

**MİLLETLERARASI TİCARÎ SÖZLEŞMELERDE HUKUK
SEÇİMİNE DAİR LAHEY PRENSİPLERİNİN
YAPISI VE KAPSAMI**

*Nature and Scope of The Hague Principles on Choice of Law
in International Commercial Contracts*

Dr. Öğr. Üyesi Lâle AYHAN İZMİRLİ*

Özet

Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı, Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Prensipleri 2015 yılında kabul etmiştir. Lahey Konferansının daha önce ortaya koyduğu metinlere kıyasen Prensipler, Konferans tarafından ortaya konulan bağlayıcı olmayan ilk hukuk aracıdır. Prensipler birden fazla ülkeyle bağlantılı ticarî sözleşmelerde hukuk seçimine dair kuralları içermektedir. Birkaç husus dışında, prensipler büyük ölçüde hukuk seçimi konusundaki ortak yaklaşımı yansıtmaktadır. Bununla birlikte, uygulanacak hukuk olarak anasyonel kuralların seçimine imkân vermesiyle benzer nitelikteki metinlerden farklı bir özellik göstermektedir. Bu çalışma Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey Prensiplerinin amaçlarını, genel yapısını ve kapsamını inceleyerek, bu konuda bilgi vermeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası ticari sözleşmeler, hukuk seçimi, Lahey Prensipleri, esnek hukuk aracı, anasyonel kurallar.

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, lale.ayhan@hbv.edu.tr. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8838-455X>.

Abstract

Hague Conference on Private International Law approved the final version of Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts in 2015. In comparison with the former texts of Hague Conference, Principles are the first soft law instrument of the Hague Conference. The Principles include choice of law rules in commercial contracts which are linked to more than one country. With the exception of some points, principles mostly reflect the common approach to the choice of law. However it shows a different feature from similar texts by allowing the choice of anational rules as applicable law. This paper aims to examine and introduce the purposes, nature and scope of the Hague Principles on Choice of Law.

Key Words: International commercial contracts, choice of law, Lahey Principles, soft law, anational rules.

GİRİŞ

Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Prensipler (çalışmada 'Prensipler' veya 'Lahey Prensipleri' olarak anılacaktır),¹ Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nın (Lahey Konferansı) bir ürünüdür². Lahey Konferansı, milletlerarası özel hukuk alanında çeşitli çalışmalar yapmış ve bu çalışmaların bazılarının neticesinde birçok konvansiyon ortaya çıkarmıştır³.

¹ Prensiplerin İngilizce tam metni için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135> (28.8.2020).

² Türkiye, 1955 yılından beri Lahey Konferansı'na taraftır. Bkz. <https://www.hcch.net/en/statutes/hcch-members/details1/?sid=74> (04.02.2020).

³ Evlat Edinmeye İlişkin Kararların Tanınması, Uygulanacak Hukuk ve Yetkiye Dair Sözleşme, Yetkili Mahkeme Seçimine İlişkin Sözleşme, Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Sözleşmesi, İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme, Nikah ve Evlenmenin Geçerliliğinin Tanınmasına Dair Sözleşme, Aracılık Akitlerine Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme, Uluslararası Satış Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme, Tröstlerin Tanınmasına ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme, Yetişkinlerin Uluslararası Korunmasına Dair Sözleşme Lahey Konferansı tarafından hazırlanan milletlerarası sözleşmelerden bazılarıdır. Lahey Konferansı tarafından hazırlanan diğer sözleşmelerden Hukuk Usulüne Dair Sözleşme, Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme, Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Dair Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair Sözleşme, Küçüklerin Korunması ve Makamların Yetkisine Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme, Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme, Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanmasına Dair Sözleşme, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme, Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme gibi bir kısım sözleşmeye Türkiye de taraftır. Türkiye'nin taraf olduğu Lahey Sözleşmeleri

Buna karşılık Prensipler, konvansiyonlardan farklı olarak Lahey Konferansı'nın ortaya koyduğu bağlayıcı olmayan ilk hukuk aracıdır⁴. Lahey Konferansı, Prensipleri, ülkeler arasında bir uzlaşma sağlanamamasının bir sonucu olarak geleneksel uygulamasından farklı şekilde bağlayıcı olmayan bir metin olarak hazırlamıştır⁵.

Prensiplerin bazı hükümleri, milletlerarası alanda üzerinde uzlaşılan hükümler olmakla birlikte, diğer bir kısım hükümleri üzerinde uzlaşılmayan ancak Lahey Konferansının en iyi uygulamalar arasında addettiği yaklaşımlara işaret etmektedir⁶.

Prensipler, 12 maddeden oluşan oldukça kısa bir metin olarak hazırlanmıştır. Bununla birlikte prensiplerin detaylı yorumuyla ve içeriğinde barındırdığı yeniliklerle birlikte göreceli olarak detaylı bir doküman olduğunu söyleyememiz mümkündür.

I. PRENSİPLERİN ORTAYA ÇIKIŞI

Hukuk seçimine ilişkin yeknesak kurallar oluşturma çabası Roma I Tüzüğü, Inter-Amerikan Konvansiyonu gibi farklı çalışmalarda söz konusu olmakla birlikte, sadece Roma I Tüzüğü⁷ gibi bölgesel çalışmalar düzeyinde başarı sağlanmıştır⁸.

için bkz. Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Lahey Sözleşmeleri, erişim adresi: <https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktarafliisoz/lahey.html> (28.08.2020).

⁴ BASEDOW, 304.

⁵ Dimitrios K. STAMATIADIS, "The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", *Studia Universitatis Moldaviae*, 2016, nr.8 (98), S: 262-276, 263; Brooke MARSHALL, "The Hague Choice of Law Principles, CISG and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law", *The American Journal of Comparative Law*, Vol.66, 2018, S: 175-217, 177.

⁶ Marta PERTEGÁS / Brooke Adele MARSHALL, "Party Autonomy and Its Limits: Convergence Through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", 39 *Brook. J. Int'l. L.*, 2014, S: 975-1003, 979. Benzer yönde bkz. Gilles LHUILIER, "The Principles of Choice of Law in International Commercial Contracts of the Hague Conference: The Rise of 'Best Practice?' ", *IBLJ*, N.2, 2016, S: 103-108, 106.

⁷ Avrupa Birliği'nde sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin kurallar 1980 tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi'nde yer almaktaydı. Sözleşmenin birlik düzenlemesi halinde getirilmesi ve üye ülkeler bakımından sözleşmenin yerine geçmek üzere Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü çıkarılmıştır. Tüzük, medeni ve ticarî hayata

Lahey Prensipleri, diğer esnek hukuk araçlarından farklı olarak Milletlerarası Ticaret Odası gibi özel bir organizasyon tarafından değil, devletlerarası bir kuruluş tarafından ortaya çıkarılmıştır⁹. Lahey Konferansı, farklı konularda hazırladığı metinlerin milletlerarası alanda başarılı anlaşmaların hazırlanmasında oynadığı rol sebebiyle, hukuk seçimine dair yeknesak kuralların hazırlanmasına da öncülük etmiştir. Ancak hukuk seçimine ilişkin kuralların uyumlaştırılmasına ilişkin daha önce yapılan çalışmalar, bu konuda bağlayıcı olmayan bir hukuk aracının daha fazla etkinlik kazanabileceğini göstermiştir ki, bu öngörü yukarıda belirttiğimiz gibi Prensiplerin bağlayıcı olmayan esnek hukuk (*soft law*) aracı veya yenilikçi hukukî danışma aracı şeklinde hazırlanması sonucunu ortaya çıkarmıştır¹⁰. Günümüzde milletlerarası ticarî ilişkilerde güncel bir trend olarak görülen¹¹ anasyonel nitelikteki bu kurallar, bu yönüyle UNIDROIT Prensipleri¹², Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri (ASHP)¹³ ve diğer esnek hukuk araçlarını tamamlayıcı niteliktedir¹⁴.

ilişkin konularda yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelerde uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkindir. Roma I Tüzüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aslı BAYATA CANYAŞ, *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012; Zeynep Derya TARMAN, "Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Yıl 2009, C.XXV Sa.2, S: 299-332. Tüzüğün İngilizce metni için ayrıca bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN> (31.08.2020).

