

# MÖHUK MADDE 31 BAĞLAMINDA TÜRK HUKUKUNDA DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARA BAKIŞ

Mustafa ERKAN\*

## ÖZET

*Sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları konusu 5718 sayılı yeni MÖHUK'un 31'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede Roma Konvansiyonu model alınmıştır. Ancak 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra Roma I Tüzüğü Roma Konvansiyonu'nun yerini almıştır. Roma Konvansiyonu'nun üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları konusunu düzenleyen maddesine getirilen eleştiriler dikkate alınarak, Roma I Tüzüğü'nün ilgili maddesinin düzenlenmesinde esaslı bir değişikliğe gidilmiştir. Roma I Tüzüğü ile yapılan bu değişikliğin, 5718 sayılı MÖHUK'ta konuyu düzenleyen 31. maddede yapılmasına ihtiyaç olup olmadığı, bu makalede incelenecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** Doğrudan uygulanan kurallar, müdahaleci kurallar, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları, MÖHUK m. 31, Roma Konvansiyonu, Roma I Tüzüğü.

## AN OVERVIEW OF MANDATORY RULES IN TURKISH LAW WITHIN THE FRAMEWORK OF ARTICLE 31 OF THE CODE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND CIVIL PROCEDURE

### ABSTRACT

*Article 31 of MOHUK (The Code on Private International Law and Civil Procedure) sets forth the internationally mandatory rules of another state which are most closely connected to the contract. The article aforementioned is adopted from the Rome Convention whereas the Rome I Regulation has replaced the Convention. In consideration of the criticisms related to the article of the Convention stipulating direct applicability of another state's rules, Rome I Regulation has introduced drastic changes in this regard. This article is an attempt to identify whether or not it is necessary to adopt the said amendment in terms of Article 31 of MOHUK.*

**Key Words:** Mandatory Rules, Internationally Mandatory Rules, Overriding Mandatory Rules, Article 31 of The Code on Private International Law (Law No: 5718), Rome Convention, Rome I Regulation.

\* Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı. Makalenin oluşturulması aşamasında değerli fikirleri ile katkıda bulunan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı Sayın Prof. Dr. Sibel ÖZEL'e teşekkür ederim.

## I. GİRİŞ

Sözleşme serbestîsi ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan, taraflara sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak olan hukuku seçme hakkı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun (MÖHUK) m. 24'te<sup>1</sup> düzenlemiştir; ancak taraflara verilen bu sözleşme serbestîsi sınırsız değildir. Sözleşme serbestîsi prensibine getirilen temel sınırlamalardan biri doğrudan uygulanan kurallardır<sup>2</sup>. Uluslararası ticari sözleşmelerde, sözleşmenin tarafları sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilirler. Ancak, taraflar bir hukuk seçimi yapsalar dahi, ilgili sözleşmeye uygulanması gereken doğrudan uygulanan kuralların bulunması durumunda, bu kurallar tarafların seçimini bertaraf ederler<sup>3</sup>. Tarafların iradelerini bertaraf eden doğrudan uygulanan kurallar konusunda birçok sayıda eser ortaya konmuş ve sık sık uluslararası konferansların konusu haline getirilmiştir<sup>4</sup>.

Sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları konusu, 1982 yılında yürürlüğe giren 2675 sayılı MÖHUK'ta<sup>5</sup> düzenlenmemiş ancak 2007 yılında yapılan yeni 5718 sayılı MÖHUK'ta<sup>6</sup> düzenlenmiştir. Sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları konusu 5718 sayılı MÖHUK'un yapıldığı tarihte yürürlükte olan Roma Konvansiyonu'nun<sup>7</sup> ve taslak halinde olan Roma I Tüzüğü'nün ilgili hükümleri esas alınarak düzenlenmiştir<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusu hem 2675 sayılı MÖHUK'ta hem de 5718 sayılı MÖHUK'ta madde içeriğinde farklılıklar olmakla birlikte 24'üncü maddede düzenlenmiştir.

<sup>2</sup> Doğrudan uygulanan kurallar bazen müdahaleci kurallar olarak da doktrinde kullanılmaktadır.

<sup>3</sup> BLESSING, Marc, Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts, Swiss Commercial Law Series, Vol. 9, Helbing & Linchtenhahn 1999, s. 5.

<sup>4</sup> Konu ile ilgili olarak "British Institute of International and Comparative Law" tarafından 11 Kasım 2010 tarihinde Londra'da bir konferans düzenlenmiştir. Bkz. (<http://www.biiicl.org/events/view/-/id/571/>, erişim 15 Kasım 2010).

<sup>5</sup> R.G. 22.5.1982-17701.

<sup>6</sup> R.G. 12.12.2007- 26278.

<sup>7</sup> OJ L 266 of 9.10.1980.

<sup>8</sup> Sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları konusu Roma I Tüzüğü'nün hazırlık çalışmaları sırasında çok tartışılmıştır. Sonuçta, Roma I Tüzüğü'nün taslak halindeki metinden ayrılarak farklı bir düzenleme kabul edilmiştir. Zira taslak metindeki düzenleme Roma Konvansiyonu'nun 7'inci maddesindeki düzenlemeye yakın ifade içermekteydi.

Ancak 5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe girdikten kısa bir süre sonra Roma Konvansiyonu'nu değiştiren Roma I Tüzüğü<sup>9</sup> yürürlüğe girmiş ve sözleşme ile sıkı ilişki içerisinde olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarında esaslı bir değişiklik getirmiştir. Çağdaş ve uygar anlayışlara ve uluslararası mevzuat ile paralellik sağlamak amacıyla yapılmış olan 5718 sayılı MÖHUK'un ilgili maddesinin yeniden düzenlenmesine ihtiyaç duyulup duyulmadığı tartışılması gereken bir konudur.

MÖHUK'un 31. maddesinde düzenlenen “sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları” konusunun incelenmesi bu makalede güdülen amaçtır. Başka bir ifadeyle, bu incelemenin konusu yabancılık unsuru içeren bir sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına, hâkim tarafından etki tanınıp tanınmayacağı olacaktır. Çalışmamızda öncelikle doğrudan uygulanan hukuk kurallarının özellikleri ve üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına getirilen eleştiriler değerlendirilecektir. Daha sonra ise 5718 sayılı MÖHUK'ta 31. maddede düzenlenen sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları konusunun, kanunda düzenlenmesinin gerekli olup olmadığı hususu ele alınacaktır. Bu incelemeyi takiben MÖHUK m. 31'in uygulanması ve uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek problemler, Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'ndeki ilgili düzenlemeler ışığında değerlendirilecektir.

## **II. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN GENEL ÖZELLİKLERİ**

Konunun detayına girmeden önce ‘doğrudan uygulanan’ ya da ‘müdahaleci kuralları’<sup>10</sup> tanımlarsak “genellikle sosyal ve ekonomik görevler verilerek, kamu menfaati ağırlıklı hale getirilen hukuk normlarına ‘doğrudan

---

<sup>9</sup> OJ L177/6 of 4.7.2008.

<sup>10</sup> Doğrudan uygulanan kurallar hakkında daha geniş ve detaylı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001, s. 1 vd.; KÖSOĞLU, Mehmet, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması, *MHB* 2008, Yıl 28, Sa.1-2, s. 147-172; BAYATA CANYAŞ, F. Aslı, 5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C. III, Ankara 2009, s. 141-166.

uygulanan kurallar' adı verilmektedir"<sup>11</sup>. Tanımdan da açıkça anlaşılacağı üzere doğrudan uygulanan kuralların temel amacı kamu menfaatlerini korumaktır. Bu amacı gerçekleştirebilmek için doğrudan uygulanan kurallar, sözleşme taraflarının iradeleri sonucu seçilen hukuktan veya objektif bağlama sonucu tespit edilmiş olan hukuktan bağımsız olarak kendilerine uygulama alanı bulurlar.<sup>12</sup> Ayrıca, doğrudan uygulanan kurallar, yabancı unsurlu olsun olmasın ülke ile irtibatlı olan her olaya uygulanırlar<sup>13</sup>.

Doğrudan uygulanan kurallar, sosyal ve ekonomik görevler yüklenerek kamu menfaatlerinin dikkate alınması sonucunda ortaya çıkan hukuk normlarıdır<sup>14</sup>. Diğer bir ifadeyle, bu kurallar "özel hukuk ilişkilerine etkili, kamu menfaati gözetken emredici hükümler olarak belirlenmektedir"<sup>15</sup>. Bu kuralların örnekleri ise döviz ve dış ticaret kanununda yer alan yasaklar, para ve kartel kanunlarıyla getirilen yasaklar, ithalat-ihracat yasakları, kültür varlıklarının korunması<sup>16</sup> ve ambargo düzenlemeleridir<sup>17</sup>.

Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları konusu, devletlerin mevzuatları içerisinde iki farklı şekilde düzenlenmektedir. Bunlardan birincisi; genel hukuk bölümünde ve uygulanacak hukuk başlığı altında yapılan düzenlemedir. Bu düzenleme ile üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, içerisinde yabancılık unsuru taşıyan olay ve ilişkilerde uygulama

---

<sup>11</sup> ERDEM, Bahadır, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Olan Hukuk, Koç Üniversitesi, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010, s. 102.

<sup>12</sup> ERDEM, s. 102; BONOMI, Andrea, The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations: Some General Remarks, in Bonomi, Andrea, and Volken, Paul, Yearbook of Private International Law, Vol. 10, Berlin- New York 2008, s. 170.

<sup>13</sup> ERTEN, Rifat, Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Ankara 2007, s. 252; BONELL, Michael Joachim, Article 1.4 (Mandatory Rules) Revised Comments, UNITROIT Working Group for the Preparation of Principles of International Commercial Contracts (3rd), Fifth Session, Rome, 24-28 May 2010, s. (2-5) 1, (<http://www.unidroit.org/english/documents/2010/study50/s-50-115-e.pdf>, erişim 31 Aralık 2010).

<sup>14</sup> ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, b. 10, İstanbul 2010, s. 383.

<sup>15</sup> ÇELİKEL/ERDEM, s. 383.

<sup>16</sup> Kültür varlıklarının korunması konuda daha detaylı bilgi için bkz. ÖZEL, Sibel, Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, İstanbul 1998, s. 157 vd. (Kültür Varlıkları).

<sup>17</sup> NOMER, Ergin/ŞANLI, Cemal, Devletler Hususi Hukuku, b. 18, İstanbul 2010, s. 184; TEKİNALP, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları, b. 9, İstanbul 2006, s. 306-307.

alanı bulacaktır<sup>18</sup>. Buna en güzel örnek İsviçre hukukundaki düzenlemedir<sup>19</sup>. Diğer uygulama ise üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının genel bir uygulama alanı bulamayıp, sadece sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkileri için uygulama alanı bulmasıdır ki Türk hukukundaki düzenleme bu yöndedir<sup>20</sup>.

Doğrudan uygulanan kurallar üçlü bir ayırımı tabi tutulmuştur<sup>21</sup>. Bunlardan birincisi hâkimin hukukunun (*lex fori*) doğrudan uygulanan kurallarıdır ki 5718 sayılı MÖHUK m. 6'da düzenlenmiştir; ikincisi ise uyuşmazlığa uygulanacak hukukun (*lex causae*) doğrudan uygulanan kurallarıdır<sup>22</sup>; sonuncusu ise sözleşme ile yakın ilişkisi bulunan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarıdır ki bunlara etki tanınması 5718 sayılı MÖHUK'ta 31'inci madde olarak düzenlenmiştir. Doğrudan uygulanan kuralların ilk iki ayırımının uygulanması konusunda doktrinde fikir birliği mevcut iken, üçüncü ayırım olan sözleşme ile sıkı ilişki içerisinde olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının sözleşmeye uygulanması ise doktrinde tartışmalı bir konudur<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010, s. 191.

<sup>19</sup> IPRG (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku) m. 19'da "Yabancı Bir Hukukun Doğrudan Uygulanan Normlarının Nazara Alınması" kenar başlığı altında düzenlenen maddeye göre, "İsviçre'de gerekli hukuk anlayışına göre haklı ve açıkça öncelikli çıkarlar gerektiğinde, bu yasayla belirlenen yetkili hukuktan farklı bir hukuk, eğer bu hukuk olaya sıkı bağ içindeyse dikkate alınabilir (m. 19/1). Böylesi bir düzenlemenin dikkate alınıp alınmayacağına karar verebilmek için, hükmün güttüğü amaç hüküm uygulamasının İsviçre hukuk anlayışı dâhilinde hakkaniyete uygun bir karara varılması bakımından doğuracağı sonuçlar göz önüne alınacaktır (m. 19/2)". Kanun maddesinin Türkçe çevirisi için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 384-385; DOĞAN, s. 191, dn. 34. Düzenlemenin İngilizcesi için bkz. KARRER, Pierre / ARNOLD, Karl, Switzerland's Private International Law Statute 1987: The Swiss Code on Conflict of Laws and Related Legislation, Deventer-Boston 1989, s. 44-45.

<sup>20</sup> DOĞAN, s. 191 ve 308. Ayrıca, MÖHUK ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku Kanunu'nun detaylı karşılaştırması için bkz. GIRSBERGER, Daniel, Swiss Private International Law Act Compared to the New Turkish Act, Koç Üniversitesi, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010, s. 57-75.

<sup>21</sup> TEKİNALP, b. 9, s. 306; ÇELİKEL/ERDEM, s. 383-384.

<sup>22</sup> 2675 sayılı mülga MÖHUK'ta ve 5718 sayılı yeni MÖHUK'ta *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Sözleşme statüsü sonucu belirlenen hukuk bir bütün olarak uygulanacağından dolayı ilgili hukukun doğrudan uygulanan kuralları da uygulama alanı bulacaktır.

<sup>23</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 36; DOĞAN, s. 191; TARMAN, Zeynep Derya, Yabancılık Unsuru Taşınan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, *AÜHFD* 2010, C. 59, Sa. 3, s. (521-550) 543.

