
İNCELEMELER

5718 SAYILI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN UYARINCA SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNDE ZİMNÎ HUKUK SEÇİMİ

Araş. Gör. İlyas ARSLAN*

Özet

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tayininde taraflara açık hukuk seçimi yanında zımnî hukuk seçiminde bulunabilme imkânı tanınması, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanunun (MÖHUK) getirmiş olduğu yeniliklerden biri olarak kabul edilmektedir. MÖHUK m. 24/1'e göre, zımnî hukuk seçiminin sözleşmenin hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılması gerekmektedir. Kanunda zımnî hukuk seçimi imkânı getirilmiş olsa da, tereddüde yer vermeyecek kadar yüksek bir kesinlik koşulu arayan bir hukuk seçiminin açık hukuk seçiminden farkının olup olmadığı tartışmaya açıktır. Salt farazî irade ile hukuk seçiminin önüne geçebilmek amacıyla tereddüde yer vermeyen bir düzenlemeye yer vermektense, açık hukuk seçimine yer vermek daha yerinde görünmektedir. Dolayısıyla, böyle bir düzenleme, çok ender ve istisnai hallerde uygulanabilir görünmektedir. Söz konusu düzenleme bu haliyle zımnî hukuk seçimini kendiliğinden ortadan kaldırmakta, tarafların sadece açık olarak hukuk seçiminde bulunabilmelerine hizmet etmektedir.

Anahtar kelimeler: Hukuk seçimi, zımnî hukuk seçimi, açık hukuk seçimi, sözleşmeden doğan borç ilişkileri, uygulanacak hukuk.

IMPLIED CHOICE OF APPLICABLE LAW ON CONTRACTUAL OBLIGATIONS UNDER THE TURKISH CODE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL CIVIL PROCEDURE NO. 5718

Abstract

Allowing for parties of the contract to make an implied choice of law as well as granting express choice in the determination of applicable law to the contractual obligations is

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı,
İstanbul, Türkiye, ilyas. arslan243@gmail.com

regarded as one of the reforms that was regulated by Turkish Code on Private International Law and International Civil Procedure no. 5718 (CPIL). According to Art. 24/1 of CPIL, implied choice of law must be considered undoubtedly either from the terms of the contract or the circumstances of the case. Even if it is allowed for parties to make implied choice of law by CPIL, it's arguable whether this kind of choice of law which seeks a condition of high certainty will differ from express choice of law or not. Instead of allowing for such a provision which seeks a condition of high certainty for the purpose of preventing hypothetical choice of law, allowing for a provision that includes express choice of law seems more appropriate. For that reason, such a provision seems to be applicable rarely and only in exceptional cases. This provision as it stands abrogates implied choice of law ipso facto and serves the parties just to let them making express choice of law.

Keywords: *Choice of law, implied choice of law, express choice of law, contractual obligations, applicable law.*

Giriş

Borçlar hukukunda, taraflar borç doğuran bir özel hukuk sözleşmesinin içeriğini, kapsamını, tipini veya nasıl sona ereceğini belirlemede 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*” prensibi olarak kabul edilmektedir¹.

Günümüzde hemen hemen bütün milletlerarası özel hukuk kanunlarında ve milletlerarası özel hukukun temel prensiplerinden biri olarak kabul edilen² bu prensibe göre, taraflara yabancılık unsuru içeren sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku tayin edebilme yetkisi tanınmıştır. Hukuk seçimi, tarafların yabancılık unsuru içeren sözleşmelerine hangi hukukun uygulanacağını daha önceden bilmelerine imkân sağlamaktadır. Bu ise,

¹ Gülören TEKİNALP/Ayfer UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları*, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 349; Aysel ÇELİKEL/B. Bahadır ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 13. Bası, Beta, İstanbul 2013, s. 323-324; Ergin NÖMER, *Devletler Hususî Hukuku*, 21. Bası, Beta, İstanbul 2015, s. 312 vd.; Vahit DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s. 359; Cemal ŞANLI, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1986, s. 105.

² DICEY/MORRIS/COLLINS, *The Conflict of Laws*, Vol. 2, Sweet&Maxwell, London 2006, s. 1561; ŞANLI, s. 107.

tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda belirsizliği ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla, hukuk seçimi milletlerarası ticarî ilişkilerde belirliliğin ve hukukî güvenliğin sağlanması ihtiyacını karşıladığından dolayı önem taşımaktadır³.

Yabancılık unsuru içeren sözleşmelerde taraf iradelerine bağlama noktası tesis etme yetkisinin verilmesinin bir diğer nedeni de, tarafların sözleşmelerine uygulanması bakımından kendilerini en iyi koruyacak hukuku tercih etmelerindeki menfaatleridir⁴. Zira yaptıkları sözleşmenin içeriğini ve amacını en iyi taraflar bilmektedir. Böyle bir hukuk seçimi, sözleşmenin mahiyetine uygun olmayan muhtemel ve tesadüfi bir hukukun uygulanmasına engel olacağı gibi, taraflar için sözleşmenin sonuçlarını önceden tahmin edilebilir ve belirgin kılacaktır⁵.

Günümüzde gerek karşılaştırmalı hukukta gerekse Türk hukukunda tarafların sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku açıkça belirleyebilecekleri gibi zımnen de belirleyebilecekleri kabul edilmiştir. Bunun yanında, doktrinde hukuk seçimi olarak kabul edilen ancak gerçek taraf iradelerini yansıtmaması nedeniyle milletlerarası özel hukuk kanunlarında kabul edilmeyen farazî hukuk seçimi de hukuk seçiminin bir diğer türü olarak kabul edilmektedir.

Çalışmamızda, taraf iradelerine bağlama kuralı tesis etme yetkisi tanıyan Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (“MÖHUK”)⁶

³ ŞANLI, s. 106; DOĞAN, *MÖH*, s. 359; B. Bahadır ERDEM, *INCOTERMS’in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği*, MHB, Y. 10, S. 1-2, 1990, s. 66; Fügen SARGIN, *Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Turhan, Ankara 2002, s. 37; Gülin GÜNGÖR, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*, Yetkin, Ankara 2007, s. 190; Zeynep Derya TARMAN, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi*, BATİDER, C. 26, S. 1, 2010, s. 147.

⁴ Gülören TEKİNALP, *Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk, MÖHUK m. 24 ve Zimnî Hukuk Seçimi*, MHB, Y. 5, S. 1, 1985, s. 28; Günseli (ÖZTEKİN) GELGEL, *Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar*, Filiz, İstanbul 2000, s. 93; CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, *Private International Law*, 14th Edition, Oxford University Press, 2008, s. 700-701; SARGIN, s. 39; TARMAN, s. 148.

⁵ ŞANLI, s. 106; ERDEM, *INCOTERMS*, s. 66-67.

⁶ RG: 04.12.2007 – 26728.

m. 24/1’de hukuk seçiminin bir türü olarak kabul edilen zımnî hukuk seçimini ele alacağız. Kanunda her ne kadar tarafların yabancılık unsuru içeren sözleşmelerine uygulanmak üzere zımnî irade beyanı yoluyla hukuk seçiminde bulunabilecekleri kabul edilse de, MÖHUK m. 24/1 c. 2’de belirtilen koşullar nedeniyle (veya maddenin lafzı nedeniyle) söz konusu hukuk seçiminin aslında açık hukuk seçiminden farkının olup olmadığı tartışmaya açıktır. Dolayısıyla, bu çalışmada ilk olarak açık hukuk seçimi, zımnî hukuk seçimi ve farazî hukuk seçiminin ne anlama geldiği üzerinde duracağız. Ardından zımnî hukuk seçiminin varlığı için aranan koşullar ele alınacaktır. Bu kapsamda, MÖHUK m. 24’ün mehzazını teşkil eden Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonunun⁷ ve Roma Konvansiyonunun yerine geçen Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü’nün⁸ zımnî hukuk seçimine ilişkin düzenlemeleri ile İsviçre Devletler Özel Hukuku Hakkında Federal Kanununun (“IPRG”)⁹ hukuk seçimine ilişkin 116. maddesi karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

Zımnî hukuk seçiminin unsurları açıklandıktan sonra, açık hukuk seçimi ve özellikle sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde, sözleşmenin en sıkı irtibatlı hukuka bağlanması kuralının kabulü sonucunu doğurduğu belirtilen¹⁰ farazî hukuk seçimi arasındaki farklara değinilecektir. Türk milletlerarası özel hukukunda yabancılık unsuru içeren sözleşmelere uygulanacak hukukun tayininde zımnî irade beyanıyla hukuk seçiminin tercih edilmesinin nedenleri ile böyle bir hukuk seçiminin uygulamada yaratabileceği çeşitli sakıncalar bu bölümde üzerinde durulacak diğer konulardır. Son olarak, gerek Türk hukukundaki gerek karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler esas alınarak zımnî irade beyanıyla hukuk seçimine ihtiyaç olup olmadığı meselesi tartışılarak çalışmamız sona erecektir.

⁷ Konvansiyonun İngilizce ve Türkçe metni için bkz.: Nuray EKŞİ, *Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu*, Beta, İstanbul 2004, s. 187 vd.

⁸ Tüzüğü’nün İngilizce metni için bkz.: (Çevrimiçi), [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:\(592/2008 EC\)En:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:(592/2008 EC)En:PDF), 28 Şubat 2013.

⁹ İsviçre Devletler Özel Hukuku Hakkında Federal Kanununun (“IPRG”) İngilizce metni için bkz.: (Çevrimiçi), <http://www.umbrecht.ch/pdf/SwissPIL.pdf>, 13 Mart 2013.

¹⁰ DOĞAN, *MÖH*, s. 363.

I. Hukuk Seçiminin Yapılış Şekli

A. Genel Olarak

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu başlık altında hukuk seçiminin yapılış şekli ile kastettiğimiz, hukuk seçiminin yazılı veya sözlü olarak yapıp yapılmadığı değil, söz konusu seçime ilişkin taraf iradelerinin nasıl açıklandığıdır. Diğer bir ifadeyle, MÖHUK m. 24/1’de belirtilen hukuk seçiminin açık veya zimnî olması, tarafların irade beyanlarının dış dünyaya nasıl yansıdığı ile alakalı bir durumdur. Yoksa ne MÖHUK m. 24/1’de ne de Kanunun diğer maddelerinde hukuk seçimine ilişkin bir şekil şartı öngörülmemiştir¹¹. Buna istinaden hukuk seçimi yazılı olabileceği gibi sözlü olarak da yapılabilir. Hatta açık hukuk seçimi sözlü olarak yapılabileceği gibi yazılı bir şekilde yapılan sözleşmenin metninde zimnî hukuk seçimine yer verilmesi de mümkündür¹². Dolayısıyla, hukuk seçiminin yapılış şekli başlığı ile kastettiğimiz bir şekil saptaması değil, tarafların hukuk seçiminde bulunurken kullandıkları irade beyanının açıklanma biçimidir¹³.

Günümüzde tarafların sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku açıkça seçebilecekleri gibi zimnî irade beyanıyla da hukuk seçiminde bulunabilecekleri gerek karşılaştırmalı hukukta gerek Türk hukukunda benimsenmiştir (MÖHUK m. 24/1). Ayrıca, karşılaştırmalı hukukta bir dönem kabul edilen ancak günümüzde bağlama noktası olarak tercih edilmeyen farazî irade ile hukuk seçimi de doktrinde hukuk seçimi olarak kabul edilmektedir.

B. Açık Hukuk Seçimi

MÖHUK m. 24/1 c. 1’de, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbi olacağı belirtilmiştir. Mülga 2675 sayılı

¹¹ NOMER, s. 317; TARMAN, s. 150; Ziya AKINCI, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlemeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992, s. 13; Berk DEMİRKOL, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 140.

¹² Cemile DEMİR GÖKYAYLA, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, Seçkin, Ankara 2005, s. 333-334.

¹³ DEMİRKOL, s. 141.

MÖHUK döneminde de açık irade beyanıyla hukuk seçimi imkânı kabul edilmekteydi¹⁴. Türk hukukunda olduğu gibi hemen hemen bütün ülke hukuklarında¹⁵ ve sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku belirleyen çeşitli uluslararası düzenlemelerde¹⁶ kabul edilen açık hukuk seçimine ilişkin doktrinde herhangi bir tartışma bulunmamaktadır¹⁷. Burada, açık hukuk seçiminden neyin anlaşılması gerektiği konusuna değinmek, çalışmamızın esas konusu olan zımnî hukuk seçimi ile MÖHUK m. 24/1 c. 2’de yer alan zımnî hukuk seçimine ilişkin düzenlemenin ve bu düzenlemenin yerindeliliğinin tartışılması bakımından önem arz etmektedir.

Hukuk seçimi, genel olarak taraflar arasında kurulmuş olan sözleşmenin hangi hukuka tâbi olacağı konusunda tarafların irade beyanlarının uyuşması olarak tanımlanabilir. Başka bir ifadeyle, hukuk seçimi aslında taraflar arasında var olan maddî hukuk sözleşmesinden başka bir sözleşmedir. Buna göre, bir hukuk seçimi sözleşmesinden bahsedebilmek için ilk olarak tarafların hukuk seçimine ilişkin iradelerinin mevcudiyeti, ikinci olarak da hukuk seçimine ilişkin iradelerinin dış dünyaya açıklanması, yani irade beyanının varlığı gerekmektedir. İşte açık hukuk seçiminden bahsedebilmek için hukuk seçimine ilişkin iradenin yanında, açık bir irade beyanında bulunmak gereklidir. Dolayısıyla, açık hukuk seçiminden bahsetmeden önce açık irade beyanı üzerinde durmak gerekir.

¹⁴ 2675 sayılı MÖHUK m. 24/1: “Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir.”

¹⁵ Örneğin, IPRG § 116/2; Rusya Federasyonu Medeni Kanunu m. 1210/2; Makedonya Milletlerarası Özel Hukuku Hakkında Kanun m. 21; Venezuela Milletlerarası Özel Hukuku Hakkında Kanun m. 29. Çin hukukunda da tarafların sadece açık hukuk seçiminde bulabilecekleri belirtilmiştir. Bkz.: Huwong JIN/Lü GOWIN, *New Developments in Chinese Private International Law*, YBPIL, Vol. I, 1999, s. 145. Japon hukukunda ise, tarafların hukuk seçiminde bulabilecekleri kabul edilmekle beraber hukuk seçiminin açık veya zımnî şekilde yapılıp yapılamayacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Yasuhiro OKUDA, *Reform of Japan’s Private International Law: Act on the General Rules of the Application of Laws*, YBPIL, Vol. 8, 2006, s. 149.