- ⁸ Genevieve SAUMIER, "The Hague Principles and the Choice of Non-State "Rules of Law" to Govern an International Commercial Contract", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol.40, Issue 1, 2014, S: 1-30, 5.
- ⁹ Jürgen BASEDOW, "The Hague Principles on Choice of Law: Their Adress and Impact", *Unif. L. Rev.*, Vol.22, 2017, S: 304-315, 306.
- ¹⁰ SAUMIER (*Hague*), 6; Marianna A. KALASHYAN, "The Main Characteristics of the Hague Principles", *Journal of Siberian Federal University, Humanities & Social Sciences* 8 (2016 9), S: 1910-1915, 1911. Benzer yönde bkz. LHUILIER, 104, 106.
- ¹¹ KALASHYAN, 1911; BASEDOW, 305.
- ¹² Milletlerarası Ticarî Sözleşmeler İçin UNIDROIT Prensipleri (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*), Özel Hukukun Birleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitü (*International Institute for the Unification of Private*) tarafından hazırlanan ve milletlerarası ticarî sözleşmelere uygulanmak üzere ortaya konulan bağlayıcı olmayan kurallardan oluşmaktadır. UNIDROIT Prensipleri ilk kez 1994 yılında yayınlanmış, daha sonra ilki 2004, ikincisi 2010 ve son olarak 2016 yıllarında olmak üzere üç kez revize edilerek yeniden yayımlanmıştır. Prensiplerin en güncel hali olan 2016 yılındaki metni için bkz. <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (25.3.2020). UNIDROIT Prensipleri, milletlerarası ticarî sözleşmelere ilişkin genel kabul gören anlayışı ve ortak uygulamaları yansıtan genel kurallar ortaya koymaktadır. Bkz. William F. FOX, *International Commercial Agreements: A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes*, 4th Edition, Wolters&Kluwer, 2009, 34; Marlene WETHMAR-

Prensipelerin hazırlık çalışmaları 2006 yılında başlamış¹⁵, 2009 yılında Lahey Konferansı bünyesinde Milletlerarası Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Prensipler Çalışma Grubu oluşturulmuş ve 2012 yılında ise özel komisyon oluşturulmuştur¹⁶. Çalışma grubunu oluşturan kişiler farklı üye ülkelerden olmakla birlikte, ülkelerin hükümet temsilcileri olmayıp, bireysel olarak çalışma grubuna dâhil olmuşlardır¹⁷. Bunun dışında Prensiplerin hazırlanması sırasında bir kısım organizasyonlardan da görüş alınmıştır¹⁸. Çalışma grubundaki uzmanlar, Prensiplerin metninde yenilikçi bir kısım hükümlere yer vermiş olsa da, esasen hukuk seçimi anlamındaki en iyi uygulamaları aktarmayı amaçlamışlar-

LEMMER, "The Development of the Modern Lex Mercatoria: A Historical Perspective", *Fundamina*, 11, 2005, S: 183-199, 195-196. UNIDROIT Prensipleri tarafların bu kuralların uygulanmasını kararlaştırdıkları yahut *lex mercatoria* veya genel hukuk prensiplerinin uygulanmasını kararlaştırdıkları hallerde uygulama alanı bulmaktadır. Söz konusu kurallar herhangi bir ülkenin iç hukuku baz alınarak hazırlanmamış, Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuklarındaki yaklaşımların sentezi olacak şekilde oluşturulmuştur. Bkz. Henry GABRIEL, *Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of Domestic and International Law*, Oceana Publications, New York, 2004, 10; Sandeep GOPALAN, *Transnational Commercial Law*, William S. Hein&Co. Inc., Buffalo, New York, 2004, 91; Katharina BOELE WOELKI, "Principles and Private International Law", 1 *Uniform Law Review* 1996-4, 652-678. Prensiplerin İngilizce metni için bkz. Erişim: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (17.02.2020).

¹³ ASHP özellikle Avrupa Birliği'nde ortak bir sözleşme hukuku oluşturmak amacıyla ortaya konmuş kurallardan oluşmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Vijay KAMATH, "Analysis of Principles of European Contract Law as an Autonomous Lex Mercatoria", May 2010, erişim: <https://www.ssrn.com/abstract=1613142> (17.02.2020), 34-35. Bu prensipler de herhangi bir ülkenin iç hukuku baz alınmaksızın birlik üyesi Kara Avrupası hukuk sistemi ile Anglo-Amerikan hukuklarındaki en uygun kuralların derlenmesi ile ortaya çıkarılmıştır. Bkz. Maria del Pilar Perales VISCASILLAS, "The Formation of Contracts & The Principles of European Contract Law", *Pace International Law Review*, Vol. 13, 2001, 371-397, 371 vd.

¹⁴ KALASHYAN, 1911.

¹⁵ Bazı yazarlar aslında köklerinin 1972'de ABD hükümeti tarafından yapılan teklife dayandığını, fakat bu projenin ancak 2006'da ilgi görmeye başladığını belirtmektedir. Bkz. MARS-HALL, 182.

¹⁶ Prensiplerin hazırlık çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HCCH, Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Hague Prensipleri Önsöz, 9-12.

¹⁷ SAUMIER (Hague), 7; PERTEGÁS/MARSHALL, 980-981.

¹⁸ Örneğin; Milletlerarası Ticaret Odası üyeleri, tahkim merkezleri ve benzeri organizasyonlara gönderilen formlar ile hukuk seçiminin hâlihazırdaki kullanımı, gelecekte hazırlanacak bir metinde hangi hususların yer almasının faydalı olacağı gibi konularda görüşlerini belirtmeleri istenmiştir. Bkz. PERTEGÁS/MARSHALL, 980.

dır¹⁹. 2015 yılında ise Prensipler, Lahey Konferansı'na üye ülkeler tarafından resmen kabul edilmiştir.

II. PRENSİPLERİN AMACI

Prensipler, ilk olarak milletlerarası sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin evrensel bir model oluşturmak amacıyla ortaya çıkarılmıştır²⁰. Başka bir deyişle, milletlerarası ticarî sözleşmelere ilişkin kanunlar ihtilâfî kurallarının uyumlaştırılması amacıyla hazırlanmıştır²¹. Kanunlar ihtilâfî kurallarının uyumlaştırılması yanında, milletlerarası özel hukuk kurallarının gelişimine de katkıda bulunmaktadır²². Prensipler, irade muhtariyetinin geliştirilmesi ve genişletilmesi amacıyla da taşınmaktadır²³. Bu amaç doğrultusunda, tarafların seçtiği hukukun, taraflar arasındaki ilişkiyi yönetmesi, Prensiplerin temel kuralı olarak benimsenmiştir²⁴.

Prensiplerin bir diğer amacı da milletlerarası ticarî sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda hukukî kesinlik ve öngörülebilirliği güçlendirmektir²⁵. Prensiplerin bağlayıcı nitelikte olmaması hâlihazırdaki duruma daha uygun olmakla birlikte, Lahey Konferansı gelecekte bağlayıcı bir metin hazırlanmasına bütünüyle olumsuz bakmamaktadır²⁶.

¹⁹ Jan L. NEELS, "The Nature, Objective and Purpose of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", TSAR 2015 4, S: 774-783, 782-783; LHUILIER, 103.

²⁰ Jan L. NEELS / Eesa A. FREDERICS, "Tacit Choice of Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts", 2011 De Jure, S: 101-110, 102; KALASHYAN, 1911; NEELS, 783; PERTEGÁS/MARSHALL, 979, 984. Benzer yönde bkz. Symeon C. SYMEONIDES, "The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments", American Journal of Comparative Law, Vol.61, No.3, 2013, erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2256661 (20.5.2020), 4-5; BAGEDOW, 308-309; LHUILIER, 103-104.

²¹ PERTEGÁS/MARSHALL, 978; LHUILIER, 103-104.

²² NEELS, 783; PERTEGÁS/MARSHALL, 982.

²³ HCCH, Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Hague Prensipleri Önsöz, 7.

²⁴ MARSHALL, 177.

²⁵ LHUILIER, 103.

²⁶ Commentary, 1.9, 24.

Prensiplerin bir diğer amacının ise dava ve tahkim yolunda eşit şartlar sağlama arayışı olduğu belirtilmektedir²⁷. Hakikaten hukuk sistemlerinde, uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yaklaşımlar farklılık gösterdiği gibi, hukuk seçimine ilişkin sınırlamalar da farklılık göstermektedir²⁸. Bu bağlamda prensipler, dava veya tahkim yolu fark etmeksizin, sadece ülke hukuklarını değil anasyonel kuralların seçilmesine de imkân vermektedir.

Bunlar yanında tahkim heyetleri ve millî mahkemeler, milletlerarası özel hukukun hâlihazırdaki kurallarının yorumlanması ve anlaşılması, milletlerarası özel hukuk kurallarının geliştirilmesi, tamamlanması ve yeni kuralların oluşturulması gibi amaçlarla Prensipleri kullanabilirler²⁹. Prensipler klasik kanunlar ihtilâfi kurallarından farklı olarak hukuk seçimi yapılmadığı takdirde uygulanacak hukukla ilgili hükümler içermemekte, yalnızca hukuk seçimine ilişkin hükümler içermektedir. Bu özelliği nedeniyle, her ne kadar ticaret dünyası, akademisyenler, kanun koyucular, ülke mahkemeleri, tahkim hakemleri ve ilgili organizasyonlar gibi kişi ve kurumlara yönelik olduğu belirtilse de³⁰, Prensiplerin pratik önemi haiz olduğu ve esasen doğrudan taraflar ve bunların yasal danışmanlarınca kullanılabilmesi belirtilmektedir³¹. Bununla birlikte Prensipler, kanunlar ihtilâfi kurallarına sahip olmayan veya çok genel yapıda kanunlar ihtilâfi kurallarına sahip olan devletlerde etkili olabilecekken, AB üyesi devletler gibi detaylı kanunlar ihtilâfi düzenlemelerine sahip hukuk düzenlerinde fazlaca etkili olamayacaktır³². Aynı şekilde hukuk seçimine izin vermeyen hukuklarda da prensipler etkin olamayacaktır³³.