MÖHUK m. 6'da düzenlenen ve uygulama alanı sadece sözleşmelerle sınırlı olmayan *lex fori*'nin müdahaleci kuralları her zaman doğrudan uygulama alanı bulurken, MÖHUK m. 31'de düzenlenen sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları ise ikinci derece bir fonksiyona sahiptir. MÖHUK m. 6 kapsamında *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları uygulanırken, kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmaz. Diğer bir ifadeyle, yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmede, hâkimin hukukunun (*lex fori*) doğrudan uygulanan kuralları sözleşmeye uygulanacak hukuka uygun olup olmadığına bakılmaksızın kendisine uygulama alanı bulacaktır<sup>24</sup>. Bu durum MÖHUK m. 31'de farklıdır. MÖHUK m. 31'in kendisine uygulama alanı bulabilmesi için her şeyden önce yapılması gereken işlem, içinde yabancılık unsuru bulunan bir sözleşmede, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun belirlenmesidir. Daha sonra ise, tespit edilen uygulanacak hukukun (*lex causae*) sözleşme ile sıkı ilişki içerisinde bulunan yer hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına aykırı olup olmadığına bakılmalıdır. *Lex causae*'nin sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına aykırı olması durumunda, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları uygulama alanı bulabilecektir<sup>25</sup>.

MÖHUK m. 31 bağlamında mahkeme tarafından dikkate alınacak olan doğrudan uygulanan kurallar ne *lex fori* ne de *lex causae* kapsamındadır. Kanunlar ihtilafı kurallarının tespit ettiği hukuk veya hukuk seçimi ile belirtilen hukuk sözleşmeye uygulanırken, uygulanmasının gerekli olduğu düşünülen ve hukuki ilişki ile yakından bağlantılı olan üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması söz konusu olmaktadır. Burada hâkim, söz konusu kuralları uygulamadan önce kuralların muhtevasına, amaçlarına ve uygulandıklarında veya uygulanmadıklarında ortaya çıkması muhtemel sonuçlara bakarak kuralın uygulanıp uygulanmayacağına karar verecektir.

### III. ÜÇÜNCÜ BİR DEVLETİN DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARININ UYGULANMASINA GETİRİLEN ELEŞTİRİLER

Doktrinde, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına ilişkin tartışmaların toplandığı üç temel nokta bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, bu tür kuralların kamu hukuku karakterli olmasından dolayı

---

<sup>24</sup> EKŞİ, Nuray, Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul 2004, s. 167.

<sup>25</sup> EKŞİ, s. 167-168.

yabancı bir ülkenin kamu hukuku kurallarının başka bir devlet mahkemeleri tarafından uygulanamayacağı yönündeki eleştiridir<sup>26</sup>. İkinci önemli eleştiri ise, doğrudan uygulanan kuralların politik özellik taşımaları nedeniyle sadece yürürlükte buldukları ülke mahkemeleri tarafından uygulanabileceğidir<sup>27</sup>. Üçüncü eleştiri de yukarıda ifade edilen iki eleştiriye desteklemek amacıyla ortaya atılan ülkesellik prensibidir. Diğer bir ifadeyle, bu eleştiri üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının hem kamu hukuku karakterli hem de politik özellikli olmasından dolayı bu kuralların yürürlükte oldukları ülke mahkemelerinde uygulama alanı bulabileceğinden hareketle başka ülkelerde uygulanmasının mümkün olmadığı yönündedir<sup>28</sup>.

Yabancı bir devletin kamu hukuku kurallarının uygulanmasının mümkün olmadığı yönündeki görüş doktrinde<sup>29</sup> ve uygulamada<sup>30</sup> destek bulmuştur. Kabul edilen görüş, kanunlar ihtilafı kurallarının sadece özel hukuk alanında geçerli olacağı ve kamu hukuku alanında uygulanamayacağı yönündedir<sup>31</sup>. Zira her devlet kendi faaliyet alanını düzenleyen kamu hukuku kurallarını tek taraflı olarak kendisi belirler ve bu kuralların uygulama alanının belirlenmesinde yabancı bir hukuka etki tanınması devletin egemenliğine aykırılık teşkil eder. Bu duruma belki de en güzel örnek, kişinin vatandaşlık bağının tespiti meselesidir. Bir Türk hâkimi, önüne gelen bir meselede *lex fori* uyarınca ancak bir kişinin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı yani Türk olup olmadığına karar verebilir. Fakat hâkim, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmadığını tespit ettiği kişinin vatandaşlığını tespit edemez. Örneğin, kişi Alman devletinin vatandaşıdır diyemez. Bu durum Alman devletinin kamu hukuku alanına girer ve ancak devletin kendisi bir kişinin vatandaşı olup olmadığına karar verebilir. Ayrıca, “kamu hukuku alanında yetkili olan makamlar-mahkemeler veya idari organlar sadece kendi tâbi oldukları kanunlar uyarınca karar verebilirler; çünkü sadece bu kanunları uygulamak

---

<sup>26</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 36; NOMER/ŞANLI, s. 325.

<sup>27</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 36.

<sup>28</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 36.

<sup>29</sup> PAUKNEROVA, Monika, Mandatory Rules and Public Policy in International Contract Law, *ERA Forum* 2010, s. (29-43) 33, (<http://www.springerlink.com/content/15115h2424023717/fulltext.pdf>, erişim 31 Aralık 2010); NOMER/ŞANLI, s. 325.

<sup>30</sup> “Örneğin, İsviçre mahkemeleri, uzun süre ‘Yabancı bir devletin Kamu Hukukunun, prensip olarak İsviçre’de ne uygulanabilir ne de icra edilebilir olduğu’ ilkesini bir aksiyom olarak kullandılar.” Bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 36, dn. 256.

<sup>31</sup> PAUKNEROVA, s. 34; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 37.

amacıyla kurulmuşlardır<sup>32</sup>. Başka bir ifadeyle özel hukuk alanındaki gibi mahkemelerin yetkisi ile uygulanacak hukukun ayrılması mümkün değildir. Özel hukukta, mahkeme kendi yetkisi içerisindeki bir uyumsuzluğa kendi mevzuatının konusuna ve kapsamına girmemesi durumunda yabancı bir kanunu uygulayarak karar verebilir<sup>33</sup>. Bunlara ilaveten, başka bir devletin kamu hukuku alanına giren doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının uygulayan devletin menfaatine olmayacağı yönünde bir görüş vardır. Çünkü kamu hukuku kuralları, devletlerin kendi menfaatlerini korumak ve kollamak amacıyla koyduğu kurallardır<sup>34</sup>.

Yukarıda ifade edilen görüşlere genel anlamda katılmamak mümkün değildir; ancak değerlendirilmesi gereken başka hususlar da vardır. Bunlardan birincisi; üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının kamu hukuku karakterli olsa bile, bu kuralların kamu hukuku kuralları olduğunu söylemek veya iddia etmek her zaman mümkün değildir<sup>35</sup>. Buradaki temel sorunlardan birisi, kamu hukuku ile özel hukukun ayrımını kesin bir çizgiyle yapmanın mümkün olmamasıdır<sup>36</sup>. Zira bu ayırım bütün hukuk sistemlerinin üzerinde fikir birliğine vararak kabul ettikleri bir ayırım değildir. Örneğin *common law* sisteminde bu ayırım belirgin değilken (böyle bir ayırımın olmadığı bile söylenebilir); Kıta-Avrupa'sı hukukunun dâhil olduğu Roma-Cermen hukuk sisteminde ise bu ayırımın varlığı kabul edilmektedir<sup>37</sup>. Bu açıdan baktığımızda; özel hukuk – kamu hukuku ayrımı yapmayan devletler için yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının kamu hukuku niteliğinde olmadığı için yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kuralları uygulama alanı bulabilecektir. Ancak, ayırım olan Kıta-Avrupa'sın da ise yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kuralları kamu hukukunun içinde olma ihtimalinden dolayı uygulama alanı bulamayabilecektir. Bu durumda milletlerarası özel hukukun özünü oluşturan uluslararası işbirliği ve karşılıklılık noktasının oluşmasında zafiyet doğması muhtemel olacaktır. Ayrıca, mahkeme tarafından sözleşme ile sıkı bağlantı içerisindeki bir devletin doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınmaksızın bir karar verilmesi durumunda, verilen bu

<sup>32</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 37.

<sup>33</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 38.

<sup>34</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 38.

<sup>35</sup> BLESSING, s. 5.

<sup>36</sup> YÜKSEL, Mehmet, Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayrımı ve Günümüzdeki Anlamı, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi* 2008, Sa. 41-42, s. (49-73) 51.

<sup>37</sup> YÜKSEL, s. 55; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 38.



kararın doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınmayan sözleşme ile sıkı bağlantılı olan ülkedeki tanınma ve tenfizinde sorun yaşanabilir<sup>38</sup>.

Diğer bir nokta ise, bir kuralın kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka mı dâhil olduğunun tespitindeki zorluktur. Çünkü bu iki hukuk dalı kesin çizgiler ile birbirinden ayrılmamıştır<sup>39</sup>. Hatta denilebilir ki, kamu hukuku ile özel hukuk arasında var olan çizgiler de giderek belirsizleşmektedir<sup>40</sup>. Bu ayırımı yapabilmek için çeşitli teoriler<sup>41</sup> geliştirilmiş ve bu teoriler günün ihtiyaçları doğrultusunda değişmiş ve gelişmiştir. “Bugün, bu iki kategori hukuk dalını ayırt etmeye yarayan şeyin, hukuki ilişkinin tarafını devletin veya özel kişilerin değil, bu kişilerin birbirleri karşısındaki durumu olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, kamu hukuku ilişkilerinde hâkimiyet unsuru yer almakta, bu hukuk dalının kapsamına giren ilişkilerde, devletin hâkimiyeti söz konusu olmaktadır. Özel hukuk ise, taraflardan birinin devlet veya bir kamu tüzel kişisi olmasına rağmen, her iki tarafın da eşit durumda olduğu ilişkileri düzenlemektedir”<sup>42</sup>. Yukarıda da ifade edildiği üzere günün ihtiyaçları doğrultusunda devletler kendi rollerini gözden geçirip yenilemişler ve değiştirmişlerdir<sup>43</sup>. Bu değişimleri yaparken devlet bazen özel hukuk ilişkilerine müdahale eder hale gelmiş ve bir manada kamu hukukunun alanını genişletmiştir<sup>44</sup>. Bu duruma örnek vermemiz gerekirse, tüketici sözleşmeleri en güzeli olabilir<sup>45</sup>. Tüketici sözleşmelerinde taraflar genellikle özel kişilerdir; buna devletin özel kişi olarak devletin ihtiyaçlarını karşılamak için yapmış olduğu sözleşmeleri de dâhil edebiliriz. Devlet, tüketici sözleşmelerinde nihai tüketiciyi, üreten karışında zayıf durumda olduğuna ve korunmasına karar vermiştir. Burada düşünülmesi gereken soru: Tüketici sözleşmeleri devletin bu koruyucu müdahalesinden dolayı kamu hukuku karakterini kazanmış olması sebebiyle, kamu hukuku içerisinde mi değerlendirilecektir?

<sup>38</sup> NOMER/ŞANLI, s. 326; BONELL, s. 4-5.

<sup>39</sup> YÜKSEL, s. 65-66.

<sup>40</sup> TAN, Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku, Ankara 1984, s. 9; SANCAKTAR, Oğuz, Özelleştirmenin Kamu Hukuku – Özel Hukuk Ayırımına Etkileri ve Bu Bağlamda Güncel Özelleştirme Tartışmalarındaki Başlıca Görüşler, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, Sa. 1, s. (241-270) 243.

<sup>41</sup> Çıkarlar Teorisi, Sújeler Teorisi hakkında bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 38, dn. 270.

<sup>42</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 38.

<sup>43</sup> YÜKSEL, s. 57-58.

<sup>44</sup> FRIEDMAN, W. G., Public and Private Law Thinking: The Need for Synthesis, *Wayne Law Review* 1959, C. 5, Sa. 3, s. (291-302) 298-299.

<sup>45</sup> PAUKNEROVA, s. 31.

Kamu hukuku – özel hukuk ayırımının tam ve kesin çizgileri yoktur<sup>46</sup>. Bu durum uyuşmazlık ortaya çıktığı zaman uygulanması öngörülen üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının, kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka mı ait olduğunun tespiti problemini de beraberinde getirmektedir. Vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre yapılması durumunda (Türk hukukunda vasıflandırma *lex fori*'ye göre yapılır) hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta uygulanması düşünülen üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralını, kendi yetkisini aşarak kamu hukuku veya özel hukuk nitelendirmesinde bulunmak zorunda kalacaktır. Hukuk kurallarının nitelendirilmesinde/sınıflandırılmasında hukuk sistemlerinin farklı yaklaşımları nedeniyle, hâkimin kendi hukuku üzerinden yapmış olduğu bu saptamanın, ne kadar hakkaniyete uygun olduğu tartışmalıdır. Zira devletin kendi sınıflandırmasına göre kamu hukukuna giren bir düzenleme, hâkimin hukukuna göre özel hukuka giriyorsa hâkimin bu kuralı uygulaması beklenir. Tam tersi bir durum da söz konusu olabilir. Yabancı bir devletin özel hukuk içerisinde değerlendirdiği bir kuralı, hâkim kendi hukukuna göre kamu hukuku içerisinde kabul edip uygulamayabilir<sup>47</sup>. Vasıflandırmanın doğrudan uygulanan kuralların ait olduğu devletin hukuk sınıflandırması dâhilinde yapılması ise; yabancı devletin kendi mevzuatının, hâkimin tabii olduğu hukuk sistemi içerisinde uygulanıp uygulanmayacağına karar vermesi gerekecektir. Bu durum da özellikle yabancı hukukun hâkimin hukukundan ayrıldığı noktalarda uygulama sıkıntılarını beraberinde getirebilecektir<sup>48</sup>.

Bazı yazarlar ise, doğrudan uygulanan kuralların özel kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemek amacı ile konulduklarını, bu sebepten ötürü kamu hukukundan ayrıldıklarını ve bunların özel hukuk kuralları olduklarını savunmuşlardır<sup>49</sup>. Kanaatimizce, öne sürülen bu görüşün, yukarıda öne sürdüğümüz, kamu hukuku ve özel hukukun kesin ayırımının zorluğu nedeniyle savunulması güçtür.

Uzlaştırıcı yolu benimseyen üçüncü bir görüş ise, doğrudan uygulanan kuralların hem özel hem de kamu hukuku karakterine sahip olduğunu ve bu iki hukuk dalı arasında yer alan normlar olduğunu ifade etmiştir. Başka

---

<sup>46</sup> YÜKSEL, s. 65.