¹⁶ Roma Konvansiyonu, m. 3/1; Roma I Tüzüğü, m. 3/1; 1955 tarihli Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuku Hakkında La Haye Satım Sözleşmesi, m. 2/2; 1986 tarihli Uluslararası Mal Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi, m. 7/1.

¹⁷ Vahit DOĞAN, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Yetkin, Ankara 1996, s. 18.

İrade beyanının anlamı (hukukî sonuç arzusunun varlığı ve kapsamı) kullanılan beyan araçlarından doğrudan doğruya ve tereddüde yer vermeyecek bir şekilde anlaşılabilen irade beyanı, açık irade beyanıdır¹⁸. Diğer bir tanıma göre ise, “*irade beyanının anlamı, beyanın içinde yapıldığı hal ve şartları anlamlandırmak gerekmeksizin, kullanılan beyan vasıtalarından doğrudan doğruya anlaşılıyorsa*” irade beyanı açıktır¹⁹. Bir irade beyanının açık olması için, iradenin anlamının ve kapsamının kullanılan beyan vasıtalarından, yani kullanılan söz, yazı veya işaretlerden, hiçbir yoruma ihtiyaç duyulmayacak şekilde anlaşılması gerekmektedir²⁰.

Tarafların belirli bir hukuku seçme konusundaki iradelerini yorum gerektirmeyecek netlikte ve anlaşılır bir şekilde beyan etmiş olmaları, açık hukuk seçimi olarak ifade edilmektedir²¹. Bazı yazarlar ise tarafların belirli bir hukuk seçme konusundaki iradelerini tereddüde yer vermeyecek şekilde ortaya koyan hukuk seçimini açık hukuk seçimi olarak tanımlamaktadırlar²². Buna göre açık hukuk seçimi için hem sözleşmelerine belirli bir hukukun uygulanmasına yönelik taraf iradelerinin varlığı hem de söz konusu iradenin irade beyanından açıkça anlaşılması gerekmektedir. Tarafların hukuk seçimine yönelik iradelerinin var olup olmadığının tespiti için beyan vasıtalarının -ki bu beyan vasıtaları yazıyla, sözle ve işaretle olabilir- yorumlanmasına ihtiyaç duyulmamalıdır. Sonuç olarak, tarafların hukuk seçimine ilişkin iradelerinin irade beyanı dışındaki hiçbir unsura bakmadan ve herhangi bir yoruma ihtiyaç duymadan doğrudan doğruya ve tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılması halinde, açık hukuk seçiminin varlığından söz edebiliriz.

¹⁸ M. Kemal OĞUZMAN/Nami BARLAS, *Medeni Hukuk*, Vedat Kitapçılık, 17. Bası, İstanbul 2011, s. 186; Rona SEROZAN, *Medeni Hukuk-Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 297.

¹⁹ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm*, Birinci Cilt, 4. Bası, Filiz, İstanbul 2008, s. 143.

²⁰ OĞUZMAN/BARLAS, s. 186-187; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 143; Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, İstanbul 2006, s. 124.

²¹ NOMER, s. 317; Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN-FİGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Bası, Vedat, İstanbul 2015, s. 251.

²² ÇELİKEL/ERDEM, s. 338; DOĞAN, *İş Akdi*, s. 18; DEMİRKOL, s. 141; Esra DARDAGAN, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı*, Betik Yayıncılık, Ankara 2000, s. 228. Bununla birlikte doktrinde tereddüde yer vermeyecek şekilde yapılan hukuk seçiminin zımni hukuk seçimine işaret ettiği yönünde bkz.: TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 357-358.

Taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuku sözleşmelerine koyacakları bir madde ile açıkça belirleyebilecekleri gibi sözleşmeden ayrı olarak hukuk seçimine ilişkin bir sözleşme yaparak da açık hukuk seçiminde bulunabilecekleri kabul edilmektedir²³. Bunun yanında, ihtilâf vuku bulduktan sonra da davanın görülmekte olduğu mahkemenin önünde tarafların açık hukuk seçiminde bulunabileceği ileri sürülmektedir²⁴.

C. Zımnî Hukuk Seçimi

5718 sayılı MÖHUK'un sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkında taraflara zımnî hukuk seçimi imkânı tanınması, Kanunun getirmiş olduğu yeniliklerden biri olarak kabul edilmektedir²⁵. Zira mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 24'te, hukuk seçiminin sadece açık olarak yapılabileceği belirtilmiş, tespitinde yaşanacak güçlükler nedeniyle²⁶ tarafların zımnî iradelerine dayanan hukuk seçimine yer verilmemiştir²⁷. 5718 sayılı

²³ ŞANLI, s. 107; EKŞİ, *Roma*, s. 100; DOĞAN, *MÖH*, s. 361; Bilgin TİRYAKİOĞLU, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara 1996, s. 27.

²⁴ DOĞAN, *MÖH*, s. 361; TİRYAKİOĞLU, s. 27.

²⁵ 5718 sayılı MÖHUK m. 24 gerekçesi. Bkz.: Günsel ÖZTEKİN GELGEL/B. Bahadır ERDEM; *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, 4. Bası, Beta, İstanbul 2013, s. 84.

²⁶ *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. 167.

²⁷ Doktrinde 2675 sayılı MÖHUK'un sadece açık hukuk seçimine yer verip zımnî hukuk seçimini kabul etmemesi, zımnî hukuk seçiminin de gerçek bir taraf iradesi olması nedeniyle hemen bütün Türk doktrini tarafından eleştirilmekteydi. Bkz.: ÇELİKEL/ERDEM, s. 338, 345. Bununla beraber, doktrinde 2675 sayılı MÖHUK döneminde de aslında zımnî hukuk seçimine imkân tanındığı belirtilmekteydi. Tarafların belirli bir hukuk seçme iradelerinin bulunduğu anlaşılabiliriyorsa, mesela belirli bir kanun hükümlerinden hareket etmişlerse bu kanun hükümlerinin yer aldığı hukuku seçtiklerinin kabul edilmesi gerektiği, zımnî irade beyanına dayanıldığı iddia edilse dahi taraf iradelerinin belirli hukuku isteyip seçtiklerinin açıkça anlaşıldığı belirtilmektedir. Bkz.: ÇELİKEL/ERDEM, s. 338; Ergin NOMER/Cemal ŞANLI, *Devletler Hususî Hukuku*, 12. Bası, Beta, İstanbul 2002, s. 293. Her ne kadar lafzına uygun olmasa da, hukuk seçimine ilişkin çağdaş devletler özel hukuku kanunlarına ve milletlerarası sözleşmelerdeki hükümlere ve milletlerarası ticaretin mahiyetine uymayan bu düzenlemenin ancak bu şekilde yorumlanmasıyla aşılabileceği ve böyle bir çözüm tarzının Kanunun ve milletlerarası ticaretin ruhuna uygun bir çözüm yolu olduğu

MÖHUK m. 24/1 c. 2’de “Sözleşmenin hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde yapılan hukuk seçimi de geçerlidir.” denilerek çağdaş milletlerarası özel hukuk düzenlemelerine²⁸ paralel olarak yabancılik unsuru içeren bir sözleşmede tarafların zimnî irade beyanıyla hukuk seçiminde bulunabilmelerine imkân tanınmıştır.

Açık hukuk seçiminde olduğu gibi zimnî hukuk seçiminde de tarafların hukuk seçimine yönelik gerçek iradeleri vardır²⁹. Ancak hukuk seçimine yönelik taraf iradeleri tarafların beyanlarından açıkça anlaşılmemektedir. Zimnî irade, irade beyanının anlamının (hukukî sonuç arzusunun varlığı ve kapsamının), doğrudan doğruya söz veya işaretlerden çıkmaması, anlaşılmaması halinde söz konusu olur³⁰. Zimnî irade beyanında, kişinin hukukî sonuç hakkındaki arzusu ancak beyanın yapıldığı andaki mevcut hal ve şartlar değerlendirilerek ortaya çıkmaktadır³¹.

Zimnî hukuk seçiminde, tarafların sözleşmelerine uygulanmak üzere hukuk seçimine yönelik iradeleri irade beyanından doğrudan doğruya anlaşılmamaktadır. Tarafların belirli bir hukuku sözleşmelerine uygulamak istedikleri, bu konuda şuurulu oldukları anlaşılmaktadır, ancak taraflar çeşitli nedenlerle söz konusu iradelerini açıkça beyan etmemişlerdir³². Doktrinde, tarafların be-

ileri sürülmüştür. Bkz.: ÇELİKEL/ERDEM, s. 338; B. Bahadır ERDEM, *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, 2. Bası, Beta, İstanbul 2002, s. 193; SARGIN, s. 197.

²⁸ Roma Konvansiyonu, m. 3/2; Roma I Tüzüğü, m. 3/1 c. 2, IPRG § 116/2, Rusya Federasyonu Medeni Kanunu, m. 1210/2.

²⁹ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 358; NOMER, s. 318; ÇELİKEL/ERDEM, s. 338; ŞANLI, s. 176-177; ERDEM, *INCOTERMS*, s. 66; DOĞAN, *İş Akdi*, s. 20; GÜNGÖR, s. 191; DEMİR GÖKYAYLA, s. 310; Richard FENTIMAN, *International Commercial Litigation*, Oxford 2010, s. 195; Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, MHB, C. 30, S. 1-2, 2010, s. 44; Aslı BAYATA CANYAŞ, *Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi*, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1, S.1, 2011, s. 112; Yusuf ÇALIŞKAN, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafi Meseleleri*, Beta, İstanbul 2014, s. 63. 5718 sayılı MÖHUK m. 24’ün gerekçesinde de bu husus açıkça belirtilmiştir. Bkz.: ÖZTEKİN GELGEL/ERDEM, s. 85.

³⁰ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 144; EREN, s. 125; OĞUZMAN/BARLAS, s. 187.

³¹ OĞUZMAN/BARLAS, s. 188; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 144.

³² TEKİNALP, s. 29; DEMİR GÖKYAYLA, s. 309; DOĞAN, *İş Akdi*, s. 20; Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU, *Devletler Özel Hukukunda Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Subjektif*

lirli bir hukuku sözleşmelerine uygulanmak üzere seçtikleri, sözleşmelerinde yer alan bir kısım hükümlerden veya sözleşmeyi çevreleyen bazı vakıaların veya davranışların değerlendirilmesiyle, yani yorum yoluyla anlaşılabilirliği halinde zımnî hukuk seçiminin söz konusu olacağı kabul edilmektedir³³. Bunun yanında, sözleşme hükümlerinin ve şartlarının yorumlanmasıyla kesin bir şekilde (tereddüde yer vermeyecek şekilde) anlaşılacak hukuk seçiminin zımnî hukuk seçimi olduğu ifade edilmektedir³⁴.

Doktrindeki görüşlere paralel olarak, pozitif düzenlemelerde de zımnî hukuk seçiminin “sözleşmenin hükümlerinden” veya “halin şartlarından (somut olayın koşullarından)” anlaşılması gerektiği kabul edilmiştir³⁵. MÖHUK m. 24/1 c. 2’de “sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılabilen hukuk seçimi”nden bahsederek, hâkimin sözleşmenin hükümlerine veya somut olaydaki koşullara bakarak tarafların hukuk seçiminde bulunup bulunmadığını araştıracağı belirtilmiştir.

Bunun yanında, MÖHUK m. 24/1 c. 2’de zımnî hukuk seçiminin sadece sözleşmenin hükümlerinden veya halin şartlarından anlaşılması yeterli kabul edilmemiş, söz konusu seçimin “tereddüde yer vermeyecek şekilde” anlaşılması gerektiği koşulu aranmıştır³⁶. Zımnî hukuk seçimine ilişkin böyle bir kesinlik koşulu, İsviçre hukukunda ve AB düzenlemelerinde de yer almaktadır. Roma Konvansiyonu m. 3/1’de hukuk seçiminin varlığı için sözleşmenin hükümlerinden veya halin şartlarından makul bir kesinlikle anlaşılması gerektiği kabul edilmiştir. İsviçre hukukunda ise, zımnî hukuk seçimine ilişkin olarak sözleşmenin hükümlerinden veya halin şartlarından “açıkça” anlaşılması koşulu getirilmiştir (IPRG § 116/2).

Hangi hallerde tarafların zımnî hukuk seçiminde buldukları kolay tespit edilebilecek bir husus değildir. Hatta sözleşmenin hükümlerine veya somut

Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri, MHB, Y. 9, S. 2, 1989, s. 110.

³³ ŞANLI, s. 175; DOĞAN, *MÖH*, s. 361-362; DEMİR GÖKYAYLA, s. 309.

³⁴ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 364; DARDAĞAN, s. 228. Bu husus 5718 sayılı MÖHUK m. 24 gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir. Bkz.: ÖZTEKİN GELGEL/ERDEM, s. 85.

³⁵ Benzer ifadeler AB düzenlemelerinde de yer almaktadır. Bkz.: Roma Konvansiyonu m. 3/1 ve Roma I Tüzüğü m. 3/1. İsviçre hukukunda da zımnî hukuk seçiminin sözleşmenin hükümlerinden veya olayın koşullarından açıkça anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Bkz.: IPRG § 116/2.

³⁶ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 358.

olaydaki koşullara bakılarak ya da tarafların davranışlarından hareketle taraf iradelerinin tespiti, zımnî hukuk seçiminin en zayıf ve eleştiriye en müsait yönünü teşkil etmektedir³⁷. Bununla birlikte, özellikle İngiliz, Alman ve İsviçre hukukunda mahkemelerce verilen kararlarla sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tayininde tarafların zımnî irade beyanıyla hukuk seçimi yaptıklarına işaret edecek bir takım kriterlerin tespit edildiğini görmekteyiz. Özellikle, tarafların yetki sözleşmesiyle belirli bir devlet mahkemesini yetkili kılmaları veya belirli bir ülkede tahkimi öngören bir kaydın varlığı, sözleşmeyle objektif bir bağlantıya sahip olmasa dahi, o mahkemenin veya tahkim yeri hukukunun taraflarca zımnî seçildiğinin belirtisi olarak kabul edilmektedir³⁸.