²⁷ PERTEGÁS/MARSHALL, 979; Michael DOUGLAS / Nicholas LOADSMAN, "The Impact of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", 19 Melb. J. Int'l L. 1, 2018, 5.

²⁸ PERTEGÁS/MARSHALL, 979.

²⁹ HCCH, Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey Prensipleri Önsöz, 8, 28; Commentary, 1.11, 24.

³⁰ MARSHALL, 188

³¹ BASEDOW, 307.

³² BASEDOW, 304, 308. Nitekim irade muhtariyetini tanımayan Paraguay'ın Lahey Prensiplerini yasalaştırarak tümüyle iç hukuka aktarması Basedow'un bu öngörüsünü destekler niteliktedir. Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında 5393 sayılı Kanun (*Ley no 5393 Sobre El Derecho Aplicable a Los Contratos Internacionales*), erişim: https://assets.hcch.net/upload/contractslaw_py_es.pdf (04.02.2020).

³³ Örneğin Uruguay hukukundaki kanunlar ihtilâfi kuralları hukuk seçimine izin vermediğinden, bu ülkelerin kanunlar ihtilâfi kuralları uygulandığında Prensipler anlam ifade etmeyecektir. Bkz. BASEDOW, 309.

III. PRENSİPLERİN YAPISI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ

Prensip bir milletlerarası sözleşme, konvansiyon veya bir model kanun değildir³⁴. Bağlayıcı olmamakla birlikte, millî kanun koyucuları ve mahkemeleri informal yoldan etkilemesi amaçlanmıştır³⁵. Başka bir deyişle tavsiye niteliği taşımaktadır³⁶. Bu yapıdaki prensipler bağlayıcı olmayan esnek hukuk kuralları³⁷ veya anasyonel hukuk kuralları olarak tanımlanabilir³⁸.

Prensiplerin bağlayıcı olmaması, etkinliği konusunda soru işareti yaratsa da³⁹, bu şekilde hazırlanmasının en büyük avantajı, devletlerin, bağlayıcı olacak şekilde iç hukuklarının bir parçası haline getirmeksizin, bu kurallardan faydalanma imkânı sağlamasıdır⁴⁰. Prensipler UNIDROIT, ASHP ve benzeri diğer esnek hukuk araçlarından farklı olarak, tarafların bu prensiplere atıfta bulunmasıyla uygulanacağını belirten bir hükme yer vermemiştir. Buna karşılık hemen hemen tüm devletlerde kabul edilen sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, tarafların bu tür kuralları uygulaması kabul edilmektedir. Elbette böyle bir kabul, ancak sözleşme özgürlüğünün çizdiği sınırlar içinde mümkün olmaktadır.

³⁴ Daniel GIRSBERGER / Neil B. COHEN, “Key Features of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, Uniform Law Review, Vol.22 (2) 2017, S: 316-335, 317; Commentary, 1.8, 24.

³⁵ Ralf MICHAELS, "Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts", Studies in European Economic Law and Regulation, Vol. 3, 2014, erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2386186 (5.3.2020), 10-11. Benzer yönde bkz. SYMEONIDES (Hague), 4-5.

³⁶ Alper Çağrı YILMAZ, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Çatışması ve Lahey İlkeleri”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 6, Sayı 11, Haziran 2018, S: 481-512, 494.

³⁷ GIRSBERGER/COHEN, 318; MICHAELS, 1; SYMEONIDES (Hague), 23; MARSHALL, 187-188.

³⁸ Anasyonel hukuk kuralları millî hukuk sistemlerinin dışında bulunan ve doğrudan bağlayıcılığı olmayan kurallardır. Bkz. Meltem Ece OBA, "Anasyonel Hukuk Kuralları ve Uygulama Alanı", TBB Dergisi 2017 (129), S: 297-320, 299. Başka bir ifadeyle bu tür kurallar devletler açısından bağlayıcı nitelikte kurallar olmadığı gibi, herhangi bir devletin pozitif düzenlemelerinde de yer almaz. Milletlerarası alanda bu tür esnek hukuk araçlarının ortaya konması özellikle son yıllarda gittikçe artan bir eğilim olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. BASEDOW, 305; KALASHYAN, 1911. Esnek hukuk araçlarının ortaya konmasının en önemli nedenleri, dekolonizasyon ve bağımsız ülke sayısındaki artış, özellikle İkinci Dünya Savaşı sırasında bağlayıcı bir hukuk aracı oluşturmanın çok zor veya imkânsız olması, hukuk seçimine ilişkin bağlayıcı bir konvansiyonunun başarı vaad etmemesi, buna karşılık uluslararası alanda bağlayıcı olmayan kurallara duyulan ihtiyaç ve benzeri nedenlerdir. Bkz. Ayrıntılı bilgi için bkz. BASEDOW, 306.

³⁹ BASEDOW, 304.

⁴⁰ SAUMIER (Hague), 28.

Bununla birlikte esnek hukuk kuralları olması sebebiyle Prensipler ancak forum ülkesi hukukunun izin verdiği ölçüde uygulanabilecektir⁴¹. Burada devlet mahkemeleri ve hakem mahkemeleri açısından da bir ayırım yapmak gerekir. Forum ülkesi hukukunun izin verdiği ölçüde bu kuralların uygulanması millî mahkemeler için geçerli olmakla birlikte, hakem mahkemeleri için bu sınırlama söz konusu olmayacaktır. Birçok ülkede anasyonel kuralların tahkim yargılamasında uygulanması kabul görünken, mahkemelerde hukuk seçimi olarak kabul görmediğini de belirtmek gerekir⁴².

IV. PRENSİPLERİN UYGULAMA ALANI

Prensiplerin ilk maddesinde, prensiplerin milletlerarası ticarî sözleşmelere uygulanacağı belirtildikten sonra 1. ve 3. maddelerinde kapsam dışı haller tespit edilmiştir. Şu halde Prensiplerin uygulama alanının ortaya çıkabilmesi için 'milletlerarası ticarî sözleşme' kavramının sınırlarının belirlenmesi ve akabinde kapsam dışı tutulan hallerin tespit edilmesi gerekmektedir.

⁴¹ SYMEONIDES (*Hague*), 23.

⁴² Fabio BORTOLOTTI, *Drafting and Negotiating International Commercial Contracts, A Practical Guide*, Kluwer Law International, 2009 34-35; Vahit DOĞAN, *Uluslararası Ticarette Ödeme Aracı Olarak Akreditif*, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, 147 vd; Vahit DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, 405-406; SYMEONIDES (*Hague*), 23-24; Aysel ÇELİKEL / B. Bahadır ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2020, 397; Berk DEMİRKOL, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, 145 vd.; BAYATA CANYAŞ, 63. Doktrinde hâkim olan yaklaşıma göre herhangi bir ülkede pozitif geçerliliği olmayan kuralların uygulanması devlet mahkemelerinde söz konusu olduğu takdirde, bu yönde bir seçim hukuk seçimi olarak değerlendirilmemekle birlikte bu kuralların aktarım yoluyla sözleşme hükmü haline getirildiği kabul edilmekte ve fakat uygulanacak hukukun çizdiği sınırlar içinde uygulanması mümkün olmaktadır. Buna karşılık tahkim yargılamasında bu tür bir sınırlama olmaksızın, taraflar veya hakemler doğrudan anasyonel kuralların uygulanmasına karar verebilmekte ve bu tür bir seçim geçerli kabul edilmektedir. Bkz. DOĞAN (*Milletlerarası*), 406; DOĞAN (*Akreditif*), 149 vd.; Ergin NOMER, *Milletlerarası Usul Hukuku*, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2018, 240; Ergin NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Bası, Beta, İstanbul, 2017, 320; Cemal ŞANLI / Emre ESEN / İnci ATAMAN-FİGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Bası, Beta, İstanbul, 2019, 279-280; DEMİRKOL, 145, 154. Benzer yönde bkz. BORTOLOTTI, 62. Buna karşılık *lex mercatoria* veya şerî hukuk gibi belirli bir 'devletin hukuku olma' niteliğini taşımayan bir kurallar grubuna atıf yapılması halinde bunun hukuk seçimi olarak değerlendirileceğini belirten müellifler de bulunmaktadır. Bkz. Jan H. DALHUISEN, *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law, Volume: I Introduction - The New Lex Mercatoria and Its Sources*, Hart Publishing, 2013, 268-269. Benzer yönde bkz. Maren HEIDEMANN, *Methodology of Uniform Contract Law, The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice*, Springer, 2007, 153.