<sup>47</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 39.

<sup>48</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 39.

<sup>49</sup> KASSIS, Antoine, *Le Nouveau Droit Europeen Des Contracts Internationaux*, Paris 1993, s. 462; RENOLD Marc-Andre, *Les Conflicts De Lois En Droit Antitrust*, Zurich 1991, s. 32, ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 39, dn. 278, 279'den naklen.

bir deyişle, özel hukuk etkilerine sahip, ancak devletin ve toplumun üstün menfaatlerinin korunmasını amaçlayan kurallar olduğunu ifade etmişlerdir ki Türk doktrini de bu görüşü benimsemiştir<sup>50</sup>.

Doğrudan uygulanan kurallar, genellikle devletlerin iktisadi, politik ve sosyal alanlara müdahalesi sonucu ortaya çıkan ve bu alanların korunmasını amaçlayan kurallardır. Bu kurallar, doğrudan devletin çıkarlarını korumaya yönelik olarak düzenlenebileceği gibi (ithalat-ihracat düzenlemeleri, kambiyo düzenlemeleri), devletin sadece sözleşmesel ilişkiler çerçevesinde tarafların bağlı oldukları yükümlülükleri düzenlemek için ortaya koyduğu kurallar olarak da karşımıza çıkabilirler (iş sözleşmeleri, tüketici sözleşmeleri vb.). Başka bir ifadeyle, bir kuralın doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebilmesi için kamu<sup>51</sup> veya özel hukuk karakterli olması, emredici veya düzenleyici olup olmaması önemli değildir<sup>52</sup>. Önemli olan husus, kuralın konulmasındaki amaçtır<sup>53</sup>. Kuralın konulmasındaki amaç, ülke ile bağlantısı olan her olay ve ilişkiye uygulanma ise, bu durum, kuralın doğrudan uygulanan bir kural olması için yeterlidir<sup>54</sup>. Diğer bir ifadeyle, kuralın sadece tarafların menfaatlerine hizmet eden bir karakterde değil de, ağırlıklı olarak kamu menfaatine hizmet eder karakterde olması gerekir<sup>55</sup>.

Dolayısıyla doğrudan uygulanan kuralların, kamu hukukuna mı ait yoksa özel hukuka mı ait olduğu ayırımına girmeden bu kuralların özel hukuk ilişkisi üzerinde yaptığı etkiler göze alınmalıdır<sup>56</sup>. Bunun sonucu olarak da doğrudan uygulanan kuralların kamu hukukuna ait olduğu gerekçesi ile yabancı bir ülkenin mahkemesinde uygulamasında (hâkimin hukukunun kamu düzeni istisnası saklı kalmak kaydıyla) bir engel kalmayacak ve uluslararası özel hukukun içinde uygulama alanı bulacaktır<sup>57</sup>.

<sup>50</sup> NOMER/ŞANLI, s. 183; TEKİNALP, s. 307; ÇELİKEL/ERDEM, s. 383; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 39. Özdemir Kocasakal'a göre "...doğrudan uygulanan kuralların Kamu Hukuku veya Özel Hukuk kategorilerinden birine aidiyeti konusunda kesin bir yargıya varılmayacağı; bu kuralların her iki kategoriye ait özellikleri de taşıdığı ve bu nedenle, iki kategori arasında yer alan *gri bölgede* yer aldıklarının kabul edilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır". (Alıntının içindeki dipnot dikkate alınmamıştır.) Bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 40.

<sup>51</sup> NOMER/ŞANLI, s. 183; ÇELİKEL/ERDEM, s. 383.

<sup>52</sup> DOĞAN, s. 186.

<sup>53</sup> DOĞAN, s. 186.

<sup>54</sup> NORTH, Peter/FAWCETT, James/CARRUTHERS, Janeen, Cheshire, North & Fawcett Private International Law, 14 ed., Oxford 2008, s. 729.

<sup>55</sup> NOMER/ŞANLI, s. 184.

<sup>56</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 40.

<sup>57</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 41.

Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına getirilen ikinci önemli eleştiri ise, doğrudan uygulanan kuralların politik düzenlemeler olmasıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere doğrudan uygulanan kurallar devletlerin sosyal, iktisadi ve politik çıkarlarından dolayı koyduğu kurallardır<sup>58</sup>. Devletler kanunlarını yaparken; genellikle uluslararası hukuka, uluslararası kamu düzenine ve kendi politik, sosyal ve iktisadi çıkarlarına göre hareket ederler. Bu durum, devletin egemenliğinin doğal bir sonucudur. Ancak, politik düzenlemeden ifade edilmek istenen Arminjon tanımı doğrultusunda “hukuk kuralları ve prensiplerine, bir devletin, bir partinin, bir sınıfın, hatta bazı düşüncelerin veya inançların yararına olarak istisna getiren kanunlar”<sup>59</sup> ise işte bu noktada uluslararası kamu düzeni ve/veya iç hukuktaki kamu düzeni kavramları devreye girecektir. Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını, doğrudan “politik düzenleme” olarak kabul edip reddetmek yerine, Alman ve İsviçre mahkeme<sup>60</sup> kararlarında ifade edilen “çıkart teorisine” göre hareket etmek daha mantıklıdır. Bu noktada yapılması gereken, doğrudan uygulanan kural ile korunmak istenen menfaatin kamusal çıkarlar olup olmadığının değerlendirilmesidir. Zira her doğrudan uygulanan kural; devletin, bir partinin, bir grubun veya bir ırkın çıkarlarını korumaya yönelik değildir. Öyle ise, hâkim önündeki uyuşmazlığa, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması durumunda somut sonuçlarının kamu düzenine zarar vereceğini düşünüyor ise kamu düzenini gerekçe göstererek üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralını uygulamaktan kaçınılabilir.

Sonuç olarak; üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını belirli bir grubun menfaatlerini gözeterek “ayrımçı” manada politik düzenlemeler olarak kabul ederek, bu düzenlemeleri uyuşmazlığa uygulamamak, belirli ekonomik ve sosyal amaçlar içeren, kamunun menfaatlerini korumaya odaklanmış politik düzenlemelerin de uyuşmazlığa uygulanmaması sonucunu doğuracaktır. Bu durum, milletlerarası özel hukukun adalet anlayışına uymayacaktır. Dolayısıyla hâkim önüne gelen her somut durumda, uygulanacak olan

---

<sup>58</sup> NOMER/ŞANLI, s. 184.

<sup>59</sup> ARMINJON, P., Les Lois Politiques Et Le Droit International Prive, Rev. de DIP, 1930, s. (385-396) 389, (Lois Politiques), Özdemir Kocasakal’dan naklen, bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 44.

<sup>60</sup> Alman Yüksek Mahkemesi’nin (Bundesgerichtshof) 17.12.1959’da vermiş olduğu *Wöllert* Davası ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından 1954 yılında verilen *Ammon v. Royal Dutch* kararı. Daha geniş bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 44-45.

doğrudan uygulanan kuralların, kamu düzenine aykırı politik düzenlemeler olup olmadığını öncelikle değerlendirecektir. Hâkim doğrudan uygulanacak kuralı “ayırıcı” manada politik düzenleme olarak tespit etmesi halinde; ilgili doğrudan uygulanan kuralları uygulamayacaktır. Yukarıdaki açıklamalardan çıkarılabilecek sonuç; doğrudan uygulanan kuralların politik düzenlemeler olduğu yaklaşımıyla bu kurallara etki tanınmasına doğrudan karşı çıkmak, gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır.

Diğer bir eleştiri ise, doğrudan uygulanan kuralların ülkesel nitelikte olması sebebiyle sadece kuralın yürürlükte olduğu mahkeme tarafından uygulama alanı bulabileceği, üçüncü bir devletin hâkiminin bu kuralları uygulamasının mümkün olmadığıdır<sup>61</sup>. Bu eleştiriyi üç açıdan değerlendirmek faydalı olacaktır. Birincisi, uluslararası hukukun devletlerin ülkeleri dışındaki bütün kişilerine, mallarına ve gerçekleşen tüm olaylara normatif yetki vermediğidir<sup>62</sup>. Devletin yetkili olabilmesi için “hakkında kural konulan uyumsuzluk ile devlet arasında belirli bağlantıların varlığı zorunludur”<sup>63</sup>. Bu bağlantıyı oluşturan unsurlardan birisi ülkesel yetkidir. Diğer bir ifadeyle, devletin kendi ülkesinde bulunan kişiler<sup>64</sup>, mallar ve ülkesinde gerçekleşen tüm olaylarla ilgili olarak kural koyma yetkisi vardır. Bu doğrultuda, yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesi için o devlet ile sözleşme arasında sıkı bir ilişkinin olması gerekmektedir. Bu sıkı ilişki ifa yeri, ödeme yeri gibi değişik bağlama noktalarından doğar. Kendi ülkesi ile sıkı ilişki içinde olan bir konuda, bir devletin kural koyması, onun ülkesel yetkisinin sonucudur.

İkincisi, ülkesel yetkiye dayanarak her devlet kendisi için kural koyabilir ve bunu uygulayabilir. Bir devlet, ülkesel yetkiye dayanarak bir başka devletin münhasır yetki alanına giren bir konuda düzenleme yapamaz. Ancak, üçüncü bir devletin mahkemesi, bir başka devletin hukukunu uygulayıp uygulamama kararını, kendi milletlerarası özel hukuk mevzuatı

---

<sup>61</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 46.

<sup>62</sup> Uluslararası Adalet Divanının Lotus Davası Kararında belirtilen görüştür. *The Case of The S.S Lotus (France v. Turkey)*, 1927 P.C.I.J. Ser. A. No. 9, (<http://www.icj-cij.org/pcij/series-c.php?p1=9&p2=4&PHPSESSID=5c407&lang=en&PHPSESSID=5c407>, erişim 31 Aralık 2010). Davanın ayrıntıları için ayrıca bkz. TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 1997, s. 106.

<sup>63</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 91.

<sup>64</sup> Diplomatik koruma kapsamındaki kişiler hariçtir.

doğrultusunda verir<sup>65</sup>. Uygulamaya karar verilirse, bu durumu doğrudan uygulanan kuralın bulunduğu devletin münhasır yetkisine müdahale olarak kabul etmek mümkün değildir.

Üçüncüsü ise, doğrudan uygulanan kuralların sadece kuralı koyan ülke mahkemesinde uygulanabileceği kabul etmek, ülkelerin kanunlar ihtilafı kurallarını etkisiz hale getirmektir. Zira kanunlar ihtilafı kurallarının amacı, uyuşmazlığın çözümü için en uygun hukuku bulmak ve uygulamaktır. Hâkim, önüne gelen ve içerisinde yabancılik unsuru bulunan olayda, milletlerarası özel hukukun hakkaniyetine uygun olarak tespit etmiş olduğu hukuku uygularken, tespit edilen hukukun doğrudan uygulanan kurallarını da uygulayacaktır. Bu uygulamanın sonucunda doğrudan uygulanan kural, başka bir ülkenin mahkemesinde uygulanmış olacaktır. Bundan dolayı, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları, özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılan kurallardan olduğundan ülkesellik eleştirisi geçerli olmayacaktır. Bu kuralların, yabancı bir devletin hâkimi tarafından uygulanabileceğini kabul etmek yerinde olacaktır<sup>66</sup>.

Yukarıda ifade edilen eleştiriler, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını uygulamamak için getirilmiştir. Ancak, getirilen bu eleştirilerin yukarıda ifade edilen gerekçeler ile yerinde olmadıkları ortaya konulmuştur. Ayrıca, son yıllarda artan devletler arasındaki işbirliği, uluslararası karar uyumları gibi genel kabul görmüş ortak değerler karşısında doktrinde dile getirilen bu eleştiriler, günümüzde kabul edilebilirliğini yitirmişlerdir.

#### IV. MÖHUK M. 31'E DUYULAN İHTİYAÇ

Yürürlükten kalkan 2675 sayılı mülga MÖHUK'ta ve ondan daha önceki dönemde uygulanan, Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nun temelini teşkil eden 1330 (1915) tarihli geçici EHVK'ta<sup>67</sup> sözleşme ile sıkı ilişki içerisinde bulunan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları konusu düzenlenmemiştir. Hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının her durumda uygulanacağı ve bu uygulamanın zorunlu olmasından dolayı

---

<sup>65</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 91.

<sup>66</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 47.

<sup>67</sup> 1330 (1915) tarihli Enebilerin Hak ve Vazifeleri Hakkında Muvakkat Kanun (EHVK). Kanunun 2. maddesinde "Emniyet ve asayiş memlekete taalluk eden Devletin bütün kanun ve nizamları Türkiye'de bulunan bütün ecnebiler hakkında dahi mer'idir" şeklindeki ifadesi sonucu ortaya konulmuş olan emniyet ve asayiş kanunlarının bugünkü doğrudan uygulanan kurallar olduğu düşünülmektedir. Bkz. BAYATA CANYAŞ, s. 142, dn. 8.

2675 sayılı MÖHUK'ta *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları da ayrıca düzenlenmemiştir<sup>68</sup>. *Lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları hakkında da 2675 sayılı MÖHUK'ta herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda bir hüküm bulunmamasının nedeni ise MÖHUK m. 2'ye göre sözleşmeye re'sen uygulanacak hukukun bir bütün olarak değerlendirilmesidir. Başka bir ifadeyle, *Lex causae*'nin doğrudan uygulanan kurallarının sözleşmeye uygulanacak hukukun bir parçası olması sebebiyle bu kurallar uygulama alanı bulacaktır<sup>69</sup>. Ancak, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına, 2675 sayılı MÖHUK'ta niçin yer verilmediği hususu tam açık değildir. 2675 sayılı MÖHUK'tan önce düzenlenen Roma Konvansiyonu'nun 7'inci maddesi kanun koyucunun önünde bir örnek olarak bulunmasına rağmen, kanun koyucu bu yönde bir düzenleme yapmamayı tercih etmiştir. Kanun koyucunun sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları yer vermemesinin nedeni; sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasındaki “zorluk ve karmaşıklık” olabilir.

