayılı ve 1979/1795 Karar sayılı karar)³⁸².

Mancini’nin öğretisinin üç ilkesini oluşturan vatandaşlık, ülkesellik ve bireysel irade özgürlüğü esasları uluslararası sözleşmeler hukuku için hukuk seçme serbestisi yolunu açmıştır. Hukuk seçme serbestisi kanuni olarak ilk kez 1865 yılında İtalyan “*Codice Civile*” de kabul edilmiştir. İspanya’da 1877 yılında Yüksek Mahkeme tarafından açıkça hukuk seçme serbestisi kabul edilmiştir³⁸³. Fransa’da ise geniş anlamda hukuk seçme serbestisi ilk kez 1910 tarihli “*Cour de cassation*” kararında kabul edilmiştir³⁸⁴. Hukuk seçme serbestisi, İngilizce hukukçular tarafından 1865’ten beri kabul edilmekle birlikte³⁸⁵, 1939 yılına ait bir kararla³⁸⁶ da kesin olarak İngiliz hukukunda yerini bulmuştur³⁸⁷.

Alman hukukunda da durum Yüksek Mahkeme kararlarıyla şekillenmiştir. 1882 yılında “*Reichsgericht*” tarafından verilen karar ile hukuk seçme serbestisi Alman hukukunda kabul görmüştür. 1885 yılında verilen bir başka karar ile de seçilen hukukun emredici kurallarının da uygulanacağı kabul edilerek hukuk seçme serbestisinin maddi hukuk anlamında değil, kanunlar ihtilafı hukuku anlamında bir hukuk seçimini ifade ettiği kabul edilmiştir³⁸⁸.

Uluslararası Hukuk Enstitüsü (*Institut de Droit International*) 1908 yılında sözleşmelere uygulanacak hukukun öncelikle tarafların seçimine göre belirleneceği yönünde karar vermiştir³⁸⁹.

*Pillet*³⁹⁰, hukuk kaidelerini ihtiyarî ve mecburî olmak üzere iki kısma ayırmakta ve iç hukukta olduğu gibi, uluslararası hukukta da emredici hükümlerin bertaraf edilmeyeceği fikrinden ilham almaktadır. Yazara göre, ihtilâfa bakan hâkim, öncelikle emredici nitelikli kendi hukuk kurallarını uygulayacak ve böylece

³⁸² MHB. C. 1, S. 1, 1981, s. 31-36.

³⁸³ Karara konu olayda, İtalya bandıralı bir geminin kaptanı ile Prusyalı bir şirket arasında Peru’da akdedilen sözleşmeye uygulanmak üzere tarafların İtalyan hukukunu yetkili kılan hukuk seçimleri kabul edilmiştir: Tütüncübaşı, s. 13-14.

³⁸⁴ Esener, s. 497-498; Tütüncübaşı, s. 14.

³⁸⁵ *Lord Mansfield*’in 1760 yılına ait *Robinson v. Bland* kararında, tarafların hukuk seçme serbestilerinin kabul gördüğü aktarılmaktadır: Tütüncübaşı, s. 14, 43 nolu dn.

³⁸⁶ “*Vita Food Products Inc. V. Unus Shipping Co. Ltd.*”

³⁸⁷ Esener, s. 498-499, Tütüncübaşı, s. 14.

³⁸⁸ Tütüncübaşı, s. 14.

³⁸⁹ *Annuaire de L’Institut de Droit International* 22, 1908, s. 289 vd.

³⁹⁰ *Pillet, Principes de droit international privé*, 1903, No. 238, s. 441 ve No 241, s. 453-454.

uygulanacak hukuk meydana çıktıktan sonra irade muhtariyetinin sınırlarını bu hukuka göre tayin edecektir. Başka bir tabirle, irade muhtariyeti yalnız emredici olmayan hükümler hakkında geçerlidir. Bundan ötürü, yalnız sözleşme ehliyeti, şekil ve kamu düzeni değil, aynı zamanda emredici hükümlerin çerçevesine giren bütün hususlar tarafların iradelerine tâbi olmaz. Görülüyor ki, tarafların iradeleri ancak yetkili hukuk tarafından çizilen sınırlar dahilinde hukukî muamelelerin kaynağını teşkil eder.

Pillet'in öğrencisi olan *Niboyet* de aynı fikirden hareket ederek irade muhtariyetinin mevcut olmadığını, yetkili hukuka göre tarafların haiz oldukları muhtariyetin ise sözleşme özgürlüğünden (*Liberte des conventions*) ibaret olduğunu beyan etmektedir³⁹¹.

İrade özerkliği doktrini yakın zamanda “dünya ülkeleri tarafından o kadar geniş çapta kabul görmüştür ki yasal sistemlerin ortak çekirdeğine ait olmuştur”³⁹².

1.5.6. Türk Hukukunda İrade Muhtariyeti Prensibinin Gelişimi

Türk Milletlerarası Özel Hukukuna baktığımızda hukuk seçimi gibi liberal bir düzenlemenin kanun koyucunun gündemine Kıta Avrupası ve Anglo Amerikan hukuk sistemlerinden çok sonraları geldiği görülmektedir. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun belirlenmesinde taraflara tanınan hukuk seçimi olanağı 2675 sayılı MÖHUK m. 24 ile ilk kez düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemede kanunun lafzında “taraflarca açıkça belirlenen kanun” denerek hukuk seçimi imkânı sınırlandırılmıştır. 5718 sayılı MÖHUK’ta ise bu sınırlandırmadan vazgeçilerek “kanun” yerine “hukuk” kelimesi kullanıldığı görülmektedir ³⁹³ . Hukukumuzda meydana gelen gelişmeler sonucu akit dışı borç ilişkilerinde hukuk seçme imkânı ise sonradan kabul edilmiştir.

³⁹¹ Esener, s. 485.

³⁹² Zhang, *Contractual*, s. 511.

³⁹³ Akıncı, *Uygulanacak Hukuk*, s. 49.

1.6. Milletlerarası Özel Hukukun İrade Muhtariyetine Yükllediği Anlam

Çalışmamızın esas gayesini oluşturan milletlerarası özel hukuktaki irade muhtariyeti prensibinin anlaşılabilmesi için bir zemin temini gayesi ile maddi hukukun genel esasları ve nispeten basit olan meseleleri yukarıda açıklanmıştır. Esasen irade muhtariyetinin orijinal anlamı, bir sözleşmeye taraf olanların, sözleşmeyi düzenleyen hukuk olarak belirli bir eyalet veya ülkenin hukukunu seçme gücüdür³⁹⁴.

Milletlerarası özel hukuk doktrininin irade muhtariyeti ilkesini sözleşmeler alanında öngörülebilirliği sağlayan vazgeçilmez bir unsur olarak gördüğü bir gerçektir³⁹⁵. Nitekim 5718 sayılı Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 1. maddesinin 1. fıkrasında hâkimin Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygulayacağı belirtildikten sonra 4. fıkrasında uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

Borçlar Hukukunda, taraflar borç doğuran bir özel hukuk sözleşmesinin içeriğini, kapsamını, tipini veya nasıl sona ereceğini belirlemekte serbesttirler. İç hukukta “sözleşme serbestisi” olarak kabul edilen bu prensip milletlerarası özel hukukun konusuna giren ilişkilere de yansımıştır. İç hukukta Borçlar Hukuku alanında tanınan bu serbesti, milletlerarası özel hukukta, daha farklı nitelikte olmakla beraber “irade muhtariyeti” veya “hukuk seçimi”³⁹⁶ prensibi olarak kabul edilmektedir³⁹⁷. Sözleşmesel ilişkilerin temelinde yatan sözleşme serbestisi

³⁹⁴ Zhang, *Contractual*, s. 511.

³⁹⁵ Ole Lando, “New American Choice-of-Law Principles and the European Conflict of Laws of Contracts”, *The American Journal Of Comparative Law*, Vol. 30, 1982, s.19-35, Lando, Nielsen, s. 284; Güngör, *Tüketici*, s. 78-79.

³⁹⁶ Tekinay hukuk seçimini, “atıf sözleşmesi” (*verweisungvertrag*) olarak adlandırmaktadır: Gülören Tekinalp, *Acenta Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilafı Kuralı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1972, s. 105.

³⁹⁷ Gülören Tekinalp, Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları*, 12. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 276, s. 349; Aysel Çelikel, B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 376; Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 22. bs., Beta, İstanbul, 2017, s. 312 vd.; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 359; Şanlı, *Tahkim*, s. 105; Tütüncübaşı, s. 8; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 258; Arzu Alibaba, *Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Milletlerarası Özel Hukuk) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2006, s. 21; Aslı Bayata Canyaş, *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural*, Adalet Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 51-52.

prensibinin milletlerarası özel hukuk alanındaki yansıması, kural olarak tarafların seçmiş oldukları hukukun MÖHUK m. 24'te ilk bağlama kuralı olarak kabul edilmesidir³⁹⁸.

En temel bir anlatımla irade muhtariyetinin milletlerarası özel hukuktaki manası, tarafların aralarında yaptıkları sözleşmeyi belli bir hukuka tabi tutabilme yetkilerini ifade etmektedir³⁹⁹. Kanunlar ihtilafı alanında irade muhtariyeti, tarafların sözleşmeyi yönetecek hukuklardan uygun olanı seçebileceği anlamına gelir⁴⁰⁰. Bir diğer tanımla milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti tarafların, sözleşmelerin esasına uygulanacak hukuku, belirli sınırlar dahilinde, serbest iradeleriyle kararlaştırabilmeleridir⁴⁰¹.

İç hukukta emredici kuralların izin verdiği ölçüde sözleşmenin içeriğinin taraflarca belirlenmesine imkân vererek sözleşme özgürlüğü kimliğine bürünen irade muhtariyeti prensibi, milletlerarası özel hukukta daha geniş bir kapsama ulaşarak sözleşmeye uygulanacak hukukun seçimi konusunda taraflara serbestlik tanır. Bu sebeple milletlerarası özel hukuktaki irade muhtariyeti serbestîsi iç hukukta sahip olduğundan daha geniş bir anlam taşımaktadır⁴⁰². Milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti ilkesi bir bağlama kuralı olarak karşımıza çıkmakta ve böylece sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemeye yaramaktadır⁴⁰³. İrade muhtariyetinin bir bağlama kuralı olarak düzenlenmesi sonucu, sözleşme *lex contractus* kanun rolünü üstlenmektedir⁴⁰⁴.

Maddi hukukta irade serbestliği, bizzat hukukun kendisi tarafından, emredici hükümlerle, sınırlandırılmıştır. Milletlerarası özel hukukun irade muhtariyetine yüklediği anlam sözleşmesel ilişkide tespit edilen en uygun hukuk seçimi

³⁹⁸ Zeynep Derya Tarman, “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXV S. 2'den Ayrı Bası, 2009, s. 299-332, s. 308.

³⁹⁹ Nomer, *Devletler Hususî*, s. 291.

⁴⁰⁰ Şanlı, *Tahkim*, s. 103; Tütüncübaşı, s. 8.

⁴⁰¹ Osman Fazıl Berki, *Türk Hukukunda Kanun İhtilafları*, Ankara Üniversitesi Yayınevi, Ankara, 1971, s. 175; Osman Fazıl Berki, *Devletler Hususî Hukuku*, C. 2, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1961, s. 297-298; Güngör, *Tüketici*, s. 75-76.

⁴⁰² Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 244; Akıncı, *Uygulanacak Hukuk*, s. 11.

⁴⁰³ Şanlı, *Tahkim*, s. 108; Alibaba, *Hukuk Seçimi*, s. 22.

⁴⁰⁴ Ateş, *İrade*, s. 136, 4 nolu dn.

anlaşmasının akdedilmesi ile irade muhtariyeti kimlik kazanmakta ve sadece bu amaç doğrultusunda sınırlandırılabilir⁴⁰⁵.

İrade muhtariyetinin kalbine giden iki aşamalı bir soru vardır. Sorulardan ilki, tarafların sözleşme faaliyetlerinin yasal sonuçlarını belirleyecek hukuku seçip seçemeyeceğidir. Bu sorunun cevabı sadece tarafların uygulanacak hukuku seçme özgürlüğünü etkilemekle kalmaz, aynı zamanda tarafların bağlanacağı uygulanacak hukuku da etkiler. Öte yandan, diğer soru, tarafların seçtiği hukukun belirli bir yargı alanında uygulanıp uygulanmayacağı ile ilgilidir. Bir hukuk seçimi hükmünün uygulanabilirliğinin nihayetinde, tarafların sözleşme için uygulanacak olan hukuka ilişkin özerkliklerinin nihai kaderini belirlediği açıktır⁴⁰⁶.

1.6.1. Doktrindeki Çeşitli Görüşler

Bir yazara göre, iç hukukta sözleşme özgürlüğünün sınırları nispetinde taraflar uygulanacak hukuku belirleme özgürlüğüne sahiptir. Seviğ, Türk Hukuku için de aynı neticeyi kabul etmektedir⁴⁰⁷: “Kanunun emredici hükümlerine riayet mecburiyeti vardır. Yorumlayıcı hükümlerde ise sözleşme özgürlüğünün bulunduğu açıktır. Bu hükümler ihtiyari olduklarından sözleşmeyi yapanlar diledikleri hükmü kabul edebilir ve hatta dilerlerse, bu hususta yabancı bir hukukun hükmüne tabi olabilirler”.

Uluslararası Hukuk Enstitüsü’nün 1991 yılında İsviçre-Basel’de gerçekleşen toplantısında hukuk seçme serbestisini bir temel hak ve insan hakkı olarak kişiliğin özgür gelişimi hakkına dayandırmıştır. Türk Hukukunda da hukuk seçme serbestisini sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak Anayasamızın 17. ve 48. maddeleri kapsamında değerlendirmek mümkündür⁴⁰⁸.

Hukuk seçiminin bağlama kurallarında kullanılmasını tamamen reddeden görüşler de vardır⁴⁰⁹. Bu görüş, modern hukuk dünyasında milletlerarası özel

⁴⁰⁵ Yeşim Atamer, “Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması”, *İÜHFM*, 1996, C. LV, s. 425; Çelikel, Erdem, s. 375-376.

⁴⁰⁶ Zhang, Contractual, s. 511.

⁴⁰⁷ Seviğ, *Devletler Hususi*, s. 474.

⁴⁰⁸ Tütüncübaşı, s. 20.

⁴⁰⁹ Örneğin İsviçre hukukunda tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi açıkça reddedilmektedir (IPR-G m. 120/3): Güngör, *Tüketici*, s. 80.

hukukun işlevini takdir edemedikleri, bugünün milletlerarası özel hukukunun yaşayan hukukun bir parçası olduğu ve diğer hukuk alanları ile yakından bağlantılı olarak fonksiyon ifa ettiği, bu sebeple de sosyal gerçeklerin ifadesi olması gerektiği belirtilerek eleştirilmiştir⁴¹⁰. Bu konuda bazı görüşlere göre taraflara sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanacak hukuku belirleme yetkisinin verilmesinin onları kanun koyucu mevkiine çıkarmak anlamı taşıdığı bildirilmiş, daha ileri giden başka bir görüşe⁴¹¹ göre taraflara böyle bir yetki tanınmanın egemenliğin devri anlamına geldiği belirtilmiştir⁴¹².

1.6.2. Sözleşme Hukuku Dışında İrade Muhtariyetinin Yorumu

Genel olarak sözleşmeler hukuku alanında öne çıkan irade muhtariyeti ilkesinin, hukukun her alanında aynı genişlik ve esneklikle yorumlandığını söylemek mümkün görünmemektedir. Özellikle, aile hukuku alanında hukuk seçimi ya son derece sınırlı olarak gündeme gelmekte ya da bu konuda, irade muhtariyetinin önü tamamen kesilerek, uygulanacak hukuk, *forum*'un bağlama kuralları uyarınca objektif olarak tayin edilmektedir. Bu yaklaşım, aile hukukunun kimi devlet anayasalarında da koruma altına alınan kurumsal bir yapısının olması ve bu nedenle bireysel düzeyde anlaşmalar yoluyla düzenlenmeye uygun olmaması gibi gerekçelerle desteklenmektedir⁴¹³. Ayrıca, örneğin “çocuklar” gibi zayıf tarafların korunması düşüncesiyle de konunun, bireysel düzeydeki anlaşmalara açık olamayacağı üzerinde durulmaktadır.

İrade muhtariyeti ilkesinden hareketle taraflara verilen bir diğer özgürlük olan yetkili mahkemenin belirlenmesi, çalışma konumuz olan hukuk seçiminden farklıdır⁴¹⁴.

⁴¹⁰ Güngör, *Tüketici*, s. 80.

⁴¹¹ Lorenzen Ernest G., “Validity and Effects of Contracts in the Conflict of Laws”, *30 Yale L.J.*, 1921, (Çevrimiçi) <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol30/iss6/2> 2 Kasım 2019.

⁴¹² Şanlı, *Tahkim*, s. 111.

⁴¹³ Erik Jayme, “Party Autonomy in International Family and Succession Law”, *New Tendencies, Yearbook of Private International Law*, C. 11, 2009, s. 2.

⁴¹⁴ Yetki anlaşmaları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Arzu Alibaba, ““Yetki Sözleşmelerine İlişkin La Haye Konvansiyonu” ve “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğünde Yetki Sözleşmesi”, *MHB*, Yıl 29, Sayı 1-2, 2009, s.1-20.

1.6.3. Terminolojik Ayrımın Anlamı

Borçlar hukuku manasında taraf iradelerine tanınan özgürten meydana çıkan sözleşme özgürlüğüne yer verdikten sonra milletlerarası özel hukuk manasında taraf iradelerinin önem kazandığı alanı açıklamak gerekir. Gerçekten de maddi hukukta da kanunlar ihtilafı hukukunda da taraf iradelerine yer verilirken birtakım benzerlikler göze çarpsa da tam olarak örtüşmediği ve bazı farklılıkların bulunduğu da bir gerçektir.

1.6.3.1. Ayrımın Kaynağı ve Farklar

Borç ilişkilerinden doğan uyumsuzluklarda irade muhtariyeti prensibi biri maddi hukukta (Borçlar Hukukunda), diğeri devletler özel hukukunda olmak üzere iki ayrı anlama gelmektedir. Borçlar Hukukunda bu prensip kamu düzeni ile kanunun emredici hükümleri saklı kalmak şartıyla tarafların sözleşmenin içeriğini ve sonuçlarını özgürce belirleyebilmelerini ifade eder. Devletler özel hukukunda ise irade muhtariyeti prensibinden sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca tayin edilebilmeleri anlaşılmaktadır⁴¹⁵. Şu hâlde kanunlar ihtilafındaki irade muhtariyeti ile maddi hukuktaki sözleşme serbestisi aynı şey değildir⁴¹⁶.

Milletlerarası özel hukukta öngörülen sözleşmeye uygulanacak hukukun subjektif tespiti yöntemi ile taraflar aralarındaki ilişkiyi tamamlayıcı ve emredici hükümleri ile birlikte seçtikleri hukukun hâkimiyeti altına bırakılmaktadırlar. Aksini kabul, milletlerarası özel hukukta kabul edilen hukuk seçimi değil, iç hukukta kabul edilen sözleşme serbestisi anlamına gelir⁴¹⁷.

Maddi hukuktaki irade muhtariyeti ile kanunlar ihtilafı alanındaki hukuk seçme serbestisi arasındaki farklar özellikle bu iki kavramın kapsamı bakımından ortaya çıkmaktadır. Zira sözleşme özgürlüğü daha çok ihtiyari hukuk kuralları kapsamında kendini göstermektedir ve taraflara emredici olmayan kurallar bakımından kendi iradelerini ortaya koyma yetkisi tanımaktadır. Dolayısıyla bireysel

⁴¹⁵ Berki, *Kanun İhtilafları*, s. 175.

⁴¹⁶ Tekinalp, *Acente*, s. 105; Shnitzer, s. 182 vd.

⁴¹⁷ Gülören Tekinalp, “Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk- MÖHUK m. 24 ve Zımni Hukuk Seçimi”, *MHB*, S. 5(1), (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iumhmohb/issue/9382/117572>, 5 Mayıs 2019, s. 28-31.

hukuk süjeleri kamu düzeni veya üçüncü kişilerin haklarına ilişkin emredici hukuk kuralları yoluyla sınırlandırılmış durumdadır. Buna karşın hukuk seçme serbestisi ile emredici kuralları da dâhil olmak üzere bir hukuk sisteminin tüm kuralları mevzu bahis olmakla maddi hukuktaki irade muhtariyeti anlayışından ileri gidilmektedir⁴¹⁸.

Belirtilmelidir ki, hukuk seçme serbestisindeki amaç hukuk seçimi olmadan (objektif bağlama kurallarına göre) uygulanması gerekecek olan yetkili hukukun emredici kurallarından kaçmak değil, hangi hukuk düzeninin emredici kurallarıyla birlikte yetkili olacağının belirlenmesidir. İç hukukta taraflara tanınan serbesti düzenleyici kurallar ile sınırlandırılmıştır. Milletlerarası zel hukukta irade muhtariyeti ilkesi ise taraflara objektif akit statüsünün düzenleyici ve emredici kurallarının yerine seçtikleri hukukun düzenleyici ve emredici kurallarını ikame etme yetkisi verir ⁴¹⁹ . Dolayısıyla milletlerarası özel hukukta kabul edilen irade muhtariyetinin kapsamının iç hukukta kabul edilen irade muhtariyeti ilkesinden daha geniş olduğu sylenebilir⁴²⁰.

Hukuk seçiminin yapıldığı an ile uyumazlığın çıktığı an arasında geçen sürede hükümlerde değişiklik olması halinde maddi hukuk anlamında bağlanma ile kanunlar ihtilafı ile bağlanma ayrımı önem kazanmaktadır. Zira yabancı hukukun belirli kuralları sözleşmeye alındığında, bu hukuk sonradan değişse dahi, bu değişiklik sözleşme hükümlerini etkilememektedir. Fakat taraflar arasında gerçek manada hukuk seçiminin yapılmış olması halinde, hukukta ortaya çıkan her değişiklik tarafları baėlayacaktır⁴²¹.

MÖHUK kapsamındaki hukuk seçim ile ilişki tüm kapsamıyla seçilen yabancı hukukun egemenliği altına girmektedir. Böylelikle TBK. m. 27'deki sınırlar dikkate alınmayarak seçilen hukukun sözleşme içeriğini belirleme zgrlğndeki

⁴¹⁸ Tütüncübaşı, s. 16; Göğer, *Yetkili Kanunun Seçilmesi*, s. 304.

⁴¹⁹ Nihal Uluocak, *Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1971, s. 140; Nomer, *Devletler Hususi*, s. 302; Tekinalp, *Acente*, s. 244; elikel, Erdem, s. 253; Lando, s. 13; Göğer, *Yetkili Kanunun Seçilmesi*, s. 304-305; şanlı, *Tahkim*, s. 108; Tiryakioğlu, *Satım*, s. 20. Yargıtay bir kararında Türk Hukukunda irade muhtariyetinin yorumlayıcı kuralları sınırlı olduğunu ifade etmiş, karar eleştirilmiştir: Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 05.04.1980 tarih ve 1981/1sayılı kararı, *YKD.* s. 57-66; *MHB*, 1981/1, s. 33 vd.

⁴²⁰ Güngör, *Tüketici*, s. 76; Alibaba, *Hukuk Seçimi*, s. 23-24; meroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 123.

⁴²¹ Nuray Ekşi, "Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation"", *Prof. Dr. Aysel elikel'e Armağan*, *MHB*, C. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, s. 267; Nuray Ekşi, *Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 75; Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası zel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, 2. bs., Vedat Kitapçılık, Ankara, 2013, s. 278.

sınırlamalara uyulması lazım gelecektir. Seçilen yabancı hukukun uygulanması ancak MÖHUK m. 5 anlamında Türk kamu düzenine açıkça aykırılık olması halinde bertaraf edilerek gerekirse Türk maddi hukuk hükümleri uygulanarak uyuşmazlık çözülecektir⁴²². MÖHUK m. 2/4'e göre, taraflarca seçilen hukukun aksi kararlaştırılmadıkça kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmayıp sadece maddi hukuk kuralları dikkate alınır. Aksi durumda, yani taraflarca seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının da uygulanacağı, atfin kabul edileceği durumlarda tarafların seçtikleri hukuk dışında, belki de hiç öngörmedikleri bir hukuk uygulama alanı bulacaktır⁴²³. Böylesi bir durum ise taraflara hukuk seçme serbestisinin verilmesini manasız kılacaktır⁴²⁴. Aynı şekilde tarafların seçtikleri hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması, tarafların seçtikleri hukukun aralarındaki hukuki anlaşmazlığa hiç uygulanmaması sonucumu da doğurabilir⁴²⁵.

1.6.3.2. Kavramlar Arasındaki Benzerlikler

Mancini tarafından irade muhtariyeti kavramının milletlerarası özel hukukun merkezine yerleştirilmesinden bu yana, irade muhtariyeti ile hukuk seçme serbestisinin birbirleriyle olan bağlantıları sürekli olarak vurgulanmakla beraber bu iki kavramın farklılıklar arz ettiği ortadadır⁴²⁶.

Maddi hukuktaki irade muhtariyeti kavramı (*private autonomy*) ile milletlerarası özel hukuktaki irade muhtariyeti (*party autonomy*) anlayışı arasında genellikle bir bağlantının olduğu kabul edilmektedir. Maddi hukuka hâkim olan değer yargıları, kanunlar ihtilafı hukukuna da yansdığı görülmektedir. Örneğin hukuk düzeninde aile hukukunda katı kuralların benimsenmesi durumunda, o hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının da bu katılık ile paralellik gösterdiği bir

⁴²² Sibel Özel, "Sözleşmesel İlişkide Yabancılık Unsuru ve Hukuk Seçimi", *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu*, Eskişehir, 21-22 Nisan 2016, Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 426.

⁴²³ Nomer, *Devletler Hususî*, s. 152; Çelikel, Erdem, s. 126; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 290; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 268; Tiryakioğlu, *Satım*, s. 24 ve s. 86-88; Hatice Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK. m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", *MHB*, C. 30, S. 1-2, 2010, s. 30; Pınar Öztürk, *Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 162; Tütüncübaşı, s. 9.

⁴²⁴ Özdemir Kocasakal, *m. 24*, s. 30.

⁴²⁵ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 24; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 247.

⁴²⁶ Tütüncübaşı, s. 8.

gerçekdir⁴²⁷. Bu paralelliğe rağmen kavramsal ve terminolojik manada maddi hukuk ve kanunlar ihtilafı hukukunun irade muhtariyetinden anladığı mananın farklılık arz ettiği de gözden kaçırılmaz.

1.6.3.3. Çeşitli Ülke Hukuklarında Durum

Terminolojik ayrım Türk Hukukuna özgü bir durum değildir. Alman hukukunda da maddi hukuka ilişkin irade muhtariyeti için “*Privatautonomie*”, milletlerarası özel hukuktaki hukuk seçme serbestisi için “*Partieautonomie*” kavramları kullanılmaktadır. Fransız hukukunda her iki kavram için “*autonomie de la volonté*”, Amerikan hukukunda yine her iki kavram için tek kavram “*party autonomy*” kullanılmaktadır. Görüldüğü üzere irade muhtariyeti ilkesi kapsamı, içeriği ve şartları itibarıyla farklılıklar arz etse de pek çok çağdaş hukuk düzeninde milletlerarası özel hukukta kabul gördüğü gibi Borçlar Hukuku alanında da genel kabul görmüş bir ilkedir⁴²⁸.

Kanunlar ihtilafı anlamında bağlanma ile maddi hukuk anlamında bağlanma ayrımını ilk kez ortaya koyan Alman hukukçu *Zitelmann* olmuştur⁴²⁹.

Fransız doktrininde bazı hukukçular, taraflarca yapılan hukuk seçimi için (*electio juris*) “irade serbestisi” deyiminin kullanılmasının son derece sakıncalı olduğunu ileri sürmektedirler. Bu hukukçulara göre, irade serbestisi ilkesi, 19.yy’da kanun koyucu ve hukukçuların, sözleşme kavramını modern bir biçimde yorumlamaları amacıyla ortaya atılmış bir “hukuki dogma” dan başka bir şey değildir. İrade serbestisi ilkesine bundan başka anlamlar yüklemek, özellikle de milletlerarası özel hukuk alanında anlaşılan haliyle “hukuk seçimi” ile bir tutmak, bu dogmayı adeta kanunlar ihtilafı alanına taşımak olacaktır ki bu da hukuki karışıklığa neden olacaktır. Dolayısıyla bu hukukçular “iradenin” serbestliğinden değil, tarafların hukuk seçimi yönündeki “özgürlüğünden” bahsetmenin doğru olacağını savunmaktadırlar. Zira bu fikre göre, iç hukuktaki irade serbestisi ilkesi, tarafların iradelerinin kanun önüne geçmesi anlamına gelirken, milletlerarası özel hukukta iradenin kanunun üzerine çıkması değil, tarafların hukuk seçimi yapma

⁴²⁷ Tütüncübaşı, s. 27.

⁴²⁸ Lando, s. 37; Eren, *Borçlar Genel*, s. 366; Güngör, *Tüketici*, s. 75.

⁴²⁹ Ekşi, *Incorporation*, s. 266; Tütüncübaşı, s. 10, 28 nolu dn.

özgürlüklerini kullanarak, bir kanunu diğerine tercih ettiklerinden bahsedilmektedir⁴³⁰.

1.6.3.4. *Incorporation* Kavramı

Taraf iradeleriyle yapılan bu hukuk seçimi esasen bir bağlanma noktası oluşturmaktadır. “Kanunlar ihtilafı anlamında bağlanma”⁴³¹ seçilen yabancı hukukun emredici ve ihtiyari kurallarının bir bütün olarak taraflar arasındaki ilişkiye uygulanması anlamına gelir. Buna karşın tarafların yabancı bir hukukta yer alan belirli hükümleri sözleşmeye dâhil etmeleri (*incorporation*) maddi hukuk anlamında bağlanma (*materiell-rechtliche Verweisung*)⁴³² gerçek anlamda bir hukuk seçimi sayılmamaktadır⁴³³. Bu durumda yabancı hukukun ilgili hükümleri esasa ilişkin hukukun emredici kurallarına aykırı olmamak koşuluyla uygulama alanı bulabilir. Maddi hukuk anlamında bağlanma, milletlerarası özel hukuk anlamında değil, daha çok Borçlar Hukuku anlamında bir irade muhtariyetinin ifadesidir⁴³⁴.

1.6.4. Milletlerarası Özel Hukukta Hukuk Seçme Serbestîsinin Kabul Edilmesinin Hukuki Gerekçeleri

Özellikle sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi meselesi, milletlerarası özel hukuk doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Bir taraftan hukuk seçiminin dayandığı bu seçime izin veren bir sözleşme statüsünün bulunması gerektiği iddia edilirken, bir taraftan da hukuk seçiminin dayandığı objektif bir hukukun var olması gerektiği ve ancak bu hukukun öngördüğü sınırlar içinde bunun mümkün olabileceği iddia edilmiştir⁴³⁵. 1950li yıllara dek süren bu tartışma irade serbestîsinin getirdiği avantajların su götürmez üstünlüğü neticesinde bitmiştir. Hukuk seçimi ile taraflara uygulanacak hukuku tespit yetkisi

⁴³⁰ Balkar Bozkurt, s. 158, 80 nolu dn.

⁴³¹ Demir Gökyayla, s. 277-278; Tütüncübaşı, s. 10.

⁴³² Demir Gökyayla, s. 277-278. Gökyayla “sözleşme metnine dâhil etme” için “maddi hukuk anlamında bağlanma”, “hukuk seçimi” için de “kanunlar ihtilafı anlamında bağlanma” kavramlarını kullanmaktadır.

⁴³³ Ekşi, *Incorporation*, s. 266-268; Özdemir Kocasakal, *m. 24*, s. 33; Demir Gökyayla, s. 277-278; Tütüncübaşı, s. 10.

⁴³⁴ Tütüncübaşı, s. 10-11.

⁴³⁵ Uluocak, *Kanunlar İhtilafı*, s. 186; Tekinalp, *Acente*, s. 334; Şanlı, *Tahkim*, s. 108 vd.

verilmiş, böylece tarafların seçtiği hukukun sözleşme statüsü olarak sözleşmenin geçerlilik koşulları da dâhil olmak üzere uygulanacağı kabul edilmiştir. Tarafların seçtikleri hukukun emredici ve tamamlayıcı hükümleri ile birlikte sözleşmeye uygulanmasının birtakım sorunların önüne geçtiği ve uygulamadaki kolaylığı sağladığı görülmüştür⁴³⁶.

Karmaşık yapıya sahip olan, özellikle birden fazla yabancılik unsuru barındıran hukuki ilişkilere, taraflarca uygulanacak hukukun seçilmesiyle oluşabilecek sıkıntıların önüne geçilecektir⁴³⁷.

Uygulanacak hukuku tespit etmek mahkemeler için külfetli bir görev olmakla birlikte tarafların uygulanacak hukuku seçmeleri, bu görevi ortadan kaldırır⁴³⁸.

1.6.4.1. Hukuki Güvenlik ve Öngörülebilirlik

Kanunlar ihtilâfı hukukundaki irade muhtariyeti kavramının geleneksel olarak, hukukî güvenlik fikri ile bağlantılı olduğu ileri sürülmektedir. Taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmakla, aralarındaki kanunlar ihtilâfı meselesinin pratik ve doğrudan etkili bir şekilde çözüme ulaşabildiği; bu şekilde taraf beklentisinin ve adaletin hızlı teşekkülünün sağlandığı iddia edilmektedir⁴³⁹.

Milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti prensibinin kabul edilmesinin iki ana nedeni bulunmaktadır. İlk olarak yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelere, hangi hukukun uygulanacağına dair belirsizlikleri ortadan kaldırdığından ticari hayatta güven ve istikrar sağlamaktadır. İkinci olarak tarafların bildiği ve güvendiği hukuku seçmeleri daha menfaatlerine olacaktır⁴⁴⁰.

Özellikle milletlerarası ticareti ilgilendiren sözleşmelerin çoğunda hukuk seçimine ilişkin bir ibare/kloz yer almaktadır. Milletlerarası özel hukukta irade muhtariyetine verilen önemin sonucu olarak, bu tür klozlara hazırladığı sözleşmede

⁴³⁶ Çelikel, Erdem, 2020, s. 379; Nomer, *Devletler Hususî* s. 311.

⁴³⁷ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 20-21.

⁴³⁸ Robert A. Leflar, "Conflicts Law: More on choice Influencing Considerations", *California Law Review*, 5(4), 1966, s. 1584-1598.

⁴³⁹ Pietro Frnzina, "The Law Applicable to Divorceand Legal Separation Under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010", *Cuadernosde DerechoTransnacional* October 2011, C.3, N.2, 2011, s. 109.

⁴⁴⁰ Tarman, *Roma I Tüzüğü*, s. 308.

yer vermeyen bir hukukçunun müvekkilini baştan başarısızlığa mahkûm etmiş olacağı ifade edilmektedir⁴⁴¹. Gerçekten de taraflarca düzenlenen açık bir hukuk seçimi klozu, sözleşmeden doğacak ihtilaflarda ihtilafın hangi hukuka göre çözümleneceği sorununda hakim veya hakemlere önemli bir kolaylık sağlayacak, ileride sözleşmenin mahiyetine uygun olmayan tesadüfi bir hukukun kısmen dahi uygulanmasına mani olacak ve en önemlisi tarafların sözleşmenin sonuçlarını önceden görebilmelerine olanak sağlayacaktır⁴⁴².

Tarafların aralarında uygulanacak hukuku önceden seçmeleri ve bu hukukun uygulanacağını bilerek hukuka güvenmeleri tarafların menfaatinedir. Bu sayede hem taraflar için hukuki güven sağlanmış olacak, hem de uygulanması istenmeyen hukukun önüne geçilmiş olacaktır⁴⁴³. Bu sayede ekonomik verimlilik de artacaktır⁴⁴⁴. Benzer şekilde, milletlerarası özel hukukun irade muhtariyetine yüklediği anlamın tarihi gelişimine ışık tutan *Savigny*, milletlerarası özel hukukun görevinin hukuki bir uyumsuzluk için dünyanın her neresinde bulunursa bulunsun bütün mahkemelerinde aynı şekilde sonuçlanmasının sağlanması olduğunu, mahkemelerin uyumsuzlukları çözerken kendi maddi hukuklarını uygulamaması gerektiğini savunmuştur⁴⁴⁵.

İrade muhtariyeti ilkesi sözleşmesel ilişkinin içinde yer aldığı hukuki çerçeveyi tespit ederek onu önceden tahmin edebilmeye imkân sağlamaktadır. Özellikle rekabet dayalı milletlerarası ticarete irade muhtariyeti ilkesi, esnekliği sayesinde taraflara kaçınılmaz bir güvence sunmaktadır. Taraflar kendilerinin iyi bildikleri bir hukukun uygulama alanı içinde hareket etme ve işlemlerde bulunma imkânı elde ederler. Yabancı bir hukukun taraflara dayatılması tarafların sözleşme yapmaktan imtina etmelerine dahi sebep olabilir. Bu bakımdan irade muhtariyeti ilkesinin milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına ve gereklerine dayandığı kabul edilmektedir⁴⁴⁶.

⁴⁴¹ E. J. Cohn, "The Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14, no. 1, 1965, (Çevrimiçi), www.jstor.org/stable/756722, 2 Kasım 2019, s.132-171; Şanlı, *Tahkim*, s. 105.

⁴⁴² Şanlı, *Tahkim*, s. 106.

⁴⁴³ Jörg Schmeding, "Zur Bedeutung der Rechtswahl im Kollisionsrecht", *RabelsZ*, Bd. 41/1977, s. 305 ve 314-316; Tiryakioğlu, *Satum*, s. 20; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 364; Balkar Bozkurt, s. 160.

⁴⁴⁴ Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 128.

⁴⁴⁵ Tütüncübaşı, s. 23.

⁴⁴⁶ Şanlı, *Tahkim*, s. 113-114; Tiryakioğlu, *Satum*, s. 20; Balkar Bozkurt, s. 160.

Taraflar iki nedenden dolayı belirli bir hukuk seçerler: İlk olarak, aşına oldukları ve genel olarak güvendikleri bir hukuk sistemini tercih ederler; ikincisi, ikamet ettikleri veya iş yaptıkları sistemi tercih ederler. Bu nedenle, seçilen hukuk nadiren sözleşme ilişkisinden doğabilecek sorunların hepsine hatta birçoğuna ilişkin olarak derin bir anlayışa veya bilgiye dayanmaktadır. Daha ziyade, "tanıdık olmayanlardan çok tanıdık görünen şeylerle başa çıkmak için belli belirsiz bir tercih" üzerine kuruludur. Sözleşme içerisinde eksikler varsa, avukat en iyi bildiği aşına olduğu hukuk ile doldurulmasını ister. İrade muhtariyeti prensibi sözleşme ilişkilerinde tarafların, tüm bu konuları kapsayacak belirli bir hukuku seçebileceğini açıkça belirtir ve irade muhtariyeti sözleşme ilişkilerinde önemli bir garantidir⁴⁴⁷.

Hukuk seçimi ile hukuki ilişkiye muhtemelen uygulanacak olan hukuk düzenlerinin birbirleriyle çelişmesi ihtimali yüksek olan kurallarının uygulanması da engellenir. Yine hukuk seçme serbestisi ile ticari ilişkiler dâhil uluslararası hukuki ilişkiler çoğalır⁴⁴⁸. Ayrıca ticari ilişkilerle herhangi bir ülkesel bağlantısı olmayan hukuk düzenlerinin uygulanması bazen tarafların ihtiyaçlarına daha iyi cevap verebilir, bu durumu taraflar daha iyi değerlendirir⁴⁴⁹⁴⁵⁰.

Özellikle ticaretle uğraşan ve birden fazla ülkelerde farklı ortaklarla iş yapan kimselerin bu ilişkilerini tek bir hukuk düzenine bağlamaktaki menfaati⁴⁵¹ veya uzun süre devam eden ortaklıklarda farklı ülkelerden olan tarafların, tüm ilişkilerini en iyi bildikleri tek bir hukuk düzenine bağlamalarında haklı menfaatleri olduğu kabul edilir. Milletlerarası satım sözleşmeleri gibi karmaşık yapıya sahip, birden çok hukukun uygulanmasını gerektiren durumlarda irade muhtariyeti ilkesi sayesinde satım sözleşmesinden doğan ilişkinin tümüne tek bir hukuk uygulanabilir. Taraflar için bir güvence ve öngörülebilirlik sağlayan irade muhtariyeti ilkesi, aralarında

⁴⁴⁷ George F. Carpinello, "Testing the Limits of Choice of Law Clauses", *Franchise Contracts as a Case Study*, 74 Marq. L. Rev. 57, 1990, (Çevrimiçi), <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol74/iss1/3> 21 Temmuz 2019.

⁴⁴⁸ Schmeding, s. 305, 317-318.

⁴⁴⁹ Henri Batiffol, "Subjectivisme et Objectivisme dans le droit international privé des contrats", in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Band I, 1960, s.39-58; Frank Vischer, "Das neue Restatement Conflict of Laws", *RebelsZ*, Bd. 38/1974, s. 142; Schmeding, s. 305, 310-311.

⁴⁵⁰ Son zamanlarda Alman tacirler yaptıkları sözleşmelerde genel işlem şartlarının kontrolünde daha liberal bir yapıya sahip olması nedeniyle İsviçre hukukunu tercih etmektedir. İsviçre kanunlarının Almanca yazılmış olması da taraflar için bir avantaj olarak düşünülebilir: Peter Mankowski, "Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im Lichte der Spieltheorie, Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse", *Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag*, s. 371.

⁴⁵¹ Vischer, s. 142, Schmeding, s. 305-306.

önceden beri devam eden bir ticari ilişki içinde olan kişiler daha önceki sözleşmesel ilişkilerinde kullandıkları hukukun uygulanmasını kararlaştırabilirler⁴⁵².

1.6.4.2. Gereksiz Yargılama Masraflarını Engelleme

Hukuk seçimi sayesinde yargılama masrafları bakımından da bir avantaj gündeme gelebilir. Şöyle ki, hukuk seçimi imkânı olmasa idi taraflar uygulanacak muhtemel hukuk düzeninin içeriğini bilmedikleri için yetkili hukukun içeriğinin tespiti için de birtakım masraflar çıkabilir. Hâlbuki taraflar hukuk seçimi yaparken, zaten maddi hukuk düzenlerinin kendi menfaatlerine uygun olanını seçtiklerinden mahkemenin böylesi bir tespit yapma görevi olmayacağı gibi taraflar da olası giderlerden kurtulmuş olacaktır⁴⁵³.

1.6.4.3. Milletlerarası Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması

Objektif bağlama kurallarının milletlerarası unsurlu her hukuki ilişkiyi ihtiyaca karşılık verecek bir hukuka bağlayabildiğinden söz edemeyiz. Tarafların aralarındaki ilişkiye göre en iyi çözümü sağlayacak hukuku seçmeleri ile eskimiş veya yeteri derecede ayrıntılı düzenlenmemiş hukukların uygulanmasının da önüne geçilmiş olur⁴⁵⁴.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında hukuk seçme serbestisinin birçok hukuk düzeninde kabul edildiği görülmektedir. Bu doğrultuda denilebilir ki, milletlerarası özel hukukun yeknesaklaştırılması hukuk seçme serbestîsi ile daha uyumlu ve etkin kanunların yapılması ile mümkündür⁴⁵⁵.

Basitçe söylemek gerekirse; eğer bütün devletler aynı çatışma kurallarına veya ilkelerine bağlı kalırsa, her bir ihtilaf, bir hak talebinin nereye götürüldüğüne veya bir anlaşmazlığın ortaya çıkmasına bakılmaksızın aynı (esaslı) yasaya tabi olacaktır. Bu, ilgili taraflar için yasal kesinliğe katkıda bulunur, çünkü hangi hukukun ilişkilerini yönettiğini tahmin edebileceklerdir. Teoride, en azından karar

⁴⁵² Tiryakioğlu, *Satım*, s. 21.

⁴⁵³ Tütüncübaşı, s. 24.

⁴⁵⁴ Schmeding, s. 306, 310-311; Tiryakioğlu, *Satım*, s. 21.

⁴⁵⁵ Schmeding, s. 306, 318-319.

uyumunun iki önemli faydalı etkisi daha vardır: *forum* alışverişini caydırır ve yasal ilişkileri aksatmayı önler⁴⁵⁶.

1.6.4.4. Sakat Hukuki İşlemlerin Engellenmesi

Milletlerarası aile ve miras hukukunda ortaya çıkan sakat hukuki işlemlerin ortaya çıkmasının önlenmesi, tarafların kendi menfaatlerine olan hukuku seçmeleri ile mümkün olabilir. Farklı kanunlar ihtilafı kuralları arasındaki görüş ayrılıklarının etkililikleri bu sayede en aza indirilebilir⁴⁵⁷.

1.6.4.5. Adaletin Sağlanması

Hukuk seçme serbestîsi sadece bireysel adaletin sağlanmasına hizmet etmez, aynı zamanda milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanmasını da destekler. Zira maddi özel hukuk gibi milletlerarası özel hukuk da bireyler arasındaki adaleti sağlamaya hizmet eder. Her birey kendi menfaatine olan hukukun uygulanmasını talep edebilirken kanun koyucu da bu talebe cevap vermek durumundadır⁴⁵⁸. Elbette, kanun koyucu hukuk seçimi serbestîsinin sunarken sınırsız davranamayacak ve birtakım sınırlandırmalar yapacaktır.

İrade muhtariyeti ilkesi sayesinde uluslararası ticarete hukuki güvenliğin, öngörülebilirliğin ve hukuki açıklığın sağlanmasının milletlerarası özel hukuk adaletine fayda sağlayacağından kuşku yoktur⁴⁵⁹. Hatta tarafların uygulanacak hukuku başta seçmeleri imkânı, sonradan ortaya çıkabilecek potansiyel uyuşmazlıkları da önleyebilir⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ Th.M. de Boer, P.B. Hugenholtz, "Choice Of Law In Copyright And Related Rights Alternatives to the Lex Protectionis", *Academisch Proefschrift*, 2003, s. 17.

⁴⁵⁷ Tütüncübaşı, s. 25.

⁴⁵⁸ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 13-20.

⁴⁵⁹ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 276; Gülin Güngör, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 190; Yusuf Çalışkan, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Beta, İstanbul, 2014, s. 57.

⁴⁶⁰ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 259-260; Tiryakioğlu, *Satım*, s. 295; Ömeroğlu, *İrade Serbestîsi Prensibi*, s. 128.

1.7. Hukuk Seçimine Yer Veren Başlıca Uluslararası Düzenlemeler

Yabancı unsur içeren hukuki ilişkilerin birinci derecede tarafların seçtiği hukuka tabi kılınması tereddütsüz bir biçimde kabul görmektedir. Taraflar hukuk seçimi yapmışlarsa prensip olarak hiçbir şarta bağlı tutmaksızın bu ilişkiye uygulanacaktır⁴⁶¹. Birtakım uluslararası sözleşmelerde hukuk seçimine yer verildiğini görmekteyiz.

1.7.1. Roma Konvansiyonu

Avrupa Birliği'nin kanunlar ihtilafı alanındaki ilk düzenlemesi⁴⁶² olan Roma Konvansiyonu hukuk seçimine ilişkin temel düzenlemeler de içermektedir⁴⁶³. Roma Konvansiyonu ilke olarak irade muhtariyetine yer vermekte ve hatta taraf iradesini ilk bağlama kuralı olarak düzenlemekte⁴⁶⁴ olmasına rağmen sınırsız bir hukuk seçimine izin vermemiştir. İç hukukta irade muhtariyeti ilkesinin sınırlandırıldığı konularda milletlerarası özel hukuk alanında irade muhtariyeti ilkesinin, dolayısıyla hukuk seçiminin de sınırlandırılması amaçlanmıştır. Böylece kamu yararının ya da zayıf tarafın menfaatinin öncelikle korunduğu özel sözleşmelerde irade muhtariyeti ilkesi tamamen bertaraf edilmemiş, hukuk seçiminin sınırlandırılması şeklinde müdahaleye uğramıştır⁴⁶⁵.

Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 19 Haziran 1980 tarihli Avrupa Ekonomik Topluluğu Sözleşmesi, kısaca Roma Konvansiyonu⁴⁶⁶, irade serbestîsi ilkesine dolaylı olarak yer veren, öncelikle doğrudan uygulanan kuralları adres gösteren bir düzenlemedir. Tarafların sözleşmeler üzerindeki yetkisini belirli sınırlamalar altında kabul etmiştir.

⁴⁶¹ Gülören Tekinalp, Yeni Alman, s. 59-60.

⁴⁶² Ekşi, **Roma Konvansiyonu**, s. III.

⁴⁶³ Bu konvansiyon kabul edilmeden önce Avrupa Birliği ülkeleri arasında Almanya, Belçika, Danimarka, Fransa, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İtalya, Portekiz ve Yunanistan'da, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk bakımından irade serbestîsine yer verilmiştir: Ceyda Süral, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNİDROİT Prensipleri**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008, s. 19; Ömeroğlu, **İrade Serbestîsi Prensipleri**, s. 130, 393 nolu dn.

⁴⁶⁴ Çelikel, Erdem, s. 381.

⁴⁶⁵ Güngör, **Tüketici**, s. 85.

⁴⁶⁶ 19 Haziran 1980 Tarihli Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Roma Konvansiyonu O.J. L 266/1, of 9 October, 1980 (*Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*).

1.7.1.1. Hukuk Seçme Serbestisinin Düzenlenme Biçimi

Roma Konvansiyonu'nun 1/1. maddesi, sözleşmenin kurallarının "farklı ülkelerin yasaları arasında bir seçim yapılmasını içeren" her durumda geçerli olacağını belirtmektedir. Bu nedenle, 'hukukun' anlamı söz konusu madde ışığında yorumlandığında, Roma Konvansiyonu'nun ulusal yasalar dışında hukuk seçimine izin vermediği tartışılabilir. Roma Konvansiyonu'nun imzalanmasından bu yana çok sayıda bağımsız tek tip hukuk kuralları ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, hukuk seçme özgürlüğünü ulusal yasalara uygun olarak sınırlamak mantıksızdır. Tarafların, ilgili anlaşmazlıkla herhangi bir bağlantısı olmasa bile, herhangi bir ulusal hukuku seçmekte özgür olduklarını akılda tutarak, taraflara ulusal hukuk kurallarını seçme hakkı verilmesi pek bir fark yaratmaz⁴⁶⁷.

1.7.1.1.1. Açık ve Örtülü Hukuk Seçimi

Hukuk seçimi serbestisi, Konvansiyonu'nun 3/1. maddesinde düzenlenmiştir⁴⁶⁸. Buna göre, *"Sözleşmeye uygulanacak hukuk taraflarca seçilir. Seçim, açık olabileceği gibi sözleşmede yer alan ifadelerden ve halin özelliklerinden makul bir şekilde anlaşılacak kaydıyla zımni de olabilir. Taraflar seçimlerinde, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler."* Böylece hem açıkça yapılan hukuk seçiminin hem de sözleşme hükümlerinden ya da dava koşullarından makul bir kesinlikle çıkarılabilen hukuk seçiminin geçerli olduğu belirtilmiştir. Dava koşulları değerlendirilirken, tarafların ikametgâhı ya da uyrukluğ, dava konusunun yeri ve yapısı gibi ölçütlerden yararlanılabilir. Sözleşmenin hükümleri bakımından ise, yetki sözleşmesi, sözleşmede kullanılan dil⁴⁶⁹, seçilen para birimi, belli bir hukuka ait terim ve

⁴⁶⁷ Ceyda Süral, "Respecting the Rules of Law: The UNIDROIT Principles in National Courts and International Arbitration", *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, C. 14, S. 2, Eylül 2010, s.249-266.

⁴⁶⁸ Sözleşme m. 3/1: "... The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case".

⁴⁶⁹ "Muayyen bir hukuk sisteminin özelliklerini yansıtsa dahi dil ve terminoloji sözleşmenin arızî bir unsuru ve bunların yapılmasında başvurulacak bir vasıtadurlar. Bu arızî unsur ve vasıtaların, aynı zamanda tarafların hukuk seçimine yönelik iradelerini de yansıtmaları oldukça istisnâî şartlara münhasırdır... Tarafların, muayyen bir ülke lisanında veya muayyen bir ülkenin hukuk terminolojisine göre sözleşmelerini tanzim etmeleri, çoğu kez onların o dili müştereken bilmiş olmalarına dayanmaktadır": Şanlı, *Tahkim*, s. 181.

kurumlardan yararlanılması mümkündür. Tüm bu esaslardan hareket eden mahkeme, değerlendirmeleri sonucunda tarafların örtülü hukuk seçiminde bulunmadıkları kanaatine varırsa objektif bağlama kuralı uyarınca uygulanacak hukuku belirler⁴⁷⁰.

3. madde tarafların seçiminin ya açık ya da " sözleşme şartlarından ya da davanın koşullarından makul bir kesinlik ile gösterilmesini " öngörmektedir. Bu durum, tarafların bir seçim yaptığı (açıkça olmasa da) ya da tarafların hiç seçim yapmamaları durumları arasındaki ayrımın ne olduğu konusunda olası zor sorulara yol açar. Madde 3/1'de taraflarca hukuk seçiminin açıkça ifade edilmese de sözleşmenin şartlarının veya davanın koşullarının makul bir kesinlik ile gösterilmesi gerektiğini belirtmektedir. "Sözleşme şartları" ve "dava koşulları" arasında "veya" kelimesinin kullanılmasına rağmen Roma Sözleşmesi'nin yorumlanmasına rehberlik eden *Giuliano-Lagarde* Raporuna göre taraflarca (açık olmayan) uyuşmazlığın yönlendirileceği hukuk seçimi yapıp yapılmadığına karar verilirken hem sözleşme şartları hem de dava koşulları dikkate alınmalıdır. *Marubeni Hong Kong ve South China Ltd* davasında Moğolistan Hükümeti'nde *Aitkens J*, bir seçimin makul bir kesinlikte gösterilip gösterilmediğini düşünürken, doğru yaklaşımın hem sözleşme şartlarını hem de çevre koşullarını göz önünde bulundurmak olduğunu kabul etmiştir. Diğer bazı durumlarda, İngiliz mahkemeleri, 3 (1) maddesinin kesin ifadesi olmaksızın, tarafların zımni bir hukuk seçimi yapıp yapmadığına karar verirken hem sözleşme şartlarını hem de davanın koşullarını dikkate almıştır. Davalarda, mahkemenin açık bir seçim olmamasına rağmen makul bir kesinlik içinde seçim yapıldığını dikkate almadan önce ulaşılmaması gereken eşik hakkında bir tartışma vardır. *Aeolian Potter LJ* davasının kararında aşağıdaki bölüm yer almaktadır: Tarafların zımni bir seçim yapıp yapmadığına karar verirken dikkate alınacak koşullar, bir terimin yazılı anlaşmaya uygulanmasında geçerli olan hususlardan, özellikle de 3 (1) maddesinde davanın koşullarına atıfta bulunulması nedeniyle, belirli açılardan daha geniş kapsamdadır. Yargı maddeleri ve tahkim anlaşmaları zımni bir hukuk seçiminin en açık göstergeleri olarak kabul edilebilse de başka birçok potansiyel gösterge de vardır. *Giuliano-Lagarde* Raporu, sözleşmenin 'belirli

⁴⁷⁰ Aslı Bayata Canyaş, Roma I Tüzüğü, s. 114.

bir hukuk sistemi tarafından yönetildiği bilinen standart bir formda' olduğu durumlarda bir hukuk seçiminin ima edilebildiğini öne sürmektedir⁴⁷¹.

1.7.1.1.2. Seçilen Hukuku Değiştirme

Roma Konvansiyonu m. 3/2, bir sözleşmeye taraf olanların daha önce seçtiği hukuk dışındaki bir hukuka tabi imzalanan sözleşmenin kabulünü sağlar. Sözleşme metni bu noktada sessiz olmasına rağmen, *Guiliano-Lagarde* Raporu, hukuk seçiminin değiştirilme şekline ilişkin olarak, 'bu değişikliğin ilk seçimle aynı kurallara tabi olmasının oldukça doğal olduğunu' belirtir (yani yeni bir yasanın seçimi ya sözleşmenin şartları ve/veya davanın koşullarıyla makul bir kesinlik ile ifade edilebilir ya da gösterilebilir). Yine de, mahkemenin yeni bir hukuk seçimini ima etmesi yalnızca olağandışı durumlarda olacaktır⁴⁷².

1.7.1.2. Hukuk Seçiminin Sınırları

Roma Konvansiyonu'nda tarafların hukuk seçme iradesi yabancılık unsuru ve doğrudan uygulanan kurallar veya emredici kurallar ile kamu düzeni bakımından sınırlandırılmıştır.

1.7.1.2.1. Yabancılık Unsuru ve Doğrudan Uygulanan Kurallar/Emredici Hükümler

Doğrudan uygulanan kurallar (müdahaleci kurallar) (*lois de police* ⁴⁷³), devletin genel kamu menfaatine hizmet eden, ekonomik, sosyal veya siyasal alanda izlediği belirli politikaları, özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde

⁴⁷¹ Jonathan Hill, "Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts", *The International and Comparative Law Quarterly*, C. 53, no. 2, Y. 2004, (Çevrimiçi) www.jstor.org/stable/3663088, 14 Kasım 2019, s. 325–350.

⁴⁷² Hill, s. 325-350.

⁴⁷³ Bu kurallar Fransızca *loi de police* kavramıyla, İngilizcede ise *overriding mandatory rules* veya *internationally mandatory rules* kavramlarıyla ifade edilmektedir.

yansıtan ve uygulama alanlarına giren tüm uyuşmazlıklara uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan kurallardır⁴⁷⁴.

Bir diğer tanıma göre doğrudan uygulanan kurallar esas görevi kişilerin menfaatini ve kişiler arasındaki adaleti temin etmek olan özel hukuk hükümlerini dikkate almaksızın, doğrudan devletin genel kamu menfaatine hizmet eden sosyal ve ekonomi politikasına ilişkin kurallardır⁴⁷⁵.

İşte doğrudan uygulanan kurallar, devletin hayatî menfaatleriyle ilgili olan alanlarda ortaya çıktığından bu korumanın irade muhtariyetine terk edilemeyeceği kabul edilmekte ve irade muhtariyeti doğrudan uygulanan kurallar ile sınırlandırılmaktadır⁴⁷⁶.

Doktrinde doğrudan uygulanan kurallar, tarafların iradeleri ile seçtikleri, hakemlerce veya kanunlar ihtilafı kuralları ile belirlenen hukuk ve kurallar dikkate alınmadan uygulanan ve tarafların bir sözleşme ile uygulanmasından kaçamadıkları

⁴⁷⁴ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 185-186; Çelikel, Erdem, s. 155; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 298; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 7-10; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 239-240; B. Bahadır Erdem, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Boç İlişkilerine Uygulanacak Olan Hukuk”, *Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 102; Mustafa Erkan “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, *GÜHFD*, C. XV, Y. 2011, S. 2, s. 81-121; Balkar Bozkurt, s. 165 vd; Süheylâ Balkar, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002, s. 48-51, dn. 6, Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 8 vd.; Kocasakal, *m. 24*, s. 70-71.

⁴⁷⁵ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 188.

⁴⁷⁶ L.E. Hendrik Verhagen, “The Tension Between Party Autonomy and European Union Law: Some Obsevation on *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc*”, *51 ICLQ*, 2002, (Çevrimiçi), www.jstor.org/stable/3663276 , 07 Kasım 2019, s. 135-154, Chong, s. 27-70; Doğa Elçin, “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan*, 2011/1, s. 334.

kurallar olarak tanımlanmaktadır⁴⁷⁷. Doğrudan uygulanan kurallar kanunlar ihtilafı kurallarını baypas eden, kanunlar ihtilafı kurallarına kısa devre uygulayan kurallardır⁴⁷⁸.

Roma Konvansiyonu'nun nasıl anlaşılması gerektiğine dair hazırlanan raporda, hiçbir yabancılık unsuru taşımayan sözleşmelerde yabancı bir hukuk seçimi ile doğrudan uygulanan kurallardan kaçınılamayacağı açıkça bildirilmiştir⁴⁷⁹.

Konvansiyon'un 3/3. maddesi, "*Taraflarca yabancı bir hukukun seçilmesi gerçeği, bu seçimin yabancı bir mahkemenin seçimi ile tamamlansın veya tamamlanmasın, seçim zamanında akdi ilişkiyle ilgili diğer bütün unsurların bağlantılı olduğu ülkenin, anlaşmayla kendilerinden, kaçınılamayacak hukuk kurallarının – ki bunlar bundan sonra müdahaleci kurallar olarak adlandırılacaktır- uygulanmasını bertaraf edemez*" demek suretiyle yabancı bir hukuk seçmek ile doğrudan uygulanan kurallardan kaçınılamayacağını düzenlemiştir⁴⁸⁰. Roma Konvansiyonu m. 3/3'e göre yabancı bir hukuk seçimi, yabancı bir mahkemenin seçimiyle olsun olmasın, seçim sırasında sözleşmeyle ilgili diğer tüm unsurların yalnızca bir ülkeyle bağlantılı olması durumunda, o ülkenin emredici hükümlerinin uygulanmasına zarar verir. Buna binaen, tamamen yerel davalarda uygun hükmün

⁴⁷⁷ Mohammad Reza Baniassadi, "Do Mandatory Rules Of Public Law Limit Choice Of Law In International Commercial?", *Int'l Tax & Bus. Law.*, C. 10, Y. 1992, s. 62; J. Stephen Ware, "Default Rules from Through Mandatory Rules: Privatizing Law Through Arbitration", *Minn. L. Rev.*, C. 83, Y. 1999, s. 706; Andrew Guzman, "Arbitrator Liability: Reconciling Arbitration and Mandatory Rules", *49 Duke L.J.*, 2000, s. 1282; Ekşi, *Roma Konvansiyonu*, s. 148; Andrew Barraclough, Jeff Waincymer, "Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration", *6 Melbourne J. Int'l L.*, 2005, s. 206; Öztekin Gelgel, *Akit Dışı* s. 248; Patrick J. Borchers, "Categorical Exeptions to Party Autonomy in Private International Law", *82 Tul. L. Rev.*, 2008, s. 1651; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 256; Özel, *Hukuk Seçimi*, s. 129; Jeffrey Maurice Waincymer, "International Commercial Arbitration and the Application of Mandatory Rules of Law", *Asian International Law Journal*, Vol. 5, No. 1, 2009, s. 1; Christopher S. Gibson, "Arbitration Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law", *113 Penn State Law Review, Forthcoming, Suffolk University Law School Research Paper No. 09-26*, 2009, (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=1394447>, 01 Temmuz 2019, s. 102-130; Jan Kleinheisterkamp, "The Impact of Internationally Mandatory Laws on Enforceability of Arbitration Agreements", *World Arbitration & Mediation Review*, vol. 3, 2009, s. 91; Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 96; Çelikel, Erdem, s. 411; Takavut, s. 31.

⁴⁷⁸ Borchers, s. 1651.

⁴⁷⁹ Guiliano, Lagarde Raporu için bkz. Mario Guiliano, Paul Lagarde, Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme Hakkında Rapor, (Erişim), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31980Y1031\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31980Y1031(01)), 01 Temmuz 2019.

⁴⁸⁰ Ekşi, *Roma Konvansiyonu*, s. 156.

seçimi tarafların yabancı bir hukuk üzerinde anlaşmaya varamaması durumunda uygulanacak olan hukukun emredici hükümleri göz önüne alınmaz⁴⁸¹.

Roma Konvansiyonu m. 7/1 hükmü ise şu şekildedir: “Bu Konvansiyon uyarınca belirli bir devletin hukuku uygulanırken, uyumsuzluk ile sıkı bağlantılara sahip olan diğer bir ülkenin, sözleşmeye uygulanması gereken hukuk ne olursa olsun uygulanacak nitelikteki emredici hükümlerine de etki tanınabilir. Bu emredici hükümlere etki tanınip tanınmayacağıının belirlenmesinde onların niteliği, konusu ve uygulanması veya uygulanmamasının yol açacağı sonuçlar dikkate alınır”. Bu hüküm 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 31’in hazırlanmasında esin kaynağı olmuştur. MÖHUK m. 31’de “doğrudan uygulanan kural” kavramına yer verilmesine rağmen, Roma Konvansiyonu’nda “emredici hüküm” ibaresi kullanılmıştır. Her ne kadar maddenin başlığında doğrudan uygulanan kural (*lois de police*) kavramına yer verilse de madde metninde emredici hüküm ifadesinin kullanılması ve Roma Konvansiyonu’nun birçok maddesinde emredici kurallardan (*mandatory rules, dispositions impératives*) bahsedilmiştir⁴⁸².

Roma Konvansiyonu m. 7/1’de yer alan hüküm, doktrinde, belirsizliğe yol açtığı ve hâkime çok geniş bir takdir yetkisi, özellikle politik yetki verdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁴⁸³. Bu nedenle, söz konusu hükmü uygulamama konusunda âkit devletlere çekince koyma imkânı tanınmış (m. 22/1, a) ve yedi devlet bu çekince ile Konvansiyonu imzalamıştır⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ Giesela Ruhl, “Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency”, *CLPE Research Paper No. 4/2007, Conflict Of Laws In A Globalized World*, Ed. Eckart Gottschalk, Ralf Michaels, Giesela Rühl, Jan von Hein, Cambridge University Press, (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=921842>, 15 Temmuz 2019.

⁴⁸² Kocasakal, m. 24, s. 74.

⁴⁸³ Andrea Bonomi, “Overriding Mandatory Provisions In The Rome I Regulation On The Law Applicable To Contracts”, *Yearbook of Private International Law*, C. 10, Y. 2008, s. 295, dn. 151, Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 75- 77, dn 150.

⁴⁸⁴ Bu devletler, Almanya, İrlanda, Estonya, Lüksemburg, Portekiz, Birleşik Krallık ve Slovenya’ dır (Bonomi, *Overriding Mandatory*, s. 295, dn. 36; Lando, s. 45 dn. 32; Kocasakal, m. 24, s. 82, dn. 184. Almanya, Luxemburg, Portekiz ve İrlanda da 7(1) maddeyi kendi hukuklarına almamayı seçti. Ne var ki, Avrupa Komisyonu yakın zamanda yaygın olarak silinen sözleşme yükümlülükleri için geçerli olan Roma 1 yönetmeliği düzenleme önerisi yayınladı: Adeline Chong, “The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts”, *Journal of Private International Law*, Volume 2, 2006- Issue 1, 01 May 2015, (Erişim), <https://doi.org/10.1080/17536235.2006.11424301> 20 Kasım 2019, s.27-70.

1.7.1.2.2. Kamu Düzeni

Roma Konvansiyonu' nun 16. maddesi uyarınca: *“Bu sözleşme ile belirtilen herhangi bir ülkenin hukuk kuralının uygulanması, ancak bu uygulamanın forumun kamu düzeni ('ordre public') ile açıkça uyumsuz olması durumunda reddedilebilir”*.

1.7.1.3. Zayıf Tarafın Korunması

1.7.1.3.1. Tüketicinin Korunması

1980 Roma Konvansiyonu, profesyonel olarak tüketiciyi korumayı amaçlayan hukuk seçimi kurallarını sağlayan ilk araçtır⁴⁸⁵.

Roma Konvansiyonu'nda tüketici sözleşmelerinde seçilen hukukun tüketiciyi, tüketicinin mutad mesken hukukunun emredici hukuk kurallarının bahsettiği hukukî korumadan mahrum edemeyeceği kabul edilmiştir⁴⁸⁶.

Roma Konvansiyonu'nun 5/2. maddesinde tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi, *“seçilen hukuk tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketici lehine düzenleme getiren hükümleri yanında elverişsiz hükümler içeriyorsa, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulama alanı bulacaktır”* şeklinde düzenlenmiştir⁴⁸⁷. Bu düzenlemeye göre tüketici “yaşadığı ülkede”, yani ikamet ettiği yerde, zorunlu koruma haklarından yoksun bırakılamaz⁴⁸⁸.

Konvansiyonda ifade edilen emredici kuralların milletlerarası nitelik taşıyan emredici kurallar olup olmaması önem taşımamaktadır. Tüketici hem iç hukukta emredici hukuk kurallarının hem de milletlerarası emredici nitelik taşıyan hukuk kurallarının bahsettiği hukuki korumadan yararlanacaktır. Düzenlemenin amacının tüketiciye asgari koruma sağlamak olduğu, tüketicinin korunmasına yönelik hükümler itibariyle kendi menfaatini en çok koruyan hukukun emredici hukuk kurallarına dayanabileceği unutulmamalıdır.

⁴⁸⁵ Lando, Nielsen, s.29-51.

⁴⁸⁶ Güngör, *Tüketici*, s. 85; Gelgel, *Tüketici*, s. 95.

⁴⁸⁷ Çelikel, Erdem, s. 416.

⁴⁸⁸ Boer, Hugenholtz, s. 35.

Öte yandan doktrinde bir görüşe göre tüketici iki hukuktan birini seçme yönünde bir sınırlamaya tabi de değildir. Düzenlemede bu yönde bir sınırlama olmadığına göre, tüketici iki hukukun kümülatif olarak uygulanmasını talep ederek her iki hukuktaki lehe olan hükümler seçilerek uygulanabilir. Ancak tüketiciye çifte koruma sağlayan bu görüş, tamamen milli hukuka dayalı bir sözleşme yapmış olan tüketici karşısında daha elverişli bir konuma taşımak endişesiyle aşırı olarak nitelendirilerek eleştirilmiştir⁴⁸⁹.

Konvansiyon'da tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu devlet hukukunun tüketiciyi koruyan emredici hukuk kuralları ile korunabilmesi için tüketici sözleşmesi ile tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke arasında yakın bir ilginin varlığını aramaktadır⁴⁹⁰. Böylece tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketiciyi koruyucu standardı ile seçilen hukukun tüketiciyi koruyucu standardı arasında tüketici lehine bir yarışma söz konusu olmuştur. Bu durumda denilebilir ki, amaç tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu devlet hukukunun, seçilen hukukun uygulama alanını her durumda sınırlandırmak değildir. Aksine amaç, seçilen hukukun tüketiciyi koruyucu standardının daha düşük olduğu hallerde, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu devlet hukukunun tüketiciyi koruyucu daha yüksek standardından yararlanabilmesidir⁴⁹¹.

Madde 5 kapsamına girmeyen tüketici sözleşmeleri için, sözleşmenin olağan hukuk seçimi kuralları için, özellikle m. 3 ve 4 geçerlidir⁴⁹².

Madde 5'teki koruma, tarafların herhangi bir hukuk seçimi yapmadığı takdirde, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku sözleşmeye uygulanacak şekilde yapılandırılmıştır. Taraflar bir hukuk seçimi yapmışsa, seçilen hukukun zorunlu ve zorunlu olmayan hükümleri uygulanır. Bununla birlikte, seçilen hukuk tüketicinin kendi mutad meskeninin bulunduğu ülkenin zorunlu hükümlerine uymak zorundadır. Bu çifte koruma, tüketiciyi korumak ve tarafların tüketici

⁴⁸⁹ Güngör, *Tüketici*, s. 86.

⁴⁹⁰ Şu hallerde yakın ilginin varlığı kabul edilmektedir: a) akdin inikadından önce tüketiciye, mutad meskeninin bulunduğu devlet ülkesinde özel olarak veya ilanla bir icaba davet yapılmış olmalı ve akdin inikadı için tüketicinin tamamlaması gereken safhalar o devletin ülkesinde tamamlanmış olmalıdır; b) karşı akit ya da acentası, tüketicinin siparişini o devletin ülkesinde almış olmalıdır, veya c) menkul malların satımına ilişkin akitlerde, tüketici, mutad meskeninin bulunduğu devlet ülkesinden başka devlet ülkesine seyahat etmiş ve siparişini orada vermiş ise, tüketicinin seyahati, tüketiciyi satın almaya sevk etme amacıyla satıcı tarafından düzenlenmiş olmalıdır: Güngör, *Tüketici*, s. 87.

⁴⁹¹ Güngör, *Tüketici*, s. 87.

⁴⁹² Lando, Nielsen, s. 29-51.

sözleşmelerinde hukuk seçimini etkilemek olan hükmün amacı ile gerekçelendirilmiştir. Bununla birlikte, iş dünyası temsilcileri, seçilen hukukun bütünüyle ve tüketici hukukunun zorunlu hükümlerinin sözleşmeye uygulanmasında kararlaştırılan bir hukuk seçimi durumunda, tüketicinin “çifte koruma” elde ettiği tenkitini yapmıştır. Bunun melez ve karmaşık hukuk seçimlerine yol açtığı tartışılmıştır⁴⁹³.

1.7.1.3.2. İşçinin Korunması

Roma Konvansiyonu’nun 6. maddesinde taşıdığı önem nedeniyle iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, “*Taraflarca seçilen hukuk, hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda uygulanacak hukuku gösteren ikinci paragrafın belirlediği hukukun emredici kurallarının işçiye sağladığı korumadan onu mahrum etme sonucu doğurmaz.*

İş sözleşmelerine uygulanacak hukuk taraflarca seçilmemişse,

a) *İşçinin mutad olarak edimini yerine getirdiği ülke hukuku, işçi geçici olarak başka bir ülkede çalışıyor olsa bile uygulanır.*

b) *Eğer işçi belirli bir ülkede mutad olarak işini yerine getirmiyorsa onu işe alan iş yerinin ülke hukuku uygulanır.*

Meğer ki halin özelliklerinden sözleşmenin bir başka ülke hukuku ile daha yakın irtibatlı olduğu anlaşılsın. Bu durumda sözleşme, en yakın ülke hukuku tarafından idare edilir”.

Madde 6/1’e göre, bir iş sözleşmesindeki hukuk seçimi, işçiye emredici hukuk kurallarının korunmasından mahrum bırakmamalıdır ki bir hukuk seçimi olmadığında, diğer bir deyişle işçinin işini alışıldığı şekilde yürüttüğü ülke hukukunda, uygulanabilir olsun. Bu nedenle, bir iş sözleşmesindeki hukuk seçimi hükmü, işçiye işyerindeki koruyucu yasalarından mahrum edemez. İşçi her zaman bu yerin emredici kurallarına ve dolayısıyla kendisine daha uygun olan hukuka güvenebilir⁴⁹⁴.

⁴⁹³ Lando, Nielsen, s. 29-51.

⁴⁹⁴ Ruhl, s. 8.

Roma Konvansiyonu iş sözleşmelerine uygulanacak objektif bağlama kuralı olarak “mutad iş yeri hukuku”nu belirlemiştir. Mutad iş yeri hukukunun işçiyi koruyan kamu hukuku kuralları, hukuk seçiminin asgari şartlarını oluşturmaktadır. Dolayısıyla seçilen hukukun işçinin mutad iş yeri hukukunun işçiyi koruyan hükümlerinden işçiyi yoksun bırakmaması gerekir⁴⁹⁵.

1.7.1.4. Sözleşme Statüsünün Kapsamı

1.7.1.4.1. Sözleşmenin Kuruluşu, Geçerliliği ve Yorumu

Konvansiyon’un 8. maddesinde sözleşmenin kuruluşu ve geçerliğinin de, sözleşmenin esasını idare edecek hukuka tâbi olduğu ifade edilmiştir⁴⁹⁶. Ayrıca tarafların sözleşmelerine ekleyecekleri bir hüküm ile Roma Konvansiyonu’nun uygulanmasını engelleyemeyecekleri, konvansiyon hükümlerinin emredici nitelikte olduğu belirtilmiştir⁴⁹⁷.

Konvansiyon’un 10. maddesine göre, taraflarca seçilen hukuk, özellikle sözleşmenin yorumuna, yerine getirilmesine, zararın değerlendirilmesi de dâhil mahkemenin usul hukuku izin verdiği ölçüde sözleşmenin ihlâlinin sonuçlarına, borcun sona erme sebeplerine ve sözleşmenin hükümsüzlüğünün sonuçlarına ve zamanaşımına⁴⁹⁸ uygulanır⁴⁹⁹.

1.7.1.4.2. Incorporation Düzenlemesi

Roma Konvansiyonu açısından, tarafların ulusal olmayan kuralları seçmeleri, bir hukuk seçimi olarak değil, *incorporation* olarak kabul edilmekte; dolayısıyla,

⁴⁹⁵ Boer, Hugenholtz, s. 35.

⁴⁹⁶ Ekşi, *Roma Konvansiyonu*, s. 122.

⁴⁹⁷ Güngör, *Tüketici*, s. 85.

⁴⁹⁸ Yargıtay da bir kararında; “MÖHUK’un 8. maddesine göre, zamanaşımı, hukuki işlem ve ilişkinin esasına uygulanan hukuka tabidir.” ifadesine yer vermiştir. Bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 21.6.2012 tarih ve 2012/5781 Esas ve 2012/5961 Karar sayılı kararı, (KBİBB). Aynı doğrultuda diğer kararlar için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 15.6.1990 tarih ve 1990/3552 Esas ve 1990/4774 Karar sayılı kararı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 28.5.1998 tarih ve 1998/383 Esas ve 1998/3945 Karar sayılı kararı, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 17.5.2002 tarih ve 2001/6649 Esas ve 2002/3760 Karar sayılı kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 13.2.2004 tarih ve 2003/10163 Esas ve 2004/1408 Karar sayılı kararı, Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁹⁹ Ekşi, *Roma Konvansiyonu*, s. 121; Tekinalp, *Acente*, s. 370-371.

sözleşmeye uygulanacak hukukun objektif ölçütlere göre belirlenmesi gerekmekte ve bu hukukun emredici hükümlerinin imkân tanıdığı ölçüde taraflarca seçilen kuralların uygulanması mümkün olmaktadır. Diğer bir ifadeyle, objektif ölçütlere göre tespit edilen uygulanması gereken hukukun emredici kuralları, taraflarca seçilen kurallara nazaran daha öncelikli olarak uygulanmak durumundadır⁵⁰⁰.

1.7.1.5. Hukuk Seçimi Yapılmamış Olması

Roma Konvansiyonu'nun 4. maddesi, üzerinde mutabık kalınan bir hukuk seçimi olmadığında uygulanacak hukuku düzenler. Temel ilke, m. 4/1'e göre bir sözleşmenin en yakından bağlı olduğu ülkenin hukukuna tabi olması gerektiğidir; Bu ilke, üç varsayım içeren m. 4/2-4 ile tamamlanmaktadır. Madde 4/2 uyarınca, bir sözleşmenin, sözleşmenin karakteristik yükümlülüğünü yerine getirmesi gereken tarafın, sözleşmenin imzalandığı tarihte kendi ikametgâhına sahip olduğu ülkenin hukukuyla en yakın şekilde bağlantılı olduğu varsayılmaktadır⁵⁰¹.

1.7.2. Roma I Tüzüğü

Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukunda, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü'nde⁵⁰², sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk bakımından irade serbestîsi temel bir prensip olarak kabul edilmiştir. Bu durum tüzüğün önsözünün 11. maddesindeki açıklamalardan anlaşılmaktadır. Söz konusu açıklamada, sözleşmeden doğan borç

⁵⁰⁰ Andrea Bonomi, "The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations, Some General Remarks", *Yearbook of Private International Law*, C. 10, Y. 2008, s. 170, dn. 30.

⁵⁰¹ Lando, Nielsen, s. 29-51.

⁵⁰² 7 Haziran 2008 Tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü. *Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I)*, O. J. L 177/6, 4 Temmuz 2008. Tüzüğün İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2008/593/oj>, 29.06.2019. Avrupa Birliği'nde kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla 1980 yılında imzalanan Roma Konvansiyonu'nun tüzük haline getirilmesi için Yeşil Kitap (*GreenBook on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernization*) yayınlanmıştır. Hazırlanan bu tüzük tasarısı (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I)*, COM (2005) 650 final, 15 December 2005) 2005 yılında kabul edilerek Parlamento'ya iletilmiştir. 2008 yılında tüzüğün nihai metni kabul edilmiş, 17.12.2009 tarihinden itibaren yapılan sözleşmeler açısından geçerli olacağı ve Danimarka dışında Roma Konvansiyonu'nu kabul eden ülkelerde konvansiyonunun yerini alacağı kararlaştırılmıştır. Tarman, *Roma I Tüzüğü*, s. 305; Ömeroğlu, *İrade Serbestîsi Prensibi*, s. 130, 391 nolu dn.; Bayata Canyaş, s. *Roma I Tüzüğü*, s. 111 vd.

ilişkilerine uygulanacak hukukta tarafların sahip olduğu irade serbestîsinin, kanunlar ihtilafının mihenk taşı olduğundan bahsedilmiştir⁵⁰³.

Roma I Tüzüğü, “tarafların uygulanacak hukuku seçme özgürlüğünün, sözleşmeden doğan yükümlülükler konusunda kanunlar ihtilafı kuralları sisteminin temel taşlarından biri olması” gerektiği fikrine dayanmaktadır⁵⁰⁴.

Roma Konvansiyonu’nun yerine geçmek üzere Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü 06.06.2008 tarihinde kabul edilmiştir. Tüzük 17.12.2009 tarihinde yürürlüğe girmiş⁵⁰⁵ ve tüzükte belirtilen şekilde⁵⁰⁶ Roma Konvansiyonu yürürlükten kaldırılmıştır⁵⁰⁷. Ayrıca Tüzüğün giriş kısmında bu tüzüğün Medeni ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel I Tüzüğü⁵⁰⁸ ile Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma II Tüzüğü⁵⁰⁹ ile birlikte uygulanacağı belirtilmiştir.

Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü’nün kapsamlarına ilişkin hükümleri (her iki metinde madde 1/1) farklıdır. Roma Konvansiyonu, “*farklı ülkelerin yasaları arasında bir seçim yapılmasını içeren "durumlarda, Roma I Tüzüğü ise “bir yasa çatışması içeren" durumlarda uygulanacaktır.*” Roma I Tüzüğü sağlam bir çözüm sağlamaz. Bu nedenle, bu tüzük çağdaş görüş (tarafların irade özgürlüğünü ulusal yasalarla kısıtlamayan) ile geleneksel görüş (ulusal mahkemelerin yalnızca ulusal

⁵⁰³ Ömeroğlu, *İrade Serbestîsi Prensibi*, s. 130.

⁵⁰⁴ Symeon Symeonides, “Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective” October 24, 2010, *Convergence and Divergence In Private International Law*, Liber Amicorum, Ed. K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides, Eleven International Publishing, 2010, (Çevrimiçi), SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1697372>, 3 Mart 2019, s. 513-550.

⁵⁰⁵ Tüzük, m. 8 uyarınca 17 Aralık 2009’dan sonra yapılan sözleşmelere uygulanacak; bu tarihten önceki sözleşmeler bakımından ise Roma Sözleşmesi uygulanacaktır: Bayata Canyaş, *Roma I Tüzüğü*, s. 112, 6 nolu dn.

⁵⁰⁶ 17 Aralık 2009’dan önceki sözleşmelere Roma Konvansiyonu, sonraki sözleşmelere ise Tüzük hükümleri uygulanacaktır. Roma I Tüzüğü’nün 24. maddesine göre, “*Roma Konvansiyonu’nun yer itibariyle uygulama alanının içerisinde bulunan ve Avrupa Birliği’ni kuran Antlaşmanın 299. maddesi uyarınca bu Tüzüğün uygulanmadığı üye devletlerin ülkesel sınırlarının söz konusu olduğu haller hariç olmak üzere, üye devletlerde işbu Tüzük, Roma Konvansiyonu’nun yerine geçer. Bu Tüzüğün, Roma Konvansiyonu’nun hükümlerinin yerine geçtiği sürece, 1980 tarihli Roma Sözleşmesi’ne yapılan her atıf Roma I Tüzüğü’ne yapılmış sayılacaktır.*”.

⁵⁰⁷ Tüzüğün hazırlanma gerekçeleri hakkında geniş bilgi için bkz. Emmanuel Guinchard, “*Rome I in Practice: A Presentation*”, *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*, Ed. Sibel Özel, Mustafa ERKAN, Uluslararası Konferans, 11 Ekim 2018, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 155-162.

⁵⁰⁸ Council Regulation (EC) No 44/2001 of December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels I). OJ L 12, 16.01.2001.

⁵⁰⁹ Council Regulation (EC) No 864/2007 of July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II). OJ L 199, 31.07.2007.

yasaları uygulamalarına izin veren) arasındaki çatışmayı çözmez. Roma I Tüzüğü'nün konuyu modern görüşe uygun olarak uzlaştırmak ve tarafların ulusal hukuk kurallarının seçimine ilişkin iradesine saygı gösterecek şekilde uzlaştırmak tercih edilebilir⁵¹⁰.

Roma I Tüzüğü'nün ilk maddesi tüzüğün uygulama alanına ilişkindir. Buna göre Tüzük, medeni ve ticari konularda sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde kanunlar ihtilafı problemlerinin çıktığı her olayda uygulanır. Tüzük hükümlerine göre tespit edilen hukuk, bir üye devlet hukukuna bağlansın ya da bağlanmasın uygulanır. 1980 tarihli Roma Konvansiyonu gibi Roma I Tüzüğü de sadece sözleşmeden doğan ihtilaflara uygulanacak hukuku düzenlemiş, mahkemelerin yetkisine ilişkin hiçbir hüküm getirmemiştir⁵¹¹.

Roma I Tüzüğü, Avrupa Birliği içinde, birden fazla ülke ile bağlantılı sözleşmeler bakımından uygulanacak hukuku tespit etme amacını taşımaktadır. Tüzüğün 3. maddesinde taraflarca hukuk seçimi; 4. maddesinde ise taraflarca hukuk seçimi olmadığında uygulanacak hukukun tespiti ele alınmıştır.

Roma I Tüzüğü, uygulanacak hukukun Avrupa Birliği üyesi ülke hukuklarından birisi olma şartı getirmemiştir. Buna göre uygulanacak hukuk üye ülke hukuklarından biri olabileceği gibi, üçüncü ülkelerin hukukları da olabilir. Dolayısıyla Roma I Tüzüğü için evrensel bir uygulamaya sahip olduğu söylenebilir⁵¹².

Roma I Tüzüğü'nün 10. maddesi sözleşmenin maddi geçerliliğini, 11. maddesi ise resmi geçerliliğini düzenler. Tüzükte maddi geçerliliğe uygulanacak hukuku açık bir şekilde belirleyen herhangi bir kural yoktur⁵¹³.

⁵¹⁰ Süral, *The UNIDROIT Principles*, s. 249-266.

⁵¹¹ Çelikel, Erdem, s. 378.

⁵¹² Tarman, *Roma I*, s. 307; Ömeroğlu, *İrade Serbestîsi Prensibi*, s. 131.

⁵¹³ Nguyen, Thi Hong Trinh, "Party Autonomy In Vietnam – The New Choice Of Law Rules For International Contracts In The Civil Code 2015", *Journal of Private International Law*, S. 14, No. 2, Y. 2018 (Çevrimiçi) <https://doi.org/10.1080/17441048.2018.1507984> 27 Ekim 2019, s. 343–367.

1.7.2.1. Hukuk Seçme Serbestisinin Düzenlenme Biçimi

Tüzükte Konvansiyonun 3. maddesi aynen tekrar edilerek sözleşmelerin tarafların seçecekleri hukuka tabi olduğu belirtilmiştir⁵¹⁴. Tarafların seçtikleri hukukun aralarındaki sözleşme ile bir bağının olması şartı aranmamıştır⁵¹⁵.

1.7.2.1.1. Örtülü Hukuk Seçimi

Konvansiyon'da sözleşme hükümlerinden veya dava koşullarından makul bir açıklıkla elde edilen hukuk seçiminin örtülü hukuk seçimi olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Roma I Tüzüğü'nde ise makul bir açıklık ölçüsünden vazgeçilerek "açıkça" ibaresi kullanılmış, böylece daha kesin bir dil kullanılmıştır⁵¹⁶. Roma I Tüzüğü'nde, gerçek bir seçime dayanan, herhangi bir varsayım veya nesnel kararlılıktan bağımsız olarak tarafların gerçek iradesine dayanan bir kıstas seçilmiştir⁵¹⁷.

Önsözde yer alan m. 12'de, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için bir devlet mahkemesini münhasıran yetkilendirmeleri halinde, söz konusu devlet

⁵¹⁴ Roma I Tüzüğü 3/1. maddesi, "“Sözleşmeye uygulanacak hukuk taraflarca seçilir. Seçim, açık olabileceği gibi sözleşmede yer alan ifadelerden ve halin özelliklerinden makul bir şekilde anlaşılacak kaydıyla zımni de olabilir. Taraflar seçimlerinde, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.” şeklindedir (“...The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case...”). Devam eden fıkralar ise şöyle düzenlenmiştir:

“2. Taraflar her zaman hukuk seçimi ile kararlaştırdıkları veya işbu Tüzüğün diğer hükümleri uyarınca sözleşmenin tabi olduğu hukuku karşılıklı olarak değiştirebilirler. Sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşmenin tabi olduğu hukuka ilişkin hiçbir değişiklik 11. madde uyarınca sözleşmenin şekli geçerliliğine veya üçüncü kişilerin haklarına hâlel getirmez.

3. Hukuk seçiminin yapıldığı sırada somut olayın diğer bütün unsurlarının, hukuk seçimi ile hukuku yetkili kılınmış ülkeden başka bir ülkede bulunması halinde hukuk seçimi, bu ülkenin hukukunun taraflarca aksi kararlaştırılamayacak hükümlerinin (emredici hükümlerinin) uygulanmasına hâlel getirmez.

4. Hukuk seçiminin yapıldığı sırada somut olayın diğer bütün unsurlarının bir veya birden çok üye devlete bulunması halinde, tarafların üye devletler haricinde başka bir devletin hukukunu seçmeleri topluluk hukukunun taraflarca aksi kararlaştırılamayacak hükümlerinin (emredici hükümlerinin) uygulanmasına mahkemenin bulunduğu üye devletteki uygulamaya uygun olduğu hallerde (ölçüde) hâlel getirmez.

5. Tarafların hukuk seçimine ilişkin karşılıklı onaylarının (kabullerinin) varlığı ve maddi geçerliliği 10, 11 ve 13. madde hükümlerine tabidir.”

⁵¹⁵ Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 130-131.

⁵¹⁶ Bayata Canyaş, *Roma I Tüzüğü*, s. 114 vd.

⁵¹⁷ Sixto Sánchez Lorenzo, “Choice Of Law And Overriding Mandatory Rules In International Contracts After Rome I”, *Yearbook of Private International Law*, Volume 12 2010, © sellier, european law publishers & Swiss Institute of Comparative Law Printed in Germany, s. 67-91.

hukukunun da zımnen seçildiğinin kabul edilebileceği belirtilmiştir. Yine de doktrinde Roma I Tüzüğü'ne göre yapılacak örtülü hukuk seçiminin daha kısıtlayıcı bir düzenleme şeklinde olması gerektiğini savunan bir görüş bulunmaktadır⁵¹⁸.

1.7.2.1.2. Seçilen Hukukun Değiştirilmesi

Tüzüğün 3. maddesinin 2. fıkrasına göre, taraflar sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanmak üzere seçtikleri hukuku değiştirmekte de özgürdürler. Taraflar seçtikleri hukuku her zaman değiştirme imkânına sahip olmakla birlikte, yapılan değişikliğin sözleşmenin şekli üzerinde veya üçüncü kişilerin haklarına karşı etkili olmayacağı kabul edilmiştir⁵¹⁹.

1.7.2.1.3. Daha Sıkı İlişkili Hukuk

Gerek Roma Konvansiyonu (m. 3/3) gerekse Roma I Tüzüğü (m. 3/3), sözleşmenin bütün unsurlarının tek bir ülke ile bağlantılı olduğu sözleşmelerde, tarafların başka bir ülke hukukunu seçmelerine, ancak sözleşmenin objektif olarak bağlantılı olduğu ülke hukukunun emredici kurallarına aykırı olmamak kaydıyla etki tanımaktadır⁵²⁰.

Roma I Tüzüğü 3/3 maddesi: “*Hukuk seçiminin yapıldığı sırada somut olayın diğer bütün unsurlarının, hukuk seçimi ile yetkili kılınmış ülkeden başka bir ülkede bulunması halinde hukuk seçimi, bu ülkenin hukukunun taraflarca aksi kararlaştırılmayacak hükümlerinin (emredici hükümlerinin) uygulanmasına halel getirmez*” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre tarafların seçtikleri hukuk harici bir hukukun bütün unsurları ve sözleşme ile alakalı olması durumunda tarafların hukuk

⁵¹⁸ Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 125.

⁵¹⁹ Işıl Özkan, *Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 311; Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 132.

⁵²⁰ Kocasakal, *m. 24*, s. 34; Emre Çiftçi, “Limitations of Party Autonomy Under the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations”, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ocak 2015, S. 9, s. 135-149.

seçiminin, alakalı hukukun sözleşmeye uygulanması gereken hükümlerinin uygulanmasına engel olamayacağı hüküm altına alınmıştır⁵²¹.

Bu maddeler, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde hukuk seçimini sınırlamamakta; kanunlar ihtilafı anlamında hukuk seçimi yapılabilmesi, yani sözleşmenin, emredici hükümleri de dâhil olmak üzere seçilen hukuka tâbi tutulabilmesi için, sözleşmenin, -hukuk seçimi dışında- objektif olarak yabancılık unsuru taşıması gerektiğini; aksi takdirde, taraf iradelerinin bir hukuk seçimi değil, *incorporation* olarak değerlendirileceğini ifade etmektedir⁵²².

Roma Konvansiyonu’ndan farklı olarak, Roma I Tüzüğü madde 3/4’te “seçim sırasındaki durumla ilgili diğer tüm unsurların bir veya daha fazla üye devlette yer aldığı” hukuk seçimine bir sınır getirmektedir⁵²³. Tüzüğün 3/4. maddesi sözleşmenin üye devletlerin hukukları ile çok yakından ilişkisi olması durumunda bu hukukun da sınırlandırıcı etkisi olduğunu kabul etmiştir. Maddeye göre, “*Hukuk seçiminin yapıldığı sırada somut olayın diğer bütün unsurlarının bir veya birden çok üye devlette bulunması halinde, tarafların üye devletler haricinde başka bir devletin hukukunu seçmeleri topluluk hukukunun taraflarca aksi kararlaştırılamayacak hükümlerinin (emredici hükümlerinin) uygulanmasına mahkemenin bulunduğu üye devletteki uygulamaya uygun olduğu hallerde (ölçüde) hâlel getirmez*”. Böylece üye devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının da yabancı bir hukuk seçmek suretiyle sınırlandırılmayacağı düzenlenmiştir⁵²⁴.

1.7.2.1.4. Kısmi Hukuk Seçimi

Roma I Tüzüğü’ne göre, taraflar kısmî hukuk seçimi yapabilirler. Yalnız bunun için milli hukuklarının emredici hükümlerinin uygulanmaması gibi bir durumla karşı karşıya kalınmaması şartı getirilmiştir⁵²⁵. Muhtemelen pratik açıdan bu

⁵²¹ Çelikel, Erdem, s. 344. Uygulanacak hukuk ile bağlantı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bayata Canyaş, *AB ve Türk Hukuku*, s. 20 vd.; Bayata Canyaş, *Roma I Tüzüğü*, s. 111; Tarman, *Roma I Tüzüğü*, s. 299-332.

⁵²² Kocasakal, *m. 24*, s. 34.

⁵²³ Lorenzo, s.67-91.

⁵²⁴ Çelikel, Erdem, s. 344.

⁵²⁵ Süral, *UNİDROİT* s. 22; Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 126; Çiftçi, s. 138.

durum sözleşmeye taraf olanların ilişkilerini düzenlemesini zorlaştırır ve bundan kaçınmak gerekir⁵²⁶.

1.7.2.1.5. Hukuk Seçiminin Şekli

Tüzükte hukuk seçiminin yapılış şekli için bir şekil şartı öngörülmemiştir. Dolayısıyla taraflar hukuk seçimini yazılı ya da sözlü yapabilecektir⁵²⁷.

1.7.2.1.6. Hukuk Seçiminin Yapılma Zamanı

Hukuk seçiminin yapılma zamanı ile ilgili tüzükte herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Taraflar sözleşme yapılırken ya da sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yapıldıktan sonra sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilirler. Böylece taraflara tam bir irade serbestisi sağlanmıştır⁵²⁸.

1.7.2.2. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Roma I Tüzüğü'nde, Roma Konvansiyonu'ndan farklı olarak m. 9'da doğrudan uygulanan kuralların (*loi de police*) tanımına yer verilmiştir. Hükümde, doğrudan uygulanan kurallar, “bir devletin, politik, sosyal veya ekonomik organizasyonu gibi kamusal çıkarlarının korunması için uyulması hayati önem taşıyan, bu nedenle uygulama alanına giren tüm uyuşmazlıklara, bu Tüzüğe göre sözleşmeye uygulanması gereken hukuk ne olursa olsun, uygulanması zorunlu olan, emredici kurallar” olarak tanımlanmıştır.

Yasal bir metinde doğrudan uygulanan kuralların tanımına yer verilmesinin başka mevzuatlarda örneği görülmeyen, önemli bir yenilik olduğu; özellikle uluslararası özel hukuk alanında uzmanlaşmamış hukukçular açısından, kavramın tanımını ve kapsamını ortaya koymak açısından böyle bir hükmün yararlı olduğu;

⁵²⁶ Maryia Miashchanava, Principle of the Party Autonomy in International Trade Contracts, 2013, (Erişim),

https://www.researchgate.net/publication/258490910_PRINCIPLE_of_the_PARTY_AUTONOMY_in_INTERNATIONAL_TRADE_CONTRACTS, 18.05.2020.

⁵²⁷ Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 131.

⁵²⁸ Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 131.

diğer yandan Birlik üyesi bazı devletlerin dillerinde emredici ve doğrudan uygulanan kural kavramları aynı kelimelerle ifade edildiğinden, hatta bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde böyle bir kavrama yer verilmediğinden, Tüzükte bu kavramların tanımlanmasının yararlı olduğu belirtilmektedir⁵²⁹.

9. maddenin son fıkrasında, “*Sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifa edildiği veya edilmesi gereken ülkenin doğrudan uygulanan kuralları sözleşmenin ifasını hukuka aykırı hale getiriyorsa bu kurallara da etki tanınabilir. Bu kurallara etki tanınıp tanınmayacağına karar verilirken konusu, niteliği, uygulanması veya uygulanmamasından kaynaklanacak sonuçlar dikkate alınır*”, demek suretiyle Konvansiyon’a nazaran daha sınırlı ve belirli koşullarda üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmasına imkân verilmiştir. Zira Konvansiyon’un Tüzük haline dönüştürülmesi sırasında bazı devletler, bu hükmün, irade serbestisini gereksiz şekilde kısıtladığı, hukuki belirsizliğe yol açtığı, sözleşme müzakerelerinin ve uyuşmazlıkların çözümünün uzamasına ve daha masraflı hale gelmesine neden olduğu gerekçesiyle kaldırılmasını önermiştir. Konvansiyondan farklı olarak Tüzük’te çekince koyma imkânı da bulunmadığından, hükmün aynen Tüzüğe konulması halinde tüm üye devletler açısından bağlayıcı nitelik taşıyan bir düzenleme söz konusu olacaktı⁵³⁰. Böylece 9. maddeye bu fıkra eklenerek Konvansiyona katılan devletlerin Tüzüğe de imza koymaları sağlanmıştır.

1.7.2.3. Özel Nitelikli Sözleşmeler

1.7.2.3.1. Yolcu Taşıma ve Sigorta Sözleşmeleri

Roma I Tüzüğü sadece iki tür sözleşmede sözleşmeye bağlı olarak seçilen devletle belirli bir coğrafi ilişki gerektirir: yolcu taşıma sözleşmeleri ve sigorta sözleşmeleri. Yolcu taşıma sözleşmelerinde, Tüzüğü 5. maddesi tarafların seçimini

⁵²⁹ Tüzükte bu kuralların tanımlanmasının diğer bir avantajının, bu kuralların tüm üye devletler açısından yeknesak bir tanıma ve uygulamaya kavuşturulmasının bu şekilde mümkün olacağı ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD)’na başvuru olanağı ile yeknesaklığının daha da iyi sağlanacağı belirtilmiştir. Zira Roma Konvansiyonu döneminde, bir iç hukuk hükmünün doğrudan uygulanan kural olarak uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki kararı âkit devletler kendileri veriyorlardı (Bonomi, *Overriding Mandatory*, s. 288- 290).

⁵³⁰ Kocasakal, *m. 24*, s. 82-83.

(a) yolcunun mutad meskeni; (b) taşıyıcının mutad meskeni veya merkezi yönetim yeri veya (c) kalkış veya varış yeri hukukları ile sınırlar. Sigorta sözleşmeleri ile ilgili olarak, m. 7, nerede olursa olsun, 'büyük' riskleri kapsayan sözleşmeler ile AB üyesi bir ülkenin sınırları içinde yer alan diğer riskleri de kapsayan sözleşmeler arasında ayırım yapar. 7. maddenin 3. fıkrası, yalnızca küçük riskli sözleşmelerde seçilen devletle belirli bir coğrafi ilişkiyi gerektirir. Bu tür sözleşmelerin tarafları sadece sayılan hukukları seçebilir: (a) sigortalı riskin bulunduğu bir üye ülke; (b) sigortalının her zaman ikamet ettiği ülke veya (c) hayat sigortası durumunda, sigortalının vatandaşı olduğu üye devletin hukuku⁵³¹.

1.7.2.3.2. Tüketici ve İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

Tüzüğün “Bireysel İş Sözleşmeleri” başlıklı 8. maddesine göre, “1. İş sözleşmeleri tarafların 3. madde uyarınca seçtikleri hukuka tabidir. Ancak bu madde uyarınca yapılacak hukuk seçimi, işçiyi böyle bir hukuk seçimi yapılmamış olsa idi bu maddenin 2., 3. ve 4. fıkrlarında gösterilen hukukların taraflarca aksi kararlaştırılmayacak hükümleri uyarınca sahip olacağı korumadan mahrum bırakmaz.

2. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde iş sözleşmelerine işçinin işini mutad olarak yaptığı yerin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. İşin mutad olarak yapıldığı ülke işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde değişmez.

3. Bu maddenin 2. fıkrası uyarınca iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenememesi halinde sözleşmeye işçiyi işe alan işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.

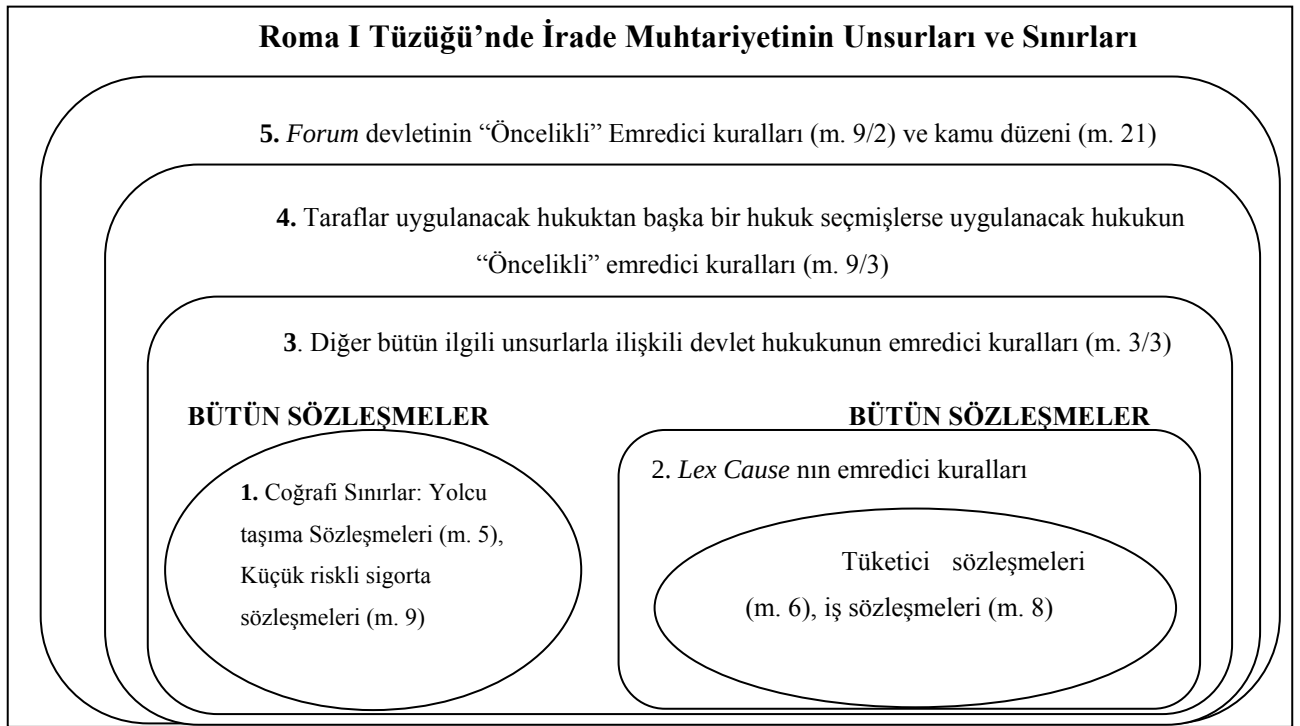
4. Somut olayın tüm şartlarına göre sözleşmenin 2. veya 3. fıkrasında belirtilen ülkelerden başka bir ülke ile daha sıkı irtibatlı olması halinde sözleşmeye bu ülke hukuku uygulanır”.