A. MİLLETLERARASI TİCARÎ SÖZLEŞMELER

Prensiplerin 1. maddesi, prensiplerin ‘milletlerarası ticarî sözleşmelerde’ hukuk seçimine uygulanacağını belirtmiştir. Buna göre Prensiplerin uygulanabilmesi için sözleşmenin ‘milletlerarası’ ve ‘ticarî’ olmak üzere iki niteliği bünyesinde barındırması gerekir. Bu nedenle öncelikle ‘milletlerarası sözleşme’ ve ‘ticarî sözleşme’ kavramlarının incelenmesi yerinde olacaktır.

1. Milletlerarası Sözleşme

Prensiplerin uygulama alanı ‘milletlerarası sözleşmeler’ ile sınırlanmıştır⁴³. Buna göre sadece tek bir ülkeyi ilgilendiren sözleşmeler, prensiplerin kapsamı dışındadır. Bu hüküm, ABD, Kanada gibi federal yapıdaki veya farklı hukuk sistemlerine sahip bölgelere ayrılan ülkeleri de prensiplerin uygulama alanı dışında bırakmaktadır⁴⁴.

‘Milletlerarası’ tabirinden ne anlaşılması gerektiği ise Prensip m.1/2’de belirtilmiştir. Hükümde, Prensiplerin uygulama alanı dışında bırakılan salt millî nitelikteki sözleşmeler belirtilerek negatif şekilde bir tespit yapılmıştır⁴⁵. Buna göre sözleşmenin milletlerarası nitelikte kabul edilmesi için tarafların işyerleri aynı ülkede bulunmamalı ve taraflar arasındaki ilişki birden fazla ülke ile bağlantılı olmalıdır. Yani sözleşmenin milletlerarası nitelikte olduğunun kabul edilebilmesi için her iki kriterin birlikte sağlanması gerekmektedir.

İlk kriter tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde bulunmasıdır. Burada problem yaratabilecek husus, tarafların birden fazla işyeri bulunması halinde hangi işyerinin dikkate alınacağıdır. Bu ihtimal 12. maddede düzenlenmiştir. Buna göre taraflardan birinin birden fazla işyeri varsa, Prensiplerin amacı doğrultusunda, sözleşmenin yapıldığı anda, sözleşme ile en sıkı ilişkili olan işyeri dikkate alınacaktır. Bu halde tarafların esas işyerleri farklı ülkelerde bulunsun bile, aralarındaki sözleşme ilişkisi ile en sıkı ilişkili işyerleri aynı ülkede ise

⁴³ "Milletlerarası sözleşme" kavramı hakkında bkz. Lâle AYHAN İZMİRLİ, *Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerin Müzakeresi ve Hazırlanması*, Adalet, Ankara, 2017, 42 vd.

⁴⁴ GIRSBERGER/COHEN, 318, dn.8. Prensiplerin yorumunda da, aynı ülke içinde farklı hukuklara sahip bölgelerarası ihtilâflarda milletlerarası unsurun bulunmadığı kabul edilmiştir. Bkz. Commentary, 1.22, 33.

⁴⁵ SYMEONIDES (*Hague*), 7.

‘milletlerarası’ olma şartı gerçekleşmemiş sayılacak ve Prensiplerin uygulama alanına girmeyecektir⁴⁶.

Sözleşmenin milletlerarası nitelik taşıdığı kabulü için öngörülen ikinci kriter ise ilişkinin ilgili diğer unsurlarının birden fazla ülke ile irtibatlı olmasıdır. Başka bir deyişle bir sözleşmenin Prensiplerin uygulama alanına girebilmesi için ilişki, milletlerarası unsur içermelidir. Milletlerarası unsurun tespiti için kesin kriterler vermek mümkün değildir. Somut olayın özelliğine göre bu unsurun varlığı tespit edilecektir⁴⁷. Sözleşmenin yapıldığı yer, sözleşmenin ifa yeri, tarafların vatandaşlığı, tarafların işyeri gibi unsurlar birden fazla ülkeyi işaret etmelidir⁴⁸. Bununla birlikte salt yabancı bir ülke hukukunun seçilmesi sözleşmeye milletlerarası nitelik kazandırmayacaktır. Madde 1/2’de ‘hukuk seçimi dışında’ birden fazla ülke ile irtibatlı olması arandığı için, ilişkinin tüm unsurlarının tek bir ülkeyi ilgilendirmesi halinde, tarafların yabancı bir ülke hukukunun uygulanmasını kararlaştırarak sözleşmeye ‘milletlerarası’ nitelik kazandırmayacağı kabul edilmiştir⁴⁹. Buna göre tarafların işyerleri aynı ülkede olsa dahi sözleşmenin yabancı bir ülkede yapılması, sözleşmenin ifa yerinin yabancı bir ülke olması, tarafların farklı ülke vatandaşı olması ve benzeri durumlarda sözleşmenin milletlerarası unsur taşıdığı kabul edilecektir⁵⁰. Bununla birlikte sözleşme müzakerelerinin yabancı bir ülkede gerçekleştirilmesi veya sözleşmenin yabancı bir dilde kaleme alınması gibi hallerde, şayet ilişki diğer unsurları itibarıyla tek bir ülkeyi ilgilendiriyorsa, salt bunların varlığı sözleşmenin milletlerarası nitelik taşıdığı kabulü için yeterli olmayacaktır⁵¹.

⁴⁶ Prensiplerin yorumunda şu örnek verilmiştir;

“(Esas işyeri X ülkesinde bulunan fakat madde 12 anlamında sözleşme ile en sıkı ilişkili işyeri Y ülkesinde bulunan) A, Y ülkesindeki işyeri aracılığıyla, esas işyeri X ülkesinde bulunan B ile bir sözleşme imzalıyor. Taraflar, farklı ülkelerde bulunan işyerleri ile ilişkiyi yönettikleri için (A için Y ülkesi ve B için X ülkesi) sözleşme milletlerarası olarak kabul edilir ve Prensiplerin uygulama alanına girer.” Bkz. Commentary, Illustration 1-2, 32.

⁴⁷ Prensiplerin yorumunda da ‘milletlerarası’ niteliğin tespitinin olay bazında değerlendirileceği açıkça belirtilmiştir. Bkz. Commentary, 1.19, 32.

⁴⁸ Commentary, 1.18, 32.

⁴⁹ Aynı şekilde, ilişki diğer unsurları itibarıyla tek bir ülke ile irtibatlı iken yabancı bir hukukun seçilmesi yanında sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklarda yabancı bir ülke mahkemesinin yetkilendirilmesi halinde dahi milletlerarası unsur taşıdığı kabul edilmeyecektir. Bkz. Commentary, 1.21, 33.

⁵⁰ STAMATIADIS, 264.

⁵¹ Commentary, 1.19, 32.

2. Ticarî Sözleşme

Milletlerarası alanda bir sözleşmenin 'ticarî' nitelikte olduğunun kabulü için iki farklı durum dikkate alınmaktadır. Bir işin ticarî nitelik kazanması ya tarafların 'tacir' sıfatına bağlı olarak ortaya çıkmakta yahut yapılan işin 'ticarî nitelikte' olması gerektiği kabul edilmektedir⁵².

Her ne kadar Prensiplerin başlığında 'ticarî sözleşme' kavramı kullanılmış ise de, metinde 'ticarî' terimi açıkça kullanılmamıştır⁵³. Bunun yerine sözleşme taraflarının ticaretini veya mesleğini yerine getirirken yapılan sözleşmelere bu Prensiplerin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre bir sözleşmenin Prensiplerin uygulama alanına girebilmesi için, sözleşmenin yalnızca bir tarafının değil, iki tarafının da ticareti veya mesleği gereği yaptığı bir sözleşme olmalıdır⁵⁴. Bazı ülkelerde sadece bir tarafın tacir sıfatına sahip olmasının sözleşmeye ticarî nitelik kazandırmak için yeterli olduğu düşünüldüğünde bu hüküm önem kazanmaktadır⁵⁵. Bununla birlikte burada tarafların sahip olduğu statüden ziyade, sözleşmenin niteliğine bakılarak 'ticaretin veya mesleğinin gereği' yapılan bir sözleşme olup olmadığı değerlendirilecektir⁵⁶. Başka bir deyişle tarafların salt 'tacir' sıfatına sahip olması, sözleşmenin ticarî nitelikte olduğunun kabulü için yeterli değildir.

Prensiplerin en önemli amaçlarından birisi milletlerarası sözleşmelerde irade muhtariyetinin geliştirilmesi olmakla birlikte, bu amacın sadece ticarî sözleşmelerle sınırlanması, irade muhtariyetinin bir tarafın aleyhine olacak şekilde suiistimal edilmesini önlemeye yöneliktir⁵⁷.