Uluslararası ticaretin gelişmesi ile uluslararası sözleşmeler karmaşıklaşmış ve çok taraflı olmaya başlamıştır. Buna ilaveten devletler, uluslararası iş birliği ve karşılıklılık prensibi doğrultusunda, yeri geldiğinde başka bir devletin hukukunu uygulamaya başlamışlardır. Ayrıca, Avrupa topluluğunun bir anlaşması olan Roma Konvansiyonu'nda ve bu Konvansiyonun yerini alan (5718 sayılı MÖHUK kabul edilirken henüz taslak halinde olan) Roma I Tüzüğü'nde yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması konusu düzenlenmiştir. Bütün bunların sonucu olarak, sözleşme ile sıkı bağlantılı devletin doğrudan uygulanan kurallarına ihtiyaç ortaya çıkmıştır<sup>70</sup> ve bu ihtiyaç nedeniyle yeni kanunumuzda sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları kendisine yer bulmuştur<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> BAYATA CANYAŞ, s. 142, dn. 7. Ayrıca bkz. AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, İstanbul 2005, s. 129; TEKİNALP, s. 307-308.

<sup>69</sup> TEKİNALP, s. 306.

<sup>70</sup> TARMAN, Zeynep Derya, Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü, *BATİDER* 2009, C. 25, Sa. 2, s. (299-332) 326. (Akdi Borç).

<sup>71</sup> ÇELİKEL/ERDEM, s. 385. Ayrıca MÖHUK m. 31'in gerekçesi için bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), s. 22-23, (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47.pdf>, erişim 20 Mart 2011); TIRYAKIOĞLU, Bilgin/AYGÜN, Mesut/KÜÇÜK, Esin, Türk Uluslararası Özel Hukuk Mevzuatı, b. 5, Ankara 2010, s. 147.

Hemen sorulması gereken soru şudur: 1330 tarihli EHVK'yı sorgulamadan<sup>72</sup> doğrudan 1982 yılında yürürlüğe giren ve 2007 yılına kadar yürürlükte kalan 2675 sayılı MÖHUK'un uygulanma süresi zarfında bu hususu düzenleyen bir kural yok iken, ortaya çıkan bu ihtiyaç nasıl giderilmiştir?

5718 sayılı MÖHUK'tan önce, sözleşme ile sıkı bağlantı içindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları mevzuatımızda yer almadığı için, bu kural bir hukuk normu olarak uygulanma imkânı bulamamıştır. Dolayısıyla, sözleşme ile yakın bağlantısı olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının, hâkim tarafından dikkate alınıp alınmayacağı, uyumsuzluğa uygulayıp uygulanmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır<sup>73</sup>.

Güngör, 5718 sayılı MÖHUK'un 31'inci maddesinden önce sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınıp tanınmayacağı konusunun doktrinde hayli tartışmalı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Güngör, bu kuralların uygulanması konusunda olumlu görüş çıktığı durumlarda ise bunun bir hukuk olarak mı yoksa maddi vakıa olarak mı değerlendirileceğinin tartışıldığını ifade etmiştir<sup>74</sup>. Tekinalp ise, Türk Hukukunda açık bir düzenleme olmasa da üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının en azından maddi vakıa olarak dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir<sup>75</sup>. Nomer ve Şanlı'ya göre "bugüne kadarki uygulamada, üçüncü ülkeye ait bu gibi [doğrudan uygulanan] normlar ya hiç dikkate alınmamakta ya da dolaylı şekilde *lex causae*'ya dâhil edilerek etkili olması temin edilmektedir"<sup>76</sup>.

Yukarıdaki görüşler incelendiğinde, üç durumun ortaya çıktığını söyleyebiliriz. Bunlardan birincisi, yabancı devletin doğrudan uygulanan kurallarını hiç dikkate almamama durumudur. İkincisi, somut durumu maddi vakıa olarak kabul etme ve bu doğrultuda işlem tesis etme meselesidir. Sonuncu olarak da mevzuatta bu konuda bir düzenleme olmamamsından dolayı *lex causae* çerçevesinde dikkate alma durumudur. Kullanılan bu

<sup>72</sup> 1330 tarihli EHVK sadece beş maddeden ibarettir. Bu maddelerden sadece bir tanesi (4'üncü madde) kanunlar ihtilafına ilişkindir. Dolayısıyla, kapsam olarak sınırlı olan 1330 tarihli EHVK'yı tartışmanın dışında tutmak yerinde olacaktır.

<sup>73</sup> ÇELİKEL/ERDEM, s. 384.

<sup>74</sup> GÜNGÖR, Gülin, The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure, *Ankara Law Review* 2008, Vol. 5, No.1, s. (1-21) 18.

<sup>75</sup> TEKİNALP, s. 308.

<sup>76</sup> NOMER/ŞANLI, s. 324.



yöntemler geçici bir çözüm yöntemi olarak bu konuda bir düzenleme yapılana kadar kullanılmıştır.

Hâkimin, önüne gelen uyuşmazlıkta, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını dikkate almamasının adil bir çözüm olup olmadığının sorgulanması gerekmektedir. Hâkimin, önüne gelen yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta *lex fori*'nin ve *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kurallarının dışında, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını dikkate almamasının temel nedeni; mevzuatta bu yönde bir düzenleme olmamasıdır. Ancak, yukarıda ifade edildiği üzere, olayın maddi vakıa olarak kabul edilmesi ve *lex causae*'ya dâhil edilerek çözüm aranmasında bir engel yoktur. Dolayısıyla, bu yöntemin mevzuatta düzenleme olmadan ulaşılabilecek en adil çözüm olduğu söylenebilir. O halde, neden hâkim bu yöntemi değil de üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını dikkate almamayı tercih etmiş olabilir? Bunun muhtemel iki nedeni vardır: Birincisi, hâkim sözleşme ile sıkı bağlantı içerisinde bulunan üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını bilmemesinden veya uygulamaya getireceği ilave yükten dolayı uygulamayabilir. Bu durum, hem hukuka hem de adalet anlayışına uymayacaktır. İkinci neden, hâkimin üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını yukarıda tartışılan nedenlerle (kamu hukuku içinde olması, politik düzenlemeler olması, ülkesellik prensibi vb.) uygulamayı reddetmesidir. Yukarıda<sup>77</sup> açıklandığı üzere, başka bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanamayacağına ilişkin nedenlerin kabul edilebilirliği günümüzde etkisini yitirmiştir. Zira uluslararası ticaret gelişmiş ve bu gelişmeye paralel olarak da uluslararası işbirliği artmış, karşılıklılık ilkeleri benimsenmiş ve uluslararası karar uyumu gözetilir olmuştur. Bu nedenlerden dolayı *lex fori*'nin veya *lex casusae*'nin doğrudan uygulanan kuralları dışında, yabancı bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanamayacağı eleştirisi artık itibar edilmemesi gereken bir konudur. Belirli şartların gerçekleşmesi durumunda, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımak gereklidir<sup>78</sup>.

Sözleşmenin ifasının imkânsızlığı üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan fakat sözleşmenin kurulması esnasında öngörülemeyen kurallarından meydana geliyor ise bu durum mücbir sebep olarak

---

<sup>77</sup> Daha detaylı bilgi için bölüm 3'e bakınız.

<sup>78</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 57.

değerlendirilebilir<sup>79</sup>. Bunun için her şeyden önce yapılması gereken tarafların aralarında akdettikleri sözleşmede mücbir sebepleri düzenleyen hükmün devletin yasaklayıcı tutumundan kaynaklanan ifa imkânsızlığını mücbir sebep olarak kabul edip etmediğine bakmak olacaktır. Eğer bu durumu düzenleyen bir mücbir sebep hükmüne sözleşmede yer verilmemiş ise, o zaman yapılması gereken iş, sözleşmeye uygulanacak hukuk kapsamında ortaya çıkan somut durumun mücbir sebep olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin belirlenmesidir. Mücbir sebep olarak değerlendirilen en yaygın olay, ambargo kararları ve sözleşmenin ifasına konu olan mallara devlet tarafından el konulması hususudur<sup>80</sup>.

Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının ihlali sonucunda, sözleşme hukuka veya ahlaka aykırı bir duruma gelecekte bu durum, maddi vakıa olarak kabul edilerek *lex causae* çerçevesinde sözleşmenin geçerliliği değerlendirilir. Bu husus temellerini uluslararası kamu düzeninden almaktadır. Sözleşme taraflarının uluslararası düzeyde kabul görmüş ortak değerlere (kölelik, yolsuzluk, terörizm, tarihi eser kaçakçılığı vb.) aykırı olarak sözleşme yapmamaları beklendiğinden dolayı devletler uluslararası düzeyde kabul gören bu ortak değerleri korumaya yönelik kurallar getirmişlerdir. Türk hukukunda benzer düzenleme mevcut olup örneğin, Borçlar Kanunu m. 19 ve 20'ye<sup>81</sup> göre kamu düzeni ve ahlaka aykırı sözleşmeler batıldır<sup>82</sup>.

Sonuç olarak, Türk hukukunda MÖHUK m. 31'den önce tartışmalı olan ve üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması hakkında mevzuatta somut bir düzenleme olmadan doktrinde bulunan çözüm yolu şu şekilde özetlenebilir. Hâkim, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını *lex causae* kapsamında mücbir sebep veya sözleşmenin geçersizliğine neden olan bir etken olarak dikkate alarak dolaylı yoldan sözleşme ile sıkı ilişki içindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralına etki tanımış olabilir<sup>83</sup>. Ancak, doktrindeki tartışmaların sonucunda ortaya çıkarılmış bu çözüm yolunun, somut bir düzenleme

---

<sup>79</sup> BLESSING, s. 66.

<sup>80</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 82; KÖSOĞLU, s. 162-163.

<sup>81</sup> Sözleşme özgürlüğü, kamu düzeni ve ahlaka aykırı sözleşmelerin geçersizliği konuları 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununda 26 ve 27'inci maddelerde düzenlenmiştir. Bkz. R.G. 04.02.2011– 27836.

<sup>82</sup> KÖSOĞLU, s. 164.

<sup>83</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 86.

olmadan tartışmaları tam anlamıyla ortadan kaldırmayacaktır. Dolayısıyla, MÖHÜK m.31'in düzenlenmesindeki en büyük amaç hukukumuzdaki bu tartışmayı ortadan kaldırmak olabilir<sup>84</sup>. Bunun yanında, Tekinalp yeni 5718 sayılı MÖHUK'un hedeflerini sayarken üç temel noktadan bahsetmiştir<sup>85</sup>. Bu temel noktalar şunlardır:

- Uluslararası standartlar ile uyumlu düzenlemeler yapmak,
- Güncel (çağdaş) yaklaşımlara uygun düzenlemeler yapmak,
- Uluslararası sözleşmelerdeki görüş ve ilkeleri dikkate almak.

Genel manada kanunu oluştururken konulan bu hedefler, kanunun bir maddesi olan MÖHUK m. 31 içinde geçerli olabilecektir.

Tekinalp uluslararası standartlar ile uyumlu ilkeler koymaktan bahsederken hedefi "...tarafsız ve nesnel adalete dayalı, insana ve hukuka saygılı hükümlere yer vermek..."<sup>86</sup> olarak ifade etmiştir. Dolayısıyla, MÖHUK m. 31'in düzenlenmesindeki temel nokta nesnel ve adalete dayalı düzenleme yapmak fikri olabilir.

Uluslararası ticari sözleşmeler yapılırken günümüzde genellikle sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak bir veya birden fazla hukuk seçilmektedir. Hatta bazen hukuk seçiminde objektif bağlama noktaları bertaraf edilerek, sözleşme taraflarının ve/veya sözleşmedeki kuvvetli tarafın menfaati doğrultusunda, sözleşme ile hiçbir bağlantısı olmayan bir hukuk sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilebilmektedir. Bu durum sözleşme serbestisi içinde sözleşmeye taraf olanların menfaatlerini esas alan bir uygulamadır. Ancak, milletlerarası özel hukukun adalet anlayışı ölçüsünde sadece tarafların menfaatini korumak yetmeyebilir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin yapıldığı veya sözleşmenin edimlerinin ifa edileceği veya sözleşmeye konu olan malların bulunduğu ülkenin toplumunun menfaati ayrıca bu toplumun oluşturduğu devletin iktisadi, sosyal-politik menfaatlerinin de korunması

---

<sup>84</sup> GÜNGÖR, s. 5.

<sup>85</sup> TEKİNALP, Gülören, Yeni Kanun Hakkında Temel Açıklamalar, Koç Üniversitesi, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010, s. 19-20. (Yeni Kanun). Benzer fikirler için bkz. GÜNGÖR, Gülin, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Ankara 2007, s. 273. (Yakınlık Yaklaşımı).

<sup>86</sup> TEKİNALP, Yeni Kanun, s. 19.

gerekebilmektedir. Devletler bu tür menfaatlerini korumak amacıyla doğrudan uygulanan kurallar yürürlüğe koymuşlardır, çünkü bu bir gerekliliktir.

Tarafların hukuk seçimi yapmadığı durumlarda, objektif bağlama kuralları çerçevesinde sözleşmeye uygulanacak hukuk tespit edilecektir. Günümüzde, uluslararası ticaretin gelişmesine paralel olarak uluslararası sözleşmeler birçok ülke ile bağlantılı hale gelmiştir. Bu karmaşık ticari ilişkiler içerisinde objektif bağlama kuralları ile bağlama noktaları tespit edilip buna paralel olarak sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenecektir. Örneğin 2675 sayılı MÖHUK m. 24/2'ye göre ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukukudur. Bu yerin de tespit edilememesi durumunda ise sözleşme ile en yakın irtibat halinde bulunan yer hukuku uygulanacaktır. 5718 sayılı MÖHUK m. 24/4'e göre ise, sözleşmeyle en sıkı bağlantı içerisindeki hukuk uygulanacaktır. Yani bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad mesken hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler doğrultusunda kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde ise yerleşim yeri hukuku olacaktır. Karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri olduğu durumlarda söz konusu sözleşme ile en sıkı ilişki içerisindeki hukuk uygulanacaktır. Kanun koyucu bağlama noktalarının tespiti konusunda burada bırakmayıp önemli bir hususu daha düzenlemiştir. Bu da söz konusu sözleşmeye halin bütün şartlarına göre daha sıkı ilişkili bir hukuk olduğu takdirde bu hukukun uygulanabileceğidir. Eski ve yeni düzenlemede bağlama noktaları sayma yoluyla ifade edilmiştir. Bu bağlama noktalarından en uygun olanı tespit edilerek uygulanacak hukuk belirlenecektir. Ancak unutmamak gerekir ki, tespit edilen bu hukuk sözleşmenin bağlantılı olduğu tek hukuk olmayabilir. Daha önce de ifade edildiği üzere günümüz uluslararası ticaretinde birçok devlet aynı sözleşmeden etkilenebilmektedir. Diğer bir ifade ile uluslararası ticari ilişkilerde objektif bağlama kuralları ile tespit edilen hukukun yanında diğer devletlerin hukuk sistemleri de sözleşme ile bağlantılı olabilir<sup>87</sup>. Sözleşme ile yakın bağlantılı devletlerin hukukları ile korunmaya çalışılan kamu hukuku karakterli sosyal, politik ve iktisadi menfaatler olabilir. Dolayısıyla, sözleşmeye uygulanacak hukukun yanında devletlerin bu vazgeçilemez menfaatleri doğrultusunda koyduğu doğrudan uygulanan kurallarının belirli ölçüde uygulanması hakkaniyete uygun olacaktır.