Tüketici sözleşmeleri ve bireysel iş sözleşmeleri için, 6. ve 8. maddeler, bir hukuk seçimi anlaşmasının bir tüketiciyi veya çalışanını *lex causae*'nin emredici

⁵³¹ Symeonides, *Rome I and II*, s. 513-550.

kurallarının korumasından mahrum bırakmayabileceğini öngörmektedir. Avusturya, Almanya, Japonya, Güney Kore, Quebec, Romanya, Rusya, İsviçre ve Türkiye de dâhil olmak üzere birçok ülkenin kanunlarında benzer hükümler bulunmaktadır.

Tüketici sözleşmelerinde, *lex causae*'nin durumu, diğer tarafın o ülkede ticari veya mesleki faaliyetlerde bulunması veya bu tür faaliyetleri o ülkeye veya o ülke dâhil olmak üzere çeşitli ülkelere yönlendirmesi koşuluyla, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkedir. İş sözleşmelerinde, *lex causae*'nin durumu, sözleşme başka bir ülkeyle daha yakından bağlantılı olmadığı sürece, genellikle işçinin mutaden çalıştığı ülkedir⁵³².



Yolcu taşıma sözleşmelerinde ve küçük riskli sigorta sözleşmelerinde (soldaki oval şekil # 1), sözleşmeye dayalı ilişkilerde hukuk seçiminde m. 5 ve 7 uygulanmalıdır ve daha büyük dikkörtgen şekiller # 3,4 ve 5 ile temsil edilen esaslı sınırlamalar dahilinde kalmalıdır; (2) Tüketici sözleşmelerinde ve iş sözleşmelerinde (sağda daha küçük oval şekil), sözleşmeye bağlı seçim coğrafi gereksinimlere tabi değildir, ancak aksi takdirde geçerli olan kanunun esas sınırlamalarına tabidir (*lex causae*, dikkörtgen # 2) şekil 3, 4 ve 5 ile temsil edilen sınırlamalar gibi; ve (3) Diğer

⁵³² Symeonides, *Rome I and II*, s. 513-550.

tüm sözleşmelerde, sözleşmeye bağlı seçim yalnızca # 3,4 ve 5 şekilleri ile temsil edilen esaslı sınırlamalara tabidir⁵³³.

1.7.2.4. Taraflarca Hukuk Seçimi Yapılmaması Halinde Uygulanacak Hukuk

MÖHUK m. 24'ün mehzazı niteliğindeki⁵³⁴ Tüzüğün 4. maddesi⁵³⁵ hukuk seçiminin olmaması halinde objektif olarak sözleşmeye uygulanması gereken hukuk hakkındadır. Maddenin ilk fıkrasında, Roma Konvansiyonu m. 4'ün ilk iki fıkrasında yer alan, sözleşmeye en yakın bağlantılı olduğu hukukun uygulanmasını öngören hükme ve bu hukukun tespitine yönelik karineye yer verilmemiş; onun yerine, farklı sözleşme tipleri için uygulanması gereken hukuk objektif ölçütlerle belirlenmiştir⁵³⁶.

⁵³³ Şema ve açıklamalar için bkz: Symeonides, *Rome I and II*, s. 513-550.

⁵³⁴ Kocasakal, *m. 24*, s. 87.

⁵³⁵ "1. Tarafların 3. madde uyarınca bir hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde ve 5 ila 8. maddelerdeki hükümler saklı kalmak kaydıyla sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanacak olan hukuk aşağıdaki şekilde belirlenir:

a) Mal satımına ilişkin sözleşmeler satıcının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabidir;

b) Hizmet sağlanmasına ilişkin sözleşmeler servis sağlayıcısının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabidir;

c) Taşınmazın aynına veya kullanımına ilişkin sözleşmeler taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabidir;

d) (c) bendine bakılmaksızın, bir taşınmazın özel kullanımına ilişkin birbirini izleyen 6 aydan daha uzun süreli olmayan kira sözleşmeleri, kiracının gerçek kişi olması ve mutad meskeninin o ülkede bulunması şartıyla mülk sahibinin (kiralayanın) mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabidir.

e) Franchise sözleşmeleri, franchise alanın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabidir;

f) Distribütörlük sözleşmeleri, distribütörün mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabidir.

g) Müzayede ile mal satımına ilişkin sözleşmeler bu yerin belirlenebilir olması kaydıyla müzayedenin yapıldığı ülke hukukuna tabidir;

h) 2004/39/EC Direktifi'nin 4. maddesinin 1. fıkrasının 17. bendinde tanımlanan yatırım araçlarının alım ve satımına ilişkin üçüncü kişilerin menfaatlerini bir araya getiren veya bu menfaatlerin bir araya gelmesini kolaylaştıran ihtiyari olmayan kurallara uygun ve tek bir hukuk tarafından yönetilen çok taraflı sözleşmeler bu hukuka tabidir.

2. Sözleşmeden doğan ilişkinin 1. fıkra kapsamında yer almaması veya sözleşmenin unsurlarının 1. fıkranın (a) ile (h) bentleri dâhil olmak üzere bu bentler arasında yer alan hükümlerden birden fazlasının kapsamına girmesi halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.

3. somut olayın tüm şartlarına göre sözleşmenin 1. veya 2. fıkra da belirtilen ülkelerden başka bir ülke ile açıkça daha sıkı irtibatlı olması halinde sözleşmeye bu ülke hukuku uygulanır.

4. uygulanacak hukukun 1. veya 2. fıkra uyarınca belirlenememesi halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukuk uygulanır."

⁵³⁶ Maddeye göre, mal satımına ilişkin sözleşmelere satıcının mutad meskeni hukuku; hizmet sağlanmasına ilişkin sözleşmelere hizmet sağlayanın mutad meskeni hukuku; taşınmaz üzerinde aynı

Tüzük m. 4/3’de, yakın bağlantı ölçütüne dayanan bir istisna kuralına yer verilmiştir. Buna göre, somut olayın koşulları, sözleşmenin, ilk iki paragrafa göre belirlenen ülkeye nazaran başka bir ülke ile açıkça daha sıkı bağlantılara sahip olduğunu gösterirse, bu hukuk uygulanır. Konvansiyon’dan farklı olarak, doktrinde ileri sürülen görüşler çerçevesinde, bu hükmün gerçekten istisnai olduğunu ve genel kuralın bertaraf edilmesine ancak zorunlu hallerde imkân verdiğini vurgulamak üzere, objektif ölçüte göre belirlenen hukuka nazaran başka bir ülke ile olan bağlantıların “açıkça” (*manifestement*) daha fazla olması gerektiği belirtilmiştir⁵³⁷. Böylece, her ne kadar Tüzükte, Roma Konvansiyonu’nda yer alan yakın bağlantı ölçütüne yer verilmişse de bu küçük ifade değişikliği ile istisna hükmünün kötüye kullanılmasının önlenmesi ve Birlik üyesi ülkelerde yeknesaklığın ve öngörülebilirliğin daha iyi sağlanması istenmiştir⁵³⁸.

Tüzük’ün 4. maddesinin son fıkrasında bir istisna kuralı daha bulunmaktadır. Buna göre, uygulanacak hukukun 1. ve 2. fıkralara göre belirlenemediği durumlarda, sözleşmeye en sıkı bağlantılara sahip olduğu ülke hukuku uygulanır. Boşluk doldurmaya yönelik olan⁵³⁹ bu son kuralın uygulanabilmesi için sözleşmeye uygulanacak hukukun 1. ve 2. fıkralara göre belirlenememiş olması yeterli olmaktadır⁵⁴⁰. Buna göre, maddenin ilk fıkrasında sayılan sözleşmeler dışında kalan ve 2. fıkroda belirtilen karakteristik edim ölçütünün de uygulanamadığı sözleşmelerde, uygulanacak hukukun bu son hükme göre belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, karakteristik edimin belirlenemediği sözleşmeler (*jointventure*, bazı lisans sözleşmeleri, takas gibi) açısından uygulama alanı bulacak olan bu kural gereğince hâkim, sözleşmesel ilişki ile bağlantılı olan ülkeler

bir hakka veya taşınmaz kirasına ilişkin sözleşmelere taşınmazın bulunduğu yer hukuku (d bendinde belirtilen istisnai durum dışında); franchise sözleşmelerine franchise alanın (*franchisé*) mutad meskeni hukuku; distribütörlük sözleşmelerine distribütörün mutad meskeni hukuku; açık artırma ile satışlara, belirlenebildiği takdirde, artırmanın yapıldığı yer hukuku; finansal araçların satışına imkân veren çok taraflı sistemler (menkul kıymet borsaları gibi) bünyesinde kurulan alım satım sözleşmelerine ise bu sistemin bağlı olduğu hukuk uygulanır: Kocasakal, *m. 24*, s. 66.

⁵³⁷ Bonomi, *Some Remarks*, s. 175- 176, dn. 30; Eva Lein, “The New Rome I/ Rome II/ Brussels I Synergy”, *Yearbook of Private International Law*, Volume 10, 2008, s. 177- 198.

⁵³⁸ Bonomi, *Some Remarks*, s. 176, dn. 30; Kocasakal, *m. 24*, s. 68.

⁵³⁹ Michael Wilderspin, The Rome I Regulation: Communitarisation and modernisation of the Rome Convention, ERA Forum, 9, 2008, s. 267.

⁵⁴⁰ Kessedjian Catherine, “Party Autonomy and Characteristic Performance in the Rome Convention and the Rome I Proposal, in Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective”, Ed. J. Basedow, H. Baum, Y. Nishitani, 2008, Tübingen, s. 105-125.

arasındaki bağlantıların ağırlığını ve sayısını hesaplayarak en yakın bağlantılara sahip olan ülkeyi tespit edecektir⁵⁴¹.

Tüzüğün 5. maddesinde tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk özel olarak düzenlenmiş, tarafların hukuk seçimine sınırlı bir yaklaşım sergilenmiştir. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması halinde uygulanacak objektif bağlama kuralı da genel düzenlemeden ayrı tutulmuştur⁵⁴².

Tüzüğün 6/2 ve 8/1 maddeleri, hukuk seçimi sözleşmesinin seçiminin tüketicileri veya çalışanlarını, seçim yokluğunda geçerli olan kanunun zorunlu kuralları tarafından sağlanan korumayı mahrum bırakamayacağını belirtmektedir⁵⁴³.

1.7.3. Roma II Tüzüğü

Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'ne nazaran sistematik olarak biraz farklı olsa da Akit Dışı Borç İlişkilerine Dair Tüzük (Roma II Tüzüğü)'te de hukuk seçimine dair açık düzenlemeler mevcuttur. Zira diğer tüzüklerde hukuk seçimi başlardaki maddelerde ele alınırken, Roma II Tüzüğü önce objektif bağlama kurallarını değerlendirmiş, sonra irade muhtariyetini ele almıştır. Bunun nedeninin bazı yazarların akit dışı borç ilişkilerinde irade muhtariyetini ikinci plana atıyor olması gösterilmiştir⁵⁴⁴. Diğer yandan Tüzük dibacesinde irade muhtariyeti prensibinin Tüzük için asli bir başvuru kaynağı olduğu vurgulanmıştır⁵⁴⁵.

Dibaceye göre tarafların sözleşme dışı yükümlülüklerine dair hukuku seçebilmesi iki amaca dayanmalıdır: İrade serbestisi ilkesine saygı duyulması ve hukuki kesinliği berraklaştırması. Bu gerekçe, irade serbestisine neden saygı duyulması gerektiği ya da taraflarca yapılacak bir seçimin neden hukuki olarak

⁵⁴¹ Bonomi, *Some Remarks*, s. 175, dn. 30; Kocasakal, *m. 24*, s. 70.

⁵⁴² Günseli Öztekin Gelgel, *Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, s. 92.

⁵⁴³ Nguyen, s. 343–367.

⁵⁴⁴ Fatma Candan Kavşat, *Kanunlar İhtilafı Hukukunda Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinde İrade Muhtariyeti Prensibi: MÖHUK ve Roma II Tüzüğü*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Tezli Yüksek lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, Ankara, 2016, s. 75-76.

⁵⁴⁵ Ali Önal, “Akit Dışı Borç İlişkilerinde İrade Muhtariyeti Prensibi: II. Restatement, Roma II ve MÖHUK Uygulaması”, *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı*, Ed. Zeynep Derya Tarman, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 305.

olağan uyuşmazlık kurallarından daha kesin yanıtlar vereceği sorularına cevap vermediği için çok ikna edici değildir. Her halükârda, dibace, tarafların sözleşme dışı yükümlülükler için eldeki sorunla hiçbir şekilde bağlantısı olmayan bir devletin hukukunu neden seçebilmesine izin verileceğini açıklamamaktadır. Böyle bir seçme özgürlüğü ancak, tarafların, maddi hukuktan, uyuşmazlık hukuku seviyesine haklarını elden çıkararak aktarması olarak görülerek anlaşılabilir⁵⁴⁶.

Roma II Tüzüğü taraflar açısından kolaylaştırıcı, hukuk seçimini teşvik edici ve konunun uygulanması bakımından katı sınırları olmadan seçim yaptırmayı isteyen bir usul tercih etmiştir⁵⁴⁷.

Hukuk seçimi bağlamında, sözleşme dışı yükümlülükler, bu tür yükümlülüklerin ya dayanak olayın meydana gelişinin yeri olan ya da olayla ilgili olan yerin yasasına tabi olması gibi bölgesel zorunluluklar üzerinde güçlü bir etkiye sahiptir. Bu görüş, kanunlar ihtilafının hala gelişimin ilk aşamasında olduğu on altıncı yüzyıldaki gibi, sözleşme yükümlülüklerinin, yönetilecek olan geleneksel *lex loci contractus* doktrininden ayrılmasına izin verildiği gerçeğiyle daha da açıklanabilir. Taraflar irade muhtariyeti doktrini kapsamında seçilen hukuk, sözleşme dışı yükümlülükler için geçerli olan hukuk bakımından tamamen bölgesel kalmıştır. Ancak, son yıllarda, sözleşme dışı yükümlülüklerde hukuk seçimi, özellikle haksız fiil alanında, kapsamlı değişikliklere tanıklık etmiştir. Sonuç olarak, bölgesellik hala sözleşmeye bağlı olmayan yükümlülükler için hukuk kurallarının seçiminin şekillenmesinde rol oynamış gibi görünebilir, ancak bölgesel temelli geleneksel kuralın egemenliği gittikçe daha az bir fenomen haline gelmiştir. Haksız fiil ile ilgili olarak, genişleyen haksız fiil sorunları yelpazesinin tek faktörlü bölgesel hukuk seçimine ciddi bir şekilde meydan okumuş ve bu arada, belirli haksız fiiller için geçerli hukuku belirlemede güçlü bir esnekliğe ihtiyaç duymuştur⁵⁴⁸.

Roma II Tüzüğü, üye devletlerinde, sözleşme dışı yükümlülükler için temel çözüm olarak *lex loci delicti commissi* (haksız fiilin işlendiği yerin hukuku) ilkesini

⁵⁴⁶ T. M. de Boer, “Party Autonomy and Its Limitations in The Rome II Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, 9, 2007, (Çevrimiçi), <https://doi.org/10.1515/9783866537200.1.19>, 12.11.2019, s. 19-29.

⁵⁴⁷ Önal, s. 307-308.

⁵⁴⁸ Mo Zhang, “Party Autonomy in Non-Contractual Obligations: Rome II and its Impacts on Choice of Law”, *Seton Hall Law Review*, Vol. 39, 2009, Temple University Legal Studies Research Paper No. 2009-15, February 14, 2009 (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=1343002>, 13.11.2019.

kullanan ortak uygulamayı da tersine çevirir ve *lex loci damni* (hasar yeri hukuku) ilkesini benimser. Bunun nedeni, davanın bileşen faktörlerinin birkaç ülkeyi içerdiği *lex loci delicti commissi* ilkesinin pratik olarak uygulanmasının, ilgili hukuka ilişkin belirsizlik yaratan değişkenlik göstermesidir. Daha sonra, doğrudan hasar meydana geldiğinde, yükümlü olduğu iddia edilen kişinin çıkarları ile hasarı sürdüren kişi arasında adil bir denge kurulmaktadır. Bu nedenle, özel dava türleri hariç olmak üzere, Roma II Tüzüğü uyarınca, iki veya daha fazla ülkeyle ilgili sözleşme dışı bir yükümlülük ilk olarak taraflarca kabul edilen hukuk ile yönetilecektir. İrade muhtariyeti ilkesinin uygulanmasının hariç tutulduğu Roma II Tüzüğü'nde öngörülen özel dava türleri, ürün yükümlülüğü, haksız rekabet ve serbest rekabeti kısıtlayan eylemler, çevresel zarar, fikri mülkiyet haklarının ihlali ve endüstriyel eylem gibi sözleşmeden doğan yükümlülüklerle ilgilidir. Buna ek olarak, Roma II Tüzüğü; sebepsiz zenginleşme, *negotiorum gestio* ve *culpa in contrahendo* da dâhil olmak üzere, sözleşmeye bağlı olmayan diğer yükümlülüklerle sırasıyla haksız fiillerden ziyade uygulanan ayrı hükümlere sahiptir⁵⁴⁹.

Roma II Tüzüğü'nde 32 madde bulunmaktadır ve bu maddeler yedi bölüm altında düzenlenmiştir. I. Bölüm (1-3. maddeler) Tüzüğün kapsamı ile ilgilidir. II. Bölüm (4-9. maddeler) haksız fiiller için geçerli olan tek düzen kuralları tanımlar. III. Bölüm (10-13. maddeler), ihtiyari yükümlülükler için geçerli tek düzen kuralları tanımlamaktadır. IV. Bölüm (14. madde) taraflar için anlaşma dâhilinde uygulanacak olan hukuku seçmeleri için olanak oluşturur. V. ve VI. Bölüm (15-22. ve 23.-28. maddeler) hem haksız fiiller hem de tazminat yükümlülükler için geçerli kuralları ortaya koymaktadır. VI. Bölüm (29-32. maddeler) başlangıç tarihi gibi konuları ele almaktadır⁵⁵⁰.

Roma II Tüzüğü'nün 1. maddesi uyarınca, Tüzüğün maddi kapsamı, özellikle “gelirler, gümrükler veya idari konular” hariç olmak üzere, “kanunlar ihtilafı içeren durumlar” da “hukuk ve ticari konulardaki sözleşmeye bağlı olmayan yükümlülükleri” veya “Devletin Devlet makamının kullanımına ilişkin fiil ve ihmal yükümlülüğü (*acta iure imperii*)” olarak tanımlanır. Roma II Tüzüğü' nün amaçları doğrultusunda, kanunlar ihtilafı durumu; öncelikli olarak AB üyesi ülkeler arasında

⁵⁴⁹ Zhang, *Non-Contractual*, s. 15.

⁵⁵⁰ Lando, Nielsen, s. 29-51.

olmak üzere iki veya daha fazla Devletin hukuklarına tabi olan sınır ötesi sözleşme dışı yükümlülöklere dâhil olan medeni ve ticari konuları kapsar⁵⁵¹.

Tüzükte dikkat çeken bir ayrıntı haksız rekabet, rekabetin engellenmesi⁵⁵² ve fikri mülkiyete ilişkin⁵⁵³ ihlallerde hukuk seçiminin kabul edilmemesidir⁵⁵⁴. Haksız rekabet için hukuk seçiminin kabul edilmemesinin nedeni olarak haksız rekabetin yalnızca belirli bir ölkede piyasasında ortaya çıkması düşünülebilir. Doktrinde münhasıran belirli bir işletmenin ticari menfaatlerini etkileyen haksız rekabet hallerinin varlığı halinde hukuk seçiminin kabul edilebileceği öne sürölmüştür⁵⁵⁵.

Haksız rekabet eyleminden doğan sözleşme dışı yükümlölükler, 6. maddeye göre, rekabet ilişkilerinin veya tüketicilerin kolektif çıkarlarının etkilendiğı (veya muhtemelen etkileneceğı) ölkede hukukuna tabidir. Zarar, rekabetin kısıtlanmasından kaynaklanıyorsa, uygulanacak hukuk pazarın etkilendiğı (veya etkilenmesi muhtemel) ölkedenin hukukudur. Her iki durumda da, m. 6/4'e göre uygulanacak hukuk, hukukun seçimi anlaşmasıyla belirlenemez. Bu kısıtlama, "hukuk uyumsuzluğu kuralı rekabet edenleri, tüketicileri ve genel halkı korumalı ve piyasa ekonomisinin düzgün bir şekilde çalışmasını sağlamalı" denilerek 21. maddede açıklanmaktadır. Madde 6/1'deki rekabetçi ilişkiler ve tüketicilerin kolektif çıkarlarına referans verilerek okunduğunda, bu ifade, haksız rekabet ve kısıtlayıcı ticaret uygulamalarının özel çıkarlardan ziyade halkı etkilediğini gösterir. Bir diğere

⁵⁵¹ Zhang, *Non-Contractual*, s. 16.

⁵⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. Bilgin Tiryakioğlu, *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Faköltesi Yayınları, Ankara, 1997, s. 78; Bilgin Tiryakioğlu, *Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Haksız Fiiller, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 211 vd.

⁵⁵³ Kadner Graziano, "Freedom to Choose the Applicable Law in Tort, Article 14 and 4/3 of the Rome II Regulation", *the Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Ed. John Ahernand William Binchy, Y. 2009, S. 114.

⁵⁵⁴ Graziano, s. 87; Ayşe İpek Saröz, *Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 184-185; Günseli Öztekin Gelgel, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliğı Düzenlemesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 227-228; Önal, s. 308-309.

⁵⁵⁵ Graziano, s. 113-132; Xandra Kramer, "The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued – Introductory Observations, Scope, System, and General Rules", *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, No. 4, 2008, s.414-424; Ivo Bach, "Scope of Regulation, Rome II Regulation", *Rome II Regulation Pocket Commentary*, Ed. Peter Huber, Munich, European Law Publishers, 2011, s. 326, dn. 3; Saröz, Haksız Rekabet, s. 187; Zeynep Derya Tarman, "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğı Tüzüğü (Roma II)", *AÜHFD*, 57/2, Haziran 2008, s.193-223; Zeynep Derya Tarman, *Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 79.

deyişle, haksız rekabet ve kısıtlayıcı ticaret uygulamaları konusunda, bireysel rakiplerin çıkarlarından daha yüksek bir düzenin çıkarları söz konusudur. Maddi hukuk düzeyinde, bu menfaatler genellikle ispat yükünün belirlenmesi veya zararların niteliğine ve ölçülmesine vs. ilişkin kurallara kadar değişen emredici hükümlerle korunur. Bu seviyede tarafların anlaşması için imkânlar kısıtlandıkça hukuk seçimi imkânları da kısıtlanmalıdır. Bu şekilde m. 6/4'teki hukuk seçimi anlaşmasının yasaklanması meşruiyet kazanır. Haksız rekabetin özellikle bir rakibi etkilediği durumlarda madde 6/2, madde 4'te belirtilen genel kanunlar ihtilafı hukuku kurallarının uygulanmasını işaret eder. Yine de bir hukukun seçimi anlaşması madde 6/4 tarafından yasaklanmıştır.

Roma II Tüzüğü m. 7, çevreye verilen zarara uygulanacak hukuk hükmünde, zararın gerçekleştiği yerin hukukunun uygulanmasını veya -mağdurun seçeneğine göre- (muhtemelen daha tercih edilesi) yanlış davranışın uygulandığı yerin hukukunun uygulanmasını işaret eder. Çevrenin korunması, devletin halkın çıkarlarını koruması olarak görüleceği için, neden m. 7'nin, m. 6/4'teki gibi bir haksız rekabet ve ticaretin kısıtlanması durumlarında seçim özgürlüğü kısıtlaması getirmediği anlaşılamamaktadır. Aynı şey endüstriyel faaliyetler konusunda da söylenebilir: Madde 9, *lex loci delicti* yi işaret eder, m. 4/2'nin istisnası olarak mutad mesken konusunu anlatır ancak hukuk seçimi hakkını yok saymaz. Yine de, endüstriyel eylemlerin, ilgili taraflarınkinden daha yüksek bir düzenin sosyal ve ekonomik çıkarlarını etkilediği ve m. 6/4'e benzer olarak irade serbestisine bir kısıtlamanın haklı olduğu görülmektedir⁵⁵⁶.

Fikri mülkiyetle ilgili olarak m. 8/3 tarafların uygulanacak hukuku seçmelerini açıkça yasaklamıştır.

1.7.3.1. Roma II Tüzüğünde Hukuk Seçimine İzin Verilen Haller

Genel olarak, uygulanacak hukukun taraflarca seçildiği ölçüde, Roma II Tüzüğü, sözleşme taraflarının hukuk seçiminde azami özgürlüğe sahip oldukları Roma I Tüzüğü'nün ayak izlerini takip eder. Bu açıdan çok ilginç bir nokta, Roma II

⁵⁵⁶ Boer, s. 19-29.

Tüzüğü'nün 14. maddesinin hepsinin aynı "seçim özgürlüğü" başlığı altında olmaları nedeniyle Roma I Tüzüğü'nün 3. maddesi ile aynı olmasıdır⁵⁵⁷.

Roma II Tüzüğü'nün "Seçim Özgürlüğü" başlıklı 14. maddesi⁵⁵⁸ sözleşme dışı zorunluluklar alanında nitelikli bir sözleşme özgürlüğü belirler. Sebepsiz zenginleşmenin yanı sıra *negotiorum gesito* (vekâletsiz iş görme) ve *culpa in contrahendo* (sözleşme görüşmelerinde kusurdan doğan sorumluluk) kapsamında yer almaktadır⁵⁵⁹.

Roma II Tüzüğü'nün 14. maddesinin merkezi, tarafların seçim özgürlüğüdür. 14. maddenin açık niyeti taraflara, aralarında ortaya çıkan sözleşmeye bağlı olmayan yükümlülüklerle uygulanacak hukukun belirlenmesinde mümkün olduğunca fazla özgürlük vermektir. Madde 14/1 uyarınca, taraflar sözleşme dışı yükümlülüklerini istedikleri hukuka bağlayabilecekleri kabul edilmektedir. Seçim ile ilgili olarak, 14. madde ayrıca, seçimin taraflarca ne ölçüde yapıldığını belirleyen birkaç kural koymaktadır. Birinci kural, hukuk seçimini yapmak için zamanlama kuralıdır. Roma II Tüzüğü "olay sonrası anlaşma" ya da "ex post anlaşma" ve "olay öncesi anlaşma" ya da "ex ante anlaşma" tabirlerini kullanmıştır. Ön sözleşmede tarafların hukuk seçiminin etkili olabilmesi için 14. (1) maddesi "tüm tarafların ticari bir faaliyet yürütmesini" ve sözleşmenin "serbestçe müzakere edilmesini" gerektirmektedir. İkinci kural formalite kuralıdır. 14. madde, seçimin açıkça ya da zımnen yapılmasına izin veren formalite konusunda esnek görünmektedir. Fakat örtülü seçim "davanın koşulları tarafından makul bir kesinlik ile gösterilmelidir". Ancak her iki durumda da, seçim "üçüncü tarafların haklarına halel getirmeyecektir". Ancak m. 14/1 'de belirsiz görünen, seçimin yazılı olarak yapılması ya da sözlü olarak yapılması gerekip gerekmediğidir. Genel olarak, hukuk seçiminin önemi göz önüne

⁵⁵⁷ Zhang, *Non-Contractual*, s. 17.

⁵⁵⁸ "1. Taraflar kendi seçtikleri hukukun yazılı olmayan zorunluluklarını teklif etmek için anlaşabilirler. (a) Dâhil olunan bu anlaşma sonrasında hasara yol açan olayın meydana gelmesine neden olabilir veya (b) bütün taraflar ticari bir faaliyet peşinde koşarlar, ayrıca hasara yol açan bir olay meydana gelmeden önce özgürce bir karar üzerinde görüşülür. Seçim, davanın koşullarına göre makul ağırlıkla birlikte ifade edilebilir veya kanıtlanabilir ve üçüncü tarafların haklarına haksız hüküm verdirilemez. 2. Tehlikeye yol açan olayın meydana geldiği zamandaki durumla ilgili tüm unsurlar, hukuku seçilen bir ülkede bulunmaktadır, tarafların seçimi söz konusu diğer ülke hukukunun hükümleriyle anlaşma yoluyla reddedilmeyen hükümlerine zarar getiremez. 3. Tehlikeye yol açan olayın meydana geldiği zamandaki durumla ilgili tüm unsurlar bir veya daha fazla üye devlette bulunabilir, tarafların bir üye devletin dışındaki hukukları seçmesi uygun olduğu durumlarda forumun üye devlette uygulandığı şekliyle, anlaşma ile ihlal edilmeyen topluluk hukuku hükümlerinin uygulanmasına zarar getiremez".

⁵⁵⁹ Bach, *Freedom*, s. 11.

alındığında, bu konuda normal olarak yazılı olarak bir anlaşma yapılacağı kabul edilmektedir⁵⁶⁰.

Haksız fillere uygulanacak hukuk ile ilgili olarak 14. maddede tarafların ancak her ikisinin de ticari bir faaliyet yürütüyor olmaları ve açıkça müzakere etmeleri halinde haksız fiil meydana geldikten sonra hukuk seçimi yapmalarına müsaade edilmiştir. Bu sınırlama ile gelecek bir haksız fiil eylemine karşılık zayıf tarafı korumayı hedeflenmektedir⁵⁶¹.

Roma II Tüzüğü'nün 14. maddesi tarafların istedikleri herhangi bir hukuku seçmelerine izin vermektedir. *Lex fori* veya davanın bir şekilde bağlantılı olduğu ülkelerden birinin hukuku olması gerekmez. Her iki taraf da ticari faaliyette bulunmadıkça, geçerli bir anlaşma ancak, bir zararı meydana getiren olaydan sonra, daha zayıf tarafın menfaatlerini korumak amacıyla yapılabilir⁵⁶².

Bir hukuk seçimi sözleşmesi 14. madde uyarınca belirtilen şartları karşılamıyorsa yine de bazı etkileri olabilir. Seçilen hukukun kurallarını dâhil etmek için sözleşmeye dayalı bir anlaşma teşkil edebilir⁵⁶³.

1.7.3.2. Roma II Tüzüğü'nde Hukuk Seçimine İlişkin Sınırlamalar

Roma I Tüzüğü m. 14'e göre, taraflara, aralarındaki sözleşmeye bağlı olmayan yükümlülükler için geçerli hukuku seçme özgürlüğü tanınmaktadır. 14. maddenin altında yatan varsayım, taraflar arasında mutabık kalındığında, hukuk seçiminin geçerli ve saygı görmesi gibi görünmektedir. Bu açıdan bakıldığında, irade muhtariyeti ilkesinin sözleşme dışı yükümlülükler için Roma II Tüzüğü'nde birincil hukuk kuralı seçimi haline geldiğini söylemek doğrudur. Ancak bu, irade muhtariyeti için Roma II Tüzüğü uyarınca sözleşmeye bağlı olmayan yükümlülüklerin sınırsız bir şekilde geçerli olduğu anlamına gelmez. Birinci kısıtlama emredici hüküm istisnasıdır. Kanunlar ihtilafı bağlamında, emredici hüküm, taraflarca bozulamayacak bir kuraldır ya da başka bir deyişle uygulanması gereken ya da ihlal edilmemesi

⁵⁶⁰ Zhang, *Non-Contractual* s. 35-36.

⁵⁶¹ Kramer, s. 414-424. Bach, *Freedom*, s. 12.

⁵⁶² Boer, s. 19-29, Bach, *Freedom*, s. 12.

⁵⁶³ Bach, *Freedom*, s. 13.

gereken kural olarak adlandırılır. Emredici hüküm uygulamasında, *forumun* zorunlu hükümlerine veya ilgili ülkelerin emredici düzenlemelerine atıfta bulunabilir. Taraflarca seçilen hukuk ile *forum* hukukunun emredici hükümleri arasında bir çelişki olması durumunda, tarafların seçimi göz ardı edilerek *forum* hukukunun emredici hükümleri yerine uygulanmalıdır.

Diğer bir kısıtlama kamu düzeninin dışlanmasıdır. Kamu düzeni, bir yabancı hukuk uygulanacağı zaman *forumun* sosyal ve kamu çıkarlarını korumak için bir koruma aracıdır. Hukuk literatürü çatışmasında, kamu düzenine “kaçış cihazı” da denmektedir. Roma II Tüzüğü’nün 26. maddesi uyarınca, tüzükte belirtilen herhangi bir ülkenin hukuk hükmünün uygulanması, ancak bu başvuru *forumun* kamu düzeni ile açıkça uyuşmuyorsa reddedilebilir.

Ayrıca bir diğer kısıtlama, tarafların seçtiği hukukun belirtilen ülkenin asli hukukuna hapsedilmesidir. Roma II Tüzüğü’nün 24. maddesi, tüzük uyarınca herhangi bir ülkenin hukukunun uygulanmasının, o ülkede yürürlükte olan hukuk kurallarının, uluslararası özel hukuk kuralları dışında uygulanması anlamına gelmesini özellikle öngörmektedir. Burada uluslararası özel hukuk kuralları, bazı ülkelerde uluslararası özel hukuk kurallarının hem hukuk seçimi kurallarını hem de sabit maddi kurallar manasına gelmesine karşın sadece hukuk kurallarının seçimine açıkça atıfta bulunmaktadır. 24. maddenin amacı atıf meselesinden kaçınmaktır. Kanunlar ihtilafında atıf, *forumun*, bir davaya yabancı bir hukuk uygularken, yabancı hukukları da dâhil olmak üzere bir bütün olarak ele aldığı bir durumu ifade eder. Atıfın doğrudan etkisi, başlangıçta amaçlanan hukuk dışındaki hukuk kurallarının seçimiyle işaret edilen hukukun uygulanmasıdır. Uygulanacak hukuku yalnızca maddi hukukla sınırlayarak, Roma II Tüzüğü atıfı tamamen ortadan kaldırır.

Ek kısıtlama, seçimin belirli durumlarda taraflarca yapılamamasıdır. Roma II Tüzüğü’nde belirtildiği gibi, bu tür davalar haksız rekabet ile kısıtlayıcı ticaret uygulamasını ve fikri mülkiyet haklarının ihlali anlamına gelir. Roma II Tüzüğü 6. ve 8. maddeleri uyarınca, fikri mülkiyet haklarının ihlali veya haksız rekabet ile serbest rekabeti kısıtlayan bir eylemden doğan sözleşmeye bağlı olmayan yükümlülöklere ilişkin olarak, taraflar uygulanacak hukuku seçemezler⁵⁶⁴.

⁵⁶⁴ Zhang, *Non-Contractual*, s. 17.

Roma II Tüzüğü, Tüzüğün yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelen zararlara neden olan olaylara yani 11 Ocak 2009 tarihinden itibaren uygulanacaktır. (m. 31 ve 32).

1.7.4. Roma III Tüzüğü

Avrupa Birliği'nin kanunlar ihtilâfı hukuku alanındaki son düzenlemesi 20 Aralık 2010 tarihli AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe giren Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü'dür⁵⁶⁵. Söz konusu Tüzük, sözleşmeden doğan borç ilişkileri ile sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkında düzenleme getiren Roma I ve Roma II Tüzüklerini takiben, "Roma Rejimi"nin son düzenlemesi olarak "Roma III Tüzüğü" adıyla anılmaktadır⁵⁶⁶.

Bilindiği üzere aile hukuku alanındaki yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, evlilik malları haricinde irade muhtariyeti genellikle kabul görmemektedir. Roma III Tüzüğü ise boşanma ve ayrılık davalarında sınırlı da olsa irade muhtariyetini kabul ederek belirli ölçüde esnekliği sağlamayı amaçlamaktadır.

Roma III Tüzüğü ile taraflara boşanma ve ayrılık davaları bakımından hukuk seçimi imkânı tanınırken, söz konusu imkân bir ölçüde sınırlandırılmış ve taraflarla az bağlantısı olan ya da hiç bağlantısı bulunmayan bir hukukun uygulanması yerine evlilik ile irtibatlı olan hukuklardan birinin uygulanması kabul edilmiş, böylece aynı zamanda özellikle anlaşmalı boşanmalarda tarafların evlilik birliğinin sona ermesinin sonuçları konusunda haberdar olmaları, hukukî kesinlik ve öngörülebilirliğin sağlanması amaçlanmıştır⁵⁶⁷.

Tüzük, eşlere istedikleri takdirde boşanma ve hukuki ayrılığı seçtikleri bir hukuka tabi tutmaları imkânı tanımıştır. Ancak bu seçim sınırsız değildir. Eşler boşanma ve hukuki ayrılık hakkında aşağıdaki hukuklardan birini seçebilirler:

⁵⁶⁵ Council Regulation EU No 1259/2010 of 20 December 2010 on implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation: OJ L 343 (29.12.2010), s. 10-16.

⁵⁶⁶ Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, "Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması", *AÜHFD*, 61 (2), 2012, s. 505-539.

⁵⁶⁷ Bayraktaroğlu Özçelik, *Roma III*, s. 517.

- a) Hukuk seçimi sırasındaki mutad mesken hukuklarından biri veya
- b) Hukuk seçimi sırasında eşlerden birinin mutad meskeni halen orada ise, en son müşterek mutad mesken hukuku veya
- c) Hukuk seçimi sırasındaki eşlerden birinin milli hukuku veya
- d) Hâkimin hukuku (*lex fori*).

Tüzük, hukuk seçiminin yapılma zamanını da düzenlemiştir. Madde 5/2'ye göre, hukuk seçiminin yapılma zamanı konusunda bir sınırlama yoktur. Taraflar hukuk seçimini en geç davanın ikamesi anına kadar yapabilirler veya değiştirilebilir. Eğer hâkimin hukuku müsaade ediyor ise taraflar dava esnasında da hukuk seçimi yapabilirler. Ancak bu durumda üçüncü fıkraya göre mahkeme, davanın görüldüğü mahkeme hukuku ile uyumlu olan hukuk seçimini protokole alacaktır.

Tüzüğün 7. maddesine göre hukuk seçimi anlaşması yazılı şekle tabi tutulmuştur. Diğer bir ifadeyle, hukuk seçimi anlaşması tarih ve eşlerin imzasını içermelidir. Elektronik iletiler de kabul edilmektedir. Ancak 7. maddenin 2. fıkrasına göre hukuk seçimi sırasında eşlerin müşterek mutad meskenin bulunduğu katılan devlet hukuku, bu tür anlaşmalar için ek şekil şartları arıyor ise, bu şekil şartları uygulanmalıdır. Üçüncü fıkraya göre eğer hukuk seçimi sırasında eşlerin mutad meskenleri farklı şekil şartlarını arayan devletlerde (katılan) ise anlaşmanın şeklen geçerli olabilmesi için, hukuk seçimi anlaşmasının bu iki hukuktan birinin şekil şartını yerine getiriyor olması yeterlidir. Son fıkrada ise hukuk seçimi sırasında eşlerden sadece birinin mutad meskeni katılan devlette bulunuyor ise ve bu devlette söz konusu anlaşmalar için ek şekil şartları öngörülmüş ise bu devlet hukukunun aradığı şekil şartlarının yerine getirilmesi gerektiği bildirilmiştir.

Tüzüğün 12. maddesi uyarınca, Tüzük hükümlerine göre boşanma ve ayrılığa uygulanması gereken yabancı hukuk, davanın açıldığı ülkenin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ediyorsa uygulanmaz. 12. maddede Roma I ve Roma II Tüzüklerinde olduğu gibi kamu düzeninin sadece olumsuz etkisi düzenlenmiştir. Yabancı hukukun uygulanmaması durumunda hangi hukukun uygulanacağı yani kamu düzeninin olumlu etkisi sorusuna cevap verilmemektedir. Bu durumda öncelikle yetkili hukukun kamu düzenine aykırı olmayan hükümleri yoluyla oluşacak hukuk

boşluğunun doldurulması yoluna gidilip son çare olarak ve sadece oluşan boşluğu dolduracak kapsamda hâkimin *for* hukuku uygulanabilecektir⁵⁶⁸.

1.7.5. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)

Otuz yıldan daha fazla süren bir hazırlık aşaması sonucunda, Viyana'daki Birleşmiş Milletler (UN) konferansında⁵⁶⁹ 1980 yılında 62 ülkenin katılımı ile kabul edilen ve UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) tarafından hazırlanan Sözleşme, 1988 yılında yürürlüğe girmiş, Türkiye ise 2010 yılında Bakanlar Kurulu kararını⁵⁷⁰ yetkili makama tevdi ederek antlaşma metninde belirlendiği üzere 2011 yılında sözleşmeye taraf olmuştur⁵⁷¹. Eylül 2019 tarihi itibarıyla, CISG'a 91 ülke taraftır⁵⁷².

CISG'in temel yapıları, iç hukuk reformlarından, Avrupa Birliği Yönergeleri gibi (*Directives of the European Community*) hukukun uyumlaştırılması amacıyla hazırlanan bölgesel projelerden, *Institute for the Unification of Private Law in Rome* tarafından yayınlanan 1994/2004 numaralı Uluslararası Ticari Sözleşmelere Dair İlkeler (*Principles for International Commercial Contracts*) gibi yeknesaklığa dair uluslararası projelerden etkilenmiştir⁵⁷³.

Sözleşmenin I. Bölümü önceki bölümde ele alınan başvuru önkoşullarını ortaya koyarken, Bölüm 2'de sözleşmelerin oluşturulması başta olmak üzere geleneksel teklif ve kabul şekillerini inceler. Sözleşmenin özü olan Bölüm III, tarafların haklarını ve kanun yollarını düzenler. Bu bölüm önce satıcının yükümlülüklerini ve ihlâl durumunda alıcının kanun yollarını belirtir ve daha sonra tam tersi, alıcının yükümlülükleri ve satıcının kanun yollarını düzenlediği için temel olarak anlaşılması kolaydır⁵⁷⁴.

⁵⁶⁸ Tütüncübaşı, s. 33.

⁵⁶⁹ Peter Schlechtriem, "Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG", 36 Victoria U. *Wellington L. Rev.*, 2005, s. 781.

⁵⁷⁰ RG. 07.04.2010-27545.

⁵⁷¹ Çelikel, Erdem, s. 404.

⁵⁷² <https://cisg.bilgi.edu.tr/tr/sayfa/taraflar/>, (Erişim), 02.09.2020.

⁵⁷³ Schlechtriem, s. 781.

⁵⁷⁴ Schlechtriem, s. 791-792.

CISG m. 1/1-a sadece, taraf devletin, Mukaveleyi imzalayan başka üye ülkelerde işyerine sahip olmasını gerektirmektedir. Müşterinin satın aldıkları neredeyse her zaman Sözleşmeden hariç tutulmasına rağmen ne tarafların milliyeti ne de vasıfları, tüccarların sözleşmenin uygulanmasında etkisi olduğu kadar etkisi vardır. Tarafların farklı ülkelerdeki işyerlerinin, başka bir deyişle, nihai olarak, Avustralya’da aynı iş koluyla ilgili işyerine sahip olan bir Yeni Zelandalı şirket, *Wellington*’daki bir şirketle sözleşme imzalayacağı zaman, yapacağı sözleşmenin CISG tarafından yönetildiğini görecektir⁵⁷⁵.

Madde 1/1-b ‘ye göre, taraflar farklı ülkelerde konumlara sahipse –imzacı devlet olmasına gerek yoktur- *forumun kanunlar ihtifali kuralları*, bir imzacı devlet hukukunun uygulanmasına yol açarsa, CISG uygulanabilir olur. Bu yüzden, Japon iş adamı ile İngiliz iş adamı arasında bir sözleşme varsa, sözleşmedeki bir madde nedeniyle, Yeni Zelanda hukuk sistemi içinde, *Wellington*’daki tahkim yargılamasında, CISG, Yeni Zelanda’nın yürürlükteki hukuku gibi süreci yönetebilir. Bu pek mümkün olan bir durum değildir. Daha yüksek ihtimalle, Yeni Zelandalı tacir ve Japon veya İngiliz bir tacir arasındaki sözleşmede yargılama yetkisine dair bir hüküm dolayısıyla veya uygulanacak hukuk kuralına dair hüküm dolayısıyla Yeni Zelanda hukuku uygulanabilir oluyorsa veya Yeni Zelanda hukukunun uygulanabilir olduğuna karar veren objektif faktörlerden dolayı Yeni Zelanda mahkemesinin kanunlar ihtilafı kuralları nedeniyle Yeni Zelanda mahkemesinde dava açılabilmektedir. Madde 1/1-b’nin sonucu olan, akit devlet statüsünde olmayan devletlerdeki taraflar da CISG hükümlerinin (kendi ülkeleri tarafından kabul edilmemiş olan bir hukukun) uygulanmasına konu olabilmesi, Viyana’da ciddi eleştirilere maruz kalmıştır ve bu durum, akit devletin madde 1/1-b’nin kendisine uygulanmayacağını deklare edebileceği şeklinde bir çekince (*reservation*) koyulmasına izin veren uzlaşma neticesinde kabul edilmiştir. Başka bir deyişle, iki tarafın da iş yerlerinin farklı akit devletlerde olduğu durumlarda Mukavele uygulanacaktır. Bu çekince maalesef Çin ve Amerika Birleşik Devletleri gibi önemli bir dizi devlet tarafından konulmuştur. Bu durum, akademik anlamda ilgi çekmiştir ve bunun sonucu olarak da biraz kafa karışıklığı ortaya çıkmıştır⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ Schlechtriem, s. 782.

⁵⁷⁶ Schlechtriem, s. 783.

Fabrikalarda üretilen mallar da sözleşmeye tabiidir. Ancak, özellikle müşteri (olası alıcı), malzemelerin tamamını veya büyük bir kısmını tedarik ettiğinde, üretilecek veya değiştirilecek nesneler söz konusu olduğunda, satışlar ve hizmetler (iş sözleşmeleri) arasında belirsiz bir sınır vardır. Madde 3/1, üretim için kullanılan malzemelerin daha önemli bir kısmını kimin sağladığına göre bir sınır çizmeye çalışır, malları sipariş eden taraf, malların üretimi veya üretimi için malzemenin önemli bir kısmını sağlıyorsa, bu artık sözleşme kapsamına giren bir satış değildir⁵⁷⁷.

CISG'in 4. maddenin ikinci cümlesi, örnek olarak iki önemli alanı ifade eder: İlk olarak, sözleşmenin veya herhangi bir hükmünün geçerliliği sözleşmenin kapsamı dışındadır. Bu istisna kişilerin kapasitelerinden, bir sözleşmeyi geçersiz kılan ajans hatalarına ve özellikle ambargo veya silah, nükleer malzeme ve benzeri malların ihracatına ilişkin kısıtlamalar gibi belirli satışları yasaklayan yerel veya uluslararası düzenlemelere kadar çok çeşitli konuları kapsamaktadır. Belirli sözleşmeler için devlet tarafından verilen bir lisans gerekiyorsa ve bu lisans talebi yetkili idari otoriteler tarafından reddedilmişse, bu durum aynı zamanda bir iç hukuka tabii bir geçerlilik sorunudur. Önemli ikinci istisna ise sözleşmenin satılan mallardaki mülkiyet üzerindeki etkisidir. Taslağı hazırlayanlar, mülkiyetin devri ve tek başına mutabakat sağlayıp sağlamadığı konusunda muntazam kurallar koymamış veya koyamamış, sadece satış sözleşmesinin imzalanması veya teslimata dair kurallar koymuşlardır. Ancak mülkiyetle ilgili tüm sorunların istisna tutulması aynı zamanda güvenlik çıkarlarına da uzanır. Böylelikle, Avusturyalı bir alıcı ile bir Alman satıcı arasındaki bir sözleşme satıcıya verilen bir teminat hakkı tutarında bir başlık hükmü içerdiğinde, Avusturalya mahkemesi, mülkiyetin geçmesini önleyen mülkiyete dair maddenin etkilerinin, sözleşme kapsamında değil de Avusturalya kanunlar ihtilafı kuralların uyarınca, Alman hukukunda mülkiyete kanun hükümleri uyarınca çözümlenmesi gerektiğini doğru bir şekilde tespit etmiştir⁵⁷⁸.

⁵⁷⁷ Schlechtriem, s. 786.

⁵⁷⁸ Schlechtriem, s. 788-789.

Antlaşmanın⁵⁷⁹ 6. maddesinde, “*Taraflar bu antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler.*” demek suretiyle irade serbestisi kabul edilmiştir. Antlaşma hükümlerinin nasıl uygulanacağına ilişkin taraflara geniş bir takdir yetkisi verilmiştir⁵⁸⁰.

Taraflar, akit olmayan devlet hukukunun uygulanacağı yönünde bir kanunlar ihtilafı kuralı ortaya koyarlarsa, Antlaşmadan çıkabilirler. Örneğin Yeni Zelandalı ve Alman taraf bir satım sözleşmesi imzalayıp, İngiliz hukukunu kendi sözleşmelerini yönetecek sistem olarak esas alırlarsa, CISG’den çıkabilirler. İngiltere’nin Antlaşmayı imzalamamasından dolayı, CISG uygulanabilir değildir. CISG madde 6’da açıkça ifade edilmesine rağmen, nihayetinde, böyle bir kanun hükmünün seçiminin geçerli olup olmadığı, üzerinde nasıl mutabık kalınması gerektiği veya bazı şekil gerekliliklerinin geçerli olup olmadığı gibi konulara karar veren *forumun* kanunlar ihtilafıdır. Örneğin, kanun hükmünün seçimi sadece bir onay mektubunda bulunursa, mahkeme, devletin kanunlar ihtilafı kuralları, bu kanun hükmü seçiminin geçerli olup olmadığına karar verir.

Taraflar ayrıca maddi hukukun derecesinden de vazgeçebilirler. CISG’nin 6. maddesinin temel anlamı budur. Örneğin Avustralya ve Yeni Zelandalı tüccarlar arasındaki bir sözleşmede, CISG madde 1/1-a uyarınca uygulanacaksa, taraflar tek tip satış yasasından vazgeçebilir ve örneğin Yeni Zelanda Mal Satışını seçebilir. Ancak bu durumun çok sayıda mahkeme kararına yol açtığı da yaygındır. Eğer madde sadece “taraflar bu sözleşme için Yeni Zelanda yasalarının geçerli olduğunu şart koşarlar” şeklindeyse, o zaman, CISG Yeni Zelanda yasalarının bir parçası olduğu için, en azından bu maddenin açık anlamı üzerinde hâlâ hüküm sürecektir. Bu nedenle taraflar, CISG’nin uygulanmaması gerektiğini belirterek, CISG’den ayrılmak isteyip istemediklerini açıkça belirtmek zorundadır. Bu, CISG’yi açıkça dışlamayan bir maddenin yorumlanması ile anlaşılabilir olsa da tarafların bu konuda net

⁵⁷⁹ *United Nations Convention on Contracts for the Sale of Goods*. Antlaşmanın İngilizce metni için bkz. <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>, (Erişim), 26.06.2019. Türkçe metin için bkz. Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyumazlıkların Çözüm Yolları*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 680 vd. Antlaşma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 298 vd.

⁵⁸⁰ İbrahim Doğan Takavut, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar*, Oniki levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 9.

olması önerilir. Antlaşmaya dâhil olma da iki seviyede gerçekleşebilir. Akit olmayan devletteki Taraflar, örneğin, İngiltere’de bir tacir ve onun Japonya’daki mevkidaşı, kendi sözleşmelerine Yeni Zelanda hukukunun uygulanabileceği üzerinde anlaşabilirler⁵⁸¹.

CISG’nin 7/1 maddesi, sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin kuralları belirler. Uluslararası bir sözleşmenin yorumlanması iç mevzuatın yorumlanmasından farklıdır, çünkü aynı hukuk sisteminin diğer dallarına başvurmak suretiyle kelime ve kavramların belirsizlikleri giderilemez.

Sözleşmenin 7/1. maddesinde yorum için üç direktif bulunmaktadır: Madde 7/1 her şeyden önce sözleşmenin uluslararası karakterine saygı duyulması gerektiğini belirtir. Bu özerk yorumlama ilkesidir. Sözleşme yalnızca kendi terimleriyle yorumlanmalıdır. Sözleşmenin hükümlerini, kavramlarını ve kelimelerini okurken ve anlarken iç sistemlerde, özellikle okuyucunun iç hukuk sisteminde, bu kelimelerin ve benzerlerinin anlaşılmasından kaçınılmalıdır. Bu apaçık gibi görünmektedir, ancak deneyimler uygulayıcıların ve akademisyenlerin iç hukuklarına göre sözleşmenin kelime ve kavramlarını anlama eğiliminde olduklarını göstermektedir.

İkincisi, Tüzüğün 7/1 maddesi, sözleşmenin uygulanmasında bütünlüğün teşvik edilmesi ihtiyacının dikkate alınmasını gerektirmektedir. Bu, ilk bakışta zararsız görünmektedir, ancak bu, uluslararası içtihatların tanınmasının temelini oluşturmaktadır. Her kadar bu içtihatlar emsal karar şeklinde tamamen bağlayıcı değilse de ikna edici bir otorite olarak saygı duyulmaktadır. Bir ABD mahkemesinin, Alman Yüksek Mahkemesi’nin temel kuralını izleyen kararını kapsamlı bir şekilde analiz ettiği, ancak davaya ilişkin kararını verirken olaylarını Alman davasının olaylarından ayırt etmesi durumu gibi örnekler vardır. Yabancı mahkemelerin kararlarının dikkate alınması, çoğu zaman İngilizceye tercüme edilen ve tüm akit devletlerin kararlarına erişim sunan bir dizi elektronik veri tabanı ile desteklenmektedir.

Üçüncüsü, 7/1. madde uluslararası ticarete iyi niyetle uyulduğundan bahseder. Bu çok tartışmalı bir ifade olup genellikle yanlış anlaşılmaktadır. Her şeyden önce, çok sayıda hukuk yazarının sözleşmeye dayalı anlaşmalara da

⁵⁸¹ Schlechtriem, s. 784-785.

uygulanmasını savunmasına rağmen, sadece sözleşmenin yorumlanması için geçerlidir. CISG hükümlerinin 7/1 maddesi uyarınca yorumlanması, bunların hafifçe genişletilmesine neden olabilir. Hatta Sözleşme taslağı hazırlayanların öngörmediği konuları da kapsayacak şekilde değiştirilmiştir. Örneğin, elektronik iletişimin ne zaman etkili olacağı sorusu- bir teklifin geri alınması, bir kabulün iptali ve geç kabul edilmeye itiraz gibi- ilgili hükümlerin yorumlanmasıyla çözülebilir. İç hukuka başvurmak gerekli değildir ve bundan kaçınılmalıdır⁵⁸².

CISG'nin 9. maddesini inceleyecek olursak, taraflar anlaştıkları örf ve adetlere bağlıdırlar. Ayrıca taraflar, aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların bildiği ya da bilmesi gereken ve uluslararası ticarete taraflarca yaygın olarak bilindiği ve düzenli olarak gözlemlendiği bir kullanımı zımni olarak kabul etmiş sayılırlar. Bu nedenle ilgili ticarete konu olan sözleşmeler, CISG uluslararası ticaret geleneğinin kullanımı ve başvurusu doğrudan taraflarca kabul edilmediğinde kullanılabilir⁵⁸³.

CISG sadece mal satışı için geçerlidir. Mallar genel olarak somut nesnelerdir. Haklar, özellikle sınaî veya fikri mülkiyet hakları, kendi başlarına sözleşme anlamında mal değillerdir. Gayrimenkul "mal" değildir. Kimi yargı kararlarında görülebileceği üzere, gemiler, hisse senetleri, hisse senetleri ve kıymetli evraklar ve elektrik gibi varlıklar farklı nedenlerle "mal" olarak sayılmamaktadır. Ek olarak, kişisel, aile veya ev kullanımı için, yani tüketim malları için satın alınan mallar neredeyse her zaman "mal" olmaktan hariç tutulur. Yazılım tartışmalı bir konudur⁵⁸⁴. Örneğin standart veya özel yapım yazılım olup olmadığı, yazılımın disklerle veya sabit disklerle somut olarak dâhil edilip edilmediği veya alıcı tarafından indirilmek üzere elektronik olarak iletilip iletilmeyeceği, edinilen yazılımın sonsuza dek mi

⁵⁸² Schlechtriem, s. 789-790.

⁵⁸³ Miashchanava, s. 8.

⁵⁸⁴ Fransız bir bilgisayar üreticisi, Rus bankasına, donanım ve yazılımdan oluşan uluslararası para işlemlerini yapmak için bir bilgisayar sistemi satmıştı. Satıcı, yazılımı yüklemede gecikti ve Rus tarafı iki kez ek bir süre verdikten sonra nihayet tüm sözleşmenin feshedildiğini ilan etti (olayın arka tarafında, gerekli olan tüm bilgisayar sistemine sahip bir başka bir banka ile birleşmiş olması yatıyordu.). Uygulanacak hukukun belirlenmesi kuralları sonucu Rus hukukunun uygulanabilir olduğu belirlenmiştir. Her iki taraf da genel olarak Rus hukukunu ve özel olarak fesih önkoşullarını ifade eden bilirkişi raporlarını sundu. Üç hukuk profesörü, davanın gerçek sebebi dolayısıyla, sözleşmenin Rus Medeni Kanunu uyarınca feshedilmesine izin verilmeyeceğini ifade etti ve üçü de karşıt oldu. Mahkeme bu durumda ne yapmalı? Neyse ki, CISG Rus yasalarının bir parçası olarak uygulanabildi ve karar için sağlam bir zemin sağlamış oldu: Peter Schlechtriem, Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG, 36 Victoria U. Wellington L. Rev. 781 (2005), s. 793-794.

yoksa geçici olarak mı kullanılabileceği (yenileme hakkı ile) gibi durumlara göre birçok ayırım ve farklılaşma vardır⁵⁸⁵.

Tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere CISG’e taraf bir devlet hukukunu seçmişlerse Türk mahkemelerinin CISG’ı uygulama yükümlülüğü bizzat MÖHUK m. 24/1’den kaynaklanır. Taraflar açıkça ihtirazi bir kayıtla CISG’in uygulanmamasını kararlaştırabilir (*opting out*). Tarafların hukuk seçimi yaparken “Alman hukuku” yerine “Alman BGB” şeklindeki ifadeleri açıkça CISG hükümlerinin dışlanması şeklinde yorumlanabilir⁵⁸⁶.

Taraflar ayrıca aralarındaki sözleşmesel ilişkiye CISG hükümlerinin uygulanacağını kararlaştırmış olabilir. Bu yönde yapılan seçim bir maddi hukuk atfı olarak kabul edilmektedir. Böylesi bir uygulama bir ülkenin seçilmiş hukuku olarak değil, tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere ithal etikleri sözleşme şartları olarak nitelendirilir. *Enkorporation* olarak adlandırılan bu türden seçimler kanunlar ihtilafı hukuku anlamında bir hukuk seçimi teşkil etmezler⁵⁸⁷.

Teoride ve pratikte, CISG'nin tarafların karşılıklı ilişkilerinin düzenlenmesine uygulanabilirliği ile bağlantılı olarak ortaya çıkan birçok sorun vardır. Söz konusu sorun, yürürlükteki yasanın CISG'nin 1/b maddesi ile ilgili çekince koyan devlet hukuku (örneğin Çin, Singapur, Slovakya, Çek) olması durumunda özellikle belirgindir. Taraflar arasındaki çelişkileri önlemek için, CISG'nin geçerli bir yasa maddesindeki başvurusunu doğrudan doğrulamak gerekir. Örneğin: “Tarafların ilişkilerine, Birleşmiş Milletler Uluslararası Mal Satış Sözleşmeleri Sözleşmesi (Viyana, 1980) dâhil olmak üzere, bu Sözleşmenin akdedildiği anda yürürlükte olan Belarus Cumhuriyeti kanunu uygulanır” şeklinde bir ifade gerekir.⁵⁸⁸

⁵⁸⁵ Schlechtriem, s. 786.

⁵⁸⁶ Çelikel, Erdem, s. 411.

⁵⁸⁷ Çelikel, Erdem, s. 412.

⁵⁸⁸ Miashchanava, s. 8.

1.7.6. Cenevre Sözleşmesi

21 Nisan 1961 tarihinde Cenevre’de yapılan Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Cenevre Sözleşmesi⁵⁸⁹ taraflara irade muhtariyeti tanıyan hükümler içermektedir. Özellikle hakemlik antlaşması yapan tarafların serbestçe kararlaştırabilecekleri konuları sıralayan “Hakemliğin Teşkili” başlıklı 4. maddesi ve “*Taraflar hakemlerin ihtilafın esasına tatbik edecekleri hukuku tayin etmekte serbesttirler.*” dediği 7. maddesi bunun en önemli örnekleridir.

1.7.7. UNCITRAL Model Kanunu

Uluslararası Ticari Tahkime Dair Birleşmiş Milletler Ticaret Komisyonu’nun (UNCITRAL)’ın çıkardığı UNCITRAL Model Kanunu’nun amaçlarından biri milli mahkemelerin rolünü sınırlandırarak, “irade muhtariyeti” doktrinini hayata geçirerek ve taraflara uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılacak olan hukuku seçme özgürlüğü tanıyarak uluslararası ticari tahkimin serbestleştirilmesidir. Bununla birlikte, Model Kanun, tahkimin yürütülmesi konusunda taraflara mutlak özerklik vermemekte ve bunu amaçlamamaktadır. Bunun anlamı bir yandan taraflar arasında genel özerkliğin teşvik edilmesi, ancak diğer yandan tahkim rejimi için zorunlu olduğu gerekçesiyle sözleşmeye konu olamayacak zorunlu hükümler şeklinde güvencelerle dengeleme şeklindedir. Bununla birlikte, bir hükmün Model Kanunun zorunlu hükümlerinden biri kabul edildiği şeklinde açık bir liste veya tanımlama yoktur. Zorunlu gibi görünen bazı hükümler şunlardır: Tahkim anlaşmalarının yazılı olarak yapılmasını öngören madde 7/2, tahkim davası sırasında tarafların eşit muamele görmesini ve taraflara davalarını savunmak için tam bir fırsat verilmesini öngören madde 18/2. madde 24/2, 3 taraflara duruşmaların bildirilmesini ve bir tarafın tahkim mahkemesine sunduğu evrakın diğer tarafa gönderilmesini belirtmektedir, madde 31/1, 3, 4 tahkim kararının yazılı olmasını, karar tarih ve yerinin belirtilmesini ve taraflara teslim edilmesini öngörmektedir. Yukarıdaki

⁵⁸⁹ RG. 23.09.1991/21000. Sözleşmenin Almanca ve İngilizce metinleri Resmî Gazete’de mevcuttur.

hükümler, tahkim anlaşmasının geçerliliğini belirler; bunlar olmadan, tarafların anlaşması uyarınca verilen bir kararın tanınması ve tenfizi reddedilir⁵⁹⁰.

UNCITRAL Model Kanunu uyarınca, tahkim mahkemesinin belirli bir süre için tarafların anlaşmasını kabul etmek zorunda olmadığı anlaşılmaktadır. Madde 15/1'e göre, *“Bu Kurallara tabi olarak, tahkim mahkemesi, taraflara eşit muamele edilmesi ve yargılamanın herhangi bir aşamasında her bir tarafa davanın sunulması için tam bir fırsat verilmesi koşuluyla tahkimi uygun gördüğü şekilde yapabilir”*⁵⁹¹.

UNCITRAL Model Kanununun 19/1 maddesinin hükümleri uyarınca, taraflar, yargılama sırasında tahkim mahkemesinin izleyeceği usul konusunda anlaşmada serbesttir.

1.7.7.1. Hiçbir Devlete Ait Olmayan Hukuk Kurallarının Seçimi

UNCITRAL'ın uluslararası alanda tahkim üzerine yapılacak düzenlemelere örnek olması amacıyla çıkardığı Model Kanun m. 28'e göre, uyuşmazlık tarafların seçtikleri hukuka göre çözülecektir⁵⁹²: *“Hakem heyeti, sorun hakkında soruna uygulanabilir şekilde taraflar tarafından seçilen hukuk kurallarına göre karar vermelidir”*. Bu hüküm geniş anlamda tefsir edilmiştir, sadece devletler tarafından çıkarılan kanunun değil, aynı zamanda devletin ötesinde seçilen hukukun, *lex mercatoria* ve ulus ötesi hukukun da kabulünü belirtir⁵⁹³.

UNCITRAL Model Kanunu'nun 28. maddesi, devlet hukuku dışında bir hukuk içermesi amaçlanan “hukuk kuralları”nın seçilmesine izin vermektedir. “Hukuk kuralları” aynı anlamda diğer birçok ulusal ve ulusal olmayan tahkim rejimi altında da seçilebilir. Gerçekten de tahkimde, sık sık olmasa da ara sıra *lex*

⁵⁹⁰ Sunday A Fagbemi, “The Doctrine of Party Autonomy In International Commercial Arbitration: Myth or Reality?”, *Afe Babalola University: J. Of Sust. Dev. Law & Policy*, Vol. 6: 1: 2015, s. 222-246.

⁵⁹¹ Michael Charles Pryles, ‘Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure’, 24 (3) *Journal of International Arbitration*, 2007, s. 327-339.

⁵⁹² Model Kanun'un İngilizce metni için bkz. https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf, 29.06.2019.

⁵⁹³ María Mercedes Albornoz, Martín Nuria González, “Towards The Uniform Application of Party Autonomy for Choice of Law in International Commercial contracts”, *Journal of Private International Law*, 12:3, 2016, (Erişim) DOI: [10.1080/17441048.2016.1234812](https://doi.org/10.1080/17441048.2016.1234812), 27.10.2019, s. 437-465.

mercatoria ve diğer devlet dışı hukukların seçildiği görülmüştür. Ancak bilinmelidir ki, *lex mercatoria* gibi devlet dışı hukukla ilgili bir sorun, içeriğinin yeterli bir kesinlik ile her zaman kurulamaması olmuştur⁵⁹⁴.

1.7.7.2. Tahkim Kararının Kaldırılması

Model Kanununun irade muhtariyetine değinen bir diğer kayda değer hükmü, belirtilen hallerde tahkim kararının kaldırılmasını öngören m. 34/2 hükmüdür: Başvuruyu yapan taraf, tahkim mahkemesinin oluşumu veya yürütülen tahkim usulünün tarafların mutabakatına uygun olmadığını veya hükümsüz kılınamayacak Model Kanunu hükmü ile ihtilaf halinde olduğunu ortaya koyacak kanıt sunması halinde bu hükümler, daha sonra tartışılacak olan tarafların özerkliğine pratik kısıtlamalar getirmektedir⁵⁹⁵.

1.7.8. New York Anlaşması

Birleşmiş Milletler tarafından 1958 yılında gerçekleşip 1959 yılında yürürlüğe giren Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Anlaşması⁵⁹⁶ 25.09.1991 tarihinde Türkiye tarafından da kabul edilmiştir.

Taraflarca sözleşmenin ilgi çekici bulunmasının temel nedenlerinden biri yabancı kararların uygulanmasıyla ilgili olmasıdır. Sözleşme mevcut veya ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların tümünü veya birini tahkime sunmayı kabul ettikleri, taraflarca yazılı olarak yapılan sözleşmelerde irade muhtariyetini tanımaktadır. Bu anlaşma, tahkim kararının tanınması ve tenfizinin temelini oluşturur ve ilgili taraf

⁵⁹⁴ Ralf Michaels, “Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, *Festschrift, Forthcoming*, January 27, 2014, (Erişim) <https://ssrn.com/abstract=2386186>, 03 Temmuz 2019.

⁵⁹⁵ Fagbemi, s. 222-246.

⁵⁹⁶ RG. 25.09.1999/21002. Anlaşmanın Fransızca ve İngilizce metinleri Resmî Gazete’de mevcuttur. Anlaşmaya taraf 159 devlet listesi, katılma tarihleri ve bildirdikleri çekinceler için bkz. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII1&chapter=22&lang=en, 29.06.2019.

başvuru anında, orijinal sözleşmeyi ya da usulüne uygun olarak tasdikli bir nüshasını ortaya koyacaktır⁵⁹⁷.

New York Anlaşması'nın 3. maddesi, her devletin kararları/hükümleri, bağlayıcı olarak tanınmasını ve kendi usul kurallarına uygun olarak uygulaması/icra etmesini öngörmektedir. Madde ayrıca kararın infazına ilişkin usul adımlarının ulusal tahkim kararlarına başvuranlara göre önemli ölçüde daha zor koşullara dayandırılmaması gerektiğini de öngörmektedir⁵⁹⁸.

Anlaşmanın 5. maddesinde, tanınma ve tenfizin reddedilebileceği gerekçelerini de belirler; bu gerekçeler irade özerkliğine sınırlamalar getirmektedir. Maddede hakemlerin tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere tarafların seçtikleri hukuku uygulamak zorunda oldukları, aksi halde kararın tanınmayacağı düzenlenmiştir. Düzenleme ile hukuk seçimine etki tanımayan hakem kararlarının tanınmayacağı yaptırımı ile irade serbestisine büyük önem verildiği dikkati çekmektedir.

1.7.9. ICC Tahkim Kuralları

Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce-ICC) Tahkim Kuralları, New York Sözleşmesi'ne benzer uyuşmazlık çözüm yöntemi öngörmektedir. Bu yöntem, taraflarca kabul edilen tarafsız tahkim mahkemesinin bağlayıcı bir karar almasını öngörmektedir. ICC Kurallarının amacı, anlaşmazlıkların çözümü sürecinde şeffaflık, verimlilik ve adaleti sağlamak ve tarafların tercihlerini uygulanacak yöntemin şekillenmesi için kullanmalarına izin vermektir. Kurallar uyarınca taraflar, hakemler tarafından anlaşmazlığın esasına uygulanacak yasayı belirlemekte serbesttir. Ancak, taraflarca uygulanacak yasaya ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmediği durumlarda, hakemler uygun gördüğü hukuk kurallarını uygularlar. Burada tek şart, hakemlerin seçilecek çatışma kurallarını duruma “uygun” olarak değerlendirmeleridir. “Uygun” teriminin kullanılması, belirli bir durumla ilgili bir tür gerekçelendirme veya bağlantı yapılması gerektiğini gösterir. Ayrıca, tahkim

⁵⁹⁷ Fagbemi, s. 222-246.

⁵⁹⁸ Dejan Janićijević, “Delocalization In International Commercial Arbitration”, Udc 341.63:339.5, *Facta Universitatis Series: Law and Politics* Vol. 3, No 1, 2005, s. 63-71.

mahkemesi, varsa sözleşmenin ilgili hükümlerini ve ilgili ticari uygulamaların kurallarını da dikkate alacaktır⁵⁹⁹.

ICC 2012 yılında güncellediği tahkim kurallarında taraflara hem usule ilişkin hem de esasa ilişkin konularda irade serbestîsi tanımıştır⁶⁰⁰. 21. maddede, “*Taraflar, hakem kurulu tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlemekte serbesttirler.*” demek suretiyle irade serbestisine öncelik tanınmıştır.

ICC Tahkim Kuralları, 1988 yılında uluslararası özel hukuka atıf yapmayı ortadan kaldırdığında bu bir dönüm noktası olarak tanımlanmıştır. ICC Tahkim Kuralları madde 21’e göre; taraflar bir seçim yapmadığı sürece hakem heyeti, herhangi bir uyuşmazlık kuralına başvurmaksızın uygulanabilir hukuku doğrudan ve özgürce seçebilir. Taraflar, bir anlaşmazlığı ICC Tahkimine sunmakla hakem heyetinin herhangi bir uluslararası özel hukuk kuralını uygulamak zorunda olmadığını kabul ederler. Uluslararası özel hukuku ortadan kaldırma konusundaki bu heves, tarafların iradesini merkeze alıyormuş gibi görünse de tarafların özerkliğini keyfi şekilde sınırlama riskini arttırmak gibi arzu edilmeyen etkilere neden olur. Hakem heyeti geçersiz veya infaz edilemeyeceği muhtemel bir hükmü bertaraf etmek adına tarafların tercih etmediği bir hukuku uygulamak zorunda kalabilir. Uluslararası özel hukuk ölçütlerinin yokluğunda, hakem heyetinin takdiri sınırsızdır. Tarafların hukuk seçiminin kapsamını anlamada gerekli olduğunda, uluslararası özel hukuk yukarıda da anlatıldığı gibi işlevsel hale gelir. Öngörülebilirliği muhafaza etmek uğruna uluslararası özel hukukun tahkime uygulanabilirliğini dışarıda tutmak, hastalığı daha da kötüleştiren bir tedavi haline gelebilir.

Günümüzde, uluslararası özel hukukun tahkime uygulanabilirliği tekdüze değildir, çok özel uyuşmazlık kurallarını içeren *voie directe*’den hakem heyetinin uluslararası özel hukuku kabul edilebilir olarak seçmek konusunda takdir yetkisine

⁵⁹⁹ Fagbemi, s.222-246.

⁶⁰⁰ Tahkim Kurallarının Türkçe metni için bkz. (Erişim), http://icc.tobb.org.tr/docs/ICC_Tahkim_Kurallari_Kitapcik.pdf, 29 Haziran 2019, İngilizce metin için bkz. (Erişim), <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>, 29 Haziran 2019.

ve tahkim mahallinin uluslararası özel hukukunun belirlenmesine dek çeşitlilik gösterir⁶⁰¹.

1.7.10. Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey Prensipleri

Lahey Prensipleri, uluslararası ticari sözleşmede hukuk seçimine ilişkin mevcut en iyi uygulamaların kanunu olarak kabul edilebilecek bağlayıcı olmayan bir araçtır. Tarafların uygulanacak hukuku seçme ve taraflarca seçilen hukukun uygulanması konusunda uygun sınırlamalar koymalarını sağlarlar. Ayrıca tarafların, sözleşmelerinin farklı bölümlerine uygulanacak farklı hukuk seçmelerine, uygulanacak hukuku zımnen seçmelerine ve hukuk seçimlerini değiştirmelerine izin verir. Ayrıca, tarafların “hukuk kuralları” nı seçebilmeleri gibi belirli çözümlerde devlet dışı kaynaklardan kaynaklanan kurallar anlamına gelen yeni çözümleri de kapsamaktadır. Sonuç olarak, Lahey Prensipleri, hukuk seçimine ilişkin kurallar oluşturmak ve düzeltmek için kullanılabilecek bir model olarak görülebilir⁶⁰².

Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı (“Lahey Konferansı”) uluslararası sözleşmelerde hukuk seçimine yaklaşımda bir miktar tutarlılık yaratmaya çalışmıştır. Uluslararası Çalışma Sözleşmeleri ile ilgili Lahey Prensipleri Taslağı (“Lahey Prensipleri”) ve beraberinde eşlik eden Yorum, esas olarak bir Çalışma Grubu tarafından geliştirilen, uluslararası ticari sözleşmeler için geçerli olan uluslararası özel hukuk kurallarını uyumlu hale getirmeye çalışmaktadır. Lahey Prensipleri, irade muhtariyetini güçlendirir ve taraflar tarafından seçilen hukukun, açıkça tanımlanmış sınırlara tabi olarak sözleşmeyi mümkün olan en üst düzeyde yöneteceği ilkesini benimser. Bu ilkeye uygun olarak, Lahey Prensipleri uyarınca

⁶⁰¹ Giuditta Cordero Moss, “Chapter 8 The Arbitral Tribunal’s Power in respect of the Parties’ Pleadings as a Limit to Party Autonomy On Jura Novit Curia and Related Issues”, *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Ed. Franco Ferrari, NYU Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law JURIS, New York, 2016, s. 289-330.

⁶⁰² Justin Monsenepwo, “Contribution of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts to the codification of party autonomy under OHADA Law”, *Journal of Private International Law*, 15:1, 2019, (Erişim) DOI: [10.1080/17441048.2019.1593092](https://doi.org/10.1080/17441048.2019.1593092), 27 Ekim 2019, s. 162-185.

taraflar, bir devlet hukukunu, devlet dışı hukuk kurallarını ya da bunların sözleşmelerini düzenleyen hukuk olarak bunların bir kombinasyonunu seçebilirler⁶⁰³.

İrade muhtariyeti ilkesi, modern hukuk sözleşmelerinin temelidir ve bu ilkenin evrensel olarak kabul edilmesine rağmen, bazı durumlarda işleyişinde ve kanunlar ihtilafı alanında hala uyumsuzluklar vardır. Bu nedenle, Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı'nın uluslararası ticari sözleşmelere uygulanacak hukuk seçiminde uyumlaştırılmış bir yöntem araması gerekmiştir. Bu çabanın sonucu, irade muhtariyetinin rolünü güçlendiren Lahey İlkeleri olmuştur⁶⁰⁴. Lahey İlkeleri, uluslararası sözleşmeler için hukuk seçiminde irade muhtariyeti ilkesinin tanınmasına ve sınırlarına tekdüze bir yaklaşım sağlamada evrensel bir model olarak hizmet etmeye çalışmaktadır⁶⁰⁵.

İlkeler, uluslararası özel hukukun sürekli uyumlaştırılması için organizasyonun yasal misyonu göz önünde tutularak hazırlanmıştır. Bu amaçla, Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı'nın mevcut Genel Sekreteri *Chiristophe Bernasconi*, kanun koyucuların ve mahkemelerin var oluşlarının arkasındaki değeri ve amacı ile önsözünde öngörülen ilkelerin nasıl kavramsallaştırması gerektiğini şöyle belirtmiştir: “Özünde Lahey İlkeleri, uluslararası ticari sözleşmelerde irade muhtariyetini teşvik etmek için tasarlanmıştır. Bir sözleşmeye taraf olanların hangi yasal normların işlemlerine en uygun olduğunu belirlemek için en iyi şekilde konumlandırılabilceğini kabul ederek, irade muhtariyeti etkili sınır ötesi ticaret için önemli koşulların öngörülebilirliğini ve yasal kesinliğini artırır. Aynı zamanda, Lahey İlkeleri irade muhtariyetine dengeli sınırlar koyar ve bu nedenle zaten kabul edildiği kavramın geliştirilmesini sağlayabilir. Lahey İlkeleri, uluslararası ticari sözleşmelerdeki irade muhtariyetine ilişkin mevcut en iyi uygulamaların uluslararası bir düzenlemesi olarak düşünülebilir. Bu nedenle ilkelerin en temel hedefi,

⁶⁰³ Marta Pertegas, Brooke Adele Marshall, “Harmonization Through the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, *39 Brook. J. Int'l L.*, 2014, (Erişim), <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol39/iss3/2>, 2 Temmuz 2019.

⁶⁰⁴ Marta Pertegas, Adele Marshall Brooke, *Party Autonomy and its Limits: Convergence through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 2013, (Erişim), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2765438, 03 Temmuz 2019, s. 976,

⁶⁰⁵ Pertegás, Brooke, *Party Autonomy*, s. 975-1003.

uluslararası ticari sözleşmeler alanında irade muhtariyetini artırmak için hukuk seçimi rejimlerinin daha fazla birleştirilmesini takip etmek olarak özetlenebilir”⁶⁰⁶.

19 Mart 2015 yılında Lahey Konferansı tarafından kabul edilen Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey Prensipleri, sözleşmeler alanında irade serbestisini teşvik etmek ve geliştirmek amacıyla kararlaştırılan ⁶⁰⁷ , konvansiyon niteliğinde olmayan⁶⁰⁸ , fakat bağlayıcı da olmayan hukuk kuralları niteliğindedir⁶⁰⁹. Lahey İlkeleri, imzalayan Devletlerin kendi iç hukuklarına dâhil etmek zorunda oldukları bağlayıcı bir sözleşme oluşturmazlar⁶¹⁰.

Prensipler, devletlerin irade muhtariyeti konusundaki anlayışlarını geliştirme ve yenileme amacının yanı sıra hukuk seçimini kabul etmeyen devletlere de bu anlayışın yayılması amacını güden geniş kapsamlı rehber kurallardır⁶¹¹. Prensipler yalnız 12 madde ve bir önsözden oluşan basit ve düzenli, oldukça kısa bir belgedir⁶¹².

1.7.10.1. Lahey İlkelerinin Tarihçesi

Yasaların dünya çapında standartlaştırılması lehine hareket eden Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı (1980’lerin başındaki tarafsız bağlayıcı faktörleri de içeren, sözleşme alanındaki uluslararası özel hukuk yasalarının tüm kurallarını düzenleme yolunda engellenmiş bir girişimin ardından) 2006 yılında

⁶⁰⁶ Jonathan Levin, The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts: Enhancing Party Autonomy in Globalized Market, *New York University Journal of Law and Business*, 13(1), 2016, s. 271-294.

⁶⁰⁷ Prensipler hukuk seçimini teşvik ve geliştirme amacı taşısa da hukuk seçiminin sınırlarını da göstermiştir. Hâkimin hukukunun kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallarının müdahalesi m. 11 ‘de düzenlenmiştir: H. Akif Karaca, “Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda “Hukuk Kurallarının” Seçimi: Lahey Prensipleri m. 3”, *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*, Ed. Sibel Özel, Mustafa Erkan, Uluslararası Konferans, 11 Ekim 2018, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 119-120.

⁶⁰⁸ Karaca, s. 115.

⁶⁰⁹ *Commentary on the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law*, 2015, s. 7; Dastmalchi, Sadeghi, s. 141.

⁶¹⁰ Pertegas, Brooke, *Choice of Law*, s. 976.

⁶¹¹ Symeon C. Symeonides, “The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 61, No. 3, 2013, (Erişim), <https://ssrn.com/abstract=22566619> Temmuz 2019, s. 876; Dastmalchi-Sadeghi, s. 141-142; Bach, *Rome II*, s. 23.

⁶¹² Symeonides, *The Hague Principles*, s. 873-899, Dimitrios K. Stamatiadis, “The Hague Principles On Choice Of Law in International Commercial Contracts”, *Studia Universitatis Moldaviae*, 2016, nr.8 (98), Seria “{tiin\e sociale” ISSN 1814-3199, ISSN online 2345-1017, s. 262-276.

sadece sözleşmelerle ilgili hukuk seçimi konusunu ele almış ve “Uluslararası Sözleşmelerde Hukuk Seçimlerinin Lahey İlkeleri” için 2012’de bir öneri sunmuştur, Lahey Genel İşler Konseyi Konferansı tarafından Temmuz 2014’de bir miktar revize edilmiştir. 19 Mart 2015’de Lahey Prensiplerinin son hali kabul edilmiştir⁶¹³.

2006 yılında Lahey Konferansı, uluslararası ticari sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin bir aracın geliştirilmesi ile ilgili bir dizi fizibilite çalışması gerçekleştirdi. Bunlar, adli ve tahkim alanlarındaki hukuk anlaşmalarının seçimine ilişkin mevcut kural ve uygulamaları incelemiştir. Buna ek olarak, Lahey Konferansı Sekreterliği Daimî Bürosu örgütün üyelerine, Uluslararası Ticaret Odası'na ve çok sayıda uluslararası tahkim merkezi ve kuruluşuna bir anket göndermiştir. Anketin amacı, mevcut uygulamada hukuk sözleşmelerinin seçiminin kullanımını ve bu sözleşmelere ne ölçüde uyulduğunu araştırmak ve gelecekteki bir belgede hangi hükümlerin gerekli olacağını belirlemektir. 2009 yılında, çalışmaların sonucunu ve tavsiyelerini takiben, Genel İşler ve Politika Konseyi, Lahey Konferansı Yönetim Organı, Daimî Büro'nun uluslararası için geçerli olan çatışma kuralları için bağlayıcı olmayan bir uluslararası araç hazırlamak üzere daha sonra Lahey İlkeleri taslağı haline gelecek bir Çalışma Grubu kurmasını zorunlu kılmıştır. Grup, dünyanın her köşesinden farklı hukuk sistemlerinden çıkarılan uluslararası özel hukuk ve uluslararası tahkim hukukunda uzmanlardan oluşuyordu. Sonraki yıllarda İsviçre'den Profesör *Daniel Girsberger* başkanlığındaki Çalışma Grubu çeşitli vesilelerle bir araya geldi. Özel Komisyon, Çalışma Grubu tarafından 2011 yılında sunulan Lahey Prensiplerinin versiyonunu incelemek amacıyla 12-16 Kasım 2012 tarihleri arasında Lahey'de bir araya geldi. Özel Komisyon, Lahey Prensiplerinin gözden geçirilmiş bir şeklini oybirliğiyle onayladı ve bir dizi Lahey Prensiplerinin tamamlanması ve beraberindeki Yorum ile ilgili tavsiyelere uygun olarak, Nisan 2013'te Konferansın Genel İşler ve Politika Konseyi, gelişmelerinde önemli bir kilometre taşı oluşturarak Lahey İlkelerini onayladı.

Konsey ayrıca Çalışma Grubuna bir yorum hazırlama yetkisi vermiştir. Yorum, Lahey Prensiplerinin her bir maddesine eşlik eder ve Lahey Prensiplerinin daha iyi anlaşılması için yorumlayıcı ve açıklayıcı bir araç olarak

⁶¹³ Andreas Schwartze, “New Trends in Parties' Options to Select the Applicable Law? The Hague Principles on Choice of Law in International Contracts in a Comparative Perspective”, *12 U. St. Thomas L.J.* 87, 2015, s. 87-99.

hizmet eder. Daimî Büro, Kasım 2013'te Yorumu pekiştirdi ve konsültasyon için Lahey Konferansı Üyeleri ve Gözlemcilerine dağıttı. Birkaç Üye, Ocak 2014'teki toplantısında Çalışma Grubu'nun tartışmalarını bildiren Yorumda değişiklik önerileri sundu. Bu toplantıda Çalışma Grubu, Daimî Büro'nun yardımıyla Yorum metnini sonuçlandırmakla görevli bir Yazı Kurulu kurdu⁶¹⁴.

1.7.10.2. Lahey İlkelerinin Kapsamı

Önsöz'ün açılış cümlesi, İlkelerin kapsamını “uluslararası ticari” sözleşmelerde hukuk seçimi şeklinde açıklamaktadır. Bunları uygulamak için iki koşulun uygulanması gerekir: söz konusu sözleşmenin uluslararasılığı ve ticari niteliği. Hukuk kurallarının seçimi, yalnızca birden fazla yasal düzen içeren davaları ilgilendirdiği için, bir dereceye kadar uluslararasılığın unsuru anlaşılmaktadır. Anlamsal olarak, m. 1/2 olumsuz bir şekilde, ulusal nitelikteki sözleşmelerin (yani sadece bir devletin hukukuyla ilişkili sözleşmeler) İlkelerin uygulama kapsamından çıkarılmasıdır. Söz konusu maddede öngörüldüğü gibi, İlkelerin amacına en iyi şekilde hizmet edebilmek için, her bir tarafın aynı devlette kuruluşu ve tarafların ve diğer ilgili unsurların, seçilenlerden bağımsız olarak ilişkisi olmadığı sürece bir sözleşme uluslararası kabul edilir. Hukuk yalnızca bu devletle bağlantılıdır. Buna göre, sözleşmenin uluslararası niteliği ya farklı ülkelerdeki tarafların mesleki kuruluşundan ya da sözleşmenin ortamını oluşturan unsurlardan, örneğin sözleşmenin yapıldığı yer, performans yeri, tarafların uyruğu gibi unsurlardan kaynaklanmaktadır. İlkelerin taslaklarına göre, taraflar aynı ülkede kurulmuş olsalar bile, yukarıda belirtilen faktörler aynı devlet içinde yer almadığı sürece sözleşme uluslararası kabul edilmeye devam etmektedir. Bununla birlikte, söz konusu ölçütler, genel bir yaklaşım çerçevesinde, sözleşmenin uluslararası niteliğinin tespit edilmesine yol açsa da, her seferinde tüm hükümlerin gözden geçirilmesi ve söz konusu davanın faktörlerinin değerlendirilmesinde dikkatli bir şekilde uluslararasılığın oluşturulması yapılmalıdır. Açıkça m. 1/2 uyarınca, hukuk seçimi sözleşmenin söz konusu uluslararasılaştırma faktörlerinden hariç tutulmuştur. Bu, tarafların, söz konusu seçime bir *forum* seçimi veya tahkim anlaşması seçimi eşlik

⁶¹⁴ Pertegas, Brooke, *Choice of Law*, s. 984, Stamatiadis, s. 262-276.

etse bile, yalnızca yabancı bir hukuk seçerek kesinlikle ulusal olan bir sözleşmeyi uluslararasılaştıramadıkları anlamına gelir.

Sözleşmenin uluslararasılığına ilişkin özel yaklaşım, ilgili bir ölçütün bulunmaması nedeniyle, yalnızca hukuk veya yabancı *forum* seçimine izin verilen ve ulusal bir sözleşme yapılmasına izin verilen Roma I Tüzüğü yaklaşımından farklıdır⁶¹⁵.

Prensipler m. 1'de, iş ve tüketici sözleşmeleri kapsam dışı bırakılmıştır. Bu sözleşmelerin kapsam dışı bırakılmasının temel sebebi işçi ve tüketicinin zayıf taraf olduğunun kabulüdür. Pazarlık gücü yüksek olan tarafın hukuk seçimi hakkını kötüye kullanmasının böylelikle önüne geçilerek zayıf taraf korunmak istenmiştir⁶¹⁶.

1.7.10.3. Lahey İlkelerinde Hukuk Seçimi

Lahey İlkeleri 2. madde, uluslararası ticari sözleşmeler alanında uygulanacak hukukun belirlenmesinde tarafları irade muhtariyeti ilkesini öngörmektedir. Birincil hedeflerinin, yani söz konusu ilkenin geliştirilmesinin ve özünün oluşturulması yoluyla bu kurallar dizisinin merkezi hükmüdür⁶¹⁷.

Lahey Prensipleri irade muhtariyeti ilkesini öznel anlamda 2. madde ile tekrarlamaktadır. Her ne kadar Lahey İlkeleri 'yumuşak yasa' olması amaçlanan bağlayıcı olmayan bir dizi öneri olsa da hukuk seçiminde hukuk kurallarını yorumlarken, desteklerken ve geliştirirken potansiyel olarak yerel düzeyde yasa koyucular, mahkemeler ve tahkim mahkemeleri ile ilgili olabilir. Özellikle uluslararası sözleşmelere, Roma I Tüzüğü ya da konuyla ilgili kanunlaşmamış bir dizi ilkelere taraf olmayan ülkelerin kanun koyucularına ve yargılarına yardım etmeye çalışırlar. Lahey İlkeleri, söz konusu işlemle bağlantı gerektirmeden tarafların uluslararası ticaret sözleşmelerinin tamamını veya bir kısmını yönetmek için herhangi bir hukuku seçebileceğini ifade eder. Ayrıca, taraflar uluslararası ticari sözleşmelerini yönetmek için hukuk kurallarını / devlet dışı hukukları da seçebilirler, ancak bunlar 'uluslararası, uluslararası veya bölgesel düzeyde tarafsız ve dengeli bir

⁶¹⁵ Stamatiadis, s. 262-276.

⁶¹⁶ Bach, *Rome II*, s. 25.

⁶¹⁷ Stamatiadis, s. 262-276.

kurallar kümesi olarak kabul edilir' ve böyle bir seçim, *forum* kuralları tarafından yasaklanmamıştır. Lahey ilkesi, tarafların hukuk seçimindeki tek kısıtlamanın, '*forum* yasasının zorunlu hükümlerini geçersiz kılması' durumunu ihlal ettiğinde ya da seçimin kamu düzeninin temel kavramlarıyla açıkça uyumlu olmadığıda olması gerektiğini öngörmektedir⁶¹⁸.

1.7.10.3.1. Kısmi Hukuk Seçimi ve Hukuk Seçiminde Değişiklik Yapılması

Prensipler m. 2/2'ye göre, taraflar sözleşmenin tamamını bir tek hukuk düzenine tabi tutabilecekleri gibi⁶¹⁹, sözleşmenin farklı bölümleri için farklı hukuk seçimleri yapabilecektir. Yine hukuk seçimi sözleşme tamamlandıktan sonra yapılabileceği gibi sözleşme imzalanırken seçilmiş olan hukuk sonradan değiştirilebilecektir. Maddede bildirilen diğer önemli hususu ise seçilen hukuk ile sözleşme arasında bir bağlantının aranmadığıdır. Bu düzenleme Prensiplerin temel amacını oluşturan irade serbestisini teşvik amacı ile de uyumludur⁶²⁰.

Taraflar madde 2/2-i uyarınca kısmi bir hukuk seçimi yapabilirler. Tarafların, sözleşmelerinin yalnızca bir kısmına uygulanacak bir hukuk seçtikleri durumlarda, sözleşmenin geri kalanı -varsayılan olarak, geçerli bir hukuk seçimi- bir hukuk olmaması durumunda uygulanacak hukuka tabidir. Lahey İlkeleri taraflarca bir seçim yapılmadığı takdirde uygulanacak hukukun tanımlanmasına ilişkin kurallar sağlamadığından, bu konu *forum* yasası tarafından belirlenmeye bırakılmıştır. Taraflar ayrıca, 2/2-ii maddesi uyarınca sözleşmelerinin farklı yönlerini yönetmek için çeşitli hukuk organları seçebilirler. Kısmi ya da birden fazla hukuk seçeneği, örneğin, sözleşmeye uygulanabilecek para birimi ya da hükümet izinlerini almak gibi belirli yükümlülüklerle ilgili maddeler ile ilişkili olabilir⁶²¹. Bu hüküm, özellikle

⁶¹⁸ Saloni, s. 1–15.

⁶¹⁹ Hukuki bir ilişki içeren öğelerin, birkaç farklı hukuk sisteminin yasalarına tabi olacak şekilde ayrılması, *dépeçage* olarak bilinir. Bazı yorumcular, *dépeçage*'in sözleşmeye bağlı bir ortamda kısıtlı olarak kullanılması gerektiğini ve bunun yalnızca açıkça kabul edilebilir olan sözleşmeye bağlı işlemlere uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak Yorum, tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde *dépeçage*'den kaynaklanabilecek çelişki veya tutarsızlık riskine dikkat çekmektedir. Taraflar seçimlerinin “mantıksal olarak tutarlı” olmasını sağlamalıdır: Pertegas, Brooke, *Choice of Law*, s. 989.

⁶²⁰ Schwartze, s. 92-93; Dastmalchi, Sadeghi, s. 145.

⁶²¹ Pertegás, Brooke, *Choice of Law*, 975-1003.

uzun vadeli karmaşık sözleşmelerde, seçilen hukuk rejimlerinin birbiriyle uyumlu olması ve sözleşmeli ilişkinin homojenliğini olumsuz etkilememesi şartıyla teorik olarak yararlı olabilir⁶²².

Özellikle, taraflar, sözleşmelerinin belirli bir hukuka bağlanmasını, hatta sözleşmenin imzalanmasından sonra, yeni bir hukuk seçimi sözleşmesi belirleyerek ilk tercihlerini değiştirmek için herhangi bir zamanda anlaşılabirler. Başka bir deyişle, sözleşmenin imzalanmasından sonra hukuk seçimi - veya değişikliği - kabul edilmektedir⁶²³.

1.7.10.3.2. Sözleşme ile Hukuk Arasında Bağ

Lahey İlkelerinin 2(4). maddesi⁶²⁴ açıkça sözleşme ve seçilen hukuk arasındaki yakınlık gereksiniminin yokluğunu belirtir: “*Seçilen hukuk ve taraflar veya işlemler arasında bağlantı gerekli değildir*”. Açıkça bu yokluğun belirtilmesi, uluslararası sözleşmeler için geçerli olan yasalara ilişkin belgeler alanında yeni ve uygun bir çözümdür⁶²⁵. Bu hüküm, küreselleşmenin getirdiği büyük ölçüde yerleştirilmiş ticari işlemlerin gerçekliğini yansıtabak şekilde tasarlanmıştır. Bu hüküm, tarafların belirli bir hukuku çeşitli nedenlerle seçebileceği gerçeğini de yansıtmaktadır: tarafsızlığı⁶²⁶.

Tartışmasız, taraflar çoğunlukla, ilişkileri için hangi yasal ortamın en uygunu olduğunu en iyi bilirler. Bu yüzden, taraflar, anlaşılan yasal düzenle herhangi özel bir bağ gösterme zorunluluğu olmaksızın, istedikleri hukuku seçmede özgür olmalıdırlar. Bu, potansiyel rakiplerin sayısını artırarak, yasal sistemlerin rekabetini teşvik etmek adına daha da gereklidir⁶²⁷.

Roma I Tüzüğü çerçevesinde, irade muhtariyetinin coğrafi bağlantı unsuru aracılığıyla sınırlandırılması, yalnızca yolcuların taşınması için sözleşmelerde (m. 5/2) ve bazı sigorta sözleşmelerinde (m. 7/3) bulunmaktadır. Diğer tüm sözleşme

⁶²² Stamatiadis, s. 262-276.

⁶²³ Stamatiadis, s. 262-276.

⁶²⁴ Benzer şekilde Paraguay Kanunu’nun özdeş 4(4). maddesi.

⁶²⁵ Albornoz, Martín, s. 437-465.

⁶²⁶ Pertegás, Brooke, *Choice of Law*, s. 975-1003.

⁶²⁷ Schwartze, s. 93.

türleri için ise, Lahey İlkelerine benzer bir şekilde seçilen hukukun devlet ile herhangi bir bağlantı için bir hüküm yoktur⁶²⁸.

1.7.10.3.3. Devlet Dışı Hukuk Seçimi

Lahey İlkeleri açıkça devlet-dışı hukuk seçimine izin verir⁶²⁹. 3. maddeye göre⁶³⁰, “*Taraflar tarafından seçilen hukuk, uluslararası, uluslar üstü veya bölgesel düzeyde genel olarak tarafsız ve dengeli olarak kabul edilen, oturumun hukuku aksini söylemedikçe, hukuk kuralları olabilir.*” Böylece uluslararası bir sözleşmenin uygulanacak hukuku, taraflar belirttiyse ve yasal kesinlik ile dengeyle alakalı bazı gereksinimleri karşılandysa uygulanabilir.

Prensipler m. 3’e göre, hukuk seçimi birtakım sınırlandırmalara tabi tutulmuştur. Yenilik getirici bu düzenlemeye göre, seçilen hukuk kurallarının uluslararası, ulusal üstü veya bölgesel seviyede genel kabul görmüş, tarafsız ve dengeli kurallar olması gerekmektedir. Bu ölçütlere yer verilmesinin sebebi daha fazla belirliliğin sağlanmasıdır⁶³¹. İlkeler, bu tür seçimleri devlet dışı kurallar lehine, geçerli sayılması için üç şart koyarak sınırlamaktadır: İlk olarak, seçilen hukuk kuralları bir "kurallar kümesi" oluşturmalıdır. *Yorum*, bu gereksinimin bir tükenmezlik çağrısı yapmadığını detaylandırmaktadır. Bunun yerine, seçilen kurallar "uluslararası bağlamda ortak sözleşme sorunlarının çözümüne izin verecek şekilde olmalıdır". İkinci ve üçüncü nitelikler, kuralların dizisinin "tarafsızlık" ve "dengeli" doğasını ifade etmektedir. Bu ön koşulların ardındaki gerekçe, tarafların, işlemin her iki tarafına uygun olan ve çeşitli yasal ve ekonomik perspektifleri temsil eden kaynaklardan doğan kuralları seçmeye dikkat etmelerini sağlamak istemeleridir⁶³².

Bir anlaşmazlığın bir devlet mahkemesinde dava açılmasıyla çözülmesi gerektiğinde, uluslararası özel hukuk rejimlerinin çoğu, tarafların hukuk maddesi seçiminin bir devlet hukuk sistemini tanımlamasını gerektirir. Devlet dışı

⁶²⁸ Stamatiadis, s. 262-276.

⁶²⁹ Pertegás, Brooke, *Choice of Law*, s. 975-1003.

⁶³⁰ Maddenin tarihsel süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Saumier Genevieve, “The Hague Principles and the Choice of Non-State ‘Rules of Law’ to Govern an International Commercial Contract”, *BROOK. J. INT’L L.*, [Vol. 40:1, 2014], s.1-29.

⁶³¹ Dastmalchi, Sadeghi, s. 145-146; Bach, *Rome II*, s. 40. Hukuk kuralları kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Karaca, s. 121 vd.

⁶³² Levin, s. 271-294.

kaynaklardan kaynaklanan normların veya hukuk kurallarının seçimi, tipik olarak sadece tahkim bağlamında tasarlanmıştır. “Hukuk kuralları” ifadesi, devlet tahkim mevzuatı, model tahkim kanunları ve özel kurumsal tahkim kuralları dâhil olmak üzere mevcut tahkim kaynaklarından türetilmektedir. Lahey İlkeleri'nin 3. maddesi, tarafların devlet dışı seçim yapmalarına izin vermek için irade muhtariyetinin kapsamını genişletmektedir. *Forum* kanununun hukuk seçimini Devlet hukuku sistemleriyle kısıtladığı durumlarda, devlet dışı hukuk kuralları seçimi bir kenara bırakılacaktır. Bu tür devlet dışı hukuk kaynakları lehine kararlar, tahkim işlemleri bağlamında yeni değildir, ancak devlet mahkemeleri önünde geleneksel dava çerçevesinde tartışıldığında oldukça radikaldir. Eleştirmenler, ilkeler yalnızca "gerçek" hukuk kurallarına benzeyen kurallar seçimine izin vermek için iddia ederken bu tür kurallar, demokratik ve yasama sürecinin, adli bildirimin veya geleneğin iradesinden kaynaklanmadığı için devlet hukukunun temel özelliklerinden yoksundur⁶³³.

Hukuk seçimi tarihinde, devlet dışı hukukun uygulanacak hukuk olarak seçilip seçilemeyeceği sorusu, nispeten yeni bir olaydır. Tarafların uygulanacak hukuku seçme yeteneği olan irade muhtariyetinin bile çok yeni olduğu göz önüne alındığında bu şaşırtıcı değildir. Modern anlamda irade muhtariyeti gerçekten sadece 19. yy. da ortaya çıkmıştır. Bugün hâlâ bazı hukuk sistemleri, özellikle Latin Amerika'da, en azından prensipte, irade muhtariyetini tamamen reddettiği düşünüldüğünde m. 3 hakkındaki tartışmalar daha iyi anlaşılacaktır⁶³⁴.