Yargılama sırasında taraflarca sunulan dilekçelerdeki karşılıklı iddia ve savunmaların belirli bir ülke hukukuna dayanılarak yapılması halinde, tarafların zımnî hukuk seçiminde buldukları gerek doktrinde³⁹ gerekse mahkeme içtihatlarında⁴⁰ kabul edilmektedir. Ancak bu son halde, tarafların

³⁷ ŞANLI, s. 176.

³⁸ CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 702. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkında Roma Konvansiyonunun *Giulliano/Lagarde* tarafından hazırlanan raporunda da tarafların yetki sözleşmesi yapmalarının uygulanacak hukuka ilişkin zımnî iradelerine işaret ettiği belirtilmektedir. Bkz.: Mario GIULIANO/Paul LAGARDE, *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, Official Journal, C 282, 31 October 1980, s. 17. Böyle bir zımnî hukuk seçimi, doktrinde sözleşmenin hükümlerinden anlaşılan bir hukuk seçimi olarak kabul edilmektedir. Bkz.: CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 702; DICEY/MORRIS/COLLINS, s. 1575; C.M.V. CLARKSON/Jonathan HILL, *The Conflict of Laws*, Oxford 2006, s. 178.

³⁹ ŞANLI, s. 199; SARGIN, s. 44; DARDAĞAN, s. 230; BAYATA CANYAŞ, s. 113; ÇALIŞKAN, s. 64.

⁴⁰ İsviçre Federal Mahkemesi, vermiş olduğu bir kararda, yargılama sırasında her iki tarafın herhangi bir açıklama yapmaksızın aynı hukuk düzenine dayanmalarını hukuk seçimine ilişkin zımnî irade açıklaması olarak kabul etmiştir. Bkz.: BGE 81 III 175= JdT. 1956 I 375, (Selim KANETİ, *İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964)*, C.II, Ankara 1968, s. 219). Ancak mahkemenin vermiş olduğu bir diğer karara göre, yargılama sırasında tarafların aynı hukuk düzenine dayanmalarının bir hukuk seçimi olarak nitelendirilebilmesi, bilinçli olarak belirli bir hukuk düzeni seçimine ilişkin iradelerinin bulunmasına ve ortak iradelerini bu yoldan açıklamayı istemiş olmalarına bağlıdır. Bkz.: BGE 88 II 325 ve BGE 89 II 265, (KANETİ, s. 221-223). Alman içtihatlarında ise, tarafların iddia ve savunmalarını Alman Medeni Kanununa veya Ticaret Kanununa dayanarak yapmaları halinde, Alman hukukunun zımnî seçildiği kabul edilmektedir. Örneğin, Alman Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, Hollandalı müteahhit ile

sözleşmelerine hangi hukukun uygulanacağına ilişkin problemin, diğer bir ifadeyle kanunlar ihtilâfı probleminin bilincinde olmaları gerektiği ileri sürülmektedir⁴¹. Bunun yanında, davacının dilekçesinde belirli bir ülke hukukunun sözleşmeye uygulanacağına yönelik iddiasına karşılık davalı davaya cevap vermemiş olabilir. Bu durumda, davalının davaya cevap vermemesinin davalının zımnen rıza gösterdiği anlamına gelmeyeceği ifade edilmektedir⁴².

Sözleşmede özellikle belirli bir ülke hukukuna özgü dil ve terminolojinin kullanılması⁴³, tarafların daha önceki sözleşme uygulamaları ve özellikle tarafların benzer nitelikteki sözleşmelerden birinde veya birbirleriyle sıkı ilişki içinde bulunan sözleşmelerden birinde açık hukuk seçimi yapması⁴⁴

Alman şirket arasında Almanya'da bulunan bir otelin yenilenmesi için yapılan inşaat sözleşmesinden çıkan uyuşmazlıkta Alman hukukunu uygulamıştır. Taraflarca açıkça Alman hukuku seçilmemesine rağmen, mahkeme Alman Medeni Kanununda yer alan hükümleri sözleşmelerinde kullanmalarını ve kamu ihaleleriyle ilgili hükümlerin uygulanmasını kararlaştırmaları nedeniyle tarafların Alman hukukunu zımnen seçtikleri sonucuna varmıştır. Karar için bkz.: EKŞİ, *Roma*, s. 101, dn. 224. Ancak, bu yönde bir hukuk seçiminin halin icabından tereddüde yer vermeyecek bir şekilde ortaya çıkması gerektiği ifade edilerek, tarafların dava boyunca karşılıklı uyum içinde ve herhangi bir ihtirazî kayıt koymadan Alman hukukuna dayanmaları hali buna örnek gösterilmiştir. Bkz.: DEMİR GÖKYAYLA, s. 315.

⁴¹ TEKİNALP, s. 29; DEMİR GÖKYAYLA, s. 309; ÇİLİNGİROĞLU, s. 110; DEMİRKOL, s. 167. NOMER ise, tarafların Türk hukukunun maddî hukuk hükümlerine dayanmalarının, sözleşmelerini Türk hukukuna tabi tutmak konusundaki istekleri için bir emare olabileceğini ancak bunun tek başına zımni bir hukuk seçimini gösteren irade beyanları olarak görülemeyeceğini belirtmektedir. Bkz.: NOMER, s. 320. Bu konuya ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkeme içtihatları için bkz.: s. 11. dn. 40. Alman içtihadında ise, yargılama esnasında tarafların birbirine uygun karşılıklı davranışları zımni hukuk seçiminin varlığı için yeterli görülmemekte, bu yönde bilinçli bir irade açıklamasının bulunup bulunmadığı sorgulanmadan, hatta hâkimin hukukî bir sorun hakkında vermiş olduğu karara tarafların itiraz etmemesi dahi yeterli görülmektedir. Bu konuya ilişkin olarak bkz.: DEMİR GÖKYAYLA, s. 315.

⁴² SARGIN, s. 44.

⁴³ ŞANLI, s. 181; DEMİR GÖKYAYLA, s. 320.

⁴⁴ CLARKSON/HILL, s. 181; NOMER, s. 312-313; SARGIN, s. 43; DEMİR GÖKYAYLA, s. 329-330. Tarafların daha önceki sözleşme uygulamaları ve birbirleriyle sıkı ilişki içinde bulunan sözleşmelerden birinde açık hukuk seçimi yapılması örneklerine Roma Konvansiyonun açıklayıcı raporunda rastlamaktayız. Bkz. GIULIANO/LAGARDE, s. 17. Söz konusu örnekler, Roma Konvansiyonundan önceki dönemde de İngiliz içtihadında zımni irade beyanıyla hukuk seçimine ilişkin güçlü bir belirti olarak kabul edilmekteydi. Bkz.: CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 702; DICEY/MORRIS/COLLINS, s. 1573;

ya da tarafların sözleşmelerinde belirli bir ülke hukukunun hükümlerini kullanmaları veya belirli bir ülke hukukuna dayanılarak gerçekleştirilmiş standart sözleşme şartlarının kullanılması⁴⁵, hukuk seçimine ilişkin zimnî iradenin tespitinde hâkimlerin veya hakemlerin değerlendirmesi gereken emareler olarak kabul edilmektedir.

Ayrıca, sözleşmenin kurulduğu yer, sözleşmenin taraflarının vatandaşlığı, yerleşim yerleri veya mutad meskenleri, sözleşmenin konusu olan edimin

CLARKSON/HILL, s. 180-181. Buna karşın, birbiriyle sıkı ilişki içerisinde olan sözleşmelerde, sözleşmelerden birinde tarafların hukuk seçiminde bulunmaları halinde, söz konusu hukuk seçiminin diğer sözleşmeye de teşmil edilemeyeceği ifade edilmektedir. Örneğin, akreditif ilişkisi taraflar arasındaki esas sözleşmeden tamamen bağımsız bir sözleşmedir. Dolayısıyla, esas sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların çözümü için bir hukuk seçiminde bulunulması halinde, akreditif ilişkisine hasredilemeyeceği ifade edilmektedir. Bkz.: CLARKSON/HILL, s. 181.

⁴⁵ GIULIANO/LAGARDE, s. 17. Özellikle belirli bir hukuk sisteminin kurallarına göre hazırlanmış belli tipteki standart sözleşmelerin kullanılması, standart sözleşmenin hazırlanmasında kendisinden hareket edilen hukukun seçildiğine yönelik zimnî irade beyanının varlığına ilişkin önemli bir gösterge olarak kabul edilmektedir. Özellikle deniz sigortalarında İngiliz hukuku prensiplerine göre hazırlanan standart sözleşmeler yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Dolayısıyla, böyle bir standart sözleşmenin varlığı halinde, tarafların sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanmak üzere İngiliz hukukunu zimnen seçtikleri kabul edilmektedir. Bkz.: CLARKSON/HILL, s. 180. İngiliz Yüksek Mahkemesi taraflar açık bir hukuk seçiminde bulunmamış olmalarına rağmen, Roma Konvansiyonunun 3. maddesine dayanarak, Londra'da faaliyet gösteren reasürans şirketi davacı ile davalı Tayvan'da faaliyet gösteren sigorta şirketinin İngiliz hukuku kurallarına göre hazırlanmış bir standart sözleşmeye istinaden yapmış oldukları reasürans sözleşmesine İngiliz hukukunun uygulanacağına karar vermiştir. Mahkemenin, tarafların İngiliz hukukundan başka bir ülke hukukunun sözleşmeye uygulanması konusunda herhangi bir müşterek niyetlerinin olmadığını da dikkate alarak, sözleşmenin bir standart sözleşme olmasını ve Londra'da faaliyet gösteren bir reasürör ile sigorta şirketi arasında Londra'da akdedilmesini, sözleşmelerine uygulanacak hukuku İngiliz hukuku olarak kararlaştırdıklarını göstermesi bakımından yeterli saydığını görmekteyiz. Bkz.: Gan Insurance Company Limited v. Tai Ping Insurance Company Ltd. (1999) ILPr 729, (HILL, s. 331). Roma Konvansiyonunun yürürlüğe girmesinden önce görülen ve Dubai'de faaliyet gösteren davacı Liberya tabiiyetindeki sigorta şirketi ile davalı Kuveyt sigorta şirketi arasında deniz sigorta poliçesinden doğan uyuşmazlıkta İngiliz mahkemesi, tarafların sözleşmeye İngiliz hukukunun uygulanacağını kararlaştırmış olabileceklerini belirterek ihtilâfa İngiliz hukukunu uygulamıştır. Mahkeme, poliçenin 1906 tarihli Deniz Sigortaları Kanunu esas alınarak hazırlanmış olan bir poliçe olduğunu gerekçe göstererek söz konusu poliçenin ancak İngiliz hukuku dikkate alınarak yorumlanabileceğini belirtmiştir. Bkz.: Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co. (1984) AC 50, (CLARKSON/HILL, s. 180).

yapısı ve ifa yeri, ödemenin yapılacağı para birimi diğer belirtiler olarak sayılabilir⁴⁶. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, bunlardan hiçbiri tek başına o ülke hukukunun uygulanmasının istendiği anlamına da gelmemektedir. Bu belirtilerden bir kaçının bir arada bulunması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁷.

Zımnî irade beyanıyla hukuk seçiminin varlığı için tarafların hukuk seçimine ilişkin iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak uyuşması gerekmektedir. Dolayısıyla, yukarıda saydığımız emareler ne kadar çok olursa olsun, gerek sözleşmenin muhteviyatından gerekse de sözleşmeyi çevreleyen koşulların hâkim ve hakemler tarafından değerlendirilmesiyle, tarafların hukuk seçimine yönelik iradelerinin varlığı anlaşılmalıdır. Eğer yapılan değerlendirme sonucu tarafların hukuk seçimine yönelik iradeleri anlaşılamiyorsa, hâkimin objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukuku belirlemesi gerekmektedir. İşte zımnî hukuk seçimiyle ilgili temel problem de, söz konusu taraf iradelerinin nasıl ve hangi şartlar altında tespit edileceği meselesinde yatmaktadır.

D. Farazî Hukuk Seçimi

Açık veya zımnî irade beyanı ile hukuk seçiminin bulunmadığı hallerde, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde kabul edilen bir diğer yol da farazî (mefruz =varsayılan) hukuk seçimidir⁴⁸.

Farazî hukuk seçiminde, tarafların farazî iradelerinden hareketle yetkili hukuku tespit etme görevi, hâkimlere veya hakemlere bırakılmıştır. Taraflar hukuk seçimi yapmak isteselerdi seçecekleri düşünülen veya tarafların menfaatine uygun olduğu varsayılan hukukun hâkim tarafından tespit edilmesi gerekecektir. Eğer açık veya zımnî hukuk seçimi yoksa hâkim, sözleşmenin taraflarının iradelerinin tahmin edilmesi suretiyle sözleşmeyi akdettikleri esnada bir hukuk seçecek olsalardı hangi hukuku seçeceklerini varsayım yoluyla tayin etmeye çalışacaktır. Bu çalışma neticesinde, sözleşmeye hangi

⁴⁶ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 358; DOĞAN, *MÖH*, s. 348; TİRYAKİOĞLU, s. 29; TARMAN, s. 149.

⁴⁷ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 358; DOĞAN, *MÖH*, s. 362; TİRYAKİOĞLU, s. 28- 29; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 45; TARMAN, s. 149; DARDAĞAN, s. 229.

⁴⁸ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 358; DOĞAN, *İş Akdi*, s. 24-25.

ülke hukukunun uygulanacağı belirlenecektir⁴⁹.

Farazî hukuk seçiminde, tarafların hukuk seçimine yönelik iradeleri yoktur. Hâkimin iradesi esas alınarak sözleşmeye uygulanacak hukuk tespit edilmektedir. Farazî irade beyanıyla hukuk seçimi, taraf iradesi yerine hâkimin iradesi esas olduğundan dolayı eleştirilmektedir⁵⁰. Farazî hukuk seçimi, Türk milletlerarası özel hukukunda gerek mülga 2675 sayılı MÖHUK döneminde kabul edilmediği gibi, 5718 sayılı MÖHUK'ta da benimsenmemiştir. Kanun, hukuk seçiminin ya açık ya da zımnî olarak yapılmasını öngörmüştür. Tarafların zımnî irade beyanıyla yaptıkları hukuk seçiminin “*tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılması*” gerektiği biçimindeki bir kesinlik koşulunun getirilmesi ile kanun koyucunun farazî hukuk seçimine yer vermek istemediği anlaşılmaktadır⁵¹. Benzer şekilde, bir dönem İsviçre ve Alman hukukunda kabul edilen⁵² farazî hukuk seçiminin artık Roma I Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesiyle terk edildiğini söyleyebiliriz.