⁵² Giuditta CORDERO-MOSS, *International Commercial Contracts*, Cambridge University Press, UK, 2014, 2; Sibel ÖZEL, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2008, 19.

⁵³ GIRSBERGER/COHEN, 319.

⁵⁴ Aynı yönde bkz. GIRSBERGER/COHEN, 319; SYMEONIDES (*Hague*), 9-10.

⁵⁵ SYMEONIDES (*Hague*), 9-10.

⁵⁶ Benzer şekilde Girsberger ve Cohen de sözleşmenin, tarafların ticareti veya mesleğinin gereği olup olmadığının, sözleşme şartlarının değerlendirilmesiyle ortaya konulacağını belirtmektedir. Bkz. GIRSBERGER/COHEN, 319. Prensiplerin yorumunda da, Prensipler metninde özellikle 'ticarî sözleşme' kavramı yerine 'ticaretini veya mesleğini yerine getirirken' kurulan sözleşmeler ifadesinin kullanıldığını, böylece tarafların tacir sıfatından bağımsız olarak tacir, zanaatkar, üretici gibi kişiler yanında avukatlar, mimarlar gibi kişilerin de bu kavrama dâhil edildiğinin netleştirildiği ifade edilmiştir. Bkz. Commentary, 1.7, 30.

⁵⁷ Commentary, I.10, 30.

B. UYGULAMA ALANI DIŞINDAKİ HALLER

Prensiplerin hangi hallerde uygulanmayacağı m.1 ve m.3'te tespit edilmiştir. Birinci maddede açıkça tüketici ve iş sözleşmeleri, Prensiplerin kapsamı dışında bırakılmış; üçüncü madde de ise Prensiplerin uygulama alanı dışındaki konular altı başlık halinde sınırlı sayıda olmak üzere sayılmıştır⁵⁸. Özellikle üçüncü maddede sayılan durumların sözleşmesel nitelikte olup olmadığı konusunda uzlaşma yoktur⁵⁹. Bu halde belirtilen konular hakkında uygulanacak hukuk, hâkimin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tespit edilecektir. Aşağıda sayılan haller dışında sözleşme ile ilgili tüm konularda taraflarca seçilen hukuk uygulanacaktır. Bununla birlikte belirtilen istisnaların doğrudan sözleşme statüsüne tâbi tutulması prensip olarak kabul edilmemekle birlikte, bazı hallerde sözleşme statüsünün uygulanmasına da engel teşkil etmemektedir⁶⁰. Bu hallerde belirtilen istisnaların tümünün veya yalnızca bir kısmının sözleşme statüsü dışında tutulması uygulayıcının inisiyatifine bırakılmıştır⁶¹.

1. Tüketici Sözleşmeleri ve İş Sözleşmeleri

Prensipler, taraflardan birinin müzakere gücünün, sözleşmenin diğer tarafına nazaran daha zayıf olduğu belirli tipteki sözleşmeleri kapsam dışı bırakmıştır⁶². Zira tarafların bağımsızlığı ve seçimin serbestçe yapılması prensiplerin temel unsurudur⁶³. Oysa bu tür sosyal içerikli sözleşme ilişkilerinde tarafların güçlerinin eşit olduğunu söylemek zordur⁶⁴. Bu nedenle güçlü taraf, sözleşmenin zayıf tarafına sözleşmenin bazı hükümlerini dayatabilmektedir.

⁵⁸ Bazı yazarlar kapsam dışı olarak sayılan bu hallerin bir kısmının, en azından bazı ülkelerde sözleşme hukukunun kapsamında bulunmadığı için gereksiz olarak görülebileceğini, buna rağmen sözleşmenin kapsamının belirlenmesine yardımcı olduğunu belirtmektedir. Bkz. GIRSBERGER/COHEN, 320. Bazı yazarlar ise kapsam dışı hallerin bir liste şeklinde tespit edilmesinin bağlayıcı olan milletlerarası anlaşmalarda sıkça karşılaşılan ve gerekli olan bir husus olduğunu, buna karşılık bağlayıcılığı bulunmayan esnek hukuk araçlarında bu yöntemin elzem olmadığını vurgulamaktadır. Bkz. BASEDOW, 313.

⁵⁹ STAMATIADIS, 265.

⁶⁰ Commentary, 1.24, 33.

⁶¹ STAMATIADIS, 265.

⁶² LHUILIER, 104.

⁶³ STAMATIADIS, 264-265.

⁶⁴ Bu tür sözleşmelerde taraflar arasında eşitliğin olmaması nedeniyle devlet eliyle de zayıf tarafı koruyucu düzenlemeler getirilmiştir. Bkz. Gözde MURTAZ, "Yabancı Unsurlu Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Meseleler (5718 sayılı MÖHUK m.24 ile Milletlerarası Ticari

Prensiplerin ilk maddesinde, iş sözleşmeleri ve tüketici sözleşmelerine uygulanmayacağı açık olarak belirtilmiştir. Buna göre sözleşme taraflarından birisinin bir mal veya hizmeti özel amaçla satın alan veya tüketen nihaî kullanıcı olması halinde yapılacak hukuk seçimine Prensipler uygulanmayacaktır. Aynı şekilde taraflar arasında iş ilişkisi bulunması ve iş sözleşmesine uygulanacak hukukun taraflarca tespit edilmesi halinde de Prensipler uygulanmaz. Hükmün amacı birçok ülke hukukunda tüketici sözleşmeleri ve iş sözleşmelerinde zayıf taraf olan tüketici veya işçiyi korucuyu nitelikte hükümler bulunması ve sözleşme özgürlüğünün zayıf taraf aleyhine olacak şekilde suiistimal edilmesini önlemek için tarafların bu nitelikteki kuralları iradeleri ile bertaraf edememesidir⁶⁵.

2. Gerçek Kişilerin Ehliyeti

Prensiplerde ehliyet, hukuk seçiminin kapsamı dışında tutulmuştur (m.1/3-a). Bir sözleşmenin ortaya çıkabilmesi için her şeyden önce tarafların sözleşme yapma ehliyetinin bulunması gerekir. Dolayısıyla bir sözleşmenin geçerli biçimde kurulup kurulmadığının değerlendirilmesinde kişinin ehliyeti ön sorun olarak ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple gerçek kişilerin ehliyeti sözleşmeye ilişkin bir husus gibi görünmekle birlikte, birçok ülkede kişinin şahsi statüsüne tâbidir. Aynı şekilde birçok milletlerarası anlaşmada da bu husus sözleşme statüsünün kapsamı dışında bırakılmıştır⁶⁶.

3. Tahkim Sözleşmesi ve Yetkili Mahkemeye İlişkin Sözleşmeler

Prensipler tahkim veya yetkili mahkeme şartına veya sözleşmesine uygulanmayacaktır (m.1/3-b). Zira bu tür sözleşmeler birçok ülkede usule ilişkin kabul edilmekte ve *lex fori* veya *lex arbitri* tarafından yönetilmektedir⁶⁷. Ülke

Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair İlkeler Kapsamında"), Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, Nisan 2018, S: 157-202, 187.

⁶⁵ Commentary, 1.10, 30.

⁶⁶ STAMATIADIS, 269; Symeon C. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law Around the World, An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, 2014, 130. Özellikle Kıta Avrupası hukuklarında ehliyet sözleşme statüsünün kapsamı dışında kabul edilerek şahsî statüye tâbi tutulmuştur. Bkz. Peter NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Clarendon Press, Oxford, 1999, 125; Gülören TEKİNALP / Ayfer UYANIK, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, 53; ÇELİKEL/ERDEM, 401.

⁶⁷ GIRSBERGER/COHEN, 320; BASEDOW, 312; Commentary, 1.26, 34.

hukuklarındaki bu tür farklılıklar dikkate alınarak tahkim ve yetki sözleşmeleri Prensiplerin kapsamı dışında bırakılmıştır⁶⁸.

4. Şirketler veya Diğer Kolektif Kuruluşlar ve Tröstler

Şirketler, diğer kolektif kuruluşlar ve tröstlere Prensipler uygulanmayacaktır (m.1/3-c). Buna göre sayılan organizasyonların kuruluşu, iç organizasyonu ve yönetimine ilişkin konularda uygulanacak hukuk Prensiplerin kapsamı dışındadır⁶⁹. Bu hüküm tüzel kişiliğe sahip bu organizasyonları kapsadığı gibi, tüzel kişiliğe sahip olmayan organizasyonları da kapsamaktadır⁷⁰.

5. İflâs

Birçok ülkenin iflâs hukukunda ülkesellik prensibi kabul edilmektedir⁷¹. Prensiplerde de bu yaklaşıma uygun düşecek şekilde iflâsa uygulanacak hukuk kapsam dışında tutulmuştur (m.1/3-d). Madde de kullanılan ‘iflâs’ ibaresi tasfiye, tasfiye memurunun müflis adına sözleşme yapma ehliyeti, yeniden yapılandırma ve buna benzer konuları da içine alacak şekilde değerlendirilmiş ve bu konular Prensiplerin kapsamı dışında tutulmuştur⁷².