Lahey İlkelerinin en ilerici⁶³⁵ ve en tartışmalı yönü olan⁶³⁶ 3. maddesi üzerine yorumlamanın devlet-dışı hukukta eksikler bulundurabileceğini bilmek önemlidir. Sonuç olarak, “Yorumlama, tarafların seçtiği hukuk kurallarını bir devlet hukuku bölümü ile desteklemesini önerir”. Gerçekten de özellikle belirtilmiştir ki “sözleşmelerini yönetecek olan ‘hukuk kurallarını’ seçen taraflar, boşluk doldurma gereksinimini akılda bulundurmalı ve bunu hukuk seçimlerinde belirtmelidir”⁶³⁷. Sonunda, tarafların “genel olarak kabul gören” devlet dışı kurallar dizinini seçme tercihine, irade muhtariyetini teşvik etmek amacıyla saygı gösterilmelidir, çünkü

⁶³³ Pertegás, Brooke, Party Choice of Law, s. 975-1003.

⁶³⁴ Ralf, s. 990.

⁶³⁵ Levin, s. 271-294.

⁶³⁶ Schwartze, s. 93; Ralf, s. 992.

⁶³⁷ Albornoz, Martín, s. 437-465.

böyle bir seçim toplum için değil, taraflar için katlanmak zorunda kalacakları dezavantajlara sebebiyet verebilir⁶³⁸. Ancak yine de m. 3'ün tarafların daha uyumlu ve altta yatan işlem ile uyumlu olabilecek hukuk kurallarını seçme yeteneği vererek mal ve hizmetlerin serbest dolaşımını artırdığı akıldan çıkarılmamalıdır⁶³⁹.

Son olarak, Lahey İlkelerinin uygulanmasında, 3. maddenin altında yatan politika seçimini kabul edip etmeyecekleri devletlere kalmıştır⁶⁴⁰. 3. madde hukuk kurallarının yalnızca “*forum hukuku aksini öngörmedikçe*” seçilebileceğini önermektedir. Lahey ilkelerinin yine de bağlayıcı olmadığı göz önüne alındığında, bu oldukça gereksiz bir açıklama gibi görünmektedir⁶⁴¹.

1.7.10.3.4. Açık ve Örtülü Hukuk Seçimi

Örtülü hukuk seçimi konusu ise Prensipler m. 4'te düzenlenmiştir. Buna göre taraflar hukuk seçimini açıkça yapabildikleri gibi sözleşme şartlarından açıkça anlaşılabilir şekilde örtülü bir biçimde yapılabilir. Yalnız maddede yetki sözleşmesinin örtülü hukuk seçimi anlamına gelmeyeceği bildirilmiştir⁶⁴². Bu üslup Roma I Tüzüğü'nün 3/1. maddesine oldukça yakındır⁶⁴³.

Lahey İlkeleri, hukuk seçiminin “sözleşme hükümlerinden veya koşullarında açıkça görünmesini” zorunlu kılarak katı bir koşul belirlemeye çalışır. Sözleşme hükümlerinde yapılan çıkarım güçlü olmalıdır, fakat Lahey İlkeleri'nde sabit kıstaslar listesi bulunmamaktadır⁶⁴⁴.

Açık bir hukuk seçimi genellikle ana sözleşmeye dâhil edilir ve taraflar arasındaki herhangi bir anlaşmazlığın tabi tutulması gereken hukuka açıkça atıfta bulunur. Açık bir hukuk seçimi de sözlü olarak yapılabilir. Taraflar tarafından örtülü bir hukuk seçimi, sözleşmede açıkça belirtilmeyen, ancak yine de gerçek bir hukuk seçimidir. Tarafların belirli bir hukukun uygulanabileceği konusunda gerçek bir niyeti olduğu, açık olmalıdır. Taraflara uygulanan varsayımsal bir seçim veya

⁶³⁸ Schwartze, s. 96.

⁶³⁹ Levin, s. 271-294.

⁶⁴⁰ Albornoz, Martín, s. 437-465.

⁶⁴¹ Ralf, s. 993.

⁶⁴² Karaca, s. 120.

⁶⁴³ Albornoz, Martín, s. 437-465.

⁶⁴⁴ Schwartze, s. 97.

varsayılan niyet yetersizdir. Bu yaklaşım, sözleşmenin unsurlarına veya diğer ilgili koşullara atıfla yapılan örtülü bir seçimi kabul eder. Genel olarak, sözleşme şartlarına öncelik verilir. Ancak ya sözleşmenin şartları ya da davanın koşulları kesin olarak örtülü bir hukuk seçimini gösterebilir. Sözleşmenin hükümlerine ilişkin olarak, bir mahkeme veya bir tahkim şartı seçimi, diğer faktörlerle birlikte, tarafların sözleşmenin söz konusu yapısını, yasalarına tabi olmasını istediklerini gösterebilir. 4. madde böyle bir seçimin kendi içinde bir hukuk seçimine eşdeğer olmadığını açıklığa kavuşturmaktadır. Bu net açıklama, uygulamada ortak bir karışıklıktan kaçınır: tarafların, anlaşmazlıkların çözüleceği *forum* olarak belirli bir mahkeme veya tahkimi seçme kararı, tarafların bu *forumun* yasalarını hukuka uygun olarak seçtiği anlamına gelmez. Davanın özel koşulları tarafların yürürlükteki yasaya ilişkin niyetlerini gösterebilecekleri davranışlarını ve sözleşmenin imzalanmasını çevreleyen diğer faktörleri içerebilir. Aynı hukuk lehine açık bir hukuk hükmü içeren taraflar arasındaki önceki veya ilgili sözleşmeler, tarafların söz konusu hukukun tüm sözleşmesel ilişkileri içinde geçerli olduklarını gösterebilir⁶⁴⁵.

1.7.10.3.5. Hukuk Seçiminin Şekli

Lahey İlkelerine göre hukuk seçimi sözleşmesi için resmi şartların bulunmaması, taraflar aksini kabul etmediği sürece geçerlidir. Bu, tarafların hukuk hükmünün seçimi (örneğin sözlü olmayan bir değişiklik hükmü) ile ilgili olarak belirli formalitelerin yerine getirilmesi gerektiği konusunda anlaşması halinde, bu şartların geçerli olması gerektiği anlamına gelir, aksi takdirde hukuk seçimi geçersiz sayılacaktır⁶⁴⁶.

Lahey İlkeleri'nin 5. maddesi bir hukuk seçimi maddesinin, taraflar tarafından aksi kabul edilmedikçe herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığını ifade etmektedir. Madde hükmü tarafların aksini kabul ettiği veya neden öyle yaptıklarını açıklayan durumların örneklerini vermez ama sözel değişiklikleri yasaklayan bir anlaşma, akla gelen bir örnektir. Çoğu hukuk sistemi bir bütün olarak resmi sözleşmelerin geçerliliğini belirlediği için hukuk seçim kurallarını sağlar. Yine de

⁶⁴⁵ Pertegás, Brooke, Choice of Law, s. 975-1003.

⁶⁴⁶ Stamatiadis, s. 262-276.

madde 5 kuralı, bir hukuk seçiminin şartlar veya anlaşma hükümlerinden açıkça ortaya çıkabileceğini kısmen öngören başka bir kuralın (m. 4) doğal sonucudur. Madde 5'in özerk kuralı, aynı zamanda bir hukuk seçimi maddesinin, sadece onu uygulayan anlaşma geçerli olmadığından dolayı ileri sürülmeyeceğini ifade eden m. 7 ile uyumludur. Bu 'bölünebilirlik' prensibi tahkim kanunundan ödünç alınır. Zaman zaman kötü bir politika olarak görülse de buradaki husus bölünebilirliğin, onu kapsayan anlaşmanın geçerliliğinden ayrı resmi (bağımsız olmasının yanı sıra) hukuk seçimi maddesi geçerliliği uygulamasına imkân tanınmasıdır⁶⁴⁷.

Lahey İlkeleri m. 5, ulusal bir hukuk sistemine atıfta bulunan bir çatışma kuralı değil, uluslararası özel hukukun somut bir kuralıdır. Kural çeşitli ifadelerle gerekçelendirilebilir: Birincisi, irade muhtariyeti ilkesi, uluslararası ticareti kolaylaştırmak için, taraflarca yapılacak bir hukuk seçiminin resmi gerekliliklerle sınırlandırılmaması gerektiğini göstermektedir. İkincisi, çoğu hukuk sistemi, uluslararası ticari sözleşmelerin çoğunluğu için, kanun hükümlerinin seçimi de dâhil olmak üzere belirli bir şekil reçete etmez. Üçüncü olarak, birçok uluslararası özel hukuk kanunu, bir sözleşmenin resmi geçerliliği açısından sözleşmelerin geçerliliğini destekleme temeline dayanan bir politika lehine kapsamlı (yasa hükümlerinin seçimi dâhil) sonuç odaklı alternatif bağlantı faktörleri kullanır⁶⁴⁸.

1.7.10.3.6. Sözleşme Statüsünün Kapsamı

Lahey İlkeleri'nin 9. maddesi taraflarca seçilen hukukun kapsamını tanımlamaktadır. Birincisi, bu hukukun "sözleşmenin tüm yönlerini", yani sonuçlandırılmasından feshine kadar, onunla ilgili tüm konuları düzenleyen genel kuralı belirlemesidir. Bu yaklaşım, hukukun kesinliğinin yanı sıra sonuçların tekdüzeliğini sağlarken, aynı zamanda, sözleşmenin herhangi bir yönü için geçerli olan hukukun taraflarca seçilen hukuk olacağı göz önüne alındığında, *forum* alışveriş riskini azaltır⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ Symeonides, s. 9.

⁶⁴⁸ Monsenepwo, s. 162-185.

⁶⁴⁹ Stamatiadis, s. 262-276.

Lahey İlkeleri'nin 9. maddesi, seçilen hukukla yönetilen konuların ayrıntılı olmayan bir listesini barındırır⁶⁵⁰: taraflarca seçilen hukuk, taraflar arasındaki sözleşmenin tüm yönlerini yönetir; (a) yorum; (b) sözleşme doğrultusundaki hak ve yükümlükler; (c) zararların değerlendirilmesi de dâhil olmak üzere ihlalin sonuçları; (d) yükümlülükleri ortadan kaldırmanın çeşitli yolları; (e) sözleşmenin geçersizliği ve geçersizliğinin sonuçları; (f) ispat yükü ve yasal varsayımlar; (g) sözleşme öncesi yükümlülükler. Madde 9/1'de hak ve yükümlülüklerden açıkça bahsedildiği ve bunların herhangi bir sözleşmenin önemli yanları olduğu görülmektedir. Bu liste ayrıca, sözleşmenin geçerliliğini ya da geçersizliğini ve sonuçları da içerir⁶⁵¹.

Lahey İlkeleri'nin 9. maddesi, seçilmiş hukukun kapsamını tanımlar. İlk paragrafın başlığı, taraflar tarafından seçilen hukukun, maddede listelenen konu veya görüşlerle sınırlı olmayanlar dâhil taraflar arasında anlaşmanın *tüm* yönlerini yönetmesi *gerektiğini* belirler. İki italikleştirilmiş kelime hatalıdır. Aslında bu kelimeler aynı irade muhtariyeti kavramına karşıttır. 'Tüm' kelimesi, tarafların tüm anlaşmaya veya sadece bir bölümüne uygulanabilir hukuk seçebileceğini ifade eden m. 2/2 ile çelişir. Net bir şekilde eğer taraflar anlaşmanın yalnızca bir bölümü için hukuk seçerse seçilmiş hukuk anlaşmanın tümünü değil, sadece o kısmını yönetir. Böyle bir durumda anlaşmanın geri kalanı başka uygulanabilir hukukla yönetilecek ve böylece sözleşmeden doğan anlaşmazlık ortaya çıkacaktır. Benzer sebeplerden dolayı '-meli , -malı' ifadesi tartışmaya açıktır, çünkü m. 9'u değişik biçimli bir açıklama kuralı -yani maddenin tersini ifade etmediği bu durumlarda tarafların bilinmeyen niyetini ortaya çıkaran bir kuraldan- ziyade zorunlu bir kural yapar. Taraflar tam bir anlaşma hukuku seçtiklerinde '- meli, malı' ifadesi, her ne kadar hukuk seçimi maddesi daha dar bir kapsamı belirtecek biçimde ifade edilebilse de m. 9'da listelenen konuların tümü için seçilmiş hukukun uygulamasını şart koşar. Örneğin anlaşmanın, falan bir devletin hukukuna göre (yönetilmekten ziyade) açıklanması gerektiğini ifade eden bir madde, geçerlik konularına değil sadece açıklama konularını seçilmiş hukuka sunma niyeti belirtebilir. Gerçekten de hiçbir şey tarafların, m. 9'da belirtilen biri veya daha fazlasını açıkça veya dolaylı olarak dışta bırakan dar bir hukuk seçimi maddesinde anlaşmasını engelleyemez. Böyle bir

⁶⁵⁰ Sözleşmenin en önemli yönlerini yansıtan toplam yedi konudan söz ederek, "... ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere ..." formülüyle sunulan kapsamlı olmayan örnek bir listedir: Stamatiadis, s. 262-276.

⁶⁵¹ Nguyen, s. 343-367.

durumda ve başlığın aykırı diline rağmen seçilmiş hukuk ayrı tutulan konuları içermemelidir. Sonuç olarak m. 9'un başlığı ' taraflar aksini kabul etmedikçe seçilmiş hukukla sınırlı olmaksızın anlaşmanın tüm yönlerini kapsar' olarak düzeltilmelidir⁶⁵².

Lahey İlkeleri m. 9 altında seçilmiş hukuk kapsamında yer alan konulardan biri sözleşmeden doğan hak ve borçlardır. Başlıkta '*anlaşmanın tüm yönleri*' ifadesi ile birlikte alıntılanan cümle ve m. 9'daki anlaşmanın diğer referansları sözleşme tarafları arasında haksız fiilden doğanlar gibi sözleşmeyle ilgili olmayan hak ve borçların aksine irade muhtariyetini sözleşmeden doğan hak ve görevlerle sınırlama amacı gösterir. Bu sınırlama uluslararası ticareti kolaylaştıracak Prensiplerin genel amacıyla tamamen uyumludur. Tabii ki ticaret sırasında haksız fiiller ortaya çıkar ama sözleşme taraflarına aralarında gelecekte ortaya çıkacak bir haksız fiili idare edecek hukuku önceden seçmelerine izin verilip verilmemesi farklı ülkelerin farklı bir şekilde cevap verdiği tartışmalı bir sorudur. Örneğin AB'de Roma II Tüzüğü m. 14 bu soruya belirli şartlara bağlı olarak olumlu olarak cevap verir. Hâlbuki ABD'de çeşitli eyaletler tarafından verilen cevaplar olumsuzdan belirsizliğe değişir. Sonuç olarak bu anlaşmazlıklardan dolayı ve uluslararası uzlaşmayı elde etmek için Prensipler sözleşme dışı konulara ilgiliymiş gibi görünen uyuşmazlık öncesi hukuk seçimi maddelerini onaylamamalıdır⁶⁵³.

Forum seçimi maddeleri İlkelerin kapsamı dışındadır. Bu dışlama doğrudan, uluslararası seçim yetkisinin temel bir unsuru olarak kabul edildikleri için, *forum* seçimi anlaşmalarının genellikle usul sözleşmeleri olarak nitelendirilmesi ile ilgilidir. Sonuç olarak, davanın getirildiği belirli bir mahkemenin *lex fori* tarafından, usul meselelerinin *forumun* hukukuna tabi olduğu, yazılı olmayan özel bir uluslararası özel hukuk kuralı tarafından yönetilirler⁶⁵⁴.

⁶⁵² Symeonides, s. 13.

⁶⁵³ Symeonides, s. 14.

⁶⁵⁴ Stamatiadis, s. 262-276.

1.7.10.3.7. Hukuk Seçiminin Zamanı

Lahey İlkeleri; uygulanabilir hukuk seçiminin “*herhangi bir zamanda yapılabilir ya da değiştirilebilir*” olması gerektiğini belirtir. Benzer bir ibare, Roma I Tüzüğü m. 3/2, paragraf 1’de de kullanılmıştır⁶⁵⁵.

1.7.11. UNIDROIT İlkeleri

UNIDROIT Prensiplerinin amacı, her türlü uluslararası ticari sözleşmeye uygulanabilecek bir dizi kural sağlamaktır. Bu kurallar her iki taraf için de eşit ve adil bir durum yaratmayı amaçlamaktadır ve uluslararası ticari ilişkilerin ihtiyaçları ve hızlı ilerlemeleri için uygundur.

UNIDROIT İlkeleri, avukatlar, hâkimler, sözleşme ve uluslararası ticaret hukuku alanlarında uzman ve farklı hukuk ve sosyo-ekonomi sistemlerini temsil eden diğer memurlardan oluşan bir çalışma grubu tarafından hazırlanmıştır. UNIDROIT İlkeleri, belirli bir sektörün çıkarlarını korumak için hazırlanmadıklarından, sözleşmenin taraflarının hak ve yükümlülüklerini dengeleyen adil hükümleri içerir. UNIDROIT İlkeleri, belirli bir hukuk sistemine özgü terminolojiyi kullanmaktan kaçınmış ve böylece tarafların eşit yasal seviyeye yerleştirilmesini sağlamıştır. Benzer şekilde, UNIDROIT İlkeleri sadece belirli bir sözleşme türü için değil, genel olarak sözleşme statüsünü düzenlemeyi amaçlamıştır. Bu nedenle, UNIDROIT İlkeleri doğası gereği esnektir ve sözleşme ilişkisinin özel koşullarına ve tarafların çeşitli çıkarlarına uyarlanabilir. Bu esneklik aynı zamanda UNIDROIT Prensiplerinin uluslararası ticaret alanında meydana gelen sürekli ve hızlı teknik ve ekonomik değişikliklere kolayca uyarlanabilmesini sağlar. Ancak, UNIDROIT İlkelerinin uluslararası ticari sözleşmelere dâhil edilmesi veya bunların bir sözleşmenin uygulanacak hukuk olarak seçilmesi, uluslararası iş dünyası arasında çok yaygın değildir. Bunun nedeni muhtemelen UNIDROIT İlkelerinin ulusal mahkemeler ve hatta tahkim mahkemeleri tarafından uygulanmasına yönelik şüpheciliktir. Başka bir deyişle, geleneksel hakimler UNIDROIT İlkeleri seçimine saygı göstermekten kaçınmakta ve bunun yerine bir sözleşmeden doğan

⁶⁵⁵ Schwartze, s. 91.

uyuşmazlığın çözümünde belirli bir ulusal hukuk uygulamaktadırlar, iş dünyası mensupları genellikle anlaşmaları için uygulanacak hukuk olarak UNIDROIT İlkelerini seçmekten vazgeçmektedirler.

İlkelerin Başlangıcının 2. paragrafı, tarafların sözleşmelerinin UNIDROIT ilkelerine tabi olduğunu kabul edebileceklerini ortaya koymaktadır⁶⁵⁶.

10 bölümden ve 180'den daha fazla maddeden oluşan UNIDROIT ilkelerinin önsözüne göre taraflar; sözleşmelerinin *Lex Mercatoria* veya benzerleri ile kendileri tarafından yönetilmesini onayladıklarında veya herhangi bir hukuk seçmediklerinde uygulanacaktır⁶⁵⁷.

UNIDROIT İlkelerinin önsözünde yer alan aşağıdaki tavsiyeler mantıklıdır: “İlkelerini, sözleşmelerini düzenleyen hukuk kuralları olarak seçmek isteyen taraflara, bu tür bir hukuk seçimini bir tahkim anlaşmasıyla birleştirmeleri tavsiye edilir”. Bunun yanı sıra UNIDROIT İlkeleri, uluslararası ticaret kullanımlarından veya geleneklerinden ve CISG'den, özellikle sonuç ve çözüm yollarından esinlenen birçok kural içermektedir⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ Süral, *The UNIDROIT Principles*, s. 249-266.

⁶⁵⁷ Symeonides, *Choice of Law*, s. 14.

⁶⁵⁸ Lorenzo, s. 67-91.

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN HUKUKİ İLİŞKİLERDE İRADE MUHTARİYETİ

2.1. Sözleşmelerde Hukuk Seçimi İlkesi-Subjektif Bağlama Kuralı

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk bakımından irade muhtariyeti prensibi, milletlerarası özel hukukun temel prensiplerinden biri olarak kabul edilmektedir⁶⁵⁹, “belki de günümüzün en yaygın kabul gören uluslararası özel hukuk kuralı” irade muhtariyeti ilkesidir⁶⁶⁰.

Özellikle sözleşmeler hukuku alanında getirilen hiçbir objektif bağlama kuralı, sözleşmelere bağlı olan taraf menfaatlerini karşılamak için irade muhtariyeti gibi yeterli olamamıştır. Borcun ifa yeri, karakteristik edim borçlusu veya alacaklısının yerleşim yeri veya sözleşmenin kurulduğu yer gibi genel nitelikteki objektif bağlama noktaları, hukuku seçme serbestisinin önüne geçebilecek ve her sözleşmeye adil şekilde cevap verebilecek nitelikte değildir. Bu nedenle hukuk seçme serbestisi diğer bütün bağlama kurallarının eksikliklerini bertaraf edebilen en uygun çözüm olarak kabul edilebilir⁶⁶¹⁶⁶².

Gerçekten de doktrinde genel olarak savunulan görüşler çerçevesinde; sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde en iyi hukukun, tarafların seçtiği hukuk olduğu kabul edilmektedir. Zira tarafları sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde en iyi koruyan hukuk onların seçtiği hukuktur. Bu sebeple milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti bir bağlama kuralı teşkil eder ve sözleşmeye uygulanacak hukuku tespit eder⁶⁶³.

5718 sayılı MÖHUK, sözleşmeden doğan borç ilişkilerini 24. maddeden 33. maddeye kadar 10 ayrı maddede ele almıştır. Genel olarak sözleşmeden doğan borç

⁶⁵⁹ Nomer, *Devletler Hususî* s. 314; Çelikel, Erdem, s. 376; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 259; Çalışkan, *Satım*, s. 55; Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 127; Verhagen, s. 135–154.

⁶⁶⁰ Symeonides, Rome I and II, s. 513–550.

⁶⁶¹ Tütüncübaşı, s. 21.

⁶⁶² 1971 tarihli 1581 numaralı ICC kararında, hakemlerin yetkilerini tahkim sözleşmesinden aldıkları için hâkimlerin aksine hakemlerin taraf iradeleri ile tamamen bağlı olduğu belirtilmiştir. Bu genel kabul gören yaklaşıma göre, doğrudan uygulanan kurallar taraf iradelerinin bir parçasıdır ve seçilen hukuk doğrudan uygulanan kurallar ile birlikte bir bütün olarak uygulanmalıdır: Takavut, s. 126.

⁶⁶³ Çelikel, Erdem, s. 255; Nomer, *Devletler Hususi*, s. 263–265; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 258 vd.; Uluocak, *Kanunlar İhtilafı* s. 186; Şanlı, *Tahkim*, s. 108; Gelgel, *Tüketici*, s. 93.

ilişkilerinin düzenlendiği 24. maddeden sonra özelliği olan ve genel hükümden ayrı olarak düzenlenmesi gerektiği doktrin tarafından bildirilen bazı milletlerarası sözleşme tipleri ele alınmıştır. Bu düzenleme şekli, modern devletler özel hukuku kanunları ile Roma Konvansiyonu ile paraleldir.

Genel düzenlemeden sonraki özel mahiyetteki düzenlemeler ise şöyledir: 25. maddede taşınmazlara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk, 26. maddede tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk, 27. maddede iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk, 28. maddede fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak olan hukuk, 29. maddede ise eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelere uygulanacak olan hukuk düzenlenmiştir. Ayrıca sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları 31. maddede, sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı ile maddi geçerliliğinin hangi hukuka göre belirleneceği 32. maddede ve nihayet sözleşmenin ifasının gerçekleştirilme biçimi ile bu konuda alınacak tedbirlere uygulanacak hukuk 33. maddede düzenlenmiştir.

MÖHUK m. 24'te tarafların kendi menfaatlerini en iyi şekilde koruyabilecekleri faraziyesine⁶⁶⁴ dayanılarak hukuk seçimi imkânı verilmiştir. Gerçekten de hukuk seçimi imkânının sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanmasının ahlaki temelleri, tarafların kendi menfaatlerini en yüksek derecede koruyacak, hukuki ilişkilerini idare etmek bakımından en uygun buldukları ve öngörebilecekleri bir hukuk seçecekleri⁶⁶⁵ ile sözleşmesel ilişkide taraflar arasında genel olarak bir dengenin bulunduğu varsayımına dayanır⁶⁶⁶.

Hukuk seçimine ilişkin temel prensipleri içeren MÖHUK m. 24, kanunda aksi belirtilmedikçe uygun düşen her türlü sözleşme ile hukuk seçimi imkânı verilen diğer ilişkiler bakımından geçerli olacaktır⁶⁶⁷. Ayrıca belirtmek gerekirse, 24. maddenin devamındaki hükümlerde özel olarak düzenlenmeyen sözleşme tipleri bakımından 24. madde uygulanacaktır⁶⁶⁸.

⁶⁶⁴ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 28; Zeynep Özgenç, "Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi Anlaşmasının Geçerliliği", *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı*, Ed. Zeynep Derya Tarman, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 400.

⁶⁶⁵ Tekinalp, *Akdi İlişki*, s. 28; Tiryakioğlu, *Satım*, s. 20-21; Muammer Raşit Seviğ, *Kanunlar İhtilafları, Yasama ve Yargılama Çatışmaları*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1974, s. 110.

⁶⁶⁶ Eren, *Borçlar Genel*, s. 365.

⁶⁶⁷ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 259.

⁶⁶⁸ Çelikel, Erdem, s. 395.

MÖHUK'a göre tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukukun sözleşme konusu ile herhangi bir ilişkisinin olması ya da tarafların söz konusu hukuku seçmelerinde herhangi bir menfaatlerinin olması gerekmemektedir. Dolayısıyla taraflar sözleşme ile hiç ilgisi olmayan bir hukuku dahi seçebilecektir⁶⁶⁹.

Doktrinde sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk bakımından irade serbestisine geniş etki tanınmasının kanuna karşı hile ihtimalini artırdığı yönünde görüşler de bulunmaktadır⁶⁷⁰.

2.1.1. Sözleşmeler Alanındaki Kanunlar İhtilafı Kurallarının Yapısı

İç maddi hukukta, Borçlar Hukukunda hâkim olan ilkelerden biri olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, uluslararası özel hukukun kapsamı alanı içine giren sözleşmeler için de geçerlidir. Orta Çağ'da yabancılık unsuru barındıran sözleşmeler hem şekil hem de esas bakımından yapıldıkları yer hukukuna (*lex loci actus*) tabi iken artık sözleşmelerin şekline ve esasına uygulanacak hukuk bakımından bir ayrıma gidilmektedir. Buna göre sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk öncelikle taraf iradelerine göre belirlenmektedir⁶⁷¹.

Sözleşmenin, tarafların seçtikleri hukukla düzenlenmesi olarak tanımlanan irade serbestisi ilkesinin kanunlar ihtilafı kuralı teşkil edip etmediği doktrinde bir kısım hukukçularca tartışma konusu yapılmıştır. Hâkim fikre göre, irade serbestisi, diğer kanunlar ihtilafı kurallarının aksine, ifa yeri, ikametgâh veya vatandaşlık gibi objektif değil, tarafların hukuk seçimine ilişkin iradelerine dayanması bakımından subjektif bir bağlama noktası öngören kanunlar ihtilafı kuralıdır. Zira kanunlar ihtilafı kurallarının genel görünümünden farklılık gösterse dahi, kuralların temel işlevi olan “uygulanacak hukuku belirleme” işlevi burada da mevcuttur⁶⁷².

Sözleşmeler için geçerli olan yasa üç farklı işlevi yerine getirebilir: Birincisi, sözleşmeye bağlı boşlukları varsayılan kurallarla dolduran bir “ek işlev”. İkincisi,

⁶⁶⁹ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 315; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 278; Nuray Ekşi, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, Beta Basımevi, İstanbul, 2019, s. 35.

⁶⁷⁰ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 276; Musa Aygül, “Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (3-4), 2001, (çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/26628/280703> 7 Kasım 2019, s. 237, Alibaba, *Hukuk Seçimi*, s. 25.

⁶⁷¹ Balkar Bozkurt, s. 157.

⁶⁷² Balkar Bozkurt, s. 159.

belirsiz veya belirsiz sözleşme koşullarının anlamını belirleyen bir “yorumlayıcı işlev”. Son olarak, zorunlu kurallara aykırı sözleşme hükümlerini geçersiz kılan bir “kısıtlayıcı işlev”. Bu fonksiyonlar arasında ayırım yapmak, uluslararası ticaret alanındaki “maddi veya iç özerklik” ve “yasalar özerkliği çatışması” arasındaki bağlantıların açıklığa kavuşturulması ve bunun ötesinde, seçimin olmaması durumunda sözleşme hükümleri ile uygulanacak hukuk arasındaki bağlantıların belirlenmesi açısından önemlidir.

İdeal bir uluslararası sözleşme hukuku sistemi altında, özellikle taraflarca seçildiyse, “kısıtlayıcı işlev” sözleşme hukukunun içeriğine yabancı kabul edilmelidir. Taraflar uygulanacak hukuku seçtiklerinde, temel bir yorumlama ilkesi, uygulanacak hukukun kısıtlayıcı işlevinin göz ardı edilmesini gerektirir. Gerekçe; tarafların mantıklı olarak kendi anlaşmalarını geçersiz kılmak için bir hukuk seçmemeleri gerektiğidir. Bununla birlikte, diğer açılardan, bu sonuç, hukuk seçiminde bile açık değildir. Uygulanacak hukuku seçerek taraflar, bir anlamda “kendi kendini sınırlayan” anlaşmalarının kontrolü için bir çerçeve oluşturmakla ilgilenebilirler. Uygulanacak hukukun bağlayıcı kurallarının bazı hükümleri ya da sözleşmenin tamamını geçersiz kılması makul olmayacaktır. Taraflar, sözleşme hükmünün seçilen hukuk üzerinde yaygınlığını açıkça iddia etseler bile, bir hükmün geçerliliği herhangi bir hukuktan dışlanamayacağından, böyle bir sonucu önleyemezler. Taraflar tarafından seçilen hukukun sözleşmeyle yakın bir bağlantı göstermek zorunda olmadığına ve bu nedenle kısıtlayıcı işlevinin yalnızca tarafların iradesi tarafından gerekçelendirildiğinde dikkat edilmesi gerekir. Hukuki kesinlik ve yorumlamanın temel ilkesi, taraflarca yapılan bir sözleşmede yer alan koşulların, aynı taraflarca seçilen hukuk ile bir bütün olarak uyumlu ve geçerli olduğunun kabulüne yol açar⁶⁷³.

İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu (IPRG) m. 116’da sözleşmelere uygulanacak hukukun seçimi düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmelere uygulanacak hukuk konusundaki ilk bağlama noktası tarafların kendi seçtikleri hukuktur. Taraflara seçilen hukuk bakımından herhangi bir sınır getirmeyen bu hüküm, taraflara seçilebilecek hukuk düzenleri bakımından sınırsız bir imkân sunmaktadır. Yine bu maddeye göre, *“hukuk seçimi açıkça yapılmalı ya da sözleşmenin*

⁶⁷³ Lorenzo, s. 67-91.

hükümlerinden veya koşullardan kesin bir biçimde çıkartılabiliyor olmalıdır” denmektedir. Devam eden fıkra ise “*hukuk seçimi her zaman yapılabilir ve değiştirilebilir. Eğer seçim sözleşmenin akdedilmesinden sonra yapılmışsa, sözleşmenin yapılmasından itibaren hüküm doğurur. Üçüncü şahısların hakları saklıdır”* şeklinde düzenlenmiştir⁶⁷⁴.

Sözleşmeler alanındaki kanunlar ihtilafı kurallarının ikili bir yapıya (*la dualité des règles de conflit de lois*) sahip olduğunu söylemek yanlış olmaz. Zira sözleşmeye uygulanacak hukuk öncelikle tarafların seçtikleri hukuk olması (irade serbestisi ilkesi/ *Principe de la loi d'autonomie*), tarafların bu yönde bir hukuk seçimi yapmadıkları halde ise uygulanacak hukukun, sözleşmenin objektif açıdan belirli bir hukuk düzenine bağlanması yani sınırlandırılması amacı taşıyan bağlama noktaları yoluyla bulunmaktadır⁶⁷⁵. Bu nedenle biz de çalışmamızda öncelikle subjektif bağlama kuralı olan hukuk seçimini inceleyip daha sonra hukuk seçimi olmayan hallerde uygulama alanı bulan objektif bağlama kurallarına değinmeyi uygun bulduk.

2.1.2. Hukuk Seçiminin Yapılış Biçimi

2.1.2.1. Açık Hukuk Seçimi

Hukuk seçimi, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin hangi hukuka tabi olacağına dair tarafların irade beyanlarının uyuşması şeklinde tanımlanırken, açık hukuk seçimi tarafların belirli bir hukuku seçme konusunda yorum gerektirmeyecek şekilde açık bir irade beyanında bulunmaları şeklinde tarif edilmektedir⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ Çelikel, Erdem, s. 381.

⁶⁷⁵ Elbette irade serbestisi ilkesi her ülke hukuk sisteminde birincil bağlama kuralı olarak benimsenmemiştir. Bazı ülkelerde öncelikli olarak objektif bir bağlama noktası kabul edilmiş, bununla beraber tarafların başka bir hukuku seçebilecekleri belirtilmiştir. 8 Aralık 1961 tarihli Sovyetler Birliği Medeni Hukuk Mevzuatının Esasları Hakkında Kanun, 1975 tarihli Kanunlar İhtilafı Hakkında Cezayir Kanunu ve İtalyan Medeni Kanunu bunlara örnektir: Balkar Bozkurt, s. 157, 78 nolu dn.

⁶⁷⁶ Ekşi, *Milletlerarası Ticaret* s. 32; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 260; Berk Demirkol, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 2. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 180; İlyas Arslan, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi”, *MHB*, 33 (2), s. 6; Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 123; Nomer, *Devletler Hususi*, s. 310; Özdemir Kocasakal, *m. 24*, s. 29.

Taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku sözleşmede veya ayrıca yapacakları bir hukuk seçimi sözleşmesi ile yahut mahkeme önünde açıkça belirtebilirler. Yine de genellikle açık hukuk seçimi sözleşmenin bir şartı olarak, hukuk seçiminin açıkça düzenlendiği ayrı bir madde ile karşımıza çıkmaktadır⁶⁷⁷. Açık hukuk seçimi, genellikle taraflar arasındaki sözleşme hükümleri ile konulan ve o sözleşmenin tâbi olduğu hukuku belirleyen bir hüküm ile yapılır. Diğer yandan, sözleşmede kendisine referans yapılan genel şartlar arasında yer alan hukuk seçimi de açık bir hukuk seçimidir⁶⁷⁸.

Açık hukuk seçimi hemen hemen bütün hukuk sistemleri ile milletlerarası antlaşmalarda kabul görmektedir⁶⁷⁹. Gerek Türk Milletlerarası Özel Hukukunda gerek Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukunda açık hukuk seçimine yer verilmiştir. Yine Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu ile konvansiyonun yerine geçen Roma I Tüzüğü m. 3'te hukuk seçiminin açık olarak yapılması düzenlenmiştir⁶⁸⁰.

Taraflar açık bir hukuk seçiminde bulunmuşlar ise, genel olarak bu seçim geçerlidir ve sözleşme tamamlayıcı ve emredici kuralları ile birlikte bu hukuka tabi olur⁶⁸¹. Gerçekten de taraflar yaptıkları sözleşmenin mahiyet ve amacına en uygun hukuk sistemini kendileri daha iyi bileceklerinden böylesi bir uygulamanın da irade muhtariyeti prensibi ile örtüştüğü açıktır.

MÖHUK. m. 24/1 hükmü uyarınca sözleşmeden doğan borç ilişkilerine tarafların açıkça seçtikleri hukuk uygulanır. Hukuk seçiminin açık olması deyiminden kasıt, tarafların hukuk seçimi hakkında açık bir irade beyanlarının mevcut olmaması halinde, onların örtülü veya varsayılan irade beyanlarına dayanılarak bir hukuk seçimi yaptıkları sonucuna varılamayacağıdır⁶⁸². Zira Hukuk seçiminin açık olması, tarafların bu konuya ilişkin iradelerini, herhangi bir yoruma

⁶⁷⁷ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 27-28; Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 123.

⁶⁷⁸ Demir Gökyayla, *Tek Satıcılık*, s. 341; Özdemir Kocasakal, *m. 24*, s. 29; Catherine, s. 109.

⁶⁷⁹ 1955 La Haye Sözleşmesi m. 2/2, 1980 Roma Sözleşmesi m. 3/1, 1986 La Haye Satış Sözleşmesi m. 7/1 bunlara örnektir: Tiryakioğlu, *Satım*, s. 28, 78 nolu dn.; Şanlı, *Tahkim*, s. 107.

⁶⁸⁰ Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 123.

⁶⁸¹ Vedat Raşit Seviğ, vd. "Devletler Hususî Hukukunda Akitlerde İrade Muhtariyeti-Zamanaşımı (Y. 11. HD.'nin E. 1979/1512, K. 1979/1795 Sayılı ve 5.4.1979 Tarihli Kararının Tahlili)", *MHB*. S. 1, Y. 1 (1981), s. 33-34; Şanlı, *Tahkim*, s. 108; Tekinalp, s. 230-231.

⁶⁸² Emre Esen, "Yabancılık Unsuru Taşıyan Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesi Hakkındaki Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", *İÜHF*, C. LXV, S. 2, 2007, s. 387.

ihtiyaç duymayacak netlikte ve anlaşılır bir şekilde beyan etmiş olmalarını ifade eder⁶⁸³.

2.1.2.2. Örtülü Hukuk Seçimi

Taraflar hukuk seçimi hakkındaki iradelerini açık olarak beyan etmemiş olsalar dahi, şayet bir hukuk seçimi yapmış olduklarına ilişkin iradelerinin varlığı bir şekilde anlaşılabiliriyorsa, bu takdirde örtülü (zımni) hukuk seçiminden bahsedilmektedir⁶⁸⁴.

2.1.2.2.1. Çeşitli Ülke Hukuklarında ve Uluslararası Metinlerde Durum

Birçok ülkede, tarafların hukuk seçimi ile ilgili niyetleri açık veya zımni olarak uygulanabilir. Bununla birlikte, bazı diğer ülkelerde, sözleşmeye bağlı hukuk seçimi taraflarca açıkça yapılan seçim ile sınırlı olup, örtük seçenek tanınmamıştır⁶⁸⁵. Genel olarak irade serbestisine yer veren hukuk düzenlerinde tarafların zımni iradelerine de yer verilmektedir⁶⁸⁶. Diğer yandan zımni hukuk seçimi irade serbestisinin bir türü olarak başlıca milletlerarası sözleşmelerde de yer almaktadır⁶⁸⁷.

1979 tarihli Avusturya Kanunu m. 35, örtülü hukuk seçimini şöyle tarif etmiştir: “*Hal ve şartlardan tarafların belirli bir hukuk sistemini uygulamak istedikleri sonucu çıkarılırsa, bu seçim örtülü seçime tekabül eder*”. Yine Alman kanunu (EGBGB) m. 27’de “*hukuk seçiminin sözleşmenin hükümlerinden veya sebebine ilişkin şartlardan kesinlikle anlaşılması*” tarzında benzer ifadelere yer verildiği görülmektedir. Buna karşın İspanyol Kanunu m. 10/b, 1984 Peru Medeni Kanunu m. 2095 gibi bazı ülke hukuklarında sadece açık hukuk seçimine izin

⁶⁸³ Nomer, *Devletler Hususî* s. 310; Kocasakal, *m. 24*, s. 29.

⁶⁸⁴ Nomer, *Devletler Hususî*, s. 310.

⁶⁸⁵ Zhang, *Choice of Law*, s. 18. Örneğin Peru hukukunda hukuk seçiminin geçerli olması için, açık seçim olması zorunludur. Bu açıkça Medeni Kanunun, yazılış şekli sessiz seçime izin vermeyen 2905. Maddesinde belirtilmiştir. Yine bir başka örnek Çin Halk Cumhuriyeti Yabancılarla İlgili Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanabilir Hukuk Hakkında Kanun’un (Çin PIL Yasası) 3. maddesinde de belirtilmiştir: Albornoz, González, s. 437-465.

⁶⁸⁶ Sadece açık hukuk seçimini dikkate alan, örtülü hukuk seçimine yer vermeyen ülke düzenlemelerinden biri olan Çin Hukukuna göre, tarafların hukuk seçimine yönelik iradeleri ancak açıkça ortaya konmuşsa dikkate alınmaktadır: ZHANG, *Contractual*, s. 524, 90 nolu dn.; Pertegás, Brooke, *Choice of Law*, s. 975-1003.

⁶⁸⁷ Şanlı, *Tahkim*, s. 176-177.

verildiği, örtülü hukuk seçiminin kabul edilmediği; Polonya, Yugoslav Macar hukukları gibi diğer bazı hukuk düzenlerinde ise sadece hukuk seçimi ibaresine yer verilmiş, örtülü hukuk seçimi hakkında herhangi bir düzenleme yapılmamıştır⁶⁸⁸.

Bazı uluslararası sözleşmelerde özel bir hükümle örtülü hukuk seçimi hakkındaki tereddütler karşılanmaya çalışılmıştır. Örneğin menkul satımı hakkındaki 1955 tarihli Lahey anlaşmasının ikinci maddesinde satım akdi ilk plânda taraflarca tâyin edilen kanunla idare olunacağı hüküm altına alındıktan sonra, bu seçimin konusu ya sözleşmenin açık bir hükmüne konu olmalı veya sözleşme hükümlerinden tereddütsüzce çıkarılabilmelidir, demek suretiyle örtülü hukuk seçimine yer verilmiştir⁶⁸⁹.

Avrupa Ekonomik Topluluğu Konansiyonu m. 1/1'e göre, *“Bir sözleşme, taraflarca seçilen hukukla oluşturulur. Seçim, sözleşme hükümlerinden ya da dava koşullarından makul bir kesinlikle çıkarılmalıdır”*.

2.1.2.2.2. Türk Hukukunda Durum

Türk Hukukunda, örtülü hukuk seçimi 2675 sayılı mülga MÖHUK'ta ve bu kanun yürürlüğe girmeden önce Yargıtay kararlarında da kabul edilmiştir⁶⁹⁰.

5718 sayılı MÖHUK m. 24/1'in ikinci cümlesine göre, hukuk seçimi açık yapılabileceği gibi sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen şekilde de yapılabilir. Roma Konvansiyonu ile paralellik arz eden hükümde yer alan “veya” ibaresinden de anlaşılmaktadır ki, sözleşme hükümleri ile halin şartları unsurlarının birlikte ele alınması ve bu iki unsurun tereddüde yer vermeyecek şekilde hukuk seçimini işaret etmesi gerekmektedir⁶⁹¹. Sözleşmede açık ve kesin ifadelerle yer verilme dahi tarafların iradeleri tereddüde yer vermeyecek şekilde belirli bir hukuk düzenlerini seçtikleri anlaşılabilirse açık hukuk seçiminden söz edilebilir⁶⁹². Burada ikinci cümlede

⁶⁸⁸ Çilingiroğlu, s. 109-110.

⁶⁸⁹ Göger, *Yetkili Kanun Seçimi*, s. 313.

⁶⁹⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 05.04.1980 tarih ve 1979/1512 Esas ve 1979/1795 Karar sayılı kararı, (YKD. C. 7, Y. 1981, S. 1, s. 59; MHB, S. 1, Y. 1981/1, s. 33 vd.).

⁶⁹¹ Demirkol, s. 192-193.

⁶⁹² Nomer, *Devletler Hususi*, s. 323; Özdemir Kocasakal, *m. 24*, s. 43 dn. 51.

getirilen şartın amacı gerçek irade ile farazi irade⁶⁹³ ayrımını yapabilmektir. Zira hangi şartların tarafların örtülü hukuk seçiminde bulunduklarının kabulü için gerekli olduğunun tespiti güçtür⁶⁹⁴. Fakat yine de örtülü iradenin varlığı araştırılırken kati ve değişmez kıstaslar önceden ortaya konmalı, böylelikle keyfi tespitler engellenmelidir. Hâkim tespitinde iş hayatına ilişkin kurallardan, sözleşmede yer alan ifadelerden, maddi hukuk terimlerinin ait olduğu hukuk sistemlerinden, taraflar arasında önceden mevcut ilişkilerde varsa hukuk seçimlerinden, yetki sözleşmesinden⁶⁹⁵, sözleşmenin yapıldığı yerden ve ifa yeri gibi unsurlardan yararlanabilecektir⁶⁹⁶. Ancak bu gibi kıstasların varlığı başlı başına hukuk seçiminin varlığını ispata yetmediği için başkaca delillerle desteklenmesi gerekmektedir⁶⁹⁷. Hangi unsurların hukuk seçimi için bir belirti anlamı sayılacağı konusu ise *lex fori* ye tabidir⁶⁹⁸.

Madde metninde yer alan “*tereddüde yer vermeyecek şekilde*” ibaresi, hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla getirilmiştir⁶⁹⁹.

Doktrinde MÖHUK m. 24/1’de yer alan “*Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde*” ibaresinde zımni hukuk seçiminin anlaşılması hakkında şüphe duyan bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre tarafların davada sundukları karşılıklı dilekçelerde belirli bir hukuka dayanmaları durumunun halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen bir hukuk seçimi doğuracaktır⁷⁰⁰.

⁶⁹³ Farazi irade hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, *Devletler Hususi*, s. 323; Özdemir Kocasakal, *m. 24*, s. 44; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 358-360; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 349.

⁶⁹⁴ Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 124.

⁶⁹⁵ Yetki sözleşmesinin hukuk seçimine işaret etmekle beraber tek başına yeterli olmadığı hakkında bkz. Şanlı, s. 266; Çelikel, Erdem, s. 328; Bayata Canyaş, *AB ve Türk Hukuku*, s. 64 vd.; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 357-358; Nomer, *Devletler Hususi*, s. 311 vd.; Demirkol, s. 151 vd.; Lale Ayhan İzmirli, *Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Müzakeresi ve Hazırlanması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 390 vd.; Çelikel, Erdem, s. 357.

⁶⁹⁶ Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 366; Bayata Canyaş, *Roma I Tüzüğü*, s. 112; Arslan, s. 12-14.

⁶⁹⁷ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 324; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 358.

⁶⁹⁸ Bayata Canyaş, *Roma I Tüzüğü*, s. 117; Hacı Can, Ali Gümrah Toker, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 270.

⁶⁹⁹ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 348; Bayata Canyaş, *Roma I Tüzüğü*, s. 116-117.

⁷⁰⁰ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 260-261; Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 124.

2.1.2.2.3. Örtülü Hukuk Seçiminin Görünüm Şekilleri

Her ne kadar hukukun etkili bir zımni seçim olup olmadığının belirlenmesi duruma göre yapılması gerekse de zımni bir hukuk seçiminin açık ve net bir şekilde ortaya çıktığını gösteren bazı sinyaller vardır. Bu sinyaller şunlardır: Taraflarca standart bir şeklin kullanılması; açık bir hukuki tercihi içeren sözleşmeler dâhilinde taraflar arasında bir önceki işleme veya yasanın belirli bir maddesine atıfta bulunur. Bu arada, belirli bir dilin kullanılması veya belirli bir ülkede noter huzurunda bir tapunun varlığı gibi diğer kıstaslar, zımni bir hukuk seçiminin güçlü göstergeleri sayılmamaktadır. Bu etkenler yalnızca diğerleriyle beraber anlamlı hale gelir. Buna ek olarak, hukuk seçimine dair bir niyetin kanıtlayıcı etkilerini reddeden bir faktör, her iki taraf da anlaşmışsa ortak uygulama alanıdır⁷⁰¹.

Davanın belirli bir ülke mahkemesinde⁷⁰² görüleceğine veya belli bir ülkede tahkime başvurulacağına ilişkin şartlar, o mahkemenin veya tahkim yerinin hukukunun seçildiğinin belirtisi olabilir⁷⁰³. Özellikle milletlerarası ticari işlemlerin oldukça önemli bir kısmını oluşturan satım sözleşmelerinde bu tür kayıtlar, sözleşme, tahkim yeri veya mahkemenin bulunduğu yer ile hiçbir irtibata sahip olmasa bile örtülü iradenin göstergesi olarak kabul edilebilmektedir⁷⁰⁴. Hem böylesi bir kabul, taraflar, hakem veya hâkim bakımından kuşkusuz bazı kolaylıklar sağlayacaktır. Özellikle mahkemenin kendi hukukunu uygulaması, yabancı hukukun uygulanmasından daha ucuz ve hızlı olacağından dava ekonomisine de hizmet edilmiş olacaktır⁷⁰⁵.

Tarafların sözleşmede özellikle belli bir hukuka özgü kavram ve terimleri kullanmışsa, belli bir ülkenin kanunlarına veya o ülkede geçerli olan örf ve âdet

⁷⁰¹ Nguyen, s. 343–367.

⁷⁰² “5718 Sayılı yasanın 24. maddesi kapsamında taraflar arasında yazılı ve geçerli bir sözleşme bulunmamaktadır. Bu sebeple imzasız sözleşmenin 7/1. maddesindeki “Avrupa hukuku uygulanacaktır.” ifadesinin de somut olaya uygulanması mümkün değildir. Kaldı ki, sözleşme metninde Hollanda hukukunu uygulanacağına dair bir ifade yer almayıp genel manada Avrupa hukuku uygulanacaktır ifadesi kullanılmıştır. Avrupa hukuku uygulanacaktır ifadesinden, Hollanda hukukunun uyumsuzluğun çözümüne uygulanacağına dair bir hüküm çıkarılamaz”.: İstanbul BAM, 14. Hukuk Dairesinin 10.05.2018 tarih ve 2017/975 Esas ve 2018/485 Karar sayılı kararı.

⁷⁰³ Diğer yandan, Roma I Tüzüğü hazırlanırken Avrupa Uluslararası Özel Hukuk Grubu (GEDIP/EGLIP) (*Groupe européen de droit international privé; European Group for Private International Law*. Grup hakkında bkz. http://www.gedip-egpil.eu/present_eng.html.), bir mahkemenin yetkisinin kabul edilmesinin tek başına, o mahkemenin hukukunun da seçildiği anlamına gelmeyeceği yönünde bir hüküm konulmasını önermiştir: Kocasakal, *m. 24*, s. 47.

⁷⁰⁴ Uluocak, *Kanunlar İhtilafı*, s. 141; Tiryakioğlu, *Satum*, s. 28.

⁷⁰⁵ Tiryakioğlu, *Satum*, s. 29.

kurallarına yollama yapmışsa, belli bir ülkenin dilini, para birimini kullanmışsa o ülke hukukunun örtülü olarak seçildiği kabul edilebilir. Yine sözleşmedeki bir hükmün bir ülkede geçerli olup başka bir ülkede geçersiz olması ve sözleşmenin belli bir hukuka tabi olan ülke başka bir sözleşme ile irtibatlı olması da örtülü hukuk seçiminin işaretleri olabilir. Tarafların vatandaşlıkları ve mutad meskenleri, sözleşme konusu edimin bulunduğu yer, yetkili bir mahkemenin seçilmesi, açık bir hukuk seçiminin yapıldığı bir başka sözleşmeye atıfta bulunulması örtülü hukuk seçimini gösterebilir⁷⁰⁶. Bu unsurların tamamı veya bir kısmının gerçekleşmiş olması, örtülü hukuk seçimi varlığını gösterebilir⁷⁰⁷. Kriterlerden birkaçının bir arada bulunması örtülü iradenin varlığını kuvvetlendirecektir⁷⁰⁸. Ancak yine de hâkim, bu unsurları değerlendirirken belli bir hukuk seçimine ilişkin iradeyi işaret edip etmediğini tespit etmelidir. Hâkim, örtülü hukuk seçimi gerekçesine dayanarak kendi istediğini yapma serbestisine sahip değildir. Bu unsurların tarafların gerçek iradesini ortaya koyması gerekir⁷⁰⁹.

Sözleşmenin belli bir ülke hukukuna göre kurulmasını esas alan hükümler (*construction clauses*), örtülü hukuk seçimini tespit için kullanılacak irtibatlardan biridir. Fakat böyle bir ifade uygulanacak hukuku tespit için tek başına yeterli olmayıp diğer irtibatlarla da desteklenmelidir⁷¹⁰.

2.1.2.2.4. Örtülü Hukuk Seçiminin Kabul Görmediği Haller

Kanun koyucu örtülü hukuk seçiminin kabulünü, sözleşmenin tipine veya önemine bağlamamıştır. Buna rağmen doktrinde örneğin milletlerarası inşaat sözleşmeleri gibi önemli bulunan sözleşmeler için örtülü hukuk seçiminin kabul edilmesinin doğru olmadığını savunan yazarlar vardır. Bu sözleşmelerde hukuk

⁷⁰⁶ Tarman, *Roma I*, s. 310; Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 124.

⁷⁰⁷ Bir görüşe göre, kıstaslardan yalnız birinin varlığının örtülü hukuk seçiminin kabulü için yeterli olamayacağı, birkaçının somut olayda bulunması halinde taraf iradelerine bir anlam yüklenebileceği öne sürülmüştür: Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 282; Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 125.

⁷⁰⁸ Akıncı, *Uygulanacak Hukuk*, s. 13; Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 311.

⁷⁰⁹ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 29.

⁷¹⁰ Demir Gökyayla, *Tek Satıcılık*, s. 324.

seçiminin açık olarak yapılmasının herkes için öngörülebilirlik ve güven sağlayacağı savunulmaktadır⁷¹¹.

Uluslararası ticarete tarafların üstü kapalı iradelerinin araştırılmasının belirsizliklere yol açacağı gerekçesiyle örtülü hukuk seçimine itibar edilmemektedir. Gerçekten de ticari bir sözleşmede tarafların hukuk seçimine dair açık bir hükme yer vermemelerinin çeşitli gerekçeleri olabilir. Öncelikle taraflar, belirli bir hukukun seçilmesi konusunda anlaşmalarına rağmen sözleşmeye bu yönde hüküm koymayı unutmuş olabilirler. Diğer bir ihtimal olarak taraflar, sözleşmenin diğer hükümlerini düzenlerken belirli bir hukuk sisteminin etkisinde kaldıklarını veya o hukukun uygulanmasını istediklerini o kadar belli etmişlerdir ki bunu ayrı bir hükümle tespit etmeye gerek görmeyebilirler. Son ihtimal olarak da taraflar hukuk seçimi konusunda müzakerede bulunmalarına rağmen uzlaşma sağlayamadıkları için böyle bir hükme bilinçli olarak yer vermemiş olabilirler⁷¹².

Tarafların dava sırasında başka bir hukukun uygulanmasını öne sürmeleri halinde artık örtülü bir hukuk seçiminin varlığı araştırılmaz⁷¹³. Yine taraf iradelerinin sözleşmenin hükümlerinden ve davanın şartlarından anlaşılan irtibatların tek bir hukuka işaret eder nitelikte olması gerekmektedir. Birden fazla hukuk arasında hangisinin seçileceği gibi bir belirsizlik, tarafların belli bir hukukun uygulanması yönünde ortak iradeleri olmadığını gösterir. Bu durumda taraflarca hukuk seçimi yapılmamış sayılarak artık objektif yöntem uyarınca uygulanacak hukuk tespit edilecektir⁷¹⁴. Bunun gibi tarafların hukuk seçimi konusunu görüşmelerine rağmen uzlaşmaya varamamış olmaları halinde üstü kapalı iradelerinin araştırılmasına gerek bulunmamaktadır, üstü kapalı hukuk seçiminden bahsedilebilmesi için, tarafların hukuk seçimi konusunu açık olarak görüşmemiş olmaları gerekmektedir⁷¹⁵.

⁷¹¹ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1996, s. 271.

⁷¹² Kessedjian, (dn. 5), 109, dn. 17; Kocasakal, *m. 24*, s. 48.

⁷¹³ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 28.

⁷¹⁴ Bayata Canyaş, *Roma I Tüzüğü*, s. 117.

⁷¹⁵ Vahit Doğan, *Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif*, 4. bs., Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 141, dn. 28.

2.1.2.2.5. *Incorporation* ile Örtülü Hukuk Seçimi Arasındaki Farklar

Örtülü hukuk secimi ile “sözleşmeye dâhil etme (*Incorporation*)”⁷¹⁶ ” karıştırılmamalıdır. Tarafların belli bir hukukun belli hükümlerine sözleşmenin bir hükmü olarak yer vermeleri farklıdır; tarafların belli bir ülke hukukunu seçmeleri ancak bunu açıkça ifade etmeme durumları farklıdır. Taraflar, belli bir hukuku seçmek niyetinde olmayıp, sadece o hukukun belli hükümlerine sözleşmelerinde yer vermek istemiş olabilirler. Bu durumda hâkimin, tarafların bu iradesini, örtülü bir hukuk secimi yapılmış gibi yorumlaması ve tüm sözleşme bakımından uygulaması yanlış olur ve taraf iradesini yansıtmaz. *Incorporation* iki şekilde gerçekleştirilebilir: Taraflar yabancı hukukta yer alan belirli hükümleri kelime kelime sözleşmelerine yazabilirler. Örneğin, taraflar, satım sözleşmesinin ifasına ilişkin yükümlülüklerle ilgili İsviçre Borçlar Kanunu’nun hükümlerini sözleşmelerinde aynen yazabilirler veya belirli bir konuya ilişkin hak ve yükümlülüklerde yabancı hukukun ilgili maddelerinin uygulanacağını belirtmekle yetinebilirler⁷¹⁷. Yine taraflar aralarındaki sözleşmeye İngiliz hukukunun uygulanmasını; ancak ifaya ilişkin yükümlülükleri bakımından Fransız Medeni Kanunu’nun belirli hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırabilirler⁷¹⁸.

Bir devlete ait olmayan bir hukuk düzeninin belirli maddi hukuk kurallarına yapılan atıf mümkün ve kabul edilebilir bir seçimdir⁷¹⁹. Ancak önemle belirtilmesi gereken husus bu tür seçimlerin kanunlar ihtilafı anlamında bir hukuk seçimi teşkil etmeyeceğidir⁷²⁰. Örneğin Milletlerarası Ticaret Odası’nın milletlerarası ticaret uygulamalarında genel kabule göre kuralları birleştirdiği INCOTERMS kuralları taraflarca aralarındaki sözleşmede uygulanmak üzere seçilebilir. Fakat taraflar INCOTERMS kurallarına atıf yapmakla hiçbir surette aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapmış olmazlar⁷²¹.

⁷¹⁶ Enkorporasyon hakkında detaylı bilgi için bkz. Ekşi, *Incorporation*.

⁷¹⁷ Ekşi, *Incorporation*, s. 268.

⁷¹⁸ Bayata Canyaş, s. 113, 13 nolu dn.

⁷¹⁹ Çelikel, Erdem, s. 412; Ekşi, *Incorporation*, s. 263 vd.

⁷²⁰ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 311; Şanlı, *Ticari Akitler*, s. 57.

⁷²¹ Çelikel, Erdem, s. 397.

2.1.2.3. Kısmi Hukuk Seçimi

Bir yasal ilişki içeren unsurların, birkaç farklı hukuk sisteminin yasalarına tabi olacak şekilde ayrılması süreci “*dépeçage*” olarak bilinir. Bazı yorumcular, *dépeçage*'nin bir sözleşme ortamında kısıtlı olarak kullanılması gerektiğini, yalnızca açıkça görülebilen sözleşmeli işlemlere uygulanması gerektiğini ileri sürerler⁷²².

MÖHUK m. 24/2'ye göre, taraflara seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanması imkânı getirilmiştir. Böylece taraflar sözleşmeden doğan ilişkilerine uygulanacak hukuku parçalayabilir, yani sözleşmenin muayyen kısımlarına uygulanmak üzere farklı hukukları seçebilecekleri kabul edilmiştir⁷²³. Hukuk seçiminin sözleşmenin bir kısmına uygulanması kararlaştırılacaksa bunun açıkça belirtilmesi gerekmektedir⁷²⁴. Ayrıca birbirinden içerik olarak ayrılabilen parçalara farklı hukuk düzenlerinin uygulanacağı kararlaştırılabilir⁷²⁵.

Taraflar her birinin edimleri için farklı hukuk düzenlerinin uygulanmasını da kararlaştırabilirler⁷²⁶. Diğer yandan işin niteliği gerektirmedikçe sözleşmenin hukuki ve ekonomik bütünlüğünün ve tarafların karşılıklı hak ve borçları bakımından dengenin bozulmaması adına kısmi hukuk seçiminin tercih edilmemesini salık veren yazarlar bulunmaktadır⁷²⁷.

Taraflar, tek bir hukuk sistemini seçerek seçtikleri bu hukukun sözleşmenin sadece belirli bir kısmına uygulanacağını kararlaştırdıklarında sözleşmenin diğer kısımları açısından uygulanması gereken hukuk MÖHUK m. 24/4' de yer alan objektif ölçütlere göre belirlenecektir⁷²⁸. Hukuk seçimine ilişkin sözleşmede, bu seçimin sözleşmenin bir kısmına yönelik olduğu belirtilmemişse, sözleşmenin tamamı için seçim yapıldığı kabul edilmelidir⁷²⁹.

Doktrinde, tarafların edimleri açısından farklı hukukların seçilmesinin, sözleşmenin bütünlüğünü bozacağı, ancak hukuk seçimi bir kere kabul edildiğinde

⁷²² Pertegás, Brooke, *Choice of Law*, s. 975-1003.

⁷²³ Çelikel, Erdem, s. 396.

⁷²⁴ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 326; Demir Gökyayla, *Tek Satıcılık*, s. 302; Ekşi, *Milletlerarası Ticaret*, s. 34; Bayata Canyaş, s. 69; Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 125.

⁷²⁵ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 354; Tiryakioğlu, *Satım*, s. 25; Özdemir Kocasakal, *m. 24*, s. 41.

⁷²⁶ Akıncı, *Uygulanacak Hukuk*, s. 14.

⁷²⁷ Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 267; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 369; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 371; Demir Gökyayla, *Tek Satıcılık*, s. 302; Özdemir Kocasakal, *m. 24*, s. 42.

⁷²⁸ Kocasakal, *m. 24*, s. 41.

⁷²⁹ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 312 dn. 4; Kocasakal, *m. 24*, s. 41, 40 nolu dn.

buna sınırlama getirilmesinin irade serbestisine aykırılık teşkil edeceği, bu nedenle, tarafların seçimde serbest bırakılması gerektiği; ancak birbirinden muhteva itibariyle ayrılamayacak hususların farklı hukuklara tâbi tutulmaması gerektiği belirtilmektedir⁷³⁰.

Karma sözleşmelerde veya hukuki veya ekonomik açıdan birbirinden ayrılabilir kısımlar bulunan sözleşmelerde kısmi hukuk seçimi yapılmasının makul karşılanabileceği, ancak satım gibi basit sözleşmelerde kısmi hukuk seçiminin sözleşmenin bütünlüğünü bozacağı, bu nedenle sınırlandırılması gerektiği⁷³¹; diğer yandan tarafların sözleşmeyi parçalayarak farklı hukuka tâbi tutmalarının beklenemeyeceği ifade edilmektedir⁷³².

Özetle, taraflar irade serbestisi prensibi çerçevesinde, sözleşmenin farklı kısımlarına uygulanmak üzere birden fazla hukuk seçimi yapabilirler; fakat bu seçim sözleşmenin bütünlüğüne zarar vermeyecek şekilde yapılmalı ve sözleşmenin birbirinden ayrılabilen, ayrı çözümlerin konusunu oluşturabilecek kısımları için farklı hukukların uygulanmasına imkân sağlamalıdır. Örneğin, sözleşme taraflarının inşaat, satış, bakım, teknoloji transferi, personel eğitimi gibi çok farklı edimler üstlendiği, bir sınaî tesisin kurulmasına ilişkin karma veya bileşik sözleşmelerde bu farklı edimlere ilişkin taahhütler açısından farklı hukukların seçilmesi mümkün olabilir⁷³³.

Bazı durumlarda özellikle sorumluluğun sınırlandırılması veya cezai şart/götürü tazminat gibi farklı hukuklarca farklı yaklaşılan kavramlardan istifade etmek için sözleşmenin belirli kısımları taraflarca farklı hukuka tâbi tutulabilir⁷³⁴. Öte yandan çıkan bir uyuşmazlığa seçilen hukuklardan hangisinin uygulanacağı konusunda bir karışıklık çıkabilir, bu nedenle sözleşmenin tamamına tek bir hukuk seçilmesi daha yerinde olacaktır⁷³⁵.

⁷³⁰ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 338-353, dn. 8; Tiryakioğlu, *Satım*, s. 25 dn. 9; Fügen Sargın, *Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 204, dn. 27; Öztürk, *Ortak Girişim*, s. 145, dn. 9.

⁷³¹ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 25, dn. 9; Şanlı, *Ticari Akitler*, s. 50, dn. 6

⁷³² Nomer, *Devletler Hususi*, s. 312, dn. 4.

⁷³³ Kocasakal, *m. 24*, s. 41-42.

⁷³⁴ Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 267; Çelikel, Erdem, s. 358; İzmirli, s. 407; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 354; Nomer, *Devletler Hususi*, s. 315; Akıncı, *Uygulanacak Hukuk*, s. 14; Bayata Canyaş, *AB ve Türk Hukuku*, s. 68 vd.; Demirkol, s. 192 vd.

⁷³⁵ Ziya Akıncı, “Milletlerarası İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Talep Prosedürü”, *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmeler Meseleler*, Ed. Sibel Özel, Mustafa Erkan, Uluslararası Konferans, 11 Ekim 2018, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 271.

Taraflar sözleşmeye uygulanmak üzere seçmiş oldukları hukukun emredici hükümlerinden kaçmak için de kısmî hukuk seçimi yolunu kullanmış olabilirler. MÖHUK tarafından böyle bir olasılık ele alınmamakla beraber tarafların bu kasıtlı yaptıkları kısmî hukuk seçimlerinin kabul edilmemesi gerektiği doktrinde bildirilmiştir⁷³⁶.

Kısmi hukuk seçimi, çelişkili yorumlara ve uygulamalara yol açabilecek dolayısıyla hukuki güvenliği tehdit edebilecek bir yöntemdir. Nitekim bu gerekçelerle uygulamada kısmi hukuk seçimine pek başvurulmadığı⁷³⁷; bu imkânın, ancak, kendi özel ihtiyaçlarına uygun olarak hukuk seçimi şartını düzenlemek isteyen çok ayrıntılı düşünen taraflarca kullanılabileceği ifade edilmektedir⁷³⁸.

2.1.2.4. Hukuk Seçiminin Yapılma Zamanı

Genellikle hukuk seçimi sözleşme ile birlikte, onun bir hükmü olarak yapılırsa da daha sonra ayrı bir sözleşme ile de hukuk seçiminin yapılması veya daha önce seçilmiş olan hukukun değiştirilmesi mümkündür. Gerçekten MÖHUK m. 24 hukuk seçiminin yapılma zamanı bakımından bir sınırlama koymamıştır. 24. maddenin 3. fıkrasına göre, hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir.

Sonradan yapılan veya değiştirilen hukuk seçimi, aksi kararlaştırılmadıkça ve tarafların iradelerine uygun olarak sözleşmenin kurulduğu andan itibaren, geriye etkili olarak geçerlidir. Sözleşme kurulduktan sonraki değişikliğin üçüncü kişilerin hakları bakımından bir etki doğurmayacağı da kabul edilmiştir^{739 740}. Böylece

⁷³⁶ Rona Aybay, Esra Daradağan, *Uluslararası Düzeyde Yasalar Çatışması (Kanunlar İhtilaftı)*, 2. bs., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.

s. 252; Demirkol, s. 230-231; Bayata Canyaş, *AB ve Türk Hukuku*, s. 70; Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 126.

⁷³⁷ Zeynep Derya Tarman, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, *BATİDER*, 2010, C.XXVI, S.1, s. 143-168, dn. 151.

⁷³⁸ Kocasakal, *m. 24*, s. 42.

⁷³⁹ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 316-321; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 280-281; Çelikel, Erdem, s. 381; Ekşi, *Milletlerarası Ticaret*, s. 34; Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 129.

⁷⁴⁰ Örneğin, sözleşmeye uygulanacak hukukun değişmesi ile taraflardan birinin borcu daha ağırlaşsa da onun lehine kefil olan üçüncü kişinin yükümlülüğü bu değişiklikten etkilenmeyecektir. Benzer şekilde, sözleşme taraflarından birinin diğerinde olan alacağına haciz koyduran üçüncü kişi (alacaklının alacaklısı), uygulanacak hukuk değişikliği ile bu alacak sona erse veya azalsa dahi söz konusu hacizden yararlanmaya devam edecektir: Kocasakal, *m. 24*, s. 32

tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukuku değiştirerek üçüncü kişilerin kazanılmış haklarına zarar verme ihtimali engellenmiştir⁷⁴¹.

MÖHUK m. 24/3'te hukuk seçiminin sözleşmenin her aşamasında yapılabileceği belirtilmiştir. Böylelikle şartlı hukuk seçiminin de yapılmasının önü açılmıştır⁷⁴². Şartlı hukuk seçimi geciktirici veya bozucu şarta bağlı olarak yapılabilir⁷⁴³.

Doktrinde, hukuk seçiminin yargılama aşamasında dahi yapılmasına imkân tanınması gerektiği⁷⁴⁴; özellikle böyle bir durumda seçimin genellikle *lex fori* lehine yapılacağı, dolayısıyla hâkimin kendi hukukunu uygulama kolaylığı sağlayacağı gerekçesiyle ileri sürülmektedir⁷⁴⁵. Buna bağlı olarak, tarafların, davanın açıldığı mahkemenin kendi hukukunu uygulayacağını kararlaştırmaları, yani şartlı hukuk seçimi ("*floating choice of law*") yapabilecekleri de kabul edilmektedir⁷⁴⁶.

Sonradan yapılan hukuk seçiminin geçmişe etkili olması, sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliğinin de yeni hukuka tâbi olmasına yol açmaz. Bu konularda sözleşmenin kurulduğu an itibarıyla sözleşmeye uygulanması gereken hukuk esas alınır; sadece sözleşmenin hükümleri yeni seçilen hukuka tâbi olur⁷⁴⁷.

Sözleşmenin şekil bakımından geçerliliği konusunda alternatif olarak uygulanması gereken hukuk sistemlerinden birisi de MÖHUK m. 7'ye göre sözleşmenin esasına uygulanacak hukuktur. Dolayısıyla yapıldığı sıradaki sözleşmeye uygulanması gereken hukuka göre şekil bakımından geçerli olan bir sözleşme, sonradan yapılan hukuk seçimi ile yetkili kılınan hukukun şekil koşullarına uymasa dahi geçerli kalmaya devam eder⁷⁴⁸.

⁷⁴¹ Çelikel, Erdem, s. 396.

⁷⁴² Nomer, **Devletler Hususi**, s. 327; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 355.

⁷⁴³ Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 298.

⁷⁴⁴ Çelikel, Erdem, s. 320, dn. 8; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, 339-340, dn. 8; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 312, dn. 4; Kocasakal, **m. 24**; s. 31.

⁷⁴⁵ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 339, dn. 8; Kocasakal, **m. 24**, s. 31.

⁷⁴⁶ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 339, dn. 8; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 313, dn. 4; Öztürk, **Ortak Girişim**, s. 145, dn. 9; Tarman, **Yabancılık**, s. 153, dn.7.

⁷⁴⁷ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 340, dn. 8; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 313 dn. 4; Kocasakal, **m. 24**, s. 31.

⁷⁴⁸ Kocasakal, **m. 24**, s. 31

2.1.2.5. Statü Değişiklikleri

Taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk sisteminde bu seçim tarihinden sonra meydana gelen değişikliklerin sözleşmeye uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı değerlendirmelerde bulunmak mümkündür. Gerçekten de irade serbestîsi prensibine önem atfederek tarafların hukuk seçimi yaptıkları andaki içeriğini dikkate alarak söz konusu hukuku seçtikleri, dolayısıyla bu hukukta sonradan yapılan değişikliklerin dikkate alınmaması gerektiği kabul edilebilir. Diğer yandan, tarafların bir hukuk sistemini seçmekle o hukuk sisteminde zaman içinde meydana gelecek değişiklikleri de kabul etmiş sayılacakları gerekçesiyle, seçilen hukukun, dava tarihindeki hükümleri ile uygulanması gerektiği de ileri sürülebilir⁷⁴⁹.

Bir görüşe göre, taraflar statü değişiklikleri konusunda bir anlaşma sağlamalı, böyle bir anlaşma sağlanamazsa, hukuk güvenliğini sağlamak açısından, tarafların hukuk seçimi yaptıkları andaki hükümlerin uygulanması gerekir⁷⁵⁰. Başka bir görüşe göre tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukukun maddi hükümlerinde sonradan meydana gelecek değişiklikler, sözleşmeye de ister istemez etki edecektir. Aksi durumda seçilen hukukun emredici hükümlerine aykırılık durumu oluşturabilecektir⁷⁵¹.

MÖHUK m. 24/3'e göre taraflar yaptıkları hukuk seçimini sonradan değiştirme imkânına sahip olduklarından eğer seçtikleri hukuk sisteminde yapılan değişiklikler, o hukuku seçmelerine yönelik menfaatlerinin ortadan kalkmasına yol açmış ise, uzlaşarak sözleşmeye uygulanmak üzere yeni bir hukuk sistemi seçebilirler. Taraflar arasında sonradan böyle bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, daha önceden yapılan hukuk seçimini, seçilen hukukun bütünüyle ve ileride ortaya çıkabilecek olası değişiklikleri ile uygulanmasına yönelik bir irade olarak kabul etmek gerekir. Zira taraflar, bir "hukuk sistemini" seçmektedirler. Hukuk statik değil, zaman içinde değişikliğe uğrayabilen, yaşayan bir düzendir. Eğer taraflar, seçtikleri hukukun, o an itibarıyla içeriğinin uygulanmasını talep ediyorsa, ona yönelik tespitleri bir hukuk seçimi değil, ilgili hükümlerin sözleşme metnine dâhil edilmesi

⁷⁴⁹ Kocasakal, *m. 24*, s. 35.

⁷⁵⁰ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 341, dn. 8

⁷⁵¹ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 323; Tekinalp, Uyanık, s. 291.

olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla, MÖHUK m.24/4 uyarınca tespit edilecek hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla ilgili hükümlere uygulanma alanı tanınabilir⁷⁵².

Hukuk seçiminden sonra seçilen hukukta meydana gelen değişikliklerin ortaya çıkaracağı mahzurların önlenmesi için uygulamada hukuk seçimi yapılırken tarafların sözleşmesel ilişkilerini sözleşmenin kurulduğu anda yürürlükte bulunan hukuka sabitleyen “istikrar klotu” (*stabilization clause*) olarak isimlendirilen kayıtları sözleşmelerine koymaları önerilir⁷⁵³. Diğer yandan yabancı hukuktaki değişikliklerin geçmişe etkili olacağı kabul edilmemiş olsa dahi, bu değişikliklerin yabancı hukukun kamu düzenini ilgilendiriyor olması halinde bu istikrar klotlarını işlevsiz hale getirecektir⁷⁵⁴.

Taraflar seçtikleri hukukun belirli bazı maddelerini sözleşmelerinin muhtevasına almışlar ise durum değişir. Zira bu halde artık sözleşmenin muhtevası göz önünde bulundurularak o hukuk düzeninde yapılan değişikliklerden yahut o hukukun yürürlükten kalkmasından dahi etkilenmez.

Sözleşmede sadece uygulanacak hukuk işaret edilmiş, muhtevaya bir şey yazılmamış olma ihtimalinde ise seçilen hukukun yürürlükten kaldırılması gibi bir durumda kural olarak yeni yürürlüğe giren hukuk uygulanır. Yalnız bu hukukların birbirlerine tamamen zıt olması, taraf iradelerinin yeni hukukun uygulanması hakkında uyuşmaması durumunda zaten irade muhtariyetinden ve hukuk seçiminden bahsedilemez. Tarafların anlaşamadığı durumlarda objektif bağlama kurallarının uygulanması gerektiği unutulmamalıdır⁷⁵⁵.

2.1.2.6. Hukuk Seçiminin Uygulanması

Hâkim tarafların seçtiği hukuku uygulamakla yükümlüdür. Tarafların hukuk seçiminde bulunmaları, evleviyetle bu hukuku bildiklerini gösterdiğinden öncelikle

⁷⁵² Kocasakal, **m. 24**, s. 35-36.

⁷⁵³ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 260.

⁷⁵⁴ Çelikel, Erdem, s. 397.

⁷⁵⁵ Cüneyt Çilingiroğlu, “Devletler Özel Hukukunda Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Subjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri”, **MHB**, Y.9, S.2, 1989, s. 109.

tarafların mahkemeye seçtikleri hukuk hakkında bilgi sunmaları beklenir. Hem bu hukukun uygulanmasında menfaati olan da taraflardır⁷⁵⁶.

Taraflar seçtikleri hukuk hakkında mahkemeye yardımcı olmazlar ise hâkim yine de o hukuku re'sen araştırıp uygulamakla yükümlüdür. Nitekim Yargıtay'ın verdiği kararlarda da bu husus gözetilmektedir⁷⁵⁷.

2.1.2.7. Seçilen Hukuk ile Atıf İlişkisi

İrade muhtariyeti kapsamı konusuyla ilgili olarak, yabancı hukukun seçiminin gerçekte ne anlama geldiğini tanımlamak gerekir. Taraflar, belirli bir eyalet veya ülkenin “tüm hukukunu” veya yalnızca maddi hukukunu (“iç hukuk” olarak da adlandırılır) seçebilirler. Belirlenmiş bir ülkenin veya ülkenin tüm hukuku, bu eyalet veya ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarını içerecektir.

Seçilen hukuk “tüm hukuk” olarak kabul edilirse, “remisyon” (geri gönderme) veya “atıf” sorunuyla karşılaşılacaktır. Bu sorun genellikle *renvoi* olarak nitelendirilir. *Renvoi*, “*forum*, [taraflar tarafından seçilen veya *forumun* kuralı tarafından belirlenen] hukuktan farklı bir hukuk seçen yabancı bir hukuk seçimi kuralı uygulandığında” meydana gelir. Farklı eyaletlerde veya ülkelerde farklı hukuk seçimi kurallarının varlığının bir yan ürünü olarak *renvoi*, kararlılığın sonsuz bir çemberin içinde kalmasını sağlayarak hukuk seçimini zorlaştırmaktadır. *Renvoi* sorununun karmaşıklığı göz önüne alındığında, uluslararası bir sözleşme hazırlanırken avukatlar, *renvoi* sorununu önceden önlemek için genellikle “hukuk

⁷⁵⁶ Faruk Kerem Giray, “Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, C. 8-2, 2011, s. 565.

⁷⁵⁷ “...Hâkim, MÖHUK.nun 2.maddesi hükmüne göre, bir davada yabancı kanunun uygulanıp uygulanmayacağını kendiliğinden araştırmakla yükümlüdür. MÖHUK.nun 24/1. maddesi hükmüne göre ise, sözleşmeden doğan borç ilişkileri, tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir. Taraflar arasındaki sözleşme hükmü sayılan teminat mektubunda yer alan hüküm gereğince, dava konusu uyumsuzluğa İsviçre yasalarının uygulanması gerekmektedir. Bu durumda mahkemece, işbu davada uygulanması gereken İsviçre yasalarını veya ilgili mevzuatı sunması için taraflardan yardım istemesi ve TC. Adalet Bakanlığı aracılığıyla ilgili yasa hükümlerinin celbi ile, bilirkişi raporunun, getirtilen yabancı yasa hükümlerine uygun olup olmadığının denetlenmesi gerekirken, sadece bilirkişi raporunda yazılı gerekçelerle yetinilerek, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davalılar yararına bozulması gerekmiştir...”: Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 07.10.2003 tarih ve 2003/2977 Esas ve 2003/8974 Karar sayılı kararı, (çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/y-11-hd-e-2003-2977-k-2003-8974-t-07-10-2003-yargitay-11-hukuk-dairesi-karari/467827/> 23 Aralık 2019.

kuralları seçiminin hariç tutulması” gibi sözleşme hükümleri ifadelerini eklemeyi tercih ederler⁷⁵⁸.

Taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçerken prensip olarak seçtikleri hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını değil de maddi hukuk kurallarını seçmektedirler. Milletlerarası düzenlemelerde ve doktrinde taraf iradeleri ile seçilen hukukun maddi hukuk olduğu, dolayısıyla atfın söz konusu edilemeyeceği genel kabul görmektedir⁷⁵⁹.

MÖHUK m. 2/4’te de uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir: “*Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır*”. Yine MÖHUK m. 2/3 ile atfın kabul edilmediği görülmektedir. Dolayısıyla taraflar aksini öngörmedikçe, seçilen hukuk deyiminden o hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanacağı anlaşılmalıdır. Gerçekten de irade muhtariyetine öncelik tanınan Borçlar Hukuku alanında atıf teorisine yer verilmemesi işin niteliği gereğidir⁷⁶⁰. Zira taraflar hukuk seçmekle aralarında çıkmış ya da çıkacak ihtilaflara çözecek hukuku seçme amacı taşımaktadırlar⁷⁶¹. Diğer yandan seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacak olursa, bağlama kurallarının gönderdiği atıf nedeniyle tarafların seçtikleri hukukun uygulanmaması gibi bir durum da ortaya çıkabilir⁷⁶². Böyle bir ihtimalde nihai çözüm taraf iradelerinden tamamen bağımsız, belki de uyuşmazlıkla hiç ilgisi olmayan bir hukuk tarafından çözülür ki, bu durum hukuk seçimine imkân tanıyan irade muhtariyeti ilkesine de tamamen terstir⁷⁶³.

2675 Sayılı MÖHUK’ta her ne kadar 5718 sayılı MÖHUK m. 2/4 benzeri bir hüküm olmasa da m. 24’de kullanılan “*tarafların açık olarak seçtikleri kanun*”

⁷⁵⁸ Zhang, *Choice of Law*, s. 511.

⁷⁵⁹ Aysel Çelikel, İnci Deniz, "Türk Milletlerarası Özel Hukuk'unda "Atıf" Prensibi'nin Uygulanması", *MHB*, C. 3, S. 2, Temmuz 2011, s. 3-4; Çelikel, Erdem, s. 380-381; Uluocak, *Kanunlar İhtilafı*, s. 195; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 267; Nomer, *Devletler Hususi*, s. 164; Çilingiroğlu, s. 111-112. Bu konuda Alman hukukunda (EGBGB m. 4/2) atıf açıkça reddedilmiştir: Çilingiroğlu, s. 114.

⁷⁶⁰ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 321; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 277; Çelikel, Erdem, s. 126; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 262; Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 129.

⁷⁶¹ Çelikel, Erdem, s. 123.

⁷⁶² Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 267.

⁷⁶³ Çilingiroğlu, s. 112; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 339, dn. 8; Şanlı, *Ticari Akitler*, 47, dn. 6; Tiryakioğlu, *Satım*, s. 86; Öztürk *Ortak Girişim*, s. 162; Özdemir Kocasakal, *m. 24*, s. 30.

ifadesinden hareketle, atıf teorisinin dikkate alınmayacağı, seçilen hukukun maddi hükümlerinin uygulanması gerektiği doktrinde kabul edilmişti⁷⁶⁴.

2.1.3. Hukuk Seçme Serbestîsinin Sınırları

İyi bir milletlerarası özel hukuk sistemi, irade serbestîsini teşvik etmek yerine, hukuk seçimini parametrelerini belirlemeye ve tarafların gerçekten özgür iradeye sahip olmalarını sağlayacak koruma mekanizmaları oluşturmaya bağlıdır⁷⁶⁵. Bu mekanizma belli tip sözleşmeleri için hukuk seçimi imkânı vermeyerek veya koruyucu bir hukuk seçimi imkânı vererek yahut seçilen hukukun kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar vasıtasıyla sınırlandırılması ile gerçekleşecektir⁷⁶⁶.

Maddi hukukta irade muhtariyetinin bireysel özgürlükler ve kamu düzeni arasındaki dengeye göre sınırlandırılması gibi, milletlerarası özel hukukta irade muhtariyetinin yansıması olan hukuk seçme serbestîsinin de aynı denge gözetilerek sınırlandırıldığı görülmektedir. Ancak her zaman kamu düzeni (*ordre public*) kuralı işletilmek suretiyle hukuk seçme serbestîsinin kötüye kullanımı ve üçüncü kişilerin hakları ile kamusal menfaatlerin aleyhine kullanılmasının önüne geçilemez⁷⁶⁷. Genel olarak iç hukukta sözleşme hürriyeti ilkesinin sınırlandığı bazı alanlarda, milletlerarası özel hukuk alanında irade muhtariyeti ilkesi, dolayısıyla hukuk seçimi imkânı da sınırlandırılmıştır⁷⁶⁸.

Bütün hukuk sistemlerinde tarafların hukuk seçimlerine dair iradelerine genellikle saygı duyulduğu ve seçilen hukukun sözleşmeye uygulandığı görülmekle birlikte hukuk seçme serbestîsinin sınırları bakımından birtakım farklılıkların söz konusu olduğundan bahsedilmektedir⁷⁶⁹. Bir diğer ifadeyle her ne kadar gerçekte tüm modern hukuk sistemleri taraf özerkliği ilkesini desteklese de genellikle tam parametrelerini, kapsamını ve sınırlamalarını tamamlamak konusunda anlaşmazlar. Örneğin çoğu sistem tarafların uygulanacak hukuku yalnızca uluslararası veya çok

⁷⁶⁴ Çelikel, Erdem, s. 330, dn. 8; Özdemir Kocasakal, *m. 24*, s. 30, dn. 9.

⁷⁶⁵ Ralf, s. 62.

⁷⁶⁶ Symeonides, s. 878-879.

⁷⁶⁷ Tütüncübaşı, s. 27.

⁷⁶⁸ Güngör, *Tüketici*, s. 82.

⁷⁶⁹ Hessel E. Yntema, "Autonomy in Choice of Law", *1 Am. J. Comp. L.* **341**, 1952, s. 357, (erişim) <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/amcomp1&i=349> , 27 Ekim 2019, Baykal Bozkurt, s. 160.

aşamalı sözleşmelerde seçmesine müsaade etmesine rağmen bazı sistemler seçilen hukukun devletinin sözleşme veya taraflarla açık bir coğrafi veya başka biçimde bir ilişkiye sahip olmasını zorunlu kılar, bununla birlikte diğer sistemler bu gereksinimden tamamen feragat etmiştir⁷⁷⁰.

Herhangi bir sınırlama olmaksızın istenen herhangi bir hukuk düzeninin taraflar arasındaki hukuki ilişkiye uygulanmasına izin verilmekteyse buna “serbest” veya “sınırsız” hukuk seçimi denilir. Buna karşın belirli şartlara bağlı olan veya belirli hukuk düzenleri arasında yapılabilecek sınırlı bir hukuk seçimine izin veriliyorsa, buna da “sınırlandırılmış” veya “sınırlı” hukuk seçimi denilmektedir. Sınırlandırılmış hukuk seçiminde genellikle seçilecek hukuk düzeni ile hukuki ilişki arasında vatandaşlık bağı, mutad mesken gibi objektif bir bağlantı aranmaktadır⁷⁷¹.

Roma I Tüzüğü’nün aksine⁷⁷² 1955 ve 1985 La Haye Satış Sözleşmeleri, 1980 Roma Konvansiyonu gibi milletlerarası sözleşmeler ile çoğu hukuk düzenlerinde hukuk seçimi sınırsız olarak düzenlenmiştir. Taraflara tanınan bu mutlak serbesti sadece sözleşmeden doğan ilişkinin milletlerarası nitelikte olması halinde geçerlidir⁷⁷³. Gerçekten de seçilen hukuk ile sözleşme arasında hiçbir objektif bağlantı olmasa bile bu seçimin haklı sebepleri olduğunu savunan bir görüş bulunmaktadır. Seçim özgürlüğünün de her özgürlük üzerinde bulunan bazı sınırlamalar çerçevesinde mevcut olduğu ve bu sınırın mantık çerçevesinde bir sınır olduğu belirtilmektedir⁷⁷⁴.

Sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesinde taraflara tanınan hukuk seçme serbestisinin sınırlarının ne olacağı konusu tartışmalıdır⁷⁷⁵. Kanunlar ihtilafı anlamında irade muhtariyeti prensibinin yansıması olan hukuk seçiminin sınırlandırılması, kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar ile veya bazen zayıf tarafın korunduğu sözleşmeler ile bazense üçüncü kişilerin haklarının korunması yönündeki sınırlandırmalar marifetiyle gerçekleştirilmektedir. Son olarak seçilebilecek hukuk düzenlerinin sınırlandırılmasının da hukuk seçme serbestisinin bir sınırı olduğunu söylemeliyiz.

⁷⁷⁰ Symeonides, Party Autonomy, s.1123-1142.

⁷⁷¹ Tütüncübaşı, s. 28.

⁷⁷² Alborno, González s. 437-465.

⁷⁷³ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 23.

⁷⁷⁴ F. A. Mann, “The Proper Law in the Conflict of Laws”, *36 Int’l & Comp. L.Q.*, 1987, s. 447.

⁷⁷⁵ Akıncı, *Uygulanacak Hukuk*, s.11; Balkar Bozkurt, s. 160.

Bazı hukuk düzenlerinde hukuk seçiminin iyi niyetli ve hukuka uygun olması aranmıştır. Böylelikle tarafların hukuk seçimi ile emredici kurallardan kaçmalarının engellenmesi amaçlanmıştır. Başka bir görüşe göre, tarafların emredici kurallardan kaçmalarının engellenmesi için sözleşmenin objektif olarak irtibatlı olduğu hukuk uygulanmalıdır⁷⁷⁶.

Kanun koyucunun sözleşme ilişkilerine müdahalesinin arttıkça, dolayısıyla emredici kuralların sayısı çoğaldıkça sözleşme özgürlüğü ile hukuk seçme serbestisinin hukuka uygunluğunun ve gücünün de o denli azalacağı akıldan çıkarılmamalıdır⁷⁷⁷. Bu sınırlar oluşturulurken, irade muhtariyeti ilkesinin varlık sebebinin taraf menfaatlerine hizmet etmek olduğunu, bu amacı ortadan kaldıracak derecedeki kısıtlamaların, ilkenin varlık sebebini ortadan kaldıracağını her zaman göz önünde bulundurmak gerekir⁷⁷⁸.

2.1.3.1. Kamu Düzeni ile Sınırlandırılması

Bütün milli hukuk düzenleri, sözleşmeler hukukunun geniş bir kısmını ihtiyarî kurallarla düzenlenmiştir ve bu alanda irade muhtariyeti ilkesini uygulamaktadırlar. Ancak doğal olarak, etkileri küçümsenemeyecek emredici kurallar da mevcuttur ve tüm millî hukuk sistemleri, kamu düzenini, irade muhtariyeti ilkesinin bir istisnası olarak kabul etmektedir⁷⁷⁹.

Genel olarak bütün hukuk sistemlerinde yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen ilkeler mevcuttur. Yabancı hukukun kanunlar ihtilafının objektif kurallar ile yetkili kılınması ile taraflarca seçilmiş olması arasında bir fark yoktur. Hâkimin hukukuna ait olan ve kesin olarak hangi kuralların kamu düzeninden sayılacağı önceden belli olmayan bu kuralların⁷⁸⁰ özelliklerini ifade edecek eksiksiz bir tanımı da bulunmamaktadır.

⁷⁷⁶ Jaffey, s. 531–557.

⁷⁷⁷ Tütüncübaşı, s. 41.

⁷⁷⁸ Balkar Bozkurt, s. 161.

⁷⁷⁹ Didem Özdemir, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, 2003, (Çevrimiçi), <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48133/608816>, 10 Temmuz 2019, s. 14.

⁷⁸⁰ Kamu düzeni hakkında geniş bilgi için bkz. A. Gündüz Ökçün, *Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara, 1997.

Yargıtay bir kararında⁷⁸¹ kamu düzenini ihlal eden olguları; ahlak ve dürüstlük kurallarını, toplumun, hukukun temel ilke ve yargılarını, adaleti, ahlak anlayışını, Anayasada yer alan temel hakları ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar şeklinde tasvir etmiştir.

İrade muhtariyeti ilkesi basitçe taraflarca seçilen hukukun feragat edilemeyen veya emredici kuralları (*jus cogens*) yerine tüm feragat edilebilir kuralları (*jus dispositivum*) sözleşme taraflarının ihlal etmelerine müsaade eden “sözleşme özgürlüğü” nün bir iç hukuk ülkesinin harici tarafıdır, çoğunlukla kamu düzeni kuralları olarak anılmaktadır. Ülke içi şartlarda tarafların sözleşme özgürlüğünün sınırlarını tayin eden kamu düzeni olan tek bir devlet vardır: *Forum* devleti. Ancak birçok devleti ilgilendiren durumlarda bu role aday olan üç devlet vardır. 1) Hukuku tarafların seçtiği devlet, 2) Taraflar bir hukuk seçmeseydi kanunları uygulanacak devlet (*lex causae*), 3) Mahkemeleri davaya karar verme çağrısında bulunulan devlet (*lex fori*)⁷⁸².

2.1.3.1.1. Kamu Düzeni Kavramı

Kamu düzeninin tanımlanamayan fakat kanun hükümleriyle somutlaştırılmaya çalışılan, özünde hâkimin takdirine bağlı olarak belirsizlik içinde⁷⁸³ kendini kabul ettiren⁷⁸⁴ genel ve kapsamlı bir kavram olduğu söylenebilir⁷⁸⁵.

Yargıtay bir kararında⁷⁸⁶ kamu düzenini, “ *Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan*

⁷⁸¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 06.05.1998 tarih ve 12-287 Esas ve 325 Karar sayılı kararı.

⁷⁸² Symeonides, *Party Autonomy*, s. 1137.

⁷⁸³ Belirsizlik içinde kendini yine de kabul ettiren bir kavram olan kamu düzeni, vazgeçilemez bir kavramdır. *Kahn ve Görtz'e* göre, kamu düzeni kavramı Milletlerarası Özel Hukukun eksik kalan bölümünün kapatılmaya yahut tamamlanma çalışılmasından ortaya çıkmıştır: Tütüncübaşı, s. 30.

⁷⁸⁴ Milletlerarası özel hukukun daima kamu düzeni meselesi ile meşgul olacağı, kanunlar ihtilafı kurallarının gelişmesi karşısında bile belirli şartlar altında yetkili hukuk yerine hâkimin hukukunun uygulanmasına engel olunamayacağı belirtilmektedir: Tütüncübaşı, s. 30.

⁷⁸⁵ Nomer, s. 161 vd., Çelikel, Erdem, s. 148-153; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, s. 73-74 ve 79-80; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 218-219; Cemile Demir Gökyayla, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 24-28.

⁷⁸⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 10.02.2012 tarih ve 2010/1 Esas ve 2012/1 Karar sayılı kararı, R.G. 20.09.2012-28417.

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 tanımlamıştır.

Yetkili yabancı hukukun uygulanması sonucunda *forum* ülkesinin hukukunun temel ilke ve menfaatlerine açık ve tahammül edilemez aykırılıkların meydana gelmesi, kamu düzeni müdahalesini gerektirmektedir. Burada bağlama kuralının objektif yahut sübjektif olmasının, uygulanacak hukukun taraflarca seçilip seçilmediğinin bir önemi olmadığını belirtelim. Dolayısıyla kamu düzeni kavramının aslında tarafların hukuk seçme serbestîsini de sınırlandırdığından bahsedebiliriz. Bu sınırlandırmanın ise istisnai olduğunu, çünkü kamu düzeni kuralının istisnai olarak kullanılabilecek bir kural olduğunu da hatırlamakta fayda var. Hukuki ilişkinin *forum* ülkesi ile olan yakınlığının ölçüsü mutlaka değerlendirilmelidir⁷⁸⁷.

Kamu düzeninin uygulama alanı genişledikçe, hukuk seçme serbestîsinin de kapsamı daralacaktır. Şöyle ki, yabancı hukukun uygulanacak kuralları hâkimin hukukuna göre önemli farklar arz ediyorsa, öncelikle kendi kurallarının sosyal ve ekonomik anlamına bağlı olarak ve ayrıca yabancı kuralın ilgili olaydaki etkilerine bağlı olarak yabancı kuralın uygulanıp uygulanmamasının imkânına karar verecektir. Burada önemli olan hangi farklılıkların kamu düzeni gerekçesiyle yabancı hukukun uygulanmasına engel olacağının tespitidir⁷⁸⁸.

2.1.3.1.2. Çeşitli Ülke Hukuklarında ve Uluslararası Metinlerde Durum

Bazı mevzuatlar kamu düzeni kavramını “temel ilkeler”, “temel değerler”, “anayasa tarafından belirlenmiş sosyal düzenin temel ilkeleri” veya “*forum* devletinin ve hukukunun, sosyal ve hükümet sisteminin istisnasız riayet edilmesi gereken ilkeleri” olarak ifade eder. Bu fikir birliğinden sapan bazı mevzuatlar, daha düşük bir eşik değeri öneren terimlerde kamu düzeni istisnasını ifade eder. Örneğin, Çin mevzuatı, yabancı bir hukukun uygulanması “Çin’in sosyal ve kamusal

⁷⁸⁷ Tütüncübaşı, s. 29.

⁷⁸⁸ Tütüncübaşı, s. 30-31.

çıkarlarına zarar verecekse, Çin hukuku uygulanır” şartını koşmaktadır. İran mevzuatı, “zorunlu yasalara aykırı değilse taraflar arasında imzalanan özel anlaşmaların geçerli olduğunu” ifade ederken Birleşik Arap Emirlikleri ve Yemen mevzuatları, yabancı hukukun eğer “İslam hukuku, kamu politikası ya da iyi ahlaka” aykırı ise uygulanmayacağını ifade etmektedir⁷⁸⁹.

Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü’nün⁷⁹⁰ 21. maddesine göre, bu tüzüğe göre yetkili kılınan yabancı hukukun uygulanması, *for* ülkesinin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi durumunda bu hukuk uygulanmaz. Tüzükte kamu düzeni kavramı tanımlanmış değildir, fakat kamu düzeninin istisnai olarak ve açıkça aykırılıklar halinde uygulanması kabul edilmiştir. Ayrıca *for* ülkesinin temel hakları yanında Avrupa Birliği hukukunda yer alan temel özgürlükler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan insan haklarının birlik üyesi ülkelerin kamu düzeni dâhilinde olduğu bilinmektedir. Kamu düzeni engelinin uygulanabilmesi için *for* devleti ile uyumsuzluğun yeterli bir bağlantı içinde olması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁹¹.

Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü’nün⁷⁹² 26. maddesinde, Roma I Tüzüğü’nde olduğu gibi kamu düzeni kavramına yer verilmiştir. Tüzük hükümleri uyarınca yetkili hukukun uyumsuzluğa uygulanması, *for* ülkesinin kamu düzenine açıkça bir aykırılık oluşturması halinde istisnai olarak bu yabancı hukukun uygulanması reddedilmiştir⁷⁹³.

Kamu düzeni kavramını düzenleyen Avrupa Birliği tüzüklerinden bir diğeri ise Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Tüzük’tür⁷⁹⁴. Tüzüğün 12. maddesine göre, boşanma ve ayrılığa uygulanması gereken hukuk, davanın açıldığı ülkenin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ediyorsa uygulanmayacaktır. Tüzüğün 10. maddesine göre, hukuk seçimi veya objektif bağlama kuralları sonucunda belirlenen hukuk sisteminde boşanma kabul edilmiyorsa veya eşlerden birine cinsiyeti sebebiyle boşanma ve ayrılık hakkını eşit şekilde tanımıyorsa, *lex fori*

⁷⁸⁹ Symeonides, *Party Autonomy*, s. 1138.

⁷⁹⁰ Bundan böyle Roma I Tüzüğü olarak anılacaktır.

⁷⁹¹ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 178; Tütüncübaşı, s. 32.

⁷⁹² Bundan böyle Roma II Tüzüğü olarak anılacaktır.

⁷⁹³ Tütüncübaşı, s. 32.

⁷⁹⁴ Tüzük hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Uğur Tütüncübaşı, “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkında 1259/2010 Sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 1, 2016, s. 1-32.

uygulama alanı bulur. 10. maddede düzenlenen bu özel kamu düzeni kuralı sayesinde 12. maddenin uygulanmasına gerek kalmaksızın doğrudan “*lex fori*”nin uygulanmasının önü açılmıştır⁷⁹⁵.

Miras Meselelerinde Mahkemelerin Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Resmî Belgelerin Kabulü ve İcrasına İlişkin Tüzüğü’nün 35. maddesine göre, tüzük hükümlerine göre tespit edilen hukukun kuralları, mahkemenin kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturuyorsa uygulanmayabilir⁷⁹⁶.

2.1.3.2. Doğrudan Uygulanan Kurallar ile Sınırlandırılması

Doğrudan uygulanan kurallar, “*Üstünlüğü Olan Emredici Hükümler*” başlığı altında, Roma I Tüzüğü’nün 9. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre doğrudan uygulanan kurallar, “*devletin sosyal, ekonomik veya politik yapısı gibi, kamu menfaatinin korunması nedeniyle, o ülke tarafından bu kuralların kapsamına giren her türlü durumda, işbu Tüzük uyarınca o sözleşmeye uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın, uygulanacak derecede önemli görülen kurallardır*”. Bu tanımda, bir ülkenin sosyal, ekonomik veya politik yapısı için çok önemli kabul edilen, menfaate hizmet eden kurallardan hareket edilmiştir. Sözleşmeye uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın uygulanma bakımından ise üstünlük kıstası vurgulanmıştır⁷⁹⁷.

2675 sayılı mülga MÖHUK’ta doğrudan uygulanan kurallar ele alınmamıştır. 5718 sayılı MÖHUK m. 6’da Türk Hukukunun doğrudan uygulanan kuralları başlığı altında, “*Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk Hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır*” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere MÖHUK, doğrudan uygulanan kurallara etki tanımakla birlikte Roma I Tüzüğü’ndeki gibi doğrudan uygulanan kuralları tanımlamış değildir.

⁷⁹⁵ Tütüncübaşı, s. 33, 106 nolu dipnot, 2. Paragraf.

⁷⁹⁶ Kazım Sedat Sirmen, “Mirasa İlişkin Meselelerde Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile Mirasa İlişkin Resmî Belgelerin Kabulü ve Avrupa Miras Belgesinin Oluşturulmasına Dair Tüzük (AB 650/2012)”, *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku* Ed.: Işıl Özkan, Ceyda Süral, Uğur Tütüncübaşı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 486-487.

⁷⁹⁷ Elçin, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 333.

2.1.3.2.1. Doğrudan Uygulanan Kurallar ile Emredici Kuralların Farkları

Kamu düzenine dair olan kurallarda olduğu gibi doğrudan uygulanan kurallarda da önemli olan husus, iç hukuktaki her emredici hükmün doğrudan uygulanan kural oluşturmayacağıdır⁷⁹⁸. İç hukuk anlamında emredici kuralların uygulanmasının zorunlu olması sadece yabancılık unsuru olan ilişkide hâkimin hukukunun hukuk seçimi veya kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması yoluyla “uygulanacak hukuk” olarak tespit edilmesi halinde söz konusu olabilir. Doğrudan uygulanan kural mahiyetinde olmayan emredici kurallar hukuk seçme serbestisi ile bertaraf edilebilirken, doğrudan uygulanan kuralların bu yolla uygulanmasının engellenebilmesi mümkün değildir⁷⁹⁹. Zaten kamu menfaatine hizmet eden bu kuralları sözleşme statüsünden çıkararak hukuk seçme serbestisi ile taraflara hangi doğrudan uygulanan kuralların uygulanacağını, hangilerinin uygulanmayacağını seçme yetkisi verilmesi anlamsız olurdu. Doğrudan uygulanan kurallar objektif bağlama kuralları ile tespit edilen veya tarafların hukuk seçme serbestisi ile belirlemiş oldukları hukuktan bağımsız olarak kendilerine uygulama alanı bulurlar⁸⁰⁰.

2.1.3.2.2. Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Hukuk Seçimi

Doğrudan uygulanan kuralların, uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın uygulanma özelliği⁸⁰¹ onun kamu menfaati ile olan güçlü bağından kaynaklanmaktadır. Diğer bir deyişle, doğrudan uygulanan kurallar, toplumun, kamu menfaatini harekete geçirmekte veya güçlü şekilde korumaktadır⁸⁰².

Doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasında tarafların hukuk seçmiş yapıp yapmadıklarının veya kanunlar ihtilafı kuralları ile olaya uygulanacak hukukun belirlenip belirlenmediğinin bir önemi bulunmamaktadır⁸⁰³. Doğrudan uygulanan

⁷⁹⁸ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 188; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 48; Tütüncübaşı, s. 34; Çelikel, Erdem, s. 138.

⁷⁹⁹ Zeynep Feyza Eker Ayhan, *Rekabet Hukuku Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü: Karşılaştırmalı Bir Analiz*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 19.

⁸⁰⁰ Erdem, s. 102; Tütüncübaşı, s. 35; Takavut, s. 33.

⁸⁰¹ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 79.

⁸⁰² Elçin, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 338.

⁸⁰³ Takavut, s. 33.

kurallar yabancı unsurlu ihtilaflarda tarafların sahip olduğu hukuk seçme serbestisini sınırlandırmakta ve yetkili hukuka nazaran öncelikli (*a priori*) uygulanmaktadır. Kamu düzeni müdahalesinden farklı olarak doğrudan uygulanan kural söz konusu olduğunda, bu kurallar doğacak sonuçlardan bağımsız olarak öncelikli ve mutlaka uygulanmalıdır⁸⁰⁴.

Tarafların irade serbestisi ile doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını engelleyememesi, kuralları “doğrudan” etkili yaparken, yabancı bir hukuk seçerek bu kurallardan kaçamamaları da kuralları “uluslararası” hale getirmektedir⁸⁰⁵. Ancak yine de irade muhtariyeti prensibinin ve en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasının sözleşmelere uygulanacak hukukun temel ilkesi olduğu unutulmamalıdır. MÖHUK m.6’yı uygulayan mahkemeler, bu temel ilkeye riayet etmek zorundadır ve bu ilke doğrultusunda, doğrudan uygulanan kuralların sadece özel istisnâ niteliğini gözönüne almalıdır⁸⁰⁶.

Hukuk seçimi yapıldıktan sonra seçilen hukukta meydana gelen değişikliklerin nasıl bir etki oluşturacağı konusu tartışmalıdır. Doktrinde yapılan hukuk seçiminin; seçilen hukukta meydana gelen değişiklik geçmişe etkili değil ise seçimin yapıldığı andaki içeriği ile yapılan değişiklik geçmişe etkili ve taraflar açıkça uygulanacak hukukta meydana gelen değişikliklerin geçerli olmayacağını kararlaştırmamışlarsa hakem kararının verileceği andaki içeriği ile hakemleri bağlayacağı kabul edilmektedir⁸⁰⁷. Ayrıca doktrinde, hukuk seçiminden sonra kabul edilen doğrudan uygulanan kuralların hakemler tarafından üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları olarak değerlendirilerek sözleşmeye uygulanabileceği de savunulmaktadır⁸⁰⁸.

⁸⁰⁴ Nomer, **Devletler Hususi**, s. 188; Özdemir, Kocasakal, s. 27-29; Tütüncübaşı, s. 35.

⁸⁰⁵ Kleinheisterkamp, s. 117.

⁸⁰⁶ M. Matthew Horlacher, “The Rome Convention and the German Paradigm: Forecasting the Demise of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations” **Cornell International Law Journal**, 27, 1994, s. 179; Elçin, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 337.

⁸⁰⁷ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 66.

⁸⁰⁸ Takavut, s. 128.

Doktrinde genel kabul gören görüşe göre, tarafların seçtikleri hukukun doğrudan uygulanan kuralları uluslararası kamu düzenine⁸⁰⁹ aykırılık teşkil ediyorsa uygulanmaz⁸¹⁰. Uluslararası kamu düzenine ilişkin doğrudan uygulanan kurallar uluslararası niteliğe sahip olduklarından, kamu düzeni gücünü kullandıklarından, iç hukuk düzenlemelerinin üstünde olduklarından ve evrensel menfaatleri koruduğundan bu kurallar uygulanmak zorundadır⁸¹¹.

Taraflara tanınmış olan hukuk seçme serbestisi doğrudan uygulanan kurallarla sınırlandırılmış olsa da tamamen geçersiz olmadığını da belirtmeliyiz. Seçilen yabancı hukuk, doğrudan uygulanan kural bakımından uygulanma alanı bulamasa da diğer maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır.

Doğrudan uygulanan kuralların varlığı halinde kanunlar ihtilafı kurallarının tamamen bertaraf olacağı milletlerarası teamül halini almış olsa da bazı hukuk sistemlerinde bu kuralların varlığı halinde hukuk seçimi yapılamayacağı pozitif olarak düzenlenmiştir⁸¹².

2.1.3.2.3. Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları

Milletlerarası Hukuk Enstitüsü, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını, sözleşme ile yakın bir irtibatının bulunması ve genel olarak milletlerarası hukukta kabul edilmiş olması koşullarına bağlamıştır⁸¹³.

Doğrudan uygulanabilir kural üzerine teorinin kabul edildiği çok az sayıda Avrupa davasından biri, 1966'da Hollanda Yüksek Mahkemesi tarafından karar verilen ünlü Alnati davasıdır. Davada mahkeme, prensip olarak uluslararası nitelikteki sözleşmelere uygulanacak hukukun yalnızca tarafların kendilerinin seçtiği

⁸⁰⁹ Uluslararası kamu düzeni kavramı, devletlerin iç hukuklarında yer alan kamu düzeni kavramından farklıdır. Devletlerin iç kamu düzeni ile devletin hukuki, sosyal, siyasi ve ahlaki sistemine ilişkin temel düzenlemeler kastedilirken, uluslararası kamu düzeni ile uluslararası alanda genel kabul görmüş ilkeler kastedilmektedir: Takavut, s. 176. Kavramın aslında uluslararası bir mana ifade etmediği ve yine iç hukuktaki kamu düzenine ilişkin olduğu düşüncesi için bkz. Kemal Dayınlarlı, *Milli - Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1994, s. 68; Şanlı, *Ticari Tahkim*, s. 390.

⁸¹⁰ Takavut, s. 128.

⁸¹¹ Dayınlarlı, s. 75; Barraclough, Waincymer, s. 218; Takavut, s. 176.

⁸¹² Gelgel, *Tüketici*, s. 94.

⁸¹³ Justitia et PaceInstitut de Droit International, The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons of Entities, *7th Commission*, Rappoteur: Mr. Eric Jayme, 1991, Session of Basel; Chong, s. 50; ELÇİN, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 344.

hukuk olabilse de “yabancı bir devlet için, kurallarının kesinlikle uyulması, kendi bölgesi dışında olsa bile, mahkemelerin bunları dikkate alması ve bu nedenle tarafların sözleşmelerini yönetmek için seçmiş olabilecek başka bir yasaya tercih etmeleri gerektiği kadar önemlidir” demiştir⁸¹⁴.

Sözleşmeyle irtibatlı üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıma, MÖHUK’un 31. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde, üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır”.

31.maddenin ilk cümlesinde, “etki tanımak” tan, ikinci cümlede “uygulayıp uygulamamaktan” söz edilmesi, doktrinde eleştirilmiştir. Doktrinde, sözleşmeyle irtibatlı üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına “etki tanıma” ya da bu kuralları “dikkate alma” ile “uygulama” arasındaki farklılık vurgulanmaktadır. Bir görüşe göre, “dikkate alma-taken into account” terimi, “etki tanıyabilme –effect may be given” terimine göre daha sınırlayıcıdır⁸¹⁵.

MÖHUK m.31, sözleşmeyle irtibatlı üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını ele almaktadır fakat onlara etki tanınmasını zorunlu kılmamaktadır⁸¹⁶. Hatta bir görüşe göre, 31. madde, sözleşmeyle irtibatlı üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının etkisinin belirlenmesinin güçlüğü karşısında, uygulaması olmayan bir madde olarak kalmaya mahkûmdur⁸¹⁷.

2.1.3.3. Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmeler Yönünde Sınırlandırmalar

Hukuk seçme serbestîsi kişilere kendini gerçekleştirme, sözleşmede doğrudan etkinlik sağlama imkânı vermektedir. Ancak bazı durumlarda sözleşmenin tarafları arasında bulunan güç dengesizlikleri, sözleşme müzakerelerine yansımakta ve hukuk

⁸¹⁴ Lando, s.19-35.

⁸¹⁵ Alfred E. Von Overbeck, “The Fate of Two Remarkable Provisions of the Swiss Statute on Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, C. 1, Y. 1999, s. 123; Elçin, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 343.

⁸¹⁶ Aybay, Dardağan, s. 273.

⁸¹⁷ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 328-329.

seçimi ile sağlanmak istenen adil sözleşmesel ilişkilerin önüne geçebilmektedir. Örneğin deneysel bir çalışmada Amerikan mahkemelerinde 26 yıllık bir süreçte yapılan hukuk seçimleri incelendiğinde sözleşmeden kaynaklı binlerce davada zayıf taraf aleyhine hukuk seçimi yapıldığı ortaya çıkmıştır⁸¹⁸.

Liberal hukuk anlayışının bireylere tanıdığı sözleşme özgürlüğü, sözleşme tarafları arasında ekonomik ve sosyal bakımdan dengesizliklerin bulunması halinde yarardan çok zarar getirmektedir. Bu noktada devreye sosyal devlet anlayışı girmekte ve akdin zayıf tarafını, kendi lehine sözleşme düzenleyerek zaten güçlü durumda bulunan tarafın lehine maddeleri dikte ederek kabul ettirmesi olasılığına karşılık korumaya mecbur kılmıştır. Gerçekten de taraflardan birinin daha zayıf olduğu akdi borç ilişkilerinde taraflara mutlak manada irade muhtariyeti tanınması halinde bu imkânın kötüye kullanılması durumu doğabilmektedir. İlişkide güçlü olan taraf, irade muhtariyeti ilkesini kendi lehine kullanarak menfaatlerine uygun bir hukukun seçilmesini sağlayabilir. Bu nedenle taraflara tanınan irade muhtariyeti ilkesine zayıf tarafın korunması düşüncesiyle müdahale etme zorunluluğu ortaya çıkmıştır⁸¹⁹.

2.1.3.3.1. Kamu Düzeni Müdahalesi ve Doğrudan Uygulanan Kurallardan Farkı

Kamu düzeni müdahalesi ile zayıf tarafın bu tarz tehlikeli durumlara karşı korunması mümkündür, ancak her durumda mümkün olmayabilir. Zira kamu düzeni müdahalesi ancak istisnai olarak ve *for* ülkesi ile belirli bir bağlantının varlığı halinde uygulanabilir. Ayrıca kamu düzeni kavramının kesin bir tanımının bulunmaması, çizgilerinin belli olmaması da zayıf tarafın korunması bakımından bir dezavantajdır. Bu sebeple zayıf tarafın gerek objektif bağlama kuralları ile gerek hukuk seçme serbestisi ile tespit edilmiş olunan hukuk karşısında korunması gerekmektedir⁸²⁰.

Zayıf tarafın korunması için getirilen düzenlemelerin doğrudan uygulanan kurallar dahilinde kabul edilip edilmeyeceği konusu tartışmalıdır. Birtakım yazarlara

⁸¹⁸ Symeonides, *Choice of Law*, s. 217.

⁸¹⁹ Gelgel, *Tüketici*, s. 98.

⁸²⁰ Vahit Doğan, “Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, *SÜHFD Prof. Dr. Şakir Berki’ye Armağan*, Konya, 1996, C. 5, S. 1-2, s. 153-179.

göre, zayıf tarafı korumak için getirilen kurallar maddi hukuk içinde kamu düzeni çerçevesinde zaten korunmaktadır. Bu yaklaşıma göre, iç hukuk için düzenlenmiş kuralların yabancılık unsuru içeren ilişkilere uygulanması suretiyle sonuç elde edilmeye çalışılmamalıdır. Genel kabul gören diğer görüşe göre, özellikle iş sözleşmeleri, kira sözleşmeleri, tüketici sözleşmeleri gibi sözleşmede bir tarafın daha güçsüz olduğu durumlar için getirilmiş kuralların doğrudan uygulanan kurallar olarak kabul edilmesi, böylelikle irade serbestisi konusunda gözetilecek dengenin sağlanması gerekmektedir⁸²¹.

Kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar iki farklı kavramı oluştursa da aralarında adil bir örtüşme de vardır. Bir anlamda doğrudan uygulanan kuralların teşvik etmeyi amaçladığı değerlerle genellikle kamu düzeni niteliğindedir. İkisi arasındaki genel kabul görmüş bölme çizgisi, kamu politikasının ilgili hukukun reddedilmesini içermesi nedeniyle olumsuz bir şekilde faaliyet göstermesidir, doğrudan uygulanan kurallar ise sözleşmenin geçerli hukukuna eklendikleri için olumlu şekilde çalışır. Ancak, iki kavram arasındaki ayrım bazen pratikte net değildir⁸²².

2.1.3.3.2. Anayasada Konunun Düzenlenmesi

Anayasamızın 49. ve 172. maddeleri ile sosyal ve ekonomik yönden zayıf tarafın korunması gerektiği temel hukuk politikası olarak görülmektedir. Madde 49: “Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır” ve m. 172: “Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder” ile görülmektedir ki, sözleşmeden doğan ilişkinin taraflarına tanınmakta olan sözleşme özgürlüğü esası, koruyucu emredici hükümler yoluyla sınırlandırılabilir.

⁸²¹ Konu hakkında tartışma için bkz. Takavut, s. 36-37.

⁸²² Chong, s. 27-70.

2.1.3.3.3. Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelere Örnekler

İş, tüketici, kira ve sigorta sözleşmeleri zayıf tarafın korunduğu sözleşmelerin başlıca örnekleridir⁸²³. Bu tür sosyal sözleşmeler eşit olmayan güç dengesi yahut dengesizliği barındırdığından sadece Türk Hukukunda değil, karşılaştırmalı hukuka baktığımızda diğer ülke hukuklarında da zayıf tarafın korunması amacıyla düzenlemeler yapılmıştır. Bu da dolaylı yoldan da olsa, sözleşme özgürlüğüne koruyucu emredici hükümler vasıtasıyla sınırlamalar getirilmesi anlamı taşımaktadır.

Kanunlar ihtilafı hukuku alanında zayıf tarafın korunması amacıyla, yetkili hukukun objektif bağlama kurallarıyla belirlenmesi veya zayıf tarafın mutad meskeni hukukunun emredici kurallarının muhafaza edileceği şeklinde sınırlamalar getirmek suretiyle bir çözüm geliştirilmiştir. Türk Hukukunda zayıf tarafı koruma gayesiyle, yabancı unsurlu tüketici ve iş sözleşmeleri, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK m. 24'ün dışında tutularak düzenlenmiştir. Tüketici ve iş sözleşmeleri m. 26 ve 27'de düzenlenmiş; tüketicinin mutad meskeni hukukunun ve işçinin mutad iş yeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olduğu asgari koruma saklı kalmak üzere, tarafların uygulanacak hukuku seçmelerine izin verilmiştir.

Roma I Tüzüğü'nde de hukuk seçimi düzenlenirken müzakere gücü daha az olan tarafın korunması esas alınmıştır. Tüketici, sigorta ve bireysel iş sözleşmelerinde hukuk seçimine getirilen sınırlamalar dikkat çekmektedir. Bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun düzenlendiği 8. maddede, *“İş sözleşmeleri tarafların 3. madde uyarınca seçtikleri hukuka tabidir. Ancak bu madde uyarınca yapılacak hukuk seçimi işçiyi böyle bir hukuk seçimi yapılmamış olsa idi bu maddenin 2., 3. ve 4. fıkralarında gösterilen hukukların taraflarca aksi kararlaştırmayacak hükümleri uyarınca sahip olacağı korumadan mahrum*

⁸²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör, *Tüketici*, K. Sedat Sirmen, “Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunda Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Milletlerarası Unsurlu Sigorta Akitlerine Uygulanacak Hukuk, *BATİDER*, S. 3, Eylül 2010, s. 41-66; Doğa Elçin, *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012; Sema Çörtoğlu Koca, *Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016; Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, “Bireysel İş İhtilafında Türk Mahkemesinin Milletlerarası Yetkisi”, *İş Dünyası ve Hukuk*, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul, 2011, s. 959-990.

bırakmaz” demek suretiyle işverene karşı zayıf konumda olan işçi hukuk seçimine rağmen asgari düzeyde korunmaya çalışılmıştır⁸²⁴.

Duyarlı tüketici sorunu sadece sözleşmeler hukukunda yer alan bir problem değil, daha eski bir sorundur. Mantıklı cevap kuşkusuz, söz konusu tüketici karakterinin veya en azından üzerinde düşünülmesi gereken tüketiciler sınıfının göz ardı edilemeyeceğidir. *Williams / Walker-Thomas Furniture Co.*'da⁴⁵ mahkeme şu yolu izlemiştir: "*Sözleşmeye taraf olanların her biri, sahip olduğu eğitimi ya da eğitim eksikliği göz önüne aldığına, sözleşmenin şartlarını anlamak için makul bir fırsata sahip miydi?*"⁴⁶ Bu gözlemde, satıcı, "*en az eğitilmiş kişinin anlayabileceği bir dil*" kullanmadığı sürece normal tüketici işlemleri alanında tehlikeli hareket etmiş olur. Bir başka davada, müşterilere binlerce dolar para kazanma programı olarak yanlış tanıtılan ve "yönlendirme", "sonsuz zincir" diye adlandırılan programın incelenmesini New York Başsavcısı ITM1 davasında mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunmuştur. Kayıtlı eşzamanlı olarak, müşterinin bir ev aletini fahiş fiyata satın alması için taksit sözleşmesi yapması gerekmiştir. Yanıltıcı ifadeler ve yanlış beyanlardan oluşan bir dizi planı desteklerken mahkeme ihtiyati tedbir kararı almıştır. *ITM*'de, çoğu duruşmada, pahalı ürünlerin tüketicilerin sınırlı imkânlarının çok ötesinde olduğu açıkça görülüyor olması ve doğrudan tahsisin satış planının ayrılmaz bir parçası olması bunu özel bir suç haline getirmiştir. Yine bir başka örnekte *Frostifresh Corp. - Reynoso*'da, alıcıların ana dili İspanyolca olup sözlü müzakereler yapılmasına rağmen, sonunda yapılan sözleşme tamamen İngilizce olmuş ve alıcılara ne tercüme edilmiş ne de açıklanmıştır. Mahkeme, satıcının fiyat belirterek, alıcıların hem ticari durum hem de bir sözleşmede sunulan sözleşmenin niteliği ve şartları ile ilgili bilgi eksikliğinin engellendiğini vurgulamıştır. Bu nedenle, gerekli olan daha dürüst bir anlaşma sürecinin, tüketicinin İngilizce bilgisinin olmadığı bilindiğinden sözleşme şartlarının çevirisini içermesi gerektiği görülmektedir. *Reynoso*'da da sanığın kocası satıcıya bir hafta önce işten ayrıldığını ve cihazı satın almaya gücü yetmediğini söylemiştir. Satıcı, sanıklara, komşularına ve arkadaşlarına yapılacak çok sayıda satışta bonus ödeneceği için cihazın hiçbir maliyeti olmayacağını bildirerek aldatmıştır⁸²⁵. Bu tür davalarda mahkemelerin zayıf

⁸²⁴ Çelikel, Erdem, s. 411-412.

⁸²⁵ M. P. Ellinghaus, In Defense of Unconscionability, *YALE L.J.*, 78, 1969, (Çevrimiçi) <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol78/iss5/2>, 24 Temmuz 2019.

tarafı koruma içgüdüğü göze çarparken, sadece tüketici sözleşmelerinde değil genel olarak sözleşmeler hukukunda zayıf tarafın korunmaya değer menfaatinin gözetilmesi gerektiğini göstermektedir.

2.1.3.4. Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması Bakımından Sınırlandırmalar

Hukuk seçiminin maddi hukuktaki sonuçları sadece tarafları değil, pek tabii üçüncü kişileri de etkileyebilmektedir. Kefalet, rehin alacaklısı, garantörlük, alacağın temliki gibi sözleşmeler ile üçüncü kişiler lehine bir hak doğmuş olabileceği gibi, boşanma davası sonucu çocukların hakları, mal rejimlerinin tasfiyesinde üçüncü kişilerin borçlarından sorumluluk, miras hukukunda üçüncü kişilerin haklarının korunması gibi olumsuz hukuki sonuçların üçüncü kişiler nezdinde gündeme gelebileceği görülmektedir.

Üçüncü kişilerin kazandığı hakların gündeme gelmesi durumunda, bu haklar sözleşmeye uygulanacak hukukun sonradan seçilmesi veya değiştirilmesi ile ortadan kaldırılmamalıdır. İhlal veya kötüleştirme yasağı⁸²⁶ olarak adlandırılan bu yasağa göre, üçüncü kişilerin hukuk seçiminden veya değişiminden önceki ve sonraki hakları kıyaslanmalıdır. Eğer üçüncü kişilerin aleyhlerine bir değişim söz konusu ise üçüncü kişiler için hukuk seçimi yerine önceki hukuk yetkili olacaktır. Dolayısıyla yapılan hukuk seçimi sadece taraflar için uygulanabilir bir sınırlandırmaya tabi olacaktır⁸²⁷.

Üçüncü kişilerin haklarının korunmasına yönelik hukuk seçiminin sınırlandırılması örneklerine MÖHUK'ta da rastlamak mümkündür. Evlilik mallarına uygulanacak hukukun düzenlendiği 15. maddenin 3. fıkrasında, *“Evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, bu yeni hukuka tâbi olabilirler”* demek suretiyle evlenmeden önce müşterek mutad meskene sahip olmaayn tarafların evlilik mallarına uygulanacak hukuku evlendikten sonra sahip oldukları müşterek mutad mesken olarak

⁸²⁶ *Beinträchtigungs- Verschlechterungsverbot.*

⁸²⁷ Tütüncübaşı, s. 42-43.

değiştirebilmelerine olanak sağlarken yeni hukukun üçüncü kişileri olumsuz yönde etkilemesi engellenmiştir.

MÖHUK'ta üçüncü kişilerin haklarının korunması bakımından hukuk seçimine getirilen sınırlandırmalardan en önemlisi sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen 24. maddenin 3. fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, *“Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir”* demek suretiyle hukuk seçimi üçüncü kişiler lehine sınırlandırılmıştır. Böylece bir taraftan tarafların seçtikleri hukuku istedikleri zaman değiştirebilmelerine olanak tanınmış, diğer taraftan da üçüncü kişilerin uygulanacak hukukun değiştirilmesinden olumsuz yönde etkilenmemeleri için haklarının saklı olduğu dile getirilerek hukuk seçiminin değiştirilmesinin sadece tarafları etkileyeceği hüküm altına alınmıştır.

2.1.3.5. Seçilebilecek Hukuk Düzenleri Bakımından Sınırlandırmalar

Sözleşme tarafları aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku seçerken kendi menfaatlerine en uygun olanı seçerler. Sözleşmeler hukukuna göre de tarafların hukuki ilişkileri ile hiçbir bağlantısı olmayan dünyadaki herhangi bir hukuk düzenini seçebilmeleri kabul edilmiştir.

Seçilmesi gereken, belirli bir ülkenin ya da bir hukuk sisteminin hukukudur, iki terim arasında bir fark yoktur. Bir sözleşmeye girme amacı, taraflar arasında yasal haklar ve yükümlülükler oluşturmak, sözleşmenin yorumlanması, içinde kullanılan kelimelerin ortaya çıkardığı yasal hak ve yükümlülüklerin neler olduğunu belirlemeyi içerir. Bu kelimelerin kullanımından sonra ortaya çıkan hukuki sonuçların tespit edileceği hukuk sistemine referans olmadan mümkün değildir⁸²⁸.

2.1.3.5.1. Objektif ve Sübjektif Görüş

Tarafların hukuki işlemleri için istedikleri yabancı hukuku seçemeyecekleri yönünde sınırlama getirilebilir. Bu konu doktrinde bir görüş olarak önceleri

⁸²⁸ Mann, *The Proper Law*, s.437-453.

tartışılmıştır. Doktrinde bu görüşe “*objektif görüş*” denmiştir⁸²⁹. Tarafların istedikleri yabancı hukuku seçebilmeleri görüşü ise “*sübjektif görüş*” olarak adlandırılmıştır⁸³⁰.

Objektif görüş bazı ülke hukuklarında pozitif düzenlemelerde kendine yer bulabilmiştir⁸³¹. Birtakım tereddütler olsa da bugün birçok ülkede sınırsız hukuk seçiminin kabul edildiği göze çarpmaktadır⁸³².

Sübjektif görüş taraftarları, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tarafların iradesine tabi olması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, sözleşmeye uygulanacak hukukun temelinde irade muhtariyeti prensibi yatmaktadır. Objektif görüş taraftarlarına göre ise sözleşmeye uygulanacak hukukun objektif esaslardan hareket edilerek belirlenmesi gerekmektedir. Bu görüşe göre sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk belirlenirken tarafların iradesi dışında objektif bağlama noktalarına başvurulur. Diğer bir deyişle, objektif görüşte taraf iradelerine dolayısıyla irade muhtariyetine yer verilmez⁸³³.

Objektif görüşe göre, taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuku ancak sözleşmeleriyle bağlantılı olan hukuk düzenleri arasından seçebilirler. Diğer bir deyişle seçilen hukuk ile sözleşme arasında objektif bir bağlantı aranmaktadır⁸³⁴. Dolayısıyla sözleşme ile hiçbir bağlantısı olmayan, hâkime tümüyle yabancı olan ve uygulamada zorluk doğurabilecek hukuk düzenlerinin uygulanmasının kararlaştırılmasını önleme amacı taşımaktadır⁸³⁵. 1965 Polonya ve 1974 İspanya kanunları bu anlayışı yansıtan klasik örneklerdir⁸³⁶.

Her ne kadar objektif ve sübjektif görüşler birbirinden uzak gibi görünse de pek çok hukuk düzeninde sözleşmeden doğan kanunlar ihtilafı bağlama kurallarında birlikte kullanıldığı görülmektedir. Özellikle tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde objektif görüş uygulama alanı bulmaktadır. Buna karşına sübjektif görüşe göre taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmede tam bir serbesti içinde

⁸²⁹ Uluocak, *Kanunlar İhtilafı*, s. 156.

⁸³⁰ Tekinalp, *Acente*, s. 260-261; Uluocak, *Kanunlar İhtilafı*, s. 187-188.

⁸³¹ Uluocak, *Kanunlar İhtilafı*, s. 188; Tekinalp, *Acente*, s. 246; Tiryakioğlu, *Satım*, s. 21, 45 dn.

⁸³² Gelgel, *Tüketici*, s. 94.

⁸³³ Akıncı, *Uygulanacak Hukuk*, s. 10.

⁸³⁴ Göğer, s. 290; Tekinalp, *Acente*, s. 295-297; Şanlı, *Tahkim*, s. 116-120.

⁸³⁵ Akıncı, *Uygulanacak Hukuk*, s. 12.

⁸³⁶ Şanlı, *Tahkim*, s. 116.

olduklarından, seçilen hukuk ile sözleşme arasında herhangi bir objektif bağlantı olması gerekmez⁸³⁷.

2.1.3.5.2. Emredici Kurallardan Kaçınmak Amacıyla Hukuk Seçiminin Yapılması Hali

Taraflar tarafından tercih edilen hukukun uygulanmasına yönelik bir başka sınırlama, emredici hükümleri geçersiz kılma diye nitelenen kural olarak öngörülmüştür. Bunlar, aksi durumda hangi hukukun uygulanabilir olduğu dikkate alınmaksızın doğrudan uygulanabilen, asli hukukun zorunlu kurallarıdır. Eğer bu kuralları geri bıraktıracak, özel bir uyuşmazlık kuralı yoksa belirli bir topluluk için önem arz eden, özellikle, örneğin, çalışanları veya tüketicileri koruyan kurallar, mali piyasaları, ithalat ve ihracatı düzenleyen kurallar gibi hususlarla ilgisi varsa ve ihtilaflı hususla yeterli derecede bir bağlantısı varsa başka bir uygulanabilir hukuka rağmen bu kurallar doğrudan uygulanacaktır⁸³⁸.

Tarafların seçtikleri hukuk ile sözleşme arasında bir ilişkinin varlığını arayan düzenlemelerin amacı, en sıkı ilişkili ülke hukukunun emredici kurallarından kaçınılmasına engel olabilmektir. Fakat belirtilmelidir ki, emredici kurallardan kaçınmaya engel olmak için getirilen sınırlamalar hukuk seçimine mâni olmamalıdır. Yine aynı amaçla bazı ülke hukuklarında hukuk seçiminin iyi niyetle ve hukuka uygun bir şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiştir⁸³⁹. Tarafların sadece emredici kurallardan kaçınma niyeti ile hukuk seçimi yapmış olmaları ihtimali çok istinaî hallerde önlenebilecek bir durum olarak görülmektedir⁸⁴⁰. Üstelik emredici kurallardan kaçınmak isteyen taraflar için bile seçilen hukuk ile akit arasında bir bağlantı yaratmak hiç de zor değildir⁸⁴¹.

⁸³⁷ Akıncı, *Uygulanacak Hukuk*, s. 10.

⁸³⁸ Cordero, s. 289-330.

⁸³⁹ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 22.

⁸⁴⁰ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 91-93.

⁸⁴¹ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 22.

2.1.3.5.3. Seçilen Hukuk Açısından Haklı Sebebin Bulunması

İrade muhtariyeti ilkesi, tarafların sözleşmenin geçerli hukuku ya da hâkim hukuku seçme özgürlüğünü ifade eder. Hukuk seçimi devriminin bir parçası olarak, bu ilke uygulanacak hukuk gibi sözleşme uyuşmazlıkları bağlamında, yani sözleşmenin yapıldığı yer (*lex loci contractus*) ve ifa edildiği yer (*lex loci solutionis*), geleneksel bağlayıcı unsurların yerini almıştır.

İrade muhtariyeti uzun zamandır uluslararası özel hukukun en temel ilkelerinden biri olarak tanımlanmasına rağmen, dünya genelindeki yasal sistemler, bu özgürlüğün işletilmesi dâhilinde kesin parametrelerin tarifinde farklılık göstermeye devam eder. Bazı ülkelerin uluslararası özel hukuk kuralları uygulanacak hukuk olarak tarafların herhangi bir hukuk sistemini seçmesine izin verirken bilhassa diğerleri bu tür bir seçimi sözleşme yükümlülüğüyle bağlantısı olanlarla sınırladığını söyleyelim. Şu anda, taraf özerkliği ilkesini şart koşan çoğu uluslararası özel hukuk, bu hukukun sözleşmeyle bir bağlantısı olup olmadığına bakmaksızın, tarafların sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları düzenlemek için herhangi bir yasal sistemi seçmekte serbest oldukları özel yorumlamayı sınırlandırmaktadır. Diğer bazı uluslararası özel düzenlemeler, seçilen hukuk ve sözleşme yükümlülükleri arasındaki herhangi bir bağlantı ihtiyacından feragat etmiştir. Öne çıkan örnekler arasında Çin, Hong Kong, Japonya, Meksika, Güney Kore, Rusya, İsviçre, Türkiye ve Venezuela'nın düzenlemeleri yer almaktadır⁸⁴².

Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki mahkemelerin yabancı bir ülkeyle bağlantı kurabilmek için fazla bir şeye ihtiyaç duymadıkları görülmektedir. Taraflardan birinin yurtdışında alışıldığı şekilde ikamet etmesi, taraflardan birinin yurtdışında bir iş ilişkisinin olması, sözleşmenin yurtdışında yapılması veya icranın yurtdışında yapılması genellikle yeterli kabul edilir. Bu, bir öge dışında tümü yalnızca bir ülkeyle bağlantılı olsa bile geçerlidir. Sonuç olarak hem Amerikan hem de Avrupa hukukunun sadece uluslararası hukukla değil aynı zamanda temelde aynı vakalarla da böyle yeterli bir ilişkisinin gerektiğini söylemek doğrudur. Bununla birlikte, yeterli bir ilişki bulma eşiğinin Atlantik'in her iki tarafında oldukça düşük

⁸⁴² Saloni, s. 1–15

olduğunu söylemek de doğrudur. Bu nedenle, tamamen yerel davalarla ilgili sınırlama, pratikte serbest hukuk seçiminin önünde büyük bir engel teşkil etmez⁸⁴³.

Seçilen hukukun taraflarla ya da sözleşmeleriyle anlamlı ve tarafsız bir bağlantısı olması şartı, 19. yy. ın başlarında *Batiffol* tarafından hararetle savunulan medeni hukuk bağlamında bir yerelleştirme teorisine benzetilebilir. Bu teoriye göre, seçilen hukuk, sözleşmenin nesnel ağırlık merkezi ile ilgisi olmadığında dışlanır. Seçilen hukuk ile bir bağlantının gerekli olduğu yaklaşımın arkasındaki mantık, tarafların sahtekârlığını önlemek için irade muhtariyetine yöneliktir. Fransızca bilindiği gibi, “*fraude à la loi*” hukuk seçimi ile sözleşmeye nesnel olarak uygulanabilir başka bir hukukun uygulanmasından kaçınmaya çalışan tarafın güdülerine odaklanmaktadır⁸⁴⁴.

Belli bir ülkenin hukukunu seçmede tarafların makul sebeplerinin ya da meşru menfaatlerinin bulunması yönünde hukuk seçimine sınırlama getirilmesi gerektiği düşüncesi ortaya atılmıştır. Buna göre, seçilen hukuk ile sözleşme arasında objektif bir irtibat aranmasa da seçimin haklı bir sebebe dayanması geçerlilik koşulu olarak öne sürülmüştür⁸⁴⁵. Özellikle milletlerarası ticarete tarafların hiçbir surette sebepsiz ve tuhaf hukuk seçimi yapmayacağı kabul edilmekte, eğer sözleşmelerini belli bir hukuka tabi tutmuşlarsa makul bir sebebinin olduğu varsayılmaktadır⁸⁴⁶.

Tarafların hukuk seçimini sınırlayan makul bağlantı şartı, taraflar seçilen hukukun ya taraflarla ya da işlemin kendisiyle belirli bir düzeyde ilişki içerdiğini gösteremedikçe, tarafların hukuk seçimini sınırlar. Bu ilişkiye genellikle “yerel irtibat” denir, bu da taraflarca tasarlanan uygulanacak hukukun sözleşmenin yer aldığı yerlilerle ilgili olduğu anlamına gelir. İkna edici olsun ya da olmasın, makul bağlantı gerekliliğinin altında yatan mantık, aksi takdirde uygulanacak olan hukukun olası bir şekilde kaçmasıyla ilgili kaygıdır. Makul bağlantı gerekliliğini destekleyen bir argüman, gereksinimin “tarafların, sözleşmeyle herhangi bir önemli bağlantısı olmayan bir hukuk seçerek sözleşmeyle bağlantılı ülkelerin emredici hukuk kurallarından kaçınmalarını zorlaştıracığı” şeklindedir⁸⁴⁷. Diğer bir görüşe göre,

⁸⁴³ Ruhl, s. 1-40.

⁸⁴⁴ Pertegás, s. 975-1003.

⁸⁴⁵ Gelgel, *Tüketici*, s. 95; Tiryakioğlu, *Satım*, s. 22; Mann, s. 437-453.

⁸⁴⁶ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 23.

⁸⁴⁷ Örneğin Cezayir Medeni Kanunu’nda 2005’te yapılan değişikliğe göre, seçilen hukuk, taraf ve sözleşme arasında “gerçek bir bağlantı” olmasını açıkça belirten bir kanun hükmü vardır (Madde 18).

“ tarafların keyfi olarak uygulanacak hukuku seçmesini engelleyerek, yerel yasaların ve politikaların daha iyi korunacağı” iddia edilmektedir. Makul bağlantı gerekliliğini destekleyen teorik temel, “ taraflar ve sözleşmeleri, ikamet ettikleri ve hareket ettikleri eyaletin yaratıklarıdır ve yabancı bir hukuk öngörerek yerel yasaların sonuçlarından kaçınamayacakları” şeklindedir⁸⁴⁸.

Başka bir soru da *forumun* hangi bağlantının tarafların hukuk seçimini doğrulayacak kadar makul olduğuna nasıl karar verdiğidir. Açıkçası, bu konuda kesin bir standart yoktur. Bazı araştırmacılar, sözleşmenin yapılmasının veya uygulanmasının önemli bir kısmı seçilen *forumda* gerçekleştiğinde bağlantının makul olduğunu ileri sürmektedir. Diğer bir görüşe göre, makul bir bağlantının belirlenmesini, seçilen hukukun taraflarla veya işlemlerle ilgili olduğu tüm faktörleri tartma sürecidir, çünkü tarafların, aşina oldukları sözleşmelerle açıkça bağlantılı bir hukuk seçmeleri muhtemel ve mantıklıdır⁸⁴⁹.

Tarafların seçtikleri hukukun “haklı bir menfaate”, “iyi niyete” veya “makul bir sebebe” dayanması kavramları doktrinde geniş yorumlanmaktadır, taraflar sırf tarafsızlığı ve hukukî güvenliği temin için veya sözleşme ilişkisinin mahiyetine en uygun hukuk sisteminin temini için, sözleşmeden doğan mali sonuçların icrasını kolaylaştırmak için tarafların ikametgâh veya vatandaşlıklarına veya ana sözleşmenin maddi ve şekli unsurlarına tamamen yabancı bir hukuk sistemini seçmekte haklı bir menfaate veya haklı sebeplere sahip olabilirler⁸⁵⁰.

2.1.3.5.4. Seçilebilecek Hukukların Kanun Koyucu Tarafından Belirtilmesi

Bazı hukuk alanlarında sınırsız olarak hukuk seçimine izin verilmediği göze çarpmaktadır. Türk milletlerarası aile hukukunda da hukuk seçme serbestisinin kabul edilmediği görülmektedir. MÖHUK’ta evlilik mallarına uygulanacak hukuku düzenleyen m. 15, bunun istisnası mahiyetindedir. Hükme göre, “*Evlilik malları*

Yakınlığı gerekli kılan başka bir Afrika kanunu da 1997 tarihli Yeşil Burun Adaları Medeni Kanunu’dur. Buna göre, tarafların ciddi ilgilerini karşılayan veya sözleşmeye bağlı olan yasaların seçimine izin verir (Madde 41): Alborno, González, s. 437-465.

⁸⁴⁸ Zhang, *Contractual*, s. 511.

⁸⁴⁹ Zhang, *Contractual*, s. 511.

⁸⁵⁰ Şanlı, *Tahkim*, s. 118.

hakkında eşler evlenme anındaki mutad mesken veya millî hukuklarından birini açık olarak seçebilirler” denerek eşlere sadece bu iki hukuk düzenlerinden birini seçme imkânı tanınmakla hukuk seçme serbestisinin sınırlandırıldığından bahsedebiliriz.

Avrupa Mirasçılık Belgesinin Oluşturulması ve Miras Meselelerinde Mahkemelerin Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Resmî Belgelerin Kabulü ve İcrasına İlişkin 650/2012 Sayılı Tüzüğe göre, miras hukukunda sınırlı bir hukuk seçimi serbestisine izin verildiği görülmektedir. Buna göre, miras bırakan seçim yaptığı anda vatandaşı olduğu ülkenin hukukunu, birden fazla vatandaşlığı varsa bu ülkelerin birinin hukukunu mirasa uygulanacak hukuk olarak seçebilir⁸⁵¹. Türk Milletlerarası Özel Hukukunda ise mirasa uygulanacak hukuk konusunda hukuk seçimi serbestisinin sınırlı dahi olsa bulunmadığını hatırlatmak isteriz.

2.1.3.5.5. Hiçbir Milli Hukuk Sistemine Ait Olmayan Kural veya Prensiplerin Seçilmesi

Hiçbir milli hukuk sistemine ait olmayan kurallardan bir egemen devlet ürünü olmayan kurallar veya hukuk kuralları anlaşılmalıdır. Açıkça ‘hukuk kuralları’ teriminin tam kullanımı ne kesin ne de tarafsızdır. Eğer bu kurallar gerçekten “hukuk kuralları” ise bu durumda mevzuat kuralları gibi gerçek kanun kurallarıyla aynı yetkiye sahip olmaları gerekirdi. Bu kurallar sıradan ve günümüzde demokratik olan yasama süreciyle resmi olarak ifade edilen toplu insan iradesinden kaynaklanmaz; yargı bildirimlerinden meydana gelmezler ve genellikle uzun süre tekrarlanan doğal ve ortak ve sözsüz onay gücünü elde ettikleri için genel olarak kabul edilen örf adet değeri taşımazlar. Bu kurallardan bazıları UNIDROIT ve UNCITRAL gibi devletlerarası kurumlarca oluşturulurken diğerleri herhangi bir yaygın katılım veya onay olmadan idari olmayan özel kurumlarca oluşturulur ve onları oluşturanların tercihlerini ve görüşlerini yansıtır.

Lando Komisyonu gibi kurumlardan bazıları saf niyetli tarafsız akademisyenlerden oluşurken diğerleri tarafsızlıktan hayli uzaktır. Örneğin ABD’de Amerika Tahkim Birliği, New York Menkul Kıymetler Borsası, Amerika Menkul

⁸⁵¹ Sirmen, *Miras*, s. 455-511.

Kıymetler Borsası, Özel Fiyat Güvenliği Borsası, banka takas merkezi, kredi kartı kuruluşları, elmas, tahıl ve pamuk tüccarları ve yakın zamanda internet servis ve alan sağlayıcıları gibi mal tüccarları tarafından devlet dışı kurallar oluşturulmaktadır⁸⁵².

Taraflar, irade serbestîsi prensibi çerçevesinde, belirli bir devletin hukuk sisteminden kaynaklanmayan bazı kuralların (örneğin henüz yürürlüğe girmemiş bir uluslararası anlaşmanın) veya yine kaynağını belirli bir ulusal hukuk sisteminden almayan bazı prensiplerin (örneğin, UNIDROIT prensiplerinin, hukukun genel prensiplerinin) veya uluslararası ticari örf-adet kurallarının (örneğin, bu kuralların yazılı hale getirilmiş şekli olarak Uluslararası Ticaret Odası- *International Chamber of Commerce* tarafından hazırlanan broşürlerin), *lex mercatorian*ın sözleşmelerine uygulanacağını kararlaştırmış olabilirler⁸⁵³.

Uluslararası ticaret alanında, örneğin, “INCOTERMS” olarak kodlanan birçok yaygın kullanım (örneğin, FOB, CIF ve C&F) uluslararası sözleşmelerde oldukça sık kullanılmaktadır. Bu konuda tipik bir madde şöyledir: “Bu Sözleşme I.C.C. tarafından yönetilecektir. INCOTERMS (1990 Sürümü)”.

Uluslararası sözleşmeler için en çok atıfta bulunan uluslararası antlaşma, Uluslararası Mal Satışı Sözleşmesi'dir (CISG). Bir antlaşmanın uygulanması genellikle ülke üyeliğine bağlıdır, yani *forum*, *forum* ülkesinin taraf olduğu antlaşmayı uygular. Ancak, *forum* ülkesi antlaşmaya taraf olmasa bile, bu tür bir başvuruya *forum* hukuku uyarınca izin veriliyorsa, özel sözleşme tarafları tarafından yapılan bir sözleşmeye dâhil edilen anlaşma hükmü bir mahkeme tarafından onaylanabilir. Örneğin, Çin'de, taraflar sözleşmelerini uluslararası gelenek kuralları veya medeni ve ticari konularla ilgili uluslararası bir anlaşma ile yönetmeyi kabul edebilirler⁸⁵⁴.

Türk Milletlerarası Özel Hukukuna baktığımızda, MÖHUK m. 24'de tarafların seçebilecekleri hukuk düzenleri bakımından herhangi bir sınırlama yer almamaktadır. Doktrinde de uygulanacak hukuku seçme konusunda taraflara tam bir

⁸⁵² Symeonides, *The Hague Principles*, s. 2-29.

⁸⁵³ Kocasakal, *m. 24*, s. 36-37.

⁸⁵⁴ Zhang, *Contractual*, s. 511.

serbesti tanınması gerektiği, tarafların menfaatleri doğrultusunda diledikleri hukuku seçebilecekleri kabul edilmektedir⁸⁵⁵.

MÖHUK m. 24/1'deki "*Tarafların seçtikleri hukuk*" deyiminden belli bir hukuk sisteminin seçilmesi anlaşılmalıdır⁸⁵⁶. Milletlerarası unsur taşısa bile taraflar aralarındaki ilişkiyi hukuk düzeni dışında ve hukuk tarafından denetlenemeyen davranış standartlarına göre düzenleyemezler⁸⁵⁷. Hiçbir hukuk sistemine ait olmayan kural veya prensiplerin sözleşmeye uygulanacağını kararlaştırılması, MÖHUK m. 24/1 anlamında bir hukuk seçimi değildir. Tarafların sözleşmelerine koydukları bu tür hükümler, söz konusu kural veya prensiplerin sözleşme metnine dâhil edilmesi (*incorporation*) anlamına gelir. Dolayısıyla, MÖHUK m. 24/4 uyarınca sözleşmeye uygulanması gereken hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla bu kural veya prensipler uygulama alanı bulur⁸⁵⁸.

Taraflar ancak yürürlükte olan bir hukuk düzenini seçebilirler⁸⁵⁹. Örneğin taraflar Roma hukukunu, Çarlık Rusya hukukunu veya örf ve âdet hukukunu seçemezler. Zira medeni bir toplumda belirsizlik, hukuka aykırılık ve keyfilik kavramlarına yer yoktur⁸⁶⁰.

2.1.3.5.6. Hukuk Seçiminin Yabancılık Unsuru Olarak Görülmesi

Herhangi bir yabancılık unsuru içermeyen hukuki ilişkiler bakımından yabancı bir hukukun seçilmesi kabul edilmemiştir⁸⁶¹. Hatta hukuk seçiminin sınırları ülkeden ülkeye değişse de bu hususa ilişkin hiç tereddütsüz söylenebilecek tek şey,

⁸⁵⁵ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 336- 337; Nomer, *Devletler Hususi*, s. 307, dn. 4; Demir Gökyayla, *Tek Satıcılık*, s. 295, dn. 5; Tarman, *Hukuk Seçimi*, s. 152, dn. 7; Özdemir Kocasakal, *m. 24*, s. 30.

⁸⁵⁶ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 307, dn. 4; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 339, dn. 8; Tarman, *Yabancılık*, s. 152. dn. 7. Aksi yönde Sargın, s. 194.

⁸⁵⁷ F. A. Mann, "England Rejects Delocalised Contracts and Arbitration", *33 Int'l & Comp. L.Q.*, 1984, s. 197. Ayrıntılı bilgi için bkz. Süral, UNIDROIT.

⁸⁵⁸ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 339, dn. 8; Şanlı, *Ticari Akitler*, s. 53- 54, dn. 6; Ekşi, *Incorporation*, s. 274- 277 dn. 17; Tarman, *Yabancılık*, s. 147, dn. 7; Demir Gökyayla, *Tek Satıcılık*, s. 300, dn. 5 ve dn.146; Doğan, *Akreditif*, s. 155- 156; Balkar, *Özel Hukuk Kuralları*, s. 85, dn. 6.

⁸⁵⁹ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 247; Tiryakioğlu, *Satım*, s. 24; Çilingiroğlu, s. 108.

⁸⁶⁰ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 24.

⁸⁶¹ Tütüncübaşı, s. 43.

irade serbestisinin sadece “uluslararası” nitelikteki sözleşmeler bakımından geçerli olacağıdır⁸⁶².

Esasen tarafların hukuk seçimi için ön şartın yabancılık unsuru olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira bir hukuki ilişkiye hangi hukukun uygulanacağı sorusu da birden fazla hukukla irtibatlı hukuki ilişkiler için gündeme gelmektedir. Tümüyle tek ve aynı hukuk düzeni içinde meydana gelen olay ve ilişkiler için hangi hukukun uygulanacağı sorunu ortaya çıkmayacaktır⁸⁶³.

Yabancılık unsuru içermeyen hukukî ilişkilerde hukuk seçimi ile ilişkinin yabancı unsurlu hale geldiğini kabul etmeyen diğer görüşe göre ise hukuk seçimi sadece yabancı unsurlu hukuki ilişkilerde söz konusu olabilir⁸⁶⁴.

2.1.3.5.6.1. Çeşitli Ülke Hukuklarında ve Uluslararası Metinlerde Durum

Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü’ne göre, sırf iç hukuka ilişkin sözleşmelere uygulanmak üzere yabancı hukuk seçimine izin verilmiş, fakat bu seçimin sadece maddi hukuka ilişkin olacağı izah edilmiştir. 1995 tarihli Menkul Malların Satımı Hakkındaki Lahey Sözleşmesi’nin 1. maddesi de bu konuyu açıklığa kavuşturarak tarafların hukuk seçimi yapmalarının, tahkim şartı veya yetkili mahkemeyi belirlemelerinin sözleşmeye milletlerarası karakter vermeyeceği belirtilmiştir⁸⁶⁵.

17 Haziran 2008 tarih ve 593/2008 sayılı Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ile İlgili Avrupa Birliği Tüzüğü’nün 3. maddesinin 3. fıkrasına göre, seçim sırasında uyuşmazlığın diğer tüm unsurları seçilen ülke dışında bir başka ülkede toplandığında, tarafların seçimi bu ülke hukukunun anlaşmayla bertaraf edilemeyecek nitelikteki hükümlerinin uygulanmasını etkilemez. Dolayısıyla sözleşme kapsamında ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda, bütün unsurların bir ülkeyi

⁸⁶² Balkar Bozkurt, s. 160.

⁸⁶³ Nomer, **Devletler Hususi**, s. 5; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 1; Çelikel, Erdem, s. 7.

⁸⁶⁴ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 290; Ödemir Kocasakal, **m. 24**, s. 33; Demirkol, s. 49; Şanlı, **Tahkim**, s. 115. Akıncı’ya göre, bu sorunun cevabını irade muhtariyeti prensibinin Borçlar Hukukundaki anlamı ile milletlerarası özel hukuktaki anlamını karşılaştırarak aramalıyız. Hiçbir yabancılık unsuru içermeyen bir hukuki ilişkide tarafların milletlerarası özel hukuk anlamındaki irade serbestisinden yararlanabilecekleri, yani Türk Borçlar Hukukunda yer alan emredici kuralları bertaraf edebilmelerini kabul etmek kanun koyucunun amacını aşacaktır. Akıncı, **İnşaat**, s. 70-71.

⁸⁶⁵ Akıncı, **İnşaat**, s. 69.

işaret ettiğinde, tarafların başka bir ülke hukukunu seçmeleri, sözleşmeyle bağlantılı olan o tek hukukun emredici hükümlerinin uygulanmasını engellemez. Tüzük, sözleşmeyle bağlantılı o tek hukukun emredici hükümlerinden hukuk seçimi imkânının kullanılmak suretiyle taraf iradeleriyle kaçılmasına izin vermemiştir⁸⁶⁶.

Aslında Tüzük bu hükmüyle, tümüyle iç hukuku ilgilendiren bir sözleşmede tarafların yabancı bir hukuku seçmelerinin ilişkiye yabancılık unsuru katıp katmayacağı meselesinden ziyade, tümüyle tek bir ülke hukukuyla bağlantılı sözleşmelerde taraf iradeleriyle o hukukun emredici hükümlerinden kaçılmayacağını garanti altına almaktadır⁸⁶⁷.

1965 tarihli Polonya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, İspanya Medeni Kanunu, Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu seçilen hukuk ile sözleşme arasında bir irtibatın bulunması şartını aramıştır⁸⁶⁸. Alman Medeni Kanununa Giriş Kanunu (EGBGB) ise hukuk seçimini tek yabancı unsurun seçilen hukuk olması halinde dahi kabul etmektedir⁸⁶⁹.

2.1.3.5.6.2. Türk Hukukunda Durum

MÖHUK'un 1. maddesinde, 5718 sayılı kanunun yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı belirtildiğinden MÖHUK m. 24/1'de taraflara tanınan irade serbestisinin yalnızca yabancılık unsuru içeren uyumsuzluklar için öngörüldüğünü kabul etmek gerekir⁸⁷⁰.

Türk Hukukunda herhangi bir yabancılık unsuru içermeyen bir hukuki ilişkide tarafların yetkili hukuku belirlemelerinin söz konusu ilişkiyi yabancı unsurlu hale getirip getirmeyeceği konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, yabancı bir hukukun seçimi için sözleşmenin yabancılık unsuru taşıması gerekmez⁸⁷¹, zaten yabancı bir

⁸⁶⁶ Özel, *Hukuk Seçimi*, s. 431.

⁸⁶⁷ Özel, *Hukuk Seçimi*, s. 432.

⁸⁶⁸ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 20, 47 nolu dn.

⁸⁶⁹ Güngör, *Tüketici*, s. 90.

⁸⁷⁰ Akıncı, *İnşaat*, s. 69-70.

⁸⁷¹ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 318.

hukuk seçimi ile o hukuki ilişki yabancı unsurlu bir hukuki ilişkiye dönüşür⁸⁷². Bu görüşe göre irade muhtariyeti ilkesinin geçerli olduğu Borçlar Hukuku sözleşmelerinde yabancı bir hukukun seçimi ile o hukukî ilişkinin yabancı unsurlu bir ilişki haline gelmesinin kabulü, sözleşmesel ilişkinin mahiyetine ve irade serbestisini düzenleyen kanun hükümlerinin ruhuna uygun olur⁸⁷³. Böylece taraflar uygulanacak hukuku dahi seçmekte serbest olarak irade muhtariyetine tam olarak haiz olmuş olurlar. Denilebilir ki, hukuk seçimi taraflara bağlama kuralı tesis etme yetkisini vermektedir⁸⁷⁴.

Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ile İlgili Avrupa Birliği Tüzüğü'nün yukarıda incelenen m. 3/3 hükmüne benzer bir hüküm Türk Hukukunda mevcut değildir. Dolayısıyla Türk hâkimi, Türk Hukuku dışında tümüyle başka bir hukukla bağlantılı bir sözleşmede yapılan hukuk seçimini uygulamak zorundadır. Hatta bu seçim sözleşmenin bütün unsurlarıyla bağlantılı olduğu hukukun emredici hükümlerini bertaraf etse bile geçerlidir. Ancak MÖHUK. m. 31 uyarınca sözleşmenin bağlantıda olduğu üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Her emredici kuralın doğrudan uygulanan kural olmadığı ve m. 31 anlamında üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının bir zorunluluk olmadığı göz önünde bulundurulursa Tüzük kapsamında hukuk seçimine getirilen kısıtlamanın Türk Hukukunda karşılığının olmadığı anlaşılabacaktır⁸⁷⁵.

2.1.3.5.7. Hukuk Seçiminin Zaman Bakımından Sınırlandırılması

Taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku sözleşmenin kuruluşu anında seçebilecekleri gibi daha sonra da seçebilirler. Hatta taraflar uygulanacak hukuku, o sözleşmeden doğan bir ihtilafın görüldüğü dava sırasında dahi seçebilirler⁸⁷⁶.

Tarafların seçtikleri hukuku sonradan değiştirmeleri de mümkündür⁸⁷⁷. Fakat bu değişimin üçüncü kişilerin haklarını ve sözleşmenin şekli geçerliliğini

⁸⁷² Nomer, *Devletler Hususi*, s. 315; Çelikel, Erdem, s. 341; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 262; Emre Esen, "Critique of a Turkish Court of Cassation Decision on the Validity of Choice-of-Law and Choice-of-Forum Clauses in an Insurance Agreement", *Annales de la Faculte de Droit*, İstanbul, vol XLII, No. 59, 2010, s. 371; Tiryakioğlu, *Satım*, s. 212;

⁸⁷³ Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 262; Özel, *Hukuk Seçimi*, s. 424.

⁸⁷⁴ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 312.

⁸⁷⁵ Özel, *Hukuk Seçimi*, s. 433.

⁸⁷⁶ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 24.

⁸⁷⁷ Tekinalp, s. 247; Göğer, s. 310.

etkilememelidir⁸⁷⁸. Örneğin bir satım sözleşmesinde alıcı lehine teminat gösteren üçüncü kişinin olması durumunda, sonradan seçilen hukukun üçüncü kişinin sorumluluğunu, daha önce sözleşmeye uygulanacak hukuka göre artırması adil olmayan bir sonuç olacaktır⁸⁷⁹.

2.1.4. Uygulanacak Hukukun Tespitinde Mülga 2675 Sayılı Möhuk İle 5718 Sayılı Möhuk'un Karşılaştırılması

Esas itibariyle sözleşmeden doğan borç ilişkilerini tek bir madde ile düzenleyen 2675 sayılı MÖHUK'un 24. maddesi, birbirinden farklı tipteki milletlerarası nitelikteki borç ilişkilerine uygulanacak hukuku devletler özel hukuku adaletini tesis edecek şekilde düzenleyememesi, bu konudaki milletlerarası gelişmelerin ve konu hakkında Roma Konvansiyonu, Roma I Tüzüğü ve diğer çağdaş düzenlemelerin gerisinde kalmaktaydı. Doktrin tarafından bu maddenin değiştirilmesi ihtiyacının zorunlu olduğu dile getirilmekteydi. Hatta bu konudaki bilimsel çalışmaların daha sonra kanunun bütününe sirayet ettiği ve 5718 sayılı kanunun hazırlanmasına vesile olduğunu söyleyebiliriz⁸⁸⁰.

İrade muhtariyeti ilkesi gerek önceki 2675 sayılı MÖHUK'ta, gerekse yeni 5718 sayılı MÖHUK'ta sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında birtakım farklılıklarla kabul edilmiştir. 2675 sayılı MÖHUK hukuk seçimi için tüm sözleşmelere uygulanmak üzere tek bir genel madde içermekteydi. Uygulamada milletlerarası sözleşmelerden kaynaklanan çok fazla sayıda ihtilafın bulunması, her biri birbirinden farklı ve önemli sözleşme tiplerine uygulanacak hukuku tek bir madde ile belirlemek doktrinde haklı olarak eleştirilmekteydi⁸⁸¹. Örneğin yabancılık unsuru taşıyan tüketici sözleşmelerinden veya iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda sözleşmenin karakteristik ediminin ifa yeri hukukunun uygulanması, korunması gereken tarafın korunmaması sonucunu doğurabilmekteydi. Madde metninde hiç olmazsa objektif bağlama kuralının son basamağı olan “sözleşmenin en yakın irtibat halinde olduğu devlet hukuku” kuralı gerektiğinde

⁸⁷⁸ 1986 La Haye Satış Sözleşmesi ve 1980 Roma Konvansiyonu aynı şekilde hükümler içermektedir: Tiryakioğlu, *Satım*, s. 24, 66 nolu dn.

⁸⁷⁹ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 24.

⁸⁸⁰ Çelikel, Erdem, s. 394.

⁸⁸¹ Çelikel, Erdem, s. 388.

uygulanabilen bağımsız bir kural olarak kabul edilmiş olsaydı, özelliği olan sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda amaca uygun bir çözüme ulaşılabilirdi⁸⁸².

5718 Sayılı MÖHUK, içerik olarak en köklü değişikliği, yürürlükten kaldırdığı, 2675 Sayılı aynı adı taşıyan Kanun'un sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin hükümlerinde gerçekleştirmiştir. Tesadüfen her iki kanunda da madde numarası 24 olan, sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku tespit eden düzenlemede, 2675 Sayılı Kanun'a nazaran taraflara hukuk seçimi konusundaki iradelerini ifade etme konusunda daha fazla serbesti tanınmıştır. 5718 sayılı MÖHUK'ta hukuk seçimi konusu daha ayrıntılı düzenlenmiş ve hukuk seçimi yapılmaması halinde sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan objektif ölçütler değiştirilmiştir. Bu köklü değişiklik, 2675 Sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde doktrinde bu madde ile ilgili olarak yapılan eleştirilerin ve Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin düzenlemelerine uyum sağlanması gereğinin bir sonucu olarak gerçekleşmiştir⁸⁸³.

2.1.4.1. Kanun/Hukuk Deyimi

2675 sayılı MÖHUK'un 24. maddesinde sözleşmeden doğan borç ilişkilerine, tarafların açıkça seçtikleri "kanun"un uygulanacağı yazılıydı. MÖHUK tasarısı ile ilgili olarak yapılan sempozyumda bunun "hukuk" şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁸⁴.

Mülga kanunun bu şekilde düzenlenmiş olmasının nedeni tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları halinde aralarındaki ilişkiye seçilen hukukun maddi hükümlerinin uygulanacağını ve atfın nazara alınmayacağını açıkça bildirmektir⁸⁸⁵.

⁸⁸² Çelikel, Erdem, s. 393.

⁸⁸³ Özdemir Kocasakal, m. 24, s.27-88.

⁸⁸⁴ *Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı Sempozyumu*, 22-24 Kasım 1976, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, İstanbul, 1978 s. 174-175; Özdemir, s. 14.

⁸⁸⁵ Çelikel, Erdem, s. 389.

2.1.4.2. Örtülü Hukuk Seçimi Bakımından

2675 sayılı MÖHUK sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından irade serbestisi prensibini kabul etmekle beraber, örtülü hukuk seçiminde seçilen hukukun tespiti güç olacağı gerekçesiyle sadece açık hukuk seçimine izin vermektedir⁸⁸⁶. Bu nedenle kanun, hem örtülü hukuk seçimine izin vermemesi hem de karşılaştırmalı hukuk düzenlerinin gerisinde kalması nedeniyle eleştirilmekteydi⁸⁸⁷. Eleştiriler, zımnî iradenin de dikkate alınması gereken, gerçek bir irade olduğu; bu iradenin dikkate alınmamasının sözleşmelerde taraf iradesine verilen değeri azalttığı; bu yönüyle zımnî iradeyi de kabul eden uluslararası anlaşmalara ve diğer ülkelerin mevzuatlarına da aykırılık teşkil ettiği noktalarında birleşiyordu⁸⁸⁸. Bu eleştiriler doğrultusunda 5718 sayılı MÖHUK tarafların “üstü kapalı-zımnî” iradelerine de etki tanımıştır. Hatta bu yeniliğin iki kanun arasındaki en önemli fark olduğu ifade edilmektedir⁸⁸⁹.

Yargıtay’ın da konuyu doktrinle aynı doğrultuda ele alan ve tarafların hukuk seçimine yönelik iradelerinin açık olması gerektiği ve örtülü irade beyanına dayanılamayacağını belirten kararları bulunmaktaydı. Örneğin Yargıtay bir kararında “...MÖHUK’a göre taraflar aralarında yaptıkları akde uygulanacak hukuku bizzat seçebilirler (2675 Sayılı Mülga MÖHUK m. 24/1). Burada tarafların hukuk seçiminin 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 kavuşulamaz” cümlelerine yer vermiştir⁸⁹⁰.

Diğer yandan doktrinde, kanunun lafzına aykırı olsa da ruhuna uygun bir yorum yapılarak⁸⁹¹, her ne kadar sözleşmede açık bir hükümle ifade edilmese de tarafların belirli bir hukuk seçme konusunda iradelerinin bulunduğu tereddüde

⁸⁸⁶ Kocasakal, *m. 24*, s. 42-43; *Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı Sempozyumu*, s. 167.

⁸⁸⁷ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 212-213; Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 124, dn. 370.

⁸⁸⁸ Çelikel, Erdem, 388; Öztürk, 145 dn. 9; Demir Gökyayla, s. 174- 308, dn. 5; Sargın, 195- 198; Kocasakal, *m. 24*, s. 43, dn. 27.

⁸⁸⁹ Arslan, s. 1; Çelikel, Erdem, s. 396.

⁸⁹⁰ Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 15.6.1993 tarih ve 1993/2112 Esas sayılı ve 1993/5075 Karar sayılı kararı, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 10, 1993, s. 1528.

⁸⁹¹ Çelikel, Erdem, s. 389; Erdem, *Patent Hakkı*, s. 193.

yer vermeyecek şekilde belirlenebildiği durumlarda da açık hukuk seçiminden bahsedilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁸⁹².

2675 sayılı Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında, örtülü irade ile hukuk seçiminin mümkün olmamasına gerekçe olarak “ *tarafların belirli bir hukuka yönelik ifadeleri, bilinçli bir seçimin sonucu olarak mı yoksa üzerinde anlaşılabildikleri ortak bir dil bulma çabası ile mi kullandıkları*” noktasını tespitteki güçlük gösterilmiştir⁸⁹³. Ayrıca tarafların hukuk seçimini sonradan ve hatta dava aşamasında dahi yapabilmeleri veya seçtikleri hukuku değiştirebilme olanaklarının da bulunması sonucunda örtülü hukuk seçimine gereksinim kalmayacağı da ileri sürülmüştür⁸⁹⁴. Buna karşın, örtülü hukuk seçimine olanak tanımamanın, uluslararası sözleşmelerdeki mantığa ve milletlerarası ticari hayatın gereklerine uygun düşmediği ve mülga MÖHUK m. 24/2 göz önünde bulundurulduğunda çelişkili birtakım sonuçlara neden olacağı da ileri sürülmüştür.

TBK m. 89 (BK m. 73)’da borcun ifa yerinin tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Tarafların örtülü iradeleri ile borcun ifa yerini, dolayısıyla MÖHUK m.24/2 uyarınca sözleşmeye uygulanacak hukuku tayin etmiş olabilecekleri ileri sürülmüştür⁸⁹⁵. 2675 sayılı MÖHUK’un 24/2. maddesi uyarınca karakteristik edim borçlusunun tabi olduğu hukuk uyarınca örtülü hukuk seçimi kabul edilmişse, Türk Hukuku uyarınca da örtülü hukuk seçiminden kaçınmanın mümkün olamayacağı belirtilmiştir⁸⁹⁶. Örtülü hukuk seçimine ilişkin olarak bir diğer görüşe göre gerçek olmayan kanun boşluğu olduğu ve bu boşluğun örtülü iradeye etki tanıma yoluyla doldurulabileceği belirtilmiştir⁸⁹⁷. Ayrıca tarafların hukuk seçimi yapma yönündeki iradelerinin varlığının belirlenebilmesi durumunda “açık” hukuk seçimi koşulunun gerçekleşmiş olduğu üzerinde durulmuştur⁸⁹⁸.

5718 sayılı MÖHUK’un örtülü hukuk seçimine ilişkin olarak genel gerekçesinde “...sözleşmenin hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılan örtülü yani zımni hukuk seçimine de milletlerarası

⁸⁹² Nomer, *Devletler Hususi*, 14. Bası, 297 dn. 4; Doğan, *Akreditif*, s. 141, dn. 28.

⁸⁹³ Tekinalp, *Zımni Hukuk Seçimi*, s. 29-30.

⁸⁹⁴ Tekinalp, *Yeni Alman ve İsviçre*, s. 67-68.

⁸⁹⁵ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 213.

⁸⁹⁶ Tekinalp, *Zımni Hukuk Seçimi*, s. 30-31.

⁸⁹⁷ Sargın, *Patent*, s. 197.

⁸⁹⁸ Nomer, *Devletler Hususî*, s. 293.

tatbikatın ihtiyaçları doğrultusunda yer verildiği...” belirtilerek milletlerarası düzenlemelerle uyum sağlama amacı vurgulanmıştır⁸⁹⁹.

Tarafların örtülü iradeleri yoluyla belli bir hukuk seçip seçmemiş oldukları her zaman için taraflara sorularak tespit edilebilir düşüncesinden hareketle, örtülü hukuk seçiminin kanunda düzenlenmesinin lüzumu olmadığını bildiren görüşler bulunmaktadır⁹⁰⁰. Gerçekten de taraflarca hukuk seçiminin her zaman yapılabilmesi ya da değiştirilebilmesi imkânının varlığı karşısında örtülü hukuk seçimi gibi belirsiz ve sınırları zorlukla tespit edilebilen bir iradeye kanunun etki tanınması bu görüşe kuvvet kazandırıyor görünmektedir. Fakat nadiren de olsa taraflardan biri iyi niyetli olarak, açıkça beyan edilmemiş ancak örtülü olarak seçildiğine tereddüt olmayan hukuk uyarınca sözleşmeye ilişkin yükümlülük ve borçlarını yerine getirmiş olabilir. Diğer taraf, örtülü hukuk seçimi uyarınca tespit edilen hukukun işine gelmeyeceğini fark edip, kötü niyetli olarak mahkemeye başvurarak aralarındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlık uyarınca bir başka hukukun yetkili olduğunu ya da objektif bağlama kuralları uyarınca bir başka hukukun uygulanması gerektiğini ileri sürebilir. İşte böyle bir durumda örtülü hukuk seçiminin, kanunda mümkün kılınmış olması önem taşır⁹⁰¹.

2.1.4.3. Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Bakımından

Evlilik mallarını düzenleyen 2675 sayılı MÖHUK m. 14 ile 5718 sayılı MÖHUK m. 15 birtakım farklılıklar arz etmektedir. 2675 sayılı MÖHUK m. 14 şu şekildeydi: *“Evlilik malları hakkında eşler ikametgâh veya evlenme anındaki milli hukuklarından birini seçebilirler; böyle bir seçim yapılmamış olan hallerde evlilik malları hakkında evlenme anındaki müşterek milli hukuk, müşterek milli hukuk bulunmadığı hallerde, evlenme anındaki müşterek ikametgâh hukuku, bu da bulunmadığı takdirde, malların bulunduğu yer hukuku uygulanır. Evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakkı saklı kalmak üzere, bu yeni hukuka tabi olabilirler”*. Bu hükme göre, evlilik mallarına uygulanacak yetkili hukukun tespitinde ilk bağlama noktası, sübjektif (tarafların iradesi ile

⁸⁹⁹ Bayata Canyaş, *Roma I Tüzüğü*, s. 116, dn. 39.

⁹⁰⁰ Tekinalp, *Yeni Alman ve İsviçre*, s. 67-68.

⁹⁰¹ Bayata Canyaş, s. 118-119.

oluşturulan) nitelikte olan, “kısıtlı hukuk seçimi” -eşlerden birinin evlenme anındaki ikametgâh hukuklarından ya da evlenme anındaki milli hukuklarından birini seçme- imkânıdır.

Eşler arasında evlilik malları konusunda hukuk seçimi yapılmamış olması, yapılan hukuk seçiminin Kanun’un 14. maddesine uygun olmaması, başka bir deyişle, kısıtlı hukuk seçimi imkânı tanındığı halde, Kanun’da belirtilen hukuklardan birinin değil de başka bir ülkenin hukukunun seçilmiş olması halinde ya da yapılan hukuk seçiminin geçerli olmaması halinde 2675 sayılı MÖHUK’un 14. maddesinin 1. fıkrası 2. cümlesinde belirtilen objektif bağlama noktalarına göre, kademeli olarak yetkili hukuk tespitine geçilir. Evlilik malları hakkında yetkili hukuk, “evlenme anındaki” müşterek milli hukuk, yoksa “evlenme anındaki” müşterek ikametgâh hukuku, o da yoksa malların bulunduğu yer hukuku (değişken statü) olacaktır. Sayılan bağlama noktaları, 2675 sayılı MÖHUK’un uygulandığı derdest davalarda uygulanmaya devam edecektir⁹⁰².

5718 sayılı MÖHUK’un evlilik mallarına uygulanacak hukuku düzenleyen 15. maddesi ise şu şekildedir: *“Evlilik malları hakkında eşler evlenme anındaki mutad mesken veya milli hukuklarından birini açık olarak seçebilirler; böyle bir seçimin yapılmamış olması halinde, evlilik malları hakkında eşlerin evlenme anındaki müşterek milli hukuku, bulunmaması halinde evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk Hukuku uygulanır”*.

5718 sayılı MÖHUK’ta 2675 sayılı MÖHUK’tan farklı olarak evlilik malları hakkında eşlerin hukuk seçimine ilişkin hükümde, “ikametgâh” kavramı yerine “mutad mesken” kavramı getirilmiştir. Böylece hukuk seçiminin, “evlenme sırasındaki” mutad mesken veya millî hukuklardan birisi arasında yapılabileceği hususuna da açıklık getirebilmek için “evlenme anındaki” deyimini mutad mesken kavramının önüne alınarak, tarafların yapacakları hukuk seçiminde söz konusu olabilecek dört imkândan birini kullanabilecekleri ve bu seçimin ancak “açıkça” yapılması halinde geçerli olacağı da “açık olarak” ibaresinin eklenmesi ile kabul

⁹⁰² Şensöz, Ebru, “27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 8, Sayı 16, Güz 2009, s. 179.

edilmiştir. Zımni hukuk seçimi imkânı, evlilik mallarının niteliği gereği, evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda taraflara tanınmamıştır⁹⁰³.

2.1.4.4. Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kullanılan Objektif Bağlama Kuralları Bakımından

2675 Sayılı Kanun, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde objektif bir ölçüt olarak “ifa yeri”ni; tarafların her ikisinin de karşılıklı olarak edim yükümlülüğü altına girdiği, dolayısıyla birden fazla ifa yerinin bulunduğu sözleşmelerde ise “karakteristik edim”in ifa yerini esas almıştır. Karakteristik edimin belirlenemediği sözleşmeler açısından ise uygulanacak hukuk, “en sıkı bağlantı” ölçütüne göre belirlenmekteydi⁹⁰⁴.

Bir yandan doktrinde ifa yeri kıstasına yönelik eleştiriler⁹⁰⁵, bir yandan da Roma Konvansiyonu’nda bu ölçüt yerine karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni ölçütünün esas alınması, 5718 Sayılı Kanun’un 24. maddesinin hazırlanmasında etken unsurlar olmuştur. 5718 Sayılı MÖHUK m. 24’te, ifa yeri ölçütü yerine “yakın bağlantı” ölçütünün tercih edilmesinin gerekçesi, Roma I Tüzüğü’nde, yakın bağlantının, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu ülke ile olduğunun kabul edilmesi, dolayısıyla, bu değişikliğin AB Hukuku’nun bir gereği olduğu ifade edilmiştir⁹⁰⁶.

Mülga m. 24’te yer alan karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukundan daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde bu hukukun uygulanmasına imkân tanıyan istisna kuralı gerçek bir istisna niteliği taşımamaktaydı⁹⁰⁷. Zira maddede geçen “en yakın irtibat” kuralı ağırlıklı edimin ifa yerinin bulunması fakat sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku yansıtmaması nedenine değil, ağırlıklı edimin ifa yerinin tespit edilememesine bağlanmıştır⁹⁰⁸. Yaşanabilecek

⁹⁰³ Çelikel, Erdem, s. 263; Şensöz, s. 180.

⁹⁰⁴ Kocasakal, m. 24, s. 52; Çelikel, Erdem, s. 398.

⁹⁰⁵ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 347, dn. 8

⁹⁰⁶ Gülören Tekinalp, “The Turkish Code Concerning Private International Law and International Civil Procedure”, *Yearbook of Private International Law*, S. 9, Y.2007, s. 329 dn. 52; Kocasakal, m. 24, s. 54.

⁹⁰⁷ Çelikel, Erdem, s. 391.

⁹⁰⁸ Gülören Tekinalp, “MÖHUK’ta Uygulanacak Hukuk Açısından Düzenlenmeyen veya Eksik Düzenlenen Konular”, *Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 579-588.

olumsuzlukların önüne geçerek bağlama kuralının uygulanabilirliğini artırmayı amaçlayan madde, bu mahiyeti nedeniyle “yardımcı kural” olarak anılmıştı⁹⁰⁹. Bu yardımcı kuralın istisna kuralı şeklinde düzenlenmesi halinde, ifa yeri bulunsa dahi, hâkimin özellikli hallerde en yakın irtibat noktalarına göre tespit edeceği hukuku uygulamasına imkân verip objektif kurallardaki katılığın bazı hallerde getirdiği somut olay adaletini sağlayamama sakıncasını bertaraf edebileceği belirtilmişti⁹¹⁰.

2.1.4.5. Doğrudan Uygulanan Kurallar Bakımından

2675 sayılı Kanun’da doğrudan uygulanan kurallar düzenlenmemiştir. 5718 sayılı Kanun ise iki farklı maddede bu kurallara ilişkin hükümlere yer vermiştir. Bunlar “Türk Hukukunun doğrudan uygulanan kuralları” başlıklı 6. madde ve “Doğrudan uygulanan kurallar” başlıklı 31. maddedir.

Kanun’un genel hükümleri arasında yer alan 6. maddedeki düzenlemenin, sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından da uygulama alanı bulacağı şüphesizdir. 24. maddeye göre belirlenen sözleşmeye uygulanacak hukuk, yabancı bir hukuk olması halinde dahi, o sözleşme ile ilgili olarak Türk Hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kural niteliğindeki hükümlerin mahkemece dikkate alınması ve bu hükümler çerçevesinde karar verilmesi zorunludur⁹¹¹.

2.1.5. Özel Sözleşme Tiplerinde İrade Muhtariyeti

Kanunlar ihtilafı bakımından hukuk seçimi özel hukukun tüm alanları bakımından kabul görmemiştir. Zayıf tarafı koruma amacıyla ya da işlem güvenliği nedeniyle belli bazı sözleşme tiplerinde hem karşılaştırmalı hukukta hem de Türk Hukukunda sınırlı hukuk seçimi benimsenmiştir⁹¹².

Hukuk seçimini genel olarak tüm sözleşmesel ilişkilerde kabul edip bazı sözleşme çeşitlerinde sınırlı olarak kabul eden sistemler mevcuttur. Bunun nedeni bu sözleşmelerde kamu menfaatinin ağır basmasıdır. İngiliz hukukunda “*Proper Law*”

⁹⁰⁹ Tekinalp, *Yeni Alman*, s. 59-70.

⁹¹⁰ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 298.

⁹¹¹ Kocasakal, *m. 24*, s. 71.

⁹¹² Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 121-122.

doktrinde benimsenen prensibe göre, bazı sözleşme tiplerinin “*Jus cogens*” olmasından dolayı hukuk seçimi sınırsız kabul edilemez, zira bu tip sözleşmelerin koruduğu bir iç hukuk düzeni ve taraf menfaati bulunmaktadır⁹¹³.

Bir görüşe göre zayıf tarafın korunmasını gerektiren sözleşmelere ilişkin sabit bağlama kuralları oluşturulmamalıdır. Bunun yerine sözleşmenin zayıf tarafını en çok koruyan hukuki düzenlemelere sahip hukuk uygulanmalıdır. Bu görüş hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik nedeniyle eleştirilmektedir⁹¹⁴.

Hukuk seçiminin ve hatta objektif bağlama kurallarını tamamen reddeden bu görüşün yanı sıra bu tip akitlerde objektif bağlama kurallarının oluşturulabileceğini kabul eden görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre sosyal içerikli sözleşmelerde hukukun objektif olarak belirlenmesine engel olunmamalıdır⁹¹⁵.

Önceki Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (2675 sayılı) milletlerarası uygulamanın aksine, bazı sözleşme tipleri için özel kurallar öngörmemekteydi. Tüm sözleşmeler için uygulanacak genel bir kural belirlenerek tek bir maddede düzenlenmişti. 2675 sayılı MÖHUK’un 24. maddesinin ilk fıkrası, taraflara sözleşmeye uygulanacak hukuku açıkça olmak kaydıyla seçmek imkânı vermişti. Objektif bağlama kuralı olarak da “ağırlıklı edimin ifa yeri” hukuku kuralı tercih edilmişti. Ağırlıklı edimin tespit edilememesi halinde ise “sıkı irtibatlı hukuk”un uygulanması öngörülmüştü⁹¹⁶.

5718 Sayılı MÖHUK’ta genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukuk m. 24’te düzenlendikten sonra bir tarafın zayıf olduğu tüketici sözleşmeleri ile iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk, seçilebilecek hukuk düzenleri ve objektif bağlama kuralları ile ayrıca düzenlenmiştir. Bu maddeleri takip eden m. 28’de fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler ve m. 29’da eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler bakımından hukuk seçimi ilk basamak bağlama kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁹¹³ İsviçre hukukunda iş akitlerinde, miras veya evlilik mallarında da bu şekilde bir gerekçe ile hukuk seçimi sınırlandırılmıştır: Gelgel, *Tüketici*, s. 97.

⁹¹⁴ Doğan, *Tüketici*, s. 161-162.

⁹¹⁵ Gelgel, *Tüketici*, s. 102.

⁹¹⁶ Gelgel, *Tüketici*, s. 93.

2.1.5.1. Tüketici Sözleşmeleri

Milletlerarası özel hukukta tüketici, ekonomik gücü ve pazarlık gücünün zayıflığı nedeniyle sözleşmenin tipik zayıf tarafı olarak *a priori* olarak korunması gerektiği kabul edilmektedir⁹¹⁷. Ancak yine de tüketicinin her somut olayda sözleşmenin zayıf tarafı olması, her durumda milletlerarası özel hukuk adaletini harekete geçirmemektedir. Tarafların ekonomik güç ve pazarlık gücünün eşitsizliği tüm tüketici sözleşmelerinde vakıa olarak kabul edilmesine rağmen milletlerarası özel hukuk tüm tüketici sözleşmelerinin tüketicileri için aynı hukuki korumayı bahşetmemektedir. Bu konuda milletlerarası özel hukuk adaletinin harekete geçmesi, tüketicinin pazarlık gücünün zayıflığı ile değil, milletlerarası özel hukukta tüketicinin korunması gereken hallerin varlığı ile ilişkilidir⁹¹⁸. Aslında tüketici sözleşmelerinde tüketicinin her sözleşmede *a priori* olarak zayıf durumda olduğunun varsayılması hem tartışmaya açıktır hem de hemen her zaman sözleşmenin karşı tarafı aleyhine işletilebilecek tehlikeli bir kozdur⁹¹⁹.

Hukuk seçimini dolayısıyla irade muhtariyetini kabul eden bir görüşe göre seçilen hukukun içeriğine, zayıf tarafın ve bu arada tüketicinin korunmasını konu edinen emredici hukuk kuralları dâhildir. Ancak bu görüş, milletlerarası özel hukuk alanında irade muhtariyeti ilkesini, iç hukuktaki irade muhtariyeti ilkesinden ayıran hususun tüketici aleyhine sonuç doğuracağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Gerçekten de mal ve hizmetleri üreten veya sağlayan gerçek veya tüzel kişiler hemen her zaman, ekonomik bakımdan tüketicilerden daha güçlü konumdadır. Dolayısıyla hukuk seçimi ile tespit edilen hukuk da çoğu zaman bunların menfaatlerini azami ölçüde, tüketicinin menfaatini ise bunlara nazaran daha düşük bir seviyede koruyan ya da hiç korumayan bir hukuk olmaktadır⁹²⁰.

⁹¹⁷ Hugh Beale, “Inequality of Bargaining Power”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6, no. 1, 1986, (Çevrimiçi), www.jstor.org/stable/764470, 10 Mayıs 2019, s. 125 vd; Güngör, *Tüketici*, s. 98.

⁹¹⁸ Ellinghaus, s. 766-767; Güngör, *Tüketici*, s. 99.

⁹¹⁹ Lando, s. 293; Güngör, *Tüketici*, s. 100.

⁹²⁰ Güngör, *Tüketici*, s. 81.

2.1.5.1.1. Türk Hukukunda Durum

MÖHUK, irade serbestîsini kabul etmekle birlikte tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku ayrıca düzenlemekle zayıf tarafı korumayı amaç edinmiştir. Tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirlerken irade muhtariyetini sınırlandıran MÖHUK, güçlü durumdaki tarafın istediği hukuku seçerek zayıf durumdaki tüketiciyi zor durumda bırakmasını engellemek istemektedir. Zaten tüketici ve ilişki halinde bulunduğu karşı tarafın birlikte tüketici sözleşmesine uygulanacak hukuku kararlaştırmaları hayatın olağan akışına da terstir. Genellikle tüketiciler muhatapları tarafından hazırlanmış matbu sözleşmeleri imzalamakla sözleşmeye dâhil olurlar⁹²¹.

Türk Milletlerarası Özel Hukukunun yabancılik unsuru içeren tüm tüketici sözleşmelerinde tüketici lehine bir koruma sağladığı söylenemez. Zira MÖHUK m. 26 hükmü belirlenen özellikleri haiz tüketici sözleşmelerini esas almaktadır. Bunların dışında kalan tüketici sözleşmeleri ise iç hukuk bakımından tüketici sözleşmesi olarak vasıflandırılrsa da tabi olacakları hukuk MÖHUK m. 24'e göre belirlenecektir⁹²².

MÖHUK m. 26'daki düzenleme Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü m. 6 ile uyum içindedir⁹²³.

MÖHUK tüketici sözleşmesi tanımına yer vermesine rağmen⁹²⁴, tüketici tanımına özel olarak ve bilerek yer vermemiştir. Bu durum kanunun sistematığı ile de uyumludur⁹²⁵. Aslında Roma Konvansiyonu m. 5 ve İsviçre MÖHUK m. 120'de de durum Türk Hukukundakinden farksızdır. Kimin tüketici olup olmadığı hâkimin yapacağı vasıflandırmaya göre belirlenecektir⁹²⁶.

⁹²¹ Hatice Selin Pürselim, "Milletlerarası Özel Hukukta Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*, Ed. Sibel Özel, Mustafa Erkan, Uluslararası Konferans, 11 Ekim 2018, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 75-76.

⁹²² Çelikel, Erdem, s. 416.

⁹²³ Pürselim, s. 76.

⁹²⁴ MÖHUK'ta tüketici sözleşmesinin tanımının yapılmasını gereksiz bulan bir diğer görüşe göre de tüketici sözleşmesi hâkimin vasıflandırması ile tayin edilmelidir: Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 288, dn. 442.

⁹²⁵ Tüketici sözleşmesi yerine tüketici tanımına yer vermesi gerektiği görüşü için bkz. Sedat Sirmen, *Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 163. Tüketici tanımının hâkimin yapacağı vasıflandırmaya göre belirlenmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Çelikel, Erdem, s. 408.

⁹²⁶ Çelikel, Erdem, s. 419.

Tüketiciyi koruyan kuralların emredici kural niteliğinde olması hukuk seçimini sınırlandırmaktadır⁹²⁷. MÖHUK m. 26, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olduğu asgari koruma saklı kalmak kaydıyla hukuk seçimine izin vermiştir. Bu düzenlemede tüketicinin en iyi bildiği hukukun mutad meskeni hukuku olduğu farz edilmiştir. Böylece hem tüketici korunmuş hem de yabancı bir ülkede kendini daha güvende hissedenden tüketicinin ekonomik hayata kolaylıkla dâhil olmasının önü açılmıştır⁹²⁸. Nitekim genellikle hukuk sistemlerinde “mutad mesken” hukukunun uygulanması tüketiciyi koruyan kuralların, onun bulunduğu yerdeki kurallar olması esasına bağlanmaktadır. Tüketici, ancak bulunduğu yerde, hayat ilişkisini sürdürdüğü yerde korunmaktadır. Başka bir ülkede, ancak bu ülkeye gitmesi, özel bir amaçla sınırlı olarak bir davetin neticesinde doğmuşsa veya turistik seyahatlerde olduğu gibi bu seyahat programı dâhilinde yurt dışına gitmişse, tüketiciyi koruyan kurallar da onu izlemektedir⁹²⁹.

2.1.5.1.1.1. Örtülü Hukuk Seçimi

Tüketici sözleşmelerinde örtülü hukuk seçimi yapıp yapılamayacağı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre tüketici sözleşmelerinin niteliğinden ötürü örtülü hukuk seçiminin kabul edilmesi mümkün değildir. Zira böyle bir durumda tüketici korunamaz⁹³⁰.

Örtülü hukuk seçiminin tüketici sözleşmelerinde mümkün olabileceğini savunan diğer bir görüşe göre ise eğer kanun koyucu tüketici sözleşmelerinde örtülü hukuk seçimini kabul etmeyecek idiyse bu konuda özel bir düzenleme yapardı, böylesi özel bir düzenleme olmadığına göre tüketici sözleşmelerinde örtülü hukuk seçimi mümkündür⁹³¹. Bir görüşe göre ise örtülü hukuk seçimi mevcutsa hemen reddedilmemeli, şayet örtülü hukuk seçimi tüketicinin mutad meskeni hukukunun

⁹²⁷ Çelikel, Erdem, s. 416; Öztekin Gelgel, *Tüketici*, s. 96 vd.

⁹²⁸ Pürselim, s. 85.

⁹²⁹ Öztekin Gelgel, *Tüketici*, s. 98.

⁹³⁰ Zeynep Çalışkan, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, *MHB*, Y. 28, S. 1-2 2008, s. 41.

⁹³¹ Can, Toker, s. 298.

emredici hükümlerinin sağladığı asgari korumadan her hal ve şart altında daha iyi bir koruma sağlıyorsa, bu hukuk tüketici sözleşmesine uygulanabilir⁹³².

2.1.5.1.1.2. Farazi Hukuk Seçimi

Tüketici sözleşmelerinde hukuk seçiminin tespiti yapılırken farazi hukuk seçiminden bahsedilemez. Çünkü tüketici sözleşmelerinde tarafların farazi iradesi, daha güçlü konumda bulunan satıcının iradesi ile özdeş olacaktır. Oysa tüketici sözleşmelerinde tarafların ortak menfaatlerinden çok tüketicinin korunması önem taşımaktadır⁹³³.

2.1.5.1.1.3. Tüketicinin Mutad Meskeni

İrade muhtariyeti ilkesinin sınırlandırılması ticari sözleşmeler ile tüketici sözleşmeleri bakımından aynı ölçüde olmamaktadır. Ticari sözleşmelere nazaran tüketici sözleşmelerinde irade muhtariyeti ilkesi daha sınırlı kabul görmektedir⁹³⁴.

En sıkı irtibatlı hukuk olarak kabul gören tüketicinin mutad meskeni hukukuna ait emredici hukuk kurallarının altında yatan sosyal politikaların, hukuk seçimini destekleyen hukuki kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik gibi hususlardan daha ağır bastığı görülmektedir⁹³⁵. Ayrıca reşit ve mümeyyiz bireylerin sözleşme yapma özgürlüğünün tüketici sözleşmeleri bakımından sınırsız olmadığını belirtmeliyiz. Zira uygulanacak hukuku seçme özgürlüğünün, sözleşmenin her iki tarafının eşit derecede özgür olmaları ile mümkün olabileceği kabul edilmektedir⁹³⁶. Hâlbuki tüketici görünüşte özgür olsa da gerçek manada özgür değildir⁹³⁷. Bu bakımdan milletlerarası alanda tüketiciyi korumak amacıyla “tüketicinin mutad meskeni” bağlama kuralının genel olarak kabul gördüğü göze çarpmaktadır⁹³⁸.

⁹³² Pürselim, s. 84.

⁹³³ Lando, s. 83; Tiryakioğlu, *Satum*, s. 32.

⁹³⁴ Lando, s. 300.

⁹³⁵ Lando, s. 293.

⁹³⁶ Güngör, *Tüketici*, s. 82.

⁹³⁷ Lando, s. 294.

⁹³⁸ Lando, s. 362; Güngör, *Tüketici*, s. 82-83.

Tüketiciyi korumayı amaçlayan sosyal politikalar lehine, irade muhtariyeti ilkesinin kısmen feda edildiği söylenebilir. Seçilen hukukun uygulama alanının tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketiciyi koruyan emredici hukuk kuralları ile sınırlandırılması bunun kanıtıdır⁹³⁹.

MÖHUK m. 26/2’de sayılan koşullar altında oluşturulmuş tüketici sözleşmelerine tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. Bu şartlar şunlardır: “a) sözleşme, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiiller bu ülkede yapılmış veya b) Diğer taraf veya onun temsilcisi, tüketicinin siparişini bu ülkede almış veya c) İlişkinin bir satım sözleşmesi olması hâlinde, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş, olmalıdır”. Bunlar dışında kalan tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24’e göre belirlenecektir⁹⁴⁰.

Tarafların seçtikleri hukuk ile tüketicinin mutad mesken hukuku karşılaştırılarak hukuk seçimine cevaz verilip verilmeyeceği kararlaştırılacaktır. Bu noktada doktrinde karşılaştırmmanın ne suretle yapılacağı tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, hukuklar arasında genel bir karşılaştırma yapmak yerinde olacaktır. Diğer görüşe göre ise ihtilaf konusuna hukuki dayanak teşkil eden kurallar karşılaştırılarak bir değerlendirme yapılmalıdır. İkinci görüş daha çok taraftar toplamış ve her somut olayda ayrıca değerlendirme yapılması fikri baskın olmuştur. Ayrıca hukuk düzenlerinin genel olarak karşılaştırılmasının tüketici aleyhine sonuçlar yaratabileceği savunulmuştur⁹⁴¹.

Karşılaştırmayı kimin, neye göre yapacağı konusu da doktrinde tartışılmış, önceleri subjektif karşılaştırmmanın daha makul olduğu düşünülmüştür. Subjektif karşılaştırmada tüketici, bizzat kendisi bir karşılaştırma yaparak hangi hukuk düzeninin kendisi için daha lehe olduğunu belirlemektedir⁹⁴². Fakat daha sonraları objektif olarak yapılacak karşılaştırmaların tüketici için daha lehe olacağı kabul

⁹³⁹ Güngör, *Tüketici*, s. 83.

⁹⁴⁰ Çelikel, Erdem, s. 420.

⁹⁴¹ Gelgel, *Tüketici*, s. 99-100.

⁹⁴² Vahit Doğan, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1996, s. 71, dn. 253.

edilmiştir. Alman doktrinde bu işin hâkimler tarafından “akıllı ve makul” davranış kıstaslarını ele alarak yapmalarının daha doğru olacağı belirtilmiştir.

Belirtmeliyiz ki hâkim karşılaştırma yaparken, sözleşmenin doğuracağı sonuçları dikkate alarak takdir yetkisini kullanacaktır. Taraflarca hukuk seçimi yapılmış olması halinde hâkim, mutad mesken hukukunun elverişli hükümlerini kısmen de olsa uygulayabilmelidir. Seçilen hukukun daha elverişli hükümler içermesi halinde ise bazen tümünü, bazen de tartışma teşkil eden hususa ilişkin bölümü uygulayabilecektir⁹⁴³.

2.1.5.1.2. Çeşitli Ülke Hukuklarında Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (IPR-G) tüketici sözleşmelerinde genel olarak hukuk seçimini kabul etmiştir. Ancak hukuk seçiminin tüketici aleyhine olduğu ve tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu devlet hukukunun tüketiciyi koruma amaçlı emredici hukuk kurallarının bulunduğu hallerde hukuk seçimi geçersiz kabul edilmektedir⁹⁴⁴.

Alman Medeni Kanunu hukuk seçimini genel olarak kabul etmekle birlikte tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketiciyi koruma amaçlı hukuk kurallarının hukuk seçimi yoluyla bertaraf edilemeyeceği, hukuk seçimi bulunmayan hallerde tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanacağı belirtmiştir⁹⁴⁵. Diğer taraftan Almanya’da 1977 yılında yürürlüğe giren Tüketiciyi Koruma Kanunu’na göre, Almanya’da ikametgâhı olan tüketiciler, Almanya’da giriştikleri hukuki işlemlerde yabancı hukukun uygulanmasından koruma amacıyla sevk edilmiştir. Düzenleme yabancı hukukun daha iyi koruma sağlayıp sağlamadığı ile ilgilenmemektedir. Bu kural doktrinde Alman hukukunun asgari standardının uygulanmasını öngörecektir şekilde yorumlanmıştır⁹⁴⁶. EGBGB m. 27-37 Roma Tüzüğü’nün doğrudan iç hukuka aktarılmasıyla yazılmıştır⁹⁴⁷.

⁹⁴³ Atamer, *Tüketici*, s. 435.

⁹⁴⁴ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 56; Güngör, *Tüketici*, s. 89.

⁹⁴⁵ Tekinalp, *Yeni Alman*, s. 59-60; Atamer, *Tüketici*, s. 435-436; Çelikel, Erdem, s. 416.

⁹⁴⁶ Güngör, *Tüketici*, s. 90.

⁹⁴⁷ Atamer, *Tüketici*, s. 432 vd.; Gelgel, *Tüketici*, s. 92.

Alman Devletler Özel Hukuku Kanunu m. 29/2'ye göre, taraflar açıkça veya zımnen bir hukuk seçimi yapmamışlarsa tüketici sözleşmesine “tüketicinin mutad meskeni hukuku” uygulanır. Bunun yanı sıra tüketicinin mutad meskeni ile yeterli bir ilişkinin kurulması da aranmıştır. Sözleşme kurulduğu sırada mutad mesken ile tüketici arasında ilişkinin varlığı bu anlamda önemlidir, zira mutad meskenin tesadüfi bir yer olmaması gerekmektedir⁹⁴⁸.

İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanununda da tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk özel olarak bir madde ile düzenlenmiştir. Buna göre, tüketici sözleşmeleri için hukuk seçiminin genel itibariyle reddedildiği söylenebilir (m. 120)⁹⁴⁹. Objektif bağlama kuralı ise oldukça ayrıntılı bir şekilde, tüketicinin korunması esas alınarak düzenlenmiştir⁹⁵⁰. Genel ekonomik düzen ve kamu düzeni ile yakın ilişkisi nedeniyle “tüketicinin mutad meskeni hukuk⁹⁵¹” tüketici sözleşmelerine uygulanacak objektif bağlama kuralı olarak belirlenmiştir⁹⁵².

İtalyan ve Hollanda Devletler Özel Hukuku Kanunu, konuyu Roma Tüzüğü ile paralel bir şekilde düzenlemiştir⁹⁵³.

Gerek Hollanda hukukunda mahkeme kararlarıyla gerek Alman hukukunda geliştirilen menfaat teorisiyle, gerekse de Roma Konvansiyonu ile tüketici sözleşmelerinde irade muhtariyetine ve dolayısıyla hukuk seçimine getirilen sınır tüketicinin mutad meskeni hukuku ile çizilmiştir. Mutad meskenin tüketici için getirdiği hükümler daha lehe ise hukuk seçimi ile dahi bertaraf edilemez. Ancak seçilen hukuk mutad mesken hukukundan daha lehe hükümler içeriyorsa hukuk seçimi sınırlanmaz, hâkim seçilen hukuku uygular⁹⁵⁴.

⁹⁴⁸ Çelikel, Erdem, s. 417.

⁹⁴⁹ Çelikel, Erdem, s. 417.

⁹⁵⁰ Gelgel, *Tüketici*, s. 92-95.

⁹⁵¹ İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu m. 120'de tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanmasının şartları şu şekilde sıralanmıştır: “a) Eğer diğer taraf veya temsilcisi tüketicinin siparişini bu ülkede almışsa ya da,

b) eğer sözleşmenin akdedilmesine tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu devlette yapılan bir icap veya reklam sebep olmuşsa ve tüketici bu devlette sözleşmenin kuruluşuna ilişkin işlemleri yapmışsa veya,

c) tüketici karşı tarafça mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye akdin yapılması sağlamak amacıyla götürülmüşse”.

⁹⁵² Çelikel, Erdem, s. 417; Öztekin Gelgel, *Tüketici Akitleri*, s. 115; Güngör, *Tüketici*, s. 73; Atamer, *Tüketici*, s. 426 vd.

⁹⁵³ Gelgel, *Tüketici*, s. 92-97.

⁹⁵⁴ Gelgel, *Tüketici*, s. 98.

Hem Amerikan hem de Avrupa hukukunun hukuk seçimi olasılığını önemli ölçüde azalttığı en önemli işlemler; tüketici işlemleri, yani bir tarafın ticareti veya mesleğinin dışında hareket eden gerçek bir kişi olduğu işlemlerdir. Avrupa'da, Roma Konvansiyonu m. 5/2, bu tür sözleşmelerde bir hukuk seçiminin, tüketiciyi, ülke hukukunun zorunlu kuralları ile kendisine sağlanan korumayı mahrum etmemesi gerektiğini söylemekte ve sözleşmenin belirli koşullar altında akdedilmesi durumunda, mutad meskenine sahip olmasını sağlamaktadır. Sonuç olarak, bir hukuk seçimi, tüketiciyi mutad meskeni tüketici koruma yasalarının kapsamından çıkaramaz. Bunun yerine, tüketici mutad meskenin emredici kurallarına güvenebilir ve hangisi için daha uygunsa o hukuku yürürlüğe koyabilir⁹⁵⁵. ABD'de ise aksine, tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi maddelerinin etkisi açıkça sınırlı değildir. Amerikan kamu düzeni doktrinine göre, bir hukuk seçimi hükmü, belirlenen devlet veya ülke hukukunun uygulanmasının devletin temel politikasına aykırı olduğu ölçüde etkili değildir veya seçilen devletten daha fazla menfaati olan bir ülke olduğunda ve tarafların etkili bir hukuk seçiminin olmaması durumunda konunun belirlenmesi uygulanacak hukukun durumuna göre olacaktır. Tabii ki, temel kamu düzeni kavramı oldukça belirsizdir.

Tüketici sözleşmeleri, tarafların eşit olmayan pazarlık pozisyonlarında olduğu sözleşmelere ilişkin en önemli örneklerden biri olarak kabul edildiğinden, Amerikan mahkemeleri kamu düzenini ihlal ettiği için tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi maddelerini geçersiz kılma eğilimindedir. Daha çok özel olarak, onlar tüketici sözleşmelerinde, tüketicinin mutad meskeni hukuku dışında bir hukukun uygulanmasını gerektiren hukuk seçimi maddelerini, geçersiz kılma eğilimindedirler⁹⁵⁶.

2.1.5.2. İş Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi

MÖHUK'un iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk hakkındaki 27. maddesi şu şekildedir: *“(1) İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.*

⁹⁵⁵ Ruhl, s. 1-40.

⁹⁵⁶ Ruhl, s. 1-40.

(2) *Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz.*

(3) *İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.*

(4) *Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir”.*

Buna göre, 5718 sayılı Kanunda iş sözleşmesi konusunda hukuk seçimi imkânı, iş sözleşmelerin niteliği gereği, ancak işçi lehine ve sınırlı olarak tanınmıştır. Tarafların hukuk seçimi, uygulanacak hukukun işçiyi koruyan hükümlerinden daha elverişsiz hükümler içermesi halinde mümkün değildir.

Maddede mutad 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 mutad işyeri hukukunun işçiye sağladığı korumadan daha az koruma sağlaması halinde, hukuk seçimi nazara alınmayacaktır⁹⁵⁷. Bu halde tarafların seçtikleri hukuk geçersiz olacak ve objektif bağlama kuralı uygulanacaktır⁹⁵⁸.

Hukuk seçiminin açık ya da zımni yapılmasında bir sakınca yoktur. Maddede bu konuda herhangi bir ifade yer almadığı gibi işçiyi hangi hukukun daha fazla koruduğu önemli olduğundan zımni bir seçimle de olsa işçiyi daha fazla koruyan hükümler içeriyorsa seçilen hukukun uygulanması gerekir. Doktrinde MÖHUK m. 24'teki ifadelerden yola çıkarak açık olarak yapılan seçimin işçiyi daha iyi koruyacağını savunan bir görüş de bulunmaktadır⁹⁵⁹.

⁹⁵⁷ Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 18.09.2019 tarih ve 2016/9339 Esas sayılı ve 2019/16564 Karar sayılı kararı, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/22-hukuk-dairesi-e-2016-9339-k-2019-16564-t-18-9-2019#> 18.04.2020; Ankara BAM, 6. Hukuk Dairesinin 26.02.2019 tarih ve 2017/3967 Esas sayılı ve 2019/346 Karar sayılı kararı (www.lexpera.com).

⁹⁵⁸ Çelikel, Erdem, s. 430.

⁹⁵⁹ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 332.

2.1.5.2.1. Mutad İş Yeri (*lex loci laboris*)

Tarafların bir hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde objektif bağlama kuralı olan mutad iş yeri hukuku uygulanır. Mutad iş yeri, işin bir bütün halinde yerine getirilmesi gereken belirli bir ülkededir⁹⁶⁰.