II. Zımnî Hukuk Seçiminin Unsurları

A. Genel Olarak

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanmak üzere tarafların zımnî hukuk seçiminde bulunup bulunmadıklarının kabulü için en temel şart, zımnî hukuk seçimini farazî hukuk seçiminden ayıran, tarafların hukuk seçimine yönelik iradeleridir. Bununla beraber, tarafların hukuk seçimine yönelik iradelerinin nasıl ve kim tarafından belirleneceği de önem arz etmektedir.

Doktrinde, tarafların açık hukuk seçiminde bulunmamaları halinde ihtilâfa

⁴⁹ NOMER, s. 318; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 358-359; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 251; DOĞAN, *İş Akdi*, s. 24; SARGIN, s. 198; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 44; ÇALIŞKAN, s. 63.

⁵⁰ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 358-359; SARGIN, s. 198; Turgut TURHAN, *İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku*, AÜHFD, C.41, S.1-4, 1989-1990, s. 126.

⁵¹ NOMER, s. 318; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 350; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 251.

⁵² Farazî hukuk seçiminin İsviçre hukukundaki uygulaması için bkz.: TURHAN, s. 126; DOĞAN, *İş Akdi*, s. 24-25. Alman hukukundaki uygulaması için bkz.: TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 360.

bakacak hâkimin tarafların zımnî iradeleriyle hukuk seçiminde bulunup bulunmadıklarını araştırmada takdir hakkına sahip olmadığı, hâkimin sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanacak hukuku MÖHUK m. 2 gereği re'sen tespit etmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵³. Bir diğer görüşe göre ise, yabancı hukukun uygulanmasını sağlayan *vatandaşlık, ikametgâh, ifa yeri, varma yeri* gibi bağlama noktalarının birer maddî vakıa olduğu ve bunların taraflarca ispatlanması gerektiği belirtilmektedir. Türk medeni usul hukukunda, prensip olarak taraflarca hazırlama ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilkeye göre, iddianın ve savunmanın dayanağı olan vakıaların ve bunların delillerinin taraflarca mahkemeye bildirilmesi gerekir. Hâkim taraflarca ileri sürülmeyen maddî vakıaları re'sen dikkate alamayacağı gibi, bu vakıalar konusunda taraflara hatırlatmada bulunması dahi mümkün değildir (HMK m. 25)⁵⁴. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda da taraflarca hazırlama ilkesi geçerli olduğundan, bağlama noktasının (maddî vakıanın) ispatı, bağlama noktasına istinaden yabancı hukukun uygulanmasını isteyen tarafa ait olacağını söyleyebiliriz⁵⁵. Dolayısıyla, yabancılık unsuru içeren bir sözleşmeden doğan ihtilaf hâkimin önüne geldiğinde, tarafların zımnî bir hukuk seçimi yapmış olmaları gibi bir maddî vakıanın hâkim tarafından re'sen araştırılması gerekliliğinden söz edilemez. Zımnî hukuk seçiminin var olup olmadığı taraflarca iddia ve ispat edilmesi gerekecektir. Nitekim doktrinde de, tarafların serbest iradeleriyle uygulanacak hukuku seçme imkânlarının bulunduğu hallerde hâkimin yabancı hukuku re'sen uygulama mecburiyetinin olmadığı belirtilmekte, tarafların zımnî bir hukuk seçimi yapmaları halinde bu hukukun uygulanabilmesi için söz konusu hukuk seçiminin ilgili taraf veya taraflarca ispatlanması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁶.

Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin varlığı zımnî hukuk seçiminin varlığı için yeterli değildir. Hâkim veya hakemler, tarafların hukuk seçimine yönelik iradelerini, MÖHUK m. 24/1 c. 2'de belirtilen, “sözleşmenin hükümlerinden veya halin şartlarından” hareketle tespit edeceklerdir. Ancak kanun koyucu, tarafların hukuk seçimine yönelik ira-

⁵³ EKŞİ, *Roma*, s. 101; DEMİRKOL, s. 159; BAYATA CANYAŞ, s. 112.

⁵⁴ Bu konu hakkında bkz.: Baki KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, C.2, Demir-Demir, İstanbul 2001, s. 1919 vd.; Hakan PEKCANİTEZ/Oğuz ATALAY/Muhammet ÖZEKES, *Medenî Usûl Hukuku*, 14. Bası, Yetkin, Ankara 2014, s. 361 vd.

⁵⁵ NOMER, s. 190; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 64.

⁵⁶ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 64, dn. 110.

delerinin mevcudiyetinin “*tereddüde yer vermeyecek biçimde*” anlaşılması gerektiğini belirterek zımnî hukuk seçimine ilişkin bir kesinlik koşulu getirmiştir. Zımnî hukuk seçimine ilişkin bu koşulun -aralarında farklılıklar olmakla birlikte- çeşitli milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinde kabul edildiğini söyleyebiliriz.

Bu açıklamalar ışığında zımnî hukuk seçiminin varlığı için, iki temel unsurun varlığından söz edebiliriz: (i) tarafların hukuk seçimine yönelik karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri; (ii) tarafların hukuk seçimine yönelik iradelerinin anlaşılması⁵⁷.

B. Tarafların Karşılıklı ve Birbirine Uygun İradeleri

Zımnî hukuk seçiminin varlığı için gerekli ilk unsur, tarafların hukuk seçimine yönelik iradeleridir⁵⁸. Zımnî hukuk seçiminde tarafların hukuk seçimine yönelik gerçek bir iradeleri vardır ancak taraflar, çeşitli sebeplerle söz konusu iradelerini net bir şekilde ortaya koymamaktadırlar. Örneğin; hukuk seçiminin önemini idrak edememe veya tarafların hukuk seçimi sözleşmesinden ziyade esas sözleşmenin yapılmasındaki menfaatlerinin baskın çıkması veya ihmal nedeniyle sözleşmelerine uygulanacak hukuku açıkça belirlememiş olabilirler⁵⁹.

Tarafların hukuk seçimi yönünde iradeleri yoksa, sözleşme dışı birtakım belirtilerden veya davranışlarından tarafların hukuk seçimi yapmaya yaklaştıkları anlaşılrsa da zımnî hukuk seçiminden bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla, MÖHUK m. 24/1 c.2'nin uygulanması mümkün olmayacaktır. Bir görüşe göre, taraflar, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda karşılıklı müzakerelerde bulunmuşlar, ancak bir anlaşmaya varamamışlarsa, hukuk seçimine yönelik taraf iradelerinin araştırılmasına gerek yoktur. Bu durumda hâkim tarafların zımnî irade beyanıyla hukuk seçiminde bulun-

⁵⁷ Doktrinde, zımnî hukuk seçiminin varlığı için iki temel şartın bulunması gerektiği belirtilmiş, hukuk seçimine yönelik taraf iradelerinin bulunması zımnî hukuk seçiminin sübjektif şartı, tarafların hukuk seçimine yönelik iradelerinin anlaşılması ise zımnî hukuk seçiminin objektif şartı olarak nitelendirilmiştir. Bkz.: DOĞAN, *MÖH*, s. 362-363.

⁵⁸ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 358; NOMER, s. 318; ÇELİKEL/ERDEM, s. 338; ŞANLI, s. 176-177; ERDEM, *INCOTERMS*, s. 66; DOĞAN, *İş Akdi*, s. 20; GÜNGÖR, s. 191; DEMİR GÖKYAYLA, s. 310; FENTİMAN, s. 195; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 44; ÇALIŞKAN, s. 63.

⁵⁹ ŞANLI, s. 176; SARGIN, s. 39.

dukları yönünde ciddi belirtiler tespit etse dahi, zımnî hukuk seçiminin var olduğu sonucuna varılamaz. Zira hâkimin zımnî iradenin varlığını araştırabilmesi için, tarafların hukuk seçimi konusunda açıkça görüşmemiş olmaları gerektiği ileri sürülmektedir⁶⁰.

Tarafların hukuk seçimine yönelik gerçek iradelerinin aranması, zımnî hukuk seçimini farazî hukuk seçiminden ayıran en temel unsurdur. Çünkü farazî hukuk seçiminde hâkim kendini tarafların yerine koyarak hareket etmekte, sözleşmeye uygulanacak hukuku bizatihi kendi iradesiyle belirlemektedir⁶¹. Daha önce de bahsettiğimiz üzere, taraf iradesini yansıtmadığından dolayı, “*taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunu düşünseydi seçecekleri hukuk*”, “*tarafların uygulanmasını bekledikleri hukuk*” gibi ifadelerin zımnî hukuk seçimi kapsamında değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir⁶². Dolayısıyla, hâkim tarafların gerçek iradelerini araştırmak zorundadır. Birtakım varsayımlara dayanarak veya sadece çeşitli irtibatların belirli bir ülke hukukunu göstermesi gibi çeşitli karinelere dayanarak hareket edemez.

Zımnî hukuk seçiminde, taraf iradesi sözleşmenin hükümlerinden veya sözleşmeyi çevreleyen diğer koşulların incelenmesi ya da tarafların davranışlarının hâkim tarafından yorumlanması sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu ise, hâkimlerin sanki tarafların hukuk seçimine yönelik iradeleri varmışçasına hareket ederek uygulanacak hukuku belirlemelerine neden olabilecektir. Hâkim zımnî hukuk seçimi var iken objektif bağlama kuralına giderek taraf iradelerine aykırı şekilde hareket edebileceği gibi; ortada bir hukuk seçimine yönelik taraf iradesi yokken böyle bir irade varmış gibi hareket etmesi de söz konusu olabilir.

İşte bu mahzuru bertaraf etmek amacıyla kanun koyucu, sadece tarafların hukuk seçimine yönelik iradelerini yeterli bulmamış, bu iradenin açıklamasının hangi hallerde ve ne şekilde anlaşılması gerektiğini belirterek bazı kriterler getirmiştir. Aşağıda, “*tarafların hukuk seçimine yönelik iradelerinin anlaşılması*” başlığı altından söz konusu kriterlere detaylı olarak değineceğiz.

⁶⁰ DOĞAN, *MÖH*, s. 362; DEMİR GÖKYAYLA, s. 311.

⁶¹ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 358-359; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 251; DOĞAN, *MÖH*, s. 363.

⁶² NOMER, s. 318; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 358-359; FENTİMAN, s. 195.

C. Tarafların Hukuk Seçimine Yönelik İradelerinin Anlaşılması

Zımnî hukuk seçiminin diğer bir unsuru, tarafların hukuk seçimine yönelik iradelerinin anlaşılmasıdır. Daha önce de belirttiğimiz üzere, zımnî irade beyanında tarafların iradeleri doğrudan doğruya anlaşılmamaktadır. Bazı işaret veya davranışların yorumlanması sonucu tarafların bu yöndeki iradesi anlaşılabilir⁶³.

Kanun koyucu hâkime yol göstermek ve zımnî hukuk seçiminin sınırlarını belirtmek amacıyla, zımnî hukuk seçiminin “*tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılması*” gerektiğini belirterek bir kesinlik koşulu getirmiştir. Bunun yanında, zımnî hukuk seçiminin sadece sözleşme hükümlerine bağlı kalmaksızın halin şartlarından da anlaşılabilirliğini belirtmiştir (MÖHUK m. 24/1 c. 2).

Doktrinde, hukuk seçiminin, sözleşmenin hükümlerinden veya halin şartlarından anlaşılması ile hukuk seçiminin tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılması ayrı birer unsur olarak telakki edilmektedir⁶⁴. Ancak, burada asıl önemli olan taraf iradelerinin açıklanması, diğer bir ifadeyle dış dünyaya yansması ve söz konusu iradelerin varlığının hâkim tarafından anlaşılmasıdır. Biz de çalışmamızda, hukuk seçiminin sözleşmenin hükümlerinden veya halin şartlarından anlaşılması ve hukuk seçiminin tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılmasını taraf iradelerinin anlaşılması başlığı altında incelemeyi uygun gördük.

1. Tarafların İradelerinin Sözleşmenin Hükümlerinden veya Halin Şartlarından Anlaşılması

MÖHUK m. 24/1 c. 2’de, mehz Roma Konvansiyonu m. 3’e paralel olarak⁶⁵, tarafların zımnî hukuk seçimine ilişkin iradelerinin “*sözleşmenin hükümlerinden*” veya “*halin şartlarından*” anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Roma Konvansiyonunda yer alan bu koşul, Roma I Tüzüğünde de aynen

⁶³ DOĞAN, *MÖH*, s. 361-362.

⁶⁴ Bkz.: DEMİRKOL, s. 154 vd.

⁶⁵ Roma Konvansiyonu m. 3/1 c. 2 : “The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty “*by the terms of the contract or the circumstances of the case*”.”

yer almıştır⁶⁶. İsviçre hukukunda da, sözleşmenin hükümlerinden veya mevcut koşullardan anlaşılan hukuk seçimi kabul edilmiştir (IPRG § 116/2).

Ancak gerek Kanunda gerekse diğer düzenlemelerde kavramların içeriğinden ne anlaşılması gerektiğine yer verilmediği gibi hangi hallerde sözleşmenin hükümlerinden, hangi hallerde ise halin şartlarından hukuk seçiminin anlaşılacağı belirtilmemiştir. Bununla birlikte, sözleşmenin hükümleri ve halin şartları hâkim tarafından ayrı ayrı mı değerlendirilecektir? Yoksa hâkim sözleşme hükümleri yanında sözleşmeyi çevreleyen bütün koşulları bağımsız olarak mı ele alacaktır? Tarafların gerek sözleşme müzakereleri gerekse sözleşmenin kurulmasından sonraki safhadaki söz ve davranışları, halin şartlarından sayılacak ve hukuk seçimine yönelik iradenin tespitinde değerlendirilecek midir? Aşağıda bu soruların cevabını bulmaya çalışacağız.