⁶⁸ Bu yaklaşım bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Eleştirinin temel gerekçesi şu şekilde ortaya konulabilir: İlk olarak hakemler, bir tahkim yargılamasında karar verdiklerinde, verdikleri kararın ileride bir ülke mahkemesinde incelemeye tâbi tutulup tutulmayacağını bilemezler. Ancak belirli şartlar altında bu mümkün olabilmektedir ve hakem heyetinin verdiği karar bir ülke mahkemesinde ele alınacak olduğunda mahkemeler ilk olarak tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını incelemektedir. Zira hakemlere verilen yetki, temelinde geçerli bir tahkim anlaşmasına dayanmaktadır. Tahkim anlaşmalarının Prensiplerin kapsamını dışında bırakılmasını eleştirenler tam da bu noktada, tahkim anlaşmasının geçerliliğini tespit eden hukukun, tarafların seçtiği hukuk olabildiği hallerde tahkim anlaşmasının Prensipler dışında tutulmasının mantıklı olmayacağını ileri sürmektedir. Bkz. BASEDOW, 312-313.

⁶⁹ GIRSBERGER/COHEN, 320; Commentary, 1.28, 1.29, 34.

⁷⁰ Commentary, 1.27, 34.

⁷¹ İflâs konusunda ülkesellik prensibi, iflâsın hukukî etkilerinin sadece iflâsın açıldığı ülkenin hâkimiyet alanı ile sınırlı olmasını ifade etmektedir. Birçok ülkede iflâs hukuku alanında ülkesellik prensibinin kabul edilmesi, yabancı bir ülkede alınan iflâs kararının ülkede neredeyse hiç bir hukukî etki ortaya çıkarmaması sonucunu doğurmaktadır. Bu durum ise tüm alacaklılar karşısında borçlunun tüm varlığının cebri icraya konu edilmesini hedefleyen bir cebri icra yolu olan iflâsın amacıyla ters düşmektedir. Bkz. NOMER (*Devletler*), 598-599. İflâsa uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Gülin GÜNGÖR, *Milletlerarası Özel Hukukta İflas*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997; Ali YEŞİLİRMAK, *Uluslararası Hukukta İflas*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, 200 vd.

⁷² GIRSBERGER/COHEN, 321; Commentary, 1.30, 34-35.

6. Sözleşmelerin Mülkiyetle İlgili Etkileri

Sözleşmenin mülkiyet konusundaki etkileri de Prensiplerin kapsamı dışında tutulmuştur (m.1/3-e). Prensipler taraflar arasındaki karşılıklı hak ve borçlara uygulanacak hukuku kapsamına almakla birlikte, bu hak ve borçların aynı etkilerini kapsam dışı tutmuştur. Taşınır veya taşınmaz mülkiyetinin sözleşmenin yapılması ile karşı tarafa intikal edip etmeyeceği, sözleşmenin eşya üzerinde bir teminat hakkı verip vermediği, devralanın hakları gibi konularda uygulanacak hukuka ilişkin kurallar Prensipler kapsamında değerlendirilmeyecektir. Zira bu konular sözleşme hukukundan ziyade eşya hukuku alanında kabul edilmektedir⁷³. Başka bir deyişle milletlerarası özel hukukta taahhüt işlemleri ile tasarruf işlemleri birbirinden ayrılarak taahhüt işlemi sözleşme statüsüne, aynı hak değişikliği doğuran tasarruf işlemi aynı hak statüsüne tâbi olacaktır⁷⁴.

7. Temsilcinin Yaptığı İşlemlerin Üçüncü Kişilere Karşı Temsil Edileni Bağlayıp Bağlamayacağı

Temsil ilişkisi hususunda ülkelerin gerek kanunlar ihtilâfi kuralları, gerek maddî hukuk kuralları arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır⁷⁵. Bu nedenle Prensipler temsilci ve temsil olunan arasındaki (iç ilişki) sözleşmeleri kapsamına almakla birlikte, üçüncü kişi ile temsil olunan arasındaki ilişki (dış ilişki) uygulama alanı dışında tutulmuştur (m.1/3-f).

V. PRENSİPLERDE İRADE MUHTARİYETİ

Milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti, tarafların aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku seçebilmeleri iktidarını ifade etmektedir⁷⁶. Modern sözleşme hukukunun temel esaslarından olan⁷⁷ bu serbesti, sözleşme

⁷³ GIRSBERGER/COHEN, 321.

⁷⁴ DOĞAN (*Milletlerarası*), 384.

⁷⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU, “*Türk Milletlerarası Özel Hukukunda İradi Temsil*”, BATİDER, C. XXVIII, Sa.1, Yıl 2012.

⁷⁶ Mariell KOPPENOL-LAFORCE / Daan DOKTER / Gerard J. MEIJER / Frank G.M. SME-ELE, *International Contracts: Aspects of Jurisdiction, Arbitration and Private International Law*, Sweet&Maxwell, London, 1996, 141; NYGH, 1; SYMEONIDES (*Codifying*), 110-111; Commentary, I.3, 23.

⁷⁷ PERTEGÁS/MARSHALL, 976; John SWAN, "Choice of Law in Contracts", Canadian Business Law Journal, Vol.13, 1991, S: 213-238, 213.

özgürlüğü kapsamında mütalaa edilmekte⁷⁸ ve birçok ülkede sözleşme hukuku alanında kabul edilmektedir⁷⁹. İrade muhtariyeti tarafların kendileri için en uygun olduğunu düşündükleri hukukun uygulanmasını sağladığı gibi, belirlilik ve öngörülebilirlik de sağlamaktadır⁸⁰. Taraflar böyle bir seçim yapmadığı takdirde ise uygulanacak hukuk, taraflar arasındaki ilişkiyi belirli bir ülke ve onun hukuk sistemine bağlayan unsurlar dikkate alınarak tespit edilmektedir⁸¹. Ancak hukuk düzenlerinde taraflar arasındaki ilişkiyi bir ülke ile bağlantılı hale getiren unsurların neler olduğu konusunda yeknesak bir yaklaşım bulunmadığı gibi, mahkemelerin bu konudaki uygulamaları farklılık gösterebildiğinden uygulanacak hukuk konusunda öngörülemezlik yaratmaktadır⁸². Bu çerçevede, tarafların kendilerine tanınan hukuk seçme imkânını kullanarak aralarındaki işlem ve ilişkiye en uygun hukuku seçmeleri öngörülebilirlik sağlamak ve milletlerarası nitelikli ilişkilerde ortaya çıkabilecek riskleri asgarî düzeye indirerek genellikle tarafların menfaatine hizmet etmektedir⁸³. Zira kanunlar ihtilâfının esas amaçlarından birisi de öngörülebilirliği sağlamaktır⁸⁴.

⁷⁸ SYMEONIDES (*Codifying*), 111.

⁷⁹ DOĞAN (*Milletlerarası*), 398; ÇELİKEL/ERDEM, 379; TEKİNALP/UYANIK, 275; NOMER (*Devletler*), 319 dn.154; SYMEONIDES (*Codifying*), 114; BORTOLOTTI, 43; NYGH, 1; CORDERO-MOSS, 135; Ingeborg SCHWENZER / Pascal HACHEM / Christopher KEE, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012, 52; María Mercedes ALBORNOZ / Nuria Gonzáles MARTÍN, "Towards the Uniform Application of Party Autonomy for Choice of Law in International Commercial Contracts", *Journal of Private International Law*, Vol.12, No.3, 2016, S: 437-465, 437. Her ne kadar birçok ülkede belirli şartların varlığı halinde tarafların aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku seçebileceği kabul edilse de, bazı Ortadoğu ve Latin Amerika ülkelerinde irade muhtariyeti henüz kabul görmemektedir. Başka bir ifadeyle az sayıda da olsa, irade muhtariyetini tanımayan hukuk düzenleri bulunmaktadır. Bkz. BASEDOW, 304 dn.2.; SYMEONIDES (*Hague*), 4; MARSHALL, 176 ve dn.2. Brezilya, Bolivya, Kolombiya gibi bazı ülkelerde tarafların yalnızca tahkimde uygulanacak hukuku seçebileceği kabul edilmektedir. İrade muhtariyetini tanımayan veya yalnızca tahkimde bu muhtariyeti tanıyan ülkeler genellikle sözleşme ile coğrafi bağlantıyı dikkate alarak uygulanacak hukuku tespit eden geleneksel milletlerarası özel hukuk kurallarını tercih etmektedir. Bkz. MARSHALL, 176 ve dn.3.

⁸⁰ SWAN, 213; Commentary, 1.3, 23.