Neresinin mutad iş yeri olacağını taraf iradeleri belirler. Tarafların bu konudaki iradelerinin tespit edilememesi durumunda yerine getirilecek hizmetin niteliği ve özelliği devreye girer. Dolayısıyla mutad iş yerinin belirlenmesinde fiili iş yerinin rol oynamadığını söylemek yanlış olmaz⁹⁶¹.

İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde, işçinin geçici olarak çalıştığı bu iş yeri “mutad işyeri” olarak kabul edilmez. İşçinin bir iş yerinde mutaden çalışırken başka bir ülkeye geçici olarak gitmesi halinde mutad iş yeri geçici olarak gidilen ülke değil, işçinin devamlı olarak çalıştığı ve geçici çalışması bitince döneceği ülkedir⁹⁶².

Aynı işveren için işçinin başka ülkelere iş seyahatleri yapması; montaj, fuar ve sergi gibi hizmetlerde bulunması gibi geçici nitelikteki kısa süreli hizmetlerinin ağırlık merkezini yani mutad iş yerini değiştirmez. Böyle durumlar mutad iş yerinin yayılması olarak nitelendirilir⁹⁶³.

2.1.5.2.2. Daha Sıkı İlişkili Hukuk

İş sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen m. 27 hükmü, sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen genel hüküm olan m. 24 ile paralel olarak son fıkrada bir istisna hükmüne yer vermiştir. Buna göre hâkim somut olaydaki halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesine objektif bağlama kurallarına göre daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunduğu karar verirse, objektif bağlama kuralları yerine daha sıkı ilişkili bulunduğu hukuku uygulayıp uygulamamakta serbesttir.

⁹⁶⁰ Mutad iş yeri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İpek Sarıöz Büyükalp, “Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f. 3’ün Uygulanması Sorunu”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 8(2), Y. 2019, s.195-248.

⁹⁶¹ Çelikel, Erdem, s. 428.

⁹⁶² Çelikel, Erdem, s. 431-432.

⁹⁶³ Çelikel, Erdem, s. 428.

Çeşitli Yargıtay kararlarında tarafların aralarındaki iş sözleşmesine uygulanacak hukuku belirlememiş olmaları yahut hukuk seçme anlaşmalarının herhangi bir sebepten dolayı geçersiz olması halinde iş sözleşmesi ile daha sıkı ilişkili olan yer hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Uygulamada daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde tarafların vatandaşlığı, işverenin ve tarafların ikametgâhı, sözleşmenin dili, ücretin ödendiği paranın cinsi, sözleşmenin yapıldığı yer gibi ölçütler dikkate alınmaktadır⁹⁶⁴.

Objektif bağlama kuralı olan “mutad iş yeri hukuku”ndan daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilse dahi mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyan sosyal güvenliğe ilişkin hükümlerinin, daha sıkı ilişkili olduğu tespit edilen hukukun işçiyi koruyan hükümlerine kıyasla işçiyi daha fazla koruması halinde hâkimin, daha sıkı ilişkili hukuku iş sözleşmesine uygulayıp uygulamamakta takdir yetkisine sahip olduğu unutulmamalıdır⁹⁶⁵.

2.1.5.2.3. Toplu İş Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi

Toplu iş sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılıp yapılamayacağı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre toplu iş sözleşmeleri ile hukuk seçiminin yapılması aynı iş yerinde çalışan işçiler için bir yeknesaklık sağlamasının yanı sıra işçinin korunmasına da hizmet edecektir⁹⁶⁶.

Toplu iş sözleşmesi vasıtasıyla hukuk seçimi yapılamayacağını ileri süren bir başka görüşün dayanak noktası ise hukuk seçimine ilişkin anlaşmanın kanunlar ihtilafı bakımından sonuç doğurabilmesi için belli bir iş sözleşmesi hakkında yapılması gerekliliğidir⁹⁶⁷.

⁹⁶⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 25.10.2010 tarih ve 2009/31301 Esas ve 2010/30289 Karar sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 07.05.2012 tarih ve 2011/15312 Esas ve 2012/15830 Karar sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 07.05.2012 tarih ve 2011/15326 Esas ve 2012/15844 Karar sayılı kararı, Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 24.10.2013 tarih ve 2013/10105 Esas ve 2013/17312 Karar sayılı kararı.

⁹⁶⁵ Çelikel, Erdem, s. 433.

⁹⁶⁶ Pınar Öztürk, “Milletlerarası Özel Hukukta İş Kazası”, *MHB.*, 2011, 19 (1-2), s. 810, dn 59.

⁹⁶⁷ Çelikel, Erdem, s. 431.

2.1.5.3. Sigorta Sözleşmeleri

Sigorta sözleşmeleri hem Avrupa hem de Amerikan hukukunda özel muamele gören nihai sözleşmelerdir. Her iki rejimde de tarafların küçük işletme ve tüketici riskleri söz konusu olduğunda uygulanacak hukuku seçme özgürlüğü sınırlıdır. Avrupa'da bu, başvurusu sigortalanan riskin türüne ve konumuna bağlı olan farklı hükümlerin karmaşık ve bazen tutarsız olan etkileşiminden kaynaklanmaktadır. Birincisi, sözleşme hayat dışı sigorta içinse ve risk 88/357 sayılı Direktifin Avrupa Topluluğu 7 ve 8. maddesinde bulunuyorsa, poliçe sahibinin mutad meskeni hukukunun uygulanması öngörülmektedir. Özgür bir hukuk seçimi sadece istisnai durumlarda, en önemlisi poliçe sahibinin mutad meskeni hukukunun irade muhtariyeti tanıdığı veya sözleşmenin büyük risklerin sigortası olduğu durumlarda kabul edilecektir. İkincisi, sözleşme hayat sigortası için ise ve risk 2002/83 sayılı Direktifin Avrupa Topluluğu 32. maddesinde yer alıyorsa, poliçe sahibinin mutad meskeni hukukunun uygulanmasını öngörür. Bununla birlikte, taraflar, poliçe sahibinin mutad meskeni hukuku buna izin veriyorsa başka bir hukuk seçebilir veya burada poliçe sahibi, vatandaşı olmadığı bir üye ülkede mutad meskeni bulunan gerçek bir kişi olarak görülebilir. İkinci durumda, taraflar ayrıca poliçe sahibinin vatandaşı olduğu üye devletin hukukunu da seçebilirler. Üçüncüsü, eğer risk Avrupa Topluluğu topraklarının dışındaysa, Roma Konvansiyonu'nun 5. maddesi tüketici olarak nitelendirilen poliçe sahiplerine koruma sağlar. 3. maddeye göre serbest hukuk seçimine yalnızca 5. maddenin geçerli olmadığı durumlarda izin verilir. Bu kafa karıştırıcı yığının sonucunu çizmek kolay değildir. Bununla birlikte, büyük ölçüde Avrupa rejiminin, çoğu durumda küçük işletme ve tüketici risklerini, riskin bulunduğu devlet yasalarına, yani poliçe sahibinin mutad meskeni hukukuna tabi tuttuğunu söylenebilir. Uygulanacak hukuku seçme özgürlüğü yalnızca istisnai durumlarda verilir. Amerika Birleşik Devletleri'nde, sigorta sözleşmelerinde serbest hukuk seçimi durumu oldukça benzer görünmektedir. Bununla birlikte, bu tür sözleşmelerdeki hukuk seçimi maddeleri, daha önce araştırılan temel kamu düzeni doktrini ile geçersiz kılınmaktadır⁹⁶⁸.

⁹⁶⁸ Ruhl, s. 20.

2.1.5.4. Milletlerarası Özel Hukuk Kapsamında Mal Rejimi Seçme Özgürlüğü

MÖHUK m. 15 ile yabancılık unsuru içeren evliliklerde eşlere mal rejimi seçme özgürlüğü getirilmiştir. Evlilik mallarına öncelikle eşlerin mal rejimine uygulanmak üzere seçtikleri hukuk; seçim yapmamış olmaları halinde veya yapmış oldukları hukuk seçimi sözleşmesinin geçersiz olması halinde eşlerin evlenme anındaki müşterek milli hukuku, bunun bulunmaması halinde müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk Hukuku uygulanır.

Eşlerin evlilik mallarına ilişkin uygulanacak hukuku seçmeleri herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır. Sadece bu hukuk seçimini açık olarak belirtmeleri gerekmektedir. MÖHUK bakımından hukuk seçiminin gösterildiği sözleşmenin yapıldığı yer hukuku veya seçilen hukukun şekil şartlarına uyularak yapılmış olması beklenir (MÖHUK. m. 7). Bu seçimi yapabilmeleri bakımından ehliyet konusu ise eşlerin milli hukuklarına göre belirlenir (MÖHUK. m. 9).

2.1.5.4.1. Hukuk Seçiminin Yapılma Zamanı

Eşlerin mal rejimine uygulanacak hukuku seçmeleri konusunda zaman sınırı bulunmamaktadır⁹⁶⁹. Dolayısıyla eşler evlilik birliği kurulmadan önce hukuk seçimi yapabilecekleri gibi evlilik birliği devam ederken de seçim yapabileceklerdir. Ancak eşler evlilik birliği devam ederken dahi hukuk seçimini yapsalar, yalnızca evlenme anındaki müşterek milli hukuk veya mutad mesken hukuklarını seçebileceklerdir. Bu konudaki ayrık düzenleme m. 15/3'tedir. Buna göre, eşlerin evlenmeden sonra yeni bir müşterek mutad mesken edinmeleri halinde üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere bu yeni müşterek hukuk evlilik mallarına uygulanmak üzere seçilebilecektir. Bu halde seçilen hukuk geçmişe etkili olarak uygulanacaktır⁹⁷⁰.

Düzenlemenin amacı, eşlerin yalnızca evlenme anındaki hukuku seçebilmeleri mal rejimine uygulanacak hukuku öngörme kolaylığı sağlamakla

⁹⁶⁹ Gizem Ersen Perçin, *Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri: Uygulanacak Hukuk-Milletlerarası Yetki-Tanıma ve Tenfiz*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 177.

⁹⁷⁰ Şensöz, s. 181.

beraber, evlenmeden sonra ortaya çıkacak olan sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına yönelik istekleri göz ardı etmemektir⁹⁷¹.

2.1.5.4.2. Seçilebilecek Hukukların Kanun Koyucu Tarafından Belirtilmesi

Eşlere verilen hukuk seçme serbestisi sadece müşterek milli hukuk ve müşterek mutad mesken hukukları ile sınırlandırılmıştır. Eşler birden fazla müşterek vatandaşlıklara sahipse, bunlardan herhangi birini seçebilirler⁹⁷².

2.1.5.4.3. Kamu Düzeni

MÖHUK m. 5'te düzenlenen kamu düzeni hükmüne göre, eşlerin evlilik mallarına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk Türk kamu düzenine açıkça aykırı ise söz konusu hukuk uygulanmaz. Bu durum da eşlerin sözleşme özgürlüğünü sınırlayan hallerden birine örnek teşkil eder⁹⁷³.

2.1.5.4.4. Uygulanacak Mal Rejiminin Belirlenmesi

Eşlerin yalnızca evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçtikleri ancak türünü belirtmedikleri durumda yasal mal rejiminin uygulanması uygun olur⁹⁷⁴. Tam tersi ihtimalde, yani eşlerin evlilik mallarına uygulanmasını istedikleri mal rejimini seçip uygulanacak hukuku belirtmemiş olmaları durumunda eşlerin açık bir hukuk seçimi yapmamış olmaları nedeniyle evlilik mallarına MÖHUK. m. 15 gereğince evlenme anındaki müşterek milli hukuk, bunun bulunmaması halinde müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk Hukuku uygulanmalıdır. Tespit edilen hukukta eşlerin seçtiği mal rejimi düzenlenmişse, seçilen bu rejimin hükümleri evlilik mallarına uygulanmalıdır. Aksi durumda eşlerin seçmiş oldukları mal rejimi,

⁹⁷¹ Şensöz, s. 105; Ersen Perçin, s. 175.

⁹⁷² Ersen Perçin, s. 172, Şensöz, s. 183.

⁹⁷³ Şensöz, s. 105; Ersen Perçin, s. 170; Şensöz, s. 180-181.

⁹⁷⁴ Ersen Perçin, s. 182; Şensöz, s. 187-188.

uygulanacak hukuka uygun düştüğü ölçüde bir sözleşme hükmü olarak uygulanabilir⁹⁷⁵.

2.1.5.4.5. Kısmi Hukuk Seçimi

Evlilik malları hakkında kısmi hukuk seçimi yapılamaz. Bir diğer deyişle eşler evlilik birliğindeki malları kısımlara ayırıp farklı hukuklara tabi tutamazlar⁹⁷⁶. Bir diğer deyişle eşlerin seçtiği hukuk tüm evlilik mallarına uygulanmalıdır. Ancak eşlerin hukuk seçimi yaptıkları durumda dahi, MÖHUK. m. 15/2'ye göre malların tasfiyesinde taşınmazların içinde bulundukları ülke hukukuna tabi oldukları unutulmamalıdır. Hükmün gerekçesinde söz konusu düzenlemenin uygulamada açıklık getirmek amacı taşıdığı ifade edilmiş, ancak doktrinde eleştirilmiştir⁹⁷⁷.

2.2. Hukuk Seçiminin ve Sözleşmeden Doğan İlişkinin Geçerliliği

19. yy. da irade muhtariyeti doktrini hem sözleşmelerin geçerliliğinin belirlenmesine hem de geçerli sözleşmelerden doğan hak ve görevlerin belirlenmesine uygulanmış olsa da doktrindeki tartışmaların çoğu sözleşmelerin geçerliliği üzerine odaklanmıştır. Bununla birlikte, modern kanunlar ihtilafı döneminde, irade muhtariyeti doktrini, bir sözleşmenin geçerliliğine değil, bir sözleşmeye taraf olanların haklarına ve yükümlülüklerine veya sözleşmenin içeriğine daha fazla odaklanmaktadır. Halen, hukuk hükümlerinin seçimi tipik olarak “sözleşmeden veya sözleşmeden doğan herhangi bir anlaşmazlığı” veya “ tarafların tüm hak ve yükümlülüklerini” kapsayacak şekilde ifade edilmektedir. Hukuk seçiminden, bir sözleşmenin geçerliliğine ve sözleşmenin içeriğine farklı muamele etmek hem gerekli hem de mantıklı görünmektedir. Birçok durumda, geçerlilikle ilgili tartışmalar şimdi sözleşmenin geçerliliğinden ziyade hukuk seçimi maddesinin geçerliliğini ele almaktadır.

Teorik olarak, bir sözleşmenin geçerliliği çoğu durumda sözleşmenin bir bütün olarak kaderini etkilerken, bir sözleşmenin içeriği sözleşmenin önemli

⁹⁷⁵ Çelikel, Erdem, s. 255-256.

⁹⁷⁶ Ersen Perçin, s. 181-182.

⁹⁷⁷ Eleştiriler için bkz. Şensöz, s. 200-201.

meseleleriyle ilgilidir. Bu durumu açıklamak gerekirse, bir sözleşme taraflarca seçilen hukuk uyarınca geçersiz sayılırsa, ortada bir sözleşme olmayacaktır ve sözleşme kapsamındaki tarafların hak ve yükümlülükleri ile ilgili tüm konular tartışmalı olacaktır. Ancak, sözleşmenin oluşturulduğu yerin kanunları uyarınca bir sözleşme geçersizse, taraflar sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilen başka bir ülkenin hukukunu belirlemiş olsalar bile sözleşme yerinde geçersiz kalacaktır. Bu durumda, oluşacak risklere, tarafların tayin ettiği ilgili hukuk uyarınca sözleşmenin içeriğine ne etkisi olursa olsun sözleşmenin geçerliliğine itiraz edilebilir⁹⁷⁸.

Hukuk seçiminin kendisi genellikle sözleşmede yer alan bir maddedir. Fakat kişi böyle bir anlaşmadan söz etmeden önce anlaşmanın gerçekten oluştuğunu ispatlamalıdır. Bundan dolayı en azından teorik olarak yetki, şekil, oluşum gibi konular ve hata veya tehdit gibi kusurlarla ilgili olarak daima hangi hukuk seçiminin geçerlilik anlaşmasının kendisi ve varlığını belirleyeceği konusunda soru işaretleri vardır. Üç seçenek vardır; *Lex fori*, seçilmiş hukuk ve *lex causae*. Bir hukuk seçimi anlaşması hukuk seçimi kurallarından bazılarının yerine geçtiği için böyle bir değişime izin vermeden önce böyle bir anlaşmanın var olup olmadığını kendi bağımsız standartları altında belirlemekte serbest olmasından dolayı *Lex fori*'yi uygulama seçeneği savunulabilir. Diğer taraftan seçilmiş hukuku uygulama seçeneği etkili olabilir ama doğrudan uygulanan kurallar/kamu düzeni istisnalarının olduğu oldukça az davada perdelenebilen ciddi 'bootstrapping'e yol açabilir. Üçüncü seçenek-*lex causae*yi uygulama-*bootstrapping* sorunundan kaçınır ama aynı zamanda hukuk seçimi maddelerini mahkeme ve davacılar için cazip kılan fayda ve verimliliğin çoğunu da azaltır.

Modern uluslararası özel hukuk kanunları ve sözleşmeleri tarafından kabullenilen çözümler iki gruba ayrılabilir. Birinci çözüm bu giriş konularını irade muhtariyeti kapsamında muaf tutmak ve bağımsız hukuk altında olması daha muhtemel hukuk seçimi kuralları yani *lex causae* altında uygulanabilir olan hukuk dâhilinde onların her ikisine karar vermektir. İkinci çözüm bu konuları irade muhtariyeti kapsamında muaf tutmak ve böylece tüm mevcut 'bootstrapping' sonuçlarıyla 'anlaşmada' seçilen hukuk altında karar vermek⁹⁷⁹.

⁹⁷⁸ Zhang, *Contractual*, s. 511.

⁹⁷⁹ Symeonides, *The Hague Principles*, s. 2-29.

2.2.1. Yabancılık Unsuru

Sözleşmeye uygulanacak hukukun tayininde irade muhtariyeti prensibinin geçerli olabilmesi için her şeyden önce hukuki ilişkinin yabancı unsur içermesi şartı gerekmektedir. Borç ilişkisi yabancı unsur içermiyorsa tarafların sözleşmeyi herhangi bir devlet hukukuna tabi kılmış olmalarının devletler özel hukukunda bir mana ifade etmeyeceğini söylemeliyiz. Bu takdirde iç hukuktaki irade özgürlüğünün söz konusu olduğu ileri sürülmektedir⁹⁸⁰. Yabancı unsur toprak olabileceği gibi tarafların tabiiyeti de olabilir. Sözleşmelerin bünyesinde yer alan herhangi bir yabancılık unsuru, irade serbestisinin kabulü için yeterli sayılmalıdır⁹⁸¹.

1999 yılında bir sözleşmenin yabancı unsuru konusunda karar veren, ülkenin en yüksek mahkeme mecrası olan Venezuela Yüksek Adalet Divanı, bir sözleşmenin uluslararası karakterinin sınıflandırılması konusunda her faktörün göze alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu ekonomik veya yasal kıstas (sermayenin yurtdışına transferi veya mal ve hizmetlerin sınır ötesi hareketleri) olan, taraflara ve ilişkileriyle ilgili bütün unsurların hem objektif hem de subjektif taraflarını içermektedir. Ayrıca belirtilmiştir ki bu kıstas her zaman kullanılmamalı, sadece işe yarayacağı zaman kullanılmadır. Divan, yabancı unsuru geniş bir kavram olarak ele almış ve uluslararası ticaret dünyasındaki dar yasal kıstasların yetersizliğini göstermiştir⁹⁸².

Hukuk seçiminin sadece yabancı unsur içeren sözleşmeler için kabul edilmesi halinde iki Türk vatandaşı arasında yapılan ve yabancılık unsuru taşımayan bir sözleşmede yabancı hukukun seçilmiş olması, o ilişkiye milletlerarası özel hukukun konusuna giren bir nitelik kazandırmaya yetmeyecektir⁹⁸³.

⁹⁸⁰ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 352, dn. 10; Uluocak, *Kanunlar İhtilafları*, s. 185-186; Çelikel, Erdem, s. 379.

⁹⁸¹ Berki, *Kanun İhtilafları*, s. 175; Şanlı, *Tahkim*, s. 114-115. Buna karşın Nomer'e göre, yabancı bir hukukun seçimi için borç sözleşmesinin yabancılık unsuru bulundurmasına gerek yoktur. Yabancı bir hukukun seçimi ile o hukuki ilişki yabancı unsurlu bir hukuki ilişki haline gelmektedir. Eğer taraflar aralarındaki sözleşmeye yabancı bir hukukun uygulanacağını kararlaştırmışlarsa, artık aralarındaki borç ilişkisi yabancılık unsuru taşıyan bir borç ilişkisidir: Nomer, *Devletler Hususi*, s. 318. Diğer yandan Sakmar'a göre tamamen iç hukuka ait bir sözleşmeye sırf tarafların yabancı bir hukuku seçmiş olmalarından dolayı "uluslararası" nitelik tanımak, taraflara, iç hukukta yer alan ve hükümlerini beğenmedikleri kanunlardan kaçma imkânı vermek anlamına gelir ve böylece emredici nitelikteki bazı kuralların etkisiz kahr: Balkar Bozkurt, s. 145, dn. 19.

⁹⁸² Albornoz, González, s. 437-465.

⁹⁸³ Özel, *Hukuk Seçimi*, s. 429 vd; Çelikel, Erdem, s. 379.

Bir hukuki işlem ya da ilişkinin yabancılık unsuruna sahip olup olmadığı o ilişki ya da işlemde yer alan bağlanma noktalarının yabancılık unsuruna sahip olup olmamalarına göre belirlenir⁹⁸⁴. Sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi, tarafların mutad meskenleri, ikametgâhları, işyerlerinin farklı ülkelerde olması gibi şahsi ya da coğrafi, objektif nitelikli bir bağlantı üzerinden ya da sözleşmenin maddi ve ekonomik nitelikleri esas alındığında uluslararası ticaretin menfaatlerine ilişkin olması durumlarında yabancılık unsuru taşıyor olacaktır⁹⁸⁵.

Milletlerarası özel hukukta irade serbestîsini haklı kılan başlıca sebep birden çok hukuk sistemi ile irtibat halinde olan sözleşmelerin gerek tarafların hak ve borçları gerekse sözleşmelerin sıhhat ve geçerliliği açısından tabi olacağı hukukî rejimi tarafların önceden bilebilme ve tek bir hukuka tabi kılabilme imkânlarını temin etmektir. Böylece taraflar için asgarî bir güvence ortamı sağlanmış olur. İçeriğinde yabancılık unsuru olmayan, tamamen milli özellikleri haiz sözleşmelerde ise böylesi bir ihtiyaç bulunmamaktadır⁹⁸⁶.

Hiçbir yabancılık unsuru içermeyen, dolayısıyla tüm objektif unsurları (sözleşmenin yapıldığı yer, ifa yeri, tarafların işyerleri veya yerleşim yerleri, vs.) Türkiye ile bağlantılı olan bir sözleşmede, tarafların yabancı bir hukuku seçmelerine MÖHUK m. 24 anlamında hukuk seçimi etkisi tanımak, böyle bir seçim ile tarafların Türk Hukukunun emredici hükümlerini ve bu bağlamda irade serbestîsinin sınırını oluşturan TBK. m. 19-20 hükümlerini bertaraf edebileceklerini kabul etmek anlamına gelir⁹⁸⁷. Bu nedenlerle, sözleşmenin objektif olarak hiçbir yabancı ülke ile bağlantısının bulunmadığı durumlarda, sözleşmede yer alan hukuk seçimine dair hükme, MÖHUK m. 24/1 anlamında bir hukuk seçimi etkisi tanınmamalı; taraflarca seçilen hukukun hükümleri, sözleşme metnine dâhil edilmiş sayılarak TBK. m. 19-20 ile öngörülen sınırlar içinde uygulama alanı bulmalıdır⁹⁸⁸.

Yabancılık unsuru taşımayan fakat milletlerarası ticaretin menfaatlerini ilgilendiren sözleşmeler için uluslararası doktrinde geliştirilen yeni bakış açısı, bu tip sözleşmeleri milletlerarası sözleşme olarak nitelemektedir. Milletlerarası sözleşme

⁹⁸⁴ Çilingiroğlu, s. 113.

⁹⁸⁵ Şanlı, *Ticari Akitler*, s. 6; Tiryakioğlu *Satım*, s. 7-8; Çelikel, Erdem, s. 317; Bayata Canyaş, *Roma I Tüzüğü*, s. 111.

⁹⁸⁶ Şanlı, *Tahkim*, s. 115-116.

⁹⁸⁷ Kocakasal, *m. 24*, s. 34.

⁹⁸⁸ Kocakasal, *m. 24*, s. 34.

kavramının tespitinde yabancılık unsurunun bulunmasının her zaman zorunlu olmadığı, sözleşmenin ekonomik karakteri ve milletlerarası ticaretin yarar alanına girme ölçütlerinin rol oynadığı ifade edilmektedir⁹⁸⁹. Böylece yabancılık unsuru içermese dahi bu sözleşmelerde milletlerarası özel hukuk anlamında irade özgürlüğünden bahsedilecek ve taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânı geçerli olacaktır.

Bu tarz eğilimlerden etkilenilerek Türk doktrinde de yabancılık unsuru içermese dahi hukuk seçiminin yapılabileceği yönünde düşünceler mevcuttur. Buna göre, taraflarca hukuk seçimi, taraf iradesine milletlerarası özel hukukta bir bağlama kuralı tesis etme özelliğini sağlamaktadır. Hukuk seçimi ile tarafların aralarındaki ilişkiye bağımsız bir şekilde yabancılık unsurunu katan bir bağlama noktası teşkil etmektedirler⁹⁹⁰. Bu görüşe göre yabancılık unsurunun olup olmaması hukuk seçiminin geçerliliğine etki etmeyecektir.

2.2.2. Hukuk Seçimi Sözleşmesinin Geçerliliği

Hukuk seçimine ilişkin beyanlar, genellikle ana sözleşme içerisinde, bu sözleşmenin bir maddesi olarak görülmekte veya ana sözleşmeden bağımsız bir sözleşme ile yapılmaktadır. Ana sözleşme içerisinde bir maddede düzenlenen hukuk seçimlerinin de bağımsız bir sözleşme olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Çünkü bu klozların konusu ve amacı ana sözleşmeden farklı ve tamamen ana sözleşmeden ilerde doğabilecek uyuşmazlıkların hangi hukuka göre çözümleneceğini göstermekten ibarettir. Bu nedenle doktrinde bu klozlara “atıf sözleşmesi⁹⁹¹” veya “hukuk seçimi sözleşmesi⁹⁹²” olarak adlandırılmaktadır⁹⁹³.

Tarafların hukuk seçimini bağımsız bir sözleşme ile yapmaları halinde, bu sözleşmenin geçerliliği ile tarafların aralarında yaptıkları esas sözleşmenin geçerliliği

⁹⁸⁹ Şanlı, *Tahkim*, s. 31-33.

⁹⁹⁰ Çelikel, Erdem, s. 379-380; Nomer, Devletler Hususi, s. 311.

⁹⁹¹ Ergin Nomer, “Milletlerarası Hakem Sözleşmelerinde Kanunlar İhtilafı”, *Tahkim- IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler ve Tartışmalar*, Ankara, 1965, s. 520.

⁹⁹² Tekinalp, s. 231.

⁹⁹³ Şanlı, *Tahkim*, s. 107.

birbirinden bağımsızdır, birinin geçerli veya geçersiz olması diğerini etkilememektedir⁹⁹⁴.

Hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğinin hangi hukuka tabi olacağı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hukuk seçimine ilişkin anlaşmanın geçerliliği seçilen hukuka tabi olmalıdır⁹⁹⁵. Bu fikir yaygın olarak kabul edilse de seçilen hukukun sadece seçimin geçerli olması halinde seçim anlaşmasını idare edebileceği gibi garip bir sonuç doğurduğu ileri sürülerek itiraz edilmiştir. Öte yandan tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında seçtikleri hukuku bildikleri için yapılan anlaşmanın bu hukuka göre geçerli olup olmadığını bilebilecekleri, bu nedenle hukukî güven içinde oldukları varsayımından hareketle itirazın yerinde olmadığı dile getirilmiştir⁹⁹⁶.

Elbette bahsi geçen itirazlar genel işlem şartları ve zayıf tarafın korunması gereken sözleşmeler için ayrı değerlendirilmelidir. Bu tür sözleşmelerde, zayıf tarafın ve genel işlem koşulları kendisine dayatılan tarafın kişisel hukukunun uygulanmasının daha doğru olacağı kabul edilmektedir⁹⁹⁷.

Tarafların uygulanacak hukuku seçmek üzere yaptıkları sözleşmenin geçerliliğine uygulanacak hukuk için bir diğer görüş ise mahkemenin hukukunun uygulanmasıdır (klasik görüş)⁹⁹⁸. Farazî akit statüsünün uygulanması ve konunun mahkemenin takdirine bırakılması ise diğer önerilerdir⁹⁹⁹. Ayrıca hukuk seçimi sözleşmesinin *lex causae*'ya tabi kılınması yönünde de bir eğilim bulunmaktadır¹⁰⁰⁰.

Hukuk seçiminin geçerliliğini seçilen hukuka bağlamak bazı sakıncalı durumlara sebep olabilir. Özellikle hukuk seçimi konusunda iradesi bulunmadığını iddia eden tarafın bu itirazı seçildiği iddia edilen hukuka göre değerlendirilmesi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Yine taraflardan birinin diğer tarafın hukuk seçimi teklifine cevap vermemesi durumunda teklifte belirtilen hukuk bu durumda hukuk seçiminin geçerli olup olmadığına karar verecektir¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁴ Lando, s. 44; Uluocak, *Kanunlar İhtilafı*, s. 196; Tiryakioğlu, *Satım*, s. 24-25. Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 301.

⁹⁹⁵ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 244-245;

⁹⁹⁶ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 26.

⁹⁹⁷ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 26.

⁹⁹⁸ Şanlı, *Tahkim*, s. 107, dn. 307.

⁹⁹⁹ Lando, s. 44-46.

¹⁰⁰⁰ Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında AET Sözleşmesi m. 8; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 231; Şanlı, *Tahkim*, s. 107, dn. 307.

¹⁰⁰¹ Akıncı, *İnşaat*, s. 76.

Hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine mahkemenin hukukunun uygulanması, sözleşmenin kuruluşu safhasında tarafların olası ihtilafların hangi ülke mahkemesinde görüleceğini bilemeyeceklerinden seçim anlaşmasının geçerliliğinin öngörülebilirliğini tehlikeye sokar. Ayrıca, mahkemenin hukukunun uygulanması, önce davranan tarafa davayı istediği sonucu almasına elverişli olan ülke mahkemesinde açması imkânının sağlanmasına (*forum shopping*) sağlar¹⁰⁰².

Farazî akit statüsünün uygulanması önerisi özellikle ticari akitler için yapılmıştır. Fakat ticari akitlerde iki farklı seçilen hukuk ve dolayısıyla iki farklı farazî sözleşme statüsü ile karşılaşılma ihtimali yüksek olacağından bu durum bazı sakıncalara yol açar¹⁰⁰³.

La Haye Satış Sözleşmesi'nin 2. maddesinin üçüncü fıkrası da hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğini seçilen hukuka tabi tutmuştur¹⁰⁰⁴.

Seçilen hukuk hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine de uygulanmalıdır. Birden çok ülke hukukunun seçilmiş olması halinde veya sözleşmenin en sıkı irtibatlı bulunduğu ülke hukukunun emredici kurallarından kaçmak niyeti ile hukuk seçimi yapılmış olması halinde, böyle bir anlaşmanın geçerliliği objektif olarak tespit edilen hukuka tabi olmalıdır¹⁰⁰⁵.

MÖHUK m. 24'e göre yapılacak hukuk seçimi için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir¹⁰⁰⁶.

2.2.3. Sözleşmeden Doğan İlişkinin Geçerliliği

MÖHUK'un 32. maddesinde, sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliğinin, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbi olacağı belirtilmiştir. Tarafların hukuk seçimi yaparak kendi iradeleri ile aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku belirlemeleri durumunda gerek sözleşmenin gerekse sözleşmede yer alan hükümlerin geçerli olup olmadığının taraflarca seçilen hukuka göre belirlenmesi gerekecektir.

¹⁰⁰² Tiryakioğlu, *Satım*, s. 27; Lando, s. 44.

¹⁰⁰³ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 27.

¹⁰⁰⁴ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 26, dn. 70.

¹⁰⁰⁵ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 27.

¹⁰⁰⁶ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 317-318; Bayata Canyaş, s. 67; Arslan, s. 9; Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 124.

Hukuk seçimi, çok dikkatli ve titiz bir araştırma sonucunda yapılması gereken bir işlemdir. Seçilen hukuk, sözleşmeyi geçersiz hale getirirse dahi yapılan hukuk seçimine uyulması¹⁰⁰⁷ ve geçersizliğin türünün tespiti ve buna bağlı olarak tarafların birbirlerine karşı ileri sürebileceği talepler açısından bu hukukun esas alınması gerekecektir¹⁰⁰⁸.

2.3. Tarafların Hukuk Seçimi Yapmamaları

Uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesinin sağlayacağı avantajlara rağmen kimi zaman taraflar hukuk seçimi yapmamaktadır. Bu şaşırtıcı durum genellikle ya tarafların uygulanacak hukuk konusunda anlaşmaya varamamalarından ya da böyle bir seçim yapmayı unutmalarından kaynaklanabilir. Taraflar uygulanacak hukuk konusunda görüş birliğine varamadıklarında, sözleşmeyi hiç yapmamaktansa hukuk seçimi yapmaksızın sözleşme yapmayı yeğlemektedir¹⁰⁰⁹.

Tarafların uygulanacak hukuku açık veya örtülü olarak belirlemedikleri durumlarda, sözleşmeye uygulanacak hukuku nasıl tespit edileceği konusunda esasen iki görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüş, hâkimin tarafların varsayılan iradelerini araştırması gerektiğini ileri sürerken, ikinci görüşe göre hâkim objektif irtibat noktalarına göre uygulanacak hukuku saptamalıdır¹⁰¹⁰. Sözleşmenin yakın bağlantılara sahip olduğu hukukun tespitine dayanan “yakın bağlantı kuralı”, hâkime geniş yetki veren “*proper law of the contract*” yöntemine çok benzemekte ve hâkimin sözleşmeye uygulanması gereken hukuku, somut olaya özgü ölçütler yardımıyla tespitine yol açmaktadır. İkinci yöntemde ise, sözleşme ile en yakın bağlantılı hukuku belirlemeye yönelik önceden belirlenmiş, soyut ve katı bir şekilde uygulanan bağlama noktaları yardımıyla sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti öngörülmektedir¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁷ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 309, 4 nolu dn; Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni*, s. 209, dn. 5; Tarman, *Yabancılık*, s. 153.

¹⁰⁰⁸ Özdemir Kocasakal, *m. 24*, s. 30.

¹⁰⁰⁹ Çelikel, Erdem, s. 383.

¹⁰¹⁰ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 31.

¹⁰¹¹ Kessedjian, s. 118, dn. 5; Tiryakioğlu, *Satım*, s. 32, dn. 9 vd.; Öztürk, *Ortak Girişim*, s. 127 vd., dn. 9; Balkar, *Özel Hukuk Kuralları*, s. 24- 26; Kocasakal, *m. 24*, s. 51.

İlk yöntem, sözleşmenin tarafları açısından belirsizliğe yol açmakta, hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği sağlayamamaktadır¹⁰¹². Zira bu yöntem çerçevesinde uygulanacak hukukun dava açılmadan tespiti mümkün olmamakta; uygulanacak hukuk hâkimin somut olaya özgü değerlendirmeleri sonucunda tespit edilebilmektedir. Öngörülebilirlik açısından daha avantajlı olan ikinci yöntemin olumsuz tarafı ise, öngörülen kuralın katı bir şekilde uygulanmasına bağlı olarak somut olay açısından adaleti sağlayamayan sonuçlara yol açmasıdır.

Orta yolu bulma gayretinde üçüncü bir görüş olarak sözleşmelere uygulanacak hukukun objektif olarak tespitinde, iki yöntemin de birlikte uygulanmasına imkân verecek şekilde bir yöntem geliştirildiği de görülmektedir. Böylece bir yandan taraflar açısından öngörülebilirliği ve belirliliği sağlayacak ölçütlere yer verilmesi; diğer yandan bu ölçütlerin katı bir şekilde uygulanmasının yol açtığı olumsuzlukları bertaraf edecek ve somut olayın özelliklerinin dikkate alınmasına imkân verecek esneklikte bir düzenleme yapılması gerektiği belirtilmektedir¹⁰¹³.

Tarafların yetkili hukuku belirlemedikleri durumlarda, yetkili hukukun belirlenmesi maksadıyla oluşturulacak bağlama kurallarında dikkat edilmesi gereken birtakım hususlar bulunsa da milli hukuklarda farklı yaklaşımlar görülmektedir. Öncelikle tarafların zımni iradesinin dikkate alınıp alınmayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Bunun için sözleşmenin yapıldığı yer¹⁰¹⁴, sözleşmenin ifa yeri¹⁰¹⁵, karakteristik edim borçlusunun ifa yeri gibi farklı noktalara başvurulmaktadır. İlişkinin ağırlık noktasının tespit edilerek her olay ve ilişki için kendi özelliklerinin dikkate alınması ise bir başka yaklaşım olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰¹⁶.

Üzerinde düşünülen bağlama noktalarından “ifa yeri”, önceden bilindiği ve tesadüfî olmadığı için en çok kullanılan bağlama noktasıdır. Savigny tarafından 19. yüzyılın ortalarında savunulan bu bağlama noktası da birden fazla ifa yerinin

¹⁰¹²Tiryakioğlu, *Satım*, s. 39, dn. 9; Balkar, *Özel Hukuk Kuralları*, s. 26, dn. 6.

¹⁰¹³Kessedjian, s. 118, dn. 5; Tiryakioğlu, *Satım*, (dn. 9), 39; Kocasakal, *m. 24*, s. 51-52.

¹⁰¹⁴İtalyan MK. m. 25/2, Portekiz m. 42/2, Tayvan Milletlerarası Özel Hukuku Kanunu m. 6/2, İran Usul Kanunu m. 968, Japon Milletlerarası Özel Hukuku Kanunu m. 7/2, Brezilya Medeni Hukuka Giriş Kanunu m. 1942; Akıncı, *İnşaat*, s. 76, dn. 176.

¹⁰¹⁵2675 sayılı MÖHUK m. 24/2.

¹⁰¹⁶1982 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 114. Fransız, Belçika, Hollanda, İskoç ve İrlanda hukuklarında aynı yaklaşım görülmektedir: Akıncı, *İnşaat*, s. 76, dn. 178.

bulunması ya da ifa yerinin tespit edilememesi gibi durumlarda sorun teşkil ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁰¹⁷.

2.3.1. Varsayılan Hukuk Seçimi

2.3.1.1. Tanım ve Eleştiriler

Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku açık ya da örtülü hukuk seçimi ile belirlememeleri halinde, söz konusu borç sözleşmesine ilişkin iradelerini açıkladıkları anda dürüst, makul, titiz birer iş adamı olarak hukuk seçimi yapmayı istemiş olsalardı, nasıl hareket edecekleri düşünülerek hukuk seçimine yönelik farazi (*hypothetical*) iradelerinin araştırılması ile bulunacak sözde hukuk seçimi varsayılan (*SuaSponte*) hukuk seçimi olarak değerlendirilmektedir¹⁰¹⁸.

Tarafların varsayılan hukuk seçimlerinin tespitinde mahkemeler subjektif veya objektif yöntemden yararlanmışlardır. Subjektif yöntemde hâkim, taraflar eğer hukuk seçimi üzerinde düşünmüş olsalardı hangi hukukun uygulanmasını isterlerdi, sorusuna cevap ararlar. Bu yöntemde hâkim adeta tarafların yerine geçmektedir. Subjektif yöntemle mahkemeler bazen sözleşmenin ifa yerinin bazen de kuruluş yerinin taraflarca göz önüne alındığını varsayarak o yer hukukunu uygulamışlardır. Objektif yöntemde ise mahkemeler varsayılan iradeyi tespit ederken menfaatleri ve sözleşmenin çeşitli irtibatlarını göz önünde tutarlar¹⁰¹⁹.

Varsayılan irade tarafların gerçek iradesi olmadığından bu şekilde sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti eleştirilmiştir¹⁰²⁰. Özellikle satım sözleşmelerinde varsayılan iradeye dayanılması, milletlerarası ticaretin gerektirdiği hukukî güvenlik ve öngörülebilirlik ilkelerini zayıflatır. Tarafların davranışları ile desteklemediği takdirde, bir satım sözleşmesinin taraflarının normal menfaatlerinin,

¹⁰¹⁷ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 346; Çelikel, Erdem, s. 383-384.

¹⁰¹⁸ Çelebioğlu, s. 110; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 282-284; Akıncı, *Uygulanacak Hukuk*, s.17; Tiryakioğlu, *Satım*, s.30.

¹⁰¹⁹ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 31.

¹⁰²⁰ Göğer, s. 314; Nomer, *Devletler Hususî*, Tekinalp, *Acente*, s. 114; Çelikel, Erdem, s. 380, dn. 300.

alıcının/satıcının hukuku veya ifa yeri hukukunu seçmeye teşvik edip etmediğini bilmek imkânsızdır¹⁰²¹.

Hâkim, tarafların varsayılan iradesini belirlerken, kendisini onların yerine koyup, taraflar eğer hukuk seçimi yapacak olsalardı hangi hukukun uygulanmasını isterlerdi varsayımından hareket etmektedir. Ancak hukuk seçimine dair böyle bir yetkinin hâkime verilmesi, çoğu zaman hâkimin varsayılan hukuk seçimini bahane ederek kendi hukukunu uygulamasına sebep olmuştur. Bu durum ise, varsayılan iradenin tarafların gerçek iradesi olmamasından dolayı benimsenmemesine yol açmış ve sözleşmeye uygulanacak hukukun objektif esaslar çerçevesinde belirlenmesi gerekmiştir¹⁰²².

2.3.1.2. Türk Hukukunda Durum

Türk Hukukuna baktığımızda, tarafların “farazi iradeleri” ile hukuk seçiminde bulunabileceklerinin kabulünün MÖHUK sisteminde benimsenmediğini görürüz. Dolayısıyla sözleşme yapılırken akıllarına gelseydi hangi hukuku seçerlerdi veya objektif olarak hangi hukuk onların menfaatine daha çok hizmet ederdi düşüncesinden hareket edilerek tarafların varsayımsal iradeleri ile bir hukuk seçimi hukukumuzda mümkün değildir¹⁰²³. 2675 Sayılı Kanun’da da farazi iradenin tespitinde kullanılan ölçütlerin, hâkimin iradesinin, taraf iradesi imiş gibi ortaya konulmasına yol açacağı gerekçesiyle farazi hukuk seçimi bertaraf edilmişti¹⁰²⁴.

Gerek MÖHUK m. 24/1 hükmünde gerekse AB düzenlemelerinde kullanılan “kesin olarak” ve “tereddüde yer vermeyecek şekilde” ifadeleri, farazî (varsayımsal-*hypothetical*) iradenin değil üstü kapalı (zımnî- *tacite*) iradenin esas alındığını göstermektedir. Zira zımnî hukuk seçimi, tarafların belirli bir hukuku seçmeye yönelik gerçek iradelerinin bulunduğu, ancak bunu açıkça ifade etmedikleri durumlarda söz konusu iken; farazî irade, taraflar hukuk seçimi yapmak isteselerdi seçecekleri düşünülen veya tarafların menfaatine uygun olduğu varsayılan hukukun

¹⁰²¹ Tiryakioğlu, *Satım*, s. 32.

¹⁰²² Balkar Bozkurt, s. 162.

¹⁰²³ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 310.

¹⁰²⁴ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 297, dn. 4, Kocasakal, *m. 24*, s. 44, dn. 54.

hâkim tarafından tespitine yönelik bir çalışmayı gerektirmektedir¹⁰²⁵. Hukuk seçimi, tarafların bu konuda karşılıklı iradeleri ile gerçekleşen, sözleşme niteliğinde bir işlem olduğundan, mahkemelerin taraflara zımnî hukuk seçimi atfetmeleri mümkün değildir¹⁰²⁶.

2.3.2. Objektif Ölçütlere Göre Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Açık veya örtülü bir hukuk seçiminin bulunmaması halinde sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesinde objektif ölçütlere dayanılır. Hatta bazı hukuk düzenlerinde tarafların hukuk seçimi yapıp yapmadıklarına bakılmaksızın bu objektif ölçütlerin belirlendiği görülmektedir¹⁰²⁷.

Sözleşmeye uygulanacak hukukun objektif esaslara dayanılarak belirlenmesi için iki yöntem geliştirilmiştir. Bunlardan ilki, sözleşmenin yapıldığı yer hukuku, ifa yeri hukuku, hâkimin hukuku ve taraflara ilişkin irtibatları esas alan hukuk gibi bağlama noktaları öneren katı ve esnek olmayan yöntemdir. İkinci yöntem ise, daha amaçsal bir özellik taşıyan ve sözleşmenin en sıkı irtibatlı olduğu hukuk sistemine ulaşmayı hedefleyen esnek yöntemdir¹⁰²⁸.

Esnek olmayan yöntemlere göre sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesinde önerilen ilk bağlama noktası “*sözleşmenin yapıldığı yer hukuku*” dur. Ancak bu hukuk, çoğu zaman tesadüfî ve özellikle gaipler arasındaki sözleşmeler açısından tespiti zor olduğundan günümüzde pek az ülke¹⁰²⁹ hukuk sisteminde benimsenmektedir¹⁰³⁰.

Türk Hukukunda sözleşmeden doğan borç ilişkilerini düzenleyen MÖHUK’un 24. maddesinin ilk fıkrasında “*Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir*” hükmüyle öncelikle irade serbestisi

¹⁰²⁵ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 342, dn. 8; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 310, dn. 4; Doğan, **Akreditif**, s. 141-142, dn. 28; Tarman, **Yabancılık**, s. 149, dn. 7.

¹⁰²⁶ Lein Eva, “Proposal for a Regulation on the law applicable to contractual obligations (Rome I) COM (2005) 650 Final, 15.12.2005, A short commentary”, **Yearbook of Private International Law**, Volume 7, 2005, s. 398, dn. 32; Kocasakal, **m. 24**, s. 44.

¹⁰²⁷ Örneğin 1975 tarihli Cezayir Kanunu m. 18, İtalyan MK. Başlangıç hükümleri m. 25, İspanyol MK. Başlangıç hükümleri m. 10, Portekiz MK. m. 42: Tiryakioğlu, **Satım**, s. 32.

¹⁰²⁸ Tiryakioğlu, **Satım**, s. 33 vd.

¹⁰²⁹ İtalya, Portekiz, İspanya ve bazı Latin Amerika ülkeleri bunlara örnektir: Balkar Bozkurt, s. 162, dn. 100.

¹⁰³⁰ Balkar Bozkurt, s. 162.

ilkesine etki tanımış, dördüncü fıkrasında ise tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları ihtimalini çeşitli karineler çerçevesinde düzenlemiştir. Buna göre, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları ihtimalinde sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanacak hukuk, sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk olarak kabul edilmiştir. Dördüncü fıkra da yer alan çeşitli karineler uyarınca en sıkı ilişki, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilmiştir. Ancak, kanun koyucu, halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmenin son tahlilde bu hukuka tabi olacağını hükme bağlamıştır.

Önceden yürürlükte olan 2675 sayılı MÖHUK uyarınca “*Tarafların açık olarak bir kanun seçmemiş olmaları halinde borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edilemediği hallerde ise sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır*” demek suretiyle farklı bir objektif bağlama kuralı kabul edilmişti.

Yargıtay da bir kararında¹⁰³¹, hukukumuzda tarafların bir hukuk seçimi yapmamaları durumunda, borcun ifa yerinin objektif bir bağlama noktası olarak tatbik edilecek hukuku tayin edeceğine karar vermiştir¹⁰³².

2.3.2.1. En Sıkı İlişki Kuralı (Karakteristik Edim Teorisi)

MÖHUK m. 24/4’te hukuk seçimi yapılmayan durumlarda, sözleşmeye “en sıkı ilişkili” olduğu hukukun uygulanacağı belirtilmiştir. En sıkı ilişki ölçütü, her sözleşme ilişkisinde hâkimin somut olaya özgü koşulları dikkate alarak uygulanması gereken hukuku belirlemesini gerektirmektedir. Bu yönüyle somut olayın

¹⁰³¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 3.7.1981 tarih ve 1979/1775 Esas ve 1981/563 Karar sayılı kararı, (Erişim), <https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-1979-1775-k-1981-563-t-03-07-1981-yargitay-hukuk-genel-kurulu-karari/494910>, 18 Aralık 2019.

¹⁰³² Esen, *Yabancılık*, s. 387-388.

özelliklerinin dikkate alınmasına imkân veren; ancak öngörülebilirliği ortadan kaldıran, belirsizliğe yol açan bir ölçüttür.

Bu ölçütün yol açtığı belirsizliği gidermek, böylece hukuki güvenliği sağlamak ve hâkimin takdir yetkisini sınırlandırarak uygulanacak hukukun tespitinde ona kolaylık sağlamak üzere, ikinci cümlede bir karineye yer verilmiştir. Buna göre, karakteristik edim içeren sözleşmelerde yakın bağlantılı hukuk, “bu edim borçlusunun mutad meskeni/ işyeri/yerleşim yeri” nin bulunduğu ülke hukukudur.

Maddede yer alan karakteristik edime dayanan ölçüt, ilk cümlede yer alan “en sıkı bağlantı” ölçütünü, karakteristik edim içeren sözleşmeler açısından somutlaştırmakta, bu konuda bir karine koymaktadır¹⁰³³. Bu nedenle, söz konusu karinenin uygulanabilmesi, karakteristik edimin tespit edilebilmesine bağlıdır. Dolayısıyla, karakteristik edimin belirlenemediği durumlarda, örneğin her iki tarafın da ediminin para veya para dışında kalan değerler olduğu (takas gibi) sözleşmelerde, bu edime dayanan karinenin uygulanması mümkün olmadığından, uygulanacak hukukun m. 24/4’te yer alan “yakın bağlantı” ölçütlerine göre belirlenmesi gerekecektir¹⁰³⁴.

1980 tarihli Roma Konvansiyonu’nda tarafların hukuk seçiminde bulunmamaları halinde hâkimin sözleşme ile sıkı ilişkili hukuku belirlemesi gerektiği düzenlenmişti. Bu düzenlemeye göre karakteristik edim borçlusunun medeni yerleşim yeri ya da genel idare merkezi veya işyerinin bulunduğu yer hukuku sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuktur¹⁰³⁵.

Tarafların hukuk seçimi yapmamaları halinde sözleşmeye uygulanacak hukuk Roma I Tüzüğü’nün 4. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hüküm şöyledir:

“1. Tarafların 3. madde uyarınca bir hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde ve 5 ila 8. maddelerdeki hükümler saklı kalmak kaydıyla sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanacak olan hukuk aşağıdaki şekilde belirlenir:

a) Mal satımına ilişkin sözleşmeler satıcının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabidir;

¹⁰³³ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 316, dn. 4.

¹⁰³⁴ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 349- 350, dn. 8.

¹⁰³⁵ Çelikel, Erdem, s. 385.

b) Hizmet sağlanmasına ilişkin sözleşmeler servis sağlayıcısının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabidir;

c) Taşınmazın aynına veya kullanımına ilişkin sözleşmeler taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabidir;

d) (c) bendine bakılmaksızın, bir taşınmazın özel kullanımına ilişkin birbirini izleyen 6 aydan daha uzun süreli olmayan kira sözleşmeleri, kiracının gerçek kişi olması ve mutad meskeninin o ülkede bulunması şartıyla mülk sahibinin (kiralayanın) mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabidir.

e) Franchise sözleşmeleri, franchise alanın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabidir;

f) Distribütörlük sözleşmeleri, distribütörün mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabidir.

g) Müzayede ile mal satımına ilişkin sözleşmeler bu yerin belirlenebilir olması kaydıyla müzayedenin yapıldığı ülke hukukuna tabidir;

h) 2004/39/EC Direktifi'nin 4. maddesinin 1. fıkrasının 17. bendinde tanımlanan yatırım araçlarının alım ve satımına ilişkin üçüncü kişilerin menfaatlerini bir araya getiren veya bu menfaatlerin bir araya gelmesini kolaylaştıran ihtiyari olmayan kurallara uygun ve tek bir hukuk tarafından yönetilen çok taraflı sözleşmeler bu hukuka tabidir.

2. Sözleşmeden doğan ilişkinin 1. fıkra kapsamında yer almaması veya sözleşmenin unsurlarının 1. fıkranın (a) ile (h) bentleri dâhil olmak üzere bu bentler arasında yer alan hükümlerden birden fazlasının kapsamına girmesi halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.

3. Somut olayın tüm şartlarına göre sözleşmenin 1. veya 2. fıkra belirtilen ülkelerden başka bir ülke ile açıkça daha sıkı irtibatlı olması halinde sözleşmeye bu ülke hukuku uygulanır.

4. Uygulanacak hukukun 1. veya 2. fıkra uyarınca belirlenememesi halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukuk uygulanır.”

2.3.2.2. Daha Sıkı İlişkili Hukuk

MÖHUK m.24/4 hükmünde, karakteristik edime dayanan kuralın yer aldığı ikinci cümleden sonra yer verilen son cümlede, “...*Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur*” denmiştir. Bu hükmün, karakteristik edime dayanan objektif ölçütün, kanunlar ihtilafı adaletini sağlayamadığı durumlarda, bu adaleti yerine getirmek amacıyla öngörüldüğü belirtilmektedir¹⁰³⁶. Ayrıca bu cümlenin karakteristik edimin tespit edilemediği sözleşmelerde, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde esas alınması gerektiği yönünde görüş bildirenler de olmuştur¹⁰³⁷.

Bu hüküm uyarınca sözleşmenin daha sıkı ilişkili olduğu hukukun tespitinde, sözleşmenin dili, ifa yeri, kuruluş yeri, tarafların ortak mutlak meskenlerinin veya yerleşim yerlerinin bulunduğu yer, yetki sözleşmesinin varlığı gibi ölçütler dikkate alınabilir¹⁰³⁸. Bu ölçütlerden hiçbiri tek başına daha yakın bağlantıyı tespit etmek için kullanılamaz; ancak birden fazlası aynı hukuku gösteriyorsa böyle bir sonuca ulaşmak mümkün olabilir¹⁰³⁹.

2.3.2.3. Çeşitli Ülke Hukuklarında Durum

Sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemiş olması halinde hangi hukukun uygulanacağına dair en son eğilim “sözleşme ile en yakın bağlantı halinde olan hukuk”un uygulanması yönündedir. Diğer ülkelerdeki yeni eğilimin aksine, Amerikan Mahkemeleri sözleşme ile seçilen devlet arasında "önemli bir bağlantı" aramaya devam etmektedir¹⁰⁴⁰.

Amerikan doktrinde desteklenen sözleşme ile en yakın bağlantılı ülke hukukunun uygulanması görüşü, mahkemelerce de kabul görmektedir. Özellikle Borçlar Hukuku uyuşmazlıklarında uygulanan bağlama kuralı diğer kanunlar ihtilafı

¹⁰³⁶ Tekinalp, *The Turkish Code*, s. 331, dn. 52; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 351, dn. 8; Çelikel, Erdem, s. 338, dn. 8.

¹⁰³⁷ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 322, dn. 4.

¹⁰³⁸ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 351, dn. 8.

¹⁰³⁹ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 316, dn. 4; Kocasakal, *m. 24*, s. 60-61.

¹⁰⁴⁰ Symeon C. Symeonides, *Choice of Law*, s. 217.

mesleleri için de kabul görmektedir. Bu uygulama ABD’de yarı resmi bir kod olan Restatement II’de açıkça kabul edilmektedir¹⁰⁴¹.

Diğer yandan İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu’nun 117. maddesinde tarafların hukuk seçiminde bulunmaması halinde sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun milletlerarası sözleşmelerden doğan ihtilaflara uygulanacağı düzenlenmiştir.

2.4. Tahkim Anlaşmaları ve İrade Muhtariyeti

Her tahkim işleminin temeli tahkim anlaşmalarıdır. Tarafların sözleşmesi, gelecekte ortaya çıkacak veya gelecekte ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları tahkime götürmek için bir anlaşmadır. Tarafların tahkim anlaşmasını kendi iradeleri ile yapmaları irade muhtariyeti ilkesi olarak bilinir. Bu ilke, taraflara uluslararası ticari tahkimle ilgili yürürlükteki maddi hukuku seçme hakkı verir ve bu seçilen hukuk tarafların sözleşme kapsamındaki ilişkilerini yönetir.

İrade muhtariyeti, bir sözleşmedeki hukukun seçimine dayanmaktadır. Ancak, bu ilkenin uluslararası ticari tahkimde iç tahkimden daha geniş bir anlamı vardır. Uluslararası ticari tahkimde, tahkim anlaşmasının tarafları sadece hukuku seçmekle kalmaz, aynı zamanda tahkim sürecini de yürütürler.

Bir tahkim anlaşmasının tarafları mahkemeye dava açma hakkından feragat eder ve mahkemelerin yargı yetkisini sürecin dışında tutarlar. Tahkim anlaşması, tahkimin birincil kaynağı ve irade muhtariyetinin en güçlü kanıtıdır. Uluslararası ticari tahkimi bir drama olarak hayal ettiğimizde, irade muhtariyeti ilkesi tahkim sürecinin merkezinde yer alır. İrade muhtariyeti bağlamında, diğer birçok unsurun yanında taraflar; tabii olunacak hukuku seçebilir, tahkim mahkemesinin yapısını, dilini, tahkim yerini ve tahkim işlemlerinde uygulanacak yasaları belirleyebilirler. Başka bir deyişle, irade muhtariyeti ilkesi, tarafların tahkimin tüm temel unsurlarını belirlemelerine izin verir. Bu nedenle irade muhtariyeti ilkesi, tahkimin diğer alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarından ayırt edici yönüdür; tüm tahkim sürecinde en önemli rolü oynar. İrade muhtariyeti sözleşme özgürlüğüne dayanan bir

¹⁰⁴¹ Çelikel, Erdem, s. 376.

ilke olup taraflar bu özgürlüğü uluslararası ticari tahkimin her aşamasında kullanabilirler¹⁰⁴².

En temel unsuru taraf iradeleri olan tahkim anlaşmalarında¹⁰⁴³ sözleşmeler hukukunda olduğu gibi irade muhtariyeti geniş yer tutmaktadır¹⁰⁴⁴. Taraflar kural olarak iradi bir çözüm yolu olan tahkim üzerinde anlaşmakla irade muhtariyeti prensibini de işletmiş olacaktırlar. Bunun yanı sıra tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı prensibi uyarınca taraflar tahkim anlaşmasına uygulanmasını istedikleri hukuku ayrıca kararlaştırabilirler¹⁰⁴⁵. *Tahkim*, tarafların yargılamaya ait birçok hususu kendi menfaatlerine uygun olarak irade serbestisi ile belirleyebildikleri özel bir yargılama usulüdür¹⁰⁴⁶.

Tahkim esasen "özel adalet" kurmak için bir anlaşmadır; özel bir mahkeme tarafından yapılan özel bir anlaşmazlık çözümü olması nedeniyle tahkim anlaşmalarının hem prosedürel hem de karma bir yapıya sahip olduğu bugün genel olarak kabul edilmektedir.

Yatırım koruma anlaşmaları veya serbest ticaret anlaşmaları gibi özel içerikli tahkimleri bir kenara bırakırsak, her tahkim taraflarca bir anlaşmayı gerekli kılar. İngiliz Ticaret Mahkemesi, tahkimin sözleşme niteliğini şöyle açıklamaktadır: "*Ticari bir sözleşmede tahkim maddesi anlaşma içinde bir anlaşmadır. Taraflar ticari pazarlıklarını yaparlar, yani tahkim esasen "özel adalet" kurmak için bir anlaşmadır; özel bir mahkeme tarafından özel anlaşmazlık çözümüdür, buna ek olarak bu özel mahkeme tarafların arasında ortaya çıkabilecek her türlü sorunu çözmeye de yetkilidir*"¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴² Fagbemi, s. 222-246.

¹⁰⁴³ Pryles, s. 327-339.

¹⁰⁴⁴ Radicati di Brozolo, Luca G., *Applying the Rules Governing the Merits in International Commercial Arbitration: What Role for Inherent Powers?* December 28, 2017, (Erişim), <https://ssrn.com/abstract=3093985> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3093985>, 01 Temmuz 2019.

¹⁰⁴⁵ Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 80; Gaillard Emmanuel, John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*, Hollanda Kluwer Law International, 1999, s. 227; Klaus Peter Berger, "Re-examining the Arbitration Agreement Applicable Law Consensusor Confusion?", *ICCA Congress Series No: 13*, 2006, Back to Basics?, (Erişim), <http://www.trans-lex.org/100680>, 19 Nisan 2019, s. 319-320; Selin Ece Tekin, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 88.

¹⁰⁴⁶ Şanlı, *Ticari Akitler*, s. 303; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 3; Ergin Nomer, Nuray Ekşi, Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 4; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 133.

¹⁰⁴⁷ Berger, s. 301-334.

Tahkim yargılamasında taraflar irade serbestîsi ile tahkim sözleşmesinin geçerliliğine, kapsamına ve yorumuna –böylece hakemlerin yetkilerinin varlığına ve boyutuna; tahkim yargılamasının usulüne ve tahkim yargılamasının esasına uygulanacak hukuku seçebilecektir¹⁰⁴⁸. Anlaşmanın şekli ve tarafların ehliyeti konusunda irade muhtariyeti söz konusu değildir. Ehliyet konusunun kişinin milli hukukuna tabi tutulması ile görülmektedir ki irade muhtariyeti prensibi devre dışı bırakılmıştır¹⁰⁴⁹. Şekil konusu ise uluslararası sözleşmelerin ve ulusal kanunların hemen hemen hepsinde yazılı yapılması kararlaştırıldığından taraf iradesi bakımından önemsiz kalmaktadır¹⁰⁵⁰.

Tahkim yargılamasında tarafların iradesi hakemlerin yetkilerinin de belirleyicisidir. Hakemler, tarafların kendilerinden çözümünü beklediği uyuşmazlık ve sözleşmede belirlenen hususlar ile sınırlandırılmış durumdadır. Eğer hakemler kendilerine tanınan yetki harici bir karar verirlerse, yetkilerini aşmış olurlar¹⁰⁵¹. Böylesi durumlarda verilen hakem kararlarının iptal edilebilmesi veya tanıma ve tenfiz taleplerinin reddedilmesi ihtimali doğmaktadır¹⁰⁵².

Tahkim, yabancı bir yargı sisteminde dava açmaya zorlanmayacaklarına güvenerek, işletmelerin yurtdışında sermaye ticareti yapmalarına ve yatırım yapmalarına olanak tanıyan, düşük ticaret engelleri ve iletişim, teknoloji ve ulaşım sistemlerindeki ilerlemelerden yararlanarak tarafsız ve esnek bir anlaşmazlık çözüm süreci sağlayarak boşluğu doldurmuştur¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁸ Süleyman Yasir Zorlu, “Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuka “Geçerlilik” Yaklaşımı”, *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*, Ed.: Sibel Özel, Mustafa Erkan, Uluslararası Konferans, 11 Ekim 2018, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 243; Takavut, s. 15.

¹⁰⁴⁹ Akıncı, *Uygulanacak Hukuk*, s. 11.

¹⁰⁵⁰ Tekin, s. 88-89.

¹⁰⁵¹ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 666.

¹⁰⁵² Hakemler kendilerine verilen yetki içinde tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ve kendi yetkilerine karar verebilme yetkisine de sahiptirler. Doktrinde bu yetkiye *kompetenz-kompetenz* denmektedir: Emre Esen, “Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ata Sakmar Armağanı*, 2011/1, s. 355 vd; Tekin, s. 56.

¹⁰⁵³ Gibson, s. 102-130.

2.4.1. Tahkim Başlamadan Önce

Taraflar bir tahkim anlaşması hazırladıklarında, kendi seçtikleri bir anlaşmazlık çözümü sistemi oluşturma konusunda geniş bir özgürlüğe sahiptirler. Geçici veya kurumsal tahkim sağlayabilir, taraflar hakem sayısını, niteliklerini ve izlenecek prosedürle ilgili konuları belirleyebilir. Zaman limitini belirleyebilirler ve örneğin, bir kararın öngörülen sürede verilmesi gerektiğini belirtebilirler. Tahkim anlaşması karara bağlandıktan sonra ve bir tahkim başlamadan önce taraflar anlaşmalarını uygun gördükleri şekilde değiştirmekte özgürdürler. Hakemlerin sayısını, hakemlerin atanma prosedürünü ve zaman limiti ve savunma dizisi gibi daha önce üzerinde anlaşmış olabilecekleri diğer hususları değiştirebilirler. Tarafların kendi seçtikleri bir tahkim rejimi üzerinde anlaşmaya varma ve izlenecek prosedürü düzene koyma özgürlüğü birkaç sınırlamaya tabidir. Tahkim anlaşması, onu düzenleyen hukuka göre geçerli olmalıdır. Bu genellikle tahkim şartının katıldığı esas sözleşmeyi düzenleyen hukuk olacaktır, ama bu hukuk olmak zorunda değildir. *Dépeçage* olasılığı, tahkim anlaşmasının, içerdiği maddi sözleşmeye ayrı bir anlaşma olarak kabul edilmesi nedeniyle ortaya çıkar. Ek olarak, tahkim prosedürünün kendisi tahkim yapılan yerin zorunlu tuttuğu kuralların uygulanması gerektiği yönündeki ilke olan *lex arbitri*'nin zorunlu hukuk kurallarına uymalıdır. *Lex arbitri* çoğu zaman tahkimin bulunduğu yer hukukudur, ama her zaman böyle değildir. Taraflar, tahkim anlaşmasını ve *lex arbitri* yi düzenleyen zorunlu hükümlerin ve kurumsal kurallarda "kabul edilemez" değişikliklere tabi olmanın yanı sıra, istedikleri tahkim rejimini seçme ve izlenecek prosedürü düzene koyma konusunda çok geniş bir özgürlüğe sahiptir¹⁰⁵⁴.

Taraflar herhangi bir tahkim yeri tayin etmede ya da hiç tayin etmemede özgürdür¹⁰⁵⁵.

2.4.2. Açık ve Zımni Hukuk Seçimi

Neredeyse tüm uluslararası tahkim yasaları, kuralları ve sözleşmeleri irade muhtariyeti ilkesini kabul etmektedir. Bu nedenle, bugün taraflar arasındaki tahkim

¹⁰⁵⁴ Pryles, s. 327-339.

¹⁰⁵⁵ Janićjević, s. 63-71.

anlaşması, açık bir hukuk seçimine sahip tahkim hükümlerini içermelidir ve irade muhtariyeti ilkesine uygun olarak, tarafların hukuk seçimi hakemler tarafından “her zaman” uygulanmaktadır. Bu yaklaşım; Nijerya Tahkim ve Uzlaştırma Kanunu (2004), New York Sözleşmesi, UNCITRAL Model Kanunu, İngiliz Tahkim Kanunu (1996), Hindistan Tahkim ve Uzlaştırma Kanunu (1996), Gana Tahkim ve Uzlaştırma Kanunu (2010) ve Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları (2012) gibi sadece birkaçını ifade ettiğimiz kanunların en dikkat çeken yönleridir¹⁰⁵⁶.

Birçok ülkede tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk için herhangi bir şekil şartı aranmadığı bilinmektedir. Buna göre taraflar istedikleri hukuku açık veya zımni irade beyanı ile seçebilirler¹⁰⁵⁷. Tarafların uygulanacak hukuku açık bir şekilde seçmeleri iki halde mümkündür. İlki, tarafların sözleşmede tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku açıkça yazmaları ve hukuk seçimi için müstakil bir sözleşme yapmalarındır¹⁰⁵⁸. Tarafların sözleşmede tahkime uygulanacak hukuku açıkça yazmadıkları ikinci halde ise, hakem önüne giden uyuşmazlıkta yapılacak anlaşma ile tahkime uygulanacak hukukun seçimidir¹⁰⁵⁹. Ancak uygulamada tarafların hukuk seçimini açıkça yapmadıkları görülmektedir¹⁰⁶⁰. Bu nedenle tarafların uygulanacak hukuku zımni seçmeleri ihtimali üzerinde dikkatlice durulmalıdır.

Açık hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde hakemler, sözleşmenin diğer hükümleri ve tarafların davranışlarını inceleyerek tarafların açıkça tahkim anlaşmasına uygulanmasını istedikleri hukuku tespit edebiliyorlarsa bu hukuk tahkim anlaşmasına uygulanabilmelidir¹⁰⁶¹. Zira zımni hukuk seçiminde de tarafların hukuk seçimine yönelik gerçek iradeleri mevcuttur. Fakat tarafların iradesi sarih bir şekilde beyan edilmediğinden bu iradenin bazı beyan veya davranışlar veya sözleşmenin objektif unsurları yardımı ile açığa çıkarılması gerekmektedir¹⁰⁶².

Zımni hukuk seçimi ile ilgili bir diğer yaklaşım ise tarafların tahkim yerini seçmekle zımnı tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku da seçtiklerinin kabul

¹⁰⁵⁶ Fagbemi, s. 222-246.

¹⁰⁵⁷ Akıncı, *Tahkim*, s. 13; Tekin, s. 89.

¹⁰⁵⁸ Şanlı, *Tahkim*, s. 175.

¹⁰⁵⁹ Akıncı, *Tahkim*, s. 13; Tekin, s. 90.

¹⁰⁶⁰ Berger, s. 305; Fatih Işık, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 83; Tekin, s. 90, s. 174.

¹⁰⁶¹ Tekin, s. 90.

¹⁰⁶² Şanlı, *Tahkim*, s. 175.

edilmesidir¹⁰⁶³. ICC (*International Chamber of Commerce*- Milletlerarası Ticaret Odası) kuralları uyarınca görülen pek çok davada, asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmiş olması halinde, aynı hukukun taraflarca zımnen tahkim anlaşmasına da uygulanacağına hükmedilmiştir¹⁰⁶⁴. Tahkim yerinin veya hakemlerin seçimine dayanan bu zımnî hukuk seçimi (*Quielegitarbitrumelegitius*) eski bir *lex fori* geleneğinin uygulanmasını ifade eder. Kısaca bu anlayışa göre “*Hâkimi seçen onun hukukunu da seçmiş olur*”. Bu görüş tarafların uyuşmazlıklarını bir ülkenin resmi makam veya hakemlerinin önüne götürmekle o ülkenin hukukunu seçtiklerine delalet eden bir karine niteliğinde doktrinde kabul görmüştür¹⁰⁶⁵.

Zımnî iradenin belirlenmesinde sözleşmenin ifa yeri hukuku, sözleşmede benimsenen örf ve âdet kuralları gibi pek çok başka kıstas da göz önünde tutulmalıdır. Bunun yanı sıra taraflar sözleşmenin belli kısımlarına başka hukukların uygulanmasını kararlaştırmış olabilir. Bu nedenlerle hukuk seçiminin açıkça yapılmış olması aranmalı, zımnî iradelerin belirlenmesinin zorluğu ve nihayetinde yanlış tespiti masraf ve zaman açısından olumsuz sonuçlar doğurabilir. Zımnî hukuk seçimine sadece tereddüde mahal vermeyen taraf iradelerinin varlığı halinde itibar edilmelidir¹⁰⁶⁶. Fakat unutulmamalıdır ki, tahkimde zımnî hukuk seçiminin reddi, tarafların hukuk seçimine yönelik iradeleri yerine hakemlerin iradelerini ikame etmek manasına gelir ki, bu milletlerarası tahkimin mahiyeti ile bağdaşmaz¹⁰⁶⁷.

Son olarak zımnî iradenin kabul edilmediği bir durumdan bahsetmeliyiz. Sözleşmenin farklı hükümlerine farklı hukukların uygulanması kararlaştırılabilir. Buna *dépeçage* kuralı denmektedir. Taraflar bu durumu sözleşmelerine açıkça yazmalıdır¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶³ Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008, s. 262; Akıncı, *Tahkim*, s. 13; Tekin, s. 92.

¹⁰⁶⁴ Tekin, s. 91.

¹⁰⁶⁵ Şanlı, *Tahkim*, s. 183. “Quielegitjudicem teorisinin hâkimler ve milletlerarası ticaret hakemlerince bu kadar yaygın bir şekilde benimsenmesinin sebebi, teorinin sahip olduğu avantajlardır. Her şeyden önce bu teori hâkimlere kendi hukukunu, hakemlere de bulundukları veya mensup oldukları dolayısıyla en iyi bildikleri bir hukuk sisteminin uygulama imkânı sağlamaktadır. Böylece hakemler esasa uygulanacak hukuku tespit ve muhtevasını temin güçlüğünden kurtulmaktadırlar.”: Teorinin artık önemini yitirdiği yönünde ve teoriye karşı geliştirilen eleştiriler hakkında detaylı bilgiler için bkz: Şanlı, *Tahkim*, s. 193 vd.

¹⁰⁶⁶ Tekin, s. 92.

¹⁰⁶⁷ Şanlı, *Tahkim*, s. 178.

¹⁰⁶⁸ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 261.

2.4.3. Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliğine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesinde İrade Muhtariyeti

Tahkimde en çok gündeme gelen kanunlar ihtilafı meselesi tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuktur. UNCITRAL Model Kanunu sayesinde ülkelerin tahkim kanunları arasında bir uyum yakalanmış olsa da ülke hukukları arasındaki tahkim anlaşmalarının şekli ve maddi geçerliliğine dair farklılık devam ettiği süreçte uygulanacak hukuk da bir sorun olmaya devam edecektir¹⁰⁶⁹.

Taraflar aralarındaki uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere bir hukuk ve ayrıca tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanmak üzere ayrı bir hukuk seçebilirler. Tahkim yargılamasında esas uyuşmazlığa uygulanacak hukuk ile tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanacak hukukun bağlama kurallarının birbirlerinden farklı olması gibi pek tabi taraflar da bunları farklı hukuk düzenlerine tabi tutabilirler. Taraflarca uyuşmazlığın çözümü için yapılan hukuk seçimi bu seçimin aynı zamanda tahkim sözleşmesinin geçerliliğine de uygulanacak hukuk olduğu anlamına gelmemektedir¹⁰⁷⁰.

Tahkim anlaşmasının "tahkim geçidi" olduğu göz önüne alındığında, bu anlaşma (tahkim anlaşması) için geçerli olan hukukun belirlenmesi kesinlikle ana sözleşmeyi yöneten hukuku belirlemekten daha karmaşık bir görevdir. Bu zorluklara rağmen taraflar; tahkim anlaşması ve taslağı üzerinde, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin anlaşmaya varacakları yerde, gelecekteki hakemlerin bilgeliklerine inanmış olabilirler¹⁰⁷¹.

Tarafların tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanacak hukuku seçmemeleri halinde¹⁰⁷² hangi hukukun uygulanması gerektiği doktrinde tartışmalı olmakla beraber uygulamada genellikle maddi hukuk sözleşmesinden ayrı olarak hakem kararının verildiği ülkenin maddi hukuk hükümlerine göre tahkim şartının/sözleşmesinin geçerliliği değerlendirilmektedir¹⁰⁷³.

¹⁰⁶⁹ Zorlu, s. 242.

¹⁰⁷⁰ Turgut Kalpsüz, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1043; Akıncı, *Tahkim*, s. 114.

¹⁰⁷¹ Berger, s. 301-334.

¹⁰⁷² Tarafların genellikle tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuku seçmemelerinin nedenleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zorlu, s. 242-243.

¹⁰⁷³ Şanlı, *Ticari Akitler*, s. 326; Akıncı, *Tahkim*, s. 113; Çelikel-Erdem, s. 764; Takavut, s. 16.

2.4.3.1. Uluslararası Metinlerde Durum

New York Sözleşmesi m. V-1/a, Avrupa Sözleşmesi m. VI-2 ve UNCITRAL Model Kanunu m. 34 ve 36'da tahkim anlaşmasının geçerliliğinde öncelikli olarak tarafların seçtiği bir hukuk varsa bu hukukun uygulanması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca New York Sözleşmesi m. 2/1'de sözleşmeye taraf devletlerin tarafların tahkime elverişli bir konuda uyuşmazlık çözüm metodu olarak tahkimi kararlaştırması halinde buna saygı gösterme yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmiştir. Bu maddenin açık bir hukuk seçiminin yanı sıra zımni hukuk seçimlerini de kapsadığı yönünde görüşler bulunmaktadır¹⁰⁷⁴.

New York Sözleşmesi m. V-1/a'ya göre, hakem kararı aleyhine olan tarafın tanıma ve tenfiz davalarında, tahkim anlaşmasında taraflarca tabi kılındığı hukuka veya hakem kararının verildiği yer hukukuna göre hükümsüz olduğunu ispat ederse, tanıma veya tenfiz talebi reddedilir. Bunun gibi Model Kanunu m. 34 ve 36'ya göre, taraflarca hukuk seçiminin yapılmış olması halinde tahkim anlaşması bu hukuka göre geçerli olmalıdır, aksi halde bu bir iptal sebebi ve tenfiz engelidir.

2.4.3.2. Türk Hukukunda Durum

Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4/3 ve 15/1-a'da, tahkim anlaşmasının geçerliliğini öncelikle tarafların tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmak üzere seçtikleri hukuka tabi tutmuştur. Ancak böyle bir seçimin yapılmamış olması halinde Türk Hukuku uygulanabilecektir. Böylece Türk Hukukunda tarafların açıkça uygulanmasını istedikleri hukuku belirtmeleri, aksi halde Türk Hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınarak iki basamaklı bir düzenleme yapılmıştır¹⁰⁷⁵. Düzenlemenin bu şekliyle zımni hukuk seçimini kabul etmediğini söyleyebiliriz¹⁰⁷⁶.

Hukuk seçimi yapılmadığı hallerde Türk Hukukunun uygulanması, tahkim yeri olarak başka bir ülkenin gösterilmesi halinde sorun teşkil edebilecektir¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁴ Tekin, s. 173-174.

¹⁰⁷⁵ Türk Hukukundaki düzenlemenin İsviçre hukuk ile benzerlik taşıdığına dair bkz. Akıncı, *Tahkim*, s. 112.

¹⁰⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, *Tahkim*, s. 80-81.

¹⁰⁷⁷ Zorlu, s. 247.

2.4.4. Tahkim Yargılamasında Usule Uygulanacak Hukukun Belirlenmesinde İrade Muhtariyeti

Taraflar tahkim yargılamasının usul kuralları için bir milli hukuk seçebilecekleri gibi, kurumsal tahkim merkezi kurallarını seçebilirler. Ayrıca taraflar özel olarak kendileri bu tahkim yargılaması için uygulanmak üzere usul kuralları da belirleyebilirler¹⁰⁷⁸.

Tarafların uygulanacak usulle ilgili bir hukuk seçiminde bulunmamış olmaları halinde hakemlerin usule hangi hukukun uygulanması gerektiğini belirlemeleri gerekmektedir¹⁰⁷⁹. Genel kabul gören görüşe göre tahkim prosedürünün cereyan ettiği ülke hukukunun usul kurallarının dikkate alınması gerekmektedir¹⁰⁸⁰. New York Sözleşmesi'nin 5/1/d maddesine göre de “...*hakem mahkemesinin teşekkülü veya hakemlik usulünün tarafların anlaşmasına ve anlaşma olmayan hallerde hakemliğin cereyan ettiği yer kanun hükümlerine uygun bulunmadığı...*” demek suretiyle, öncelikle taraf iradelerine yer verilmiş, tarafların seçim yapmadığı hallerde tahkimin gerçekleştiği yer hukuku usul kurallarının uygulanması gerektiği kabul edilmiştir.

2.4.4.1. Taraflardan Birinin Yargılamaya Katılmaması

Genellikle tahkim kuralları ve tahkim yasaları, tahkim işleminin başlatılabilmesini ve bir tarafın katılmamasına rağmen işlemin devam edebilmesini sağlar: Tahkim yetkisi sağlandıktan sonra, bir taraf, buna katılmamak yoluyla, tahkim işleminin devam etmesini ve kararın verilmesini engelleyemez. Tarafların iddiaları tahkim yetkilerinin temelini ve sınırlarını belirler. Hakem, tarafların taleplerini izlemelidir ve taraflarca kendisine verilen yetkinin kapsamını aşamaz.

Tahkim kanunları veya tahkim kuralları genellikle bir tarafın katılmamasının diğer tarafın beyanlarının kabulü anlamına gelmediğini belirtir. Bu nedenle, hakem

¹⁰⁷⁸ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 549; Şanlı, *Ticari Akitler*, s. 299; Akıncı, *Tahkim*, s. 166; Kalpsüz, s. 101; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 587.

¹⁰⁷⁹ Şanlı, *Ticari Akitler*, s. 334.

¹⁰⁸⁰ Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 134.

heyeti, mahkemede bulunan tarafın görüşlerini bağımsız olarak değerlendirebilir. Ayrıca, hakem heyeti, açıklama ve ek materyal isteme imkânına sahiptir¹⁰⁸¹.

2.4.4.2. Yetki Aşımı ve Usulsüzlük

Hüküm, taraflarca üzerinde anlaşıldığı şekliyle anlaşmazlığın olgusal kapsamının ötesine geçerse, mahkemeye verilen yetkiyi aşar. Mahkemenin yetki alanı dışında verilen bir karar, birçok devlet tahkim kanununa göre geçersizdir ve New York Sözleşmesi Bölüm V m. 1-c uyarınca uygulanamaz. Genel olarak New York Sözleşmesi ve UNCITRAL Model Kanunu'nda yer alan kuralın kısıtlı olarak uygulanacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla kuralın, tarafların iddialarına veya hukuk seçimine değil, anlaşmazlığın olgusal kapsamına (nesnesine) uygulandığı kabul edilir. Bununla birlikte belirli koşullar altında, hakem heyeti tarafların hukuk seçimine saygı göstermediğinde başvurulabilir¹⁰⁸².

Mahkemenin izlediği usul, sürecin temel ilkelerine ve uygulanacak tahkim hukukunun (veya antlaşmasının) zorunlu kurallarına uymalıdır, aksi takdirde hüküm, birçok devlet tahkim kanununa göre ve New York Sözleşmesi Bölüm V 1-d'ye göre geçersizdir. Usule ilişkin usulsüzlük, eğer izlenilmesi gereken sürece uyulmasını ciddi şekilde etkiliyorsa, hükümsüzlüğe veya uygulanamazlığa yol açabilir. Bu kural, yürürlükteki usul hukukuna ilişkin zorunlu kuralların dikkate alınmamasını, ayrıca mahkemenin tarafsız davranmadığı durumları da kapsayabilir. Ancak, yorumu çok kısıtlayıcıdır. *lex arbitri*'nin zorunlu usul kuralları, bazı şartlar altında, hakem heyeti taraflarca çağrılmadıysa, ulusötesi kaynakları uygulama yeteneğini kısıtlayabilir¹⁰⁸³.

Hakem heyeti, uluslararası özel hukuku yanlış uygulamışsa, örneğin, yanlış bir şekilde, İngiliz hukukunun dikkate alınmasının kamu yararının aleyhine olduğunu varsaymışsa hukuki bir hataya neden olmuş olur. Her zaman ifade edildiği gibi, hukuki hatalar birçok ülkenin hukukunda veya New York Konvansiyonu'nda yargı denetiminin konusu değildir. Bu yüzden, bir sözleşmenin uluslararası özel hukukun yanlış uygulanmasına dayanan hukuk seçiminin göz ardı edilmesi, geçersiz veya uygulanamaz olarak nitelendirilemez. Yine de bir hüküm eğer, uluslararası özel

¹⁰⁸¹ Cordero-Moss, s. 289-330.

¹⁰⁸² Cordero-Moss, s. 289-330.

¹⁰⁸³ Cordero-Moss, s. 289-330.

hukuka herhangi bir atıf yapmıyorsa ve sözleşmenin tercihinin göz ardı edilmesinin hukuk seçiminin yanlış uygulanmasından veya sözleşmenin yanlış yorumlanmasından kaynaklandığını varsaymanın temeli yoksa o zaman hakem heyetinin tarafların direktiflerini göz ardı ettiğini iddia etmek mümkündür. Bu durum, bir yetki aşımı olarak nitelendirilebilir¹⁰⁸⁴.

2.4.5. Milletlerarası Tahkim Yargılamasında İrade Muhtariyetinin Sınırları

Genel olarak tarafların hukuk seçiminin sınırının tarafların hayal güçleri olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁸⁵. Hakemlerin yetki kaynağı tamamen taraf iradelerinden ileri gelmektedir. Hakemlerin, gerektiğinde tarafların iradi düzenlemelerini tamamlayacak, değerlendirecek veya sınırlayacak bir *lex fori*'ye sahip olmamaları veya tarafların iradi düzenlemelerine karşı savunmak ve korumak zorunda oldukları bir milli hukuklarının olmaması irade serbestîsinin en geniş anlamıyla kabulünü gerektirmektedir¹⁰⁸⁶. Bir diğer deyişle, hakemler hâkimlerden farklı olarak muayyen bir devletin menfaatlerini korumak durumunda olmadıklarından ve özel bir sözleşmeden yetki aldıklarından, tarafların uygulanacak hukuk konusundaki seçimlerine herhangi bir sınır getirmek için haklı bir sebepleri bulunmamaktadır¹⁰⁸⁷.

Tahkim süreci tarafların rızası dâhilinde yürütülmesi maddi hukuk ve usul hukuku dâhil olmak üzere birçok hususta esneklik sunar. Ancak böyle bir irade serbestîsi sınırsız bir özgürlük sunmaz, çünkü özel hukuk kapsamındaki tacir davranışları her durumda çeşitli iç hukuk kurallarına ve politikalarına¹⁰⁸⁸ tabi

¹⁰⁸⁴ Cordero-Moss, s. 289-330.

¹⁰⁸⁵ Ware, s. 727.

¹⁰⁸⁶ Şanlı, *Tahkim*, s. 124.

¹⁰⁸⁷ Şanlı, *Tahkim*, s. 126.

¹⁰⁸⁸ Devlet kanunlarının uygulama alanının genişletilmesi olasılığı bariz biçimde yüksektir. Eğer devletler tahkime ilişkin menfaatlerinin emredici hukuk kuralları aracılığıyla korunacağına inanıyorlarsa daha fazla sayıda emredici kuralı hayata geçirmeye istekli olabilirler. Bu yolu izleyen devletler için bazı avantajlar olsa da böyle bir yaklaşımın milletlerarası ticareti engellemesi oldukça muhtemel olduğundan hakemler milletlerarası ticaret düzenini muhafaza etme yükümlülüklerinin bir gereği olarak böyle bir durumun oluşmasını önleyecek etkin adımlar atmalıdır. Ancak devlet kanunlarının uygulanma alanının genişletilmesine ilişkin korkuların üzerinde çok durulmasına gerek yoktur. Devletler menfaatlerini korumak adına daha fazla emredici hukuk kurallarını hayata geçirme düşüncesinde olmayabilirler ve eğer böyle bir adım atarlarsa milletlerarası ticaretin sağlıklı biçimde sürdürülmesinin onların çıkarlarına da uygun olduğunu anlayabilirler. Ayrıca, diğer devletlerin

olacaktır. Tahkime ilişkin teorik ve pratik çerçeveye bakıldığında birçok ihtilaflı husus irade serbestîsi ve tahkim kanunları arasındaki uyumsuzlıktan doğacak kaçınılmaz gerilimlerle ilişkilidir¹⁰⁸⁹.

Tahkimin her şeyden önce bir irade muhtariyeti sonucu olması gerçeği, hakemlerin esasları düzenleyen ilke ve kuralların uygulanması konularında da tarafların niyetinin beklenmesi için bir görev gerektirdiği neredeyse bir gerçektir. Bu yüzden tarafların başvurulmasını istedikleri kuralları uygulamalı ve tarafların başvurulmasını istemediklerini uygulamamalıdır. Ancak, tarafların belirli kuralların uygulanabilirliğini talep etme veya hariç tutma konusunda tamamen özgür oldukları sonucu doğru olmayacaktır. Zorunlu kuralların (veya kamu düzeninin veya uluslararası kamu düzeninin) geçersiz kılınması durumunda bu özgürlük sınırlamalara maruz kalabilir. Bu ifade, her yasal sistemde mevcut olan, ait oldukları yasal sistem tarafından en önemli olarak kabul edilen ve bu sisteme göre, mevcut davaya uygulanacak hukuka bakılmaksızın uygulanması gereken çıkarları korumayı amaçlayan kuralları belirtir¹⁰⁹⁰.

2.4.5.1. Seçilen Hukuk Açısından Haklı Sebebin Bulunması

Seçilen hukukun taraflarla ve/veya uyumsuzlukla ilgisiz olması, uygulanması halinde haksızlıklar çıkması, yetersiz olması gibi durumlar tarafların seçtiği hukukun uygulanmaması sonucunu doğurmamalıdır. Hakemler tarafların irade serbestîsi ile seçtiği hukuku uygulamak zorundadır¹⁰⁹¹.

egemenlik haklarına saygı gösterilmemesi nedeniyle diplomatik sorunların ortaya çıkacak olması çoğu ülkeyi kendi sınırları dışında geçerli olacak yasalar koymaktan uzaklaştırmaya yeter. Dahası Avrupa'da devletler Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu 7. madde hükümlerinin konvansiyonun onaylandığı zaman üzerinde anlaşılan koşulların ötesine geçmesi nedeniyle hükümetlerarası ilişkilerin ciddi bir sınavdan geçeceğini düşünebilirler. Her hâlükârda böyle bir risk her zaman vardır ve emredici hukuk kurallarına yönelik yaklaşımların liberalliği ölçüsünde artmaktadır: Barraclough, s. 205 – 244.

¹⁰⁸⁹ Barraclough, s. 205 – 244.

¹⁰⁹⁰ Radicati, s. 1-19.

¹⁰⁹¹ Özel, *Tahkim*, s. 129; Takavut, s. 18.

2.4.5.2. Hiçbir Milli Hukuk Sistemine Ait Olmayan Kural veya Prensiplerin Seçilmesi

Tarafların hukuk seçimi yaparken esasa uygulanacak hukuk olarak bir milli hukuk seçilmiş olması aranmaktadır. Ancak gelişen milletlerarası ticaret gereği tarafların bir devlete ait olmayan hukuk düzenlerini de seçmeleri kabul edilmektedir. Milletlerarası hukuk kuralları, topluluk hukuku kuralları, milletlerarası ticaret hukuku kuralları (*lex mercatoria*) ve ticari teamülleri taraflar esasa uygulanmak üzere seçebilirler. Bunun dışında Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri de seçilebilir. Esasen tarafların bu şekilde seçim yapabilmek yapamayacakları ve kapsamı meselesi taraflara hukuk seçme imkânı veren usul hukukuna tabidir¹⁰⁹².

Taraflar kurumsal tahkimi seçtiyse, geçerli tahkim kuralları, Stockholm Ticaret Odası (SCC) Tahkim Enstitüsü, Uluslararası Ticaret Odası (ICC) veya Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) gibi seçilen kurumlar tarafından yayınlanan kurallardır. Taraflar *ad hoc* (geçici) tahkimi seçtiyse, kendi tahkim kurallarını derlemiş olabilirler veya 2010 yılında revize edilen 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarına atıf yapmış olabilirler. Antlaşmaya dayalı tahkimde, davacı bir antlaşma çerçevesinde tahkimi seçmişse, ilgili kurallar uygulanacaktır (Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID) Kuralları).

Tahkim kuralları tahkim anlaşmasının bir uzantısı olarak düşünülebilir: Tarafların bu kurallara referans olması, tahkim kurallarını tahkim anlaşmasına dâhil etme etkisine sahiptir. Dolayısıyla tahkim kuralları, bir sözleşme ile aynı statüye sahiptir ve uygulanacak tahkim hukukunun zorunlu kurallarından ayrılamaz¹⁰⁹³.

2.4.5.3. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Tarafların tahkim yargılamasının esasına uygulanacak bir hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde hakemlerin uygulanacak hukuka karar vermeleri

¹⁰⁹² Özel, *Tahkim*, s. 124; Takavut, s. 19.

¹⁰⁹³ Cordero Moss, s. 289-330.

durumunda bu hukukun doğrudan uygulanan kurallarının hakemler tarafından uygulanacağı konusunda tam bir görüş birliği bulunmaktadır. Aksi durumda, yani tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları halinde ise tarafların seçtiği hukukun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde tereddütler bulunmaktadır. Bu noktada tarafların doğrudan uygulanan kuralların uygulanması veya uygulanmaması yönünde taleplerinin olup olmadığı önem kazanmaktadır. Tarafların bu konuda ayrıca bir taleplerinin bulunmaması halinde bu hukukun içinde yer alan doğrudan uygulanan kuralların, hakemler tarafından belirlenen hukukun bir parçası olarak uygulanması gerektiği en çok taraftar bulan ve uygulanan görüştür¹⁰⁹⁴. Hatta tarafların hukuk seçimi yaparken o hukuk içerisinde yer alan doğrudan uygulanan kurallardan haberdar olmasalar bile, yapmış oldukları hukuk seçimi bir bütün olarak uygulanacağından doğrudan uygulanan kuralları da kapsayacaktır¹⁰⁹⁵¹⁰⁹⁶. Ancak bu görüş birtakım nedenlerden dolayı eleştirilerin odağı olmuştur. Zira irade serbestisi ile taraflara hukuk seçimi imkânı getirildiğinde taraflar bu haklarını kullanarak bir hukuku uyuşmazlıkların çözümü için seçmekte, esas olarak o hukuk düzeninin kamu düzenini uygulamak amacı taşımamaktadırlar. Doğrudan uygulanan kuralların o hukukun bir parçası olarak istisnasız uygulanması, taraf menfaatleri ile devlet menfaatlerinin dengesinin gözetilmemesi sonucu doğurabilecektir¹⁰⁹⁷.

Milletlerarası ticari tahkimde devletlerin toplum menfaatlerini korumak üzere koyduğu doğrudan uygulanan kuralların mücbir sebep olarak uygulanması kabul edilmektedir. İfayı engelleyen, ifayı imkânsız kılan, taraflarca öngörülemeyen ve taraflardan kaynaklanmayan doğrudan uygulanan kurallar hakemlerce dikkate alınmalıdır¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁴ Baniassadi, s. 72, Barraclough-Waincymer, s. 219, Özel, s. 166, Takavut, s. 125.

¹⁰⁹⁵ Baniassadi, s. 72, Barraclough-Waincymer, s. 221.

¹⁰⁹⁶ UNCITRAL tarafından hazırlanan uluslararası sanayi bölgesi inşaat sözleşmelerinin nasıl hazırlanması gerektiğine dair rehberde (UNCITRAL Legal Guide on Drawingup International Contrats for the Construction of Industrial Works) taraflar hukuk seçimi yaparken doğrudan uygulanan kuralları göz önünde bulundurmaları hususunda uyarılmaktadır: (Erişim), https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/legal_guide_e.pdf, 01 Temmuz 2019.

¹⁰⁹⁷ Nazlı Albayrak Ceylan, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 120.

¹⁰⁹⁸ Barraclough, Waincymer, s. 218; Takavut, s. 151.

2.4.5.4. Kamu Düzeni

Tarafların seçim özgürlüğüne milletlerarası özel hukukun genel ilkelerinden biri olması dolayısıyla kural olarak saygı duyulması gerekiyor olsa da bu ilke iç hukuka göre belirlenen ve aynı derecede önemli olan prensiplerin öngördüğü sınırlar içinde uygulanmalı veya kamu düzenini korumaya yönelik her türlü kısıtlamaya tabi olmalıdır¹⁰⁹⁹.

Süleymani davası, İngiliz mahkemesinin, yabancı ülke hukukunun ihlali sonucu ortaya çıkan kamu düzeni hususları nedeniyle bir kararın uygulanmasını reddettiği ilk davadır. Bir baba ve oğul İran halılarını İran'dan ihraç etmek için anlaşma imzalamış, ancak halı ihracatı İran'ın gelirini ve ihracat denetimlerini ihlal etmiştir. Anlaşmazlık ortaya çıktığında, tahkim Londra'daki Beth Din (Baş Haham Mahkemesi) mahkemesinde yapılmıştır. Mahkeme oğlun lehine bir karar vermiş, ancak kararda açıkça halıların İran'dan yasadışı yollardan ihraç edildiği belirtilmiştir. Kararın icrası aşamasına geçildiğinde, İngiliz Temyiz Mahkemesi; bir İngiliz mahkemesinin, İngiliz yasaları tarafından hükmedilmeyen ve İngiliz yerel yasaları tarafından yasaklanmış bir davaya bakmayacağını belirtmiştir. Yabancı ve dostane devlet hukuku tarafından hükmedilen ve o ülkenin yasalarına göre yasa dışı sayılan bir sözleşmeye de bakmayacağına, kuralın yasal işlemlerde bir sözleşmenin doğrudan uygulanmasına ilişkin olarak tahkim kararının icrası için de geçerli olduğuna hükmetmiştir. Bu nedenle, yabancı bir ülkenin yasalarına göre yasadışılık söz konusu olduğunda, İngiliz mahkemelerinin tahkim kararını tanımayı reddedebileceği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, *Süleymani* kararından kısa bir süre sonra, *Westacre Investment, Inc. - Jugimport-SP-DR Holdings*'deki İngiliz Temyiz Mahkemesi benzer konuda, ancak farklı bir yönde karar vermiştir. Dayanak sözleşme, kişisel nüfuz için Kuveytli yetkililere rüşvet vermeyi içerdiği ve Kuveyt kamu politikasına aykırı olması dolayısıyla kararın icrası İngiliz kamu politikasını da ihlal edeceği yönünde mahkeme önüne gelen bir davada, İngiliz mahkemesi yine de kararın uygulanmasına hükmetmiştir. Ayrıca, ilgili sözleşme İsviçre hukukuna tabiydi, tahkim İsviçre'de kurulmuştu ve kararın icrası İsviçre kamu politikasını ihlal etmiyordu. Bu karar, yabancı zorunlu kuralların potansiyel ihlali göz önüne

¹⁰⁹⁹ Barraclough, Waincymer, s. 205 – 244.

alındığında bile, tahkim kararına (ve tarafların idare hukuku seçimine) yönelik daha fazla erteleme yapılması eğilimine doğru bir kaymayı işaret etmektedir.

Omnium de Traitement ve de Valorisation S.A. v. Hilmarton, İngiliz Temyiz Mahkemesi önüne getirilen danışmanlık sözleşmesi kararında Cezayir hukukunun ihlal edildiğini belirterek yine de kararın icrasına hükmetmiştir. Bu uyuşmazlıkta da taraflarca seçilen uygulanacak hukuk İsviçre hukuku idi ve hakem, İsviçre hukuku gereği, söz konusu sözleşmenin yasalara aykırı olmadığını belirlemiştir. İngiliz mahkemesi, taraflarca seçilen ve taraflarca İngiliz kurallarının uygulanmasına karar verilen bir İngiliz hakem heyetinin farklı bir sonuca ulaşmış olabileceğine işaret etmiştir. Ancak mahkeme, “dayanak sözleşmeye göre karar verilmediğini” aksine bunun yerine yalnızca İngiltere’de bir tahkim kararının uygulanıp uygulanmayacağına göre karar verildiğini belirterek, daha fazla soruşturma yapılmasını durdurmuştur. Bu bağlamda kamu düzeni kaygılarına yol açacak yolsuzluk uygulamaları gerçeği bulunmadığı takdirde İngiliz hukukunun farklı bir sonuca ulaşmış olacağı veya olabileceği gerçeği hiçbir şey ifade etmemektedir. Gerçekte, farklı sonucun nedeni İsviçre yasalarının İngiliz yasalarından farklı olması ve tarafların İsviçre yasalarını ve İsviçre tahkimini seçmeleridir. Bu nedenle, İngiliz mahkemesi, sözleşmenin imzalandığı ülkede (Cezayir), yasalara aykırı olmasına rağmen icra edileceği ülke (İsviçre) veya tahkim yerindeki ülke (yine İsviçre) kamu düzenine aykırı olmayan bir kararın uygulanmasına karar vermiştir¹¹⁰⁰.

Milletlerarası kamu düzeni; temel değerleri, belli başlı etik standartları ve uluslararası iş camiası temsilcileri arasındaki kalıcı ahlaki uzlaşmayı yansıtır. İnsan hakları (ırk, cinsiyet ve dine dayalı ayrımcılığa ve köleliğe karşı olma gibi), genel ahlaka uygunluk, *bonos moros* (yolsuzluk, terörizm, soykırım ve pedofili karşıtlığı), adil yargılama ve yargı süreci bunlara örnek olarak verilebilir. Hakemlerin milletlerarası ticari ilişkilerde etik ve davranış kurallarına asgari düzeyde riayet etmek adına uluslararası kamu düzeniyle ilişkili olan tüm emredici hükümleri uygulamaları hususunda fikir birliği mevcuttur. *Cour d’appel* (İstinaf Mahkemesi)’nin öngördüğü üzere milletlerarası ticari ve finansal ilişkilerin güvenliği, evrensel olmasa bile çeşitli hukuk sistemlerinde yaygın olarak mevcut olan kamu düzeninin gözetilmesini gerektirir. Ayrıca, milletlerarası kamu düzeninin

¹¹⁰⁰ Gibson, s. 102-130.

belirli ulusal sistemlerin değerlerinden daha üstün değerleri temsil etmesi ve hakemlerin uluslararası camiaya karşı aldıkları büyük sorumluluk dolayısıyla hakemler milletlerarası kamu düzeniyle ihtilaf içinde olan her türlü emredici hükümleri uygulamaktan ve tarafların seçtiği ve kamu düzeni ile ihtilaf içinde olan hükümleri de uygulamaktan kaçınmalıdır. Milletlerarası Hukuk Enstitüsü'nün Tarafların İrade Serbestîsi Hakkındaki Kararı da bu görüşü desteklemektedir: *'hakemler hiçbir şartta uluslararası camianın üzerinde büyük ölçüde uzlaşmış olduğu milletlerarası kamu düzeni ilkelerini ihlal edemez.'* Bu ifade ayrıca bu yaklaşımın uygulanma nedeninin emredici hukuk kuralları doktrininden değil milletlerarası kamu düzeni doktrininden kaynaklandığını da açıkça söyleyerek bu yaklaşımın neden tartışmaya yer bırakmadığını açıklamaktadır.

Milletlerarası kamu düzeniyle ilişkili zorluklardan ilki taraflar açısından belli bir ilkenin evrenselliğini sağlamanın apaçık biçimde zor olmasıdır. İkincisiyse, ilkelerin gerçek anlamda milletlerarası bir nitelik kazanması için ne ölçüde bir evrensel uzlaşının gerektiğine ilişkin olarak hakemlerin bir belirsizliğin içinde olmasıdır. Sonuncuysa, tarafların açıkça belirttikleri tercihlerinin milletlerarası kamu düzeni ile ihtilaf halinde olması durumunda hakemlerin nasıl hareket etmesi gerektiği sorusudur. Hakem, milletlerarası kamu düzeni anlayışını dikkate alarak tarafların açıkça yaptığı tercihi dikkate alınmadığı durumlarda yargı yetkisini elinde bulundurmakta zorluk yaşayabilir¹¹⁰¹.