---

<sup>87</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 56-57.

MÖHUK m. 31'in yokluğunda, sözleşmenin ifa yeri (*lex loci solutionis*) hukukundan kaynaklanan sözleşmenin geçersizliğinde çözümün nasıl olacağı tartışma konusu olabilecektir. MÖHUK m. 31'in varlığı halinde, sözleşme edimlerinin ifa yeri sözleşme ile sıkı bağlantı olarak değerlendirilebilir. Bu doğrultuda mahkeme "*lex loci solutionis*" in doğrudan uygulanan kuralları doğrultusunda, sözleşmenin edimlerinin yerine getirilmesinin geçersiz ve kanuna aykırı olduğuna hükmedebilir<sup>88</sup>. O halde, MÖHUK m. 31 olmasa, mahkeme bu durumda ne doğrultuda karar verir? Mahkeme, sözleşmenin edimlerinin ifa edileceği yerin hukukundan kaynaklanan geçersizlikten dolayı, belki sözleşmeye uygulanacak hukuku dikkate almaksızın, Türkiye'nin kamusal/ekonomik çıkarlarını ve itibarını düşünerek sözleşme hükümlerinin yerine getirilemeyeceğine karar verecektir<sup>89</sup>. Ancak bu tercih hukuki bir tercih olmaktan çok siyasi ve ekonomik bir tercih olmuş olur ki bu da mahkemelerin kuruluş amaçları arasında değildir.

Tekinalp'in MÖHUK'un hazırlanmasında konu ettiği diğer hedef ise çağdaş doktrin ve yaklaşımlara uygun düzenlemeler yapmaktır. "Yerli ve yabancı çağdaş yaklaşımlar ... milletlerarası özel hukuk düzenlemelerini etkilemektedir. Bu etkileme sonucu milletlerarası özel hukuk konularındaki *bağlama kriterleri* değişmekte ve bu da konsept değişikliğine sebep olmaktadır"<sup>90</sup>. Örneğin, *Lex causae* dışında sözleşme ile sıkı ilişki içerisinde bulunan bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına duyulan ihtiyaç *Alnati* davasının<sup>91</sup> kararında açıkça vurgulanmıştır. Hollanda Yüksek Mahkemesi yabancı bir devletin hukukunun kendi sınırları dışında da uygulanmasının önemli olduğu durumlarda, Hollanda mahkemelerinin bu durumu dikkate alabileceğini ifade etmiştir. Mahkeme, önemli durumlarda ilgili devletin hukukunun uygulanmasına tarafların seçtikleri hukuktan önce ve öncelikli olarak uygulanması gerektiğine hükmetmiştir<sup>92</sup>. Başka bir ifadeyle, burada tarafların hukuk seçiminin üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları ile sınırlanabileceği ve bu kuralların öncelikli olarak uygulanması gerektiği

---

<sup>88</sup> CLARKSON, Chris M./HILL, Jonathan, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2<sup>nd</sup> ed., London 2002, s. 249.

<sup>89</sup> CLARKSON/HILL, s. 249.

<sup>90</sup> TEKİNALP, Yeni Kanun, s. 20.

<sup>91</sup> *Nederlandse Jurisprudentie* 1967, s. 3; *Rev Crit* 1967, s. 522, bkz. NORTH/FAWCETT/CARRUTHERS, s. 729.

<sup>92</sup> NORTH/FAWCETT/CARRUTHERS, s. 728-729.

ifade edilmiştir<sup>93</sup>. Hollanda Yüksek Mahkemesi, uluslararası ve ulusal düzeyde herhangi bir yazılı bir metin bulunmamasına rağmen, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devlete ait bazı kuralların uyumsuzluğa uygulanabileceğine hükmetmiştir<sup>94</sup>. Denilebilir ki *Alnati* kararı Roma Konvansiyonu'nda sözleşme ile yakın ilişki içerisindeki üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını düzenleyen 7/1 maddesinin temelini oluşturmuştur<sup>95</sup>.

Benzer bir sonuca *Sensor* davasında<sup>96</sup> da ulaşılmıştır. Bu davada, Hollanda Asliye Hukuk Mahkemesi hâkimi, Hollanda mahkemelerinin yabancı bir devletin mevzuatının emredici hükümlerinin Hollanda kanunlarına nazaran, öncelikli olarak uygulamakla yükümlü oldukları yönünde karar vermiştir. Ancak olayda, mahkeme üçüncü devletin sözleşme ile sıkı bağlantısı olmamasından dolayı sözleşme ile bağlantılı üçüncü devletin kurallarını uygulamayı reddetmiştir.

Sözleşme ile yakın ilişki içerisindeki üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması noktasında Kıta-Avrupa ile *common law* sistemi farklı yaklaşımlar sergilemektedir<sup>97</sup>. Kıta Avrupa'sındaki devletler (özellikle Hollanda ve İsviçre) uygulama konusunda daha olumlu yaklaşırken *common law* sistemi (örneğin İngiltere ve Avustralya) ise dirençli bir yaklaşım sergilemektedirler<sup>98</sup>. Hollanda, yukarıda ifade edilen mahkeme kararlarında ifade edildiği üzere, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına olumlu yaklaşmıştır. İsviçre'de de benzer uygulamalar söz konusu olup bu konu da İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk düzenlemelerinde açıkça yer almıştır. İngiltere ise bazı mahkeme kararlarında, kendi kanunlarına göre geçerli olan sözleşmeleri, sözleşme ile sıkı bağlantılı olan üçüncü ülkelerin hukuklarını dikkate olarak geçersiz kılmıştır<sup>99</sup>. Ancak, bu tutuma rağmen İngiltere Roma Konvansiyonu'nun sözleşme ile sıkı ilişki

---

<sup>93</sup> KÖSOĞLU, s. 158.

<sup>94</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 57.

<sup>95</sup> NORTH/FAWCETT/CARRUTHERS, s. 729.

<sup>96</sup> *Compagnie Europeenne des Petroles S.A v. Sensor Nederland B. V.* [1983] E.C.C. 532.

<sup>97</sup> ÖZEL, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008, s. 169. (Ticari Tahkim).

<sup>98</sup> ÖZEL, Ticari Tahkim, s. 169; CHUKWUMERİJE, Okezie, Choice of Law in International Commercial Arbitration, London 1994, s. 185-186.

<sup>99</sup> *Regazzoni v. KC Sethia (1944) Ltd* [1958] AC 301; *Ralli Brothers v. Compania Naviera Sota y Aznar* [1920] 2 KB 287 (CA).

içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını düzenleyen 7/1 maddesine çekince koymuştur. Benzer tutumunu başta Roma I Tüzüğü için de sergilemiş ancak daha sonra katılma bildirgesi yayımlayarak Roma I Tüzüğü'ne taraf olmuştur<sup>100</sup>. Kanada'nın tutumu<sup>101</sup> tam belirgin olmamakla birlikte Amerika Birleşik Devletleri'nin daha liberal bir yaklaşım sergilediğini söylemek yanlış olmayacaktır<sup>102</sup>. Çünkü Amerikan Kanunlar İhtilafı Hukuku, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına izin vermektedir<sup>103</sup>. Amerika'nın kanunlar ihtilafı kurallarını düzenleyen *Restatement II* de tarafların belirlediği hukuka rağmen sözleşme ile bağlantı içerisindeki üçüncü bir devletin emredici hükümlerinin uygulanabileceğini düzenlemiştir<sup>104</sup>. *Common law* sistemine sahip ülkelerin başka bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını tamamen kabul etmede isteksiz olmalarının temel nedeni sözleşmeye uygulanacak hukukun önceden belirlenemeyecek olmasından dolayı ortaya çıkacak belirsizlik endişesidir<sup>105</sup>.

Doktrinadaki tartışmalara rağmen birçok ülkenin (özellikle Avrupa'da) pozitif hukuk düzenlemelerinde sözleşme ile sıkı irtibatlı üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına yer verilmiş veya verilmeye başlanmıştır<sup>106</sup>.

---

<sup>100</sup> Birleşik Krallık, 17 Haziran 2008 yılında kabul edilen Roma I Tüzüğü'ne, 24 Temmuz 2008 tarihinde katılma bildirimini ile taraf olmuştur. Bu tarihten sonra Roma I Tüzüğü'nün hükümleri kendi iç hukukunda doğrudan uygulanacağından dolayı artık Birleşik Krallık'ın üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları konusunda dirençli bir yaklaşım içinde olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Ancak hemen bir hususu ilave etmekte yarar olduğu kanaatindeyiz; "case law" un egemen olduğu hukuk sisteminde uygulamanın nasıl gelişeceğini izlemekte yarar vardır. Birleşik Krallık'ın Avrupa Birliği Konseyine sunmuş olduğu katılım bildirgesi için bkz. (<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st12/st12143.en08.pdf>, erişim 15 Kasım 2010).

<sup>101</sup> Quebec Medeni Kanunu'nun 3079'uncu maddesine göre "meşru ve üstün çıkarlar gerektirdiği takdirde uyuşmazlığın sıkı bağlantıya sahip olduğu diğer bir devletin emredici hükümlerine etki verilebileceği; bunun için hükmün amacı ve uygulamasından doğacak sonuçların dikkate alınması gerektiği" ifade edilmiştir. Bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 60.

<sup>102</sup> CHUKWUMERİJE, s. 185.

<sup>103</sup> CHUKWUMERİJE, s. 185.

<sup>104</sup> 1971 Tarihli Restatement II, paragraf 187, bkz. SYMEONIDES, Symeon, *American Private International Law*, The Netherlands 2008, s. 197-198.

<sup>105</sup> Temel faktör olarak Birleşik Krallık'ın diğer *common law* ülkeleri üzerindeki etkinliği yadsınamaz. Yukarıda ifade edilen çekince genellikle İngiltere'deki hukukçular tarafından dile getirilmiş ve diğer *common law* ülke hukukçuları da bu çekinceye katılmışlardır. Bkz. CHUKWUMERİJE, s. 185-186.

<sup>106</sup> NOMER/ŞANLI, s. 182.

MÖHUK m. 31 düzenlemesindeki diğer önemli unsur ise uluslararası sözleşmeler ile uyumlu olması esaslıdır. Çeşitli uluslararası metinlerde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları kendisine yer bulmuştur. Bu duruma verilebilecek en güzel örneklerden biri; Acente Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Konvansiyonu'nun 16. maddesidir<sup>107</sup>. Bu maddeye göre, tarafların hukuk seçimi ne olursa olsun sözleşme ile sıkı ilişki içerisinde bulunan devletin doğrudan uygulanan kurallarını uygulanmak zorundadır<sup>108</sup>. Konvansiyonun gerekçesine ilişkin olarak düzenlenen raporda<sup>109</sup> bu hükmün üçüncü devletin emredici kurallarının uygulanması için güçlü gerekçeler olduğu durumlarda uygulanabileceği ifade edilmiştir<sup>110</sup>. Bu konudaki en önemli uluslararası düzenleme Roma Konvansiyonu idi. MÖHUK'u hazırlama komisyonu m. 31'in hazırlanmasında Roma Konvansiyonu'nu ve kanunu hazırlarken henüz taslak halinde olan ve 2008 yılında yürürlüğe giren Roma I Tüzüğü'nü de dikkate almıştır. Ancak Roma I Tüzüğü'nün oluşturulması esnasında en çok tartışılan konularından biri olması itibarıyla son ana kadar Tüzüğün ilgili maddesi netleştirilememiştir. Roma I Tüzüğü'ndeki düzenleme, yeni MÖHUK'un çalışmaları sırasında Roma Konvansiyonu'ndaki düzenleme ile paralellik gösteriyordu. Bu sebeple MÖHUK'u hazırlayan Komisyon, Roma Konvansiyonu'nun sözleşme ile sıkı ilişki içindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını düzenleyen m. 7/1'e göre yeni düzenlemeyi yapmıştır. Ancak, Roma I Tüzüğü'ndeki sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları maddesinin taslak hali üzerinde yapılan şiddetli tartışmaların sonucunda<sup>111</sup>, son anda madde metninde önemli değişiklikler yapılarak, Roma I Tüzüğü 2008 yılında kabul edilmiştir. Yapılan bu değişiklikler sonucunda, ilgili madde, Roma Konvansiyonu'ndaki 7'inci maddeden farklı şekilde düzenlenmiştir. Sonuç olarak, Roma Konvansiyonu'na paralel bir düzenleme yapılarak 2007 yılının sonunda yürürlüğe giren MÖHUK'un 31. maddesi, Avrupa Birliği'nin güncel düzenlemesi olan Roma I Tüzüğü'ndeki hükümden farklı olmuştur. Burada

---

<sup>107</sup> CHUKWUMERİJE, s. 188.

<sup>108</sup> CHUKWUMERİJE, s. 188.

<sup>109</sup> KARSTEN, I.G.F., Rapport Explicatif, Conference de La Haye de droit international prive, Actes et documents de la treizieme session, IV, Contrats d'intermediaires, s. 404, ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 59'dan naklen.

<sup>110</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 59.

<sup>111</sup> HARRIS, Jonathan, Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation, in FERRARI, Franco/LEIBLE (eds), Stefan, Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, Munich 2009, s. 269.



düşünülmesi gereken husus; MÖHUK m. 31'in uluslararası sözleşmelerdeki görüş ve ilkelerden geri kalıp kalmadığıdır.