Sözleşmenin hükümlerinden anlaşılan hukuk seçimine, özellikle Anglo-Amerikan hukukunda verilen mahkeme kararlarından etkilenerak Roma Konvansiyonunun açıklayıcı raporunda çeşitli örnekler verilmiştir. Tarafların sözleşmelerinde belirli bir ülke hukukunun hükümlerini kullanmaları, örneğin, Fransız Medeni Kanununun belirli hükümlerine atıf yapmaları, sözleşmenin hükümlerinden anlaşılan hukuk seçimine örnek olarak gösterilmektedir⁶⁷. Diğer bir örnek olarak, belirli bir hukuk sisteminin kurallarına göre hazırlanmış belli tipteki standart sözleşmelerin kullanılması halini verebiliriz⁶⁸. Böyle bir standart sözleşmenin varlığı, standart sözleşmenin hazırlanmasında kendisinden hareket edilen hukukun zımnen seçildiğine yönelik önemli bir gösterge olarak kabul edilmektedir⁶⁹.

⁶⁶ Roma I Tüzüğü m. 3/1 c. 2: “*The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case.*”

⁶⁷ GIULLIANO/LAGARDE, s. 17; TARMAN, s. 149; Jonathan HILL, *Choice of Law Under The Rome Convention: The Approach of UK Courts*, ICLQ, Vol.53, April 2004, s. 330.

⁶⁸ GIULLIANO/LAGARDE, s. 17; CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 704; CLARKSON/HILL, s. 180; HILL, s. 330; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 44. Roma Konvansiyonunun AB tüzüğüne dönüştürülmesine ve geliştirilmesine ilişkin olarak hazırlanan *Green Paper*'da da, aynı örnek verilmiştir. Bkz.: Comission of The European Communities, *Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation*, Brussels, 14.1.2003 COM(2002) 654 final, s. 23, Paragraf, 3.2.4.1.

⁶⁹ Bu konuyla ilgili görüşler ve mahkeme kararları için bkz.: s. 13, dn. 45.

Hâkimin zimnî hukuk seçiminin varlığını araştırırken tarafların benzer nitelikteki sözleşmelerden birinde veya birbirleriyle sıkı ilişki içinde bulunan sözleşmelerden birinde açık hukuk seçiminde bulunmaları, halin şartlarından anlaşılabilir bir hukuk seçimine örnek olarak verilebilir⁷⁰. Tarafların daha önce aralarında yapmış olduğu çeşitli sözleşmelerde açık hukuk seçiminde bulunmaları ancak mevcut sözleşmede tarafların böyle bir hukuk seçimi kaydına yer vermemeleri hali de, somut olayın özelliklerinden anlaşılabilir bir hukuk seçimi olarak kabul edilmektedir⁷¹. Burada, özellikle daha önceki sözleşmeye açıkça atıfta bulunulmuşsa, bu sözleşmenin tabii olduğu hukuk, hakkında açık hukuk seçimi bulunmayan sözleşmeye de zimnî hukuk seçiminin sonucu olarak uygulanacaktır. Ancak daha sonraki sözleşmede bir hukuk seçiminin bilinçli olarak yapılmadığı ispat edilebiliyorsa, zimnî hukuk seçiminin yapıldığı sonucuna varılamayacağı belirtilmektedir⁷².

Gerek AB düzenlemelerinde gerekse MÖHUK m. 24/1 c. 2'de, her ne kadar hâkimin tarafların zimnî hukuk seçiminde bulunup bulunmadığını sözleşmenin hükümlerini veya somut olayın özelliklerini değerlendirerek tespit etmesi gerektiği ifade edilse de, bundan sadece sözleşme hükümlerine veya sadece somut olayın özelliklerine bakılarak hukuk seçiminin anlaşılması gerektiği sonucuna varılmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, hâkim zimnî hukuk seçiminin varlığını araştırırken hem sözleşme hükümlerini hem de somut olayın özelliklerini aynı anda ve birlikte dikkate alacaktır⁷³.⁷⁴ Örneğin,

⁷⁰ GIULLIANO/LAGARDE, s. 17; *Green Paper*, s. 23, paragraf 3.2.4.1; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 44.

⁷¹ GIULLIANO/LAGARDE, s. 17; *Green Paper*, s. 23, paragraf 3.2.4.1; EKŞİ, *Roma*, s. 101; DEMİR GÖKYAYLA, s. 315; DEMİRKOL, s. 190-191; CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, s. 704.

⁷² SARGIN, s. 43; DEMİR GÖKYAYLA, s. 330.

⁷³ FENTIMAN, s. 167; HILL, s. 327-328; DEMİRKOL, s. 154. İngiliz mahkeme tatbikatında da, Roma Konvansiyonu m. 3/1 anlamında bir zimnî hukuk seçiminin varlığını araştırırken hem sözleşme hükümlerinin hem de somut olayın özelliklerinin birlikte dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Örneğin, *Marubeni Hong Kong and South China Ltd. v. Mongolian Government* davasında mahkeme, taraflar arasında zimnî bir hukuk seçiminin bulunabilmesi için söz konusu seçimin makul (veya yeterli) bir kesinlikle anlaşılabilir bir hukuk seçimi olması gerektiğini belirtmiştir. Taraflar arasında böyle bir seçimin var olup olmadığına karar verirken sözleşmenin hükümleriyle somut olayın özelliklerinin her ikisinin göz önünde bulundurulması gerektiğine karar vermiştir. Bkz.: *Marubeni Hong Kong and South China Ltd. v. Mongolian Government* (2002) All ER (Comm) 873, (HILL, s. 328).

⁷⁴ Buna karşın, Roma Konvansiyonunun AB tüzüğüne dönüştürülmesine ilişkin Max Planck

hâkimin tarafların karşılıklı yazışmaları veya sözleşme müzakereleri sırasında yapmış oldukları davranışlar ile taraflarca sözleşmeye İngiliz hukukuna ilişkin bazı hükümlerin dercedilmesi gibi çok sayıda ve çeşitli faktörleri göz önünde bulundurması gerekmektedir. Bununla birlikte, bir davada her iki durumun aynı anda bulunması gerekemeyebilir. Sözleşme hükümleri zımnî hukuk seçiminin yokluğuna işaret ederken, somut olayın özellikleri tarafların zımnen belirli bir ülke hukukunu seçtiğini gösterebilir veya sözleşmenin hükümleri bir ülke hukukunun taraflarca seçildiği yönünde ciddi belirtiler gösterirken, somut olayın özellikleri analiz edildiğinde tarafların gerçekten başka bir devletin hukukunu seçtikleri anlaşılabilir⁷⁵. Burada önemle belirtmek gerekir ki, tarafların zımnî irade beyanıyla hukuk seçiminde buldukları sonucuna ulaştıracak olan sözleşmenin hükümlerine veya halin şartlarına ilişkin yukarıda verilen örnekler tüketici değildir⁷⁶.

Tarafların hukuk seçimine yönelik yapmış oldukları davranışlar veya söylemiş oldukları sözler, gerek sözleşmenin kurulmasından önceki gerekse sonraki safhada zımnî hukuk seçimine yönelik iradenin araştırılmasında dikkate alınabilir. Bu hususun hâkim tarafından dikkate alınması gerektiği belirtilse de⁷⁷, taraflardan biri aralarında zımnî irade beyanıyla hukuk seçiminin bulunduğunu ileri sürdüğünde, bunu ispat etmesi gerektiğini de göz ardı etmemek gerekir. Zira karşı tarafın, aralarında bir hukuk seçiminin olmadığını veya farklı bir hukukun seçildiğini ileri sürmesi her zaman mümkündür. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, tarafların serbest iradeleriyle uygulanacak hukuku seçme imkânlarının olduğu hallerde hâkimin yabancı hukuku re'sen uygulama mecburiyetinden bahsedilemez. Buna göre, tarafların (açık veya zımnî) bir hukuk seçiminde bulunmaları halinde bu hukukun uygulanabilmesi için söz konusu hukuk seçiminin ilgili taraf veya taraflarca

Enstitüsü tarafından hazırlanan raporda, zımnî hukuk seçimine yönelik iradenin tespitinde tarafların gerçek iradesi arandığından, tarafların kullandığı kelimelere ve davranışlarına dikkat edilmesi gerektiği ileri sürülmekte, “*halin şartları*” ifadesinden tarafların zımnî iradelerinin değil, farazî iradelerinin anlaşılacağı belirtilmektedir. Bkz.: MAX PLANCK INSTITUTE, *Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation*, Ed. Jürgen Basedow, RabelsZ, C.68, 2004, s. 40.

⁷⁵ FENTIMAN, s. 167; HILL, s. 328.

⁷⁶ HILL, s. 331.

⁷⁷ EKŞİ, *Roma*, s. 100-101; DEMİRKOL, s. 159; BAYATA CANYAŞ, s. 112.

ispatlanması gerekmektedir⁷⁸. Bu noktada hâkimin zimnî hukuk seçiminin mevcudiyetine yönelik taraf iddialarını değerlendirerek MÖHUK m. 24/1 c. 2'nin aradığı anlamda “*tereddüde yer vermeyecek*” kadar belirgin bir hukuk seçiminin var olup olmadığını araştırması gerekecektir.

2. Tarafların İradelerinin Tereddüde Yer Vermeyecek Şekilde Anlaşılması

Tarafların hukuk seçimine yönelik iradelerinin anlaşılabilmesi için aranan bir diğer koşul, söz konusu iradelerin “*tereddüde yer vermeyecek biçimde*” anlaşılmasıdır. Görüldüğü üzere, MÖHUK m. 24/1 c. 2'de zimnî hukuk seçiminin varlığı için bir kesinlik koşulu getirmiştir. MÖHUK m. 24/1 c. 2'nin mehzazını teşkil eden Roma Konvansiyonu m. 3/1 c. 2'nin çeşitli dillerdeki metinlerinde ve Roma I Tüzüğünde de böyle bir kesinlik koşulu aranmıştır.

Roma Konvansiyonunun İngilizce metninde “*the choice must be... demonstrated with reasonable certainty*”⁷⁹ ifadesi yer alırken, Almanca metninde ise, “*hukuk seçimi yeterli bir kesinlikte ortaya çıkmalıdır (die Rechtswahl muss...sich mit hinreichender Sicherheit ergeben)*”⁸⁰ şeklinde bir ifade kullanılmıştır. Konvansiyonun Fransızca metninde ise, daha farklı bir ifade kullanılarak hukuk seçiminin “*kesin bir biçimde (de façon certaine)*”⁸¹ ortaya çıkması gerektiği belirtilmiştir. Her ne kadar, Roma Konvansiyonunun 33. maddesinde Konvansiyonunun farklı dillerdeki tüm metinlerinin eşit bağlayıcılıkta olduğu belirtilse de, Fransızca metnin diğer metinlere nazaran “*makul (akla yatkın)*” veya “*yeterli*” gibi sübjektif ifadelere yer vermediğinden zimnî hukuk seçiminde daha fazla kesinlik aradığını söyleyebiliriz⁸².

Zimnî hukuk seçimine ilişkin böyle bir kesinlik koşulunun aranmasının sebebi, zimnî hukuk seçimi ile farazî hukuk seçimi arasındaki farkı ortaya koymak ve hâkimin farazî iradeye dayanarak sözleşmeye uygulanacak hu-

⁷⁸ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 64, dn. 114.

⁷⁹ Bu ifadeyi, “*seçim makul (akla yatkın) bir kesinlikle ortaya çıkartılmalıdır*” şeklinde tercüme edebiliriz. Bkz.: DEMİRKOL, s. 154, dn. 448; GÜNGÖR, s. 92.

⁸⁰ Bkz.: GÜNGÖR, s. 92; DEMİRKOL, s. 154.

⁸¹ Bkz.: DEMİRKOL, s. 155 dn. 450; GÜNGÖR, s. 92.

⁸² *Green Paper*, s. 23, dn. 47; GÜNGÖR, s. 92.

kuku belirlemesinin önüne geçmektir⁸³. Zımnî hukuk seçimine ilişkin Roma Konvansiyonunda yer alan bu ifade farklılıklarının, üye devlet mahkemelerinin zımnî hukuk seçiminin varlığını ararken farazî iradeye yönelmesine neden olabileceğini göz ardı etmemek gerekir. Nitekim kesinlik koşulu konusundaki bu farklılık, Konvansiyonun ülke mahkemelerince uygulanması noktasında farklı uygulamaları da beraberinde getirmiştir. Alman ve İngiliz mahkemeleri, bu ülkelerde Konvansiyonun zımnî hukuk seçimine ilişkin daha yumuşak ifadeleri ve söz konusu ülkelerde Konvansiyondan önceki uygulamaların da etkisinde kalmaları nedeniyle zımnî hukuk seçiminin belirlenmesinde diğer Avrupa ülkelerine nazaran daha esnek bir tutum sergilemiştir⁸⁴.

Roma Konvansiyonunun çeşitli dillerdeki metinlerindeki bu farklılığı ortadan kaldırmak amacıyla, Konvansiyonun tüzük haline dönüştürülmesi sürecinde zımnî hukuk seçimini düzenleyen 3. maddede değişiklik yapılmasına ilişkin doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki, zımnî hukuk seçimine ilişkin mevcut düzenlemenin kaldırılması gerektiği yönündedir⁸⁵. Bu görüşe göre, tüzüğün en önemli amaçlarından birisinin Avrupa Birliği'nde hukuk seçimine ilişkin sorunların yeknesak ve basit bir şekilde çözüme kavuşturmak olduğu, buna karşın zımnî hukuk seçimiyle bu amacın gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir⁸⁶. Başka bir görüşte ise, yeknesak bir uygulamanın sağlanması için, Roma Konvansiyonunun çeşitli dillerdeki metinlerinde yer alan ifade farklılıklarının ortadan kaldırılması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁷. Bu görüşe paralel olarak, Roma I Tüzüğü m. 3/1 c. 2'nin İngilizce ve Almanca ifadelerinin, Konvansiyonun Fransızca metninde yer alan “*kesin bir biçimde (de fa-*

⁸³ NOMER, s. 318; BAYATA CANYAŞ, s. 117; Andrea BONOMI, *Conversion of the Rome Convention on Contracts into an EC Instrument: Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission*, YBPIL, Vol.5, 2003, s. 67.

⁸⁴ *Green Paper*, s. 24, paragraf 3.2.4.2; BONOMI, s. 67.

⁸⁵ CLARKSON/HILL, s. 183; BONOMI, s. 67.

⁸⁶ BONOMI, s. 67. Yazara göre, açık hukuk seçimi hukuk seçimine yönelik sorunların yeknesak ve basit bir şekilde çözümlenmesi amacına hizmet etmektedir. Buna karşın, her iki tarafın da sözleşmelerine uygulanmak üzere belli bir ülke hukukunu seçtikleri ancak bunu sözleşmede belirtmeyi unuttukları hallerde ise, taraflar arasında uzun ve karmaşık bir tartışma süreci başlayacaktır. Bu durumun ise, Tüzüğün basitlik ve öngörülebilirlik amaçlarına aykırı olduğu aşikârdır. Bkz.: BONOMI, s. 67-68.