2.4.5.5. Emredici Hükümler

Emredici hukuk kurallarının milli uluslararası özel hukuk sistemlerinden kaynaklandığı ve sadece ulusal mahkemelerde davalarda geçerli olduğu iddia edilebilir. Uluslararası bir tahkim mahkemesinin ulusal bir *forumu* ve dolayısıyla *lex fori*'si yoktur: yetkiyi tarafların anlaşmasından alır ve bu nedenle özerk bir sözleşme statüsüne sahiptir. Bu sebeple, bir hakemin, seçilen hukuka yabancı hukuk kurallarının uygulanmasını gerektirecek milli bir uluslararası özel hukuk sistemi tarafından değil, yalnızca tarafların iradesine ve dolayısıyla da seçtikleri hukuka bağlı olduğu iddia edilebilir. Ancak son tahkim uygulamaları bu tür bir görüşü tam

¹¹⁰¹ Barracrough, Waincymer, s. 205 – 244.

olarak desteklememiştir. Bunun en az iki nedeni vardır: Birincisi, bir hakem sözleşmede belirtilen asli hukuka yabancı olan emredici kamu hukuku kurallarını dikkate alabilir. Bir hakem, ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü için, kararının nihai olarak uygulanabilir olduğunu garanti etmek ve aynı zamanda tahkimin güvenilirliğini etkili bir mekanizma olarak korumak amacıyla emredici kamu hukuku kurallarını dikkate alır. İkincisi, ulusal bir *forumun* olmaması bir hakemi uluslararası bir hâkim konumuna getirir. Emredici kurallar taraflarca seçilen maddi hukukun bir parçası olduğunda gerçek bir zorluk yoktur çünkü hakem bu hukuku bütünüyle uygulamak zorundadır. Dolayısıyla, hakem emredici kuralları da dâhil olmak üzere tarafların sözleşme şartlarına aykırı olsa bile, bu tür maddi hukukları uygulamalıdır. Bu kuralın tek istisnası, seçilen asli hukukun tüm hükümlerini yürürlüğe koymanın gerçekten uluslararası kamu düzenini ihlal etmesidir. Böyle bir durumda hakem, tarafların seçtikleri hukukun etkilerine ilişkin niyetlerini incelemelidir. Hakemin kararı, tarafların ihtiyaçlarını karşılamak için en uygun hukuku seçme ve olumsuz ulusal hukukların uygulanmasını dışlama gücü tarafından yönlendirilmelidir. Buna rağmen taraflar ayrıca seçilen hukukun sadece sözleşmenin belirli kısımları için geçerli olması gerektiğini belirterek maddi hukukun uygulama kapsamını önceden kısıtlayabilir. Eğer ilgili emredici kurallar maddi hukukun bir parçası değilse, farklı hususlar geçerlidir. Bu gibi durumlarda iki tür tahkim ayırt edilmelidir. Birinci tip, hakemin sadece emredici hukuk kurallarını, gerçekte uygulamadan fark etmesini gerektirir. Örneğin, Fransız hukukuna tabi bir sözleşmeye taraf olan bir Yunan satıcısı, ihracat için satılan malları teslim edememesinin Yunanistan'daki ambargo kararnamesinden kaynaklandığını iddia edebilir. Ambargo kararnamesi emredici bir kuraldır, ancak sözleşmenin ifasını imkânsız kılan basit bir gerçek olarak, yani *mücbir sebepler* olarak kabul edilir. Burada, sözleşmenin asli hukuku Yunan hukuku olmasa da satıcı sadece mücbir sebep olayının dikkate alınmasını istemektedir. Ancak hakem, doğası gereği Yunan ambargo kararnamesini uygulayamaz. Sözleşme üzerindeki etkilerini ancak sözleşmenin somut hukuku olan Fransız hukuku kapsamındaki anlaşmazlığa karar verdiğinde dikkate alacaktır. Maddi hukukun seçilmesi, tarafların sözleşmelerini etkileyebilecek tüm emredici kuralları hariç tutma niyetinde oldukları anlamına gelmez. Bu gibi durumlarda ise hakemler bu tür emredici kuralların uygulanıp uygulanmayacağına karar vermek amacıyla gerçek uluslararası kamu düzeni ışığında tarafların niyetlerini ve çevresindeki koşulları analiz etmelidir. Hakem heyeti, söz

konusu kurallar sözleşmenin asli hukukuna yabancı olduğunda, tarafların ilgili ülkelerinin emredici hukuk kurallarını yürürlüğe koymayı reddedebilir. İsveç tersaneleri ile bir Libyalı alıcı arasındaki anlaşmazlığı içeren ICC tahkiminde, tahkim mahkemesi İsrail'in boykotu ile ilgili Libya yasalarını ve yönetmeliklerini uygulamayı reddetmiştir, çünkü sözleşme İsveç hukukuna tabiydi. Mahkeme, "İsveç hukukunun uygulanmasının, Libya boykot yasasının ve düzenlemelerinin, bu boykot yasası sözleşmesinde özel bir atıf yapılması dışında, bu sözleşmelere uygulanamayacağı bariz sonuçlara yol açtığını belirtmiştir"¹¹⁰²

2.4.5.6. Hakem Heyetinin Yetkisi

Hakem heyetinin yetkisinin kapsamı, tahkim anlaşmasından kaynaklanır. Bu yüzden, bir hükmün hakem heyetinin yetkisini aşp aşmadığına karar veren, tahkim anlaşmasının geçerli hukukudur¹¹⁰³.

Tahkim kanunları ve tahkim kuralları genel olarak tarafların heyete, hangi "hukuk kuralları"nın uyuşmazlığın esaslarına uygulanması gerektiğine ilişkin direktif vermesine izin verir. "Hukuk kuralları" teriminin sadece bir devletin hukukuna değil, ulusötesi kuralları da kapsayan bir hukuk kuralları bütününe atıf yaptığı varsayılır. Bunun aksine, "hukuk" teriminin ise, devlet kanunlarını ima ettiği varsayılır. Taraflar, "hukuk kuralları"nı seçmekte özgürken, hakem heyetinin "hukuk kuralları"nı uygulama yetkisi daha sınırlıdır. Taraflar tarafından yapılan bir tercih başarısız olduğunda hakem heyeti, yetkisini belirlemek için uygulanabilir tahkim kuralları ve tahkim hukukunu gözden geçirmelidir. Bu yüzden hakem heyeti, tamamı "hukuk kuralları"na gönderme yapan, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC-*International Chamber of Commerce*) (m. 21/1), Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA-*London Court of International Arbitration*) (m. 22/3), Stockholm Ticaret Odası (SCC-*Stockholm Chamber of Commerce*) (m. 22/1) tarafından olduğu gibi, Fransız Medeni Usul Kanunu (m. 1511) ve İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu (m. 187) tarafından, kendi inisiyatifıyla ulusötesi kaynakları uygulamaya yetkili kılınmıştır. Bunun aksine, diğer kanun ve kurallar, örneğin, İngiliz Tahkim Kanunu (bölüm 46/3), Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu

¹¹⁰² Baniassadi, s. 59-84.

¹¹⁰³ Cordero Moss, s. 289-330.

(UNCITRAL) Kanunu (m. 28/2) ve Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu Kuralları (m. 35/1) bu olanağı hariç tutmuş ve heyetin, taraflar, ulusal olmayan kaynakları referans olarak göstermedikçe, bir devletin hukukunu uygulayacağını varsaymışlardır¹¹⁰⁴.

Hakem heyeti, tarafların iddialarını bağımsız bir biçimde değerlendirebilir. Bu; heyetin kendi muhakemesini oluşturabileceği, anlaşmayı tarafların talep ettiğiinden farklı şekilde yorumlayabileceği, tarafların sundukları kanıtlardan bağımsız çıkarımlara ulaşabileceği anlamına gelir. Konuyu iki temel kısma ayırabiliriz: Hakem heyetinin, tarafların tercih ettiği hukuktan farklı hukuk uygulama yetkisi ve tarafların uygulanmasını istediği hukukun hükümleri altında kendi muhakemesini yapma yetkisi¹¹⁰⁵.

Mahkemelerin hakem heyeti tarafından uygulanan hukuku denetleme yetkisi olmadığından ne İngiliz hukukunun yanlış uygulanması ne de hukuk seçimi maddesinin yanlış bir yorumu veya uluslararası özel hukukun yanlış uygulanması, yargı denetimi konusu olmayacaktır. Ancak, ulusötesi kaynakların talep edilmeden uygulanması, en azından, tarafların bu yönde bir direktifi olmaksızın hakem heyetine “hukuk kuralları”nı uygulama yetkisi vermeyen tahkim kanunları veya tahkim kuralları kapsamında, hukuki bir hatanın ötesine geçer. Taraflar tarafından yetkilendirilmeksizin ulusötesi kaynakların uygulanması bu tahkim kanunları tarafından yasaklanmıştır ve bu yüzden usule aykırılıkla sonuçlanabilir. Kısaca belirtmek gerekirse, esaslar üzerindeki karar kesindir ve bir hüküm, sözleşme veya kanıtların yanlış yorumlanması ya da bir kanunun yanlış uygulanması üzerine temellenmiş olsa bile geçerli ve uygulanabilir. Bir hüküm, yalnızca heyetin yetkisini aşması ya da adil yargılama ilkelerini ihlal etmesi durumunda iptal edilebilir¹¹⁰⁶.

¹¹⁰⁴ Cordero Moss, s. 289-330.

¹¹⁰⁵ Cordero Moss, s. 289-330.

¹¹⁰⁶ Cordero Moss, s. 289-330.

2.4.5.6.1. Hakem Heyeti'nin Uygulanabilir Hukuku Bağımsız Olarak Tercih Etme Yetkisi

Bir hakem heyeti, tarafların seçtiği bir hukuku uygulamak zorundadır. Eğer ihtilaflı sözleşme bir hukukun tercihini içeriyorsa, bu tercih, tarafların heyete talimatıdır ve hem tahkim kuralları hem de tahkim yasaları, heyeti, tarafların tercih ettiği hukuku uygulamak yolunda yönlendirir. Görünüşte tartışmasız görünen bu görev, en azından iki sorunun sorulmasına yol açar: tahkim heyetinin tarafların tercih ettiği hukuku göz ardı etmesinin yetki aşımına yol açıp açmayacağı ve heyetin, belirli koşullar altında, tarafların tercih ettiği hukuktan farklı bir hukuku dikkate alma olanağı olup olmadığı. UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*- Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) Model Kanunu ve New York Konvansiyonu'na ilişkin bildirilen vakaların bir tahlili, yetki aşımı iddiasının, hakem heyetinin hukuku uygulaması üzerinde yaptırım amacıyla nadiren etkili olduğunu göstermiştir. Öyle görünüyor ki, soru, dikkat çektiği ölçüde, esasen hem teoride hem de pratikte, olumsuz cevaplanmıştır. Yine de çok sık olmasa da prensip olarak, hakem heyetinin bir hükmünün feshini talep etmek veya uygulanabilir hukuku tercihinde yetkilerinin ötesine geçtiği iddiasını temel alarak hükmün infazına karşı çıkmak mümkündür. Geçerli hukukun, bir anlaşmanın etkileri ve yorumlanması üzerinde önemli bir etkisi vardır. Aynı anlaşma, uygulanacak hukuka bağlı olarak önemli ölçüde farklı etkilere sahip olabilir. Tahkime intikal eden konular, ona karşı önlem olarak oluşturulan kısıtlara çok fazla bağlıdır. Uyuşmazlık, sözleşmede taraflarca kabul edilmiş olan belirli kurallar (veya bunlar yoksa uygulanabilir uluslararası özel hukuk tarafından oluşturulan kurallar) esasında çözümlenir. Eğer heyet farklı bir hukuk uygularsa ve varsayalım ki iki hukuk, soruna iki farklı düzenleme öngörüyorsa, heyet, başka bir sözleşmenin gereklerini uygulamış gibi düşünülebilir. Uyuşmazlığın çözümüne yönelik varsayımlar, taraflar tarafından kabul edilenlerle aynı olmayabilir. Bu nedenle, karar, tarafların ibraz ettiği hususlardan farklı hususlarda olabilir¹¹⁰⁷.

Bazı koşullar altında hakem heyeti, sözleşmede tercih edilen hukuk dışında bir hukuku dikkate almaya yetkili kılınabilir. Sözleşmede yapılan tercihin amaca uygun hukuk alanını kapsamadığından dolayı veya taraflar tarafından tercih edilen

¹¹⁰⁷ Cordero Moss, s. 289-330.

hukukun (örneğin, mücbir sebep ilkesi yoluyla ya da kapsamı dış hukukun ihlaline kadar genişletilebilen ahlak dışılık veya yasadışılık ilkesi yoluyla) başka hukuk kurallarına etki etmesinden dolayı olabilir. Başka koşullar altında ise, tarafların tercihinin hakem heyeti tarafından göz ardı edilmesi, tarafların direktiflerinin göz ardı edilmesi şeklinde nitelendirilebilir. Avrupa’da faal iki rakip üretici tarafından belirli bir teknolojinin ruhsatlandırılması için yapılan bir sözleşmeden örnek verecek olursak, sözleşme, uygulanacak hukuku Rus hukukuna dayandıran bir hukuk seçimi maddesi ve bir tahkim maddesi içerdiğini, iki taraf arasında bir anlaşmazlık çıktığını ve bu iki taraftan birinin, sözleşmenin Avrupa rekabet hukukunu ihlal ettiği için geçersiz olduğunu iddia ettiğini farz edelim. Diğer taraf, Avrupa Birliği rekabet hukukunun uygulanamayacağını, çünkü zaten bu durumu engellemek için sözleşmenin özellikle Rus hukukuna dayandırıldığını, bu yüzden AB rekabet hukukunun dikkate alınmasının heyetin yetkisi dışında olduğu iddia edebilir. Hakem heyeti sözleşmeye uyması ve Rus hukukunu tercih etmesi durumunda AB kamu yararını ihlal eden bir hüküm verme riskiyle karşı karşıya kalacaktır. Divan’ın kamu yararını ihlal eden bir hüküm, geçersiz olarak nitelenip iptal edilebilir ve infaz edilemez hale gelebilir. Eğer, hakem heyeti, AB sınırları içerisinde görev yapıyorsa, bu yüzden hüküm feshedilme riski taşır ve eğer, hükmün bir AB ülkesinde infaz edilmesi gerekiyorsa infaz edilememe riski taşır¹¹⁰⁸.

Hakem heyeti, tarafların anlaşmasını kabul etmeye veya reddetmeye veya değiştirmeye karar verirken, tarafların talebini, tahkim mahkemesinin kendi yükümlülükleri ve görevleri ışığında ve tahkim mahkemesinin konumunu değerlendirdikten sonra değerlendirmelidir. Bu değerlendirmeyi yaparken, mahkemenin, mahkeme bunu yapabildiği sürece, tarafların anlaşmaya varma nedenlerini tespit edebilmesi faydalı olacaktır¹¹⁰⁹.

2.4.5.6.2. Hakem Heyeti’nin Kendi Yargılamasını Yürütme Yetkisi

Hakem heyeti, uygulanabilir kaynaklar temeli üzerinden kendi hukuki yargılamasını geliştirebilir. Hakem heyetinin muhakemesinin yeni durumlara ve amaca hizmet eden kanıtlara yol açması durumunda hakeme tarafları görüşlerini

¹¹⁰⁸ Cordero Moss, s. 289-330.

¹¹⁰⁹ Pryles, s. 327-339.

bildirmeleri için davet etmesi tavsiye edilir. Eğer taraflardan biri veya her ikisi yargılamanın özgün halinde var olmayan yeni kanıtlar sunarak hakem heyetinin muhakemesinin kapsamına uygun yeni bir hukuki durum oluşturabilirse mütalaaya davet ilkesini genel bir kural olarak gerektirmeyen düzenlerde bile hakemin taraflara bunu yapmak için olanak tanımasını beklemek mantıklıdır¹¹¹⁰.

Yakın bir zamanda, İsviçre Yüksek Mahkemesi, *motu proprio* (resmi talep olmaksızın başka bir birimden resmi olarak alınan işlem) olarak İsviçre hukukuna uygulanan bir hükmü sahte işlem olarak nitelendirmiştir. Bu temelde, hakem heyeti, taraflar arasındaki bir sözleşmeyi, aynı taraflar arasındaki eski bir sözleşmenin yerini aldığı iddiasıyla göz ardı etmiş ve orijinal sözleşmeye göre ödeme hükmü vermiştir. Bu, İsviçre'ye özgü kural, taraflar tarafından talep edilmemiş ve kaybeden taraf hükmün geçerliliğine itiraz etmiştir. İsviçre Yüksek Mahkemesi, *jura novit curia* (mahkeme yasayı bilir) ilkesi gereğince hakemin, kendi hukuki muhakemesini yapmaya yetkili olduğu gerekçesiyle hakem heyetinin yetkisini aşmamış olduğu sonucuna varmıştır. Bu olayda, uygulanabilir hukuk İsviçre hukukuydu ve kaybeden tarafın hukuki danışmanı da İsviçreliydi. Bu yüzden, İsviçre kurallarının uygulanması şaşırtıcı gelmemiştir. Bu temelde, Yüksek Mahkeme, çekişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmediğini tespit etmiştir. Bunun tersine, İsviçre Yüksek Mahkemesi, daha önce, hakem heyetinin iş ile ilgili sorunlarda münhasır aracılığı yasaklayan zorunlu bir İsviçre kanununu *motu proprio* olarak uyguladığı bir hükmü iptal etmiş ve bir vekilin bir futbol oyuncusu için yapılan bir aracılık anlaşmasındaki bedelin ödenmesine yönelik talebi reddetmiştir. Portekiz'de ikamet eden Brezilyalı bir futbol oyuncusu ile İspanya'daki bir aracılık kurumu arasında yapılan aracılık anlaşmasına göre, futbol oyuncusu, Portekiz'deki futbol kulübünün teklifini kabul ettiğinde aracı, kendi ücretinin mukavele gereğince olması gerektiğini iddia etmişti. Hakem, Uluslararası Futbol Federasyonları Birliği (FIFA)'nin tüzüğüne göre uygulanabilir hukuk olarak kabul edilen İsviçre hukukunu uygulamış ve aracılık sözleşmesindeki ayrıcalık maddesini uygulanamaz olarak nitelendirmişti. Hüküm, hakem heyeti, taraflar tarafından talep edilmeyen bir hukuki muhakeme yürüttüğü için iptal edilmemiştir. Nitekim, İsviçre Yüksek Mahkemesi, *jura novit curia* ilkelerin uygulanmasını tasdik etmiştir. Hüküm iptal edilmiştir; çünkü, tarafların

¹¹¹⁰ Cordero Moss, s. 289-330.

İsviçre hukukunun uygulanacağını tahmin etmesi öngörülemezdi. İsviçre Yüksek Mahkemesi’ne göre, hakem heyeti, kendi hukuk kuramını geliştirmeye ve uygulanabilir kabul ettiği kaynakları tarafların bu yönde bir talebi olmasa bile uygulamaya yetkilidir. Belirli koşullarda bu kaynaklar taraflara şaşırtıcı gelse de hakem heyeti, tarafların dikkatini bu kaynaklara çekmek durumundadır. Hakem heyetinin yeni kaynakları uygulamaya koymaya çalışırken üstesinden gelmesi gereken engeller, yetkisinin kapsamı değil, çekişmeli yargılama ilkesidir¹¹¹¹.

Hakem heyeti, kanıtlanmış olguları uygulanabilir hukuki kaynaklar doğrultusunda değerlendirmekte özgürdür. Bir kanıtın yeterlilik ve kapsamı bu kanıtın hukuki sonuçlarının değerlendirilmesi ile ilgilidir ve hakemin bağımsız bir şekilde gerçekleştirmekle görevli ve yetkili olduğu hukuki muhakemesinin parçasıdır. Bu nedenle, tarafların sunduğu kanıtların yeterliliği hakem heyetini bağlamaz. Dahası, hakem heyeti uyuşmazlığın kapsamı üzerinde bir değişikliğe neden olmadığı sürece, uygulamaya bile, kanıtlanmış bir olgunun sonuçlarını göz önünde bulundurmaya yetkilidir¹¹¹².

2.4.5.7. Türk Hukukunda Durum

Türk Hukukunda tahkim yargılamasının esasına uygulanacak hukuku seçme imkânı MTK. m. 12/C’de düzenlenmiştir. Buna göre, *hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir*. Dolayısıyla taraflar hukuk seçimi yaparken bir devlet hukuku seçmek zorunda değildir, kanun maddesinde açıkça “*hukuk kuralları*” demek suretiyle taraflar milli olmayan hukuk düzenlerini de uyuşmazlıklarının esasına uygulanmak üzere seçebilirler¹¹¹³. Milli olmayan hukuk sistem veya prensipleri ile genel hukuk prensipleri, milletlerarası hukukun genel prensipleri¹¹¹⁴, yürürlükte olmayan hukuk sistemleri, dini hukuklar ve

¹¹¹¹ Cordero Moss, s. 289-330.

¹¹¹² Cordero Moss, s. 289-330.

¹¹¹³ Kalpsüz, s. 97; Özel, **Tahkim**, s. 153; Turgut Özdemir, Ramazan Durgut, “Milletlerarası Tahkim Kanunu’na Göre Lex Mercatoria’nın Esasa Uygulanacak Hukuk Olması”, **Turgut Akıntürk’e Armağan**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 478.

¹¹¹⁴ Genel olarak doktrinde genel hukuk prensipleri ile iyi niyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, hakkın kötüye kullanılmaması gibi milli ve milletlerarası hukuk sistemlerinde müştereken yer alan

milletlerarası ticaretin genel prensip, tatbikat ve teamülleri kastedilmektedir¹¹¹⁵. Taraflar böylelikle bir devletin keyfi veya muhtemel kanun değişikliklerine karşı kendilerini korurken tarafların hak ve borçlarının tespiti ve sözleşme ilişkisinin hukukî rejimi bakımından muayyen bir istikrar da temin etmiş olurlar¹¹¹⁶.

Taraf iradelerinin sınırlarının tespitinde milli hukuk esas alınmamalı, milletlerarası kamu düzenine uygunluk gözetilmelidir¹¹¹⁷. Milletlerarası ticari tahkimde de irade serbestîsi ilkesi, kötüye kullanımların önüne geçebilmek amacıyla¹¹¹⁸ kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar ile kısıtlanmaktadır¹¹¹⁹. Doğrudan uygulanan kurallar hakkındaki uluslararası düzenlemeler tahkim yargılamasında kıyas yöntemi ile uygulanmaktadır. Zira tahkime ilişkin düzenlemelerin kendisinde doğrudan uygulanan kurallara ilişkin bir ibare bulunmamaktadır. Bunun sebebi olarak düzenlemelerin çoğunlukla doğrudan uygulanan kuralların tahkim yargılamasında tartışılmaya başlanmasından önce getirilmiş olduğu gösterilmektedir¹¹²⁰.

2.4.6. Milletlerarası Tahkimde Zamanlar arası Kanun İhtilafları

2.4.6.1. Seçilen Hukukta Zamanla Meydana Gelen Değişiklikler

Taraflarca seçilen hukuk, seçim zamanı ile uyumsuzluğun çıktığı zaman arasında birtakım değişikliklere uğramış olabilir. Gerçekten de hukuk sistemleri sosyal bir vakıa olarak dinamik bir yapıya sahip olduklarından sürekli bir değişim içinde olmaları kaçınılmazdır. Önceki ve sonraki düzenlemelerden hangisinin

prensip; milletlerarası hukukun genel prensipleri ile de sadece milletlerarası hukuk düzeninin ilkeleri kastedilmektedir: Şanlı, *Tahkim*, s. 151.

¹¹¹⁵ Şanlı, *Tahkim*, s. 151.

¹¹¹⁶ Şanlı, *Tahkim*, s. 150.

¹¹¹⁷ Âlim Taşkın, *Hakem sözleşmesi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 18-19, Tekin, s. 193.

¹¹¹⁸ Milletlerarası ticari tahkimde tarafların, irade serbestîsi ilkesini ahlaki olmayan sonuçlar elde etmek için kullanabilecek olması, özel hukukta bir erozyon olarak görülmektedir. Kamu düzeni ve özellikle tarafların iradelerine rağmen doğrudan uygulanan kuralların tahkim ve özel hukukta yer alan bu erozyonu önleme görevini üstlendikleri kabul edilmektedir: J.J. Fawcett, "Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law", *49 Cambridge L.J.* 44, 1990, s. 56 vd.; Takavut, s. 25.

¹¹¹⁹ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 545; Şanlı, *Ticari Akitler*, s. 297; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 586; Nomer, Ekşi, Gelgel, s. 1.

¹¹²⁰ Baniassadi, s. 60, dn. 3.

uyuşmazlığa uygulanacağını gösteren kaideler “zamanlararası hususî hukuk”u¹¹²¹ teşkil etmektedir.

Yabancı unsurlu bir davaya bakan hâkim, dava konusu ihtilafa kendi milli hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukuku tespit ettikten sonra, dava bakımından yabancı hukuktaki eski ve yeni düzenlemelerden hangisinin esas alınacağını, o hukukun zamanlararası hususi hukukuna (intikal hükümlerine) göre belirleyecektir¹¹²².

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 2. maddesine göre, “*Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygular*”. Zamanlar arası hususi hukuku düzenleyen intikal hükümleri de yabancı hukukun bir parçası olduğundan hâkim bunları re’sen uygular. Hâkimin bu hükümleri dikkate almaması yabancı hukukun eksik veya yanlış uygulanması anlamına gelir¹¹²³.

Genellikle hakemler zamanlararası kanunlar ihtilafı meselelerinin çözümünü, hukuk seçimi sözleşmesinin yapıldığı anda yürürlükte olan hukuku esas almakla gerçekleştirmektedirler. Tahkimde hakemler taraf iradeleri ile bağlı olduğundan bu sonuç kaçınılmazdır. Gerçekten taraflar seçtikleri hukukta meydana gelen değişiklikleri bilmiş olsalardı, bu hukuk yerine başka bir hukuk seçmiş olabilirlerdi¹¹²⁴.

2.4.6.2. Hukuk Seçiminin Yapılma Zamanı

Milletlerarası tahkimde hakemler için önemli olan taraf iradeleri ve bu iradenin yorumlanmasıdır. Bu nedenle taraflar sözleşmenin kurulmasından sonra da her safhada hukuk seçiminde bulunabilirler veya yaptıkları seçimde bir değişiklik yapabilirler. Hakemler de tarafların bu iradelerine, muhakemenin hangi safhasında olunursa olunsun saygı göstermek zorundadırlar¹¹²⁵.

¹¹²¹ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 34.

¹¹²² Uluocak, *Kanunlar İhtilafı*, s. 132, 4 nolu dn; Nomer, *Devletler Hususi*, s. 35.

¹¹²³ Şanlı, *Tahkim*, s. 203.

¹¹²⁴ Şanlı, *Tahkim*, s. 205-206.

¹¹²⁵ Şanlı, *Tahkim*, s. 210.

1980 yılında imzalanmış olan Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair AET Sözleşmesi'nin 3/2. maddesine göre, taraflar her safhada hukuk seçimi sözleşmesi yapabilirler.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞME DIŞI İLİŞKİLERDE İRADE MUHTARİYETİ

3.1. Sözleşme Dışı İlişkilerde Hukuk Seçimi

Sadece sözleşme yükümlülükleri için değil, sözleşme dışı yükümlülükler için de hukuk seçiminin geçerli olduğunun kabulü, tarafların hukuk seçimi özgürlüğünün genişletilmesi için ideal bir başlangıç noktası olabilir¹¹²⁶. Borç ilişkisini doğuran en önemli ve kapsamlı kaynağını sözleşmeler oluşturmakla birlikte tarafların karşılıklı açık veya örtülü irade beyanlarıyla istedikleri için değil, doğrudan doğruya kanundan doğan haksız fiilden ve sebepsiz zengileşmeden doğan borç ilişkileri gibi borçlar da vardır. Yine sözleşme dışı borç ilişkileri arasında hukuki nitelikleri tartışmalı olan sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (*culpha in contrahendo*) ile vekaletsiz iş görmeden doğan borçlar da sayılabilir¹¹²⁷.

Sözleşmeye bağlı olmayan yükümlülük kavramı bir devletten diğer devlete değişmektedir¹¹²⁸. Sözleşmeye bağlı olmayan diğer yükümlülükler için, hukuk seçimi konusunda genel bir fikir birliği yoktur ve bazı durumlarda, hukuk kurallarından birinin seçimi konusu şüpheli olabilir. Bunun bir nedeni, dünyadaki her hukuk sisteminin, özellikle “sözleşme dışı” kavramı söz konusu olduğunda, sözleşmeye bağlı olmayan diğer yükümlülükler için kendi tanımına ve terminolojisine sahip olmasıdır. Ayrıca sözleşmeye bağlı olmayan yükümlülüklerin sistematik olarak ele alınması zordur. Çünkü çoğu hukuk sisteminde bu tür yükümlülüklerin ülkeden ülkeye farklılık gösterdiğinden kelimelere veya kavramlara yüklenen anlamlar farklılık arz etmektedir. Diğer bir neden de bu alanlardaki literatürün az gelişmiş olmasıdır. Örneğin sebepsiz zenginleşme süreci ile ilgili olarak ‘sözleşme dışı’ sürecinin bir paydaşı olarak değerlendirmesine veya çoğu yargılamalarda sözleşme dışı kavramının eşanlamlısı olarak düşünülmesine karşın bu alanda literatür oldukça seyrek. Benzer şekilde, ‘*culpa in contrahendo*’ doktrini ya

¹¹²⁶ Zhang, Non-Contractual, s. 2-61.

¹¹²⁷ Tütüncübaşı, s. 46-47. Ancak Roma II Tüzüğü’nden farklı olarak sözleşme dışı borç ilişkilerinden vekâletsiz iş görme ve sözleşme görüşmelerindeki kusurdan doğan sorumluluk (*culpha in contrahendo*) hakkında MÖHUK’ta ayrı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Tütüncübaşı, s. 135-136.

¹¹²⁸ Peter Stone, “The Rome II Regulation On Choice Of Law In Tort”, *Ankara Law Review*, Vol. 4 No. 2 (Winter 2007), s. 95-130.

da sözleşme dışı yükümlülüğü kanunlarla uygulamaya konulduğundan mevcut belirsizlik kalıcı olabilmektedir. Bazıları hâlâ, taraflar arasında bir “ön anlaşma” olmadığı sürece, bir sözleşmenin ön görüşmeleri sırasında temsil için herhangi bir yükümlülük altına girmediğine inanmaktadır. Üçüncü neden, sürdürülebilir hukuk yolları için kuralların eksikliği ile ilişkilidir. Ancak zorluklara rağmen, yasalar dışındaki sözleşmeye bağlı olmayan yükümlülükler için hukuk kuralının seçimini arama girişimi hiçbir zaman terk edilmemiştir. Mevzuat, bilimsel yazı veya mahkeme uygulamaları yoluyla ülkeler, sözleşmeye bağlı olmayan yükümlülüklerde hukuk seçimiyle ilgilenmek için az çok belirli kurallar kabul etmişlerdir, ancak bu kurallar tekdüze olmaktan uzak ve tatmin edici değildir. En yaygın olarak benimsenen kurallar *lex loci condictionis*, *lex causae condictionis* ve *relationship*’tir. Bu yöntemi benimseyen ülkeler, sözleşmeden doğan yükümlülüklerden doğan taleplerin kendi kategorilerinde olduğu ve bu kategoriye eklenmiş bir hukuk kuralı seçiminin, yardımcı olacak coğrafi bağlantı faktörüne dayandığı pozisyonunu almıştır. *Lex causae condictionis*, sözleşmeye bağlı olmayan yükümlülükler için hukuk seçimini temeldeki işlemin eylem sebebine dayandıracak modern bir kuraldır. Sözleşmeye bağlı olmayan yükümlülüklerle uygulandığı gibi, *lex causae condictionis*, altta yatan hukuki ilişkiyi veya iddiayı doğuran olgusal durumu düzenleyen hukuku ifade eder. İngiliz kanunlar ihtilafında *lex causae condictionis* kuralı iddianın en önemli bağlantıya sahip olduğu hukuka atıfta bulunarak “uygun hukuk” doktrinine dönüştürülmüştür. Dolayısıyla, sözleşmeden doğan bir yükümlülük talebi bir performans veya işlemde kaynaklanıyorsa, performans veya işlemin dayandığı hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk ile yönetilir. Bu yaklaşım, Roma II Tüzüğü tarafından sebepsiz zenginleşme, *negotiorum gestio* ve *culpa in contrahendo* için geçerli olan hukukların belirlenmesi konusunda da benimsenmiştir. Örneğin Roma II Tüzüğü sebepsiz zenginleşme, bu ilişkiyi düzenleyen hukuk tarafından yönetilir. *Lex loci condictionis* ile karşılaştırıldığında, *lex causae condictionis*, hukuk seçiminin belirlendiği bağlantı faktörü açısından daha esnektir, çünkü *lex causae* vakadan vakaya farklılık gösterir ve bu nedenle her vaka için bağımsız olarak tespit edilmelidir. Bu bağlamda, *lex loci condictionis* kuralına bu kuralın sözleşme dışı yükümlülüklerin tüm vakalarına çözümdeki tekdüzeliği ortadan kaldırmak anlamına geldiğinin kabulüne inananlar karşı çıkmıştır. *Lex causae condictionis*, altta yatan hukuki ilişkinin veya durumun sözleşmeye bağlı olmayan yükümlülük iddiasıyla en yakın bağlantıya sahip olduğu varsayımına sahipken, en önemli ilişkinin belirtildiği

gibi bir analiz veya ilişkilerin dengesini gerektirdiği ve analizin de iç içe geçtiği varsayılmaktadır¹¹²⁹.

Alman hukukunda taraflar sözleşme dışında borç ilişkilerine uygulanacak hukuk belirleme hakkına sahiptir. Tarafların bu konudaki irade serbestileri tam olmakla birlikte üçüncü kişilerin hakları saklı tutulmuştur. Taraflar hukuk seçimini her zaman yapabilirler; özellikle tarafların yargılamaya başlanmasından önce veya yargılama aşamasında hukuk seçimini gerçekleştirebileceği ve açık ya da zımni şekilde seçim yapabilecekleri hüküm altına alınmıştır¹¹³⁰.

5718 sayılı MÖHUK'a göre taraflar sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku seçebildikleri gibi, fikri mülkiyet hakkından doğan ihtilaflar hakkında, eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler hakkında ihtilaflarda, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğan ihtilaflar hakkında hukuk seçiminde bulunabilirler.

3.2. Haksız Fiilden Doğan İhtilaflarda Hukuk Seçimi

Sözleşme dışı ve doğrudan doğruya kanundan doğan borç ilişkilerinin en önemlisini haksız fiilden doğan borç ilişkileri oluşturmaktadır¹¹³¹.

Bazı ülkelerde, haksız fiil mağdurlarına da tercihli muamele yapılmaktadır. Belirlenen durumlarda, haksız fiil mağdurlarının ilgili kanunu seçmelerine izin verilmektedir. Örneğin, İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu (LDIP), bazı kişilik haklarının ihlali durumunda mağdura bir seçenek sunmaktadır. Medya aracılığıyla hakaret davasında, mağdur mutad ikamet yasası, haksız fiil uygulayanın mutad ikametgâhı hukuku veya haksız fiilin öngörülebilir zararının meydana geldiği yer hukuku arasında seçim yapabilme hakkına sahiptir. (m. 139 LDIP)¹¹³².

MÖHUK m. 34/5'e göre, haksız fiilden doğan ihtilaflarda taraflar hukuk seçimini ancak haksız fiil meydana geldikten sonra ve açıkça yapabilirler.

¹¹²⁹ Zhang, *Non-Contractual*, s. 29-32.

¹¹³⁰ Öztekin Gelgel, *Akit Dışı*, s. 220.

¹¹³¹ Tütüncübaşı, s. 47.

¹¹³² Boer, s. 39.

2675 sayılı MÖHUK'ta taraflara haksız fiil alanında hukuk seçme imkânı tanınmamıştı. 5718 sayılı MÖHUK'ta ise güncel gelişmeler ve modern devletler özel hukuku kanunları takip edilerek taraflara hukuk seçimi imkânı birtakım şartlarla birlikte sunulmuştur.

Öncelikle kanun haksız fiilin meydana gelmiş olmasını aramaktadır. Gerçekten de m. 34/5'te tarafların ancak haksız fiil meydana geldikten sonra hukuk seçiminde bulunabilecekleri belirtilmiştir.

Haksız fiilden doğan hakları ve yükümlülükleri kontrol edecek hukuk üzerinde tarafların önceden anlaşması, tarafların iş, taşıma veya satış sözleşmesi gibi önceden var olan bir sözleşmenin tarafı olmaları beklenir. Taraf olunan sözleşme sadece sözleşmeye dayalı iddiaları değil, aynı zamanda sözleşme ilişkisinden kaynaklanabilecek veya sözleşmeye bağlı olabilecek şekilde sözleşmeye bağlı olmayan iddiaları da içerecek şekilde ifade edilen bir hukuk seçimi maddesini içermesi halinde ortaya çıkacaktır. Anlaşmazlık ortaya çıkmadan önce taraflar genellikle gelecekte bir haksız fiilde bulunmayı düşünmezler ve taraflar kimin kime zarar vereceğini veya zararın ağırlığını veya mahiyetini bilmezler. Zayıf pazarlık pozisyonunda olan taraf kritik düzeyde ve farkında olmadan mağdur olma ihtimaline karşın bir hukuk seçme sözleşmesi imzalamış olabilir. Bu nedenle haksız fiil meydana gelmeden önce yapılacak hukuk seçimi zayıf tarafların sömürülmelerini kolaylaştırabilir. Bilakis haksız fiil meydana geldikten sonra yapılacak hukuk seçiminde böylesi bir tehlike daha az belirgindir, çünkü taraflar anlaşmazlık ortaya çıktıktan sonra haklarını ve yükümlülüklerini bilecek durumdadırlar ve bir hukuk seçimi anlaşmasının artılarını ve eksilerini tartma olanağına sahiptirler¹¹³³.

Tarafların hukuk seçimi iradelerinin açık olması gerekmektedir. Buna göre zımni hukuk seçimine kanun imkân vermemiştir. Doktrinde bir görüşe göre kanunun taraflara tanıdığı hukuk seçme imkânını hem haksız fiil ortaya çıktıktan sonra hem de açık bir biçimde yapmaları şartlarına bağlaması kısıtlı bir hukuk seçimi imkânı verildiğini göstermektedir. Gerçekten de kanunun haksız fiiller alanında hukuk seçimini kabul etmenin yanı sıra bunu haksız fiilin gerçekleşmiş olmasına bağlamasının nedeni anlaşılamamaktadır. Sözleşme dışı borç ilişkisinde zarar göreni koruma maksadıyla getirildiği düşünülen bu kısıtlama milletlerarası özel hukuktaki

¹¹³³ Boele, vd., s. 541.

yeni gelişmelere uygun görünmemektedir. Örneğin alt yapı projeleri, çeşitli gösteri veya spor müsabakalarında olduğu üzere sorumluluk riskinin değerlendirilmesi ile uygulanacak hukukun önceden bilinmesi taraf menfaatine de uygun olacaktır¹¹³⁴.

3.2.1. Türk Hukukunda Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun Düzenlenmesi

3.2.1.1. 1330 Muvakkat Kanunu'nda Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk

Muvakkat Kanunda haksız fiilin nerede işlenmiş olduğuna bakılarak ikili bir ayrıma gidilmişti. Buna göre haksız fiilin yabancı bir ülkede işlenmemiş olması halinde zarar veren kişi hangi tabiyette olursa olsun Türk Hukuku uygulanır. Zira haksız fiilin tazmini her yerde kamu düzeni dolayısıyla kabul edilmiş bir kuraldır. Kamu düzenine ilişkin hükümler ülke içinde bulunan vatandaş, yabancı her ferde tatbik edilir. Bundan başka yabancıların bu hükme boyun eğmesini gerektiren açık kanuni düzenleme de vardı. 1330 tarihli Muvakkat Kanun'un 4. maddesi istisna edilen maddeler haricinde bütün hukuki ve cezai hususlarda yabancıların Türkiye Cumhuriyeti kanun ve nizam ve usullerine tabi olduğunu belirtmiştir. Haksız fiilerden doğan borçlar da bu yöndedir. Yani istisna edilmediği için genel kural dâhilindedir. Bu hususta yabancıların Türk Hukukuna tabi olmaktan uzak tutulmamalarının nedeni, zararın tazmini kuralının yalnız vatandaşlara hasredilemeyecek mahiyette olmasıdır. Diğer ihtimal olan haksız fiilin yabancı bir ülkede gerçekleşmiş olmasına geldiğimizde, aynı çıkarımla hareket edebiliriz. Madem ki Türk Hukukunun yabancılar hakkında da uygulanmasını gerektiren durum, burada gerçekleşen haksız fiilden dolayı kamu düzeninin etkilenmesinden ve zararı tazmin suretiyle bu ülke düzeninin geri kazanılmasını temin etme davası Türk kanunlarına yönelmesinden ibarettir, aynı mütealaya binaen yabancı ülkede vuku bulan haksız fiilin o ülke hukukunun şahsı ve malı korumaya yönelik hükümlerini ihlal etmesi nedeniyle sorumluluğun neticeleri ile birlikte tayini hususunda haksız

¹¹³⁴ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 367.

fiilin gerçekleştiği ülke hukukuna itibar edilmesi gerektiği hususunda tereddüt etmeyiz¹¹³⁵.

3.2.1.2. Mülga 2675 Sayılı MÖHUK ile 5718 Sayılı MÖHUK'ta Haksız Fiile Uygulanacak Hukuk Bakımından Farklılıklar

2675 sayılı kanunda sözleşme dışı borç ilişkileri hakkında doğrudan bir hukuk seçimine izin verilmemekteydi. Bu dönemde doktrinde haksız fiillerden kaynaklanan borç ilişkilerinde hukuk seçiminin kabul edilmemesinin nedeni, kuralların kamu düzeni kapsamında değerlendirilen emredici niteliklerden kaynaklandığı ifade edilmişti¹¹³⁶. Fail ile mağdurun çoğu kez tesadufi olarak bir araya gelmeleri nedeniyle hukuk seçimi yapma ihtimallerinin yokluğu gerekçe olarak gösterilmişti¹¹³⁷.

Sözleşmeler alanında irade muhtariyetinin 2675 ve 5718 sayılı kanunlarda çeşitli farklılıklarla yer verilmesine rağmen haksız fiiller alanında irade muhtariyetine ilk kez 5718 sayılı Kanunda yer verilmiştir¹¹³⁸.

Öte yandan madde başlığının “Haksız Fiiller” olması genel maddi hukuka ait bir kavram olması ve vasıflandırma sorunları bakımından eleştirilmiştir¹¹³⁹.

5718 sayılı MÖHUK hazırlanırken Avrupa Birliği'nin sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerine dair düzenlemeleri dikkate alınmıştır. Buna karşın o dönemde henüz yasalaşmamış olan Sözleşme Dışı Borç İlişkileri Hakkında Roma II Tüzüğü dikkate alınamamıştır. Bu nedenle her ne kadar 5718 sayılı kanunda haksız fiillere ilişkin genel kuralın yanında bazı özel haksız fiil türlerine uygulanacak hukuka ilişkin özel bağlama kuralları düzenlenmiş olsa da MÖHUK'ta Roma II

¹¹³⁵ Seviğ, *Devletler Hususi*, s. 490-492; Çelikel, Erdem, s. 389; Sarıöz, *Haksız Rekabet*, s. 113, dn. 108.

¹¹³⁶ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 286; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 358; Tütüncübaşı, s. 136; Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 123.

¹¹³⁷ Göger, s. 485.

¹¹³⁸ Bengül Kayış, *Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafı*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 130.

¹¹³⁹ Önal, s. 331-332. Yazar s. 351'de bu madde için “akit dışı borç ilişkileri” başlığını önermiştir. Ancak söz konusu kavramın haksız fiillerle beraber diğer sözleşme dışı borç kaynaklarını da kapsadığından bahisle bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Doktrinde culpa in contrahendo ve vekâletsiz iş görmeden doğan uyumsuzluklara uygulanacak hukukun tayininde m. 34'e başvuruluyor olması, bu maddenin başlığını kapsamlı bir şekilde değiştirilmesi için yeterli olmadığı kanaatindeyiz.

Tüzüğü'ne kıyasla ayrıntılı ve bütün sözleşme dışı ilişkileri kapsayacak düzenlemeler mevcut değildir¹¹⁴⁰.

2675 sayılı mülga MÖHUK'un 25. maddesinde, haksız fiillerden doğan uyuşmazlıkların fiilin işlendiği yer hukukuna, fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde ise zararın meydana geldiği yer hukukuna tabi olacağı belirtilmekte; haksız fiilin başka bir ülke ile daha yakın irtibatlı olması halinde ise bu ülke hukukunun uygulanabileceği ifade edilmekteydi¹¹⁴¹. 5718 sayılı MÖHUK'ta "yer" kelimesi yerine "ülke" kelimesi kullanılmış, ayrıca 2675 sayılı MÖHUK m. 25'te bulunmayan iki yeni fıkra 5718 sayılı MÖHUK m. 34'e eklenmiştir. Bu fıkralardan birisi de hukuk seçimi ile ilgilidir. 5718 sayılı MÖHUK m. 34/5, taraflara haksız fiilin meydana gelmesinden sonra¹¹⁴² ve açık olarak yapacakları bir seçimle haksız fiile uygulanacak hukuku seçme imkânı tanımıştır. Düzenleme Roma II Tüzüğü ile uyumlu olsa da tüzükte tanınan zımni hukuk seçimine¹¹⁴³ yer verilmediği için MÖHUK ve Roma II Tüzüğü¹¹⁴⁴ tam manasıyla örtüşmemektedir¹¹⁴⁵.

Mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 25/3'te yer alan istisna kuralına göre haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması durumunda bu ülke hukukunun uygulanması hâkimin takdirine bırakılmıştı. 5718 sayılı MÖHUK'ta bu takdir yetkisi kaldırılmış ve hatta hâkime daha sıkı ilişkili hukuku uygulama yükümlülüğü getirilmiştir¹¹⁴⁶. Gerekçede de bu durum 2675 sayılı kanundaki "uygulanabilir" deyimini yerine "uygulanır" deyimine yer verilerek "daha sıkı ilişkiye verilen önemin vurgulandığı şeklinde anlatılmıştır.

5718 sayılı MÖHUK haksız fiillerden doğan talepleri inceleyen doktrindeki tartışmaları göz ardı etmemiş, yeni gelişmeleri takip ederek modern devletler özel hukuku uygulamalarını kanuna aksettirmiştir. Haksız fiiller hakkında genel hüküm mahiyetindeki m. 34'ün yanı sıra 5718 sayılı MÖHUK özel nitelik taşıyan bazı

¹¹⁴⁰ Tiryakioğlu, *Haksız Fiiller*, s. 212; Tütüncübaşı, s. 136.

¹¹⁴¹ Ayşe İpek, *Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

¹¹⁴² Haksız fiilin meydana gelmesinden önce de prensip olarak taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânının verilmesi ile ilgili görüşleri için bkz. Nomer, *Devletler Hususi*, s. 351.

¹¹⁴³ Çelikel, Erdem, s. 467.

¹¹⁴⁴ Roma II Tüzüğü m. 14/1'de zımni hukuk seçimine imkân tanınmaktadır.

¹¹⁴⁵ Çelikel, Erdem, s. 388; Kayış, s. 130.

¹¹⁴⁶ Tiryakioğlu, *Haksız Fiiller*, s. 213; Çelikel, Erdem, s. 460 vd.; Tütüncübaşı, s. 142.

haksız fiil türlerini ayrıca düzenlemiştir. “Kişilik haklarının ihlalden sorumluluk” m. 35’te, “imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu” m. 36’da “haksız rekabetten doğan taleplere uygulanacak hukuk” m. 37’de ve “rekabetin engellenmesine uygulanacak hukuk” m. 38’de ele alınmıştır.

2675 sayılı MÖHUK’ta haksız rekabet konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştı. Bu nedenle haksız rekabet hallerine haksız fiili düzenleyen hükümler uygulanmaktaydı. Oysa 5718 sayılı MÖHUK’ta haksız rekabet ayrıca 37. maddede düzenlendiğinden artık haksız rekabet hallerinde haksız fiillere ilişkin hüküm uygulama alanı bulamayacaktır. Haksız fiiller alanında sınırlı da olsa irade serbestliğine imkân tanınırken haksız rekabetin düzenlendiği hükümde irade serbestisine hiç yer verilmediği görülmektedir. O nedenle de denilebilir ki, 2675 sayılı MÖHUK’ta haksız rekabet hallerinde irade serbestisi uygulanabilirken 5718 sayılı MÖHUK’ta haksız rekabet hallerinde irade serbestisine yer yoktur. Kanun koyucunun haksız fiillerde irade serbestisine yer verirken haksız rekabet halinde irade serbestisine değinmemesi bilinçli bir tercih olarak yorumlanmaktadır¹¹⁴⁷.

Doktrinde rekabeti sınırlayıcı eylem ve uygulamalara uygulanacak hukuk bakımından irade serbestisine yer verilmemesinin daha yerinde olacağı konusunda tam bir fikir birliği bulunmaktadır. Gerçekten de belirli ölçüde eşitliğin hâkim olmasının önem taşıdığı bir alan olan rekabet alanında tarafların yaptıkları anlaşma ile etkilenen pazar hukukunun uygulanmasını engellemeleri söz konusu eşitliğin bozulmasına yol açabilir¹¹⁴⁸. Diğer yandan rekabet düzeninin korunmasına ilişkin kurallar özel hukuk kişilerinden başka piyasa düzenini dolayısıyla kamu menfaatini korumaktadır. Bu nedenle sonradan dahi yapılacak olan hukuk seçimi yalnızca zarar gören kişi ya da teşebbüsü değil, piyasa düzenini de zedeleyeceğinden haksız rekabete uygulanacak hukuk konusunda irade serbestisine imkân tanınmamalıdır¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁷ Kayış, s. 130.

¹¹⁴⁸ Tiryakioğlu, *Rekabet*, s. 161.

¹¹⁴⁹ Kayış, s. 131.

3.2.1.3. 5718 Sayılı MÖHUK'ta Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Genel Bağlama Kuralı

Yabancılık unsuru taşıyan haksız fiil sorumluluğundan kaynaklanan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tayini hususunda MÖHUK'ta genel bir bağlama kuralı düzenlenmiştir. Bu kural kanunda hakkında özel bir düzenleme getirilmemiş olan tüm haksız fiil türlerini içine almaktadır. Kanunun 34. maddesindeki genel bağlama kuralı şu şekildedir: “(1) *Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tâbidir.*

(2) *Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması hâlinde, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır.*

(3) *Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması hâlinde bu ülke hukuku uygulanır.*

(4) *Haksız fiile veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukuk imkân veriyorsa, zarar gören, talebini doğrudan doğruya sorumlunun sigortacısına karşı ileri sürebilir.*

(5) *Taraflar, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler”.*

Madde hukuk seçimine ilişkin çok sert ve zorlaştırmacı şartlar içermemektedir, kısa ve açık bir düzenlemedir¹¹⁵⁰.

Taraflar arasında bir hukuk seçimi yapılmamışsa haksız fiilden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuka ilişkin ana kural haksız fiilin ika (gerçekleşme) yeri hukukudur¹¹⁵¹. Bu düzenleme haksız fiilin ika edildiği yeri belirlemenin kolaylığı karşısında pratik gibi görünse de özellikle fiilin ika yeri ile sonuçlarının meydana geldiği yerin farklı olması durumunda hangi hukukun uygulanacağı konusunda tereddüt doğabilmektedir. Bu sebeple ikinci fıkrada haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde zararın meydana geldiği ülke hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Türkiye’den atılan kurşunun İran’da isabet etmesi, Almanya’dan nehre bırakılan zararlı kimyasalların o nehirden

¹¹⁵⁰ Önal, s. 340.

¹¹⁵¹ Turhan, s. 30 vd.; Tütüncübaşı, s. 139.

su kullanan Hollanda'daki çiftliğe zarar vermesi bu gibi olaylara örnektir¹¹⁵². Bu iki fıkra birlikte ele alındığında ika yeri kuralının uygulanabilmesi için zararın da aynı ülkede vuku bulması gerektiği anlaşılabacaktır. Bu durumda kanunkoyucunun doğrudan ikinci fıkradaki kuralı ana kural olarak düzenlemiş olsaydı mevcut düzenlemede herhangi bir fark yaratmayacağı şeklinde bir yorum yapılabilir¹¹⁵³.

Zararın meydana geldiği yer hukukunun (*lex loci damni*) uygulanabilmesi açısından fiilin işlendiği yerin veya bunun gibi dolaylı zararların nerede ortaya çıktığının bir önemi yoktur. “Zarar yeri” kavramıyla kastedilen hukuken korunan menfaatin doğrudan zarar gördüğü yerdir. Bu zararın meydana geldiği yer özel hukuk açısından bağlama noktası olarak ele alınmaktadır. Haksız fiile uygulanacak olan “zarar” kavramı ile kast edilen manevi değil, maddi zarardır; yoksun kalınan kâr değil, fiili zarardır; yansıma veya dolaylı zarar değil, doğrudan zarardır¹¹⁵⁴.

3.2.1.3.1. Daha Sıkı İlişkili Hukuk

Maddenin üçüncü fıkrasında bir istisna kuralı düzenlenerek haksız fiilden doğan borç ilişkisinin ika yeri veya zarar yerine nazaran başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Kanun koyucunun objektif ölçütlere göre belirlenecek ika veya zarar yeri gibi bağlama kurallarının bazı özel durumlara adaletsizliklere sebep olabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Daha sıkı ilişkili hukukun tayininde de mümkün olduğu ölçüde objektif esaslara bağlı kalınmalıdır. Ancak kanunda “daha sıkı ilişki”nin hangi kıstaslara göre belirleneceği hususunda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

Doktrinde en sıkı ilişkili ülke hukukunun tayininde haksız fiilin bütün unsurlarının dikkate alınması gerektiği kabul görmüştür. Bu konuda özellikle haksız fiilin tarafları arasında sözleşme veya aile hukuku gibi başka bir ilişkinin de bulunması halinde bu ilişkiye uygulanacak hukukun en sıkı irtibatlı hukuk kuralına istinaden haksız fiile de bağlantılı bağlama-fer'i bağlama kuralı olarak uygulanması

¹¹⁵² Tekinalp-Uyanık, s. 353-354; Nomer, *Devletler Hususi*, s. 361; Çelikel-Erdem, s. 461; Şanlı-Esemen-Ataman Fıganmeşe, s. 311; Tütüncübaşı, s. 139.

¹¹⁵³ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 357, dn. 32; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 310-311; Turhan, s. 347-348, s. 356-357; Tütüncübaşı, s. 139.

¹¹⁵⁴ Tütüncübaşı, s. 140.

gerektiği belirtilmektedir¹¹⁵⁵. Yine söz konusu eylemin işlendiği yer ile olan bağlantısının geçici olması, una karşılık tarafların ortak vatandaşlığı, ortak yerleşim yeri veya mutad meskenleri ile taşıma araçlarının menşei gibi unsurların dikkate alınabileceği önerilmektedir¹¹⁵⁶.

Üçüncü fıkradaki istisna kuralının kıymeti bazı özel durumlarda daha iyi anlaşılmaktadır. Denizlerde gemiler arasında meydana gelen kazalarda yetkili hukuk, çatmanın açık denizde veya karasularında meydana gelemesine göre değişiklik arz eder¹¹⁵⁷. Hiçbir devletin hâkimiyeti altında olmayan açık denizlerde meydana gelen çatmalarda, uluslararası hava sahalarında meydana gelen uçak kazalarında ortaya çıkan haksız fiil sorumluluklarına bir milletlerarası sözleşmenin¹¹⁵⁸ uygulanmadığı hallerde, uygulanacak hukukun tespitinde zararın meydana geldiği ülke hukukunun uygulanması mümkün olmaz. Bu örneklerde en sıkı ilişkili hukukun tespiti gerekecektir¹¹⁵⁹. Havada meydana gelen çatmalarda fiilin vuku bulduğu yer hukuku yanında uçağın kayıtlı olduğu yer hukuku da devreye girer. Açık denizlerde meydana gelen çatmalarda, bayrak veya sicil yeri hukuku, ortak bir hukukun bulunmaması halinde, zarar gören aracın bayrak ya da sicil hukuku en yakın bağlanma noktası olarak düşünülebilir¹¹⁶⁰.

3.2.1.3.2. Sigortacıya Doğrudan Başvurma

Haksız fiillere ilişkin genel bağlama kuralının dördüncü fıkrası kanunlar ihtilafı ile doğrudan bağlantılı olmayan maddi bir hukuk kuralı olmakla beraber

¹¹⁵⁵ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 365; Tütüncübaşı, s. 141; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 359.

¹¹⁵⁶ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 358-359, s. 361-362; Nomer, *Devletler Hususi* s. 365-366; Çelikel, Erdem, s. 460-461; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 312; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 405, s. 407-408; Turhan, s. 378 vd.; Tütüncübaşı, s. 141; Aybay, Dardağan, s. 276.

¹¹⁵⁷ Çelikel, Erdem, s. 466.

¹¹⁵⁸ Açık denizde meydana gelen çatmalarda sorumluluk konusunda 1910 Denizde Çatmalara İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Brüksel Sözleşmesi (Türkiye de taraftır: R.G. 23.06.1937, S. 3638), havada meydana gelen çatmalarda sorumluluk konusunda 1929 Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Varşova Konvansiyonu (Türkiye bu anlaşmaya taraftır: RG. 03.12.1977, S. 16128, değişiklik protokolü RG. 21.04.1993, S. 21559) ile 1955, 1961, 1966, 1971, 1975 yıllarında imzalanan protokol ve anlaşmalar, trafik kazaları hakkında Trafik Kazalarına Uygulanacak Hukuk Hakkında 1971 La Haye Sözleşmesi (Türkiye tarafından onaylanmamıştır).

¹¹⁵⁹ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 363; Nomer, *Devletler Hususi*, s. 363; Çelikel, Erdem, s. 463; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 312; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 409; Turhan, s. 200-216, s. 380 vd.; Tütüncübaşı, s. 141.

¹¹⁶⁰ Çelikel, Erdem, s. 466; Cemal Şanlı, *Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk*, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 1992.

milletlerarası özel hukuka ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelerde kabul görmüştür. Buna göre zarar gören, sorumlunun sigortacısına doğrudan başvurabilecektir¹¹⁶¹. Bu kural uyarınca birbirine alternatif teşkil edecek iki ayrı hukuk kuralı yetkili kılınmıştır. Gerçekten haksız fiil mağdurunun doğrudan doğruya sorumlunun sigortacısından talepte bulunabilmesi için haksız fiile ya da sigorta sözleşmesine uygulanacak hukukun buna izin veriyor olması gerekir.

Bu hükümle birlikte sigorta sözleşmesine uygulanacak hukukun etkinliği artırılmıştır. Zira haksız fiile uygulanacak hukuk çerçevesinde sigorta şirketine doğrudan başvurunun zaten kabul edildiği sistemlerde herhangi bir önem taşımasa da haksız fiile uygulanacak hukukun zarar görene doğrudan talepte bulunma hakkının kabul edilmediği ancak sigorta sözleşmesine uygulanacak hukukun söz konusu imkânı tanıdığı durumlarda düzenlemenin asıl amacı kendini göstermektedir¹¹⁶².

MÖHUK m. 34/4’te düzenlenen bu başvuru imkânı, haksız fiillere uygulanacak genel kural kapsamında yer alsa da hükmün genel karakteri nedeniyle özel haksız fiil statüleri için de geçerlidir¹¹⁶³.

Kısacası başvuru imkânı haksız fiile uygulanan hukukta tanınmışsa haksız fiil statüsü, sigorta sözleşmesine uygulanan hukukta tanınmışsa sigorta statüsü uygulanacaktır¹¹⁶⁴.

3.2.1.3.3. Haksız Fiil Statüsünün Kapsamı

Haksız fiilden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuk (haksız fiil statüsü) haksız fiil sorumluluğunun şartlarını ve kapsamını, kusurlu ve kusursuz sorumluluk hallerini, haksız fiil ehliyetini, haksız fiilde kast veya ihmali, haksız fiile ilişkin hükümleri, tazminat türünü ve kapsamını tayin edecektir¹¹⁶⁵.

¹¹⁶¹ Nomer’e göre bu ifade yanlıştır. Doğrusu “sorumlunun sigorta şirketine” şeklinde olmalıdır: Nomer, *Devletler Hususi*, s. 367.

¹¹⁶² Tiryakioğlu, *Haksız Fiiller*, s. 214; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 359; Nomer, *Devletler Hususi*, s. 367; Çelikel, Erdem, 465; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 312-313; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 406-407; Tütüncübaşı, s. 143.

¹¹⁶³ Hacı Can, Ekin Tuna, *Milletlerarası Özel Hukuk Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 463.

¹¹⁶⁴ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 367.

¹¹⁶⁵ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 359-360; Nomer, *Devletler Hususi*, s. 363; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 312; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 407; Tütüncübaşı, s. 144; Can, Tuna, s. 463.

3.2.1.3.4. Kamu Düzeni Müdahalesi

Haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk konusunda zararın tazmininin sınırının çizilmesinde kamu düzeni önemli rol oynamaktadır. Zira tazminatın amacı zararın telafisinden ibaret olup zarar göreni zenginleştirmek değildir. Daha doğrusu tazminatın cezalandırmak veya caydırmak gibi bir işlevi bulunmamaktadır. Cezai nitelikte olmak üzere gerçek zarar miktarından çok daha fazlasının ödenmesine yol açan Amerikan hukukundaki *punitive and treble damages* gibi yabancı bir hukuk kuralının uygulanacak olması kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşabilir¹¹⁶⁶.

3.2.1.3.5. Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinde Hukuk Seçme Serbestîsi

Haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen 34. maddenin 5. fıkrasında, tarafların haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açıkça seçebilecekleri düzenlenmiştir. Sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesinde taraflara tanınan zımni hukuk seçimi imkânı haksız fiillere uygulanacak hukukun seçimi için verilmemiştir.

Haksız fiillere uygulanacak hukuku belirleyen genel düzenlemenin dışında MÖHUK'ta yer alan özel haksız fiil hallerine ilişkin kişilik haklarının ihlali, imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu, haksız rekabet ve rekabetin engellenmesi kurallarının hiçbirinde hukuk seçimine dair düzenleme yapılmamıştır¹¹⁶⁷.

Hukuk seçme serbestîsi haksız fiiller bakımından asli bağlama kuralı olup bütün objektif bağlama kurallarına göre önceliğe sahiptir. Ancak kanun koyucu sistematik açıdan hukuk seçme serbestîsini sözleşmelere uygulanacak hukukun düzenlendiği m. 24'teki gibi başta düzenlemek yerine son fıkrada düzenlemiştir. Hemen belirtmeliyiz ki, hukuk seçme serbestîsinin konumlandırıldığı yerin hiyerarşik bir etkisi ve önemi yoktur. Geçerli olarak kurulmuş bir hukuk seçimi, maddede yer alan objektif bağlama kurallarının önüne geçer¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁶ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 363; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 313; Tütüncübaşı, s. 144.

¹¹⁶⁷ Sarıöz, *Haksız Rekabet*, s. 176-177.

¹¹⁶⁸ Tütüncübaşı, s. 155.

Milletlerarası nitelikli haksız fiil olaylarında taraflar menfaatlerini eşit düzeyde koruma imkânına sahip olmadıklarından sınırsız bir hukuk seçimi imkânı sunulmamaktadır. Aksi takdirde zarar gören tarafın istismar edileceği düşünülmektedir¹¹⁶⁹. Ayrıca taraflar yapacakları hukuk seçimi ile üçüncü kişilerin haklarına hâlel getiremeyeceklerdir.

3.2.1.3.5.1. Hukuk Seçiminin Yapılma Zamanı

Bir ilişki içinde (örneğin, karmaşık bir inşaat sözleşmesi veya devam eden bir iş ilişkisinde) olan taraflar, gelecekteki sözleşme dışı yükümlülükler de dâhil olmak üzere, tüm ilişkileri için geçerli hukukun belirlenmesinde güçlü bir çıkara sahip olabilirler. Geçerli bir hukuk seçimi, bir zarar meydana gelmeden önce bile, tarafların olası herhangi bir haksız fiil hukuku taleplerini düzenleyen kurallar konusunda net olmasını mümkün kılar. Eğer taraflar, zarara yol açan olay meydana gelmeden önce birbirleriyle ilişki içinde ise (örneğin bir sözleşmeye girmişlerse) ve haksız fiil bu ilişkiyi ihlal ederse, bu ilişkiyi düzenleyen hukukun haksız fiil yükümlülüğüne de uygulanacağı doğrudur. Belirli durumlarda, örneğin karmaşık inşaat sözleşmelerinde, taraflar aynı proje üzerinde çalışıyor olabilirler, ancak doğrudan sözleşmeli ilişki içinde olmayabilirler, bu da illiyet mekanizması için sözleşmeye dayalı bir temel olmayacağı anlamına gelir¹¹⁷⁰.

MÖHUK. m. 34/5’de yer alan düzenlemeye göre, taraflar hukuk seçme imkanına sahip olmakla birlikte yapabilecekleri hukuk seçimi konusunda bir sınır çizilmiş ve sadece haksız fiil meydana geldikten sonra hukuk seçimi yapılabileceği belirtilmiştir (*ex post* hukuk seçimi). Tarafların haksız fiil meydana gelmeden önce hukuk seçimi yapabilmeleri mümkün değildir. Bununla birlikte yine de bazı durumlarda tarafların öngörebilecekleri ve hukuk seçimini haksız fiil daha gerçekleşmeden yapmaları menfaatlerine olabilir. Örneğin motor sporları ve tekne yarışlarında meydana gelebilecek kazalar bu tarz haksız fiillerdendir. Kanun koyucunun sadece haksız fiilin meydana gelmesinden sonra hukuk seçimine izin

¹¹⁶⁹ Nihal Uluocak, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 215; Tarman, *Akit Dışı*, s. 202; Kayış, s. 103.

¹¹⁷⁰ William Binchy, John Ahern (eds), *Freedom to choose the applicable law in tort – Articles 14 and 4(3) of the Rome II Regulation, in: The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New Tort Litigation Regime*, Leiden, 2009, s. 113-132.

vermesinin sebebi zarar gören zayıf tarafı koruma endişesi olarak görülmektedir. Diğer yandan, m. 26 ve 27’de tüketici ve işçi gibi zayıf tarafın bulunduğu sözleşmelerde “*tüketicinin/işçinin mutad meskeni/iş yeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla*” taraflar hukuk seçiminde bulunabilmektedir. Haksız fiiller bakımından böylesi bir sınırlandırma ile haksız fiil gerçekleşmeden önce hukuk seçimine izin verilebilir.

Yine iki tarafı da tacir olan eşit taraflı sözleşmelerde de haksız fiil gerçekleşmeden hukuk seçmelerine imkân tanımak tarafların menfaatine olacaktır. Roma II Tüzüğü’ndeki düzenlemede olduğu gibi sadece tacirler arasındaki akit dışı borç ilişkilerine uygulanmak üzere *ex ante* hukuk seçimine imkân tanınabilir¹¹⁷¹.

Tarafların halihazırda bir hukuki ilişki içinde bulunduğu ve bir haksız fiilin ortaya çıkması pek muhtemel görüldüğü durumlar olabilir. Tesadüfi olmayan haksız fiiller bakımından durum değerlendirildiğinde tarafların daha önce aralarında var olan sözleşmede veya başka bir hukuki ilişkide hukuk seçimi veya irade beyanını ortaya koyan bir seçim var ise bu seçimin nazara alınmasını engelleyen bir hal söz konusu değildir. Nitekim m. 34’ün lafzından hukuk seçiminin zamansal açıdan sadece haksız fiil meydana geldikten sonra yapılabileceği anlaşılrsa da esas olan hukuki kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirliktir¹¹⁷².

Diğer taraftan m. 34/3’te düzenlenen daha sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı yönündeki kuralın haksız fiil gerçekleşmeden önce hukuk seçimi yapılamamasının bir telafisi olduğu söylenebilir. Her ne kadar haksız fiiller bakımından henüz haksız fiil gerçekleşmeden hukuk seçimi yapılmasına kanun cevaz vermese de taraflar arasında önceden var olan bir sözleşme neticesinde ortaya çıkabilecek bir haksız fiile dolaylı olarak bu sözleşmeye uygulanacak hukuk daha sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanabilecektir¹¹⁷³. Sözleşmenin kuruluşu sırasında yapılmış olan hukuk seçimine haksız fiil alanında dolaylı olarak yer verilmesi “dolaylı hukuk seçimi” olarak nitelendirilmektedir¹¹⁷⁴.

Hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte, *culpa in contrahendo* sorumluluğu bakımından vasıflandırmanın yapılması sırasında meselenin haksız fiil olarak

¹¹⁷¹ Tütüncübaşı, s. 158; Önal, s. 341-342.

¹¹⁷² Önal, s. 341.

¹¹⁷³ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 364-365; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 362; Tütüncübaşı, s. 158.

¹¹⁷⁴ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 443; Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 125.

değerlendirildiği ülkeler bakımından uygulanacak hukuk sözleşme görüşmeleri öncesinde belirlenebilir¹¹⁷⁵.

3.2.1.3.5.2. Hukuk Seçimine İlişkin İrade Açıklamasının Şekli

Doktrinde haksız fiillere uygulanacak hukukun seçimi konusunda kabul edilen sınırlamalardan biri hukuk seçiminin ancak açık hukuk seçimi olarak yapılacağı şeklindedir. Her ne kadar MÖHUK'ta sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda zımni hukuk seçimine izin verilmişse de sözleşme dışı borç ilişkilerinde bunun geçerli olmadığı, özellikle de haksız fiillerde zımni hukuk seçimine izin verilmemesi gerektiği doktrinde ifade edilmektedir¹¹⁷⁶. Hukuk seçiminin sınırlı olması, milletlerarası haksız fiil hukukunda tarafların eşit olarak çıkarlarını koruma yeteneğine sahip olmadığı, dolayısıyla hukuk seçiminin sınırsız olması halinde zarara uğrayan tarafın istismar edilebileceği düşüncesine dayanmaktadır¹¹⁷⁷.

Doktrinde bir başka görüşe göre MÖHUK'ta tarafların haksız fiile uygulanacak hukuku seçerken zımni iradelerini engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Kaldı ki taraflar haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda genelde zımnen hâkimin hukukunun uygulanması iradesine sahiptirler¹¹⁷⁸. Yine kanunda yer alan “açık” kavramını 2675 sayılı MÖHUK zamanında yapılan yorumlardaki gibi sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukuktaki “açık” kavramı gibi anlamlandırmamak gerektiği, hâkimin hukuku lehine zımni irade beyanlarına olanak sağlamak gerektiği yönünde değerlendirmeler mevcuttur¹¹⁷⁹. Bu görüştekilere göre hukuk seçiminin açık olmasından kasıt, ilişkinin belirli bir hukuka tabi kılındığının herhangi bir tereddüde yol açmaksızın ve yoruma ihtiyaç göstermeksizin net bir biçimde anlaşılmasıdır¹¹⁸⁰. Tarafların tereddüde yer vermeyecek şekilde haksız fiil statüsü olarak Türk Hukukunu seçtikleri tespit edilebiliyorsa, Türk Hukuku lehine zımni hukuk seçimine geçerlilik tanımının uygun olacağını bildirenler de

¹¹⁷⁵ Sirmen, *Culpa in Contrahendo*, s. 84; Huriye Reyhan Demircioğlu, *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 9; Önal, s. 342.

¹¹⁷⁶ Çelikel, Erdem, s. 461; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 359.

¹¹⁷⁷ Uluocak, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 215; Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 125.

¹¹⁷⁸ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 405-406.

¹¹⁷⁹ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 322-325; Özdemir Kocasakal, *m. 24*, s. 42 vd.

¹¹⁸⁰ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 266.

bulunmaktadır¹¹⁸¹. Ancak MÖHUK m. 34/5'te doğrudan “*Taraflar, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler.*” ifadesine yer vermekle bu konuda tartışma götürmez bir netlik sağlamaktadır. Hem Türk Hukuku lehine böyle bir yorumda bulunmak Türk hâkimine objektif bağlama noktalarını araştırmak yerine kolaycı bir şekilde Türk Hukukunu uygulamaya sevk edebileceğinden milletlerarası özel hukuk adaletini tehlikeye düşürebilir.

Diğer taraftan haksız fiile uygulanmak üzere taraflarca seçilecek hukukun resmi veya adi yazılı şekil gibi belirli bir yazılı şekle tabi tutulmadığını da söylemeliyiz¹¹⁸².

İsviçre MÖHUK haksız fiillere uygulanacak hukuk seçiminin şeklini sözleşmelere uygulanacak hukuk seçimi ile bir tutmuştur. Buna göre taraflarca yapılacak hukuk seçimi açık veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılabilir olması gerekmektedir. Alman MÖHUK ise haksız fiil alanında hukuk seçiminin şekli konusunda herhangi bir düzenleme yapmamış, doktrin de böyle bir tartışmaya girmeyerek hukuk seçiminin açık veya zımnen yapılabileceğini kabul etmiştir¹¹⁸³.

3.2.1.3.5.3. Seçilebilecek Hukuk Düzenleri

Seçilebilecek hukuk düzenleri bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Aynen sözleşmelere uygulanacak hukukun seçiminde olduğu gibi¹¹⁸⁴ taraflar aralarındaki ilişki ile hiçbir bağlantısı olmayan, tarafsız bir hukuk düzenini seçmekte özgürdürler. Bu konuda tarafların özel bir menfaatinin bulunması da aranmaz. Zira tarafların uygulanacak hukuk konusunda kendi menfaatlerini en iyi kendileri düşünecekleri kabul edilmektedir. Taraflar haksız fiile uygulanmak üzere bir hukuk düzeni üzerinde anlaşmaya varmışlarsa, bu hukukun haksız fiille veya taraflarla bir bağlantısı veya ilişkisi aranmaksızın seçilen hukuk uygulanacaktır¹¹⁸⁵.

¹¹⁸¹ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 406; Tütüncübaşı, s. 161.

¹¹⁸² Nomer; s. 322; Tütüncübaşı, s. 160.

¹¹⁸³ Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 125-126.

¹¹⁸⁴ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 278-279; Nomer, s. 321; Çelikel, Erdem, s. 380-383; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 270-271; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 368; Tütüncübaşı, s. 161.

¹¹⁸⁵ Tütüncübaşı, s. 161.

Seçilebilecek hukuk düzenleri hakkındaki tek sınırlamanın bir devlet hukuku seçilebilmesi olduğu söylenebilir. Zira doktrinde ağırlıklı olarak hukuk seçimi, ancak bir devlete ait hukuk sistemi üzerine olabilir. Milletlerarası ticaret hukukunda yeknesak kurallar getirmeyi amaçlayan UNIDROIT gibi ilkelerin veya herhangi bir devlete ait olmayan kuralların seçilmiş olması durumunda, bu kurallar ilişkinin esasına uygulanacak hukukun emredici kurallarına uygun düştüğü oranda uygulama alanı bulacaktır. Ancak ayrı ve bağımsız bir hukuk seçiminin konusu olamayacaktır¹¹⁸⁶. MÖHUK m. 24'teki hükmün m. 34/5'e göre yorumlanması neticesinde tarafların beirli bir devlette uygulamada olan ve kendi içinde bir bütün oluşturan bir devletin hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçebileceklerini öne süren görüşlerin¹¹⁸⁷ yanı sıra MÖHUK m. 34/5'te, "*Taraflar, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler*" demek suretiyle "hukuk" ifadesi kullanıldığından bahisle tarafların seçeceği hukukun bir "devlet hukuku" olması gerekmediği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, taraflar bir devletin hukukunu seçebilecekleri gibi 1971 tarihli Trafik Kazalarında Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Sözleşmesi gibi düzenlemelere atıf yapabileceklerdir¹¹⁸⁸. Yukarıda seçilen hukuk ile taraflar arasında bağlantı aranmaması yönündeki görüşü tarafların bir devlete ait olmayan hukuk kurallarının seçimi noktasında kısıtlanmaması gerektiği yönündeki görüşü destekler niteliktedir. Tarafların bir devlet hukukunu seçmeleri gerektiği yönünde görüşün kabul edilmesi halinde tarafların kendileri ile bağlantılı hukuku seçecekleri belirtilmiş, bu durumda taraflar ile seçilen hukuk arasında bağlantı aramanın zaruri olacağı dile getirilmiştir¹¹⁸⁹. Kanaatimizce tarafların aralarındaki hukuki ilişki ile veya kendileri ile bağlantılı olmasa da hukuk seçimine izin verilmesi gerekmele birlikte bu hukukun bir devlet hukuku olması da gerekmez. Ancak böylesi bir kısıtlama tarafların aralarındaki hukuki ilişki ile bağlantılı hukuku seçecekleri konusunda katı bir yaklaşım olarak algılanmamalı, m. 34/5'teki "hukuk" ibaresi bir devlet hukuku

¹¹⁸⁶ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 320; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 268-269; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 368-370; Özdemir Kocasakal, *m. 24*, s. 37; Tütüncübaşı, s. 162.

¹¹⁸⁷ Şanlı, *Ticari Akitler*, s. 46; Nomer, *Devletler Hususi*, s. 307; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 356; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 253, 236 nolu paragraf; Özdemir Kocasakal, *m. 24*, s. 37; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 352; Demir Gökyayla, *Tek Satıcılık*, s. 316; Tarman, *Roma I Tüzüğü*, s. 152.

¹¹⁸⁸ Önal, s. 352.

¹¹⁸⁹ Önal, s. 353.

olarak yorumlansa dahi, tarafların bir bağlantısı olmadığı devlet hukukunu seçebilecekleri de kabul edilmelidir.

3.2.1.3.5.4. Kısmi Hukuk Seçimi

Haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK. m. 34'te kısmi hukuk seçiminin mümkün olup olmadığı belli değildir. Diğer taraftan sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen m. 24'te kısmi hukuk seçimine cevaz verilmiştir. Doktrinde m. 24/2 hükmünün haksız fiiller alanında da uygulanabileceği ifade edilmiştir. Taraflar ister geniş anlamda farklı sözleşme dışı borç ilişkilerine, örneğin imalatçının sorumluluğuna başka, çevre zararlarından kaynaklanan taleplere başka hukukun uygulanacağını kararlaştırabilirler. Yine taraflar isterlerse, dar anlamda aynı sözleşme dışı borç ilişkisine birden fazla hukuk düzeninin uygulanmasına (*dépeçage*) karar verebilirler. Örneğin taraflar haksız fiilden kaynaklanan bir borç ilişkisinin varlığı ve sorumluluğun şartları hakkında bir hukuku seçerken, aynı haksız fiile ilişkin zamanaşımı konusunda ise bir başka hukuku seçebilirler. Yeter ki taraflar kısmi hukuk seçimine dair konunun sınırlarının açık olarak belirlesinler¹¹⁹⁰.

3.2.1.3.5.5. Hukuk Seçiminde Atıf

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde olduğu gibi sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukukun niteliğinde de atfın uygulanamayacağı kabul edilmektedir. Nitekim MÖHUK. m. 2/4'e göre, uygulanacak hukuku seçme imkanının verildiği hallerde taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır. Dolayısıyla taraflar arasındaki ilişkiye seçtikleri hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır. Ancak taraflar isterlerse yaptıkları hukuk seçiminde seçilen hukukun kanunlar ihtilafı hukukunun uygulanmasını kararlaştırarak atfın uygulanmasını sağlayabilirler¹¹⁹¹.

¹¹⁹⁰ Tütüncübaşı, s. 163-164.

¹¹⁹¹ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 280; Nomer, *Devletler Hususi*, s. 326; Çelikel, Erdem, s. 380-381; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 268; Tütüncübaşı, s. 164.

Atıf, kişiler hukuku ve aile hukuku alanı dışında reddedildiği için m. 34 vd. maddelerinde yer alan haksız fiiller ile ilgili kurallar bakımından atıf sorunu ortaya çıkmayacaktır. Dolayısıyla haksız fiiller ile ilgili bağlama kuralları hangi hukuku belirtiyorsa, o hukukun maddi hukuk hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹¹⁹².

3.2.1.3.5.6. Hukuk Seçiminin Sınırları

Haksız fiilden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk seçiminin sınırlarını yabancılık unsuru, kamu düzeni ve üçüncü kişilerin hakları olarak sıralayabiliriz.

3.2.1.3.5.6.1. Yabancılık Unsuru

Özellikle sözleşmeden doğan borç ilişkileri hakkında herhangi bir yabancılık unsuru içermeyen ilişkiye uygulanacak hukuk olarak yabancı bir hukukun seçilip seçilmeyeceği, seçilen bir yabancı hukukun o ilişkiye yabancılık unsuru katıp katmayacağı tartışılmalıdır. Bir önceki bölümde sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi konusunda yabancılık unsuru bakımından yapılan açıklamalar haksız fiilden doğan uyuşmazlıklar için de geçerlidir. Gerçekten Roma I Tüzüğü m. 3/3 ve Roma II Tüzüğü m. 14/2'ye göre hukuk seçiminin yapıldığı sırada somut olaya ilişkin tüm unsurlar, objektif olarak yabancılık unsuru taşıyor ise yani hukuku seçilen devlet dışında bir devletle ilişkiliyse tarafların yapmış olduğu hukuk seçimi bu devletin emredici kurallarının uygulanmasını engelleyemeyecektir¹¹⁹³. İki tüzükteki bu paralel düzenlemeler açıkça yabancılık unsuru içermeyen ilişkilerde hukuk seçiminin sadece maddi anlamda bağlanma olarak kabul edileceğini göstermektedir¹¹⁹⁴.

3.2.1.3.5.6.2. Kamu Düzeni

Haksız fiiller alanında kamu düzeni müdahalesi özellikle uygulanacak yabancı hukukun tazminat miktarı bakımından devreye girecektir. Fahiş cezai

¹¹⁹² Zeynep Derya Tarman, *Milletlerarası Özel Hukuk El Kitabı*, 2019, s. 135.

¹¹⁹³ Tütüncübaşı, s. 164-165;

¹¹⁹⁴ Tütüncübaşı, s. 165, dn. 87.

tazminat ve manevi tazminata ilişkin (*exemplary damages/treble damages/punitive damages*) hukuki düzenlemeler kamu düzenine aykırılık oluşturabilir. Zira tazminat miktarının hesaplanmasında ülkeden ülkeye farklı yaklaşımlar ve farklı işlevler görülmekte, Türk Hukuku gibi bazı hukuk sistemlerinde tazminat ile amaçlanan sadece zararın giderilmesi iken diğerlerinde cezai karakter ve caydırıcı etki ön plana çıkmaktadır. Bunun sonucunda da aşırı (*exorbitant*) tazminatlara hükmedilebilmektedir¹¹⁹⁵.

Doktrinde haksız fiillere ilişkin irade muhtariyetinin kamu düzeni müdahalesini gerektiren bir durum olarak eşlerin evlilik öncesi yapılan sözleşme ile mutlak boşanma sebeplerini sınırlandırarak ispatın yalnızca kamera ve ses kayıt cihazı ile olacağı ve kısmi bir hukuk seçimi ile fahiş tazminat miktarlarını gündeme getirecek Amerikan hukuku gibi hukukların seçimi gösterilmektedir¹¹⁹⁶.

Haksız fiillerden doğan uyuşmazlıklarda tarafların irade muhtariyeti ile belirledikleri hukukun her durumda kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği, kamu düzenini ihlal etmesi yahut yanı sıra doğrudan uygulanan kuralların kapsamına girmesi halinde seçilen hukukun yerine hâkimin hukukunun uygulanacağı unutulmamalıdır¹¹⁹⁷.

3.2.1.3.5.6.3. Üçüncü Kişilerin Hakları

Haksız fiillerde zarar veren ve zarar gören dışında olay ile bağlantılı üçüncü bir kişi de söz konusu olabilmektedir. Özellikle zararı karşılamakla sorumlu üçüncü kişi olarak karşımıza çıkan sigortacının sahip olduğu hak ve borçlar aleyhine bir hukuk seçimi yapılmasının önüne geçmek gerekir. Fakat haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK. m. 34 hükmünde bu konu düzenlenmemiştir. Bu nedenle sözleşmelere uygulanacak hukuk hakkındaki düzenleme kıyasen uygulama alanı bulacaktır¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁵ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 363, dn. 189; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 313; Güven, s. 327-329; Graziano, s. 73; Tütüncübaşı, s. 167.

¹¹⁹⁶ Kavşat, s. 169; Önal, s. 356.

¹¹⁹⁷ Önal, s. 361.

¹¹⁹⁸ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 264.

MÖHUK. m. 24/3'te hukuk seçiminin taraflarca her zaman yapılabilir ve değiştirilebilir olduğu, ancak sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçiminin üçüncü kişilerin hakkı saklı kalmak kaydıyla geriye etkili olarak geçerli olacağı ifade edilmiştir. Haksız fiilden doğan borç ilişkileri bakımından da taraflar uygulanacak hukuku seçmeleri halinde, sigortacı objektif bağlama kurallarına göre hukuk seçimi olmasaydı uyuşmazlığa uygulanacak hukuka göre ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarından fazlasını ödemeyecektir¹¹⁹⁹. Yine zarar gören ile sigortacının yapacağı hukuk seçimine karşı zarar veren de bu hüküm ile korunma imkânı bulur¹²⁰⁰.

3.2.1.3.6. Vasıflandırmaya Uygulanacak Hukuk

Vasıflandırma meselesinin çözümünde kural olarak *lex fori*'ye başvurulur. Böylece Türk hâkimi maddi hukuka dair vasıflandırmayı Türk Hukukuna göre yapar. Zarar verici davranış hem haksız fiil hem de sözleşme hukuku kapsamında sorumluluğa yol açan bir davranış olarak vasıflandırılırsa durum hem MÖHUK m. 24 hem de m. 34'ün uygulanmasına yol açar. Fakat iki maddenin aynı anda uygulanamayacağı kuşkusuzdur. MÖHUK'ta bu tarz meselelerin nasıl çözüleceği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Hangi ülke hukukunun zararın tazmini açısından daha avantajlı olacağını peşinen söylemek de mümkün olmadığına göre doktrinde bu kanun boşluğunun giderilmesi için MÖHUK'ta bir değişiklik yapılması gerektiği savunulmuştur¹²⁰¹.

¹¹⁹⁹ Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 74.

¹²⁰⁰ Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 27-28; Tarman, *Akit Dışı*, s. 203; Kayış, s. 103, dn. 153; Graziano, s. 11; Tütüncübaşı, s. 169-170.

¹²⁰¹ Can, Tuna, s. 459.

3.2.2. Avrupa Uluslararası Özel Hukukunda Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun Düzenlenmesi

3.2.2.1. Avrupa Uluslararası Özel Hukukunda Haksız Fiillerde İrade Muhtariyetinin Ortaya Çıkışı

1970'lerin sonlarından bu yana, irade muhtariyeti, haksız fiillerde Avrupa kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkin yasal hükümlerde giderek artan bir yer işgal etmiştir. Pratik olarak, bu konuyu açıkça ele alan tüm uluslararası özel hukuk (PIL) kanunları, tarafların uygulanacak hukuku belirli bir ölçüde haksız yere seçmelerine izin vermektedir. Almanya, Belçika ve Litvanya, İsviçre, Rusya ve Japon kanunlarındaki gibi bazı hukuk sistemleri uygulanacak hukukun seçimine ancak haksız fiil meydana geldikten sonra izin vermektedir. Avusturya, Lihtenştayn ve Hollanda gibi başka ülkelerde, taraflar, o tarihte temas halinde olmaları durumunda hem haksız fiil gerçekleşmeden önce hem de sonrasında geçerli hukuku, yani yaralanma meydana gelmeden önce veya sonra seçmekte serbesttirler. Roma II Tüzüğü, irade muhtariyetine yönelik bu eğilimi izlemektedir. Sonuç olarak, 2009'dan itibaren, Roma II Tüzüğü'nü uygularken, sorulması gereken ilk soru, tarafların uygulanacak hukuk üzerinde anlaşma sağlayıp sağlamadığı olacaktır. Haksız fiil içinde irade muhtariyetini tanımak için birçok kanıt vardır. Yaralanan tarafın neredeyse her zaman bir iddiada bulunma olasılığı olduğu ve tarafların mahkemeden çıkıp uzlaşabileceği göz önüne alındığında, yaralanan taraf da zarar verenin mutabakatıyla uygulanacak hukuku belirleyebilmelidir.

Tarafların uygulanacak hukuku seçmelerine izin vermek, uygulanacak hukuk ile ilgili şüphelerin ortadan kaldırılmasına yardımcı olur ve dolayısıyla yasal kesinliği güçlendirir. Taraflar, sözleşmeye bağlı ve sözleşmesiz tüm yasal ilişkilerini belirli bir hukuka sunma ve aynı şekilde ortaya çıkabilecek çeşitli sorumluluk türleriyle ilgilenme olanağına sahip olacaklardır. Sonunda, en iyi konumda olan taraflar, hangi hukukun, çıkarlarını en iyi şekilde koruyacağını ve istenen sonuca götüreceğini bilir¹²⁰².

¹²⁰² Binchy, Ahern, s. 113-132.

3.2.2.2. Roma II Tüzüğü

Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Birliği Tüzüğü (Roma II Tüzüğü)'nde haksız fiillere uygulanacak hukuk bakımından taraflara tanınan hukuk seçme imkânı m. 14'te düzenlenmiştir. Hükme göre uygulanacak ilk basamakta tarafların seçecekleri hukuk bulunmaktadır. Taraflar uyuşmazlığın meydana gelmesinden sonra hukuk seçiminde bulunabilirler. Taraflardan her birinin ticari bir faaliyet yürütüyor olmaları şartıyla hukuk seçimi haksız fiil meydana gelmeden önce de yapılabilir. Uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce hukuk seçimi yapabilmenin diğer şartları, anlaşmaya ilişkin müzakerelerin özgürce gerçekleştirilmiş olması ve uyuşmazlık konusuna uygulanacak hukukun anlaşma metninde ifade edilmiş veya davanın koşulları ile uyumlu olarak makul bir şekilde anlaşma metninden anlaşılabilir olmasıdır.

Roma II Tüzüğü m. 14/1'de, *“tarafların kendi seçtikleri hukuka sözleşme dışı yükümlülükler sunmayı kabul edebileceklerini”* belirtilmektedir. Roma II Tüzüğü kabul edilmeden önce, haksız fiil alanında irade muhtariyetine çok az ihtiyaç olduğu görüşü yaygındır. Aynı zamanda, irade muhtariyetinin muhtemelen istenmeyeceği düşünülüyordu. Roma II Tüzüğü'nün kabul edilmesini takiben, yorumcular *“sözleşmeden doğan yükümlülükler alanında tarafların seçim özgürlüğünü nadiren kullandıklarını”* ve haksız fiillerde irade muhtariyetine ilişkin müzakerelerin *“14'üncü maddenin sınırlarını aydınlatmak değil, öncelikle akademik tartışmaları kastetmeyi amaçladığını”* belirtmişlerdir. Bu mantığın ardından, Roma II Tüzüğü'nün 14'üncü maddesinin büyük olasılıkla ölü bir düzenleme olarak kalacağı sonucuna varmışlardır. Bu görüşü destekleyen iki mantık hattı vardır. İlk olarak, sözleşmeye bağlı olmayan bir ilişkinin tarafları, zarar verici bir olay meydana gelmeden önce genellikle birbirlerine yabancılardır. Ayrıca, bir kaza meydana geldiğinde, yürürlükteki haksız fiil hukuk sistemlerindeki farklılıklar göz önüne alındığı zaman, taraflardan biri mutlaka böyle bir anlaşma ile dezavantajlı duruma düşecektir. İkincisi, eğer taraflar zarar verici olay meydana gelmeden önce birbirleriyle (yani bir sözleşme ilişkisi) ilişki içinde ise ve haksız fiil bu ilişkiyi ihlal

ederse, ilişkiyi düzenleyen hukuk yine de haksız fiil içindeki yükümlülükler için de geçerli olacaktır¹²⁰³.

Şu anda, sözleşmeye bağlı olmayan yükümlülüklerde hukuk seçimi ülkeden ülkeye değişmektedir. Bu nedenle, yasal belirsizlik, maliyetlerin artması ve bu çeşitliliğin üretebileceği bilgi alışverişi ile ilgili olarak, Roma II Tüzüğü, “davalardaki sorunlar” için geçerli hukuku belirlemek için Avrupa Topluluğu arasında sıradan kurallar koymayı amaçlamaktadır. Bu amaçla, Roma II Tüzüğü altında iki büyük adım atılır. Birincisi, sözleşmeye bağlı olmayan yükümlülüklerle ilişkin kuralların yanı sıra, haksız fiillere uygulanan bir genel kuralın kabul edilmesidir. Genel kural, haksız fiil meselelerinde hukuk seçiminde varsayılan bir kural olarak hizmet eder ve “aksi öngörülmedikçe” her zaman uygulanır. İkinci büyük adım, sözleşme özgürlüğü kavramının, tarafların uygulanacak hukuka ilişkin iradelerinin normal olarak sayılmadığı hukuk alanındaki hukuk seçimine dâhil edilmesidir. Daha özellikli olarak, Roma II Tüzüğü sadece irade muhtariyeti ilkesini tanır, ancak tarafların, aralarında ortaya çıkan ya da ortaya çıkan rıza dışı yükümlülükler için hangi hukuka başvurmayı tercih edeceklerine karar vermelerini tercih etme özgürlüğüne fırsat verir. Roma II Tüzüğü, tarafların hukuk seçimiyle ilgili olarak sözleşmeleri diğer sözleşmeden doğan yükümlülüklerden ayırmadığından. Roma II Tüzüğü’nün 14. maddesinde belirtilen irade muhtariyeti ilkesi, sözleşmeden doğan tüm yükümlülükler için de aynı şekilde geçerlidir. Daha sonra, Roma II Tüzüğü uyarınca, sözleşmeye bağlı olmayan yükümlülükler için hukuk seçimi önce taraflarca belirlenecektir, çünkü baskınlık irade muhtariyeti ilkesine verilmiştir ve diğer kurallar sadece taraflarca seçim yapılmaması durumunda uygulanacaktır.

Bir haksız fiil durumunda, hiyerarşi sırasına göre, uygulanacak hukuk (a) taraflarca seçilen hukuk, (b) haksız fiil açıkça daha yakından bağlantılı olduğu ülke hukuku, (c) hasarın meydana geldiği zaman tarafların ortak ikametgâhı veya (d) hasarın meydana geldiği yerin hukukudur. Roma II Tüzüğü’ne göre tarafların hukuk seçiminin olmamasının kabulü, tarafların bir seçeneği olmadığı, yapılan seçimin

¹²⁰³ Binchy, Ahern, s. 113-132, Rita Matulionyte, “Calling For Party Autonomy In Intellectual Property Infringement Cases”, *Journal Of Private International Law*, Vol. 9 No. 1, Doi:10.5235/17441048.9.1.77, s. 77-99.

geçersiz olduğu veya seçimin "zorunlu kurallar" tarafından önlendiği anlamına gelir¹²⁰⁴.

Roma II Tüzüğü birkaç istisna dışında tüzük kapsamında yer alan hemen tüm sözleşme dışı borç ilişkilerinde hukuk seçimini kabul etmiştir. Haksız rekabet, rekabetin engellenmesi ve fikri mülkiyet haklarının ihlal edilmesi hukuk seçiminin kabul edilmediği durumlardır.

Yakın zamana kadar, Avrupa'da hâkim olan görüş sadece uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra hukuk seçimi yapılabileceği yönündeydi. Roma II Tüzüğü'nün 14. maddesi bu ayrımı ortadan kaldırmış olmamakla birlikte taraflara uyuşmazlık henüz baş göstermeden hukuk seçme imkânı getirmiştir. Roma II'nin en yenilikçi kısmı, irade muhtariyeti ilkesinin sözleşme dışı yükümlülükler için hukuk seçimine girerek tarafların sözleşmelerin ötesinde yükümlülüklerini belirleme özgürlüğüne izin vermesidir. Roma II Tüzüğü yenilikçidir çünkü irade muhtariyeti, sözleşme özgürlüğünün bir ürünüdür ve hukuk seçimi ile ilgili rızaya dayalı yükümlülükler için geçerlidir ve bu özerkliğin hiçbir zaman haksız fiil veya rıza dışı yükümlülüklerle hiçbir ilgisi yoktur. Bu bağlamda, Roma II Tüzüğü, en azından kısmen, kanunlar ihtilafında bir Avrupa devrimine örnek teşkil etmiştir¹²⁰⁵.

Uyuşmazlık öncesi anlaşma metnini hazırlayanların asıl niyetinin uyuşmazlık sonrası özgürce müzakere edilmemiş anlaşmaları zorla uygulama izni vermekten ziyade daha yüksek adli mercilerce incelenme niyetinin delili olarak anlaşılmalıdır¹²⁰⁶.

¹²⁰⁴ Zhang, *Non-Contractual*, s. 33-34.

¹²⁰⁵ Zhang, *Non-Contractual*, s. 33-34.

¹²⁰⁶ Symeonides, *Rome I and II*, s. 545.

3.2.2.2.1. Roma II Tüzüğü'ne Göre Tarafların Uygulanacak Hukuku Seçme Özgürlüğünün Kapsamı ve Bu Özgürlükle İlgili Sınırlamalar

3.2.2.2.1.1. Üçüncü Bir Ülkenin Hukukunun Seçimi ve Hiçbir Devlete Ait Olmayan Düzenlemelerin Seçimi

Tarafların ilişkilerini yönetmek için bir devlete ait olmayan hukuk kurallarını seçip seçmeyecekleri ve ne ölçüde seçebilecekleri sorusu son zamanlarda sözleşme yükümlülükleri alanında yoğun tartışmalara konu olmuştur. Sözleşmeye bağlı yükümlülüklerle uygulanacak hukuka ilişkin düzenleme (Roma I Tüzüğü) m. 3'te hukuk, bir devletin hukuku olarak anlaşılabilecek şekilde “*bir sözleşmenin taraflarca seçilen hukuk tarafından yönetileceğini*” söylemektedir. Bununla birlikte, aynı tüzüğün 13'üncü maddesi “*bu tüzüğün tarafların sözleşmelerine devlet dışı bir hukuk organı olarak dâhil edilmelerini engellemediğini*” belirtmektedir. Uygulanacak hukukun kuralları zorunlu olmadığı sürece, taraflar devlet dışı kurallara (Uluslararası Ticari Sözleşmeler veya Avrupa Sözleşme Hukukunun İlkeleri) başvurmakta serbesttirler. Roma I Tüzüğü gibi, Roma II Tüzüğü de devlet dışı kuralların uygulanması konusunda anlaşmaya varılmasını ve uygulanacak hukukun zorunlu olmayan kurallarını bu devlet dışı kurallarla değiştirmeyi taraflara bırakmaktadır. Özellikle, burada Avrupa Haksız Fiil Hukukunun İlkeleri (*Principles of European Tort Law*) düşünülebilir. Taraflar, devlet dışı kuralların uygulanması konusunda açıkça anlaşabilir; bu tür ilkelerin seçimi, taraflar arasındaki ilişkilerini “ortak hukuk ilkeleri” veya “hukuk ilkelerini tanımak” için yapılan bir anlaşmadan da takip edilebilir¹²⁰⁷.

3.2.2.2.1.2. Yargılama Sırasında Uygulanacak Hukukun Zımni Seçimi

Yapılan hukuk seçimi açık olarak yapılabileceği gibi halin icabından şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşılabilir olması şartıyla zımni de olabilir.

¹²⁰⁷ Binchy, Ahern, s. 113-132.

Roma I Konvansiyonu m. 3/1 ve Roma I Tüzüğü m. 3/1 gibi Roma II Tüzüğü m. 14/1'in ikinci cümlesi, hukuk seçiminin şartlar tarafından makul bir şekilde ifade edilmesini veya gösterilmesini öngörmektedir. Roma II Tüzüğü'nün hazırlanmasından önce bazı ülkelerdeki mahkemeler, yargılama sırasında *forum* hukuku lehine haksız fiil seçimini kabul etmişlerdir. Madde 14/1 böyle bir uygulamayı oldukça haklı olarak reddedecektir. Gerçekte, mahkemeler ve avukatlar uluslararası özel hukukun etkisini düzenli olarak ve özellikle de bir yabancı hukukun uygulanmasını unutmaktadır. Bu nedenle, sadece sessizlikten etkilenecek bir hukuk seçimini çıkarmak, çoğu durumda saf bir kurgu olacaktır¹²⁰⁸.

3.2.2.2.1.3. İrade Muhtariyeti ve Zayıf Tarafların Korunmasına İlişkin Sınırlamalar

3.2.2.2.1.3.1. Ticari Faaliyette Bulunan Taraflar

Roma II Tüzüğü'ne göre ne olursa olsun ihtilaf öncesi ve ihtilaf sonrası anlaşmaların arasındaki en önemli fark; ihtilaf öncesi anlaşmaların sadece taraflar ticari faaliyette bulunuyorsa uygulanabilmesidir. Diğer tüm durumlarda her iki anlaşma aynı kısıtlamalara tabidir. Şöyle ki; (a) söz konusu davaya ilişkin tüm koşulların ilgili devletin kanunlarında zorunlu olarak yer alması durumunda, (b) uygulanması zorunlu topluluk hukuku olan çok devletli yapılarda, Avrupa Birliği içi davalarda, (c) söz konusu ülkelerde geçerli kuralları geçersiz kılan kamu düzenini sağlamaya yönelik zorunlu emredici kurallar durumunda¹²⁰⁹.

Kötüye kullanımı önlemek ve zayıf olduğu düşünülen aktörleri, örneğin tüketicileri ve çalışanları korumak için, Roma II Tüzüğü m. 14/1-b gereğince, ticari faaliyette bulunan taraflar için seçim özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Ayrıca, takip edilen ticari faaliyet ile söz konusu haksız fiil arasında bir bağlantı olması da gereklidir. Tüketici sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri için, Roma II Tüzüğü uyarınca uygulanacak hukukun hasar meydana geldikten sonra seçilmesi mümkün olacaktır. Diğer yandan ticari faaliyette bulunmayan taraflar, yani tüketiciler ve çalışanlar için,

¹²⁰⁸ Binchy, Ahern, s. 113-132.

¹²⁰⁹ Boele, vd., s. 546.

Roma II Tüzüğü'nün 14/1-b maddesi, zarara yol açan olay meydana gelmeden önce haksız fiil veya suç durumunda uygulanacak hukukun seçimini geçersiz kılar. Avrupa kanun koyucusu potansiyel olarak savunmasız olan bu grupların korunmasına yönelik bir endişeyle bu sınırlamayı haklı çıkarmıştır. Bu endişe bir tüketici ya da çalışanın, haksız fiil ya da suçta uygulanacak hukukun haksız fiil meydana gelmeden önceki seçiminin sonuçlarını tam olarak takdir edecek bir konumda olmadığı fikrine dayanır¹²¹⁰.

Roma II Tüzüğü'nün tüm tarafların ticari faaliyette bulunduğu uyuşmazlık öncesi anlaşmalarda hukuk seçimini sınırlandırmasının amacı; tüketiciler ve hepsi değil ama bazı bireysel sigortalılar gibi olası zayıf tarafları korumaya çalışmaktır. Bununla birlikte bu sınırlama birçok küçük işletme gibi ticari aktörler için zafiyetler yaratmaktadır¹²¹¹.

3.2.2.2.1.3.2. Serbest Müzakere Edilen Anlaşmalar

Roma II Tüzüğü m. 14/1-b ayrıca, zarara yol açan olaydan önce uygulanacak hukuk seçiminin "serbestçe müzakere edilen" bir anlaşma ile yapılmasını öngörmektedir. Bu nedenle, söz konusu seçimin, şartlar diğer tarafça açıkça kabul edilmedikçe, yalnızca genel iş şartlarına veya bir tarafın diğer tarafa dayattığı standart şartlara atıf yapılarak yapılamaz.

Hukuk sözleşmelerinin seçimi nadiren bireysel olarak müzakere edildiğinden, "serbestçe müzakere edilme" gerekliliğini karşılamak için önceden belirlenmiş koşulların diğer tarafça imzalanması yeterlidir. Daha talepkâr olmak, uygulamadaki değerinin çoğunun, iradeye aykırı olacağı haksız fiilden önceki seçiminden mahrum bırakacaktır. Öte yandan, taraflar aynı kanunun kendi genel iş koşullarında uygulanmasını öngörürlerse, bu seçime saygı gösterilmemesi için bir sebep yoktur¹²¹².