## **V. MÖHUK M. 31'İN UYGULANMASI VE UYGULAMA SORUNUNUN İNCELENMESİ**

Bilgimiz dâhilinde MÖHUK m. 31'e ilişkin yargıya intikal etmiş bir durum henüz olmamıştır. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere MÖHUK m. 31 hazırlanırken Roma Konvansiyonu'nun 7/1'inci maddesi model olarak alınmıştır. Dolayısıyla Konvansiyonun 7/1'inci maddesi için yapılan değerlendirmeler ve tartışmalar ışığında madde 31'in uygulamasında ortaya çıkması muhtemel sorunları ve bunların nasıl bertaraf edileceğini ortaya koymaya çalışacağız.

Konunun detayına girmeden önce MÖHUK m. 31'in neyi düzenlemekte olduğunu, kanunun ifadesini kullanarak açıklamanın daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Doğrudan uygulanan kurallar başlığı altında düzenlenen madde, aşağıda ifade edildiği şekilde düzenlenmiştir: “Sözleşmeden doğan ilişkinin tabii olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına *etki tanınabilir*. Söz konusu kurallara *etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır.*”<sup>112</sup> Kanun maddesi dikkatlice analiz edilirse görülecektir ki MÖHUK m. 31'in kendisine uygulama alanı bulabilmesi için temelde aranan iki unsur vardır: Birincisi, sözleşme ile “sıkı ilişki” içinde değildir. İkincisi ise, korunmaya değer üstün bir menfaatin varlığıdır<sup>113</sup>.

Bu unsurlardan birincisi, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanma alanı bulabilmesi için, doğrudan uygulanan kuralların ait olduğu ülke ile sözleşme arasında sıkı ilişki olmalıdır<sup>114</sup>. Başka bir ifade ile üçüncü devlet sözleşme ile yakından ve gerçekten bağlantılı olmalıdır. Ancak bu sıkı ilişkinin tespiti her zaman aynı açıklıkta ve kolaylıkta olmamaktadır. Bundan dolayı sıkı ilişkinin tespitinde bazı sorunlar ve eleştiriler ile karşılaşmaktadır.

---

<sup>112</sup> MÖHUK m. 31'in Roma Konvansiyonu'nun 7/1'inci maddesinden temel farkı; MÖHUK'ta “kurala sadece etki tanınması ihtimaline değil; aynı zamanda kuralın uygulanması ihtimaline de yer verilmiştir.” Bkz. BAYATA CANYAŞ, s. 160.

<sup>113</sup> DOĞAN, s. 308-309; EKŞİ, s. 161-162; NOMER/ŞANLI, s. 325-326.

<sup>114</sup> NOMER/ŞANLI, s. 326.

Bu sorunlardan birincisi sıkı ilişki değerlendirilirken hangi unsurlar göz önüne alınmalı ve bu unsurların ağırlığı/derecesi ne olmalı sorusudur<sup>115</sup>. Sıkı ilişkinin tespitinde dikkate alınması gereken kriterler olarak doktrinde genel kabul gören görüş yerleşim yeri, mutad mesken, tüzel kişilerin merkezi, ifa mahalli gibi maddi bağlama kriterleridir<sup>116</sup>. Burada sıkı ilişkiyi ortaya koyan bu bağlama noktaları sözleşmelerin bir veya iki devletle ilişkisi olduğu durumlarda belki olayın çözümünde yararlı olacaktır. Ancak, günümüzde ticari hayat o kadar karmaşıklaşmıştır ki yukarıda belirtilen bağlama noktaları sonucunda, birçok devlet sözleşme ile sıkı bağlantılı konuma gelmektedir. Diğer bir ifadeyle sözleşmenin ifa yeri bir devleti, borçlunun ikametgâhı bir başka devleti, sözleşmenin yapıldığı yerin bunların dışında bir başka devleti işaret ettiği durumlarda, hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta bütün bu ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarını sözleşmeye/uyuşmazlığa uygulayacak mıdır? Bu durum sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda bir belirsizlik meydana getirir mi? Özellikle *common law* sistemine bağlı hukukçular tarafından dile getirilen sözleşme ile sıkı ilişki içerisinde bulunan üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının, sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda belirsizlik yaratacağı eleştirisi<sup>117</sup> dikkate alınmalıdır. Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımak, tarafların hukuk seçimi iradesini sınırlar. Tarafların serbest iradeleri ile sağladığı kesinlik ve belirlilik, Roma Konvansiyonu'nun 7/1 maddesi kapsamında ortadan kalkmaktadır. Bu düzenleme, tarafların hukuk seçimi ile belirledikleri hukuka istisna getirmekte ve taraflarca seçilen veya objektif bağlama kuralları sonucu tespit edilen hukukun uygulanmasını engellemektedir. Bu engelleme ile ortaya çıkan duruma belirsizlik denebilir. Ancak unutulmaması gereken nokta, devletler her ne kadar taraflara kendi menfaatlerini korumak için sözleşme ile hukuk seçme izni vermişse de devletler aynı zamanda toplumun üstün menfaatlerini de korumak ve kollamak durumundadırlar<sup>118</sup>. Dolayısıyla doğrudan uygulanan kurallar sözleşme tarafları için bir belirsizlik ortaya koyuyor olabilir ancak aynı kurallar, toplumun menfaatleri açısından bir belirlilik ortaya koymayı amaçlamaktadır.

---

<sup>115</sup> CLARKSON/HILL, s. 228.

<sup>116</sup> DOĞAN, s. 309; KÖSOĞLU, s. 160; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 70.

<sup>117</sup> NORTH/FAWCETT/CARRUTHERS, s. 738; KÖSOĞLU, s. 168.

<sup>118</sup> CHUKWUMERIE, s. 187.

Diğer temel sorun ise, “sıkı ilişki” kavramı ile tam olarak ne anlaşılması gerektiğidir<sup>119</sup>. Sıkı ilişkinin derecesinin ne olması gerekir ki MÖHUK m. 31 uygulama alanı bulabilsin<sup>120</sup>? Zira MÖHUK 31. maddesinde “... sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir” ifadesine yer vermiştir. Kanun koyucu madde metninde “sözleşme ile sıkı bağlantı olduğu takdirde” ifadesi kullanıyor ancak neyin sözleşme ile sıkı bağlantı içerisinde olması gerektiğini açık bir şekilde ortaya koymuyor. Diğer bir ifadeyle, sözleşme ile sıkı ilişki içinde olması gerekenin üçüncü devletin hukuku mu yoksa üçüncü devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının mı olduğu açık değildir. Maddenin gerekçesine baktığımız zaman “Bu tip [doğrudan uygulanan] kuralların sözleşme ile ilgili üçüncü devlet hukukunda yer alması halinde de sözleşmeyle ilişkisinin güçlü olması şartıyla dikkate alınabileceği...”<sup>121</sup> ifadesini buluruz. Buradan anlaşılması gereken, sözleşme ile üçüncü devletin hukukunun sıkı bağlantı içerisinde olmasıdır. Ancak bu bağlantı tek başına yeterli değildir. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının da sözleşme ile sıkı bağlantı içerisinde olması gerekir. Bu durumu tamamlayıcı unsur olarak değerlendirebiliriz. Zira Roma Konvansiyonu madde 7/1’in uygulanması noktasında doktrinde benzer yaklaşımlar olmuştur<sup>122</sup>.

Bayata Canyaş ise sıkı ilişkinin ne şekilde ortaya çıkabileceği noktasında ikili bir ayırım yapmıştır. Birinci ayırıma göre, sıkı ilişki öncelikle sözleşme ile üçüncü ülkenin hukuku arasında kurulmalıdır. Daha sonra ise, sözleşme ile hukuku arasında sıkı ilişki kurulan devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınıp tanınmayacağını değerlendirilmesiyle sıkı ilişkinin belirlenmesidir. İkinci ayırım ise, direkt olarak üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının sözleşme üzerindeki etkisi nedeniyle etki tanınması sonucu sıkı ilişkinin kurulmasıdır<sup>123</sup>. Bu ikili ayırımın pratik sonucu takdir yetkisini kullanmadaki sınırların ortaya konmasıdır<sup>124</sup>. Zira birinci ihtimalde,

---

<sup>119</sup> NOMER/ŞANLI, s. 326.

<sup>120</sup> CLARKSON/HILL, s. 228.

<sup>121</sup> Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), s. 22; TİRYAKIOĞLU/AYGÜN/KÜÇÜK, s. 147.

<sup>122</sup> The Harvard Law Review Association, Article 7(1) of the European Contracts Convention: Codifying the Practice of Applying Foreign Mandatory Rules, *Harvard Law Review* 2001, Vol.114, No.8, s. (2462-2477) 2475.

<sup>123</sup> BAYATA CANYAŞ, s. 157.

<sup>124</sup> BAYATA CANYAŞ, s. 157.

üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, sözleşmeye direkt olarak etki etmemiştir. Ancak hâkim, karşılıklılık, uluslararası işbirliği ve uyum gibi genel kabul gören ilkeler neticesinde sözleşme ile üçüncü bir ülkenin hukuku arasında sıkı ilişki tespitini yapar. Daha sonra ise, hâkim, sıkı ilişki tespit edilen ülkenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınıp tanınmayacağına karar verir. Bu ihtimalde, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları sözleşmenin hükümlerinin yerine getirilmesinde bir olumsuzluk meydana getirmemiştir. Ancak, sözleşmenin edimlerinin sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının ihmal edilerek yerine getirilmesine hâkimce izin verilmesi halinde, yukarıda belirtilen ilkelere aykırı hareket edilmiş olunur. İkinci olasılıkta ise üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kuralları sözleşmeye doğrudan etki etmiş durumdadır. Örneğin, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir ülkenin ithalat-ihracat yasağı sonucu tarafın veya tarafların edimlerinin ifası imkânsız hale gelmiş olabilir. Eğer ifa imkânsız hale gelmiş ise, hâkimin yapması gereken iş, var olan bu somut durum için üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınıp tanınmayacağına karar vermesidir. Hemen belirtelim ki burada hâkimin takdir yetkisi birinci olasılığa göre daha sınırlıdır<sup>125</sup>.

Diğer bir eleştiri ise yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesi için gerekli olan “sıkı ilişki” kriterinin çok geniş kapsamlı olmasıdır. “Sıkı ilişki” kriterinin kapsamının belirlenememesi nedeniyle bu kriterin mevzuat düzenlemesi için uygun olmadığı görüşü ortaya konmuştur<sup>126</sup>. Belki de bu görüşe verilen önemin sonucunda, Roma Konvansiyonu’ndaki “sıkı ilişki” kriteri Roma I Tüzüğü’nde kullanılmamıştır. Yerine “sıkı ilişki” kriterinden daha dar kapsamlı bir ifade tercih edilmiştir. Roma I Tüzüğü madde 9/3’deki ifadede sadece “sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ifa edileceği veya ifa edildiği ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına...<sup>127</sup> etki tanınabileceği belirtilmiştir. Maddenin devamında ise, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına ancak sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kılması halinde etki tanınabileceğini ifade edilmiştir. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere *common law* hukukçularının etkin eleştirileri ve talepleri sonucu sıkı ilişki kıstası terk

---

<sup>125</sup> BAYATA CANYAŞ, s. 157-163.

<sup>126</sup> NORTH/FAWCETT/CARRUTHERS, s. 738.

<sup>127</sup> Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 385.

edilerek yerine daha dar kapsamlı olan bir düzenleme yapılmıştır<sup>128</sup>. *Common law* sisteminin uygulamasına yakın bu yeni yaklaşım,<sup>129</sup> sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının sözleşmeye belirsizlik getirdiği eleştirisini sınırlamıştır.

Sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesi için gereken ikinci unsur ise korunmaya değer üstün bir menfaatin varlığıdır. Burada hâkimin kendi hukuk anlayışına göre, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasında doğrudan kuralları uygulanan devletin korunmaya değer üstün bir menfaatinin olup olmadığının tayinini yapması gereklidir. Yapılan bu tayin sonucunda hâkim doğrudan uygulanan kuralları uygulanacak devletin korunmaya değer üstün bir menfaati olduğuna karar verir ise, hâkim tarafından yapılması gereken işlem, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıyıp tanınmayacağına karar vermesidir<sup>130</sup>. Hâkim bunu yaparken ilgili kuralın yapısına, amacına, uygulandıklarında ve uygulanmadıklarında ortaya çıkacak sonuçlara bakacaktır. Dikkat edilir ise burada hâkime yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıyıp tanımama noktasında bir takdir yetkisi verilmiştir. Verilen bu takdir yetkisi sebebiyle, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki her devletin doğrudan uygulanan kurallarının doğrudan uygulama alanı bulamayacağı açıktır<sup>131</sup>.

Kanun koyucu, yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının hangi şartlar altında uygulanacağını hâkime takdir yetkisi bırakarak hüküm altına almıştır. Yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına hâkime verilen bu takdir yetkisi ile sınırlama getirilmiştir. Ancak getirilen bu sınırlama, olası bütün sorunları ortadan kaldırmaya yetmiyor ve yeni sorunlar ortaya çıkarıyor denilebilir. En büyük sorun hâkimlere tanınan açık takdir yetkisinin sonucu ortaya çıkabilecek farklı uygulamadır<sup>132</sup>. Hâkimler, bu geniş takdir yetkisine istinaden, olayları kendi anlayışlarına göre yorumlayıp benzer olaylarda farklı kararlar verebilirler. Çünkü, kanun koyucu sözleşme ile sıkı bir ilişki içinde olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını uygulayıp uygulamama konusunda hakime verilen takdir yetkisinin

---

<sup>128</sup> HARRIS, s. 269.

<sup>129</sup> BRIGGS, Adrian, *The Conflict of Laws*, 2nd ed., Oxford 2008, s. 181.

<sup>130</sup> DOĞAN, s. 309.

<sup>131</sup> EKŞİ, s. 162.