⁸⁷ *Green Paper*, s. 24, paragraf 3.2.4.3.

con certaine)” ifadesine yaklaştığını söyleyebiliriz⁸⁸. Tüzüğün İngilizce ve Almanca metinlerinde, Konvansiyonun Fransızca metnindeki anlama paralel olarak, “*clearly demonstrated*”⁸⁹ ve “*eindeutig*”⁹⁰ ifadelerine yer verilmiştir. Söz konusu ifade değişiklikleriyle her üç dilin de zımnî hukuk seçiminde aranan kesinlik koşulunun birbirine yaklaştığını söyleyebiliriz. Zira Konvansiyonda yer alan “*makul kesinlik*” veya “*yeterli kesinlik*” gibi hâkimi sübjektif değerlendirmelerde bulunmaya itecek ifadeler terk edilerek Fransızca metinde olduğu gibi hukuk seçimine yönelik iradenin açık ve net bir şekilde anlaşılması gerektiği diğer dillerdeki metinlerde de kabul edilmiştir⁹¹.

Roma Konvansiyonunun farklı dillerdeki metinlerinde yer alan ifadelerini dikkate aldığımızda Türk kanun koyucusunun Konvansiyonun ve Tüzüğün Fransızca metnine daha yakın bir düzenleme getirdiğini söyleyebiliriz. Hatta Roma Tüzüğü’nün farklı dillerdeki metinleriyle karşılaştırdığımızda, MÖHUK m. 24/1 c. 2’nin iradenin “*tereddüde yer vermeyecek şekilde*” anlaşılması koşulu ile iradenin “*açıkça*” anlaşılmasından daha katı ve kesin bir şart aramaktadır. Böyle bir koşulun aranması, zımnî hukuk seçiminde belirliliğin ve buna istinaden hukuk güvenliğinin sağlanmasına hizmet etmektedir⁹². Zira böyle bir kesinlik koşulunun aranması, zımnî hukuk seçimine yönelik iradenin tespitinde keyfî ve lex fori yanlısı bir eğilimin önüne geçilmesi bakımından önem arz etmektedir. Nitekim doktrinde de, MÖHUK m. 24/1 c. 2’de yer alan düzenlemenin, gerek makul, yeterli gibi sübjektif değerlendirmeleri ortadan kaldırılması bakımından gerekse Roma I Tüzüğü’ndeki eğilimi yansıtması bakımından yerinde olduğu ifade edilmektedir⁹³.

Sonuç olarak, yabancılık unsuru içeren bir sözleşmeden doğan ihtilafta

⁸⁸ Burada belirtmek gerekir ki, Roma I Tüzüğü m. 3/1 c.2’nin Fransızca metni, Konvansiyonun Fransızca metnine göre hiçbir değişikliğe uğramamıştır.

⁸⁹ Bu ifade, “*açıkça ortaya çıkartılan*” şeklinde tercüme edilebilir.

⁹⁰ Bu ifade, “*açıkça*” şeklinde tercüme edilebilir.

⁹¹ Bununla birlikte, Tüzüğün Fransızca metni, iradenin “*kesin bir biçimde*” anlaşılmasını öngörürken, iradenin “*açıkça*” anlaşılmasını öngören Almanca ve İngilizce metinlerdeki ifadelerden farklılık arz etmektedir. Hatta Tüzüğün Fransızca metni, diğerlerine nazaran daha sıkı bir koşul aramaktadır. Aynı yönde bkz.: DEMİRKOL, s. 156.

⁹² TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 364; BAYATA CANYAŞ, s. 119-120.

⁹³ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 364; DEMİRKOL, s. 156.

hâkimin tarafların zımnî hukuk seçimi yapmış olmaları gibi bir maddî vakiayı re'sen araştırması mümkün olmadığından, taraflar arasında zımnî bir hukuk seçiminin var olup olmadığına ilgili taraf veya taraflarca ispatlanması gerekmektedir⁹⁴. Bu kapsamda, hâkim ilgili taraf veya tarafların iddialarını dikkate alarak taraflar arasında geçerli bir hukuk seçimi anlaşmasının bulunup bulunmadığı konusunda bir kanaate ulaşacaktır. Hâkimin zımnî hukuk seçiminin mevcudiyetine yönelik taraf iddialarını değerlendirerek MÖHUK m. 24/1 c. 2'nin aradığı anlamda “*tereddüde yer vermeyecek*” kadar belirgin bir hukuk seçiminin var olup olmadığını araştırması gerekmektedir. Bu noktada, hâkimin söz konusu hukuk seçiminin taraflarca zımnî yapıldığına dair hiçbir tereddüt duymaması gerekir, aksi halde MÖHUK m. 24/1 c. 2 anlamında (tereddüde yer vermeyen) bir hukuk seçiminden bahsedilmez⁹⁵. Diğer bir ifadeyle, tarafların hukuk seçimi yapma iradeleri o derecede ortaya çıkmalıdır ki, hâkim tarafların hukuk seçimi yapmadığı sonucuna varamamalıdır. Eğer hâkim, tarafların hukuk seçimi yapmadıklarına dair en ufak bir tereddüt veya kuşku duyar ise, MÖHUK m. 24/1 c. 2'nin uygulanamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir.

III. Zımnî Hukuk Seçimine Yönelik Değerlendirmeler

A. Zımnî Hukuk Seçiminin Düzenlenme Nedeni

2675 sayılı mülga MÖHUK'ta zımnî irade beyanıyla hukuk seçimine yer verilmemesi, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen m. 24'ün en tartışılan noktalarından biriydi. Tespitinde yaşanabilecek problemler nedeniyle zımnî hukuk seçimine yer verilmediği belirtilmekte⁹⁶, zımnî hukuk seçiminin farklı uygulamalara yol açacağı, bunun ise belirsizliğe neden olacağı gerekçesiyle bu şekilde yapılan hukuk seçimine yer verilmemesi gerektiği de ileri sürülmekteydi. Gerçek bir taraf iradesi olmasına rağmen zımnî hukuk seçiminin kabul edilmemesi ve söz konusu düzenlemenin yabancılık unsuru içeren sözleşmelerde taraf iradesine önem

⁹⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 64, dn. 110.

⁹⁵ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 364; DEMİRKOL, s. 157.

⁹⁶ *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. 167; TEKİNALP, s. 29-30.

verilmesi nedeniyle milletlerarası ticarî ve ekonomik ihtiyaçların mahiyetine uygun düşmediği gerekçesiyle yoğun bir şekilde eleştirilmektedir⁹⁷. İşte bu sebeplerle, 5718 sayılı MÖHUK m. 24/1'deki düzenleme ile zımnî hukuk seçimine yer verilmiş, böylece milletlerarası özel hukuka ilişkin çağdaş düzenlemelerle de uyum sağlanmıştır.

Yeni düzenlemede zımnî hukuk seçimine ilişkin böyle bir düzenlemeye yer verilmesinin neye hizmet ettiği, ne gibi bir amacı olduğu sorgulanabilir. Böyle bir tercihin nedeni, sadece çağdaş düzenlemelerle uyum sağlamak mıdır? Ya da 2675 sayılı MÖHUK m. 24/1'de yer alan “açık olarak” ifadesinin kaldırılması, hukuk seçiminin yapılaş şekline ilişkin herhangi bir belirlemede bulunulmaması daha yerinde olmaz mıydı? Aşağıda, böyle bir düzenleme getirilmesinin nedenleri üzerinde duracağız.

Kanun koyucunun açık hukuk seçimi yanında, zımnî hukuk seçimini özel olarak düzenlemesiyle, her türlü hukuk seçimine sonuç tanımadığı anlaşılmaktadır. Zımnî hukuk seçiminin “tereddüde yer vermeyecek şekilde” anlaşılması gerekmektedir. Söz konusu düzenlemenin, hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla getirildiği ifade edilmektedir⁹⁸. Yukarıda da belirttiğimiz üzere hâkim, sözleşmeye uygulanacak hukuku tayin ederken tarafların hareketlerinden veya sözleşmeyi çevreleyen birtakım koşullardan tarafların zımnî hukuk seçiminde buldukları konusunda şüpheye düşerse, MÖHUK m. 24/1 c. 2'yi uygulayamayacak, objektif bağlama kuralına göre uygulayacak hukuku tespit edecektir. Görüldüğü üzere, getirilen bu düzenlemenin amacı, zımnî hukuk seçiminin tespitinde her türlü tereddüdü ve şüpheyi dışlamak, hâkimin varsayımlar üzerinden hareket etmesinin önüne geçmektir. Diğer bir ifadeyle, zımnî hukuk seçiminin böyle bir kesinlik koşuluna bağlanmasının sebebi, hâkimin tarafların farazî iradelerinden hareket ederek uygulanacak hukuku tespit etmesinin önüne geçmektir⁹⁹.

Kanun koyucunun zımnî hukuk seçimine ilişkin böyle bir düzenleme getirmesinin diğer bir sebebi de, getirilen bu yeniliğin vurgulanmak istenmesi olabilir. Nitekim doktrinde, zımnî hukuk seçiminin ayrı bir cümlede belirtilmesinin olağan karşılanması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁰. Buna karşın,

⁹⁷ ÇELİKEL/ERDEM, s. 345; TİRYAKİOĞLU, s. 213; ERDEM, *Patent*, s. 193.

⁹⁸ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 364; BONOMI, s. 67.

⁹⁹ BONOMI, s. 67; DEMİRKOL, s. 159-160; BAYATA CANYAŞ, s. 117.

¹⁰⁰ DEMİRKOL, s. 159. Yazar, 5718 sayılı MÖHUK m. 24/1 c. 2'de getirilen düzenleme

mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 24/1’de yer alan “açık olarak” ifadesinin yeni Kanun hazırlanırken metinden çıkarılması, hukuk seçiminin zımnî olarak da yapılabileceğini göstermesi bakımından yeterli olabilirdi¹⁰¹. Aşağıda belirteceğimiz üzere, mevcut düzenleme zımnî hukuk seçimini sınırlandırmakta, hukuk seçiminin sadece açık olarak yapılabileceğine hizmet etmektedir.

Zımnî hukuk seçimine ilişkin böyle bir düzenleme, Roma Konvansiyonundaki düzenlemeden yararlanılarak getirilmiştir. Roma Konvansiyonunun yürürlükte olduğu dönemde, sözleşmenin tarafları arasında zımnî bir hukuk seçiminin var olup olmadığı Konvansiyona taraf devlet mahkemelerinde yoğun bir şekilde tartışıldığını ve çeşitli kriterlere dayanarak uygulanacak hukukun tespit edildiğini görmekteyiz. Bir yetki sözleşmesinin veya tahkim kaydının bulunması, taraflar arasındaki daha önceki uygulamalar, taraflar arasında belirli bir ülke hukukuna özgü standart sözleşmelerin kullanılması veya sözleşmede kullanılan dil ve terminoloji, sözleşmenin inikat yeri veya sözleşmenin ifa yeri, ödemenin yapılacağı para birimi gibi kriterlerin bir veya bir kaçının belirli bir ülkeyi göstermesi zımnî hukuk seçiminin varlığı için yeterli görülmüştür. Hukuk seçimine yönelik taraf iradelerini kesin bir şekilde yansıtmayan bu kriterler nedeniyle uygulamada farklılıklar ortaya çıkmıştır. Roma I Tüzüğünde “*hukuk seçiminin açıkça (veya kesin bir şekilde) anlaşılması*” gerektiği şeklinde bir düzenleme getirilmesinin altında da Konvansiyonun farklı devlet mahkemelerinde yaşanan bu problemleri ortadan kaldırma ve Konvansiyonun çeşitli dillerdeki metinleri arasında yeknesaklığı sağlama amacı yatmaktadır¹⁰². Tüzükte böyle bir düzenleme getirilmesinin sebebi bu ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır. Ancak MÖHUK m. 24/1 c. 2, mehzaz düzenlemeden daha yüksek bir kesinlik koşulu aramaktadır. Böyle bir düzenleme getirmek yerine, hukuk seçiminin açık veya zımnî olabileceği şeklinde ya da eski Kanundaki “açık olarak” ifadesinin kaldırılması yeterli olabilirdi.

yerine, mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 24/1’de yer alan “açık olarak” ifadesinin kaldırılmasının, yeni Kanunun uygulanmasında eski düzenlemenin neden değiştirildiğine ilişkin bir tartışma yaratabileceğini belirtmektedir. Bkz.: DEMİRKOL, s. 159.

¹⁰¹ Nitekim 2675 sayılı MÖHUK’un hazırlanması aşamasında da “açık olarak” ifadesinin kaldırılması teklif edilmiştir. Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’nin görüşü için bkz.: *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. 167.

¹⁰² *Green Paper*, s. 25, paragraf 3.2.4.2; BONOMI, s. 67; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 46.

B. Zımnî Hukuk Seçiminin Açık Hukuk Seçiminden Farkı

Hukuk seçimine yönelik taraf iradelerinin irade beyanı dışındaki hiçbir unsura bakmadan ve herhangi bir yoruma ihtiyaç duymadan doğrudan doğruya ve tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılan hukuk seçiminin açık hukuk seçimi olarak kabul edildiğinden yukarıda bahsetmiştik. Burada, hem tarafların iradeleri hem de iradelerin beyanı açık seçiktir. Söz konusu irade *tereddüde yer vermeden, doğrudan doğruya* anlaşılmaktadır. Oysa zımnî hukuk seçiminde tarafların hukuk seçimine yönelik iradeleri çeşitli beyan vasıtalarına bakılarak yorumlanmakta, anlamlandırılmaktadır. İşte kavramsal olarak açık hukuk seçimi ile zımnî hukuk seçimi arasındaki en temel fark budur.