Roma II Tüzüğü taraflara sözleşme dışı hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku seçerken bir şekil şartına uyma ödevi yüklemeyiz.

¹²¹⁰ Binchy, Ahern, s. 113-132.

¹²¹¹ Boele, vd., s. 546.

¹²¹² Binchy, Ahern, s. 113-132.

Bir diğ er deyişle taraflar serbestçe müzakere edecekleri hukuk seçimi klozunu, aynı serbest şekil kuralları ile y r rl ğ e koyabileceklerdir. Hukuk seçimi anlaşmasının veya şartının yazılı veya sözlü yapılması ile ilgili bir sınırlama bulunmasa da seçilen hukukun makul bir açıklıkla anlaşılabilir olması esastır. İspat açısından da tarafların seçimi yazılı yapmasında fayda vardır¹²¹³.

3.2.2.2.1.3.3. Makul Bir şekilde Açıkça Yapılmış veya Kanıtlanmış Seçim

Roma II Tüzüğü’n n 14. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesi, “*Uygulanacak hukukun şartları fiil gerçekleşmeden önce veya sonra taraflara açık veya makul bir şekilde gösterilmelidir*” şeklindedir. Bu açıklamadan hukuk seçiminin açıkça veya bir makul kesinlik ile zımnen yapılabileceğ i anlaşılmaktadır.

Roma II Tüzüğü bakımından hukuk seçimi ayrı bir sözleşme ile olabileceğ i gibi taraflar arasında mevcut bulunan sözleşmeye eklenecek bir madde ile de olabilmektedir. Bu konuda kısıtlayıcı herhangi bir hüküm bulunmamaktadır¹²¹⁴.

3.2.2.2.1.3.4. Seçim  zg rl ğ  ve    nc  Taraf Hakları

Roma II Tüzüğü’nde tarafların haksız fiile uygulanmak üzere seçtikleri hukukun üçüncü kişilerin hakları ve borçları üzerinde etkili olmaması şartı da aranmaktadır.

Bu alandaki tüm modern düzenlemeler gibi, Roma II Tüzüğü m. 28/1’de uygulanacak hukuk seçiminin “*   nc  şahışların haklarına hâlel getirmeyeceğ ini*” açıkça ortaya koymaktadır. İlgili hüküm, özellikle mağdurun akrabalarına veya mağdurla yakın ilişkisi olan diğ er kişilere mağdurun sigortacılarıyla veya sorumlu olduğ unu iddia eden kişinin sigortacılarıyla ilişkilidir.

¹²¹³  nal, s. 321-322.

¹²¹⁴  nal, s. 310.

3.2.2.2.1.3.5. Hukuk Seçiminin Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Roma II Tüzüğü, hangi hukukun bir seçim hükmünün varlığını ve geçerliliğini düzenlediğini açıkça belirtmemektedir. Konu, taraflardan birinin hukuk seçimiyle ilgili hata veya baskıya neden olması durumuyla ilgilidir. Roma Konvansiyonu’nun 8’inci maddesini veya Roma I Tüzüğü’nün 10’uncu maddesinin bu konuya doğrudan başvuru yoluyla ya da benzetme yoluyla uygulanması lehine birçok kanıt vardır. Dolayısıyla, hukuk seçiminin varlığı ve geçerliliği, bu maddelerde taraflarca belirlenen hukukla belirlenmelidir; bu amaçla, geçerli olup olmadığına bakılmaksızın hukuk seçimine saygı gösterilmelidir. Tıpkı Roma Konvansiyonu veya Roma I Tüzüğü’nde olduğu gibi, *“bir taraf, rıza göstermediğini tespit etmek için, şu şartlar altında ortaya çıkarsa, ikamet ettiği ülkenin hukukuna güvenebilir. Davranışının etkisini hukuka göre belirlemek mantıklı olmaz”*. Haksız fiil hukuku alanında, sözleşme hukuku alanında olduğu gibi, bu kuralların uygulanması makul bir sonuca yol açmalıdır¹²¹⁵.

3.2.2.2.1.3.6. Hukuk Seçimi ile Uygulanması Bertaraf Edilemeyecek Hükümler

Roma II Tüzüğü m. 14/2¹²¹⁶ ve 3’e¹²¹⁷ göre haksız fiil gerçekleştiği sırada olaya ilişkin tüm unsurların bulunduğu ülkenin emredici hükümleri tarafların yapacakları hukuk seçimi ile bertaraf edilemez. Haksız fiilin tüm unsurlarının Birlik üyesi devletlerden birinde veya birkaçında bulunduğu takdirde, taraflar yapacakları hukuk seçimi ile Topluluk hukuku hükümlerinin uygulanmasına mâni olamazlar. Tarafların Birlik üyesi bir devletin hukukunu seçmeleri halinde bu kural uygulanmasa da Birlik üyesi olmayan bir devlet hukukunun seçilmesi halinde bu kural önem kazanacaktır. Böylece denilebilir ki, haksız fiilin tüm unsurlarının Birlik

¹²¹⁵ Binchy, Ahern, s. 113-132.

¹²¹⁶ İngilizce metni “Where all the elements relevant to the situation at the time when the event giving rise to the damage occurs are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement” şeklindedir.

¹²¹⁷ İngilizce metni “Where all the elements relevant to the situation at the time when the event giving rise to the damage occurs are located in one or more of the Member States, the parties’ choice of the law applicable other than that of a Member State shall not prejudice the application of provisions of Community law, where appropriate as implemented in the Member State of the forum, which cannot be derogated from by agreement” şeklindedir.

üyesi devletlerden birinde veya birkaçında bulunduğu olaylarda, haksız fiilin tarafları Birlik üyesi olmayan bir devletin hukukunu seçemezler¹²¹⁸.

3.2.2.2.1.3.7. Şartlı Hukuk Seçimi

Roma II Tüzüğü şartlı hukuk seçimi yapılabileceği ile ilgili bir düzenleme içermediği gibi bu durumu engelleyen bir ibare de barındırmamaktadır. Dolayısıyla taraflar sözleşme dışı hukuki ilişkilerin meydana gelmesinden sonra veya ticari ilişkilerinden kaynaklanan nedenler ile hukuk seçimi yapacakları zaman şartın gerçekleşmesi ile hukuk seçimi yapabilecek veya ortadan kaldıracabileceklerdir. Bu konuda Roma I Tüzüğü de sessiz kalmış olmakla birlikte Roma I Tüzüğü m. 3'te hukuk seçimi yapıldıktan sonra tarafların bu hukuku değiştirebileceği şeklinde verilen imkânın şarta bağlı olarak da hukuk seçimi yapılabileceği şeklinde yorumlanmasına sebep olmuştur¹²¹⁹.

3.2.2.2.1.4. Haksız Fiilin Özel Türleri

Roma II Tüzüğü birkaç istisna dışında hemen hemen tüm sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk bakımından hukuk seçimi imkânı getirmiştir. İstisna olarak¹²²⁰ Roma II Tüzüğü'nde haksız fiilin özel türlerinden olan haksız rekabet, rekabetin engellenmesi ve fikri mülkiyet hakkının ihlali durumlarında uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi m. 6/4 ve m. 8/3 ile açıkça yasaklanmıştır. Bunlar dışındaki diğer tüm sözleşme dışındaki borç ilişkilerinde m. 14/1'e göre hukuk seçimine izin verilmiştir¹²²¹.

Roma II Tüzüğü gerekçesinin 21. Paragrafında haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara uygulanacak 6. maddenin, haksız fiillere ilişkin 4. maddenin bir istisnası olmadığı, bilakis bir sınıflandırma mahiyetinde olduğu bildirilmiştir¹²²².

¹²¹⁸ Öztekin Gelgel, s. 116; Tarman, *Akit Dışı*, s. 203; Kayış, s. 103.

¹²¹⁹ Önal, s. 321.

¹²²⁰ Önal, s. 308.

¹²²¹ Tütüncübaşı, s. 172.

¹²²² Kayış, s. 104.

Roma II Tüzüğü'nün haksız rekabete uygulanacak hukuku düzenleyen 6. maddesinin 1. fıkrasına göre haksız rekabet teşkil eden bir eyleme rekabet ilişkisinin veya tüketicilerin toplu menfaatlerinin zarar gördüğü veya zarar görmesinin muhtemel olduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Maddede “pazar” kavramı yerine “ülke” kavramının kullanımı dikkat çekicidir. Bu kavramın haksız rekabeti meydana getiren eylemin birden çok devletin piyasasını etkilemesi ihtimali sebebiyle tercih edildiği öne sürülmüştür. Maddenin ikinci fıkrasında haksız rekabet oluşturan eylemin yalnızca belirli bir rakibin menfaatlerini zarara uğratması halinde haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen 4. maddenin uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir. Örneğin rakibin müşterilerini kendine çekme, rüşvet, sanayi casusluğu, iş sırlarını ifşa ile sözleşmeyi bozmaya yönlendirme gibi haksız rekabet eylemleri hem belli bir rakibin menfaatlerini ihlal etmekte, hem de pazar üzerinde olumsuz bir etki bırakmaktadır. Bu gibi çift etki doğuran durumlarda pazar üzerinde etki de meydana geldiğinden Tüzüğün 6. maddesi olaya uygulanacaktır¹²²³.

Haksız rekabete ilişkin 6. maddenin 4. fıkrasında bu madde uyarınca uygulanacak hukukun taraflar arasında 14. madde çerçevesinde yapılacak bir anlaşmayla bertaraf edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla haksız rekabetten ve rekabeti sınırlayıcı eylemlerden doğan uyuşmazlıklarda tarafların uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçmeleri mümkün değildir. Özellikle belli bir rakibe karşı gerçekleşen haksız rekabet eylemine uygulanacak hukuk için 4. maddeye atıf yapıldığından ve 4. madde taraflara hukuk seçimi imkânı tanıdığından bahisle, özellikle bir rakibe karşı gerçekleşen eylemler bakımından hukuk seçimi imkânının var olduğunu kabul etmek gerekir¹²²⁴.

Tüzüğün haksız rekabete ilişkin bağlama kuralının uygulanması sonucu bazı sorunlara yol açabilmektedir. Zararın birden çok ülkede meydana gelmesi, haksız rekabetin etkisinin birden çok ülkede doğması halinde her bir ülke için ayrı bir hukuki değerlendirme yapılmasını gerektiren mozaik bir kanunlar ihtilafı sistemi (*mosaikbetrachtung*) uygulanması önerilmektedir¹²²⁵.

¹²²³ Kayış, s. 104-105.

¹²²⁴ Kayış, s. 109-110.

¹²²⁵ Kayış, s. 108.

3.2.2.2.1.5. Vasıflandırmaya Uygulanacak Hukuk

Roma II Tüzüğü yabancı unsurlu hukuki ilişkilerin vasıflandırılması konusunda herhangi bir ölçüt getirmiş değildir. Böylece ülkelerin iç hukuk düzenlemelerinde öngörülen *lex fori*, *lex causa* veya karma vasıflandırma çeşitlerinin her biri yabancı unsurlu hukuki ilişkinin vasıflandırılmasında uygulanır. AB hukukunda tüm üye devletler için ortak vasıflandırma kuralı bulunmadığından her ülke kendi tercih ettiği kural ile hukuki ilişkinin niteliğini tayin eder. Bu konudaki tek sınırlama AB hukukundan kaynaklanan veya *for* devleti hukukunun belirlenmesi sırasında kamu düzeni ve emniyet kurallarını uygulanmasındaki sınırlardır. Zaten Roma II Tüzüğü'nün düzenlenme maksadı sözleşme dışı hukuki ilişkilere uygulanacak hukukun belirlenmesi olduğundan, bunun ne şekilde vasıflandırıldığına pratik bir önemi de bulunmamaktadır¹²²⁶.

3.2.3. Milletlerarası Özel Hukuk Doktrinde Haksız Fiile Uygulanacak Hukuk Konusunda Kullanılan Bağlama Kuralları

Haksız fiile uygulanacak hukuk konusunda milletlerarası özel hukuk doktrini tarafından zamanla geliştirilen çeşitli bağlama kuralları mevcuttur. Geleeksel olarak kullanılagelmiş olan haksız fiilin ika yeri bağlama kuralından başka, mutad mesken hukuku, daha yakın bağlantılı hukuk, vasıflandırmaya uygulanacak hukuk ve tazminatın hesaplanmasına uygulanacak hukuk bağlama kuralları bulunmaktadır.

3.2.3.1. Haksız Fiillerde Geleneksel Yaklaşımı: İka Yeri Hukuku (*Lex Loci Delicti*)

Haksız fiillerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda milletlerarası özel hukukta kullanılan en eski ve en yaygın kural haksız fiilin gerçekleştiği / ika edildiği yer hukuku (*lex loci delicti commissi*) oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra tarafların seçtikleri hukuk, zarar yeri hukuku, hâkimin hukuku (*lex fori*), tarafların ortak milli hukuku veya ortak mutad mesken hukuku ile hâkimin her

¹²²⁶ Önal, s. 310.

haksız fiilde en sıkı irtibat noktalarını araştırarak uygulanacak hukuku belirlemesi doktrinde öngörülen bağlama noktalarıdır¹²²⁷.

Haksız fiilin ika edildiği yerin tercih edilmesinin sebebi olarak, haksız fiili ika eden kişinin hareketlerinin bulunduğu yerdeki kurallara göre ayarlayacağı ve ona göre sorumlu olacağı düşüncesiyle işlem güvenliğini tercih edeceği gösterilmektedir. Bu düşünce, ika yeri devletin hukuku uygulanarak orada haksız fiil sonucu bozulan kamu düzeni ile emniyet ve asayişin sağlanması ve toplumsal dengenin yerine getirilmesi gerektiği düşüncesiyle de destek görmüştür¹²²⁸.

Hukuk seçiminin 12. yy. da herbiri kendi yargısına ve kendi yerel hukukuna sahip bağımsız kurumlar olan şehir devletlerinin bulunduğu Kuzey İtalya'da ortaya çıktığı düşünülmektedir. Aralarındaki ticaret ve yerel hukuklar arasındaki çatışmalar ortaya çıktığında sıklıkta, hukuk kurallarının seçimine duyulan ihtiyaç belirgin hale gelmiştir. “Devletçi” olarak tanınan İtalyan hukuk bilginleri, bir İtalyan okulu oluşturmuş ve bununla başa çıkmak için “kanun teorisi” adında bir hukuk teorisi seçeneği geliştirmiştir. Kanun teorisinin evi olan İtalya'da bile, yerel kanunlar dışında milliyete vurgu yapılmıştır. *Pasquale Stanislao Mancini*'nin (1817-1888) savunduğu şahıs hukuku, hukuk seçimi açısından önemli bir ilke haline gelmiştir. *Mancini*, hukuk seçiminin milliyet ilkesine dayanmasını istemiş ve bireyleri kendi ülkelerine olan bağlarına temel önem vermiştir. *Mancini*'ye göre, meseleler kamu düzeni, egemenlik ve taşınmaza ilişkin haklarını içermiyorsa, şahsi hukuk ilkesi hukuk seçiminde bölgesellik ilkesine göre öncelikli olacaktır. Özel hukukun öncelikle kişisel olduğuna inanıyordu. Farklılıklara rağmen, *lex loci delicti*'nin Avrupa'da şu anda bile haksız fiiller alanında genel kural olarak kaldığına inanılıyor. Ancak, bu klasik doktrinin egemenliği, 19. yy. sonlarından beri, onun yerinden edilmesi ve belirli haksız fiil davalarında diğer kuralların uygulanması savunucularının bir sonucu olarak zayıflamıştır. Örneğin, İngiltere'de 1870 tarihli *Phillips- Eyre* davası, yabancı unsurlu bir haksız fiilin hem *lex fori* hem de *lex loci* kapsamında işlem görmesini gerektiren ortak bir hukuk kuralı belirlemiştir. *Lex loci*'lerinin de bir

¹²²⁷ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 351; Nomer, *Devletler Hususi*, s. 359-361; Çelikel, Erdem, s. 460 vd.; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 309; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 403; Turgut Turhan, *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında İka Yeri Kuralı*, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 1989, s. 1; Sibel Özel, “Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçının Sorumluluğu”, *Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan*, C. 1, İstanbul, 2001, s. 882 vd; Tütüncübaşı, s. 138.

¹²²⁸ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 352-354; Çelikel, Erdem, s. 460; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 310; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 403; Tütüncübaşı, s. 139.

kenara bırakılacağı bir diğer durum, tarafların ortak “kişisel hukuka” sahip oldukları veya daha doğrusu tarafların aynı ülkenin vatandaşı olduğu veya tarafların aynı ülkede ikamet ettikleri durumudur. İsviçre’de haksız fiil eyleminde genel kural, haksız fiilin işlendiği yerin hukukunun hüküm sürmesidir, ancak tarafların ikisi de aynı hukuk bölgesinde mutad ikamet ederse, bu hukuk geçerli olacaktır. Benzer bir kural Almanya, Portekiz, Macaristan ve Polonya gibi diğer Avrupa ülkelerinde de bulunabilir.

Amerika Birleşik Devletleri’nde, haksız fiil hukukunun seçimi doğrudan bölgesel ilkedен kaynaklanmaktadır. İlk büyük Amerikan kanunlar ihtilafı bilim adamı olan *Joseph Story*, olayların gerçekleştiği yere büyük önem veriyor ve bir olayın gerçekleştiği yerin hukuki sonuçları yönetmesi gerektiğine inanıyordu. Bu bölgesel yaklaşım sadece Amerikan kanunlar ihtilafı için bir temel oluşturmakla kalmamış, aynı zamanda Amerikan hukuk düşüncesini yüzyıllarca etkilemiştir. *Lex loci delicti* “dünyanın her yerinde tekdüze olan birkaç kanunlar ihtilafı kuralından biri olarak kabul edilmiştir”¹²²⁹. *Lex loci delicti* bağlama kuralı içlerinde Almanya, Hollanda, İtalya, İspanya, Rusya, İngiltere, İsviçre, Fransa ve Türkiye’nin de bulunduğu yirmiden fazla ülke hukukunda kabul edilmektedir¹²³⁰.

Haksız fiil, yabancı bir ülkede gerçekleşmişse, haksız fiilin gerçekleştiği ülke hukuku mahkemenin bulunduğu ülke hukukuna tercih edilir. Zira ahlaki kusur, sosyal çevre göz önüne alınmaksızın takdir edilemez. Haksız fiil açık denizde gerçekleşmişse *for* kanunu müdahale eder. Bu da ahlak kuralları gereğidir. Kural olarak gerek haksız fiili gerçekleştiren zarar verenin gerek zarar görenin şahsi hukuklarının hükmü ne olursa olsun, zarar verenin sorumluluğu ancak fiilin gerçekleştiği yer ile belli olur. Bu konuda kanun koyucu kendi ülkesinde şahısların ve malların emniyetini dilediği şekilde düzenler. Zarar görenin o yer hukuku tarafından yerli tebaaya verilmiş olan tazminat hakkını kendi şahsi hukukuna güvenerek nasıl talep edebileceği dikkat çekicidir. Hatta bu hususta zarar verenin şahsi hukukundan da yararlanamaz¹²³¹.

Gerek içtihatla gerek doktrinde ileri sürülen görüşler fiilin işlendiği yer hukukunun fiil ile en sıkı ilişkiyi kurduğunu gösterse de haksız fiilin taraflarının ve

¹²²⁹ Zhang, *Non-Contractual*, s. 2-61.

¹²³⁰ İpek, s. 85.

¹²³¹ Seviğ, *Devletler Hususi*, s. 487.

fiil ya da zarar yeri gibi unsurlarının farklı ülkelerle ilişkili olması halinde yetersiz kalmaktadır. Bu yetersizliğin yanı sıra gördüğü zararın tazmini gereken mağdurun korunması amacıyla farklı bağlama noktalarının da belirlenmesi gerekmiştir¹²³².

3.2.3.2. Mutad Mesken Hukuku

Roma II Tüzüğü'nün 4/2. maddesi, her iki tarafın da mutad mesken hukukunun, normal şartlarda haksız fiili oluşturan olayların meydana geldiği ülkenin hukukuna göre geçerli olmasını sağlar. Ancak, Tüzüğün 4/3. maddesi dahilinde, haksız fiilin açıkça daha yakın bir bağlantısı olması durumunda haksız fiili oluşturan olayların meydana geldiği ülkenin hatta üçüncü bir ülkenin olaylarının ortak ikamet hukuku üzerinde geçerli olması mümkün olacaktır.

Şirketlerin ve diğer organların mutad ikametgâhına ilişkin yan kurallar ve serbest meslek sahibi bireylere dair kurallar 23. maddede açıklanmıştır. Madde 23/1 kurumsal veya tüzel kişiliksiz bir şirket veya başka bir kuruluşla ilgili olarak, merkezi idare yerinin mutad ikamet olarak muamele edilmesi gerektiğini belirtir. Ancak zarara yol açan olayın meydana gelmesi veya zararın ortaya çıkması durumlarında, bir şubenin, acentenin veya başka bir kuruluşun işletimi sırasında, ilgili kuruluşun yeri, sürekli ikametgâhı olarak kabul edilmelidir. Bir şirketin merkezi yönetim yeri muhtemelen, ana ticaret faaliyetlerinin yürütüldüğü ofisten ziyade, ana yönetim organının (İngilizce terimlerle, şirketin yönetim kurumunun) genel olarak toplandığı yerdir. Madde 23/2 ticari faaliyet sırasında kendi hesabına hareket eden bir kişi ile ilgili olarak asıl iş yerinin o kişinin ikametgâhı olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtir. Maalesef Roma II Tüzüğü, kendi hesabına bir ticari faaliyette bulunmayan veya ilgili olmayan bir kişi için mutad mesken tanımı yapmamıştır¹²³³.

3.2.3.3. Açıkça Daha Yakın Bağlantılı Hukuk

Roma II Tüzüğü'nün 4/1-2 maddesi ile ortak ikamet veya haksız fiil yeri hukuku lehine belirtilen genel kuralın istisnası yoluyla, 4/3 maddesi açıkça daha

¹²³² İpek, s. 85.

¹²³³ Stone, s. 95-130.

yakın bir bağlantıyı tercih eder. 4/3 maddenin ilk cümlesi şunları belirtir: "*davanın tüm koşullarından, haksız fiil 1 veya 2. paragraflarda belirtilenden başka bir ülke ile açıkça daha yakından bağlantılı olduğu anlaşılıyorsa, o ülkenin hukuku uygulanacaktır*". İkinci cümlesi şunları ekliyor: "*başka bir ülke ile açıkça daha yakın bir bağlantı, özellikle söz konusu haksız fiil ile yakından bağlantılı olan bir sözleşme gibi taraflar arasında önceden var olan bir ilişkiye dayanabilir*". Roma II Tüzüğü'nün 4/3 maddesinin ikinci cümlesi, bir ülke ile açıkça daha yakın bir bağlantının, özellikle söz konusu haksız fiil ile yakından bağlantılı olan bir sözleşme gibi taraflar arasında önceden var olan bir ilişkiye dayanabileceğini belirtir. Açıklayıcı anlaşma, önceden var olan ilişkinin gerçek bir sözleşmeden olmadığını gösterir. Bu, müzakerelerin bozulması veya bir sözleşmenin iptali durumunda olduğu gibi, yalnızca düşünülen bir sözleşme ilişkisi şeklini alabilir veya bir aile ilişkisi olabilir. Ancak, önceden var olan ilişkinin bir tüketici veya iş sözleşmesinden oluştuğu ve sözleşmenin bir hukuk seçimi maddesi içerdiği durumlarda, Roma II Tüzüğü'nün 4/3. maddesi, haksız fiillerle ilgili olarak, 1980 Roma Konvansiyonu'nun 5.ve 6. maddeleri uyarınca, sözleşmelerle ilgili olarak, kendisini koruyan hukukun korunmasından zayıf tarafı mahrum bırakma etkisine sahip olamaz¹²³⁴.

En sıkı veya daha sıkı ilişkili hukuk hâkim tarafından mevcut hal ve şartları tarafların menfaatlerini de dikkate alarak değerlendirecektir. Bir istisna hükmü olan en sıkı ilişkili hukukun uygulanması bazı şartların gerçekleştirmiş olmasına bağlıdır. Öncelikle yabancılık unsuruna sahip hayat ilişkisine kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde bir bağlama kuralı uygulanabilme imkânı olmalıdır. İkinci olarak uygulanan kural en sıkı ilişki esasına dayanmalıdır. Üçüncü olarak kendine özgü atipik bir hayat ilişkisi söz konusu olduğundan, kural olarak uygulanması gereken bağlama kuralının atıfta bulunduğu hukuktan başka daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunmalıdır. Son olarak konumuzu ilgilendiren en önemli şart taraflar arasında bir hukuk seçimi söz konusu olmamalıdır¹²³⁵.

En nihayetinde açıkça daha yakından bağlantılı hukuk, en sıkı ilişkili hukuk veya daha sıkı ilişkili hukuk bağlama noktaları gibi irade muhtariyeti ile tayin edilen hukukun da bir bağlama noktası olduğu belirtilmelidir. Bu bağlama noktaları

¹²³⁴ Stone, s. 95-130.

¹²³⁵ Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 133.

birbirleri ile kıyaslanmamalı, hukuk seçimi ile bir diğer ifadeyle subjektif bağlama noktası ile objektif bağlama noktalarının bertaraf edildiği ve böylelikle tarafların uygulanacak hukuku belirlemeleri ile açıkça daha sıkı irtibatlı hukukun uygulanmasını engellediği unutulmamalıdır¹²³⁶.

3.2.3.4. Haksız Fiilin Vasıflandırılmasına Uygulanacak Hukuk

Herhangi bir fiilin sorumluluğu gerektiren bir haksız fiil teşkil edip etmediğini tayin etmek ancak haksız fiilin işlendiği yer kanununa tabidir. Bu hukukun haksız fiil olarak vasıflandırdığı şey, diğer ülke mahkemeleri tarafından da haksız fiil olarak vasıflandırılır. Ancak her iki halde de kamu düzeninin dikkate alınması gerekir¹²³⁷.

3.2.3.5. Tazminatın Hesaplanmasına Uygulanacak Hukuk

Tazminatın konusu zararın tamir ve telafisinden ibarettir. Fakat bütün hukuklar telafi edilecek zararı aynı suretle tarif etmezler. Bu konu ile ilgili tarafların şahsi hakları ile haksız fiilin gerçekleştiği yer hukuku çatışır haksız fiilin gerçekleştiği yer hukuku tercih edilmelidir. Örneğin tazminin manevi zararı ne derece karşıladığı dolayısıyla maddi zarara da sirayet edip etmediği, zarar gören lehine haksız fiilden doğan bazı hakların doğması nedeniyle tazminin miktarında indirim yapıp yapılmayacağı hep bu hukuka bakılarak tayin olunur. Yine müştereken bir haksız fiil işlenmesi durumunda haksız fiilin işlendiği yer hukuku uygulanmalıdır¹²³⁸.

Türk Hukukunda haksız fiilden kaynaklanan tazminatın miktarı konusundaki temel prensip tazminat miktarının zararı aşmamasıdır. Bu temel prensibin istisnası

¹²³⁶ Önal, s. 307; Özdemir Kocasakal, *m. 24*, s. 33; Atamer, s. 425; Gülin, "Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku "Düşünsel Temeller"", *AÜHFD*, S. 57/2, Haziran 2008, (Çevrimiçi), https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000287, 10 Mart 2019, s. 115-133.

¹²³⁷ Seviğ, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 487.

¹²³⁸ Seviğ, *Devletler Hususi* s. 488.

Rekabet Kanunu'nda yer almaktadır. Rekabet Kanunu m. 58/2'ye göre zararın en fazla üç katı oranında tazminata hükmedilebilir¹²³⁹.

3.2.5. Özel Haksız Fiil Türleri

Haksız fiil sorumluluğunun çeşitli şekillere bürünmesi kanunkoyucuyu haksız fiile uygulanacak hukuku tek bir maddede ele almaktan alıkoymuştur. Haksız fiile uygulanacak hukukun genel bağlama kuralları m. 35'te ele alındıktan sonra bu genel kuralın yetersiz kalabileceği endişesiyle özelliği olan haksız fiillerin alt türleri için 35-38. maddeleri arasında ayrı bağlama kuralları belirlemiştir. Bu özel kuralların kapsamına girmeyen haksız fiiller için m. 34'teki genel kural uygulanacaktır. Örneğin çevrenin kirletilmesine ilişkin MÖHUK'ta bir hüküm bulunmadığından bu konuda hâkim m. 34 genel kuralını uygulayacaktır¹²⁴⁰.

34. maddenin son fıkrasında düzenlenen haksız fiile uygulanacak hukuku seçme serbestisinde kanunkoyucu tarafların haksız fiil meydana geldikten sonra hukuk seçimi yapılabileceklerini hüküm altına almıştır. Bu kuralın özel bağlama kuralları ile düzenlenen haksız fiilin alt türleri için de uygulanma imkânının olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Genel kural haricindeki özel bağlama kurallarının hiçbirinde tarafların karşılıklı anlaşmaları neticesinde uygulanacak hukuku seçebilecekleri yönünde bir imkân verilmemektedir. Bir görüşe göre MÖHUK haksız fiiller alanında verdiği hukuk seçimi imkânı ile sözleşmeler alanında verdiği hukuk seçimi imkânının kapsamı birbirinden farklıdır. Gerçekten haksız fiil alanında hukuk seçiminin kapsamı daha dar ve sınırlıdır. Hem sözleşmeler alanında bazı özel sözleşme türleri bakımından sınırlı da olsa hukuk seçimi kabul edilmişken, haksız fiilin özel türlerinde taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmamış, sadece bazı özel durumlarda zarar görene tek taraflı olarak kullanabileceği bir seçim imkânı sunulmuştur¹²⁴¹.

Doktrinde m. 35'in birinci ve üçüncü fıkraları kapsamında kişilik haklarının ihlalden doğan taleplere uygulanacak hukukun taraflarca m. 34/5 uyarınca seçilmesinin mümkün olduğu, aynı şekilde m. 36'da düzenlenen imalatçının

¹²³⁹ Tarman, *El Kitabı*, s. 139.

¹²⁴⁰ Tarman, *El Kitabı*, s. 135.

¹²⁴¹ Tiryakioğlu, *Haksız Fiiller*, s. 213.

sözleşme dışı sorumluluğu alanında da tarafların hukuk seçiminde bulunma imkânlarının olduğunu ileri süren bir görüş de bulunmaktadır¹²⁴². Ancak kanunkoyucunun özel haksız fiil türlerini ayrı ayrı maddelerde düzenlemeyi tercih edip sadece kişilik haklarının ihlalinde sorumluluk ve imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu durumlarında zarar görenin tercihinine dayalı, tek taraflı ve sınırlı bir hukuk seçimi tanımış olması karşısında bu görüşe katılmamız mümkün görünmemektedir.

3.2.5.1. Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk

Özel bir haksız fiil türü olarak kabul edilen basın, radyo, televizyon, internet veya diğer kitle iletişim araçlarıyla yapılan kişilik hakları ihlallerinde kişilik hakkı ile ifade ve basın özgürlüğü karşı karşıya gelmektedir. Bu gibi durumlarda MÖHUK m. 34'teki genel bağlama kuralı zarar görenleri koruma hususunda yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle MÖHUK'un 35. maddesi İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 139. maddesinden esinlenilerek ayrıca kaleme alınmıştır.

Madde başlığı kişilik haklarının ihlalinde sorumluluk olsa da sadece söz konusu medya veya kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlallerine uygulanabilir, başlık tüm kişilik hakkı ihlallerine uygulanacakmış gibi bir izlenim vermekte ve yanıltıcı görünmektedir.

Medya veya kitle iletişim araçları dışında kişilik haklarının ihlali durumlarına MÖHUK m. 34'teki genel kural uygulanacaktır¹²⁴³. Kitle iletişim yayını yapmayan, özelleştirilmiş bir ileti aracı ile beyan edilen ifadelere bu madde kapsamında değildir¹²⁴⁴.

MÖHUK m. 35 kişilik haklarının basın, radyo, televizyon, internet veya diğer kitle iletişim araçlarıyla ihlalinde oluşan zararlara uygulanacak hukuku ele almaktadır. Maddede zarar gören tarafa seçebileceği üç alternatif hukuk

¹²⁴² Tarman, *El Kitabı*, s. 19-28.

¹²⁴³ Sibel Özel, "İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku 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*, İstanbul, 2010, s. 225; Tiryakioğlu, *Haksız Fiiller*, s. 212; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 364; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 314; Tütüncübaşı, s. 145; Tarman, *El Kitabı*, s. 139.

¹²⁴⁴ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 368.

gösterilmiştir. Bunlar: “a) zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilebilecek durumda ise zarar görenin mutad meskeni hukuku veya b) zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku veya, c) zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise, zararın meydana geldiği ülke hukukudur”. Maddede sanki dört farklı bağlama noktasından birini seçme fırsatı sunuluyormuş gibi görünse de aslında sunulan seçimlik bağlama noktası üç tanedir. a bendinde yer alan zarar görenin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için zarar verenin zararın bu ülkede meydana gelebileceğini bilmesi aranmaktadır. Dolayısıyla zarar görenin mutad meskeni aynı zamanda zararın meydana geldiği yer ise uygulanabilecektir. Oysa zararın meydana geldiği yer hukuku ayrıca c bendinde düzenlenmiştir¹²⁴⁵.

Zarar gören tarafa alternatif olarak sunulan birinci ve üçüncü hukukların seçilebilmesi zarar verenin, zararın zarar görenin mutad meskeninde ya da zararın meydana geldiği yerde meydana geleceğini öngörmesi yani bilebilecek durumda olması şartına bağlanmıştır. Bu şart faili koruyucu bir hükümdür. Zarara sebebiyet veren basılı bir eserin yayıncı tarafından belli bir ülkeye göndermiş olmadığı halde, zarar bu ülkede meydana gelmişse, zarar verenin o ülkede meydana gelecek zararları bilecek durumda olmadığı söylenebilir¹²⁴⁶.

Sunulan bu üç imkândan zarar verenin iş yeri veya mutad meskenin bulunduğu hukukların kişilik hakkı ihlal edildiği için zarar gören mağdur tarafından seçilebilmesi için zarar verenin oluşacak zararı bilebilecek durumda olması yani öngörme şartı aranmamıştır.

Zarar görene sunulan bu üç seçimlik hak sözleşmeden veya haksız fiilden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk gibi tarafların karşılıklı iradelerinin oluşmasıyla oluşan bir hukuk seçimi değildir¹²⁴⁷. Burada sadece mağdurun karşı tarafın kabulüne ihtiyaç duymayan tek taraflı iradesine kanun tarafından etki tanınmıştır¹²⁴⁸.

¹²⁴⁵ Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 315; Tütüncübaşı, s. 147.

¹²⁴⁶ Çelikel, Erdem, s. 472; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 364-365; Özel, *Kişilik Hakkının İhlali*, s. 226-227; Tütüncübaşı, s. 147.

¹²⁴⁷ Çelikel, Erdem, s. 472.

¹²⁴⁸ Tütüncübaşı, s. 148.

Kişilik haklarının ihlalinde sorumluluk başlıklı m. 35'in üçüncü fıkrasında kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması sebepleri ile kişilik haklarının ihlal edilmesi halinde uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Fıkraya göre kişilik haklarının kişisel verilerin elde edilmesi, kaydedilmesi, değiştirilmesi, silinmesi veya yok edilmesi, yeniden düzenlenmesi, üçüncü kişilere aktarılması, kullanımının sınırlandırılması amacıyla işaretlenmesi, tasnifi yoluyla işlenmesi veya bilgi alma hakkının sınırlandırılması sonucu ihlal edilmesi yoluyla oluşan haksız fiil zararları bu kapsamdadır. Bütün bu sayılan hallerde m. 35/1'deki hüküm uygulanacaktır. Bu fıkra kapsamındaki hallerde aynen birinci fıkra olduğu gibi zayıf durumda olan kişinin özel olarak korunması amacıyla m. 34'ten daha geniş kapsamlı bir korumaya ihtiyaç duyulmuştur¹²⁴⁹.

Maddede açık olarak yer almamış olmakla beraber ¹²⁵⁰ m. 35'in uygulanabilme koşullarından birisi kişilik hakkı ihlalinin kamuya açık bir ortamda gerçekleşmiş olmasıdır¹²⁵¹. Örneğin internet ortamında gerçekleştirmiş olmakla birlikte kamuya açık olma koşulunu taşımayan bir elektronik posta yoluyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlalleri m. 35 kapsamında değil, m. 34'te düzenlenen genel haksız fiil kuralı çerçevesinde değerlendirilir ¹²⁵². Yine basın, radyo, televizyon gibi yayın kuruluşlarında gerçekleşen ihlallerde bu şartın gerçekleşmiş olduğundan şüphe duyulmaz. Kamuya açık yayımdan, haberin veya bilginin kapalı olmayan ve belirsiz kişileri hedef alan bir çevreye yayımlanması anlaşılmalıdır¹²⁵³.

MÖHUK m. 35, konuyu üç fıkra ile düzenlemiş bulunmaktadır. İlk fıkra hukuk seçimi, ikinci fıkra kişilik haklarının ihlalinde cevap hakkına uygulanacak hukuk düzenlenmiş ve son fıkra kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması yolu ile kişiliğin ihlal edilmesinin ilk fıkra tabi olduğu bildirilmiştir.

¹²⁴⁹ Çelikel, Erdem, s. 472.

¹²⁵⁰ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 369.

¹²⁵¹ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 369; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 314.

¹²⁵² Tütüncübaşı, s. 145.

¹²⁵³ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 369.

3.2.5.1.1. Kişilik Haklarının İhlalinde Cevap Hakkına Uygulanacak Hukuk

Cevap hakkı, basın özgürlüğünün kötüye kullanımını engellemek amacıyla yayınlandığı ülke hukukudur. Hiç şüphesiz bu hukuk cevap hakkını kullanarak kendini savunmak isteyen mağdur bakımından ihtilafla en sıkı ilişkili hukuktur¹²⁵⁴.

Hukuk seçimi konusuna değinilmeyen fıkrada, m. 35/1’de zarar görene sunulan alternatiflere de bir istisna getirmiş durumdadır. Dolayısıyla zarar görenin sınırlı da olsa herhangi bir hukuk seçimi imkânı bulunmamaktadır. Doktrinde de haklı olarak önemli olanın kişilik hakkı ihlale uğrayanın cevap hakkının korunması olduğu ve bunu sağlayacak hukukun gerçekten de baskının yapıldığı veya kişilik hakkını ihlal eden yayının yapıldığı devlet hukuku olduğu vurgulanmıştır¹²⁵⁵.

MÖHUK m. 35/2’de düzenlenen cevap hakkına uygulanacak hukuk süreli yayınlarda münhasıran baskının yapıldığı veya programın alma hakkının sınırlandırılması sebepleri ile kişilik haklarının ihlaline uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Yayın yoluyla kişilik haklarının ihlali durumunda mağdurun sahip olduğu cevap hakkı hususunda 35. maddenin ikinci fıkrasında sadece süreli yayınlar açısından uygulanacak hukuk düzenlenmiş ve zarar görenin bu husustaki seçim hakkı kısıtlanmıştır. Buna göre cevap hakkına uygulanacak hukuk sadece baskının yapıldığı ya da radyo, televizyon veya internet yoluyla yayınlanan programlarda ise programın yayınlandığı ülke hukukuna tabi kılınmıştır. Bu düzenlemeye gerekçe olarak zarara sebep yayını yapanın tek bir yayın için bile çok farklı ülke hukuklarına tabi olmasının yayın özgürlüğünü tehlikeye sokabilecek olması gösterilmiştir. Ancak süreli yayınlarda yayın yeri olarak “İstanbul&Frankfurt” veya “Ankara &Berlin” gibi birden fazla ülke gösterilmişse, zarar gören için seçimlik bir hak doğmuş olur¹²⁵⁶.

3.2.5.1.2. Uluslararası Düzenlemeler

Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin 864/2007 sayılı Roma II Tüzüğü’nün uygulama alanına girmeyen konulardan birisi olan kişilik

¹²⁵⁴ Çelikel, Erdem, s. 472.

¹²⁵⁵ Çelikel, Erdem, s. 472.

¹²⁵⁶ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 370; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 412; Tütüncübaşı, s. 149.

haklarının ihlalinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk, İsviçre ve Türk Hukuku da dâhil birçok ülkede ayrı kanunlar ihtilafı kuralına konu olmuştur. Kişilerin özel hayatına ilişkin bilgilerin ifşası, kişisel verilerin korunmasının ihlali ve hakaret fiilleri de dâhil olmak üzere kişilik haklarının ihlalinden doğan zararların özellikle kapsam dışı tutulması kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması amacına ulaşılmasını engellemektedir. Bu nedenle tüzükte ciddi bir eksiklik bulunduğu yönünde eleştiriler bulunmaktadır. Tüzükteki bu eksiklik kişilik haklarının ihlalinden doğan uyuşmazlıklarda her ülkenin kendi iç hukukunda bulunan kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacağı şeklinde yorumlanmaktadır¹²⁵⁷.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında genelde kişilik haklarının ihlaline şu hukukların uygulandığı görülmektedir: Davalının fiili işlediği yer hukuku, davalının yerleşim yeri veya kuruluş yeri hukuku, yayım yeri hukuku, zarar yeri hukuku ve davacının yerleşim yeri hukuku¹²⁵⁸.

3.2.5.2. İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu

Ürün sorumluluğu, imalatçının; tasarım, üretim ve bilgilendirme aşamalarında sebebiyet verdiği güvenlik eksikliği dolayısıyla bozuk bir ürünü piyasaya sürmüş olması şeklinde tezahür eden bir hukuka aykırılıktır. Ürün sorumluluğuna özgü kurtuluş sebepleri istisna kalmak koşuluyla, imalatçının her türlü özeni göstermesine rağmen bozukluğun meydana geldiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulması kabul görmemektedir. Bu nedenle ürün sorumluluğunun, kendisine has kurtuluş kanıtları haricinde, sözleşme dışı ağırlaştırılmış bir sorumluluk olarak kabul edilmesi gerekir¹²⁵⁹.

Özel bir haksız fiil türü olarak kabul edilen imalatçının sorumluluğu konusu, bazı hukuk sistemlerinde kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmişken bazı hukuk sistemlerinde ise genel haksız fiil hükümlerine dayandırılarak kusur esası aranmaktadır. İmalatçının sorumluluğunu kusursuz sorumluluğa dayandıran ülkelerin hukuklarına göre imalatçı ürettiği malda kusur bulunmasa dahi meydana gelen

¹²⁵⁷ Sarıöz, *Haksız Rekabet*, s. 97-98.

¹²⁵⁸ Can, Tuna, s. 465.

¹²⁵⁹ Demirci, Serdar, “Ürün Sorumluluk Sigortasına Sorumluluk Hukuku ve Genel Şartlar Çerçevesinde Güncel Bir Bakış”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2019/3, s. 145.

zarardan sorumlu tutulmaktadır. İmalatçının sorumluluğunu genel haksız fiil hükümlerinden ayrı olarak düzenlememiş olan ülke hukuklarına göre ise ayıplı mal ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı halinde imalatçı da bu malı imal ederken kusurlu olduğu ispat dileyebilirse imalatçı sorumlu tutulmaktadır¹²⁶⁰.

İmalatçının sorumluluğu ifadesi ile imal edilen ürünlerdeki ayıp nedeniyle ortaya çıkan bedensel veya maddi zararlar sebebiyle zarar görene karşı sözleşme dışı sorumluluk halleri ifade edilmektedir. Zira birçok durumda imalatçı ve satıcı farklı kişi veya işletmeler olup son kullanıcı ile imalatçı arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmadığı görülmektedir. Bu nedenle oluşan zararlar hususunda imalatçının sözleşmeden değil haksız fiilden doğan sorumluluğu söz konusu olmaktadır¹²⁶¹.

3.2.5.2.1. Uluslararası Düzenlemeler

Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü'nde imalatçının sorumluluğu m. 5'te düzenlenmiştir: *“Roma II'nin 4/2 maddesine halel gelmeden bir üründen kaynaklanan akit dışı sorumluluğa aşağıda belirtilen hukuklar uygulanacaktır:*

a) ürün o ülkede pazarlanıyorsa zararın meydana geldiği zaman zarara uğrayan kişinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku; yoksa

b) ürün o ülkede pazarlanıyorsa ürünün iktisap edildiği yer hukuku; yoksa

c) ürün o ülkede pazarlanıyorsa zararın meydana geldiği yer hukuku

Bununla birlikte sorumlu olduğu iddia edilen kişi, ürünün o ülkede pazarlandığını makul olarak öngörmemiş ise o takdirde sorumlu olduğu iddia edilen kişinin mutad meskeni hukuku uygulanır.

Olayın şartlarından açıkça başka bir ülke hukukunun daha sıkı ilişkide olduğu anlaşılır ise, daha sıkı ilişki içinde olan ülkenin hukuku uygulanır. Başka bir ülke ile daha sıkı ilişki, taraflar arasında akdedilen bir sözleşme gibi daha önce mevcut bir ilişkinin varlığı halinde tesis edilebilir.”

¹²⁶⁰ Sibel Özel, “İmalatçının Sorumluluğu”, *10. Yılında MÖHUK Sempozyumu*, 2017, Ankara, s. 394-420.

¹²⁶¹ Tütüncübaşı, s. 149.

Ürünlerden dolayı sorumluluğa uygulanacak hukuk hakkında ortak kurallar koymak amacıyla 1973 tarihinde kabul edilen İmal Edilen Şeylerden Sorumluluk Hakkında La Haye Sözleşmesi, asli bağlama kuralı olarak haksız fiilin meydana geldiği yerin aynı zamanda zarara uğrayan mağdurun mutad meskeni veya kendisine karşı sorumluluk iddiasında bulunulan zarar verenin asıl iş merkezinin bulunduğu yer veya zarar gören kişinin ürünü satın aldığı yerlerden birisi olması halinde o yer hukukunun uygulanmasını belirtmiştir. Zarar görenin mutad meskeninin bulunduğu yer aynı zamanda sorumlu olduğu iddia edilen zarar verenin esas işyerinin bulunduğu yer ise veya zarar gören kişinin malı aldığı yer ise yukarıdaki genel kuralın yerine imalatçının sorumluluğuna uygulanacaktır. Sözleşmede ayrıca imal edilen şeyin piyasaya sürüldüğü yerin koruyucu kurallarının da uygulanacağı belirtilmiştir. Türkiye'nin bu sözleşmeye taraf olmadığını belirtmeliyiz¹²⁶².

3.2.5.2.2. Türk Hukukunda Durum

İmalatçının sorumluluğu önceki 2675 sayılı MÖHUK'ta genel olarak haksız fiillere uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirilmişti. 5718 sayılı MÖHUK gözetilmesi gereken menfaatleri de kapsayacak şekilde imalatçının sözleşme dışı sorumluluğunu ayrı bir maddede incelemiştir. Yabancılik unsuru içeren bu tür sorumluluklara uygulanmak üzere Türk Hukukunda İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku Kanunu m. 135'ten esinlenilerek özel bir bağlama kuralına yer verilmiştir¹²⁶³.

Türk Hukukunda imal edilen şeylerden doğan sözleşme dışı sorumluluk ilişkisinde zarar gören ile zarar verenin menfaatleri dengelenmek istenmiş, bunun için de öncelikli olarak zarar görenin menfaatinin korunması amacıyla MÖHUK m. 36'da imalatçının sorumluluğuna uygulanmak üzere zarar görene sınırlı bir hukuk seçimi imkânı getirilmiştir¹²⁶⁴. Buna göre, imalatçının imal ettiği şeyden dolayı zarar gören taraf, zarar verenin mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku veya işyerinin

¹²⁶² Can, Tuna, s. 471.

¹²⁶³ Özel, *Kişilik Hakkının İhlali*, s. 220; Özel, *Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçı*, s. 879 vd.; Çelikel, Erdem, s. 476; Tütüncübaşı, s. 149.

¹²⁶⁴ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 367-368; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 446.

bulunduğu yer hukuku yahut imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuklarından birini seçebilir.

Zarar görenin malı iktisap ettiği ülke hukukunu seçebilmesi için zarar verenin malın o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispat edememiş olması şartı aranmaktadır. İmalatçının, malın iktisap edildiği ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispatlaması halinde artık zarar gören malın iktisap edildiği ülke hukukunu seçemez. Bu hüküm ile kanunkoyucu zarar gören ile zarar veren arasındaki menfaatleri dengelemeyi amaçlamıştır.

Ancak bu seçim sözleşmelere uygulanacak hukukun seçimi gibi tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşması ile yapılan bir seçim değildir¹²⁶⁵. Burada sadece mağdurun karşı tarafın kabulüne ihtiyaç duymayan tek taraflı iradesine kanun etki tanımıştır¹²⁶⁶. İktisap yeri hukuku genellikle imalatçının bilmediği veya tahmin edemeyeceği bir hukuk olduğu için taraflar arasında denge bu şekilde sağlanmaya çalışılmıştır¹²⁶⁷.

Maddede zarara sebebiyet veren ayıplı malın nerede üretildiğinin dikkate alınmadığı görülmektedir. Böylece imalatçının daha düşük standartta sorumluluk öngören bir ülkede üretim yaparak kendi iş merkezinin bulunduğu ülkenin muhtemelen daha yüksek olan sorumluluk standartlarından kaçmasının önüne geçilmiştir¹²⁶⁸.

Birçok uluslararası şirketin bazı devletlerde var olan vergi avantajları veya kuruluş masraflarının düşük olması sebebiyle böyle bir ülkede kurulup imalat ve satışlarını başka ülkelerde yaptıkları düşünüldüğünde, ürünün iktisap edildiği yer hukukunun uygulanmadığı durumlarda imalatçının mutad meskeni veya işyeri hukukunun ilişkiyle hiçbir bağlantısı olmadığı halde dahi uygulama alanı bulabilecektir. MÖHUK m. 36'da daha sıkı irtibatlı hukuk kuralı bulunmadığı için herhangi bir istisna söz konusu olmayacak ve ilişkiyle bağı olmasa da imalatçının mutad meskeni veya iş yeri hukuku uygulama alanı bulabilecektir¹²⁶⁹.

¹²⁶⁵ Çelikel, Erdem, s. 477.

¹²⁶⁶ Tütüncübaşı, s. 150.

¹²⁶⁷ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 368.

¹²⁶⁸ Özel, *Kişilik Hakkının İhlali*, s. 223; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 318; Tütüncübaşı, s. 150.

¹²⁶⁹ Özel, *Kişilik Hakkının İhlali*, s. 224; Feriha Bilge Tanrıbilir, "Akit Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu", *GÜHFD*, C. XIV, S. 2, Y. 2010, s. 121-140.

3.2.5.3. Haksız Rekabet

Milletlerarası özel hukukta olduğu gibi maddi hukukta da rekabet hukukuna aykırı davranışlar bir çeşit haksız fiil oluşturur¹²⁷⁰.

Haksız fiil hallerinin özel nitelikli düzenlemelerinden bir diğeri de haksız rekabettir. Türk devletler özel hukukunda haksız rekabet, Avusturya Devletler Özel Hukuku Kanunu (IPRG m. 48/2) ve İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu (IPRG m. 136/1) olduğu gibi haksız rekabeti ayrıca düzenlemiştir. Bu düzenlemelerin ortak noktası haksız rekabetten oluşan zarara uygulanacak hukuk olarak pazarı etkilenen devletin hukukunu belirlemiş olmalarıdır. Türk Hukukunda pazarı etkilenen devletin hukuku bağlama noktasının hem haksız rekabetten doğan zararlar hem de rekabetin engellenmesinde uygulanmaktadır.

Türk Hukukundaki düzenlemeden farklı olarak İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun 137. maddesi “piyasası doğrudan etkilenen” ifadesi yerine “piyasası üzerinde etkinin meydana geldiği” ifadesini kullanmıştır¹²⁷¹. Bu düzenlemelerin aksine Fransız hukukunda haksız rekabet haksız fiillere ilişkin düzenlemeler çerçevesinde ele alınmış, ayrıca düzenleme gereği duyulmamıştır¹²⁷².

Haksız rekabete yol açan fiillerin temelde haksız fiil olarak değerlendirilmesi bu fiiller için de fiilin vuku bulduğu yer hukukunun (*lex loci delicti*) uygulanmasını gerektirmiştir. Ancak 1967 yılında Uluslararası Haksız Rekabet Cemiyeti Nice Kongresi’nde haksız rekabet fiillerinin maddi zarardan çok ekonomik zarara yol açtığı, bu nedenle “fiilin işlendiği yer”in farklı bir şekilde yorumlanması gerektiği savunulmuştur. “Fiilin işlendiği yer” kavramından kastın ekonomik menfaatlerin çatıştığı yer olduğu belirtilmiştir¹²⁷³.

Haksız rekabete uygulanacak hukuku, haksız fiillere uygulanacak hukuktan ayrı bir madde ile düzenleyen Roma II Tüzüğü haksız rekabetin bir tanımını yapmamıştır. Avrupa Komisyonu’na göre, “*Haksız rekabete ilişkin kuralların amacı, rekabet düzenine tüm katılanların oyunu aynı şartlarda oynamalarını sağlamaktır. Diğer hususların yanı sıra bu kurallar, talebi etkileyen ve rekabeti engelleyen*

¹²⁷⁰ Aslan, s. 14.

¹²⁷¹ Kayış, s. 114-115.

¹²⁷² İpek, s. 81.

¹²⁷³ Sarıöz, *Haksız Rekabet*, s. 110-111.

*eylemleri de yasaklamaktadır. Modern rekabet hukuku kuralları yalnızca rakipleri korumamakta aynı zamanda tüketiciyi ve piyasa düzenini de korumayı amaçlamaktadır*¹²⁷⁴.

3.2.5.3.1. Piyasa Yeri Kuralı

Doktrinde ağırlıklı görüşe ve karşılaştırmalı hukuka göre rekabet piyasasında tüm diğer rakiplerle aynı oranda sıkı ilişkili hukuk olan ve rekabet piyasasında yer alan iştirakçilerin tamamını yani rakipleri, kamuyu ve tüketicileri aynı oranda koruyan hukuk haksız rekabetten etkilenen ekonomik piyasanın yer aldığı ülke hukukudur¹²⁷⁵. Piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku, aslında genel olarak haksız fiillere uygulanan ika yeri kuralının rekabet hukukundaki görünümü olarak kabul edilmektedir¹²⁷⁶. Artık birçok ülkenin kanunlar ihtilafı sisteminde kabul gören etkilenen piyasa hukuku, çeşitli kanuni düzenlemelerde farklı isimlerle nitelendirilmektedir. Haksız rekabet fiilinin sonuç doğurduğu ülke hukuku, rakip işletmelerin ticari menfaatlerinin çatıştığı yer hukuku, müşterilere yönelik aldatıcı davranışlarda bulunulması ihtimali olan yer hukuku, mal ve hizmetlerin rekabet halinde olduğu yer hukuku, fiilin rekabet ilişkilerinin etkilediği yer hukuku gibi örnekler vermek mümkündür¹²⁷⁷.

Piyasa yeri kuralının kabul edilmesinde hem haksız rekabet faili hem de haksız rekabete konu olan fiilden zarar gören kişi açısından hukuki kesinlik ve güvenliğin sağlanması önemli bir rol oynamıştır. Kendi ülkesi dışında, başka bir ülke piyasasında rekabet eden tacirin, bir uyuşmazlık halinde hangi hukukun uygulanacağını önceden bilmesi önemlidir. Öte yandan haksız rekabet fiili nedeniyle zarar gören kişinin haklı menfaati ve beklentisi, meydana gelen zararın içinde bulunduğu piyasayı düzenleyen hukuk kurallarına göre tazmin edilmesidir. Sonuç olarak MÖHUK m. 37’de haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara piyasa yeri

¹²⁷⁴ Kayış, s. 107.

¹²⁷⁵ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 371; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 367; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 319-320; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 413; Can, Tuna, s. 473.

¹²⁷⁶ Tiryakioğlu, *Haksız Fiiller*, s. 214-215; Çelikel, Erdem, s. 479-480; Güven, s. 41 vd.; Tütüncübaşı, s. 152

¹²⁷⁷ Sarıöz, *Haksız Rekabet*, s. 117.

hukukunun uygulanacağı yönündeki düzenleme, taraflar açısından hukuki kesinlik ve güvenlik sağlamaktadır¹²⁷⁸.

3.2.5.3.2. Haksız Rekabette İrade Muhtariyeti

Haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda irade muhtariyeti konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Avusturya MÖHUK m. 35’de tüm borç ilişkilerini kapsayacak biçimde hukuk seçimine imkân tanınmakla beraber özellikle belli bir ülke piyasasını etkileyen haksız rekabet fiilleri için uygulanıp uygulanmayacağı noktasında Avusturya doktrininde tartışmalar bulunmaktadır. Burada sadece belirli kişilerin değil, ortak ve üstün bir menfaatin korunduğu dile getirilmektedir¹²⁷⁹. İsviçre doktrininde ise çoğunlukla haksız rekabet alanında hukuk seçimi kabul görmektedir. Buna göre haksız fiilin özel bir türü olan haksız rekabet halinde hukuk seçimini engelleyecek haklı bir neden bulunmamakta ancak bu seçimin yalnızca *lex fori* lehine sınırlandırıldığı görülmektedir. *Lex fori* sınırlamasıyla hukuk seçiminin kötüye kullanımı engellenmek istenmiştir. İsviçre’nin aksine Alman hukukunda hukuk seçimi imkânının haksız rekabet hukuku alanında kabul edilmemesi gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre haksız rekabet hukukunun zarar göreni korumak dışında rakibi ve piyasadaki diğer alıcıları da koruma işlevi (*par conditio concurrentium*), haksız rekabetten doğan taleplerin piyasası etkilenen yer hukukuna bağlanmasını gerektirmektedir. Alman hukukundaki bu baskın görüş Roma II Tüzüğü’nde kendine yer bularak m. 6’da haksız rekabet ve rekabetin engellenmesinden doğan uyuşmazlıklarda hukuk seçimine yer verilmemiştir¹²⁸⁰.

Belirli bir ülkenin piyasasını etkileyen haksız rekabet fiilleri ile ilgili olarak irade muhtariyetinden bahsedebilmek mümkün olmaz. Zira bu tür haksız fiil halleri sadece taraflar açısından sonuç doğurmamaktadır. Bunun aksine münhasıran belirli bir işletmenin ticari menfaatlerini etkileyen haksız rekabet fiilleri bakımından irade muhtariyeti değerlendirilmelidir. Zira bu hallerde belirli bir piyasa menfaati söz konusu olmamakla beraber haksız rekabet ilişkisinin gerçek tarafları fail ve ticari menfaatleri zedelenen rakip işletmedir. İsviçre doktrininde ise bu görüş kabul

¹²⁷⁸ Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 92.

¹²⁷⁹ Sarıöz, *Haksız Rekabet*, s. 184-185.

¹²⁸⁰ Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 127-129.

edilmemekte, münhasıran belirli bir işletmenin menfaatlerinin etkilendiği haksız fiiller için dahi taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmamalıdır, zira bu halde de rekabetin işleyişi etkilenmekte ve dolayısıyla kamusal bir zarar doğmaktadır¹²⁸¹.

Doktrinde haksız rekabet alanında hukuk seçimine yer verilmesinin bazı sorunları da beraberinde getireceğinden bahsedilmiştir. Özellikle münhasıran bir işletmenin menfaatlerini etkileyen fiiller ile piyasayı etkileyen fiillerin her zaman net bir şekilde anlaşılamayacağı belirtilmiştir. Buna göre hukuk seçiminin rakipler söz konusu ise serbest bırakılması, tüketiciler söz konusu ise tüketici için daha elverişli huku seçimi istisnası dışından hukuk seçimine izin verilmemesi şeklinde bir çözüm tavsiye edilmiştir¹²⁸².

MÖHUK m. 37 haksız rekabette irade muhtariyeti konusunda bir düzenleme getirmemiştir. Bir görüşe göre haksız rekabette taraf iradesine yer verildiği takdirde tüketici ve kamu menfaatleri korunamaz. Ancak diğer görüş hukuk seçiminin taraflarla sınırlı olduğu ve üçüncü kişilerin hukuki durumlarının hukuk seçiminden etkilenmeyeceğinden hareket eder¹²⁸³. Diğer taraftan MÖHUK m. 37 haksız fiillerde üçüncü kişilerin haklarını koruyucu m. 34/5'teki gibi bir düzenleme de içermemektedir. Ancak sözleşmeler alanında geçerli olan m. 24/3 hükmünün kıyasen haksız rekabet için de uygulanabileceği dile getirilmiştir¹²⁸⁴.

Haksız rekabete uygulanacak hukuk bakımından taraf iradelerine yer verilmemesini savunanlar, tüm piyasa katılımcılarının aynı hukuk düzenine sahip olması gerektiğini, hukuk seçimine izin verilmiş olması halinde aynı piyasayı etkileyen ve aynı hukuki sebebe dayanan olaylara farklı hukukların uygulanması neticesinde hukuk birliğinin bozulacağını öne sürmektedirler. Diğer yandan tazminat talepleri bakımından böylesi bir tehlikenin bulunmadığı, zira bir tazminat davasında piyasa yeri hukuku dışında bir hukukun seçilmiş olmasının aynı fiil nedeniyle aynı faile karşı açılan başka bir davaya etkisinin olmayacağı da ileri sürülmüştür. Haksız rekabetten doğan taleplerin davayı açan kişiye bağlı olarak farklılık arz edeceğinden şüphe yoktur. Buna göre tazminat davaları bakımından hukuk seçimine cevaz verilmesinde bir sakınca bulunmamakla birlikte haksız rekabetin tespiti, eski hale

¹²⁸¹ Sarıöz, *Haksız Rekabet*, s. 158, s. 185-186; Tarman, *Yabancılık*, s. 24, Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 130.

¹²⁸² Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 131,132.

¹²⁸³ Tarman, *Yabancılık*, s. 28.

¹²⁸⁴ Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 129-130.

iade ve haksız rekabetin önlenmesi konularında hukuk seçimine imkân tanındığı ölçüde hukuk birliğinin bozulabileceği endişesi haklı görülmelidir¹²⁸⁵.

3.2.5.3.3. Yabancılık Unsuru

Haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklar bakımından yabancılık unsuru taraflardan birinin yabancı olması, uyuşmazlığa konu fiilin yabancı ülkede gerçekleşmiş olması veya söz konusu fiilin sonuçlarını yabancı bir ülkede doğurmuş olması hallerinde gerçekleşmiş kabul edilir. Kısacası haksız rekabet eyleminin birden fazla ülke ile bir şekilde ilişkili olması yabancılık unsurunun ortaya çıkması için yeterli olacaktır. Örneğin yabancı bir şirket tarafından Türk piyasalarını etkileyecek bir haksız rekabet fiilinin işlenmesi MÖHUK'un uygulanmasını gerektirir. Haksız rekabet fiilinin yurt dışında gerçekleşmesi ancak sonuçlarını Türkiye'de doğurmuş olması da kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını gerektirir¹²⁸⁶.

Uygulamada herhangi bir önem arz etmemekle ve teorik bir ayrım olarak kalmış olmakla birlikte yabancılık unsurunun doktrinde ikili ayrıma tabi tutulduğuna değinmeden geçmeyelim. Doktrinde haksız rekabet fiilleri açısından objektif ve subjektif yabancılık unsurundan bahsedilmektedir. İki veya daha fazla ülkeyi içine alan uyuşmazlıklarda objektif yabancılık unsuru bulunur. Bu durumda hangi ülke yargısına başvurulduğundan bağımsız olarak milletlerarası özel hukukun uygulama alanına girecek bir haksız rekabet uyuşmazlığından bahsedilir. Böylece somut uyuşmazlıkla hiç ilişkisi olmayan hâkim objektif yabancılık unsurundan dolayı milletlerarası özel hukuk hükümlerini ve kanunlar ihtilafı kurallarını uygular. Diğer taraftan yabancılık unsurunun yargısına başvuru hâkimin hukukuna göre tespit edildiği hallerde subjektif yabancılık unsurundan bahsedilmektedir¹²⁸⁷.

3.2.5.3.4. Kamu Düzeni

Haksız rekabet hükümlerinin tüketici ve müşterileri koruduğu göz önünde tutulduğunda kamu düzeni kavramı ancak taraflardan birinin tacir olmadığı

¹²⁸⁵ Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 130.

¹²⁸⁶ İpek, s. 81-82.

¹²⁸⁷ İpek, s. 82-83.

uyuşmazlıklar ile sınırlı olarak uygulama alanı bulabilecektir. Zaten Yargıtay'ın da şu ana kadar ne haksız fiillerle ne de haksız rekabetle ilgili kamu düzeni gerekçesiyle verdiği bir karar bulunmaktadır¹²⁸⁸.

Rekabetin engellenmesi ile ilgili MÖHUK m. 38/2'deki gibi bir hükme haksız rekabet hususunda yer verilmemiş olması eleştirilmiş, kamu düzeni ile ilgili bu tür bir müdahalenin haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda da uygulanması gerektiği hem Türk hem İsviçre doktrininde savunulmuştur¹²⁸⁹.

3.2.5.3.5. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Roma II Tüzüğü m. 16'da "*Akit dışı borç ilişkisine hangi hukuk uygulanırsa uygulansın, hâkimin hukukunun uyuşmazlık açısından uygulanması zorunlu hükümlerinin Tüzükte yer alan kurallar ile bertaraf edilemeyeceği*" belirtilmiştir. Özellikle bir devletin haksız rekabete ilişkin uyuşmazlığa konu malların piyasaya girişi (ithalatı) ile ilgili koyduğu kota veya yasaklar, perakende satışlarda yapılan indirimler veya hediye satışları ile ilgili düzenlemeler doğrudan uygulanan kurallara örnek gösterilebilir. Bunun gibi, ithal edilen malların başta kamu sağlığını ilgilendiren koşullar olmak üzere sahip olması gereken standartları gösteren düzenlemeler ve genel olarak zayıf tarafta olması sebebiyle tüketicinin korunmasına yönelik düzenlemeler doğrudan uygulanan kurallardan sayılmaktadır¹²⁹⁰.

3.2.5.3.6. Türk Hukukunda Durum

Haksız rekabete uygulanacak hukuk MÖHUK m. 37'de düzenlenmiştir¹²⁹¹. Önceki MÖHUK'ta yer almayan düzenleme oluşturulurken İsviçre MÖHUK'tan esinlenilmiştir. Hükme göre "*haksız rekabetten doğan talepler haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukuna tabidir. Haksız rekabet sonucunda zarar görenin münhasıran işletmesine ilişkin menfaaı ihlal edilmişse, söz konusu işletmenin işyerini bulunduğu ülke hukuku uygulanır*". Görüldüğü üzere

¹²⁸⁸ Sarıöz, *Haksız Rekabet*, s.192, dn. 279 ve 281.

¹²⁸⁹ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 244; Sarıöz, *Haksız Rekabet*, s.193.

¹²⁹⁰ Sarıöz, *Haksız Rekabet*, s. 194-195.

¹²⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 130.

maddede korunan menfaat, birinci fıkrada piyasa, ikinci fıkrada ise haksız rekabetten etkilenen belirli bir işletme söz konusudur. Dolayısıyla taraflara haksız fiillerde olduğu gibi bir hukuk seçimi imkânı verilmemiş, piyasanın kendisini korumak maksadıyla piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku ve münhasıran işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku bağlama noktası olarak belirlenmiştir¹²⁹². Piyasanın tamamının değil, sadece belli bir işletmenin hedef alındığı haksız rekabet hallerinde m. 37/2'ye göre, söz konusu işletmenin iş yerinin bulunduğu yer hukukunun uygulanması kabul edilmiştir¹²⁹³. Doktrindeki bir başka görüş, kanunun haksız fiillerde taraflara hukuk seçme imkânı tanıdığı ve haksız rekabetin de bir haksız fiil türü olmasından bahisle tarafların haksız rekabet hali ortaya çıktıktan sonra uygulanacak hukuku seçmeleri konusunda bir maninin bulunmadığı şeklindedir¹²⁹⁴.

Haksız fiillerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk bakımından irade muhtariyetine sınırlı da olsa yer veren MÖHUK, haksız rekabete ilişkin maddede hukuk seçimi konusunda düzenleme yapmamıştır. Haksız rekabete ilişkin özellikle bir madde ile düzenleme yapılmasaydı, yani 2675 sayılı MÖHUK'taki gibi haksız fiillere ilişkin bağlama kuralı uygulansaydı bu durumda irade muhtariyeti devreye girebilecekti. Ancak 5718 sayılı MÖHUK'un haksız rekabete ilişkin özel bir düzenlemesinin olması ve tarafların iradesine haksız fiiller alanında yer verirken haksız rekabet alanında bu konuya değinilmemiş olması kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak yorumlanmalıdır¹²⁹⁵.

3.2.5.4. Rekabetin Engellenmesi

Rekabet hukuku, uluslararası özel hukukta tarafların her birinin özerkliği üzerine mevcut bütün kısıtlamaları tetiklemeye muktedirdir¹²⁹⁶. Örneğin iki veya daha fazla teşebbüsün aralarında anlaşarak piyasaya yeni girişleri önleyici tedbirler almaları rekabeti engelleyicidir¹²⁹⁷.

¹²⁹² Çelikel, Erdem, s. 478-480.

¹²⁹³ Sarıöz, *Haksız Rekabet*, s. 158-166; Kayış, s. 93-98; Tütüncübaşı, s. 153.

¹²⁹⁴ Nomer, Devletler Hususi, s. 372; Ahmet Galip Kaplan, *Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Halleri*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 159.

¹²⁹⁵ Kayış, s. 130.

¹²⁹⁶ Cordero Moss, s. 289-330.

¹²⁹⁷ Aslan, s. 85.

Rekabetin engellenmesinden doğan taleplere bu engellemeden doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülkenin hukuku uygulanır. Bu alanda en sıkı ilişkiyi temsil eden ülke hukukunun piyasası etkilenen ülke hukuku olduğu genel olarak kabul görmektedir. Bu hukuk rekabetin korunmasını, bozulmadan ve düzenli işletilmesini, çeşitli kartel uygulamalarının önüne geçilmesini düzenler¹²⁹⁸.

Doktrinde özellikle rekabet hukuku alanında tek yanlı bağlama kuralı tercih edilmesi gerektiği savunulmuştur. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un¹²⁹⁹ 2. maddesinde *“Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer”* şeklinde kanunun kapsamı belirtildiğinden dolayı tek yanlı bağlama kuralı düzenlemesi savunulmuştur¹³⁰⁰. Diğer yandan MÖHUK m. 38, *“(1) Rekabetin engellenmesinden doğan talepler, bu engellemeden doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir. (2) Türkiye’de rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hâllerde, Türk Hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemez”* şeklinde iki yanlı bir bağlama kuralı şeklinde düzenlenmiştir. Haksız rekabette olduğu gibi rekabetin engellenmesinden doğan taleplere de doğrudan etkilenen piyasa hukukunun uygulanması öngörülmüştür.

Piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku ekonomik haksız fiiller alanında en sıkı ilişkili hukuku işaret ettiği için en uygun bağlama noktası olarak destek görmektedir¹³⁰¹. Zira rekabet hukuku alanındaki düzenlemelerin amacı rakipleri veya tüketicileri değil serbest pazar sistemini korumaktır¹³⁰².

Hem MÖHUK m. 38 hem de Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinden rekabetin engellenmesinden doğan taleplere uygulanacak hukukun

¹²⁹⁸ Can, Tuna, s. 474.

¹²⁹⁹ RG. 13/12/1994-22140.

¹³⁰⁰ Tiryakioğlu, *Rekabet*, s. 153-154.

¹³⁰¹ Tiryakioğlu, *Haksız Fiiller*, s. 216; Tiryakioğlu, *Rekabet*, s. 77 vd.; Çelikel, Erdem, s. 481; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 320; Güven, s. 322-324; Tütüncübaşı, s. 154.

¹³⁰² Can, Tuna, s. 475.

taraf larca seç ilme olanağ ının olma dığ ı, bilakis ekonomik haksız fiil özelliğ i taşıyan rekabetin engellenmesinin en sık ı iliş ki ile piyasası etkilenen ÷lke hukukuna bağ landığ ını görmekteyiz. Belirli ölçüde eş itliğ in hâkim olmasının önem taşıd ığ ı rekabet alanında tarafların yaptıkları bir anlaş ma ile etkilenen pazar hukukunun uygulanmasını engellemeleri söz konusu eş itliğ in bozulmasına yol açacaktır.

Rekabet düzeninin korunmasına ilişkin kurallar özel hukuk kişilerinin yanı sıra piyasa düzenini ve kamu menfaatini de korur. Bu nedenle sonradan dahi olsa yapılacak bir hukuk seç imi yalnızca zarar gören kişi ya da teş ebbüs değ il aynı zamanda piyasa düzenini de etkiler. Dolayısıyla haksız rekabete uygulanacak hukuk konusunda taraf iradelerine imkân tanımak yersiz olur. Haksız rekabete uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesi halinde, rekabet hukuku alanında genel kabul gören “etkilenen pazar hukuku” bağ lama kuralından vazgeç ilmesiyle milletlerarası karar ahengi bozulur, diğ er yandan taraflarca yapılacak hukuk seç imi piyasası bu eylemden zarar gören devletin menfaatlerine aykırı düş ebilir¹³⁰³.

MÖHUK m. 38/2 ve İsviçre MÖHUK m. 137/2’de rekabetin engellenmesinden doğ an uyuş mazlıklarda uygulanacak hukuk bakımından rekabetin engellenmesinden doğ acak zararlar için hükmedilecek tazminatın sınırlandırılması konu edilmiştir. Fıkra ya göre, “*Türkiye’de rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hallerde, Türk Hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemez*”¹³⁰⁴.

3.2.5.5. Fikri Mülkiyet Hakkının İhlali

Fikri mülkiyete ilişkin haklara uygulanacak hukuk konusu MÖHUK. m. 23’te ele alınmıştır. Buna göre, “(1) *Fikrî mülkiyete ilişkin haklar, hangi ÷lkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuka tâbidir. (2) Taraflar, fikrî mülkiyet hakkının ihlâlinden doğ an talepler hakkında, ihlâlden sonra mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaşt ırabilirler*”. İkinci fıkranın ikinci cümlesi fikri mülkiyet hakkının ihlalden kaynaklanan talepleri tarafların ancak ihlalden sonra ve sadece mahkemenin hukukunun (*lex fori*) uygulanabileceğ ini kararlaşt ırma olanağ ı

¹³⁰³ Kayış, s. 130-131.

¹³⁰⁴ Sarıöz, *Haksız Rekabet*, s. 193.

sunmaktadır. Burada fikri mülkiyet hakkının ihlal edilmiş olup olmadığı meselesi hukuk seçiminin konusu yapılamaz. Zira taraflara tanınan hukuk seçimi imkânı sadece ihlal olayından doğan talepler içindir. Taraflar fikri mülkiyetin ihlalinden doğan talepler için Türk mahkemesinden Türk Hukukunun uygulanmasını talep ettiklerinde, Türk mahkemesi *lex fori* olarak davacının fikri mülkiyet hakkına sahip olup olmadığına, sahipse bir ihlalin olup olmadığına koruma ülkesi hukukuna göre; ihlalden doğan talepler hakkında ise tarafların seçtikleri hukuk olarak Türk Hukukuna göre karar vermesi gerekir. Böylece hukuk seçiminin yapılmış olması halinde Türk mahkemesi hem fikri mülkiyet hakkının varlığı, hak sahipliği, içeriği ve ihlalini hem de ihlalden doğan talepleri değerlendirecektir¹³⁰⁵.

MÖHUK m. 23/2, fikri haklara ilişkin haksız fiillerden doğan taleplerde mahkemenin hukukunun (*lex fori*) uygulanması konusunda taraflara sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanımıştır. Taraflar ayrıca ancak ihlalin meydana çıkmasından sonra bu seçimi yapabileceklerdir. Özellikle aynı davada birden fazla koruma ülkesi hukukunun ihlal edilmiş olması durumunda, taleplerin hepsinin bir hukuk çerçevesinde değerlendirilmesi hâkime kolaylık sağlamaktadır¹³⁰⁶.

2007 yılından önce Türkiye henüz fikri mülkiyet üreten bir ülke olmamasına rağmen kanunun hazırlık çalışmalarında esinlenilen İsviçre hukukunda yer alan düzenleme aynen benimsenmiştir. Kanunkoyucu karşılaştırmalı hukuka paralel olarak fikri mülkiyet alanında sınırlı bir hukuk seçimine yer vermiştir. Taraflara tanınan hukuk seçiminin kullanılabilmesi için hakkın ihlal edildiğinin tespiti gerekmektedir¹³⁰⁷.

MÖHUK m. 23, fikri hakların içeriği hakkında bir düzenleme getirmemekte, fikri mülkiyet haklarının ihlalinden doğan sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuku belirlemektedir¹³⁰⁸.

¹³⁰⁵ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 313; Tarman, *El Kitabı*, s. 145.

¹³⁰⁶ Çelikel, Erdem, s. 313; Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 96-97.

¹³⁰⁷ Doğan, *Milleterarası Özel*, s. 395-396.

¹³⁰⁸ Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 96.

3.2.5.5.1. Ülkesellik Prensibi

Fikri hakların korunması hususunda gerek milletlerarası sözleşmelerde gerek çeşitli devletler özel hukuku kanunlarında ve gerekse de milletlerarası doktrinde ülkesellik veya koruma yeri prensibi geçerlidir. Koruma yeri hukuku prensibinden anlaşılması gereken o devletin iç hukuk düzenlemeleri ve taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerdir. MÖHUK m. 23'te de fikri mülkiyet haklarının ihlalden kaynaklanan sözleşme dışı borç ilişkileri bakımından ülkesellik prensibi benimsenmiştir. Her devletin fikri hak ihlallerine kendi ülkesinin sınırları içinde geçerli olan koruyucu hükümleri uygulayacağı esastan hareket edilmektedir¹³⁰⁹.

Maddede geçen “*hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuka*” ifadesinin neyi anlatmak istediği konusunda öğretide fikir ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre bu ifade ile anlatılmak istenen hakkın korunması nerede talep ediliyorsa o ülke hukukunun uygulanacağıdır. Diğer bir görüşe göre ise fikri hakkının korunması için dava açan kişinin sahip olduğunu iddia ettiği fikri hakkın hangi devletin hukukuna göre korunmasını talep ediyor ise o devletin hukuku uygulanacaktır¹³¹⁰.

3.2.5.5.2. Çeşitli Ülke Hukuklarında ve Uluslararası Metinlerde Durum

Bazı Avrupa dışı ülkeler, fikri mülkiyet uyuşmazlıkları için uygulanacak hukuk seçiminde irade muhtariyetine izin veriyor gibi görünmektedir. Örneğin, Japon hukuku genel olarak haksız fiil davalarında taraflarca hukuk seçimine izin vermekte fakat fikri mülkiyet haksız fiilleri ile ilgili hiçbir şey belirtmemektedir. Bununla birlikte, bazı yorumcular, zarar haksız fiil meselesi olarak nitelendirildiği için, tarafların fikri mülkiyet uyuşmazlıklarında, en azından zarar bakımından, uygulanacak hukuku seçmesinin engellenmeyeceğini savunmaktadırlar. Ayrıca, son Çin uluslararası özel hukuk mevzuatı İsviçre hukukunda bulunan yaklaşımı izlemekte ve bir anlaşmazlık ortaya çıktıktan sonra tarafların anlaşmazlıkları için uygulanacak hukuk olarak *forum* yasasını seçmelerine izin vermektedir. İlginç bir şekilde, bu yeni Çin düzenlemesinin seçilen hukuk tarafından yönetilebilecek

¹³⁰⁹ Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 96.

¹³¹⁰ Can, Tuna, s. 211.

konularla ilgili (açık) bir sınırlaması yoktur. Bu, seçilen hukukun ihlale ilişkin her iki konuyu ve fikri mülkiyet hakkının kendisiyle doğal olarak bağlantılı konuları düzenleyebileceği anlamına gelebilir¹³¹¹.

Fikri mülkiyet haksız fiilleri açısından irade muhtariyetine açıkça izin veren tek Avrupa ulusal düzenlemesi olan İsviçre uluslararası özel hukuku, tarafların sadece *forum* hukukunu seçmelerine izin verir. Benzer bir sınırlama, Çin uluslararası özel hukukunda da mevcuttur. Fikri mülkiyet fiilleri için irade muhtariyetinde böyle bir sınırlamanın gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Tarafların yerel bir mahkemede yargılamayı en kolay hale getirdiği için, çoğu durumda *forum* yasasını seçeceği doğrudur. Kamu yararının özellikle güçlü olduğu yerde bazı özel hukuk alanlarında taraflarca seçilebilecek hukukların alanı sınırlıdır. Örneğin belirli durumlarda tarafların hukukta kişisel statüsünü vatandaşı olduğu ülke ve ikamet ettiği ülkenin hukukuna göre seçmesine izin verilir. Ancak, haksız fikri mülkiyet davalarında irade muhtariyetinin sınırlandırılmasını gerektirecek kadar güçlü bir kamu yararı söz konusu değildir¹³¹².

1883 yılında kabul edilen Sınâî Mülkiyetin Korunması Hakkında Paris Birliği Sözleşmesi'ne Türkiye 1975'te kısmen katılmış, 1967 Stockholm'da tadil edilen metnin esasına değil, organizasyon kısmına iştirak etmiştir.

Türkiye'nin de taraf olduğu 1886 yılında kabul edilen Maddi Olmayan Mallar Üzerindeki Haklardan Edebi ve Artistik Eserler Üzerindeki Hakların Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi'nin 1971 Paris revize metninde, eser sahiplerinin haklarının korunması amacıyla edebiyat ve sanat eserleri kavramı oldukça geniş tanımlanmış, eser sahiplerinin maddi ve manevi hakları ile bu hakları kullanım süreleri ve kullanım koşulları düzenlenmiştir.

Aynı haklara ilişkin sözleşmelerden 1958 yılında düzenlenen ve yürürlüğe girmeyen Menkullerin Milletlerarası Satışında Mülkiyetin Devrine Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Sözleşmesi'nde taşınır mal satımlarında hasarın alıcıya geçeceği an sözleşme statüsüne tabi tutulmuştur.

¹³¹¹ Matulionyte, s. 77-99.

¹³¹² Matulionyte, s. 77-99.

1961 yılında kabul edilen İcracı Sanatçılar, Fonogram Yapımcıları ve Yayın Kuruluşlarının Korunmasına Dair Sözleşme’yi Türkiye 1995 yılında onaylamıştır¹³¹³.

AB’de Roma II Tüzüğü öncesinde, fikri mülkiyet hakkı ihlallerinde tarafların hukuk seçimine ilişkin durum farklıydı. Fikri mülkiyet hakkı ihlallerinde irade muhtariyeti bazı Avrupa ülkelerinde (örneğin, Almanya ve Avusturya’da) reddedilmiştir. Bu yasak, fikri mülkiyet haklarının bölgesel niteliği yönüyle haklı çıkmıştır. Diğer bazı Avrupa ülkelerinde bu kadar katı bir yasak yoktu (örneğin Belçika) ve hatta açıkça izin verilen bir irade muhtariyeti de yoktu. Örneğin, İsviçre uluslararası özel hukukuna göre, “*fikri mülkiyet haklarının ihlalden doğan iddialar davasında taraflar her zaman, zarar veren davranıştan sonra forum hukukunun uygulanacağını kabul edebilirler*”. Ancak burada irade muhtariyeti üç şekilde sınırlıdır. Birincisi, tarafların uygulanacak hukuku, ancak anlaşmazlık ortaya çıktıktan sonra seçmelerine izin verilir (örneğin ön anlaşma mümkün değildir). İkincisi, kapsam “bir ihlalden doğan hak talepleri” ile sınırlıdır, yani irade muhtariyeti yalnızca fikri mülkiyet haklarıyla özünde bağlantılı olmayan iddialarla ilgili olarak tartışmalı bir şekilde mümkündür. Üçüncü olarak, taraflar sadece *forum* hukukunun uygulamasını seçebilir. Bununla birlikte, Roma II Tüzüğü, Alman hukuk uygulamalarını izlemiş ve fikri mülkiyet hakkı ihlallerinde irade muhtariyetini açıkça dışlamıştır¹³¹⁴.

Roma II Tüzüğü’nün 14/1-b maddesi, “*tüm tarafların ticari faaliyet yürüttüğü*” ve “*bir zarara yol açan olaydan önce serbestçe müzakere edilmiş*” bir anlaşma varsa, haksız fiil hukukunun seçimine önceden izin verir. Bu hüküm, zayıf taraflar olarak tüketicileri ve çalışanları korumaya yöneliktir. Fikri mülkiyet iddialarına uygulanırsa hem çevrimdışı hem de çevrimiçi olarak telif hakkıyla korunan içeriği edinme, içeriğe erişim ve içeriği kullanım sırasında özel kullanıcıları koruyabilir. Ayrıca, yazarları haklarını ikincil hak sahiplerine devrederken koruyabilir. Bir sözleşmeye (örneğin, bir çevrimiçi hizmet sağlayıcısı veya perakende mağazasıyla) uygulanabilir hukukun seçilmesi engellenmemiş olsa bile, seçilen hukuk otomatik olarak söz konusu sözleşmeye dayalı ilişkiyle ilgili gelecekteki iddiaları kapsamaz. Öte yandan, “*ticari faaliyetlerin takibinde*” taraflar arasında olay öncesi sözleşmeler mümkün olacaktır. Bu tür tarafların, söz konusu

¹³¹³ Can-Tuna, s. 212.

¹³¹⁴ Matulionyte, s. 77-99.

sözleşmeleri imzalama konusunda daha fazla deneyime ve yasal bilgiye ve kendilerine uygun koşulları müzakere etmek için daha fazla pazarlık gücüne sahip oldukları varsayılmaktadır. Devlet üniversiteleri, okullar, kütüphaneler veya arşivler gibi kâr amacı gütmeyen kurumları kapsayacak şekilde “*ticari faaliyetlerin*” uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Yorumcular, “*ticari*” terimin Roma I Tüzüğü ve AB Tüketici Koruma Direktiflerinde kullanılan “*profesyonel*” terimi ile karşılaştırılabilir olduğunu ve Roma I Tüzüğü’ne göre “*profesyonel*”i yorumlamak, Roma II Tüzüğü’ne göre “*ticari*” açıdan uygulanabilir. Eğer öyleyse, “*ticari*”, daha geniş bir şekilde, kütüphaneler veya arşivler gibi kurumlar tarafından yürütülen ticari olmayan profesyonel faaliyetleri içerecek şekilde yorumlanabilir¹³¹⁵.

3.3. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan İhtilaflarda Hukuk Seçimi

“Kimse başkasının zararına olarak mal iktisap edememeli” yolundaki hakkaniyet kuralı kamu düzeninden sayıldığı takdirde bu fikir doğrudur ve haksız fiillerden doğan borçlarda uygulanan usul sebepsiz zenginleşme için de geçerlidir. Haksız yere mal iktisap edilen yerde bir düzensizlik meydana gelir ve bu takdirde ahlak bir yaptırımın müdahalesini gerektirir. Bundan dolayı, o yerin adetleri bunda etken olacağından haksız yere mal iktisabının gerçekleştiği yer hukukunun yetkili sayılması gerekmektedir¹³¹⁶.

Yabancılık unsuru taşıyan sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borç ilişkisine uygulanacak hukukun tayini konusunda doktrinde ve karşılaştırmalı hukukta çeşitli bağlama kuralları önerilmektedir: Doğrudan hâkimin hukuku (*lex fori*), tarafların şahsi hukuku, sebepsiz zenginleşmenin meydana geldiği yer hukuku (*lex loci condictionis*), zenginleşmeye sebep olan işlem veya fiil yeri, fakirleşme veya zenginleşmenin meydana geldiği yer hukuku, sebepsiz zenginleşmenin sebebine uygulanacak hukuk (*lex causae*)¹³¹⁷.

¹³¹⁵ Matulionyte, s. 77-99.

¹³¹⁶ Seviğ, *Devletler Hususi*, s. 499.

¹³¹⁷ Sibel Özel, "Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilafı Meselesi," *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Y. 2000, cilt. 19, s. 750-764; Öztekin Gelgel, s. 64-70; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 375; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 321; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 415; Tütüncübaşı, s. 173.

MÖHUK m. 39/2'ye göre, sebepsiz zenginleşmeden doğan ihtilaflarda taraflar hukuk seçimini ancak sebepsiz zenginleşme meydana geldikten sonra ve açıkça yapabilirler.

Sebepsiz zenginleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 39 iki fıkradan oluşmaktadır. İlk fıkra da objektif bağlama kuralı verilmiştir. Buna göre sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk taraflar arasında mevcut veya mevcut olduğu iddia edilen¹³¹⁸ hukuki ilişkiye uygulanan hukuka tabidir. Taraflar arasında böyle bir ilişki ve iddia yok ise sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku uygulanacaktır.

Genel olarak sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen m. 24 hükmünde tarafların zımni hukuk seçimlerine imkân tanınırken, sebepsiz zenginleşme halinde tarafların hukuk seçmelerine ancak açık olması kaydıyla geçerlilik tanınmıştır. Taraflar ayrıca ileride gerçekleşmesi muhtemel bir sebepsiz zenginleşme için hukuk seçimi yapamazlar. Zira m. 39/2'de tarafların ancak sebepsiz zenginleşme meydana geldikten sonra hukuk seçimi yapabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

Sebepsiz zenginleşen kişi ile karşı taraf arasında hukuki bir ilişki bulunması halinde, örneğin bağışlamadan dönme, bağışlamanın butlanı gibi hallerde sebepsiz zenginleşmeye temeldeki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk uygulanmalıdır. Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin talep geçersiz olduğu sonradan anlaşılan bir hukuki ilişkiden kaynaklanıyorsa, bu hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk sebepsiz zenginleşmeye de uygulanır¹³¹⁹.

3.3.1. Mülga 2675 Sayılı MÖHUK ile 5718 Sayılı MÖHUK Arasında Sebepsiz Zenginleşmeye Uygulanacak Hukuk Bakımından Farklar

Sebepsiz zenginleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk önceki 2675 sayılı MÖHUK'ta ikili bir ayırım yapılarak ele alınmıştı. 2675 sayılı MÖHUK m. 26'da sebepsiz zenginleşme hukuki bir ilişkiye dayanıyorsa, o ilişkinin tabi

¹³¹⁸ 2675 sayılı MÖHUK sadece mevcut hukuki ilişkinin varlığından bahsediyor, mevcut olduğu iddia edilen hukuki ilişkileri düzenleme kapsamına almadığından eleştiriliyordu: Çelikel, Erdem, s. 485.

¹³¹⁹ Aybay, Daradağan, s. 287.

olduğu hukuk; taraflar arasında herhangi bir ilişkiye dayanmıyorsa sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku uygulanacaktı. 2675 sayılı MÖHUK sebepsiz zenginleşmeye uygulanmak üzere taraflara sınırlı dahi olsa bir hukuk seçimi imkânı vermemekteydi¹³²⁰.

5718 sayılı MÖHUK, önceki düzenlemeye büyük yenilikler getirmiştir. Objektif bağlama noktaları benzer olsa da uygulama kapsamı genişletilmiştir. 5718 sayılı MÖHUK m. 39’a göre taraflar arasında sebepsiz zenginleşmenin mevcut veya mevcut olduğu iddia edilen hukuki ilişkiye dayanması halinde o hukuki ilişkiye uygulanan hukuk uygulanır. 2675 sayılı kanunda düzenlenmeyen ve tarafların sebepsiz zenginleşmenin dayandığını iddia ettiği hukuki ilişkiler yeni düzenleme ile uygulamaya geçmiştir. Belirtmeliyiz ki, 5718 sayılı MÖHUK ile sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk hakkındaki en önemli değişiklik karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelere uygun olarak hukuk seçimi imkânının getirilmiş olmasıdır.

MÖHUK m. 39’un gerekçesinde de belirtildiği gibi, 2675 sayılı kanunda yer alan “iktisap” kavramı yerine 5718 sayılı kanunda hukuki durumu daha iyi ifade eden “zenginleşme” kavramı kullanılmıştır.

3.3.2. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukukun Taraflarca Seçilmesi

Sebepsiz zenginleşmelerde taraflara tanınan hukuk seçimi imkânı sınırsız değildir. 5718 sayılı MÖHUK’un sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen m. 24 hükmünde taraflara hem açık hem de zımni hukuk seçimi imkânı verilmesine rağmen sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuku düzenleyen m. 39’da tarafların ancak açık hukuk seçimi yapabilecekleri belirtilmiştir. Yine m. 24’te hukuk seçiminin zamanı ile ilgili bir sınırlama olmazken m. 39’da tarafların ancak sebepsiz zenginleşme meydana geldikten sonra hukuk seçimi yapabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

Sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukuk konusunda taraflara tanınan hukuk seçme serbestisi, haksız fiillerde genel bağlama kuralı olan m. 35’in sistematigi gibi objektif bağlama kuralından sonra ifade edilmiştir.

¹³²⁰ Tütüncübaşı, s. 173.

Muhtemelen kanun koyucu sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuktan farklı olarak sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçiminin uygulanma sıklığının daha az olacağını, genelde objektif bağlama kurallarına göre uygulanacak hukukun tespiti yoluna gidileceğini düşünerek hukuk seçme serbestisini sona bırakmıştır. Ancak unutulmamalıdır ki, taraflarca yapılan hukuk seçimi, maddenin birinci fıkrasında yer alan objektif bağlama kurallarının uygulanmasını engelleyerek öncelikle uygulanır¹³²¹.

Haksız fiillere ilişkin genel bağlama kuralında düzenlenen hukuk seçiminde varsaydığımız gibi, sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk seçiminde de MÖHUK. m. 24'te hukuk seçimine ilişkin bildirilen genel kaideler geçerlidir¹³²².

Eğer taraflar hukuk seçimi yapmamışlarsa, sebepsiz zenginleşmenin meydana geliş sebebine göre uygulanacak hukuk tespit edilecektir¹³²³.

3.3.2.1. Hukuk Seçiminin Zamanı

Sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukuk, haksız fiilden doğan borçlara uygulanacak hukukun haksız fiil gerçekleştikten sonra seçilebildiği gibi ancak sebepsiz zenginleşme gerçekleştikten sonra seçilebilir. Tarafların önceden (*ex ante*) hukuk seçiminde bulunmaları mümkün değildir.

Doktrinde yabancılık unsuru taşıyan bir sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesinden sonra, bu sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuk konusunda karşılıklı iradi mutabakata varma potansiyeline sahip bulunan tarafların, sebepsiz zenginleşmenin maddi hukuka ait sonuçları üzerinde de mutabakata varmak suretiyle uyuşmazlığı sona erdirmesinin daha yüksek bir ihtimal olacağı ifade edilerek bu hüküm eleştirilmiştir¹³²⁴.

¹³²¹ Tütüncübaşı, s. 175.

¹³²² Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 264.

¹³²³ Tarman, *El Kitabı*, s. 146.

¹³²⁴ Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 321-322.

3.3.2.2. Hukuk Seçiminin Şekli

Sebepsiz zenginleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanacak hukuku taraflar yalnızca açık olarak seçebilirler. Tarafların zımni iradelerine bir sonuç bağlanmış değildir.

Doktrinde bir görüşe göre, tarafların sebepsiz zenginleşme gerçekleşikten sonra zımni hukuk seçimi ile seçecekleri hukuk kural olarak mahkemenin hukuku olacaktır. Bu nedenle haksız fiillerde olduğu gibi en azından Türk mahkemelerinde görülen davalarda Türk Hukuku (*lex fori*) lehine yapılacak zımni hukuk seçiminin dikkate alınması gerekirdi¹³²⁵.

3.3.3. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Objektif Hukuk

MÖHUK m. 39'un ilk fıkrasında düzenlenen objektif bağlama kuralına göre, sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkisi, zenginleşmeye sebep olan hukuki ilişkiye uygulanan hukuka tabidir. Bu hukuki ilişki genelde taraflar arasında yapılan bir sözleşme olmakla beraber bazı durumlarda sebepsiz zenginleşme bir hukuki ilişkiden kaynaklanmayabilir. Birleşme veya karışma gibi hukuki bir ilişki değil de fiili bir durum neticesinde sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesi halinde zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku (*lex loci condictionis*) uygulanacaktır¹³²⁶.

Yargıtay da verdiği kararlarda hukuki ilişkiye dayanmayan sebepsiz zenginleşmelerin zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukuna tabi olacağını belirtmiştir¹³²⁷.

¹³²⁵ Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 451.

¹³²⁶ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 373; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 322; Çelikel, Erdem, s. 485; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 450; Tütüncübaşı, s. 174; Can, Tuna, s. 477.

¹³²⁷ Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 22.04.1999 tarih ve 1998/9529 Esas ve 1999/3213 Karar sayılı kararı.

3.3.4. Sebepsiz Zenginleşme Statüsünün Kapsamı

Sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borçlara uygulanacak hukuk (sebepsiz zenginleşme statüsü), sebepsiz zenginleşme hallerinin tespiti ve şartları, iade talepleri ve kapsam, sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplere ilişkin zamanaşımı konularını kapsamaktadır¹³²⁸. Ayrıca zenginleşen kişinin zenginleşme konusu şeye yaptığı masrafları nasıl ve hangi oranda talep edebileceği de sebepsiz zenginleşme statüsü kapsamında yer alır¹³²⁹.

3.3.5. Roma II Tüzüğü'ne Göre Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk

Roma II Tüzüğü sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku tarafların belirlemelerine imkân vermektedir. Taraflar uygulanacak hukuku serbestçe müzakere edilmiş bir anlaşma ile seçebilirler. Ayrıca hukuk seçiminin açık veya halin icabından tereddüde mahal vermeyecek şekilde olması da gerekmektedir. Böylece tüzük açık hukuk seçiminin yanı sıra zımni hukuk seçimine de imkân vermektedir.

Diğer yandan m. 14/1'e göre, tarafların hepsi ticari faaliyet ilişkisi içinde bulunuyorsa henüz gerçekleşmemiş ama ilerde gerçekleşmesi muhtemel sebepsiz zenginleşmeler için uygulanmak üzere önceden (*ex ante*) hukuk seçme imkânı da verilmiştir¹³³⁰.

3.4. Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk

MÖHUK vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukuku düzenlememiştir. Ancak kanun koyucunun bu konuyu unutmuş olabileceği akla getirilmemelidir. Vekâletsiz iş görme konusunun karmaşıklığı, kimi zaman haksız fiil kimi zaman sebepsiz

¹³²⁸ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 377; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 417; Tütüncübaşı, s. 174.

¹³²⁹ Can, Tuna, s. 477.

¹³³⁰ Tütüncübaşı, s. 176-177.

zenginleşme konularının alanlarına girdiği gerekçesiyle kanunkoyucu bilinçli bir boşluk bırakmıştır¹³³¹.

Doktrinde vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukuk belirlenirken işi görülenin, işin yapılmasına icazet verip vermemesine göre bir ayırım yapılması gerektiği ifade edilmiştir. İcazetin varlığı halinde taraflar arasındaki ilişkinin sözleşmesel bir ilişkiye kavuşacağı ve böylece vekâlete uygulanacak hukukun uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür¹³³². Gerçek vekâletsiz iş görmelerde durum böyledir. Zira gerçek vekâletsiz iş görmede kanunen kabul edilen borç ilişkisi meydana gelmektedir. Bu nedenle de sebepsiz zenginleşme söz konusu olmaz ve sözleşmeye uygulanacak hukuk hükümleri uygulanacaktır¹³³³.

Vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukukun sözleşme ilişkisi olarak kabulü halinde tarafların hem açık hem de zımni hukuk seçimlerine itibar edilecektir. MÖHUK. m. 24 uygulama alanı bulacağından tarafların hukuk seçiminde bulunmamış olmaları halinde sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk kuralı devreye girecektir. Bir hizmet sözleşmesi olan vekâlet sözleşmesinde vekilin (hizmet edenin) edimi karakteristik edim olarak kabul edildiği göz önünde tutulursa en sıkı ilişkili hukuk olarak karakteristik edim borçlusu olan işi yapanın mutad meskeni veya iş yeri hukuku uygulanacağı anlaşılmaktadır¹³³⁴.

İşi görülen tarafın işin yapılmasında icazetin olmaması halinde işin görüldüğü ülke hukukunun uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹³³⁵.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede hakkı ihlal edilen iş sahibi mağdur olduğundan haksız fiil benzeri bir durum ortaya çıkmakta ve uygulanacak hukukun haksız fiilden doğan borçlara uygulanacak genel bağlama kuralının yer aldığı MÖHUK. m. 35'e göre belirlenmesi gerekmektedir¹³³⁶. Bunun gibi gerçek olmayan vekâletsiz iş görme sebepsiz zenginleşme ile olarak nitelendiriliyorsa MÖHUK. m.

¹³³¹ Çelikel, Erdem, s. 486; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 323; Ece Baş Süzel, Candan Yasan, "Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk", *MÜHFAD*, C. 22, S. 2, Y. 2016, s. 371.

¹³³² Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 309-310; Çelikel, Erdem, s. 487; Akıncı, *Uygulanacak Hukuk*, s. 92.

¹³³³ Özel, *Sebepsiz Zenginleşme*, s. 744, s. 749.

¹³³⁴ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 287, s. 309; Nomer, *Devletler Hususi*, s. 332; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 283.

¹³³⁵ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 394, dn. 145-146; Nomer, *Devletler Hususi*, s. 373; Çelikel, Erdem, s. 487; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, s. 323.

¹³³⁶ Akıncı, *Uygulanacak Hukuk*, s. 92; Tütüncübaşı, s. 178.

39’da düzenlenen bağlama kuralı uygulanmalıdır. Hukuk seçme serbestîsi manasında sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil olarak nitelendirilmesinde bir fark olmayacaktır, zira haksız fiilin özel türleri hariç tutulduğunda her iki duruma ait bağlama kuralları taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânını tanımaktadır. Her iki durumda da kanunkoyucu taraflara sadece sonradan (*ex post*) ve açık hukuk seçimine izin vermektedir¹³³⁷.

3.4.1. Roma II Tüzüğü

Türk Hukukunda kanun boşluğu ile doktrine bırakılan mesele Roma II Tüzüğü’nde ayrı bir madde ile düzenlenmiştir. Tüzüğün 11. maddesinde vekâletsiz iş görme taraflar arasındaki bir sözleşme veya haksız fiille yakından bağlantılı ise söz konusu bu sözleşme veya haksız fiille uygulanacak hukuk vekâletsiz iş görmeye de uygulanacaktır. Taraflar arasında bu tür bir ilişkinin bulunmaması halinde vekâletsiz iş görmenin gerçekleştiği tarihte tarafların mutad meskeninin aynı ülkede olması halinde müşterek mutad mesken hukuku, olmaması halinde işin yerine getirildiği andaki işin görüldüğü ülke hukuku uygulanacaktır. Diğer yandan vekâletsiz iş görmenin yukarıda sayılan hukuklardan başka bir ülke hukuku ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukuku uygulanacaktır.

Roma II Tüzüğü’nde konunun kademeli bir bağlama kuralı ile düzenlendiğini görmekteyiz. Ayrıca maddede gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme bakımından bir farkın söz konusu olmadığını da belirtelim¹³³⁸.

3.4.2. Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukukun Taraflarca Seçilmesi

Vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukuk bakımından doğrudan taraflara bir hukuk seçme imkânı sunulmadığı, ancak vekâletsiz iş görmenin niteliğine göre icazet verilmiş olması durumunda olduğu gibi sözleşmeye uygulanacak hukukun devreye girmesi halinde tarafların uygulanacak hukuku seçebilmeleri gündeme gelebilecektir.

¹³³⁷ Tütüncübaşı, s. 178-179.

¹³³⁸ Tütüncübaşı, s. 179.

Yine vekâletsiz iş görmenin sebepsiz zenginleşme durumu teşkil etmesi halinde taraflar kanunda sebepsiz zenginleşme halinde taraflara tanıdığı hukuk seçme imkânını koyulan sınırlamalar çerçevesinde kullanabilecektir.