⁸¹ SWAN, 214; SAUMIER (*Hague*), 2.

⁸² SAUMIER (*Hague*), 2.

⁸³ SAUMIER (*Hague*), 2. Benzer yönde, Andreas SCHWARTZE, "New Trends in Parties' Options to Select the Applicable Law? The Hague Principles on Choice of Law in International Contracts in a Comparative Perspective", *University of St. Thomas Journal* Vol.12:1, 2015, S: 87-99, 89; NYGH, 56-57.

⁸⁴ SCHWARTZE, 96.

Prensiplerin ana unsuru irade muhtariyetidir⁸⁵. Prensipler m.2'de milletlerarası ticarî sözleşmelerde uygulanacak hukukun taraflarca seçilebileceği kabul edilmiştir. Prensiplerin temelini oluşturan bu hüküm hukuk seçiminde taraf iradesini dikkate alan klasik yaklaşımı yansıtmakta⁸⁶ ve milletlerarası sözleşmelerde uzun zamandır evrensel düzeyde kabul gören⁸⁷ irade muhtariyeti prensibine vurgu yapmaktadır. Elbette bu muhtariyet, her durumda geçerli olmayıp, Lahey Prensiplerinin içeriğini hukukuna aktarmış olan ülke hukuklarında söz konusudur⁸⁸. İrade muhtariyeti istisnalar dışında⁸⁹ hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde belirli sınırlamalar çerçevesinde kabul edilmekle birlikte, bu sınırlamalar konusunda yeknesaklık bulunmamaktadır⁹⁰.

A. HUKUK SEÇİMİ

Prensipler anasyonel kuralların uygulanması imkânı vermesi nedeniyle benzer birçok metinden farklı özelliktedir. Aşağıda, Prensipler çerçevesinde hukuk seçiminin hangi kapsamda yapılabileceği ve anasyonel kuralların seçilmesi üzerinde durulmuştur.

1. Sınırsız Hukuk Seçimi

Hukuk seçiminin hangi sınırlar çerçevesinde yapılacağı ülke hukuklarında farklı şekilde düzenlenmektedir. İrade muhtariyetini kabul eden ülkelerin ekseriyetinde, bu muhtariyet yalnızca 'milletlerarası' sözleşmeler için kabul edilmiştir⁹¹. Bazı ülkelerde tarafların, aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın seçebileceği kabul edilirken,⁹² bazı ülkelerde seçilen hukukla sözleşme ilişkisi arasında makul bir bağ-

⁸⁵ DOUGLAS/LOADSMAN, 6.

⁸⁶ MARSHALL, 184.

⁸⁷ STAMATIADIS, 265; SAUMIER (*Hague*), 1; SYMEONIDES (*Codifying*), 114.

⁸⁸ Andrew DICKINSON, "Oiling the Machine: Overriding Mandatory Provisions and Public Policy in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", *Unif L. Rev.*, Vol. 22, 2017, S: 402-421, 411.

⁸⁹ Bkz. Dipnot 79.

⁹⁰ STAMATIADIS, 270; SAUMIER (*Hague*), 2. Benzer yönde SCHWARTZE, 88; MARS-HALL, 176.

⁹¹ SYMEONIDES (*Codifying*), 116.

⁹² Türk hukukunda da MÖHUK m. 24'e göre taraflar, diledikleri ülke hukukunun aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanmasını kararlaştırabilirler. Doktrinde hâkim görüşe göre bu hüküm, sınırsız hukuk seçimine cevaz vermekte ve taraflara olay veya ilişki ile bağlantısı olmayan herhangi bir ülke hukukunu seçme imkânı sağlamaktadır. Buna karşılık azınlıkta ka-

lanlı olması aranmaktadır⁹³. Prensiplere göre ise taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk ile sözleşme arasında herhangi bir bağlantı bulunmasına gerek yoktur (m.2/4). Taraflar herhangi bir ülke hukukunun sözleşmeye uygulanmasını kararlaştırabilirler. Böylece taraflar, olay veya ilişki ile hiç bir bağlantısı bulunmayan tarafsız bir hukukun uygulanmasını veya aralarındaki işlem türüne daha uygun düşecek bir hukukun uygulanmasını kararlaştırabileceklerdir⁹⁴. Bu yaklaşım, güncel gelişmelere uygun olduğu gibi⁹⁵, tarafların kendi menfaatlerini en iyi tespit edecek kişiler olmasından hareketle taraf menfaatini de ön planda tutmaktadır. Zira taraflar genellikle, aralarındaki hukukî ilişki açısından en yeterli hukukun hangisi olacağını en iyi bilecek kişilerdir⁹⁶.

2. Anasyonel Kuralların Seçilmesi

Modern milletlerarası özel hukuk kuralları tarafların, aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanmak üzere diledikleri ülke hukukunu seçebilmelerine imkan vermektedir⁹⁷. Bununla birlikte bir ülkede pozitif olarak yürürlükte olmayan kuralların seçilmesi, kanunlar ihtilâfi anlamında bir seçim olarak kabul edilmeyip, bu nitelikteki kuralları aktarım yoluyla sözleşme hükmü haline getirdikleri genellikle kabul edilmektedir⁹⁸.

lan bir diğer yaklaşım ise seçilen hukuk ile olay veya ilişki arasında makul bir bağlantı bulunması gerektiğini savunmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN (*Milletlerarası*), 403-404; DOĞAN (*Akreditif*), 139-140; ÇELİKEL/ERDEM, 394 vd; TEKİNALP/UYANIK, 278; NOMER (*Devletler*), 319 vd.; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 281; BAYATA CANYAŞ, 60 vd.; DEMİRKOL, 145.

⁹³ SYMEONIDES (*Hague*), 8; PERTEGÁS/MARSHALL, 979; NYGH, 55 vd.; Genevieve SAUMIER, "Designating the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution", 17 Unif. L. Rev., 2012, S: 533-547, 535. Örneğin, Amerikan hukukunda genel eğilim, sözleşme ile seçilen hukuk arasında makul bağlantı aramaktadır. Bkz. SCHWENZER/HACHEM/KEE, 54; PERTEGÁS/MARSHALL, 988-989. Nitekim *Uniform Commercial Code'da* (UCC) bu eğilime uygun olarak tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilmesi için seçilen hukuk ile sözleşme ilişkisi arasında makul bağlantı bulunması gerektiği kabul edilmiştir. Bkz. UCC m.1-301.

⁹⁴ SCHWARTZE, 93; PERTEGÁS/MARSHALL, 988; DOUGLAS/LOADSMAN, 6.

⁹⁵ Commentary, 2.14, 39; PERTEGÁS/MARSHALL, 988.

⁹⁶ SCHWARTZE, 93.

⁹⁷ SAUMIER (*Hague*), 26. Benzer yönde bkz. MARSHALL, 176-177.

⁹⁸ Türk hukukunda da aynı yaklaşım hâkimdir. MÖHUK'a göre taraflar aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanmak üzere diledikleri ülke hukukunu seçebilme imkânına sahiptir. Bununla birlikte doktrinde, bir ülke hukuku niteliğinde olmayan kurallara atıf yapılması halinde, bu atıf hukuk seçimi olarak kabul edilmeyip, sadece aktarım olarak kabul edilerek söz konusu

Prensiplere göre taraflar diledikleri bir ülke hukukunu seçebilecekleri gibi, herhangi bir ülkede pozitif geçerliliği olmayan kuralları da seçebileceklerdir. Buna göre taraflar ulusal, bölgesel veya milletlerarası kuralların uygulanmasını da kararlaştırabilirler. Ancak bir devlet hukuku niteliğinde olmayan kuralların hukuk seçimi olarak kabul edilmesi için, hâkimin hukukunda böyle bir seçime izin verilmiş olması gerekir (m.3). Prensiplerde yer alan bu kural, bir devlet hukuku dışında herhangi bir kurallar dizisine atıf yapılması halinde, yapılan bu atfın hukuk seçimi değil, aktarım (*incorporation*) yoluyla sözleşmenin bir parçası haline getirildiğini kabul eden yaklaşımı değiştirmektedir. Prensiplerde uygulanacak hukuk olarak herhangi bir ülkede pozitif geçerliliği olmayan kurallar dizisine atıf yapılması halinde bu atfın aktarım değil, hukuk seçimi olarak kabul edileceği sonucu ortaya çıkmaktadır⁹⁹. Bu hüküm ile irade muhtariyetinin kapsamı da genişletilmiştir¹⁰⁰.

a. Genel Olarak Anasyonel Hukuk Kurallarının Seçilmesi

Prensiplerde hukuk kurallarının seçilebileceği belirtilirken hukuk kuralları (*rules of law*) ifadesi kullanılmıştır (m. 3). Ancak hukuk kuralları kavramının tam olarak tanımlanmasının mümkün olmaması nedeniyle ve yapılacak bir sınırlama irade muhtariyetini sınırlama anlamına gelebileceği için kavram tanımlanmamıştır¹⁰¹. Esasen Prensiplerde kullanılan bu ifade tartışmalara neden olmaktadır. Zira ‘hukuk’ (*law*) kavramı tek başına kullanıldığında bir devlet hukukunu ifade ederken, ‘hukuk kuralları’ (*rules of law*) kavramı ise kaynağını tahkim düzenlemeleri veya *lex mercatoriada* bulan daha geniş ve liberal bir

kuralların sözleşmenin bir parçası haline getirildiği kabul edilmektedir. Bu halde seçilen kurallar ancak uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla uygulanabilmektedir. Bkz. DOĞAN (*Milletlerarası*), 404-406; DOĞAN (*Akreditif*), 147 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, 397-398; NOMER (*Devletler*), 320; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 279-280; BAYATA CANYAŞ, 63-64; OBA, 309; Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", MHB Yıl 30, Sayı: 1-2, 2010, S: 27-88, 37. Benzer yönde bkz. TEKİNALP/UYANIK, 280.