Oysa açık hukuk seçimini tanımlarken kullandığımız “*tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılma*” ifadesi, zımnî hukuk seçimini düzenleyen MÖHUK m. 24/1 c. 2’de ve diğer düzenlemelerde de kullanılmaktadır. Bu ifade, anlam olarak kesinlik içermekte ve açık hukuk seçimi ile zımnî hukuk seçimi arasındaki farkı ortadan kaldırmaktadır¹⁰³. Daha önce de bahsettiğimiz üzere, MÖHUK m. 24/1 c. 2’de belirtilen iradenin tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılması koşulu, iradenin açıkça anlaşılmasından daha kesin ve katı bir koşuldur. MÖHUK m. 24/1 c. 2’de böyle bir koşulun getirilmesinin makul, akla yatkın, yeterli gibi sübjektif değerlendirmeleri ortadan kaldırması bakımından ve hâkimin tarafların iradesini göz ardı ederek objektif bağlama kuralını uygulamasının önüne geçmek açısından yerinde olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁴.

Ancak, tereddüde yer vermeyecek bir hukuk seçiminin olup olmadığını hâkimin belirleyeceğini unutmamak gerekir. Tereddüde yer vermeyecek şekilde bir kesinlik koşulunun belirlenmesinde, hâkim sözleşmenin hükümlerine ve olayın özelliklerine bakarak bir kanaate ulaşacaktır. Burada hâkim, zımnî hukuk seçimini tespit ederken, sadece sözleşme hükümlerine ve olayın özelliklerine bağlı kalmanın yanı sıra, kendi bilgi birikiminden ve tecrübesinden de faydalanabileceğini unutmamak gerekir. Diğer bir ifadeyle, tereddüde yer vermeyecek ifadesi, sübjektif bir değerlendirmeyi de ihtiva etmektedir.

¹⁰³ Nuray EKŞİ, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, İstanbul 2010, s. 32.

¹⁰⁴ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 364; BAYATA CANYAŞ, s. 119-120; DEMİRKOL, s. 156.

İkinci olarak, MÖHUK ve diğer düzenlemelerde hukuk seçiminin açık olarak yapılacağı ifade edilmekte, buna karşın açıkça veya kesin bir biçimde ya da tereddüde yer vermeyecek bir şekilde anlaşılabilen hukuk seçimi ise zımnî hukuk seçimi olarak kabul edilmektedir. Tereddüde yer vermeyecek kadar yüksek bir kesinlik koşulu arayan bir hukuk seçimini zımnî hukuk seçimi olarak nitelendirmenin isabeti tartışmaya açıktır¹⁰⁵. Zira bir taraftan açık hukuk seçimi teşkil etmezken, diğer taraftan sözleşmenin hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılabilen hukuk seçimine örnek vermek de kolay olmasa gerekir. Böyle bir hukuk seçimine, tarafların hukuk seçimine yönelik karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin olmasına rağmen bu hususu sözleşmeye koymayı ihmal etmeleri örnek olarak verilebilir¹⁰⁶. Sonuç olarak, zımnî hukuk seçimine ilişkin MÖHUK m. 24/1 c. 2'deki düzenlemenin, doktrinde açık hukuk seçimi için yapılan tanımlamalara karşılık geldiğini görmekteyiz. Söz konusu düzenleme, zımnî hukuk seçimiyle açık hukuk seçimi arasındaki farkı ortaya koymak bakımından belirsizlik yaratmaktadır.

C. Zımnî Hukuk Seçiminin Sakıncaları

Zımnî hukuk seçimine ilişkin düzenlemede “*tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılma*” gibi bir kesinlik koşulunun getirilmesinin nedenlerine değinmiştik. Kanun koyucunun böyle bir düzenleme getirmesinin temel sebebi, tarafların farazî iradelerine dayanarak hâkimin uygulanacak hukuku tespit etmesinin önüne geçmek olabilir. Ancak böyle bir düzenleme, çeşitli mahzurları da beraberinde getirebilir.

Kanun koyucu böyle bir düzenlemeye yer vererek zımnî hukuk seçimine ilişkin şartları mümkün olduğunca ağırlaştırmak istemiştir¹⁰⁷. “*Tereddüde yer vermeme*” şeklinde bir kesinlik koşulunun aranması buna delalet etmektedir. Ancak MÖHUK m. 24/1 c. 2, taraflara sunulan bir imkân olmaktan ziyade, açık hukuk seçimine hizmet eder nitelikte bir düzenlemedir. Zira taraflarca belirli bir hukukun seçildiğine dair hâkimin tereddüt duymaksızın bir kanaate varması çok ender, hatta istisnai hallerde söz konusu olabilir.

¹⁰⁵ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 251; EKŞİ, *Milletlerarası*, s. 32.

¹⁰⁶ GÜNGÖR, s. 192.

¹⁰⁷ NOMER, s. 318.

Tarafların hukuk seçimine ilişkin karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin uyuşması, ancak bunu sözleşmelerine yazmayı ihmal etmeleri buna örnek verilebilir¹⁰⁸. Somut olayda tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri olmasına rağmen, sözleşmenin hükümlerini ve olayın özelliklerini inceleyen hâkim, kolayca tereddüt duyabilir. Örneğin, hâkim zımnî bir hukuk seçiminin mevcudiyetine yönelik bir incelemeyi yapmamış olabilir. Hatta en iyi bildiği hukuk olan kendi hukukunu uygulamak amacıyla da hareket edebilir. Hâkim, sözleşmenin hükümlerini ve tarafların gerek sözleşmenin kurulması gerekse de ifası sırasındaki davranışlarını değerlendirerek kendi hukukunun taraflarca zımnî seçildiğine işaret eden bazı emarelerden yararlanabilir. Dolayısıyla, zımnî hukuk seçimi açık hukuk seçimi yanında istisnaen başvurulabilecek bir imkân olarak kabul edilmemiştir; ancak mevcut düzenleme, zımnî hukuk seçimini açık hukuk seçiminin istisnası olarak ve sınırlı ve ender başvurulabilecek bir yol haline getirmiştir¹⁰⁹.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, hâkim tarafların getirmiş olduğu ve ileri sürmüş olduğu bilgi ve belgeleri inceleyerek tereddüde yer vermeyen bir hukuk seçiminin bulunup bulunmadığını inceleyecektir. Hâkim taraflar arasındaki sözleşmeyi ve tarafların gerek sözleşmenin kurulması gerekse de ifası aşamasında davranışlarını değerlendirerek zımnî hukuk seçiminin varlığına ilişkin bir kanaate ulaşacaktır. Ancak, tarafların hukuk seçimine yönelik karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin var olup olmadığını nasıl tespit edecektir? İşte burada, tarafların sözleşmelerine uygulanmak üzere belirli bir ülke hukukunu seçip seçmediklerinin nasıl tespit edileceği meselesi zımnî hukuk seçiminin en problemlili yönünü teşkil etmektedir¹¹⁰.

Sözleşmenin hükümlerinin veya olayın özelliklerinin sözleşmeyle irtibatlı olan diğer ülke hukuklarına nazaran sözleşmenin belirli bir ülke hukukuyla daha sıkı irtibat halinde olduğunu göstermesi, mevcut düzenlemeye göre zımnî hukuk seçiminin varlığı bakımından tek başına yeterli değildir. Çünkü sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin hâkim tarafından tereddüde yer vermeyecek kadar kesin bir şekilde anlaşılması gerekmektedir. Dolayısıyla, sözleşmeyle ilgili bazı esaslı unsurların belli bir devlette toplanmasının yeterli olmaması gerekir.

¹⁰⁸ GÜNGÖR, s. 192.

¹⁰⁹ GÜNGÖR, s. 192.

¹¹⁰ ŞANLI, s. 176; GÜNGÖR, s. 93.

Örneğin, tarafların sözleşmeyi X devletinde akdetmeleri, sözleşmenin her iki tarafın da bildiğini X devletinin dilinde olması, ifanın X devletinde ve ödemenin de X devleti para birimiyle yapılmasını kararlaştırmaları, X devletinin maddî hukuk kurallarının taraflarca seçildiğini kesin bir şekilde göstermemektedir¹¹¹. Zira burada taraflar, sözleşmenin çabuk ve kolayca kurulmasını ve karşılıklı edimlerin kısa sürede ve seri bir biçimde ifa edilmesi amacını gütmüş olabilirler.

Burada, özellikle yetki sözleşmelerinin veya tahkim kaydının zımnî hukuk seçiminin varlığına etkisi üzerinde durmak gerekir. Zira uygulamada taraflarca bir devlet mahkemesinin yetkilendirilmesi veya belirli bir ülkede tahkimi öngören anlaşmaların yapılması zımnî hukuk seçiminin varlığı için yeterli kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, bir devlet mahkemesinin yetkili kabul edilmesi, o ülkenin maddî hukukunun da sözleşmeye uygulanmak üzere zımnî kabul edildiği anlamına gelmektedir. İngiliz mahkemeleri, sözleşmeyle objektif bir bağlantıya sahip olmasa dahi, İngiliz mahkemelerinin yetkilendirilmesini veya İngiltere’de tahkimin öngörülmesini o mahkemenin veya tahkim yeri hukukunun taraflarca zımnî seçildiğinin belirtisi olarak kabul etmektedir¹¹². İsviçre hukukunda da, belirli bir devlet

¹¹¹ Ancak hâkim gerçek bir hukuk seçiminin var olduğu kanaatine ulaşamazsa, objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukuku tespit edecektir. İşte burada, somut olayın özelliklerine göre sözleşmenin bir ülke hukuku ile daha sıkı ilişkili olması halinde o ülke hukukunu uygulayacaktır. Dolayısıyla, yukarıdaki örnekte verilen kriterler sıkı ilişkili hukukun tayininde esas alınabilir.

¹¹² İngiliz hukukunda hâkim görüş, İngiliz mahkemelerini yetkilendiren bir yetki sözleşmesinin varlığı halinde, İngiliz hukukunun da taraflarca zımnî seçildiğinin kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Bir İngiliz mahkemesi, *Egon Oldendorff v. Libera Corporation* davasında tahkim yerinin taraflarca İngiltere olarak belirlenmesinin, sözleşmeye uygulanmak üzere İngiliz hukukunun zımnî seçildiğini makul kesinlikle ortaya koyduğunu belirtmiş ve İngiliz hukukunu uygulamıştır. Bkz.: *Egon Oldendorff v. Libera Corporation*, (1996) 1 Lloyd’s Rep. 380. Yine, İngiliz yüksek mahkemesinin vermiş olduğu başka bir kararda mahkeme, tarafların sözleşmelerinde İngiliz mahkemelerini yetkilendiren veya İngiltere’de tahkimi öngören klotlar koymalarının, tarafların üstü kapalı olarak İngiliz hukukunun esasa uygulanacak hukuk olarak kabul ettikleri şeklinde yorumlamıştır. Uyuşmazlığa konu davada, iki Yunan vatandaşı belli bir miktar çeliğin gemi yoluyla İtalya’ya taşınması ve navlunun Yunan parasıyla ödenmesi konusunda anlaşmışlardır. İlk derece mahkemesi en sıkı ilişkili hukuk olan Yunan hukukunun uygulanmasına karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine Yüksek mahkeme, tarafların İngiltere ile her hangi bir bağına sahip olmamasına rağmen, İngilizce olarak kaleme alınmış olan konişmentoda taraflar arasındaki uyuşmazlığın Britanya mahkemelerinde çözümleneceği belirtmesini İngiliz hukukunun

mahkemesi lehine yapılan yetki sözleşmesinin o ülkenin hukukun sözleşmeye uygulanmasına yönelik zımnî irade beyanı oluşturduğu kabul edilmekteydi. İsviçre Federal Mahkemesi, vermiş olduğu bir kararda, tarafların yapmış olduğu yetki sözleşmesiyle sözleşmelerine uygulanmak üzere zımnî irade beyanı ile hukuk seçiminde bulduklarını kabul etmiştir¹¹³. Ancak Federal Mahkeme, sonraki içtihatlarında bu görüşten dönerek yetki sözleşmelerinin tek başına hukuk seçimine yönelik zımnî iradeyi ortaya koyamayacağını belirtmiştir¹¹⁴.

Doktrinde ise, yetki sözleşmesinin veya tahkim kaydının bulunması mahkemenin veya tahkim yeri hukukunun zımnî seçildiğine yönelik sadece bir işaret olarak değerlendirilmekte ve zımnî hukuk seçimine işaret eden diğer emarelerle desteklendiği ölçüde dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁵. Tarafların çoğu kez mahkeme ile hukuku özdeşleştirmeleri söz konusu olabileceği gibi, yetki sözleşmesi veya tahkim kaydını sadece tarafsız bir mahkeme seçmek amacıyla da yapmış olabilirler¹¹⁶. Taraflar belirli bir ülkedeki tahkimi veya yetkili mahkemeyi sadece uyuşmazlığın bağımsız bir makam veya kişiler önünde çözülmesini istemeleri nedeniyle veya kararın daha çabuk verileceği ya da verilecek olan hakem kararının tenfizinin daha kolay olacağı saikiyle tercih etmiş olabilirler. Hatta sözleşmeye uygulanmak üzere hukuk seçmek gerektiğinin farkında bile olmayabilecekleri gibi hukuk seçimini ihmal etmiş de olabilirler. Yetki sözleşmesi veya tahkim anlaşmasında tarafların iradesi, sözleşmeden doğan uyuşmazlığın hangi mercide çözüleceğine yöneliktir. Diğer bir ifadeyle, tarafları yetki sözleşmesi veya tahkim anlaşması yapmaya iten olgularla hukuk seçiminde bulunma amacı birbirinden tamamen bağımsızdır. Dolayısıyla, her halde yetki sözleşmesi veya tahkim kaydına istinaden tarafların hukuk seçimine yönelik zımnî iradelerinin var olduğunu söyleyemeyiz.

Bu düzenlemenin diğer bir mahzuru da, açık hukuk seçiminin bulunmadığı hallerde, hâkimin kolayca objektif bağlama kuralına giderek uygulanacak hukuku belirlemesine yol açmasıdır. Açık hukuk seçiminin bulunmadığı

seçildiğinin kabulü açısından yeterli görmüştür. Bkz.: Komninos S[1991] 1 Lloyd's Rep 370, (CLARKSON/HILL, s. 178).

¹¹³ Karar için bkz.: BGE. 82 II 550 = JdT. 1957 I 156, (KANETİ, s. 218).

¹¹⁴ Bkz.: TURHAN, s. 125, dn. 26.

¹¹⁵ NOMER, s. 318-319; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 358; TARMAN, s. 149.