3.4.3. Çeşitli Görüşler

Vekâleti olmadan başkasının hesabına tasarruf ve borç olmayan şeyin ödenmesinden kaynaklanan ilişkiler *Laurent*'e göre sözleşmelerle arasındaki benzerlikten dolayı sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanmasını gerektirir. Bu görüşe göre aslında vekâletsiz iş görme farazi bir sözleşmedir. Alacaklı ile borçlunun tabiiyeti aynı ise müşterek milli hukuk, değilse borcu doğuran fiilin vukubulduğu yer hukuku uygulanacaktır.

Valery'e göre vekâletsiz iş görmeye *lex fori* tatbik edilmelidir. Ancak bu görüş doktrinde pek taraftar bulamamıştır.

Vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukuk hakkında görüşünü bildiren *Pillet*'e göre vekâleti olmadan bir başkası hesabına tasarrufta, tasarruf malvarlığı ile ilişkili olduğundan malın bulunduğu yer hukuku, bu tasarruf istisnaen gaip olan bir kişinin malvarlığı ve borçlarını ilgilendiriyorsa, işverenin milli hukuku uygulanmalıdır. Borç olmayan şeyin edası edanın vukubulduğu yer hukukunun tatbikini gerektirir¹³³⁹.

3.5. Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurdan Doğan Sorumluluk (*Culpa in contrahendo*)

Sözleşme görüşmelerindeki kusurdan doğan sorumluluk neticesinde tazminatın hukuki dayanağı konusunda haksız fiil, sözleşme veya kendine özgü sorumluluk olduğuna ilişkin farklı görüşler mevcuttur¹³⁴⁰. Bu görüşler, MÖHUK'ta

¹³³⁹ Yörük, s. 408-409.

¹³⁴⁰ Eren, *Borçlar Genel*, s. 1158-1161; Demircioğlu, *Culpa In Contrahendo Sorumluluğu*, s. 77-118; Huriye Reyhan Demircioğlu, "Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Aşılması Çabalarının Ürünleri Olarak *Culpa in Contrahendo* ve Güven Sorumlulukları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Ankara, 2009, s. 220 vd.

sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuku düzenleme dışı bırakmaya mecbur etmiştir.

Günümüzde maddi hukuk alanında kabul edilen ağırlıklı görüş, sözleşme görüşmelerindeki kusurdan doğan sorumluluğun neticesinde uğranılan zararın tazmini sözleşme sorumluluğuna ilişkin kuralların kıyas yoluyla uygulanmasını gerektirir.

Milletlerarası özel hukuk alanında vasıflandırma yapılırken sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun sözleşmenin tabi olacağı hukuka tabi olması gerektiği kabul edilmektedir. Buradan hareketle tarafların açık veya zımni bir hukuk seçiminde bulunabilecekleri söylenebilir¹³⁴¹.

3.5.1. Avrupa Birliği Hukukunda Durum

Avrupa Birliği hukukunda sözleşme görüşmelerindeki kusurdan doğan sorumluluk (*culpha in contrahendo*) sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin Roma I Tüzüğü'nde değil, sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin Roma II Tüzüğü'nde düzenlenmiştir. Buna rağmen m. 12/1'de uygulanacak hukuk konusunda kabul edilen kademeli bağlama kuralının ilk sırası sözleşme statüsüne verilmiştir. Hükme göre, sözleşme görüşmelerindeki kusurdan doğan sorumluluk söz konusu bu sözleşmenin statüsüne bağlanmıştır ve bunun için görüşmeler sonucunda bir sözleşmenin kurulmuş veya kurulmamış olmasının da herhangi bir önemi yoktur. Diğer yandan sözleşme öncesi görüşmelerde taraflardan birinin vücut bütünlüğünde, sağlığında veya mal varlığında meydana gelen zararlar sözleşme görüşmelerindeki doğrudan zararlardan kabul edilmemekte ve bu zararlar hakkında haksız fiil hükümleri uygulanmaktadır. 12. maddede hukuk seçimini yasaklayan bir ibare bulunmadığından tarafların hukuk seçiminde bulunmuş olmaları halinde öncelikle seçilen hukuk uygulanacaktır¹³⁴².

¹³⁴¹ Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 382-383; Nomer, *Devletler Hususi*, s. 314, s. 338; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 297-298; Sirmen, *Culpa in Contrahendo*, s. 148.

¹³⁴² Tütüncübaşı, s. 181; Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 418.

3.5.2. Türk Hukukunda Durum

MÖHUK sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuku düzenlememiştir. Yargıtay kararlarını taradığımızda, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu sözleşme sorumluluğu kapsamında değerlendirildiği görülmektedir¹³⁴³. Böylece Roma II Tüzüğü'nde kabul edilen esaslar Türk Hukuku bakımından da kanuni bir düzenleme olmasa da uygulamada geçerli olduğundan bahsedebiliriz¹³⁴⁴.

3.6. Hukuk Seçimine İzin Verilmeyen Haller

Tarafların uygulanacak hukuku seçme özgürlüğü maddi hukukta üçüncü kişilerin veya kamusal yararın söz konusu olduğu durumlarda reddedilir ve bu sebeple emredici bir dille ifade edilir. Bu yüzden evlilik, ebeveynlik, evlat edinme, ebeveyn sorumlulukları veya ayni hakları ilgilendiren hukuk genellikle taraflar tarafından seçilemez¹³⁴⁵.

Aile (evlilik) hukukunda ve miras hukukunda çoğunlukla üçüncü kişiler için de etkili olabilecek hukuk seçimine sınırlı olarak izin verilmektedir. Velayet hukukunda ise belirleyici olan sadece çocuğun menfaati olduğundan hukuk seçimine itibar edilmez¹³⁴⁶.

Fikri mülkiyet haklarının bölgesel niteliğinden ötürü, korumanın sağlandığı ülke dışındaki bir ülkenin hukukunun uygulanamayacağı genel bir kabuldür¹³⁴⁷.

Eşya hukukundaki ilişkiler genellikle eşyanın bulunduğu yerdeki kişiler arasında meydana gelir. Bu sebeple işlem menfaati o eşyanın bulunduğu yer hukukunun (*lex rei sitae*) hâkim olmasını gerektirir. Bu bakımdan milletlerarası eşya hukukuna *lex rei sitae* yani eşyanın bulunduğu yer hukuku hâkimdir ve eşya hukuku

¹³⁴³ Süleyman Yalman, *Türk- İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

¹³⁴⁴ Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 418-419.

¹³⁴⁵ Boer, s. 19-29.

¹³⁴⁶ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 17.

¹³⁴⁷ Boer, s. 19-29.

alanında tarafların iradesine yer verilmemiştir, yani eşya hukukunda irade muhtariyeti yoktur¹³⁴⁸.

Tarafların uygulanacak hukuku seçmelerine müsaade edilmeyen hallerde, taraflar Türk Hukukunun uygulanması yönünde irade beyan etseler de yabancı unsurlu olay ve ilişkilerde hâkim MÖHUK'a göre uygulanması gereken hukuku tespit etmeden doğrudan Türk Hukukunu uygulayamaz¹³⁴⁹.

3.6.1. Ayni Haklara Uygulanacak Hukuk

Türk Hukukunda gerek taşınır gerekse taşınmaz eşya üzerindeki ayni haklardan doğan ihtilaflara eşyanın bulunduğu yer hukukunun (*lex rei sitae*) uygulanacağı kabul edilmiştir¹³⁵⁰. Doktrinde eşya hukukuna ilişkin ilişkilerin genellikle eşyanın bulunduğu yerdeki kişiler arasında meydana geldiği öne sürülerek uygulanacak hukukun da eşyanın bulunduğu yer hukuku olması gerektiği, dolayısıyla irade muhtariyeti prensibinin işletilerek hukuk seçimine cevaz verilmesine yer olmadığına işaret edilmiştir¹³⁵¹. Ayrıca doktrinde ayni haklar konusunda hukuk seçimine izin verilmemesinin ayni hakkın temel özelliği olan aleniyet prensibine uygun olduğu da belirtilmektedir¹³⁵².

Bir hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun yabancı hukuk olarak seçilmesinin uyuşmazlığa yabancılık unsuru katıp katmayacağının tartışma konusu edildiği yukarıda işlenmişti. Bu tartışmayı ayni haklar konusunda değerlendirecek olursak yabancılık unsuru taşımayan ayni hakka ilişkin bir uyuşmazlıkta tarafların uygulanmak üzere yabancı bir hukuk seçmelerinin uyuşmazlığı yabancılık unsuru taşıyan bir hukuki ilişki haline getirmesi mümkün değildir. Halihazırda Türk Hukukunda ayni haklar konusunda hukuk seçimine izin verilmemekte ve taraflar seçim yapmış olsa bile buna itibar edilmemekte, bu seçim geçersiz addedilmektedir¹³⁵³.

¹³⁴⁸ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 302.

¹³⁴⁹ Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 247.

¹³⁵⁰ Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 69-70.

¹³⁵¹ Nomer, *Devletler Hususi*, s. 292.

¹³⁵² Çalışkan, *Satım*, s. 265-266; Merve Acun Mekengeç, *Aynî Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 227, dn. 701.

¹³⁵³ Acun Mekengeç, s. 226-227.

Türk Hukukunda ayni haklara ve senede bağlanmış ayni haklara ¹³⁵⁴ uygulanacak hukukun tespitinde, irade muhtariyeti prensibi ve sübjektif bağlama yöntemi kabul görmüş değildir. Nitekim MÖHUK'un 21. maddesi, ayni haklara uygulanacak hukuku objektif bir bağlama kuralı ile belirlemiştir¹³⁵⁵. Bu durum Türk Hukukuna özgü değildir. Alman hukukunda (Alman MÖHUK m. 43), Kazakistan hukukunda (Kazakistan Medeni Kanunu m. 1107) ve İngiliz hukukunda da ayni haklar konusunda hukuk seçimine yer verilmediği görülmektedir¹³⁵⁶.

Diğer ülke hukuklarında da ayni haklara uygulanacak hukukun tespitinde kabul görmeyen irade muhtariyeti ilkesi, eşya üzerindeki ayni hakkın senede bağlanması durumunda da kabul görmemektedir. Bunun en önemli sebebi olarak açıklık, kesinlik ve öngörülebilirliğin öne çıktığı ayni haklar alanında uygulanacak hukukun, önceden ve objektif bir şekilde belirlenmesi gerekliliği gösterilmiştir¹³⁵⁷. Buna karşın İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 106'da ¹³⁵⁸ emtia senetlerinden doğan uyuşmazlıklar için irade serbestisi kabul edilerek taraflara hukuk seçme imkânı tanınmıştır¹³⁵⁹.

¹³⁵⁴ MÖHUK'ta senede bağlanan eşya üzerindeki ayni hakka uygulanacak hukuka dair herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Konişmentoya uygulanacak hukukun tespitinde doktrinde iki farklı görüş mevcuttur. Birinci görüşe göre, konişmentodan doğan ihtilaflar aynı bağlama kuralı ile çözümlenmelidir. Bu çözüm de irade muhtariyeti ilkesine bağlı olarak taraflarca seçilen hukuka tabi olunması şeklindedir. (Erdoğan Göğer, *Deniz Ticaret Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafları*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1969, s. 104). Doktrinde daha çok taraftar toplayan ikinci görüş ise konişmentonun yerine getirdiği farklı işlevleri olduğundan bahsederek konişmentodan doğan uyuşmazlıkların tek bir bağlama kuralı ile belirlenmesinin yanlış olacağını savunur. Bu görüşe göre konişmentonun milletlerarası ticaretteki işlevleri dikkate alınarak "konişmentonun akdi işlevinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk" ve "konişmentonun ayni işlevinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk" şeklinde sınıflandırma yapılarak uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekmektedir: Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, "Konişmentoya Bağlanan Eşya Üzerindeki Ayni Hakka Uygulanacak Hukukun Tespiti", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 66, S. 2, Bahar 2008, s. 60.

¹³⁵⁵ Bayraktaroğlu Özçelik, *Konişmento*, s. 62.

¹³⁵⁶ Acun Mekengeç, s. 227.

¹³⁵⁷ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 266; Bayraktaroğlu Özçelik, *Konişmento*, s. 61; Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 148.

¹³⁵⁸ Art. 106

b. Title documents

1The law designated in a document of title shall determine whether such document represents title to the merchandise. In the absence of such designation, the law of the State of the place of business of the issuer shall govern.

2 If the document represents title to the merchandise, title to the certificate and to the merchandise shall be governed by the law applicable to the title document as an item of movable property.

3 If several parties assert an interest in the merchandise, one directly, the others by virtue of a title document, the law applicable to the merchandise itself shall determine whose right pre-vails.

¹³⁵⁹ Bayraktaroğlu Özçelik, *Konişmento*, s. 61.

Günümüzde giderek artan uluslararası ticari ilişkilerin çokluğu, taşınır eşya üzerindeki aynı haklara ilişkin kanunlar ihtilafı bakımından her duruma uygun bir bağlantı noktası olması özelliğini zayıflatmaktadır¹³⁶⁰.

3.6.1.1. Doğrudan Hukuk Seçimine İmkân Tanınması

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda aynı haklara uygulanacak hukuk konusunda taraflara hukuk seçimi imkânı verilmemiş olmasına karşın karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde diğer bazı hukuk sistemlerinde taraflara aynı haklara uygulanacak hukuku seçme imkânının doğrudan sağlandığı göze çarpmaktadır.

3.6.1.1.1. Doğrudan Hukuk Seçimini Reddeden Sistemler

Doğrudan hukuk seçimini reddeden Alman ve İspanyol hukukunda üçüncü kişilerin haklarının etkileneceği gerekçe olarak ileri sürülmektedir. Fransız ve Belçika hukuklarında ise eşya hukukunun sınırlı sayı (*numerus clausus*) geçerli olması gerekçe gösterilerek irade muhtariyeti kabul edilmemiştir¹³⁶¹.

Doktrine göre, taraflar eşya hukukunda iradeleri doğrultusunda nasıl ki bir aynı hak meydana getirememektedirler, bunun bir uzantısı olarak da eşya hukukundaki aynı haklardan doğan uyuşmazlıklarda da irade serbestisi prensibini kullanarak hukuk seçiminde bulunamazlar.

Diğer yandan eşya hukukundaki sınırlı sayı ilkesinin maddi hukuka ait bir ilke olması, bu ilkenin maddi özel hukuk adaletine hizmet ettiğini göstermektedir. Milletlerarası özel hukuk kanunlar ihtilafı kurallarının ise milletlerarası özel hukuk adaletine hizmet ettiği¹³⁶² ve yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uygulanacağı göz önünde tutulursa, maddi hukuka ait olan sınırlı sayı ilkesinin milletlerarası özel hukuk ilkelerinden olan hukuk seçimi ilkesini engellememesi gerekir¹³⁶³.

¹³⁶⁰ Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 148.

¹³⁶¹ Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 150-151.

¹³⁶² Nomer, *Devletler Hususi*, s. 14.

¹³⁶³ Axel Flessner, "Choice of Law in International Property Law-New Encouragement from Europe", *Part Autonomy in International Property Law*, Roel Westrick, Jeoren van der Weide (eds.), Sellier, 2011.

3.6.1.1.2. Doğrudan Hukuk Seçimini Kabul Eden Sistemler

Eşya hukukundaki sınırlı sayı ilkesinin aynı haklardan doğan uyuşmazlıklarda tarafların uygulanacak hukuku belirlemeleri yönündeki iradelerine imkân tanımaya engel olmadığı bazı hukuk sistemlerinde kabul görmektedir. Özellikle yabancılık unsuru taşıyan ve taşınır eşyanın işlemin yapıldığı yerden başka bir ülkede bulunduğu uyuşmazlıklarda ulusal hukuk bakış açısı yerine, uluslararası ticaretin ihtiyaçları da göz önünde bulundurulmalıdır¹³⁶⁴.

Taşınır eşya üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi, maddi hukukta tarafların eşyayı kullanma, devretme ve kazanma gibi hukuki işlemleri yapabilmeleri bakımından tanınan serbestinin kanunlar ihtilafı alanına yansımalarıdır¹³⁶⁵. Ancak yine de taşınır eşya üzerindeki aynı haklara uygulanacak hukuk seçiminin sınırlandırılması gerektiği, aksi halde milletlerarası alanda verilecek mahkeme kararları arasında uyumun sağlanamayacağı belirtilmektedir. Hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkelerinin zedelenmemesi için tarafların aralarındaki aynı hak doğuran sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak eşyanın bulunduğu yer hukuku veya eşyanın gönderildiği yer hukuklarından birini seçmeleri gerektiği de savunulmaktadır¹³⁶⁶.

3.6.1.2. Dolaylı Hukuk Seçimi

Dolaylı hukuk seçimi deyiminden kasıt en sıkı ilişkili hukuk veya daha sıkı ilişkili hukuk (*more closely connected-wesentlich engere Verbindung/escape clause-Ausweichklausel*)) bağlama noktaları ile taraf iradesine etki tanınmasıdır. Bu halde taraflar doğrudan hukuk seçiminden farklı olarak, aralarındaki aynı haktan doğan uyuşmazlığa uygulanacak hukuk konusunda bir hukuk seçimi yapmazlar.

Doktrinde özellikle taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunması durumunda, sözleşme statüsünün aynı hak ihtilafı ile en sıkı irtibatlı hukuk olduğu varsayılarak dolaylı bir hukuk seçimi yapılacağı kabul edilmektedir.

¹³⁶⁴ Flessner, s. 22; Ömeroğlu, *İrade Serbestîsi Prensibi*, s. 152.

¹³⁶⁵ Flessner, s. 21; Ömeroğlu, *İrade Serbestîsi Prensibi*, s. 155.

¹³⁶⁶ Ömeroğlu, *İrade Serbestîsi Prensibi*, s. 156.

Dolaylı hukuk seçimini doğrudan hukuk seçiminde ayıran en temel fark ise yasal bir düzenleme ile taraflara sözleşmeye uygulanacak hukuk, aynı hak ihtilaflarına da uygulanacak hukuk olarak seçebilme imkânının açıkça verilmemiş olmasıdır¹³⁶⁷.

Eşya üzerindeki aynı haklardan doğan ihtilaflara uygulanacak hukukta modern yaklaşımlar olarak en sıkı ve daha sıkı ilişkili hukuk kuralları kabul edilse de bu kuralların her durumda dolaylı hukuk seçimi teşkil etmeyeceği gözden kaçırılmamalıdır. Yine eşya üzerindeki aynı hak ile en sıkı veya daha sıkı ilişkili hukuk her zaman tarafların arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk olmaz. Elbette çoğu kez tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk aynı hak ile en sıkı veya daha sıkı ilişkili hukuk olabilir. Ancak bazı durumlarda aynı hak ile tarafların vatandaşlıkları, sözleşmenin kurulduğu yer, sözleşmenin ifa yeri, tarafların iş yerleri de daha sıkı veya en sıkı ilişkili hukuk olabilmektedir. Böyle olduğunda hiç şüphesiz ortada dolaylı hukuk seçimi bulunmamaktadır¹³⁶⁸.

3.6.2. Boşanma ve Ayrılık

Boşanma ve ayrılık konularındaki uyuşmazlıklarda irade muhtariyetinin kabulü çok alışılmış olmayıp, konu, çoğunlukla objektif bağlama kurallarıyla düzenlenmektedir¹³⁶⁹.

3.6.2.1. Türk Hukukunda

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda boşanma ve ayrılık konusunda eşlere hukuk seçme imkânı verilmemiştir. Nitekim MÖHUK m. 14'te, “*Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk Hukuku uygulanır*” denilmektedir. Buna paralel olarak tarafların müşterek millî hukukları varken anlaşarak Türk Hukukunun uygulanmasını

¹³⁶⁷ Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 160-161; Ömeroğlu, Ekin, “Aynı Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda İrade Serbestisi Prensibinin Rolü”, *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı*, Ed. Zeynep Derya Tarman, s. 261.

¹³⁶⁸ Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 164.

¹³⁶⁹ Bayraktaroğlu Özçelik, *Roma III*, s. 523.

istemeleri, Yargıtay tarafından Türk Hukukunun uygulanması bakımından yerinde görülmemiştir¹³⁷⁰.

3.6.2.2. AB Hukukunda

AB üyesi devletlerden dördü, boşanma davalarında taraflara sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanımaktadır. Bunlardan Alman hukuku, ancak eşlerin müşterek millî hukukunun bulunmaması ve eşlerin müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu devletin vatandaşı olmamaları veya eşlerin farklı devletlerde yerleşik olmaları durumunda hukuk seçimine imkân vermekte; Hollanda hukuku eşlerin müşterek millî hukuku veya Hollanda hukukunu seçebileceklerini düzenlemektedir. İspanyol hukuku eşlerden birinin İspanya vatandaşı olması ya da İspanya'da yerleşik bulunması hâlinde İspanyol hukukunun seçilebileceğini; Belçika hukuku ise eşlerden birinin millî hukukunun veya Belçika hukukunun boşanmaya uygulanacak hukuk olarak tayin edilebileceğini öngörmektedir¹³⁷¹.

Boşanmaya ilişkin milletlerarası sözleşmeler Boşanma ve Ayrılık Konularında Kanunlar İhtilafı ve Yargı Yetkisi Uyuşmazlıkları Hakkında 12.06.1902 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Boşanma ve Ayrılık Kararlarının Tanınması Hakkında 01.06.1970 tarihli Lahey Sözleşmesi'dir.

Boşanma ve ayrılık davalarında sınırlı hukuk seçimine imkân tanıyan Roma III Tüzüğü'ne göre, Tüzük hükümleri uyarınca uygulanması gereken yabancı hukukun, davanın açıldığı ülkenin kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde uygulanmayabileceği kabul edilmiştir. Fakat bu halde yabancı hukuk yerine hangi hukukun uygulanacağı tüzükte belirtilmiş değildir. Doktrinde bu gibi hallerde mahkemenin hukukunun uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür¹³⁷².

Taraflarca seçilen hukuk, Tüzüğün evrensel niteliği sebebiyle, katılan bir üye devletin hukuku olmasa dahi uygulanacaktır. Uygulanacak hukuk olarak bir başka üye devlet hukukunun tespit edilmesi durumunda, Avrupa Adli Ağı (*European*

¹³⁷⁰ Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 26.9.1995 tarih ve 6392/7628 sayılı kararı, 12.7.1995 tarih ve 7581/8106 sayılı kararı, Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 208, dn. 3; Bayraktaroğlu Özçelik, *Roma III*, s. 523, dn. 58.

¹³⁷¹ Bayraktaroğlu Özçelik, *Roma III*, s. 516-517.

¹³⁷² Tütüncübaşı, *Boşanma*, s. 451; Ömeroğlu, *İrade Serbestisi Prensibi*, s. 188.

Judicial Network) aracılığıyla söz konusu yabancı hukukun içeriği tayin edilecektir (Dibace, paragraf 14).

Tarafların kendilerine tanınan hukuk seçimi imkânından doğru şekilde faydalanabilmeleri amacıyla kendilerinin hukuk seçimi yapmadan önce ulusal hukuk, AB hukuku ve boşanma ve ayrılık davalarına ilişkin usulü bilmeleri gerekmektedir. Bu çerçevede Tüzük, 2001/ 470/EC sayılı Konsey Kararı uyarınca internette kurulan bilgi edinme sisteminin Komisyon tarafından düzenli aralıklarla güncelleneceğini güvence altına almaktadır (Dibace, paragraf 17).

Tüzüğün 5. maddesine göre, hukuk seçimi dava açıldığı ana kadar yapılabileceği ve değiştirilebileceği gibi, mahkemenin hukukunun izin vermesi durumunda dava süresince de yapılabilir ve değiştirilebilir.

Tüzüğün 5/1. maddesine göre taraflar, boşanma veya ayrılık davalarında;

- hukuk seçimi sırasındaki müşterek mutad meskenin bulunduğu yer hukukunu;
- hukuk seçimi sırasında eşlerden birinin hâlen orada yerleşik bulunması şartıyla, son müşterek mutad meskenin bulunduğu yer hukukunu;
- hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı anda taraflardan birinin millî hukukunu veya
- mahkemenin hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçebilirler.

Tüzüğün 7/1. maddesine göre hukuk seçimi anlaşmasının yazılı olarak yapılmış olması, tarihinin belirtilmesi ve eşler tarafından imzalanmış olması gerekmektedir.

3.6.3. Miras Hukuku

Ölüme bağlı tasarruf yapma hakkı hukuki işlem yapma ve mülkiyet hakkının doğal bir uzantısı olarak aynı zamanda anayasal bir haktır¹³⁷³. Gerçekten de Anayasa m. 35/1'e göre, herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

¹³⁷³ Arbek, s. 23.

Genel olarak miras hukukunda irade muhtariyetine yer verilmediğini görmekle birlikte, miras hukuku alanındaki yeni gelişmeler bu alanda irade muhtariyetine yer verilmesi gerektiği yönündedir. Miras hukukundan doğan kanunlar ihtilafı alanında yapılan yeni düzenlemelerin bir kısmında uygulanacak hukukun tespitinde murisin iradesine yer verilmektedir¹³⁷⁴. Önemle belirtilmelidir ki irade muhtariyetinin miras hukukunda, özel hukukun bazı bölümlerine nazaran daha dar uygulanması, bu kavramın miras hukukunda daha önemsiz olduğu anlamına gelmemektedir. Bilakis iradi mirasçılığın kabulü ile mirasçıların belirlenmesinde mirasbırakanın iradesinin ön plana çıkması mirasbırakanla yasal mirasçılar arasındaki menfaat dengesini gözler önüne sermektedir¹³⁷⁵.

2675 sayılı Kanunda en fazla eleştirilen konulardan biri olan mirasa uygulanacak hukuku düzenleyen madde, 5718 sayılı MÖHUK'ta aynen korunmuştur. Mevcut düzenlemeye göre, “*Miras ölenin milli hukukuna tabidir. Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında Türk Hukuku uygulanır*”. 5718 sayılı MÖHUK’un bu hükmüyle 2675 sayılı MÖHUK’un 22. maddesi bazı ifade farklılıkları dışında neredeyse özdeş içeriğe sahiptir. Yeni düzenlemede, mülga kanunun 22. maddesinin 2. fıkrasında geçen “mirasın açılması” ibaresinin yerine “mirasın açılması sebepleri” ifadesi yer almaktadır¹³⁷⁶.

Evlilik mallarının miras olarak intikalinde kural olarak mal rejimleri ile ilgili kurallar öncelikle uygulanır. Sağ kalan eş hakkında önce mal rejimine uygulanacak hukuk uygulanır ve böylelikle tereke belirlenir. Daha sonra tereke mirasa uygulanacak hukuka göre paylaştırılır¹³⁷⁷. Buradan eşlerin mal rejimi konusunda sınırlı olarak sahip oldukları irade muhtariyetinin bu noktada devreye girebileceği anlaşılmaktadır.

¹³⁷⁴ Doğan, *Milletlerarası Özel*, s. 367.

¹³⁷⁵ Arbek, s. 24.

¹³⁷⁶ Aybay, Daradağan, s. 232.

¹³⁷⁷ Uluocak, *Kanunlar İhtilafı*, s. 73-74; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s. 161; Aybay, Daradağan, s. 211.

SONUÇ

2675 sayılı MÖHUK zamanının milletlerarası özel hukuk ilkeleri karşısında hukuk seçimini her alanda kabul etmiş değildi. Sonradan doğan revize ihtiyacı ve doktrinde bildirilen eleştiriler 5718 sayılı kanun hazırlanırken göz önünde bulundurulmuştur. Ancak kanunun kabulünden sonra AB hukukunda kabul edilen düzenlemeler elde olmayan sebeplerden ötürü 5718 sayılı kanunda bazı eksikliklere yol açmıştır. Çalışmamızın sonucunu özellikle milli kanunların yeknesaklaştırılması amacına hizmet etmesi niyeti ile bu eksikliklerin incelenmesine ayırmak uygun olacaktır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmuştur. İlk bölümde irade muhtariyeti ilkesinin anlamı ve çeşitli tanımlarına yer verilmiştir. Genelde yapılan tanımların lâfzî olarak farklılıklar arz etse de varılan noktanın aynı olduğu görülmüştür. Pek tabi bazı ülke hukuklarında bu ilkenin hiç nazara alınmadığı da tespit edilmiştir. İrade muhtariyeti ilkesi her ne kadar kişilerin özel hukuk ilişkilerini özgürce düzenleyebilmeleri olarak betimlense de sınırsız olduğundan bahsedemeyiz. Bu sınırlar kimi zaman doktrinden kimi zaman mahkeme kararlarından kimi zaman mevzuattan doğmaktadır. TBK. m. 26 bu konunun en güzel göstergesidir. Bu sınırlamalara rağmen irade muhtariyeti ilkesinin vazgeçilmezliği ve bu kadar taraftarının olması hiç şüphesiz tesadüfî değildir. Zira irade muhtariyeti ilkesi beraberinde sözleşme özgürlüğünü, eşitlik ilkesini ve şekil serbestîsini de getirmektedir.

Çalışmamızın ilk bölümü çoğunlukla sözleşme özgürlüğüne ayrılmıştır. Böylelikle borçlar hukuku ile kanunlar ihtilafı alanında kabul edilen irade muhtariyeti tabirlerinin farklılıkları daha kolay anlaşılacaktır. Bu gaye ile yapılan incelememizde birtakım benzerliklere de rastlanmıştır. Örneğin sınırlı sayı ilkesinden kaynaklı olarak aile hukuku, eşya hukuku ve miras hukuku alanlarında sözleşme özgürlüğü kabul edilmediği gibi, yine bu alanlardaki kanunlar ihtilafı kurallarına baktığımızda taraflara hukuk seçme imkânının da verilmediğini görmekteyiz. Bunun gibi sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran haller ile hukuk seçimini sınırlandıran haller arasındaki benzerlik de hemen göze çarpmaktadır. Özellikle bir tarafın zayıf olduğu sözleşmelerde hem borçlar hukuku manasında Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun gibi çeşitli sınırlandırmalara gidilmiş, hem de MÖHUK'ta genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen hükümden ayrıca düzenlenmişlerdir.

Kanunlar ihtilafı kurallarında gidilen bu sınırlandırmaların aynen borçlar hukukundaki gibi eşitlik ilkesine, milletlerarası özel hukuktaki deyimi ile taraf menfaatine hizmet ettiği açıktır. Böylece borçlar hukuku ve milletlerarası özel hukukun irade muhtariyeti ilkesine yükledikleri anlamlar farklı olmasına rağmen nihayetinde aynı düşünce temeline dayanan bir ilke olması nedeniyle aynı sonuçları doğurabildiği tespit edilmiştir, bu tespit sayesinde borçlar hukukundaki sözleşme özgürlüğünün milletlerarası özel hukuktaki hukuk seçme serbestisinin birbirleriyle etkileşim içinde olduğu resmedilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümü sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusuna ayrılmıştır. 5718 sayılı MÖHUK, sözleşmeden doğan borç ilişkilerini 24. maddeden 33. maddeye kadar 10 ayrı maddede ele almıştır. Genel olarak sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin düzenlendiği 24. maddeden sonra özelliği olan ve genel hükümden ayrı olarak düzenlenmesi gerektiği doktrin tarafından bildirilen bazı milletlerarası sözleşme tipleri ele alınmıştır. Bu düzenleme şekli, modern devletler özel hukuku kanunları ile Roma Konvansiyonu ile paraleldir. Hukuk seçimine ilişkin temel prensipleri içeren MÖHUK m. 24, kanunda aksi belirtilmedikçe uygun düşen her türlü sözleşme ile hukuk seçimi imkânı verilen diğer ilişkiler bakımından geçerli olacaktır. Ayrıca belirtmek gerekirse, 24. maddenin devamındaki hükümlerde özel olarak düzenlenmeyen sözleşme tipleri bakımından 24. madde uygulanacaktır. 5718 sayılı kanundaki bu sistematik Türk hukukunda getirilen yeniliklerin başında gelmektedir. Zira mülga 2675 sayılı kanunda sözleşmelere uygulanacak hukuk tek bir madde ile düzenlenmiştir. Bu durumsa özelliği olan bazı sözleşmeler bakımından adaletsiz sonuçlara sebep olabilmekteydi.

2675 sayılı kanundan farklı olan bir diğer husus 5718 sayılı kanunda örtülü hukuk seçiminin kabul edilmesidir. Gerçekten uluslararası düzenlemelerin çoğunda ve başlıca hukuk sistemlerinin devletler özel hukuku kanunlarında örtülü hukuk seçimi kabul görürken Türk hukukunda sadece açık hukuk seçiminin kabulü yabancı unsurlu ilişkilerin yeknesak hale gelmesini zora sokmaktaydı. Ayrıca bu tutumun gerekçesi olarak örtülü hukuk seçiminin tespitinin güç olacağının bildirilmesi tamamen farazi hukuk seçimi ile örtülü hukuk seçiminin anlamlandırılmasının yanlışlığından kaynaklanmaktaydı. Doktrindeki görüşlerin ve uluslararası gelişmelerin bir sonucu olarak örtülü hukuk seçimi hukukumuzda kabul edilmiştir. Ancak özellikle tüketici sözleşmeleri gibi bir tarafın zayıf durumda olduğu kabul

edilen sözleşmelerde örtülü hukuk seçiminin mümkün olup olmadığı kanunda belirsizdir. Bu belirsizliğin giderilerek tarafların hem hukuk seçimine öncelik verilmesi hem zayıf tarafı koruyucu tedbirlerin de elden bırakılmaması yönünde bir yöntemle açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Sözleşmeye uygulanacak hukuk hakkında taraflara tanınan hukuk seçme serbestisinin kullanılabilmesi için hukuki ilişkinin yabancılık unsuru taşıyıp taşıyamaması meselesi tartışılmıştır. Hukukumuzda doktrinde tartışmalı bir mevzu olarak karşımıza çıkan bu konuda MÖHUK sessiz kalmış, sadece ilk maddesinde bu kanunun yabancılık unsuru içeren ilişkilere uygulanacağını belirtmekle yetinmiştir. Diğer yandan uluslararası düzenlemelerde konunun açıklıkla yazıldığı görülmektedir. Örneğin Roma I Tüzüğü'nde yabancılık unsuru olmaması halinde tarafların yine hukuk seçimi yapabilecekleri fakat bu seçimin maddi hukukta sonuç doğurabileceği, Lahey Sözleşmesinde tarafların yabancı bir hukuku uygulanmak üzere seçmek suretiyle aralarındaki ilişkiyi yabancı unsurlu hale getiremeyecekleri belirtilmiştir. Türk hukukunda da buna benzer bir düzenleme getirilerek belirsizliğin ortadan kaldırılması, doktrindeki tartışmaların nihayete ulaşması irade muhtariyeti ilkesinin ülkemizdeki gelişimi açısından faydalı olabilir.

Roma I Tüzüğü'nde bulunup da MÖHUK'ta ele alınmayan, tartışılması doktrine bırakılan diğer husus hukuk seçimi konusunda tarafların ne kadar serbest olduğu ile ilgilidir. Taraflar aralarındaki hukuki ilişki ile tamamen ilgisiz bir hukuku uygulanmak üzere seçtiklerinde Roma I Tüzüğü, bütün unsurları ile tek bir ülkeye bağlı olan sözleşmeler için bir sınırlandırma getirmektedir. Buna göre taraflar istedikleri hukuku seçmekte özgür olmakla birlikte, sözleşmelerinin tüm yönüyle tek bir hukuku işaret ettiği hallerde o hukukun emredici kuralları da uygulanacaktır. Böylelikle tarafların o hukukun emredici kurallarından kaçmak amacıyla hukuk seçimi yoluna gitmeleri önlenmektedir. Buna benzer bir hükmün Türk hukukunda olmaması tarafların kanuna karşı hile ihtimallerini artırmaktadır. 31. maddede düzenlenen üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları maddesinin dahi müphem ifadeleri ve hâkimi zorlamak yerine bir tercihte bulunmasını salık veren tarzı modern devletler özel hukuku normları ile çelişki içindedir. Bu durum hukukumuzda doğrudan uygulanan kuralların 5718 sayılı kanun ile girmesinden kaynaklanabilir. Kanun koyucunun ilk kez 5718 sayılı kanun ile hayata geçirdiği bu düzenlemede pek tabi aksaklıklar olabilir.

Çalışmamızın üçüncü bölümü sözleşme dışı borç doğuran hallerde uygulanacak hukuk konusuna ayrılmıştır. Bu konu uluslararası manada sözleşmeler hukukundaki gibi genel olarak irade muhtariyetinin benimsendiği veya ortak bağlama kurallarının uygulanır olduğu bir alan değildir. Zira sözleşme dışı borcun kaynakları deyimi dahi ülkeden ülkeye farklılık arz etmektedir. Biz bu bölümde öncelikle MÖHUK'ta düzenlenen sözleşme dışı borcun kaynaklarından haksız fiiller ile sebepsiz zenginleşmeyi incelemeyi uygun bulduk. Sonrasında MÖHUK'ta yer almayan ancak sözleşme dışı ilişki olarak karşılaştığımız vekaletsiz iş görme ve sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk konularına değindik. Son olarak da hukuk seçme serbestisinin Türk hukukunda kabul görmediği halleri değerlendirerek diğer hukuk sistemlerinde de aynı tutumun olup olmadığı gerekçeleri ile birlikte ele aldık.

2675 sayılı MÖHUK'ta taraflara haksız fiil alanında hukuk seçme imkânı tanınmamıştı. 5718 sayılı MÖHUK'ta ise güncel gelişmeler ve modern devletler özel hukuku kanunları takip edilerek taraflara hukuk seçimi imkânı birtakım şartlarla birlikte sunulmuştur. 5718 sayılı MÖHUK hazırlanırken Avrupa Birliği'nin sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerine dair düzenlemeleri dikkate alınmıştır. Buna karşın o dönemde henüz yasalaşmamış olan Sözleşme Dışı Borç İlişkileri Hakkında Roma II Tüzüğü dikkate alınamamıştır. Bu nedenle her ne kadar 5718 sayılı kanunda haksız fiillere ilişkin genel kuralın yanında bazı özel haksız fiil türlerine uygulanacak hukuka ilişkin özel bağlama kuralları düzenlenmiş olsa da MÖHUK'ta Roma II Tüzüğü'ne kıyasla ayrıntılı ve bütün sözleşme dışı ilişkileri kapsayacak düzenlemeler mevcut değildir.

Haksız fiile uygulanacak hukuku seçecek olan taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyen tarafların sahip olduğu kadar serbest değildir. Kanun koyucu tarafları hukuk seçmenin zamanı bakımından sınırlandırdığı gibi seçilebilecek hukuk düzenleri bakımından da sınırlandırmıştır. Bu durum özellikle ticari ilişkileri bulunan taraflar açısından uygun olmayan sonuçlar doğurmaya müsaittir. Gerçekten de m. 26 ve 27'de tüketici ve işçi gibi zayıf tarafın bulunduğu sözleşmelerde *“tüketicinin/işçinin mutad meskeni/iş yeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla”* taraflar hukuk seçiminde bulunabilmeleri gibi bir çözüm daha cazip olabilir. Belirtmek gerekirse Roma II Tüzüğü taraflara uyuşmazlık henüz baş göstermeden hukuk seçme

imkânı getirmiştir. Roma II Tüzüğü'ndeki düzenlemede olduğu gibi sadece tacirler arasındaki sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanmak üzere *ex ante* hukuk seçimine imkân tanınabilir.

Yine kanun koyucu haksız fiiller alanında hukuk seçiminin yapılış biçiminde de bir sınırlandırma getirerek örtülü hukuk seçimine izin vermemiştir. Diğer ülkelerin tutumlarına baktığımızda ya sözleşmeye uygulanacak hukuktaki gibi hem açık hem örtülü hukuk seçimine imkân tanındığı yahut bu konuyu tartışmaya bile değer vermeyerek tarafların örtülü iradelerine etki tanıdıkları görülmüştür. Türk hukukunda da haksız fiiller alanında sözleşmeye uygulanacak hukuktaki ile aynı tutumun sürdürülmemesi için bir neden görülmektedir. Kaldı ki tarafları haksız fiil meydana geldikten sonra hukuk seçimi yapabilecekleri yönünde sınırlamak ve üzerine bir de örtülü hukuk seçimi iradesine etki tanımamak modern bir hukuk sisteminde göremeyeceğimiz bir harekettir. Sanki tarafların hukuk seçimi yapmaları engellenmek isteniyor, fakat bir taraftan da hukuk seçimini uluslararası düzenlemeler karşısında tamamen yasaklayamıyor gibi bir görüntü ortaya çıkmaktadır.

Haksız fiillere uygulanacak hukukun düzenlenmesinde maddedeki sistematik sözleşmelere uygulanacak hukuku konu alan m. 24'teki sistematik ile zıttır. Sonuç değişmese de öncelikle sübjektif bağlama kuralını yani hukuk seçimini düzenlemek yerine haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen m. 35'te önce objektif bağlama kuralları belirtilmiştir. Roma II Tüzüğü'nün de sistematığıne ters olan bu durum düzeltilirse hem şeklen daha estetik bir kanun görünümüne kavuşulmuş olur, hem de kafa karışıklıklarının önüne geçilmiş olur.

5718 sayılı MÖHUK haksız fiillerden doğan talepleri inceleyen doktrindeki tartışmaları göz ardı etmemiş, yeni gelişmeleri takip ederek modern devletler özel hukuku uygulamalarını kanuna aksettirmiştir. Haksız fiiller hakkında genel hüküm mahiyetindeki m. 34'ün yanı sıra 5718 sayılı MÖHUK özel nitelik taşıyan bazı haksız fiil türlerini ayrıca düzenlemiştir. Kişilik haklarının ihlalden sorumluluk, imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu, haksız rekabetten doğan taleplere uygulanacak hukuk ve rekabetin engellenmesine uygulanacak hukuk kanunda ayrı maddelerde ele alınmıştır. Roma II Tüzüğü'nde haksız fiilin özel türlerinden olan haksız rekabet, rekabetin engellenmesi ve fikri mülkiyet hakkının ihlali durumlarında uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi açıkça yasaklanmıştır. Roma II Tüzüğü'nün uygulama alanına girmeyen konulardan birisi olan kişilik haklarının

ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk, İsviçre ve Türk Hukuku da dâhil birçok ülkede ayrı kanunlar ihtilafı kuralına konu olmuştur. MÖHUK m. 35'te Zarar görene üç seçimlik hak sunulmuştur, ancak bu seçim sözleşmeden veya haksız fiilden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk gibi tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşmasıyla oluşan bir hukuk seçimi değildir. Burada sadece mağdurun karşı tarafın kabulüne ihtiyaç duymayan tek taraflı iradesine kanun tarafından etki tanınmıştır.

İmalatçının sözleşme dışı sorumluluğu MÖHUK m. 36'da düzenlenmiş ve imalatçının sorumluluğuna uygulanmak üzere zarar görene sınırlı bir hukuk seçimi imkânı getirilmiştir. Buna göre, imalatçının imal ettiği şeyden dolayı zarar gören taraf, zarar verenin mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku veya işyerinin bulunduğu yer hukuku yahut imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuklarından birini seçebilir. Bu seçimde aynen kişilik haklarının ihlalden doğan uyuşmazlıklarda olduğu gibi sözleşmeye uygulanacak hukukun seçimi gibi değil, karşı tarafın kabulü gerekmeyen tek taraflı bir irade ile kararlaştırılan bir seçimdir.

Hukuk seçiminin sözleşmeye uygulanacak hukuk bakımından taraflara sağlanan serbestisi gibi düzenlenmediği bir başka özel haksız fiil türü fikri mülkiyet konusunda karşımıza çıkmaktadır. 5718 sayılı kanuna göre, fikri mülkiyet hakkının ihlalden kaynaklanan talepleri tarafların ancak ihlalden sonra ve sadece mahkemenin hukukunun (*lex fori*) uygulanabileceğini kararlaştırma olanağı sunmaktadır.

Haksız fiil alanında olduğu gibi sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk bakımından da taraflara bazı sınırlandırmalar getirilmiştir. Tarafların örtülü hukuk seçimine imkân verilmemiş ve tarafların hukuk seçimi zaman bakımından da sınırlandırılarak sadece uyuşmazlık meydana geldikten sonra hukuk seçimi yapılması kabul edilmiştir. 2675 sayılı kanun sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuku düzenlemekle birlikte taraflara hukuk seçme imkânı vermemiştir. 5718 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra kabul edilen Roma II Tüzüğü'nde ise sebepsiz zenginleşme bakımından hem örtülü hukuk seçme iradesine etki tanınmış hem de tarafların mevcut ticari faaliyeti göz önünde bulundurularak uyuşmazlık çıkmadan önce hukuk seçimi yapabilmelerinin önü açılmıştır. Türk hukukunda da kanun koyucu bu yönde bir güncelleme yapmak suretiyle taraf iradelerine daha çok etki tanıyabilir.

Kanunda düzenlenmeyen konulardan biri olan vekaletsiz iş görme Roma II Tüzüğünde ayrı bir maddede değerlendirilmiştir. Hukuk seçme serbestisi de tanınan maddedeki gibi bir düzenleme Türk hukukunda da yapılarak vekaletsiz iş görme gibi karmaşık bir konuda kanun boşluğu doldurulabilir.

Hukukumuzda hukuk seçimine yer verilmeyen aynı haklara uygulanacak hukuk bakımından yaptığımız araştırmada başka ülke hukuklarında ticaretin gelişmesi neticesinde hukuk seçme serbestisine yer verildiği görülmüştür. Klasik anlayış bir kenara bırakılarak bu konuda yeni adımlar atılması, kanunumuzun daha uyumlu hale getirilmesi faydalı olacaktır.

Aile hukuku alanında sözleşme özgürlüğü ilkesinin işletilmemesinin bu alanda hukuk seçimi imkanını da azalttığını belirtmiştik. Ancak Roma III Tüzüğü'nde taraflara tüzükte belirtilen hukuklardan birini seçebilmeleri imkanının verildiğini görmekteyiz. Yabancı unsur barındıran evliliklerin sonlanmasında tarafların boşanmaya uygulanacak hukuku seçebilmeleri özellikle anlaşmalı boşanmalar için protokollerine ekleyecekleri bir madde ile mümkün olabilmelidir. Bu konuda tüzükteki düzenleme gibi seçilebilecek hukuk düzenlerinin sınırlandırılması da düşünülebilir.

Türk hukukunda sınırlı dahi olsa hukuk seçimine cevaz verilmeyen hallerden biri olan miras hukuku konusunda Avrupa Mirasçılık Belgesinin Oluşturulması ve Miras Meselelerinde Mahkemelerin Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Resmî Belgelerin Kabulü ve İcrasına İlişkin 650/2012 Sayılı Tüzükte, miras hukukunda sınırlı bir hukuk seçimi serbestisine izin verildiği görülmektedir. Buna göre, miras bırakan seçim yaptığı anda vatandaşı olduğu ülkenin hukukunu, birden fazla vatandaşlığı varsa bu ülkelerin birinin hukukunu mirasa uygulanacak hukuk olarak seçebilir. Miras meselelerinde uygulanacak hukukun miras bırakan tarafından uygulanacak hukukun seçilebilmesi kabul edilmemekle birlikte hukukumuzda çifte ve çok vatandaşlığın kabul edilmesi ile birlikte çok vatandaşlığı bulunan miras bırakanın mirasına hangi hukukun uygulanacağı meselesini gündeme getirebileceğinden belirtilen tüzükteki gibi bir düzenlemenin kanun maddesine eklenmesi uygun olabilir.

KAYNAKLAR

Abegg, Andreas, Die Ausdifferenzierung der Vertragsfreiheit im Wirtschaftsrecht, (Erişim) http://doc.rero.ch/record/4793/files/1_Abegg_-_Vertragsfreiheit_KritV.pdf 03.07.2020.

Abegg, Andreas, Thatcher, Annemarie, “Review Essay – Freedom of Contract in the 19th Century: Mythology and the Silence of the Sources – Sibylle Hofer’s Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, Sibylle Hofer, Freiheit ohne Grenzen?”, **Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, Mohr (Siebeck)**, *Jus Publicum*, Vol. 53, Tübingen, 2001, ISBN 316-147576-3, (Çevrimiçi) https://germanlawjournal.com/wp-content/uploads/GLJ_Vol_05_No_01_Abegg.pdf (03.05.2020).

Acun Mekengeç, Merve, **Aynî Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Akbulut, Pakize Ezgi, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Akıncı, Şahin, **Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması**, Cemre Yayınları, Konya, 1998.

Akıncı, Şahin, **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, 11. bs., Sayram Yayınları, 2019 (Borçlar).

Akıncı, Ziya, “Milletlerarası İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Talep Prosedürü”, **Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler**, Ed. Sibel Özel, Mustafa Erkan, Uluslararası Konferans, 11 Ekim 2018, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 269-281 (Sözleşmesel Meseleler).

Akıncı, Ziya, **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1996. (İnşaat)

Akıncı, Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

Akıncı, Ziya, **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1992 (Uygulanacak Hukuk).

Akipek, Şebnem, Küçükgüngör, Erkan, **Sözleşmeler Rehberi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

Akyol, Şener, **Medeni Hukuka Giriş**, 2. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

Albayrak Ceylan, Nazlı, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Albornoz, María Mercedes, González, Martín Nuria, “Towards The Uniform Application of Party Autonomy for Choice of Law in International Commercial contracts”, **Journal of Private International Law**, 12:3, 2016, (Erişim) DOI: [10.1080/17441048.2016.1234812](https://doi.org/10.1080/17441048.2016.1234812), 27.10.2019, s. 437-465.

Aldemir, İpek Betül, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Alibaba, Arzu, ““Yetki Sözleşmelerine İlişkin La Haye Konvansiyonu” ve “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğünde Yetki Sözleşmesi”, **MHB**, Yıl 29, Sayı 1-2, 2009, s. 1-20 (Yetki Sözleşmesi).

Alibaba, Arzu, **Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Milletlerarası Özel Hukuk) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2006 (Hukuk Seçimi).

Altaş, Hüseyin **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998 (Şekle aykırılık).

Altaş, Hüseyin, “Kira Parası Artışlarının Sınırlandırılması”, **AÜHFD**, Y. 2000, C. 49, S. 1-4, s. 97-116. (Kira)

Altaş, Hüseyin, **Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri**, 2. bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2020 (Medeni).

Altunkaya, Mehmet, **Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005.

Anıl, Yaşar Şahin, Taner, Yonca, **Eşler Arasındaki Mal Rejimleri**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Antalya, Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. bs., C. 1, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Antalya, Osman Gökhan, Sağlam, İpek, **Miras Hukuku**, 4. Bs., Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Aral, Vecdi, “Hukukta İrade Özgürlüğü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 48, Sayı 1-4, s. 249-282.

Arat, Ayşe, **Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

Arbek, Ömer, **Miras Hukukunda Ölümeye Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Arıöz, Ali, Özbek, Özgür Can “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar”, **Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu**, Ed. Kerem Cem Sanlı, İstanbul, 22 Haziran 2010, s. 371-418.

Arslan, İlyas, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zimni Hukuk Seçimi”, **MHB**, 33 (2), s. 1-41.

Aslan, İ. Yılmaz **Rekabet Hukuku Dersleri**, 7. Bs., Ekin Kitabevi, Bursa, 2020.

Astarlı, Muhittin, **İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi)**, 2. bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

Ataay, Aytekin, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, Birinci Yarım, 3. bs., Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981.

Atamer, M. Yeşim, **Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001 (Genel İşlem Şartları).

Atamer, Yeşim, “Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1996, C. LV, s. 421-447 (Tüketici).

Ateş, Derya, “BK. m. 65 Kuralı: Özel Olarak Genel Ahlaka Aykırı Amaçlarla Verilenlerin İade Edilememesi”, *Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan*, İstanbul 2008, s. 583-605 (Ahlak).

Ateş, Derya, “İrade Özerkliği Kapsamında MK. m. 23/II Hükmü ve Karar Özgürlüğü”, *Ankara Barosu Dergisi*, Bahar 2007, Y. 66, S. 2, s. 135-148 (İrade).

Ateş, Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, *TBB Dergisi*, Sayı 72, 2007, s. 75-93 (Dürüstlük).

Ateş, Derya, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007 (Borçlar).

Ayan, Mehmet, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 12. bs., Adalet Yayınevi, Konya, 2020 (Borçlar).

Ayan, Mehmet, *Miras Hukuku*, 10. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2020 (Miras).

Aybay, Rona, Daradağan, Esra, *Uluslararası Düzeyde Yasalar Çatışması (Kanunlar İhtilaftı)*, 2. bs., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.

Aybay, Aydın, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 15. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

Aydoğdu, Murat, Kahveci, Nalân, *Özel Borç İlişkileri*, 4. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Aydoğdu, Murat, *Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Aygül, Musa, Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 3-4, Y. 2001, s. 223-264.

Ayrancı, Hasan, “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S. 3, Y. 2003, s. 229-252 (Zorunluluk).

Ayrancı, Hasan, *Ön Sözleşme*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006 (Ön Sözleşme).

Bach, Ivo, “Scope of Regulation, Rome II Regulation”, **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich, European Law Publishers, 2011 (Rome II).

Bach, Ivo, Freedom of choice >Rome II Regulation: Pocket Commentary, edited by Peter Huber, Sellier - European Law Publishers GmbH, 2011, ProQuest Ebook Central, <http://ebookcentral.proquest.com/lib/inonu/detail.action?docID=765875>, Erişim Tarihi: 01.07.2019 (Freedom).

Balkar Bozkurt, Süheyla, “Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan**, 2011/1, s. 141-196 (uluslararası sözleşmeler).

Balkar, Süheylâ, **Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002 (Özel Hukuk Kuralları).

Baniassadi, Mohammad Reza, “Do Mandatory Rules Of Public Law Limit Choice Of Law In International Commercial?”, **Int’l Tax & Bus. Law.**, C. 10, Y. 1992, s. 59-84.

Ware, Stephen J., Default Rules from Through Mandatory Rules: Privatizing Law Through Arbitration, **Minn. L. Rev.**, C. 83, Y. 1999, s. 703-754.

Barraclough, Andrew, Waincymer, Jeff “Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration”, **Melbourne J. Int’l L.**, C. 6, Y. 2005, s. 205-244.

Baş Süzel, Ece, Yasan, Candan, “Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk”, **MÜHFHAD**, C. 22, S. 2, Y. 2016, s. 365-396.

Başalp, Nilgün, “Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler”, **Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan**, İstanbul, 2011, s. 221-238.

Başpınar, Veysel, “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1999, C. 1, s. 17-34 (Kelepçeleme).

Başpınar, Veysel, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998 (Butlan).

Batiffol, Henri, “Subjectivisme et Objectivisme dans le droit international privé des contrats”, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Band I, 1960, s. 39-58.

Battal, Ahmet, “Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları”, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I Bildirimler-Tartışmalar*, Ankara, 2001, s. 43-94.

Bayata Canyaş, Aslı, *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural*, Adalet Yayıncılık, Ankara, 2012 (AB ve Türk Hukuku).

Bayata Canyaş, Aslı, “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”, *Hacettepe Hukuk Fak. Dergisi*, 1(1) 2011, s. 110–121 (Roma I Tüzüğü).

Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm, “Konişmentoya Bağlanan Eşya Üzerindeki Ayni Hakka Uygulanacak Hukukun Tespiti”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 66, S. 2, Bahar 2008, s. 57-73 (Konişmento).

Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm, “Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması”, *AÜHFD*, C. 61 (2), Y. 2012, s. 505-539 (Roma III).

Beale, Hugh, “Inequality of Bargaining Power”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6, no. 1, 1986, (Çevrimiçi), www.jstor.org/stable/764470, 10 Mayıs 2019, s. 123–136.

Bechtold, Stefan. *Die Grenzzwingenden Vertragsrechts: Einrechtsökonomischer Beitrag zur Lehre des Privatrechts*, Mohr Siebeck, 2010.

Belen, Herdem, *6098 sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh), Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borç İlişkisinin Hükümleri, (Bazı) Sona Erme Halleri*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

Berger, Klaus Peter, “Re-examining the Arbitration Agreement Applicable Law Consequences Confusion?”, *ICCA Congress Series No: 13*, 2006, Back to Basics?, (Erişim), <http://www.trans-lex.org/100680>, 19 Nisan 2019, s. 301-334.

Berki, Osman Fazıl, *Devletler Hususi Hukuku*, C. 2, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1961 (Devletler Hususi).

Berki, Osman Fazıl, *Türk Hukukunda Kanun İhtilafları*, Ankara Üniversitesi Yayinevi, Ankara, 1971 (Kanun İhtilafları).

Binchy, William, Ahern, John (eds), *Freedom to choose the applicable law in tort – Articles 14 and 4(3) of the Rome II Regulation*, in: *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New Tort Litigation Regime*, Leiden, 2009.

Boele, K, van ITERSSEN, D., “The Dutch Private International Law Codification: Principles, Objectives and Opportunities”, *Electronic Journal of Comparative Law*, V. 14.3, 2010, (Erişim) <https://www.ejcl.org/143/abs143-3.html> 17 Ekim 2020, s. 1-31.

Bonomi, Andrea, “Overriding Mandatory Provisions In The Rome I Regulation On The Law Applicable To Contracts”, *Yearbook of Private International Law*, C. 10, Y. 2008, s. 285-300 (Overriding mandatory).

Bonomi, Andrea, “The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations, Some General Remarks”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. X, 2008, s. 165-176 (Some remarks).

Borchers, Patrick J. “Categorical Exceptions to Party Autonomy in Private International Law”, *Tul. L. Rev.*, C. 82, Y. 2008, s. 1645-1660.

Brox, Hans *Allgemeines Schuldrecht*, 35. Neubearbeitete Aufl. München, Beck, 2011.

Brozolo, Radicati di, Luca G., *Applying the Rules Governing the Merits in International Commercial Arbitration: What Role for Inherent Powers?* December 28, 2017, (Erişim), <https://ssrn.com/abstract=3093985> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3093985>, 01 Temmuz 2019, s. 1-19.

Bucher, Eugen, “hundertjahreschweizerischesObligationenrechts: Wostehenwirheute im Vertragsrecht?”, **ZSR**, 1983, II, (çevrimiçi) http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/29.pdf, 04 Temmuz 2019, s. 251-383.

Bucher, Eugen, **SchweizerischesObligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht)**, 2. Aufl., Zürich, 1988, (Çevrimiçi) http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/Bucher_ORAT_00.pdf, 05 Şubat 2018. (E.AT)

Buckley, F. H. **The Fall and Rise of Freedom of Contract**, Duke University Press, Durhamand London, 1999.

Busche, Jan, **Privat autonomieund Kontrahierungszwang**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999.

Bydlinski, Peter, **BürgerlichesRecht I**, AllgemeinerTeil, Wien 2013.

Can, Hacı, Toker, Ali Gümrah, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Can, Hacı, Tuna, Ekin **Milletlerarası Özel Hukuk Temel Bilgiler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Canaris, Claus-Wilhelm, “Wandlungen des Schuldvertragsrechts-Tendenzenzuseiner „Materialisierung“”, **ArchivFürDieCivilistischePraxis**, C. 200, S. 3/4, Y. 2000, s. 273-364, (Çevrimiçi) <http://www.jstor.org/stable/40995723>, 10 Mart 2020.

Carpinello, George F., “Testing the Limits of Choice of Law Clauses”, **Franchise Contracts as a Case Study**, 74 Marq. L. Rev. 57, 1990, (Çevrimiçi), <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol74/iss1/3> 21 Temmuz 2019.

Catherine, Kessedjian, “Party Autonomy and Characteristic Performance in the Rome Convention and the Rome I Proposal, in Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective”, Ed. J. Basedow, H. Baum, Y. Nishitani, 2008, Tubingen, s. 105-125.

Chong, Adeline, “The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts”, **Journal of Private International Law**, Volume 2, 2006-Issue 1, 01 May 2015, (Erişim), <https://doi.org/10.1080/17536235.2006.11424301> 20 Kasım 2019, s. 27-70.

Cohn, E. J., “The Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14, no. 1, 1965, (Çevrimiçi), www.jstor.org/stable/756722, 2 Kasım 2019, s. 132-171.

Cordero Moss, Giuditta, “Chapter 8 The Arbitral Tribunal’s Power in respect of the Parties’ Pleadings as a Limit to Party Autonomy On Jura Novit Curia and Related Issues”, *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Ed. Franco Ferrari, NYU Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law JURIS, New York 2016, s. 289-330.

Çalışkan, Yusuf, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2014 (Satım).

Çalışkan, Zeynep, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, *MHB*, C. 28, S. 1-2, Y. 2008, s. 27-50 (26. Madde).

Çelikel, Aysel, Deniz, İnci, "Türk Milletlerarası Özel Hukuk'unda "Atıf" Prensibi'nin Uygulanması", *MHB*, C. 3, S. 2, Temmuz 2011, s. 1-10.

Çelikel, Aysel, Erdem, B. Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. bs, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.

Çiftçi, Emre, “Limitations of Party Autonomy Under the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations”, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ocak 2015, S. 9, s. 135-149.

Çilingiroğlu, Cüneyt, “Devletler Özel Hukukunda Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Subjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri”, *MHB*, Y.9, S.2, 1989.

Çörtoğlu Koca, Sema *Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Dastmalchi, Sharareh, Sadeghi, Mohsen, “A Comparative Study of Applicable Law in International Commercial Contracts within the “Hague Conference Principles”, *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*, Editörler: Sibel, Özel, Mustafa, Erkan, Uluslararası Konferans, 11 Ekim 2018, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 139-149.

Dayınlarlı, Kemal *Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1994.

de Boer, Theodorus Martinus, “Party Autonomy and Its Limitations in The Rome II Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, 9, 2007, (Çevrimiçi), <https://doi.org/10.1515/9783866537200.1.19>, 12.11.2019, s. 19-29.

de Boer, Theodorus Martinus., Hugenholtz, Peter Bernt, *Choice Of Law In Copyright And Related Rights Alternatives to the Lex Protectionis*, Academisch Proefschrift, 2003.

Demir Gökyayla, Cemile, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, 2. bs., Vedat Kitapçılık, Ankara, 2013 (Tek Satıcılık).

Demir Gökyayla, Cemile, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001 (Kamu Düzeni).

Demirci, Serdar, “Ürün Sorumluluk Sigortasına Sorumluluk Hukuku ve Genel Şartlar Çerçevesinde Güncel Bir Bakış”, *Ankara Barosu Dergisi*, s. 3, y. 2019, s. 121-180.

Demircioğlu, Huriye Reyhan, “Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Aşılması Çabalarının Ürünleri Olarak *Culpa in Contrahendo* ve Güven Sorumlulukları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Ankara, 2009, s. 219-230 (Sorumluluk Hukuku).

Demircioğlu, Huriye Reyhan, *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009 (*Culpa In Contrahendo*).

Demirkol, Berk, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 2. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Demiröz, Ali, “Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hâkim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII*, Kayseri, 17-18 Nisan 2009, s. 317 vd.

Deryal, Yahya, Genç, Cemal, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

Doğan, Gül, **Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)**, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, (Ön Sözleşme).

Doğan, Vahit, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1996 (İş Akdi).

Doğan, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. bs., Savaş Yayınevi, Ankara, 2020 (Milletlerarası Özel).

Doğan, Vahit, “Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **SÜHFD Prof. Dr. Şakir Berki’ye Armağan**, Konya, 1996, C. 5, S. 1-2, s. 153-179 (Tüketici).

Doğan, Vahit, **Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif**, 4. bs., Savaş Yayınevi, Ankara, 2016 (Akreditif).

Dural, Mustafa, “İmkânsızlık Kavramı ve Türleri”, **BATİDER**, S. 1, Y. 1973, s. 11-58.

Dural, Mustafa, ÖZ, M. Turgut, **Türk Özel Hukuku, C. 4: Miras Hukuku**, 15. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

Dural, Mustafa, Sarı, Suat, **Türk Özel Hukuku C. 1: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 15. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

Eker Ayhan, Zeynep Feyza **Rekabet Hukuku Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü: Karşılaştırmalı Bir Analiz**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi.

Ekşi, Nuray, “Kanunlar İhtilafı Alanında “Incorporation”, **Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, MHB**, C. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, s. 263-291 (Incorporation).

Ekşi, Nuray, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Milletlerarası Ticaret).

Ekşi, Nuray, **Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004 (Roma Konvansiyonu).

Elçin, Doğa, “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan**, S. 1, Y. 2011, s. 239-354 (Doğrudan Uygulanan Kurallar).

Elçin, Doğa, *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012 (İş Sözleşmeleri).

Ellinghaus, Manfred Paul, In Defense of Unconscionability, *Yale L.J.*, S. 78, Y. 1969, s. 757-815, (Çevrimiçi) <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol78/iss5/2>, 24 Temmuz 2019.

Emmanuel, Gaillard, Savage, John, *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*, Hollanda Kluwer Law International, 1999.

Epstein, Richard A., “Contracts Small and Contracts Large”, *Contract Law Through the Lens of Laissez-Faire*, November 1996.

Ercoskun Şenol, H. Kübra, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK. m. 27”, *İÜHFM*, C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 709-737.

Erdem, B. Bahadır, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Boç İlişkilerine Uygulanacak Olan Hukuk”, *Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, Koç Üniversitesi Doktor Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 95-104.

Erdoğan, İhsan, “Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları”, *GÜHFD*, C. 1, S. 1, Haziran 1997, s. 114-123.

Erdoğan, İhsan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. bs., Gazi Kitabevi, Ankara, 2019 (Borçlar).

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.(Borçlar Genel)

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku: Özel Hükümler*, 8. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, (Borçlar Özel)

Eren, Fikret, *Mülkiyet Hukuku*, 5. bs., Yetkin yayınları, Ankara, 2020 (Mülkiyet).

Erkan Mustafa, “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, *GÜHFD*, C. XV, S. 2, Y. 2011, s. 81-121.

Erman, Hasan, “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 38 S. 1-4, Y. 2011, s. 601-620.

Ernest, Lorenzen G., “Validity and Effects of Contracts in the Conflict of Laws”, *Yale L.J.*, S. 30, Y. 1921, (Çevrimiçi) <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol30/iss6/2> 2 Kasım 2019.

Ersen Perçin, Gizem, *Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri: Uygulanacak Hukuk-Milletlerarası Yetki-Tanuma ve Tenfiz*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Ersoy Artunç, Çiçek, “Vertragsfreiheitserscheinungsform der Privatautonomie im deutschen Zivilrecht”, *İUHFM*, C. 40, S. 57, Y. 2008s. 295-320.

Esen, Emre, “Critique of a Turkish Court of Cassation Decision on the Validity of Choice-of-Law and Choice of-Forum Clauses in an Insurance Agreement”, *Annales de la Faculte de Droit*, S. XLII, No. 59, İstanbul 2010.

Esen, Emre, “Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ata Sakmar Armağanı, S. 1, Y. 2011, s. 355 vd.

Esen, Emre, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesi Hakkındaki Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *İUHFM*, C. LXV, S. 2, Y. 2007, s. 385-396 (Yabancılık).

Esener, Turhan, “Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, Y. 1954, s. 478-513 (İradenin Muhtariyeti Prensibi).

Esener, Turhan, *Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1969, (Çevrimiçi) <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/821.pdf>, 05.03.2018 (Borçlar).

Esener, Turhan, Gündoğdu, Fatih *Borçlar Hukuku*, Cilt I, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2017.

Esener, Turhan, *İş Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 432, Ankara, 1978.

Eva, Lein, “Proposal for a Regulation on the law applicable to contractual obligations (Rome I) COM (2005) 650 Final, 15.12.2005, A short commentary”, *Yearbook of Private International Law*, S. 7, Y. 2005, s. 391- 413.

Fagbemi, Sunday A., “The Doctrine of Party Autonomy In International Commercial Arbitration: Myth or Reality?”, *Afe Babalola University: J. Of Sust. Dev. Law & Policy*, S. 6, Y. 2015, s. 222-246.

Fawcett, Mohammad Reza Baniassadi, “Do Mandatory Rules Of Public Law Limit Choice Of Law İn International Commercial?”, *Int’l Tax&Bus. Law.*, S. 10, Y. 1992, (Erişim), <https://doi.org/10.15779/Z38RP9X> 1 Temmuz 2019, s. 59-84.

Fawcett, J.J., “Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law”, *Cambridge L.J.*, S. 49, Y. 1990, s. 44-62.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.

Fikentscher, Wolfgang, Heinemann, Andreas, *Schuldrecht*, De Gruyter Lehrbuch, Berlin, 2006.

Flessner, Axel, “Choice of Law in International Property Law-New Encouragement from Europe”, *Part Autonomy in International Property Law*, Roel Westrick, Jeoren van der Weide (eds.), Sellier, 2011.

Fouillée, Alfred, *La sciencesocialecontemporaine*, 3. bs., Paris, 1897, (Çevrimiçi) <https://archive.org/details/lasciencesociale00foui/page/410>, 3 Kasım 2019.

Frnzina, Pietro, “The Law Applicable to Divorceand Legal Separation Under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010”, *Cuadernosde DerechoTransnacional* October 2011, C.3, N.2, 2011.

Gauch, Peter, Schluep, Walter, Emmenegger, Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teilohneausservertragliches Haftpflichtrecht*, Bd. II, Zürich, Basel, Genf 2014.

Gauch, Peter, Von den wesentlichen Vertragspunkten, recht 1991, s. 45-52, (Çevrimiçi)

https://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaieres/CH_Stoekli/files/Peter%20Gauch/wesentliche_Vertragspunkte.pdf, 2 Şubat 2019.

Gauch, Peter, Walter R. Schlupe, Jörg Schmid, **Schweizerisches Obligationenrecht, allgemeiner Teil: ohneausservertragliches Haftpflichtrecht**, Bd. I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf, 2014.

Genevieve, Saumier, "The Hague Principles and the Choice of Non-State 'Rules of Law' to Govern an International Commercial Contract", **BROOK. J. INT'L L.**, S. 40:1, Y. 2014, s. 1-29.

Gibson, Christopher S., "Arbitration Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law", **113 Penn State Law Review, Forthcoming, Suffolk University Law School Research Paper No. 09-26**, 2009, (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=1394447>, 01 Temmuz 2019, s. 102-130.

Gibson, Christopher S., "Arbitration Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law", **Penn St. L. Rev.**, S. 113, Y. 2009, s. 1227-1267.

Giray, Faruk Kerem, "Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan**, C. 8-2, Y. 2011.

Göğler, Erdoğan, "Devletler Hususî Hukukunda Âkit Taraflarca Yetkili Kanunun Seçilmesi", **AÜHF 40. Yıl Armağanı**, Ankara, 1966, s. 299-315.

Göğler, Erdoğan, **Deniz Ticaret Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1969.

Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, 16. bs., Ekin Basım Yayın, Bursa, 2020.

Graziano, Kadner, "Freedom to Choose the Applicable Law in Tort, Article 14 and 4/3 of the Rome II Regulation", **the Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations**, Ed. John Ahernand William Binchy, S. 114, Y. 2009,

Guiliano, Mario, Lagarde, Paul, *Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme Hakkında Rapor*, (Erişim), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31980Y1031\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31980Y1031(01)), 01 Temmuz 2019.

Guillod, Olivier, Steffen, Gabrielle, *Commentaire Romand, Codes des obligations I, Art. 1-539 CO*, Ed.: Luc, Thevenoz, Franz, Werro, Art 19-20 N 42. bs., Bâle, 2012.

Guinchard, Emmanuel, “Rome I in Practice: A Presentation”, *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*, Ed. Sibel Özel, Mustafa ERKAN, Uluslararası Konferans, 11 Ekim 2018, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 155-162.

Guzman, Andrew, “Arbitrator Liability: Reconciling Arbitration and Mandatory Rules”, *Duke L.J.*, S. 49, Y. 2000, s. 1279-1334.

Gül, İbrahim, “Freedom of Contract, Party Autonomy and Its Limit Under CISG”, *Hacettepe HFD*, S. 6(1), Y. 2016, s. 77–102.

Gündoğdu, Fatih, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Güngör, Gülin, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2000 (Tüketici).

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

Güngör, Gülin, "Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku “Düşünsel Temeller”". *AÜHFD*, S. 57/2, Haziran 2008, s. 115-133. (Çevrimiçi), https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000287, 10 Aralık 2019.

Güriz, Adnan, “İrade Hürriyeti”, *AÜHFD*, C. 22, S. 1, Ankara, 1966, s. 635-673.

Gürzumar, Osman Berat, *Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

Gürzumar, Osman Berat, *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü: Hâkim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınma Suretiyle Kötüye Kullanılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006 (Zorunlu).

Güven, Pelin **Rekabet Hukuku**, 2. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

Harn, Russell, “The Utilitarian Logic of Liberalism”, **Ethics**, , S. 97 (1), Y. 1986 (Çevrimiçi) <http://www.jstor.org/stable/2381406>, 10 Aralık 2019, s. 47-74.

Hatemi, Hüseyin, Gökyayla, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Hatemi, Hüseyin, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları: Özellikle BK. 65 Kuralı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976.

Hatemi, Hüseyin, **Medeni Hukuka Giriş**, 9. bs., Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Havutçu, Ayşe, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2003.

Hill, Jonathan, “Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts.” **The International and Comparative Law Quarterly**, S. 53, no. 2, Y. 2004, (Çevrimiçi) www.jstor.org/stable/3663088, 14 Kasım 2019, s. 325–350.

Hobbes Of Malmesbury, Thomas, Leviathanor, “The Matter, Forme, & Power of a Common-Wealth Ecclesiastica land Civil”, London, 1651, <http://www.gutenberg.org/files/3207/3207-h/3207-h.htm> 04.07.2019.

Horlacher, H. Matthew, “The Rome Convention and the German Paradigm: Forecasting the Demise of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, **Cornell International Law Journal**, S. 27, Y. 1994, s. 173-201.

Huber, Hans, **DieVerfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit**, Berlin, 1966.

Humpe, Christophe, Ritter, Cyril, “Refusal to Deal”, **Global Competition Law Centre College of Europe, Bruges Dijver 11 GCLC ResearchPapers on Article 82 EC**, Temmuz 2005, , BE-8000, Belgium, (Çevrimiçi) <http://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20Research%20Papers%20on%20Article%2082%20OE.pdf>, 10 Temmuz 2019, s. 134-165.

Hurst, James Williard, *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth Century*, United States, 1956.

Huysal, Burak, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

Isaacs, Nathan, “The Standardizing of Contracts”, *Yale Law Journal*, C.27, 1917-1918, s. 34.

Işık, Fatih, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Işıktaç, Yasemin, *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme*, 2. bs., Filiz Yayınevi, İstanbul, 2014.

İmre, Zahit, Erman, Hasan, *Miras Hukuku*, Der Yayınları, 15. bs., İstanbul, 2020.

İnal, Ali Naim, Yücel, Özge, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

İnan, Ali Naim, Ertaş, Şeref, Albaş, Hakan, *Türk Medeni Kanunu: Miras Hukuku*, 10. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

İnan, Nurkut, Piker, Mehmet B., *Rekabet Hukuku El Kitabı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2007.

İnceoğlu, Mehmet Murat, “Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, İstanbul, 2000, s. 391-429.

İpek, Ayşe *Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

İzmirli, Lale Ayhan *Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Müzakeresi ve Hazırlanması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Jaffey, Anthony J. E. “The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention”, *The International and Comparative Law Quarterly*, S. 33(3), Y. 1984, (Çevrimiçi), <http://www.jstor.org/stable/759157>, 27 Ekim 2019, s. 531-557.

Janićijević, Dejan, “Delocalization In International Commercial Arbitration”, Udc 341.63:339.5, *Facta Universitatis Series: Law and Politics* S. 3, No 1, Y. 2005, s. 63-71.

Jayme, Erik, “Party Autonomy in International Family and Succession Law”, *New Tendencies, Yearbook of Private International Law*, C. 11, 2009, s. 1-10.

Johnson, Bengt Ake, “Sweden, Transfer of Ownership in International Trade”, *Kluwer International Law*, 2011, s. 407-435.

Justitia et PaceInstitut de Droit International, The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons of Entities, *7th Commission*, Rapporteur: Mr. Eric Jayme, 1991, Session of Basel.

Kalenský, P., “Some Aspects of Socialist Integration in International Sales Law: The CMEA Conditions and the Hague Uniform Laws”, *Netherlands International Law Review*, S. 26(3), Y. 1979, s. 316-328.

Kalpsüz, Turgut, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Kaplan, Ahmet Galip, *Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Halleri*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020 (Elektronik).

Kaplan, İbrahim, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi*, 3. bs., Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013 (Sözleşme).

Karabağ Bulut, Nil, *Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Karaca, H. Akif, “Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda “Hukuk Kurallarının” Seçimi: Lahey Prensipleri m. 3”, *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*, Ed. Sibel Özel, Mustafa Erkan, Uluslararası Konferans, 11 Ekim 2018, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 111-137.

Karakılıç, Hasan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları*, 2. bs., Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Karasu, Rauf, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 2. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Kaşak, Fahri Erdem, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Kavşat, Fatma Candan, *Kanunlar İhtilafı Hukukunda Haksız Fülden Doğan Borç İlişkilerinde İrade Muhtariyeti Prensibi: MÖHUK ve Roma II Tüzüğü*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Tezli Yüksek lisans Programı, Yayımlanmamış Yüksek lisans tezi, Ankara, 2016.

Kayıhan, Şaban, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Kayıhan, Şaban, Ünlütepe, Mustafa, “Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri”, *FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, S. 3, Y. 2014 Bahar, s. 171-212.

Kayış, Bengül, *Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafı*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Kessler, Friedrich, Fine, Edith, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study", *Faculty Scholarship Series*, 1964, (Çevrimiçi) https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2724 20 Temmuz 2019.

Kessler, Friedrichand, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in GoodFaith and Freedom of Contract: A ComparativeStudy" *Faculty Scholarship Series*, 5. Bs., 1964, (Çevrimiçi), https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2724, 10 Nisan 2019.

Kılıçoğlu, Ahmet M. *Miras Hukuku*, 10. bs, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 23. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2019. (Borçlar)

Kılıçoğlu, Ahmet, *Medeni Kanun'umuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, 3. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2014. (Medeni)

Kırkbeşoğlu, Nagehan, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Kilian, Wolfgang, “Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem”, *ArchivFürDieCivilistischePraxis*, S. 180 (1/2), Y. 1980, s. 47-83, (Çevrimiçi) <http://www.jstor.org/stable/40995047>, 8 Ağustos 2020.

Kleinheisterkamp, Jan, “The Impact of Internationally Mandatory Laws on Enforceability of Arbitration Agreements”, *World Arbitration&Mediation Review*, S. 3, Y. 2009, s. 91-120.

Kocaağa, Köksal, *Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, “Devletler Hususî Hukukunda Tarafların Sükûtu Halinde Akitlere Tatbik Edilecek Kanun”, *İÜHFM*, C. XXI, Y. 1957, s. 356-393 (Sükût).

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, vd., *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 7. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

Kramer, Xandra, “The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued – Introductory Observations, Scope, System, and General Rules”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, No. 4, Y. 2008, s. 414-424.

Kuntalp, Erden, *Karışık Muhtevalı Akit: (Karma Sözleşme)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013.

Kurşat, Zekariya, *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi*, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2008.

Küçükyalçın, Arzu, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, *AÜHFD*, Y. 2004, s. 101-124.

Küpe, Bahar, *Milletlerarası Özel Hukukta Şekil*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Lando, Ole, “New American Choice-of-Law Principles and the European Conflict of Laws of Contracts”, *The American Journal Of Comparative Law*, C. 30, Y. 1982, s. 19-35.

Lando, Ole, Nielsen, Peter Arnt, “The Rome I Proposal”, *Journal of Private International Law*, April 2007, s. 29-51.

Leflar, Robert A., "Conflicts Law: More on choice Influencing Considerations", *California Law Review*, C. 5, S. 4, Y. 1966, s. 1584-1598.

Lein, Eva, "The New Rome I/ Rome II/ Brussels I Synergy", *Yearbook of Private International Law*, S. 10, Y. 2008, s. 177- 198.

Levin, Jonathan, The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts: Enhancing Party Autonomy in Globalized Market, *New York University Journal of Law and Business*, S. 13(1), Y. 2016, s. 271-294.

Lorenzo, Sixto Sánchez, "Choice Of Law And Overriding Mandatory Rules In International Contracts After Rome I", *Yearbook of Private International Law*, S. 12, Y. 2010, © sellier, european law publishers & Swiss Institute of Comparative Law Printed in Germany, s. 67-91.

Mankowski, Peter, "Rechtswahlund Gerichtsstandsvereinbarung im Lichte der Spieltheorie, Internationalisierungdes Rechtsundseineökonomische Analyse", *Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag*, s.369-383.

Mann, Frederick Alexander, "England Rejects Delocalised Contracts and Arbitration", *33 Int'l & Comp. L.Q.*, Y. 1984, s. 193 vd., (*Arbitration*).

Mann, Frederick Alexander, "The Proper Law in the Conflict of Laws", *Int'l & Comp. L.Q.*, S. 36, Y. 1987, s. 437-453 (*The Proper Law*).

Matulionyte, Rita, "Calling For Party Autonomy In Intellectual Property Infringement Cases", *Journal Of Private International Law*, S. 9 No. 1, *Dor:10.5235/17441048.9.1.77*, s. 77-99.

Medicus, Dieter, *Schuldrecht: ein Studienbuch*, 15. Neubearbeitete Aufl., München, Beck, 2010.

Messineo, Francesco, "Batı Avrupa Memleketleri Hukukunda Akit Mefhumunun XX. Asırdaki Tekâmülü", Çev.: Haluk Tandoğan, *AÜHFD*, C. 17, S. 1-4, Y. 1960, s. 319-326.

Miashchanava, Maryia, Principle of the Party Autonomy in International Trade Contracts, 2013, (Erişim), https://www.researchgate.net/publication/258490910_PRINCIPLE_of_the_PARTY_AUTONOMY_in_INTERNATIONAL_TRADE_CONTRACTS, 18.05.2020.

Michael Charles Pryles, ‘Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure’, *Journal of International Arbitration*, S. 24 (3), Y. 2007, s. 327-339.

Michaels, Ralf, “Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, *Festschrift, Forthcoming*, S. 27, January 2014, (Erişim) <https://ssrn.com/abstract=2386186>, 03 Temmuz 2019.

Michaels, Ralf, “Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts, in Varieties of European Economic Law and Regulation”, *Liber Amicorum for Hans Micklitz*, Kai Purnhagen & Peter Rotteds, 2014, s. 62.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, 22-24 Kasım 1976, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, İstanbul, 1978.

Monsenepwo, Justin, “Contribution of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts to the codification of party autonomy under OHADA Law”, *Journal of Private International Law*, S. 15-1, Y. 2019, (Erişim) DOI: [10.1080/17441048.2019.1593092](https://doi.org/10.1080/17441048.2019.1593092) , 27 Ekim 2019, s. 162-185.

Nguyen, Thi Hong Trinh, “Party autonomy in Vietnam – the new choice of law rules for international contracts in the civil code 2015”, *Journal of Private International Law*, S. 14, No. 2, Y. 2018 (Çevrimiçi) <https://doi.org/10.1080/17441048.2018.1507984> 27 Ekim 2019, s. 343–367.

Nomer, Ergin, “Milletlerarası Hakem Sözleşmelerinde Kanunlar İhtilafı”, *Tahkim- IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler ve Tartışmalar*, Ankara 1965 (Hakem).

Nomer, Ergin, *Devletler Hususî Hukuku*, 22. bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017 (*Devletler Hususî*).

Nomer, Ergin, Ekşi, Nuray, Öztekin Gelgel, Günseli, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Nomer, Haluk Nami, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. bs., Beta Yayıncılık, 2020 (Borçlar).

Oğuz, Arzu, “Die Errungenschaftsbeteiligung als der neue ordentliche Güterstand des türkischen Zivilgesetzbuchs”, *AÜHFD*, C.4, S. 2, Y. 2007, s. 131-176.

Oğuzman, Kemal, Seliçi, Özer, Oktay Özdemir, Saibe, *Eşya Hukuku*, 22. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

Oğuzman, M. Kemal, Barlas, Nami, *Medeni Hukuk*, 26. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, 18. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

Oktay, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, *İÜHFM*, C. 55, S. 1-2, Y. 1996, s. 263-296.

Overbeck, E. Alfred Von, “The Fate of Two Remarkable Provisions of the Swiss Statute on Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, 1999, s. 119-134.

Ökçün, A. Gündüz, *Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara, 1997.

Ömeroğlu, Ekin, “Ayni Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda İrade Serbestisi Prensibinin Rolü”, *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı*, Ed. Zeynep Derya Tarman, s. 245- 272.

Ömeroğlu, Ekin, *Aynî Haklara Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Yargı Merciiinin Tayininde İrade Serbestîsi Prensibi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017 (İrade Serbestîsi Prensibi).

Önal, Ali, “Akit Dışı Borç İlişkilerinde İrade Muhtariyeti Prensibi: II. Restatement, Roma II ve MÖHUK Uygulaması”, *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı*, Ed. Zeynep Derya Tarman, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 273-385.

Örs, Mehmet Nuri, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Emredici Hükümlere Aykırılık*, İstanbul, 2004, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Özbudun, Ergun, *1921 Anayasası*, 2. bs., Atatürk Araştırma Merkezi Yayınevi, Ankara, 2008.

Özdemir, Didem, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Dergisi, S. 7, Y. 2003, (Çevrimiçi), <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48133/608816>, 10 Temmuz 2019.

Özdemir, Turgut, Durgut, Ramazan, “Milletlerarası Tahkim Kanunu’na Göre Lex Mercatoria’nın Esasa Uygulanacak Hukuk Olması”, **Turgut Akıntürk’e Armağan**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

Özdemir Kocasakal, Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001 (**Doğrudan Uygulanan Kurallar**).

Özdemir Kocasakal, Hatice, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK. m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **MHB**, C. 30, S. 1-2, Y. 2010, s. 27-88 (m. 24.).

Özel, Sibel, "Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilafı Meselesi," **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, , C.19, Y. 2000s. 733-768 (Sebepsiz Zenginleşme).

Özel, Sibel, “İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku 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**, İstanbul, 2010, s. 219-229 (Kişilik Hakkının İhlali).

Özel, Sibel, “İmalatçının Sorumluluğu”, **10. Yılında MÖHUK Sempozyumu**, 2017, Ankara, s. 394-420.

Özel, Sibel, “Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçının Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, C. 1, İstanbul, 2001, s. 874-953 (Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçı).

Özel, Sibel, “Sözleşmesel İlişkide Yabancılık Unsuru ve Hukuk Seçimi”, **Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu**, Eskişehir, 21-22 Nisan 2016, Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2016 (Hukuk Seçimi).

Özel, Sibel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008 (Tahkim).

Özgenç, Zeynep, “Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi Anlaşmasının Geçerliliği”, **Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı**, Ed. Zeynep Derya Tarman, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 389-433.

Özkan, Işıl, **Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Özkan, Bilge, **Miras Hukuku**, 11. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Öztekin Gelgel, Günseli **Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006 (Akit Dışı).

Öztekin Gelgel, Günseli, **Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000 (Tüketici).

Öztürk, Pınar, “Milletlerarası Özel Hukukta İş Kazası”, **MHB.**, C. 19 (1-2), Y. 2011, s. 793-836 (İş Kazası).

Öztürk, Pınar, **Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001 (Ortak Girişim).

Pertegás, Marta and Marshall, Brooke, Party Autonomy and its Limits: Convergence Through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts (December 1, 2014), **Brooklyn Journal of International Law**, C. 39, No. 3, Y. 2014, s. 975-1003, (Erişim), <https://ssrn.com/abstract=2765438>, 03 Temmuz 2019.

Pertegas, Marta, Brooke, Adele Marshall, “Harmonization Through the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, **Brook. J. Int'l L.**, S. 39, Y. 2014, (Erişim), <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol39/iss3/2>, 2 Temmuz 2019 (Choice of Law).

Pertegas, Marta, Brooke, Adele Marshall, **Party Autonomy and its Limits: Convergence through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts**, 2013, (Erişim), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2765438, 3 Temmuz 2019 (**Party Autonomy**).

Pillet, **Principes de droit internationalprive**, 1903, No. 238, s. 441 ve No 241.

Pryles, Michael Charles, ‘Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure’, 24 (3), *Journal of International Arbitration*, 2007, s. 327-339.

Pürselim, Hatice Selin, “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*, Ed. Sibel Özel, Mustafa Erkan, Uluslararası Konferans, 11 Ekim 2018, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 73-97.

Rado, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri* Borçlar Hukuku, 14. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

Ralf Michaels, “Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Varieties of European Economic Law and Regulation”, *Liber Amicorum for Hans Micklitz*, Ed. Kai Purnhagen & Peter Rott, 2014.

Reichle, S., Schister, R., “Sitten widrigkeit des Sex dienstleistungsvertrags?”, *ExAnte*, 2018, 2(2), s. 19-29, s. 20 (Çevrimiçi) <https://ex-ante.ch/index.php/exante/article/view/570>, 1 Mart 2020.

Reisoğlu, Safa, *Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 25. bs., Beta Basım Yayın, İstanbul, 2014.

Rekabet Kurulunun 21.12.2000 tarih ve 00-50/533-295 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=fd007da1-374f-4d47-bfb9-1f97d431ef2a> 12 Nisan 2020.

Rühl, Giesela, “Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency”, *CLPE Research Paper No. 4/2007, Conflict Of Laws In A Globalized World*, Ed. Eckart Gottschalk, Ralf Michaels, Giesela Rühl, Jan von Hein, Cambridge University Press, (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=921842>, 15 Temmuz 2019, s. 1-40.

Saloni, Khanderia, “Indian private international law vis-à-vis party autonomy in the choice of law”, *Oxford University Commonwealth Law Journal*, C. 18, No. 1, Y. 2018 (Çevrimiçi) <https://doi.org/10.1080/14729342.2018.1436262>, 27 Ekim 2019, s. 1-15.

Sargın, Fügen *Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002

Sarı, Suat, *Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2004.

Sarıöz Büyükalp, İpek, “Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f. 3'ün Uygulanması Sorunu”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8(2), Y. 2019, s. 195-248.

Sarıöz, Ayşe İpek, *Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012 (Haksız Rekabet).

Saumier, Genevieve, “The Hague Principles and the Choice of Non-State Rules of Law to Governan International Commercial Contract”, *Brooklyn Journal of International Law*, S. 40, Y. 2014, s. 1-29.

Saymen, Ferit Hakkı, Elbir, Halit K., *Türk Borçlar Hukuku*, C. 1, İsmail Akgün Halk Kitabevi, İstanbul, 1958.

Schlechtriem, Peter, “Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG”, *Victoria U. Wellington L. Rev.*, S. 36, Y. 2005, s. 781 vd..

Schmeding, Jörg, “Zur Bedeutung der Rechtswahl im Kollisionsrecht”, *RabelsZ*, S. 41, Y. 1977, s. 299-331.

Schnitzer, Adolf, Dâhili Hususi Hukukta ve Devletler Hususi Hukukunda Akitlerin Muhtariyeti, Çev. Davran, Bülend, *İÜHFM*, S. 6 (1), Y. 2011, s. 211-224.

Schwartz, Andreas, “New Trends in Parties' Options to Select the Applicable Law? The Hague Principles on Choice of Law in International Contracts in a Comparative Perspective”, *U. St. Thomas L.J.*, S. 12, Y. 2015, s. 87-99.

Serozan, Rona, “Sözleşme Serbestliğinin Zayıfın Korunması Düşüncesiyle Sınırlandırılması, Avusturya ve Türkiye’de Tüketicinin Korunması, Verbraucherschutz in Österreich und in der Türkei”, *I. Avusturya/Türk Hukuk Haftası*, İstanbul, 1983, s. 27-63.

Serozan, Rona, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 4. bs., Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, (Borçlar Özel).

Serozan, Rona, Engin, Baki İlkey, **Miras Hukuku**, 6. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Serozan, Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, 8. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

Seviğ, Muammer Raşit, **Devletler Hususi Hukuku**, C. 1, 1937.

Seviğ, Muammer Raşit, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1937 (Devletler Hususi).

Seviğ, Muammer Raşit, **Kanunlar İhtilafı, Yasama ve Yargılama Çatışmaları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1974.

Seviğ, Muammer Raşit, Seviğ, Vedat Raşit, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1962.

Seviğ, Vedat Raşit vd., “Devletler Hususî Hukukunda Akitlerde İrade Muhtariyeti-Zamanaşımı (Y. 11. HD.’nin E. 1979/1512, K. 1979/1795 Sayılı ve 5.4.1979 Tarihli Kararının Tahlili”, **MHB**. S. 1, Y. 1981, s. 31-36.

Seviğ, Vedat Raşit, “Mülkilik esası ve müktesep haklar”, **İHFM**, , S. 1-2, Y. 1952, s. 161 – 187 (Mülkilik).

Seviğ, Vedat, “İrade İstiklali Hakkında Muhtelif Temayüller”, **A.S. Gönensay’a Armağan**, İstanbul, 1955, s. 357-381 (İrade).

Sirmen, Kazım Sedat, “Mirasa İlişkin Meselelerde Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile Mirasa İlişkin Resmî Belgelerin Kabulü ve Avrupa Miras Belgesinin Oluşturulmasına Dair Tüzük (AB 650/2012)”, **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku** Ed.: Işıl Özkan, Ceyda Süral, Uğur Tütüncübaşı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 455-511, (Miras).

Sirmen, Lale, “Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku”, **Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu’na Armağan**, Ankara, 1972, s. 441-472. (Armağan).

Sirmen, Lale, **Eşya Hukuku**, 8. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (Eşya).

Sirmen, Sedat, **Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016 (Culpa in Contrahendo).

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

Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and the Causes of the Wealth of Nations*, London, 1776.

Stamatiadis, Dimitrios K., “The Hague Principles On Choice Of Law In International Commercial Contracts”, **Studia Universitatis Moldaviae**, nr.8 (98), Seria “{tiin\ve sociale” ISSN 1814-3199, ISSN online 2345-1017, Y. 2016, s. 262-276.

Stone, Peter, “The Rome II Regulation On Choice Of Law In Tort”, **Ankara Law Review**, S.4 No.2 (Winter 2007), s. 95-130.

Süral, Ceyda, “Respecting the Rules of Law: The UNIDROIT Principles in National Courts and International Arbitration”, **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**, C. 14, S. 2, Eylül 2010, s. 249-266 (The UNIDROIT Principles).

Süral, Ceyda, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNİDROİT Prensipleri*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008 (UNİDROİT).

Symeonides, C. Symeon, “The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments”, **American Journal of Comparative Law**, S. 61, No. 3, Y. 2013, s. 2-29 (The Hague Principles)

Symeonides, Symeon “Party Autonomy in International Contracts and the Multiple Ways of Slicing the Apple”, **Brook. J. Int'l L.**, S. 39, Y. 2014, (Çevrimiçi), <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol39/iss3/5> 1 Temmuz 2019, s. 1123-1142. (Party Autonomy).

Symeonides, Symeon, “Choice of Law in the American Courts in 2017”, Thirty-First Annual Survey (December 29, 2017), **American Journal of Comparative Law**, S. 66, No. 1, Y. 2018, (Erişim), <https://ssrn.com/abstract=3093709> , 02 Temmuz 2019, s. 4-75 (Choice of Law).

Symeonides, Symeon, “Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective” October 24, 2010, **Convergence and Divergence In Private International Law**, Liber Amicorum, Ed. Katharina Boele-Woelki, Talia

Einhorn, Danial Girsberger, Symeon Symeonides, Eleven International Publishing, 2010, (Çevrimiçi), SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1697372>, 3 Mart 2019, s. 513-550 (Rome I and II).

Şahin, İrfan, *Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları*, İstanbul, 2008 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Şahinci, Ayşen, “Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması (TMK. m. 199)”, *AÜHFD*, C. 59, S. 2, Y. 2010, s. 309-334.

Şanlı, Cemal, Esen, Emre, Ataman Figanmeşe, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

Şanlı, Cemal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1986 (Tahkim).

Şanlı, Cemal, *Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk*, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 1992 (Havacılık).

Şanlı, Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016 (Ticari Akitler).

Şenol, Kübra, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK. m. 27”, *İUHFM*, 2016, C. 74, S. 2, s. 709-737.

Şensöz, Ebru, “27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 8, S. 16, Güz 2009, s. 173-211.

Takavut, İbrahim Doğan *Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar*, Oniki levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, 6. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008 (Borçlar Özel).

Tandoğan, Haluk, *Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977 (Tüketici).

Tanör, Bülent, Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Hukuku*, 19. bs, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.

Tanrıbilir, Feriha Bilge, “Akit Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu”, *GÜHFD*, C. XIV, S. 2, Y. 2010, s. 121-140.

Tarman, Zeynep Derya, "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 57/2, Haziran 2008, s. 193-223 (Akit Dışı).

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.XXVI, S.1, s. 143-168, (Yabancılık).

Tarman, Zeynep Derya, “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXV S. 2’den Ayrı Bası, Y. 2009, s. 299-332 (Roma I Tüzüğü).

Tarman, Zeynep Derya, *Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011,

Tarman, Zeynep Derya, *Milletlerarası Özel Hukuk El Kitabı*, 2019 (El Kitabı).

Taşkın, Âlim, *Hakem sözleşmesi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

Tekin, Selin Ece, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Tekinalp, Gülören, “Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk- MÖHUK m. 24 ve Zımni Hukuk Seçimi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 5 (1), (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iumhmohb/issue/9382/117572>, 5 Mayıs 2019, s. 28-31 (Akdi İlişki).

Tekinalp, Gülören, “MÖHUK’ta Uygulanacak Hukuk Açısından Düzenlenmeyen veya Eksik Düzenlenen Konular”, *Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 579-588 (MÖHUK).

Tekinalp, Gülören, “*The Turkish Code Concerning Private International Law and International Civil Procedure*”, *Yearbook of Private International Law*, Volume 9, 2007, s. 313-341 (*The Turkish Code*).

Tekinalp, Gülören, “Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu”, *MHB*, S. 8 (1), (Çevrimiçi), <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iumhmohb/issue/9381/117565>, 10 Temmuz 2019, s. 59-70 (Yeni Alman).

Tekinalp, Gülören, *Acenta Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilaflı Kuralı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1972 (Acente).

Tekinalp, Gülören, Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları*, 12. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

Tekinay, Selahattin Sulhi, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

Tekinay, Selahattin Sulhi, vd., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 7. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Tercier, Pierre, Pichonnaz, Pascal, Develioğlu, H. Murat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. bs., On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Tiryakioğlu, Bilgin, *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilaflı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997 (Rekabet).

Tiryakioğlu, Bilgin, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi, Ankara, 1996 (Satım).

Tiryakioğlu, Bilgin, *Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Haksız Fiiller, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Toker, Ali Gümrah, *Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

Topuz, Seçkin, Canbolat, Ferhat, “Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, *AÜHFD*, , C. 57, S. 3, Y. 2008, s. 676 vd.

Trebilcock, Michael J. “External Critiques of Laissez-Faire Contract Values”, *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, Ed.: F. H. Buckley, Duke University Press, 1999, (Çevrimiçi) ProQuestEbook Central, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/inonu/detail.action?docID=1167541>, 30 Mart 2020, s. 78-93.

Tuğ, Adnan, *Türk Özel Hukukunda Şekil*, Mimoza Yayınları, Konya, 1994.

Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, C. 1 Genel Hükümler, Sermet Matbaası, Ankara, 1976.

Turhan, Turgut, *Haksız Füliden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında İka Yeri Kuralı*, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 1989.

Tütüncübaşı, Uğur, “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkında 1259/2010 Sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 1, Y. 2016, s. 1-32 (Boşanma).

Tütüncübaşı, Uğur, *Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçme Serbestisi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Uluç, Yusuf, *Mal Rejimleri ve Tasfiyesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Uluocak, Nihal, *Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1971. (Kanunlar İhtilafı)

Uluocak, Nihal, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989 (Milletlerarası Özel Hukuk).

UNCITRAL Legal Guide on Drawingup International Contrats for the Construction of Industrial Works, (Erişim), https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/mediadocuments/uncitral/en/legal_guide_e.pdf, 01 Temmuz 2019.

Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer, “Bireysel İş İhtilafında Türk Mahkemesinin Milletlerarası Yetkisi”, *İş Dünyası ve Hukuk*, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul, 2011, s. 959-990.

Uygur, Turgut, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 3. bs., C. 1, m. 1-236, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.

Üçer, Mehmet, **Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşmelerin Kısmi Butlanı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Ünal, Akın, **Kelepçeleme Sözleşmeleri**, 2. bs., Adalet Yayınları, Ankara, 2017.

Verhagen, L.E. Hendrik, “The Tension Between Party Autonomy and European Union Law: Some Obsevation on *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc*”, **ICLQ**, S. 51, Y. 2002, (Çevrimiçi), www.jstor.org/stable/3663276 , 07 Kasım 2019, s.135-154.

Vischer, Frank, “Dasneue Restatement Conflict of Laws”, **RabelsZ**, S. 38, Y. 1974, s. 128-154.

Von Overbeck, E. Alfred “The Fate of Two Remarkable Provisions of the Swiss Statute on Private International Law”, **Yearbook of Private International Law**, S. 1, Y. 1999, s. 119-134.

Waincymer, Jeffrey Maurice, “International Commercial Arbitrationandthe Application of Mandatory Rules of Law”, **Asian International Law Journal**, S. 5, No. 1, Y. 2009, s. 1-45.

Ware, J. Stephen “Default Rules from Through Mandatory Rules: Privatizing Law Through Arbitration”, **Minn. L. Rev.**, S. 83, Y. 1999, s. 703-754.

Wilderspin, Michael, The Rome I Regulation: Communitarisation and modernisation of the Rome Convention, ERA Forum, S. 9, Y. 2008, s. 259- 274.

Windahl, Jesper, “Denmark, Transfer of Ownership in International Trade”, **Kluwer International Law**, 2011, s. 111-135.

Yalman, Süleyman, **Türk- İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 18.02.1974 tarih ve 1974/663 Esas ve 1974/678 Karar sayılı kararı, (Çevrimiçi), <https://www.hukukturk.com/Secure/Login.aspx?returnurl=%2fyargitay-kararlari%3fEsasNo1%3d1974%26EsasNo2%3d663%26KararNo1%3d1974%26KararNo2%3d678> , 10 Mayıs 2020.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu 14.01.1948 tarih ve 1943/30 Esas ve 1948/2 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ictihatları-birlestirme-hgk-e-1943-30-k-1948-2-t-14-01-1948> , 15 Mayıs 2020.

Yargıtay Kararları Dergisi, C. 31, S. 4, 2005.

Yavuz, Cevdet, Acar, Faruk, Özen, Burak, *Türk Borçlar Hukuku: Özel Hükümler*, 16. bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Yeşilova, Bilgehan, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008.

Yntema, Hessel E., “Autonomy in Choice of Law”, *Am. J. Comp. L.*, S. 1, 1952, s. 357 vd., (Erişim), <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/amcomp1&i=349>, 27 Ekim 2019.

Yörük, Abdülhak Kemal, *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul, 1993

Zevkliler, Aydın, Aydoğdu, Murat, Petek, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Seçkin Yayınları, Ankara, 1998.

Zevkliler, Aydın, Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 20. bs, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2020.

Zhang, Mo, “Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law”, *Emory International Law Review*, S. 20, Y. 2006, Temple University Legal Studies Research Paper No. 2008-44, (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=1084331> (Erişim Tarihi: 13 Kasım 2019, s. 511 vd.(Contractual).

Zhang, Mo, “Party Autonomy in Non-Contractual Obligations: Rome II and its Impacts on Choice of Law”, *Seton Hall Law Review*, S. 39, Y. 2009, Temple University Legal Studies Research Paper No. 2009-15, February 14, 2009 (Çevrimiçi) [Party Autonomy in Non-Contractual Obligations: Rome II and its Impacts on Choice of Law by Mo Zhang :: SSRN](https://ssrn.com/abstract=1084331) , 25 Mayıs 2019, s. 2-61 (Non-Contractual).

Zorlu, Süleyman Yasir, “Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuka “Geçerlilik” Yaklaşımı”, *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*, Ed.: Sibel Özel, Mustafa Erkan, Uluslararası Konferans, 11 Ekim 2018, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 239-259.