<sup>132</sup> PAUKNEROVA, s. 34.

hakim tarafından kullanılırken destek alınacak spesifik objektif kriterler koymamıştır. Verilen ölçütler ise, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralının amacına, niteliğine, muhtevasına ve sonuçlarına bakma şeklindeki genel ölçütlerdir<sup>133</sup>. Kanun koyucu genel ölçütler koymayı kasıtlı olarak tercih etmiş olabilir. Zira her somut durumu kanun ile düzenlemek imkânsız olduğundan, kanun koyucu kanunu soyut olarak bırakıp hâkimlerin her somut dava için değerlendirme yapmasına imkân vermiştir. Hâkim, önüne gelen somut olayın özelliklerini dikkate alarak, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarını uygulama veya uygulamama yönünde karar verecektir. Hâkim, yaptığı değerlendirme sonucunda, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımama yönünde bir karar verebilir. Bu durumda hâkimden beklenen davranış ise, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını hangi gerekçeler ile uygulamadığını ortaya koymasındır<sup>134</sup>.

Hâkimin takdir yetkisi geniş olmasına rağmen sınırsız değildir. Hâkimin sözleşme ile sıkı bağlantı içerisinde bulunan üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıyabilmesi için bu kuralların hâkimin hukuku ile bağdaşabilir olması gereklidir. Burada “bağdaşmadan” kastedilen “. . .hâkimin hukukunun bütünü ile bağdaşması değil, temel değerleri ile bağdaşması. . .”<sup>135</sup> dır. Temel değerlere aykırı ise o zaman kamu düzeni müdahalesi gerekecektir. Böyle bir durumda, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı bulması mümkün değildir. Zira hâkim her şeyden önce “kendi hukukunun temel değerlerini korumakla yükümlüdür”<sup>136</sup>.

Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıyabilmesi için normun uygulanması gerektiği inancının hâkimde oluşması gerekmektedir<sup>137</sup>. Buradaki esas nokta sözleşmeye uygulanacak olan üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının yabancılik unsuru taşıyan bir sözleşmeye uygulanacağına ilişkin bir inancın oluşmasıdır. Tabii ki bunu yaparken uygulanacak kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu, kanunlar ihtilafı kurallarını bertaraf eden üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını tanımlamamış ve

---

<sup>133</sup> NOMER/ŞANLI, s. 326.

<sup>134</sup> DOĞAN, s. 308.

<sup>135</sup> DOĞAN, s. 309.

<sup>136</sup> DOĞAN, s. 309.

<sup>137</sup> DOĞAN, s. 308.

hangi kuralların müdahaleci kurallar olduğunu da saymamıştır<sup>138</sup>. Dolayısıyla yapılması gereken hangi kuralların doğrudan uygulanan kurallar olduğunun tespit edilmesidir. Bu tespit yapılırken doğrudan uygulanan kuralların ait olduğu devletin hukukundan istifade edilecektir<sup>139</sup>.

Kuralın amacı, normun doğrudan uygulanan bir kural olup olmadığı konusunda hâkime yön verir<sup>140</sup>. Ancak kuralın amacını, kanunun ifadesinden açık olarak her zaman anlamak mümkün olmayabilir. Bu durumda kuralı koyan devletin kuralı koymadaki amacına bakmak gerekmektedir<sup>141</sup>. Zira kuralı koyan devlet, koyduğu kuralın doğrudan uygulanan bir kural olup olmadığına tespitini en iyi kendisi yapacaktır<sup>142</sup>. Ancak, kuralı koyan devletin hukukunda veya mahkeme kararlarında bu konuda açıklık yoksa sözleşme ile sıkı ilişki içinde bulunan üçüncü devletin hukukunu uygulayacak olan hâkim kuralın doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığını kendi hukukuna göre belirleyebilecektir<sup>143</sup>.

### **DEĞERLENDİRME**

Roma Konvansiyonu'nun 7. maddesinin birinci fıkrası, Konvansiyondaki düzenlemeler içerisinde en fazla tartışılan bölüm olmuştur<sup>144</sup>. Bu madde Konvansiyonun hazırlık çalışmaları sırasında,<sup>145</sup> sonrasında ve Roma I Tüzüğü'nün hazırlanması aşamasında çok tartışılmıştır. Bu tartışmaların sonucu olarak, Konvansiyona taraf devletlere Konvansiyonun 7'nci maddesinin 1'inci fıkrasını uygulamama konusunda antlaşmaya çekince

---

<sup>138</sup> Roma Konvansiyonu'nun en çok eleştirilen noktalarından bir tanesi doğrudan uygulanan kuralların tanımının yapılmamasıdır. Bu eleştiri dikkate alınmış ve Roma I Tüzüğü'nün 9/1 maddesinde doğrudan uygulanan kuralların tanımı yapılmıştır. Bkz. PAUKNEROVA, s.36-39.

<sup>139</sup> EKŞİ, s. 161-162.

<sup>140</sup> DOĞAN, s. 308; "Doğrudan uygulanan kuralları mevzuat içinde sistematik bir şekilde bulabilmek mümkün değildir. Bunları tespit edecek bir tanımlamada bulunmamaktadır. Mevzuat içindeki bir kanun bütün olarak doğrudan uygulanan kural olabileceği gibi, bir kanunun bir veya birkaç maddesinde bu niteliği taşıyabilir. Bir kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığı kanunun ifadesinden ya da korumayı amaçladığı yarara bakılarak tespit edilebilir." Bkz. ERTEN, s. 252-253. (Yazarın metin içine yapmış olduğu atıflar dikkate alınmamıştır.)

<sup>141</sup> DOĞAN, s. 186-187.

<sup>142</sup> CLARKSON/HILL, s. 225.

<sup>143</sup> EKŞİ, s. 174.

<sup>144</sup> KÖSOĞLU, s. 166.

<sup>145</sup> EKŞİ, s. 168.

koyma hakkı Konvansiyonun 22/1(a)<sup>146</sup> maddesi uyarınca tanınmıştır<sup>147</sup>. Bu izin doğrultusunda Birleşik Krallık,<sup>148</sup> Almanya,<sup>149</sup> İrlanda, Lüksemburg, Letonya, Portekiz ve Slovenya çekince koyarak bu Konvansiyonun 7/1 maddesini uygulamaktan imtina etmişlerdir<sup>150</sup>.

Roma I Tüzüğü'nde düzenlenen sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını ise Danimarka dışında Avrupa Topluluğu'ndaki bütün devletler kabul etmiş ve uygulamaya koymuştur. Roma I Tüzüğü'nde Roma Konvansiyonu'na çekince koyan devletlerin sözleşme ile sıkı bağlantı içerisindeki üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını uygulama noktasındaki endişelerini gideren nasıl bir değişiklik olmuştur ki bu devletler Roma I Tüzüğü'nde konuyu düzenleyen m. 9/3'ü kabul etmişlerdir?

Roma Konvansiyonu madde 7'ye getirilen temel eleştirilerden olan doğrudan uygulanan kuralların tanımının yapılmaması<sup>151</sup> sonucu nelerin doğrudan uygulanan kurallar kapsamında kabul edileceğinin bilinmemesi eleştirisi<sup>152</sup> Roma I Tüzüğü hazırlanırken dikkate alınmıştır<sup>153</sup>. Tüzük, bu

---

<sup>146</sup> Roma Konvansiyonu'na dâhil olan her akit devletin Konvansiyonu imzalarken, kabul ederken, katılırken veya onaylarken Roma Konvansiyonu'nun 7/1'inci hükmünün uygulanması konusunda çekince koyabileceğini düzenleyen maddesidir.

<sup>147</sup> Roma Konvansiyonu'nun 7/1'inci maddesine çekince konmasına izin verilmesinin bir nedeni üye devletlerin hukuk sistemlerinde doğrudan uygulanan kurallar konusunda farklı uygulamalar olmasıdır. Diğer nedeni ise maddenin uygulanacak hukuk konusunda belirsizlik yaratması endişesinin varlığıdır. Başka bir ifadeyle, bu maddenin uygulamada meydana getireceği sorunlar ve zorluklar ile ilgili endişeler nedeniyle bu maddeye çekince konulmasına olanak tanınmıştır. Daha detaylı bilgi için bkz. EKŞİ, s. 173-174; GUIULIANO, Mario/LA-GARDE, Paul, Report on the Convention of the Law Applicable to Contractual Obligations, OJ 1980 C282, s. (1/50) 28.

<sup>148</sup> Bkz. Section 2(2) of the Contracts (Applicable Law) Act 1990; MILES, Wendy/WHEELER, Sarah, England & Wales, in Global Legal Group, The International Comparative Legal Guide to International Arbitration 2010: A Practical Cross-Border Insight into International Arbitration, s. (116-128) 119, (<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/3807.pdf>, erişim 31 Mart 2011).

<sup>149</sup> Almanya Roma Konvansiyonu'nun kanunlaştırma sürecinde değerlendirmede bulunurken her ne kadar bir kesim Konvansiyon'un 7/1'inci maddesinin kabul edilmesini gerektiğini savunsa bile ağırlıklı bir grup bu maddeyi "tehlükeli denizanası (gefaerliche Qualle)" olarak değerlendirmiştir. Detay bilgi için bkz. JUNKER, Abbo, Empfiehlt es sich, Art. 7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund der bisherigen Erfahrungen za praezisieren? 20 (2000) 2 IP Rax, s.72, EKŞİ, s. 173'den naklen.

<sup>150</sup> NORTH/FAWCETT/CARRUTHERS, s. 738, dn. 627.

<sup>151</sup> 5718 sayılı MÖHUK'ta doğrudan uygulanan kuralların tanımı yapılmamıştır.

<sup>152</sup> NORTH/FAWCETT/CARRUTHERS, s. 729.

<sup>153</sup> BONOMI, Andrea, Mandatory Rules in Private International Law the Quest for Uniformity



bağlamda madde 9/1'de doğrudan uygulanan kurallara bir tanım getirmiş ve nelerin doğrudan uygulanan kurallar olduğunu ifade etmiştir<sup>154</sup>. Roma I Tüzüğü ile getirilen bu tanımın kaynağını *Arblade* davası<sup>155</sup> oluşturmuştur.

Diğer önemli nokta ise, Konvansiyonda kullanılan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıma konusunda kullanılan “sıkı ilişki” kriteri yerine daha dar kapsamlı bir düzenleme ile “sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ifa edileceği veya ifa edildiği ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına” etki tanınabileceği kriterinin getirilmesidir. Bu yeni düzenleme Konvansiyon'un 7/1'inci maddesine çekince koyan pek çok devleti rahatlatan bir düzenleme olmuştur. Zira Tüzük ile getirilen bu yeni düzenleme ile doğrudan uygulanan kurallara etki tanınabilecek sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki devlet sayısı sınırlanarak sözleşmeye “belirlilik ve öngörülebilirlik” getirilmek amaçlanmıştır. Dikkat edilecek olursa Tüzük ile getirilen bu yeni düzenleme Bayata Canyaş tarafından ifade edilen ve yukarıda bahsedilen üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının sözleşme üzerindeki direkt ve ihmal edilemeyecek derecede sonuç doğuran durumlarda etki tanınması yönünde olmuştur<sup>156</sup>. Maddenin devamında ise doğrudan uygulanan kurallara sözleşmenin ifasını imkânsız kıldığı takdirde etki tanınabileceğine hükmetmiştir. Bu durum ambargo, ithalat-ihracat yasakları gibi sözleşmeye temelden etki eden doğrudan uygulanan kurallara işaret etmektedir.

Ancak Tüzük ile getirilen bu yeni düzenleme her zaman için geçerli adil bir düzenleme midir? Roma I Tüzüğü ile getirilen bu sınırlama her durum için doğru bir uygulama mıdır? Roma I Tüzüğü madde 9/3 ile getirilen düzenleme ile üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının kapsamı daraltılmıştır<sup>157</sup>. Bu kapsam daraltması ile sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda belirlilik ve öngörülebilirlik sağlanmaktadır. Ancak, maddenin uygulamasının sadece

---

Decisions in a Global Environment I, in SARCEVIC, Petar and VOLKEN, Paul, Yearbook of Private International Law, Vol. I, Hague 1999, s. 21.

<sup>154</sup> “Doğrudan uygulanan kurallar, bir devletin politik, sosyal veya ekonomik yapısı gibi kamusal menfaatlerini koruması nedeniyle o devlet tarafından bu kuralların kapsamına giren her türlü durumda işbu Tüzük uyarınca o sözleşmeye uygulanacak hukuka bakılmaksızın uygulanacak derecede önemli görülen kurallardır.” Roma Tüzüğü m. 9/1'in çevirisi için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 385.

<sup>155</sup> *Arblade Cases* C-369/96 [1999] ECR I-8453 and C-374/96[1998] ECR I-8385, para. 31.

<sup>156</sup> BAYATA CANYAŞ, s. 164.

<sup>157</sup> HARRIS, s. 269.

sözleşmenin ifa edildiği veya ifa edileceği yerin doğrudan uygulan kuralları ile sınırlı olması başka problemleri beraberinde getirmektedir<sup>158</sup>. Örneğin; yapılan bir alım-satım sözleşmesi nedeniyle sözleşmenin ifa edildiği veya ifa edileceği yer dışında üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulan kurallarından olan ithalat-ihracat düzenlemelerini ihlal edilirse; veya ihraç eden ülkenin doğrudan uygulanan kural niteliğindeki rekabet hukuku kurallarını ihlal edilirse ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Bu örnekler sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının geleneksel uygulamasıdır<sup>159</sup> ve Roma Tüzüğü ile kapsam dışında bırakılmıştır. Roma I Tüzüğü m. 9/3'ün kapsamını geniş yorumlanarak sözleşmenin ifa edildiği veya edileceği ülke dışındaki başka ülkelerin doğrudan uygulan kurallarını dikkate almak mümkün değildir<sup>160</sup>. Zira madde metni tasarlanırken güdülen amaç maddenin kapsamını daraltılmasıdır.