¹¹⁶ ŞANLI, s. 193; TİRYAKİOĞLU, s. 29; DEMİRKOL, s. 186.

hallerde, hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta, tarafların tereddüde yer vermeyen bir hukuk seçiminde bulunup bulunmadıklarını araştıracaktır. Hâkim zımnî hukuk seçimine ilişkin bu kadar yüksek bir kesinlik koşulunun varlığını arayacaktır. Yukarıda bahsetmiş olduğumuz kriterler ise, taraf iradelerini tereddüde yer vermeyecek şekilde göstermekten uzaktır. Çünkü taraflar, sözleşmenin dili, ifa yeri veya yetki sözleşmesi gibi unsurları farklı amaçlarla belirlemiş olabilirler. Bu unsurlarının birçoğunun belirli bir devleti göstermesi tarafların tereddüde yer vermeyecek şekilde o ülke hukukunu seçtiklerini göstermez. Netice olarak, hâkim tereddüde yer vermeyecek bir hukuk seçimi bulunmadığından MÖHUK m. 24/4 gereği objektif bağlama kuralına göre sözleşmeye uygulanacak hukuku tespit edilecektir.

Tarafların hukuk seçimine ilişkin karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin uyuşması ancak bunu sözleşmelerine yazmayı ihmal etmeleri veya uygulanacak hukuku belirlemelerine rağmen bunu sözleşmelerine açıkça yazmamış olmaları hallerinde zımnî hukuk seçiminin varlığı kabul edilebilir. Diğer bir ihtimal olarak, tarafların daha önce aralarında yapmış olduğu çeşitli sözleşmelerde açık hukuk seçiminde bulunmaları ancak mevcut sözleşmede tarafların böyle bir hukuk seçimi kaydına yer vermemeleri hali de örnek verilebilir. Tabii burada, her ne kadar doktrinde hâkimin zımnî hukuk seçiminin varlığını re'sen araştırmak zorunda olduğu belirtilse de¹¹⁷, zımnî hukuk seçiminin varlığını iddia eden tarafın bunu çeşitli ispat vasıtalarıyla ispat ederek zımnî hukuk seçiminin bulunduğu dair hâkimin kesin bir kanaate ulaşmasını sağlaması gerekmektedir. Bunların dışında tereddüde yer vermeyecek kadar kesin bir zımnî hukuk seçiminden söz edebilmek pek mümkün görünmemektedir. Burada, henüz MÖHUK m. 24/1 c. 2'nin uygulanmasına ilişkin örnek teşkil edecek herhangi bir mahkeme kararına rastlamadığımızı da belirtmek gerekir.

D. Zımnî Hukuk Seçimi ile Objektif Bağlama Kuralı Arasındaki İlişki

Yasal düzenlemelerde zımnî hukuk seçimi ile hukuk seçiminin bulunmaması halinde uygulanacak hukuk arasındaki fark basit bir şekilde ifade edilse de, uygulamada bu iki durum arasında kesin bir sınır belirlemek çok daha zordur¹¹⁸. Uygulamada görüldüğü üzere, tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuku açıkça belirlemedikleri hallerde onların bir seçimde bulduklarını

¹¹⁷ EKŞİ, *Roma*, s. 100-101; DEMİRKOL, s. 159; BAYATA CANYAŞ, s. 112.

¹¹⁸ CLARKSON/HILL, s. 183.

tespit etmek gerçekten zor görünmektedir¹¹⁹. Zira zımnî iradenin varlığı için aranan tüm unsurlar objektif bağlama kuralı olan en sıkı ilişkili hukukun tespitinde de kullanılmaktadır.

MÖHUK m. 24/4'e göre, hukuk seçiminin bulunmaması halinde sözleşmeden doğan ilişkiye sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. Kanun koyucu, en sıkı ilişkili hukuka ilişkin çeşitli karineler getirmiştir. Ticarî veya mesleki bir faaliyet kapsamında yapılan sözleşmeler bakımından karakteristik edim borçlusunun işyerinin (işyerinin bulunmaması halinde yerleşim yerinin) bulunduğu ülke hukuku; ticarî veya mesleki faaliyet kapsamında olmayan sözleşmeler bakımından ise karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukunun bulunduğu ülke hukuku, “*en sıkı ilişkili hukuk*” olarak kabul edilmiştir (MÖHUK m. 24/4 c. 2). Ancak somut olaydaki şartlar, sözleşmeyi MÖHUK m. 24/4 c. 2’de sayılan karinelerin gösterdiği hukuktan başka bir hukuk ile daha sıkı ilişki içerisinde gösteriyor olabilir. Bu halde hâkim, sözleşme bu hukuklardan başka bir hukuk ile daha sıkı ilişki içerisinde bulunuyorsa, o ülke hukukunu uygulayacaktır¹²⁰. İşte burada, zımnî hukuk seçiminde kullanılan bir takım unsurların sıkı ilişkili hukukun tespitinde de kullanılması söz konusudur. Örneğin, sözleşmenin kuruluş veya ifa yeri, sözleşmenin dili, kullanılan para birimi, yetki sözleşmesi veya tahkim kaydının varlığı, tarafların vatandaşlığı gibi belli bir ülke ile ilişkiyi gösteren çeşitli irtibat noktaları sıkı ilişkili hukukun tayininde de dikkate alınmaktadır.

Hem zımnî hukuk seçiminde hem objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukukun belirlenmesinde aynı irtibat noktalarından hareket edilmekle beraber, zımnî hukuk seçiminde sözleşme hükümlerinden veya olayın özelliklerinden hukuk seçimine yönelik iradenin anlaşılması gerekmektedir. Oysa sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde, sözleşmeyle ilgili çeşitli unsurların belli bir ülkede toplanması duruma göre sıkı ilişkinin tesisi için yeterli olabilir¹²¹.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, taraflar sözleşmenin kuruluş yeri veya

¹¹⁹ Bkz.: Yukarıda, s. 13 dn. 45, s. 21 dn. 73 ve s. 32 dn. 112’deki mahkeme kararları.

¹²⁰ Objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukukun tespiti hakkında bkz.: NOMER, s. 323 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 331 vd. ve s. 346-347; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 361 vd.; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 265 vd.

¹²¹ CLARKSON/HILL, s. 183; BAYATA CANYAŞ, s. 118.

ifa yeri gibi birtakım unsurları farklı amaçlarla kullanmış olabilirler. Dolayısıyla, bu unsurlar tarafların hukuk seçimine yönelik niyetlerini ortaya koymamaktadır. Kanaatimizce, bu unsurlar zımnî hukuk seçiminin varlığına delalet etmekten ziyade sıkı ilişkili hukukun tespitine hizmet etmektedir. Böylece, sözleşmeyle gerçekten bağlantısı olan bir hukukun uygulanması temin edilecektir. Ayrıca, MÖHUK m. 24/1’de tereddüde yer vermeyen bir hukuk seçimi arandığından, yukarıda ifade ettiğimiz unsurların hukuk seçimine yönelik taraf iradelerini göstermekten uzak olduğunu söyleyebiliriz.

Sonuç

Günümüzde, yabancılık unsuru içeren ticarî ve ekonomik sözleşmelerde taraflar menfaatleri gereği uygulanacak hukuku sözleşmelerine koyacakları bir madde ile açıkça belirlemektedir. Sözleşme taraflarının uygulanacak hukuku zımnî seçtikleri veya herhangi bir hukuk seçiminde bulunmadıkları haller çok ender durumlarda karşımıza çıkabilir. Dolayısıyla, asıl olanın açık hukuk seçimi, istisna olanın ise zımnî hukuk seçimi olduğunu söylemek pek yanlış olmasa gerekir.

Tereddüde yer vermeyecek derecede kesin bir zımnî hukuk seçimini öngören MÖHUK m. 24/1 c.2’nin uygulanabilmesi çok ender ve istisnai hallerde söz konusu olabilir. Hatta hukuk seçimine yönelik taraf iradesinin varlığı konusunda hâkimin tereddüde düşmeyecek kadar kesin bir kanaate ulaşması birkaç örnek dışında pek mümkün görünmemektedir. Mümkün görünse de, bu örneklerde hukuk seçimine yönelik iradenin ispatı gerekmektedir. Sonuç olarak, zaten uluslararası ticarî ve ekonomik alanda faaliyet gösteren kişilerin menfaatine olmayan, belirsizlik içeren ve dolayısıyla istisna haline gelen zımnî hukuk seçimine ilişkin böyle bir düzenlemenin uygulanabilirliği çok az görünmektedir. Henüz MÖHUK m. 24/1 c. 2’nin uygulanmasına ilişkin örnek teşkil edecek herhangi bir mahkeme kararının bulunmaması da buna işaret eder niteliktedir.

Sadece farazî irade ile hukuk seçiminin önüne geçebilmek amacıyla tereddüde yer vermeyen bir düzenlemeye yer vermektense, açık hukuk seçimine yer vermek daha yerinde görünmektedir. Böylece, hâkimin tarafların farazî iradesine dayanarak uygulanacak hukuku belirlemesine engel olunabilirdi. Ayrıca, uygulamada sıkı ilişkili hukukla karıştırılması nedeniyle taraf ira-

delerinin tespitinde yaşanan problem de ortadan kaldırılmış olurdu. Sonuç olarak, mevcut düzenleme aramış olduğu kesinlik koşulu nedeniyle zimnî hukuk seçimini kendiliğinden ortadan kaldırmakta, tarafların sadece açık olarak hukuk seçiminde bulunabilmelerine hizmet etmektedir.

Kaynakça

- AKINCI, Ziya; *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1992.
- BAYATA CANYAŞ, Aslı; *Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi*, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1, S.1, 2011.
- BONOMI, Andrea; *Conversion of the Rome Convention on Contracts into an EC Instrument: Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission*, YBPIL, Vol.5, 2003.
- CHESHIRE/NORTH/FAWCETT; *Private International Law*, 14th Edition, Oxford University Press, 2008.
- CLARKSON, C.M.V./Jonathan HILL; *The Conflict of Laws*, Oxford 2006.
- Comission of The European Communities; *Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation*, Brussels, 14.1.2003 COM(2002) 654 final.
- ÇALIŞKAN, Yusuf; *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Mesleleri*, Beta, İstanbul 2014.
- ÇELİKEL, Aysel/B. Bahadır ERDEM; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 13. Bası, Beta, İstanbul 2013.
- ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt; *Devletler Özel Hukukunda Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Subjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri*, MHB, Y.9, S.2, 1989.
- DARDAĞAN, Esra; *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı*, Betik Yayıncılık, Ankara 2000.
- DEMİRKOL, Berk; *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile; *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, Seçkin, Ankara 2005.
- DICEY/MORRIS/COLLINS; *The Conflict of Laws*, Vol.2, Sweet & Maxwell, London 2006.

- DOĞAN, Vahit; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015, (MÖH).
- DOĞAN, Vahit; *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Yetkin, Ankara 1996, (İş Akdi).
- EKŞİ, Nuray; *Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu*, Beta, İstanbul 2004, (Roma).
- EKŞİ, Nuray; *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, İstanbul 2010, (Milletlerarası).
- ERDEM, B. Bahadır; *INCOTERMS'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği*, MHB, Y.10, S.1-2, 1990, (INCOTERMS).
- ERDEM, B. Bahadır; *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, 2. Bası, Beta, İstanbul 2002, (Patent).
- EREN, Fikret; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, İstanbul 2006.
- FENTIMAN, Richard; *International Commercial Litigation*, Oxford 2010.
- GÜNGÖR, Gülin; *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*, Yetkin, Ankara 2007.
- GIULIANO, Mario/ Paul LAGARDE; *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, Official Journal, C 282, 31 October 1980.
- HILL, Jonathan; *Choice of Law Under The Rome Convention: The Approach of UK Courts*, ICLQ, Vol. 53, April 2004.
- JIN, Huwang/Lu GUOMIN; *New Developments in Chinese Private International Law*, YBPIL, Vol. I, 1999.
- KANETİ, Selim; *İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964)*, C.II, Ankara, 1968.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm*, Birinci Cilt, 4. Bası, Filiz, İstanbul 2008.
- KURU, Baki; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, C. 2, Demir-Demir, İstanbul 2001.
- MAX PLANCK INSTITUTE; *Comments on the European Commission's*

Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation, Ed. Jürgen Basedow, *RabelsZ*, C. 68, 2004.

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.

NOMER, Ergin; *Devletler Hususî Hukuku*, 21. Bası, Beta, İstanbul 2015.

NOMER, Ergin/Cemal ŞANLI; *Devletler Hususî Hukuku*, Beta, 12. Bası, İstanbul 2002.

OKUDA, Yasuhiro; *Reform of Japan's Private International Law: Act on the General Rules of the Application of Laws*, *YBPIL*, Vol.8, 2006.

OĞUZMAN, M. Kemal/Nami BARLAS; *Medeni Hukuk*, Vedat Kitapçılık, 17. Bası, İstanbul 2011.

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice; *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, *MHB*, C.30, S. 1-2, 2010.

ÖZTEKİN GELGEL, Günseli; *Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar*, Filiz, İstanbul 2000.

ÖZTEKİN GELGEL, Günseli/B. Bahadır ERDEM; *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, 4. Bası, Beta, İstanbul 2013.

PEKCANITEZ, Hakan/Oğuz ATALAY/Muhammet ÖZEKES, Muhammet; *Medenî Usûl Hukuku*, 14. Bası, Yetkin, Ankara 2014.

SARGIN, Fügen; *Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Turhan, Ankara 2002.

SEROZAN, Rona; *Medeni Hukuk-Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2008.

ŞANLI, Cemal/ Emre ESEN/İnci ATAMAN-FİGANMEŞE; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

ŞANLI, Cemal/Emre ESEN/İnci ATAMAN FİGANMEŞE; *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1986.

TARMAN, Zeynep Derya; *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Ta-*

şıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi, BATİDER, C. 26, S. 1, Yıl 2010.

TEKİNALP, Gülören/Ayfer UYANIK-ÇAVUŞOĞLU; *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları*, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

TEKİNALP, Gülören; *Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk*, MÖHUK m. 24 ve Zimmî Hukuk Seçimi, MHB, Y. 5, S. 1, 1985.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin; *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara 1996.

TURHAN, Turgut; *İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku*, AÜHFD, C. 41, S. 1-4, 1989-1990.

Çevrimiçi Kaynaklar

(Çevrimiçi), [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:\(592/2008 EC\)En:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:(592/2008 EC)En:PDF), 28.Şubat 2013.

(Çevrimiçi), <http://www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf>, 13 Mart 2013.