Farazi bir örnek ile konuyu açıklayacak olursak; X ülkesinde kültürel varlıkların alım-satımının hukuka uygun olmasından dolayı X ülkesinin önemli kültür varlıklarından birinin satımı gerçekleşmiştir. Ancak X ülkesinde kültürel varlıklara ilişkin ihracat yasağı olmasından dolayı bu değerli eser ülkeden kaçak olarak çıkarılmıştır. Bu değerli eserin daha sonra tekrar A ile B arasında alım- satım sözleşmesine konu olduğunu ve satımın konusunu teşkil eden bu değerli parçanın Y ülkesinde teslim edileceğini kabul edelim. A ile B arasında ödeme konusunda ortaya çıkan ihtilafтан dolayı uyuşmazlık A ve B'nin vatandaşlık bağı ile bağlı buldukları Z ülkesinde dava konusu haline getirilmiştir. Y ülkesinin serbest sanat eseri ticaretini savunan bir ülke olduğunu kabul edelim. Dolayısıyla, sanat eseri ticaretinin serbest olduğu bir ülkede, kültürel varlıkların satımını yasaklayan doğrudan uygulanan kuralların olması beklenemeyecektir. Şimdi, tarafların sözleşme ile seçtikleri hukuku (varsa) dikkate almaksızın, Roma I Tüzüğü kapsamında, Z ülkesinin hâkimi ancak sözleşmenin ifa edildiği veya ifa edileceği ülkenin doğrudan uygulanan kurallarını uygulayacaktır. Y ülkesinin doğrudan uygulanan kuralları içerisinde, kültürel varlıkların alım-satımını engelleyen bir kural olmadığından dolayı tarafların menfaatleri doğrultusunda alım satım gerçekleşebilecektir. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta X ülkesinin menfaatinin ihlal edilmiştir. Zira

<sup>158</sup> TRAVNICKOVA, Simona, Limitations of Choice of Law – Mandatory Rules and International Mandatory Rules, s. (1-10) 8, (<http://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/mezinaro/travnickova.pdf>, erişim 31 Mart 2011).

<sup>159</sup> PAUKNEROVA, s. 40.

<sup>160</sup> PAUKNEROVA, s. 41.

kültürel varlık X ülkesine ait olup, X ülkesi dışına kaçak olarak çıkarılmıştır. Bu durumda, X ülkesinin menfaatinin korunması gereken bir menfaat olduğu açıktır. Tartışılması gereken nokta Roma I Tüzüğü'ndeki düzenlemenin tarafların menfaatlerini korumak için sınırlandırılmış olması, acaba tarafların menfaatleri ile denk belki de daha üstün olan devletlerin menfaatini kısıtlamış olması doğru bir yaklaşım mıdır? Burada "...klasik kanunlar ihtilâfı hukukunda, yabancı bir devletin menfaatini dikkate alma konusunda [kanun koyucunun] hukuki bir yükümlülüğünün bulunmadığı..."<sup>161</sup> kabul edilse bile; devletler arasındaki karşılıklık, uluslararası karar uyumu, kültür varlıklarının korunması gibi günümüzde kabul gören unsurların, Z ülkesinin hâkimi tarafından göz önünde bulundurulması ve sözleşme ile sıkı bağlantılı olan ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması gereklidir. Tabii burada ifade edilmesi gereken bir başka olasılık daha vardır. Yukarıda ifade edilen olayda X ülkesinin ihracat yasağında, Y ülkesinin korunmaya değer bir menfaati bulunmadığından dolayı belki Roma I Tüzüğü kapsamında doğrudan uygulanan kurallar devreye girmeyecektir. Fakat dünyada genel manada kabul gören uluslararası kamu düzeni kapsamında değerlendirilen kültür varlıklarının buldukları yer ve konumda muhafaza edilmesi gerektiğinden<sup>162</sup> hareketle Z ülkesinin hâkimi sözleşmenin geçersizliğine karar verebilecektir.

Roma I Tüzüğü, geleneksel olarak doğrudan uygulan kural kabul edilen bazı durumları kapsam dışında bırakmaktadır. Bu durum, her zaman kabul edilebilir bir uygulamayı beraberinde getirmemektedir. Dolayısıyla, bu konuya çözüm bulunması beklenmektedir. Sonuç olarak, Roma I Tüzüğü'nde düzenlenen doğrudan uygulan kurallarının kapsamının tekrar tartışmaya açılmasında yarar vardır<sup>163</sup>.

Bu noktada sorulması gereken soru; Roma Konvansiyonu'ndaki ve yeni MÖHUK m. 31'deki düzenlemelerde geçen ve sıkı ilişkiyi belirlemede hâkime geniş takdir yetkisi bırakan yaklaşım daha doğru bir düzenleme midir? Roma Konvansiyonu'na paralel olan MÖHUK m. 31'in uygulanması noktasında doktrinde ciddi endişeler bulunmaktadır. Görüşünü kesin bir şekilde ifade eden Nomer ve Şanlı'ya göre "Türk mahkemelerinin, bu şart ve ihtimaller çerçevesinde üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının

---

<sup>161</sup> NOMER/ŞANLI, s. 182.

<sup>162</sup> NOMER/ŞANLI, s. 327; The Harvard Law Review Association, s. 2471; ÖZEL, Kültür Varlıkları, s. 414-415.

<sup>163</sup> PAUKNEROVA, s. 42.

etkisini belirleyebilmesi hiç de kolay bir konu değildir. Bu bakımından, 31. madde, Türk mahkemelerinde uygulaması olmayan bir madde olarak kalmaya mahkûm gözükmektedir”<sup>164</sup>. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, MÖHUK 31. maddenin mevcut haliyle uygulanması sırasında “sıkı ilişkinin” tespitinin özellikle de karmaşık ticari ilişkilerde kolay olmayacağı ve hâkimin önüne çok karmaşık bir resim çıkaracağı kesindir. Buna karşılık, MÖHUK m. 31’de yapılacak bir değişiklik ile maddenin içeriği Roma Tüzüğü’ne paralel hale getirilirse; bu durumda sadece sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ifa edileceği veya ifa edildiği ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının, sözleşmenin ifasını imkânsız hale getirmesi durumunda, hâkim tarafından etki tanınabilecektir. Bu durum, sözleşme ile sıkı bağlantılı olan diğer devletlerin politik, sosyal ya da ekonomik yapısından kaynaklanan kamusal menfaatlerin korunmaması sonucunu doğuracaktır. Diğer bir ifadeyle, hukuki belirlilik ve uygulanabilirlik yönünden Roma I Tüzüğü’ndeki uygulamanın “sıkı ilişkinin” tespitini kolay hale getirmesi nedeniyle uygulanabilir olacağı beklenmektedir. Ancak, yukarıdaki farazi örnekte ifade edildiği üzere Roma I Tüzüğü’ndeki düzenleme ile her durumda adil sonuçlara ulaşılamayacaktır. Dolayısıyla kanaatimiz MÖHUK m. 31’de bir değişiklik yapmanın gerek olup olmadığı konusunda kesin bir yorumun hem MÖHUK m. 31 ile ilgili uygulamayı hem de Roma I Tüzüğü m. 9/3’ün uygulamasını görmeden erken olacağı yönündedir. Zira her iki düzenleme de uygulamada henüz ciddi olarak test edilmemiştir.

## VI. SONUÇ

Sonuç olarak, her ne kadar MÖHUK m. 31’in düzenlemesi Roma Konvansiyonu ile paralellik gösterip Avrupa Birliği’nin güncel uygulaması olan Roma I Tüzüğü’ndeki uygulamadan farklılık gösterse bile, MÖHUK madde 31’in sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması konusunda hâkimlere yön vereceğinde şüphe yoktur. Başka bir ifade ile mevcut durum kanunda düzenleme bulunmadığı dönemde var olan tartışmalı uygulamadan daha iyidir. Ancak, Avrupa Birliği’ne girme yolunda adımlar atan ülkemizin, Avrupa Birliği müktesebatına uygun düzenlemeler yapması gerekmektedir. Avrupa Birliği’ne girildiği takdirde zorunlu olarak uygulayacak olduğumuz Roma I Tüzüğü’ne hazırlık amacıyla değişiklik yapılması yerinde olacaktır. Fakat bu değişikliğin, Roma I Tüzüğü’nün ve MÖHUK’un ilgili maddelerinin

---

<sup>164</sup> NOMER/ŞANLI, s. 327.

uygulamaları görülüp değerlendirildikten sonra yapılması daha uygun olacaktır. Yapılan bu değerlendirme sonucunda, Tüzüğün ilgili maddesinin uygulanmasının daha iyi ve adil olduğu kanaatine varılır ise MÖHUK'un 31. maddesinin Roma I Tüzüğü ile uyumlu hale getirilmesi yerinde olacaktır. Eğer Roma I Tüzüğü'ndeki uygulamanın adil olmadığı ve bizim düzenlememizin de uygulanmasının zor olduğu kanaati hâsıl olur ise bu durum doğrultusunda en uygun çözümü ortaya koyacak bir değişikliğe karar verilebilir.

### **KAYNAKÇA**

ARMINJON, P., Les Lois Politiques Et Le Droit International Prive, Rev. de DIP, 1930, s. 385-396.

BAYATA CANYAŞ, F. Aslı, 5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 3, Ankara 2009, s. 141-166.

BLESSING, Marc, Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts, Swiss Commercial Law Series, Vol. 9, Helbing & Linchtenhahn 1999.

BONELL, M. J, Article 1.4 (Mandatory Rules) Revised Comments, UNITROIT Working Group for the Preparation of Principles of International Commercial Contracts (3rd), Fifth Session, Rome, 24-28 May 2010, s. 2-5, (<http://www.unidroit.org/english/documents/2010/study50/s-50-115-e.pdf>, erişim 31 Aralık 2010).

BONOMI, Andrea, Mandatory Rules in Private International Law the Quest for Uniformity Decisions in a Global Environment I, in SARCEVIC, Petar and VOLKEN, Paul (eds), Yearbook of Private International Law, Vol. 1, Hague 1999.

BONOMI, Andrea, The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations: Some General Remarks” in BONOMI, Andrea, and VOLKEN, Paul (eds), Yearbook of Private International Law, Vol. 10, Berlin- New York 2008.

- BRIGGS, Adrian, *The Conflict of Laws*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford 2008.
- CHUKWUMERIJE, Okezie, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, London 1994.
- CLARKSON, Chris M.V/HILL, Jonathan, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2<sup>nd</sup> ed., London 2002.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, b. 10, İstanbul 2010.
- DOĞAN, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Ankara 2010.
- EKŞİ, Nuray, *Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu*, İstanbul 2004.
- ERDEM, Bahadır, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Olan Hukuk, Koç Üniversitesi, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010.
- ERTEN, Rıfat, *Milletlerarası Özel Hukukta Spor*, Ankara 2007.
- FRIEDMAN, W. G., *Public and Private Law Thinking: The Need for Synthesis*, *Wayne Law Review* 1959, C. 5, Sa. 3, s. 291-302.
- GIRSBERGER, Daniel, *Swiss Private International Law Act Compared to the New Turkish Act*, Koç Üniversitesi, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010.
- GUIULIANO, Mario/LAGARDE, Paul, *Report on the Convention of the Law Applicable to Contractual Obligations*, OJ 1980 C282, s. 1-50.
- GÜNGÖR, Gülin, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*, Ankara 2007.
- GÜNGÖR, Gülin, *The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The*

New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure, *Ankara Law Review* 2008, Vol. 5, No.1, s. 1-21.

HARRIS, Jonathan, Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation, in FERRARI, Franco/LEIBLÉ (eds), Stefan, Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, Munich 2009.

JUNKER, Abbo, Empfiehlt es sich, Art. 7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund der bisherigen Erfahrungen zu präzisieren? 20 (2000) 2 IP Rax, s. 72.

KARRER, Pierre /ARNOLD, Karl, Switzerland's Private International Law Statute 1987: The Swiss Code on Conflict of Laws and Related Legislation, Deventer-Boston 1989.

KARSTEN, I.G.F., Rapport Explicatif, Conference de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la treizieme session, IV, Contrats d'intermediaires.

KASSIS, Antoine, Le Nouveau Droit Europeen Des Contrats Internationaux, Paris 1993.

KÖSOĞLU, Mehmet, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması, *MHB* 2008, Yıl: 28, Sa. 1-2, s. 147-172.

MILES, Wendy/WHEELER, Sarah, England & Wales, in Global Legal Group, The International Comparative Legal Guide to International Arbitration 2010: A Practical Cross-Border Insight into International Arbitration, s. 116-128, (<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/3807.pdf>, erişim 31 Mart 2011).

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), s. 1-43, (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47.pdf>, erişim 20 Mart 2011).

NOMER, Ergin/ŞANLI, Cemal, Devletler Hususi Hukuku, b. 18, İstanbul 2010.

NORTH, Peter/FAWCETT, James/CARRUTHERS, Janeen, Cheshire, North & Fawcett Private International Law, 14 ed., Oxford 2008.

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001.

ÖZEL, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008.

ÖZEL, Sibel, Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, İstanbul 1998.

PAUKNEROVA, Monika, Mandatory Rules and Public Policy in International Contract Law, *ERA Forum* 2010, s. 29-43, (<http://www.springerlink.com/content/15115h2424023717/fulltext.pdf>, erişim 31 Aralık 2010).

RENOLD, Marc-Andre, Les Conflicts De Lois En Droit Antitrust, Zurich 1991.

SANCAKTAR, Oğuz, Özelleştirmenin Kamu Hukuku – Özel Hukuk Ayırımına Etkileri ve Bu Bağlamda Güncel Özelleştirme Tartışmalarındaki Başlıca Görüşler, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, Sa. 1, s. 241-270.

SYMEONIDES, Symeon, American Private International Law, The Netherlands 2008.

TAN, Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku, Ankara 1984.

TARMAN, Zeynep Derya, Yabancılaşma Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, *AÜHF* 2010, C. 59, Sa. 3, s. 521-550.

TARMAN, Zeynep Derya, Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü, *BATİDER* 2009, C. 25, Sa. 2, s. (299-332) 326.

TEKİNALP, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları, b. 9, İstanbul 2006.

TEKİNALP, Gülören, Yeni Kanun Hakkında Temel Açıklamalar, Koç Üniversitesi, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010.

The Harvard Law Review Association, Article 7(1) of the European Contracts



Convention: Codifying the Practice of Applying Foreign Mandatory Rules, *Harvard Law Review* 2001, Vol.114, No. 8, s. 2462-2477.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı*, Ankara 1997.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin/AYGÜN, Mesut/KÜÇÜK, Esin, *Türk Uluslararası Özel Hukuk Mevzuatı*, b. 5, Ankara 2010.

TRAVNICKOVA, Simona, Limitations of Choice of Law – Mandatory Rules and International Mandatory Rules, s. 1-10, (<http://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/mezinaro/travnickova.pdf>, erişim 31 Mart 2011).

YÜKSEL, Mehmet, Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayrımı ve Günümüzdeki Anlamı, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi* 2008, Sa. 41-42, s. 49-73.