⁹⁹ Benzer yönde bkz. Lauro Jr. GAMA / Genevieve SAUMIER, “*Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts*”, *El Derecho Internacional Privado en los Procesos de Integración Regional*, Eds: Diego P. FERNANDEZ ARROYO / Juan Jose OBANDO PERALTA, December 2011, S: 41-66, erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1971302 (4.5.2020), 50-51; SAUMIER (*Hague*), 14.

¹⁰⁰ PERTEGÁS/MARSHALL, 996. Benzer yönde bkz. SAUMIER (*UNIDROIT*), 542.

¹⁰¹ SAUMIER (*Hague*), 11-12.

kavram olarak görülmektedir¹⁰². Bazı yazarlar, 'hukuk kuralları' denildiğinde yasama sürecinden geçirilen kuralların anlaşıldığını vurgulayarak, madde başlığında kullanılan 'hukuk kuralları' ifadesinin doğru olmadığını belirtmektedir¹⁰³. Bazı yazarlar ise 'hukuk kuralları' ifadesinin geleneksel olarak millî olmayan kuralları ifade etmek için kullanıldığını belirtmektedir¹⁰⁴. Bazı yazarlar ise 'hukuk' ifadesinin bir devlet hukukunu belirtirken, 'hukuk kuralları' ifadesinin 'hukuk' ifadesinin ötesinde daha geniş bir anlama sahip olduğunu belirtmektedir¹⁰⁵. Bize göre 'hukuk kuralları' denildiğinde hem bir devlet hukuku, hem de bir devlet hukuku olarak nitelenmeyen kuralların anlaşılması gerekir. Buna karşılık 3. maddenin ifadesinden, madde başlığındaki 'hukuk kuralları' ifadesi bir devlet hukukunu ifade etmediği, herhangi bir ülkede pozitif geçerliliği olmayan kurallara işaret ettiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Prensiplerin yorumunda da 'rules of law' ifadesinin, bir devlet kaynağından ortaya çıkmayan kuralları ifade ettiği teyit edilmiştir¹⁰⁶. Bu tür kurallar genellikle milletlerarası ticarî teamülleri de yansıtan kurallardır¹⁰⁷ ve (UNIDROIT veya UNCITRAL gibi) hükümetler arası veya (ASHP'yi hazırlayan Lando komisyonu gibi) akademik yahut (Milletlerarası Ticaret Odası gibi) belirli bir sektörün temsilcileri tarafından hazırlanabilmektedir¹⁰⁸.

Prensiplerin 3. maddesi esasında prensiplerin en çok tartışılan maddelerinden birisidir. Prensiplerin hazırlık çalışmaları sırasında, söz konusu hüküm 'muğlak' nitelikte olduğu ve anasyonel hukuk kurallarına başvurulması halinde

¹⁰² H. Akif KARACA, "Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda "Hukuk Kuralları"nın Seçimi: Lahey Prensipleri Madde 3", Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler Sempozyumu, 11 Ekim 2018, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, S: 113-138, 121. Hatta bazı yazarlar 'hukuk kuralları' ifadesinin devlet dışı kuralları ifade ettiğini savunmaktadır. Bkz. Peter MANKOWSKI, "Article of the Hague Principles: the Final Breakthrough for the Choice of Non-State Law?", Unif. L. Rev. Vol.22, 2017, S: 369-394, 375.

¹⁰³ SYMEONIDES (*Hague*), 21; SYMEONIDES (*Codifying*), 141-142.

¹⁰⁴ MICHAELS, 2.

¹⁰⁵ MANKOWSKI, 369-370.

¹⁰⁶ Commentary, 3.1, 40. Buna karşılık bazı yazarlara göre, 'hukuk kuralları' ifadesi ülkelerin tahkim mevzuatı, model kanunlar, özel kurumsal tahkim kuralları da dâhil olmak üzere tahkim kaynaklarından doğmuştur. Bkz. PERTEGÁS/MARSHALL, 996. Bu yaklaşım, kaynağını devletten alan tahkim mevzuatını da bu kavram kapsamında görmektedir.

¹⁰⁷ Aksi yöndeki görüş için bkz. SYMEONIDES (*Hague*), 21; SYMEONIDES (*Codifying*), 142. SYMEONIDES'e göre bu tür kurallar yargısal bir karar olmadığı gibi, 'teamül' olarak da nitelenemeyecektir. Oysa kanaatimizce, milletlerarası ticarete genel olarak kabul edildiği ve uygulandığı ölçüde, bu kuralların milletlerarası ticarî teamül olarak kabul edilmesi gerekir.

¹⁰⁸ MICHAELS, 14; SYMEONIDES (*Hague*), 21-22; SYMEONIDES (*Codifying*), 142.

–özellikle *lex mercatoria*¹⁰⁹ gibi kodifiye edilmemiş veya derlenmemiş içeriği belirsiz terimlerle yapılan atıflarda- söz konusu hukuk kurallarının içeriğinin tespitinin güç olabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹¹⁰. Buna bağlı olarak, uyumsuzluğun çözümünde zaman kaybı ortaya çıkabileceği ve uyumsuzluğun çözümünün daha karmaşık hale gelebileceği de ifade edilmektedir¹¹¹. Bütün bu kaygı ve eleştirilere rağmen, prensiplerin irade muhtariyetini desteklemek ve geliştirmek amacıyla ortaya konulması ve bu muhtariyetin hukuk seçimini içermesine vurgu yapılarak anasyonel hukuk kurallarını seçebilme imkânı korunmuştur¹¹². Bu yöndeki eleştiriler özellikle tarafların tahkimde ticarî açıdan daha uygun olabileceği düşünülen anasyonel kurallardan faydalanma imkânı varken, millî mahkemelerde bu faydadan mahrum bırakılmamaları düşüncesine dayanmaktadır¹¹³. Ayrıca prensiplerde, anasyonel kuralların seçiminin kabul edilmemesinin, hukuk seçimine ilişkin prensipler konusunda uyumlaştırılmış, yeknesak bir hukukun geliştirilmesi ile çelişki yaratacağı da belirtilmektedir¹¹⁴. Bunun yanında irade muhtariyeti prensibi milletlerarası özel hukukun temel prensiplerinden kabul edilmesine rağmen, tarafların bu serbestisine sadece bir 'ülke' hukukunu seçme yönünde sınırlama getirilmesi de eleştirilmektedir¹¹⁵. Gerçekten de tahkimde taraflar veya hakemler, anasyonel hukuk kurallarını seçebilme imkânına sahipken, millî mahkemelerde anasyonel kurallara yapılan bu tür bir atıf hukuk seçimi olarak kabul edilmemektedir¹¹⁶. Bu nedenle anasyonel kuralların seçilmesi tahkim yargılaması için bir farklılık yaratmamakla bir-

¹⁰⁹ *Lex mercatoria* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tolga AYOĞLU, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011; Arzu OĞUZ, *Lex Mercatoria*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

¹¹⁰ GIRSBERGER/COHEN, 326.

¹¹¹ PERTEGÁS/MARSHALL, 997.

¹¹² PERTEGÁS/MARSHALL, 997.

¹¹³ SAUMIER (*UNIDROIT*), 546; GIRSBERGER/COHEN, 327.

¹¹⁴ Bkz. PERTEGÁS/MARSHALL, 997.

¹¹⁵ KALASHYAN, 1911.

¹¹⁶ STAMATIADIS, 267; SAUMIER (*Hague*), 3-4; PERTEGÁS/MARSHALL, 996-997; MARSHALL, 176-177; OBA, 307 vd.; Commentary, 3.14, 42. Örneğin Japonya ve İsviçre hukukunda yer alan kanunlar ihtilâfi kurallarında bir devlet hukuku olmayan kuralların seçilmesi mahkemelerde kabul görmemektedir. Bkz. SCHWARTZE, 94. Aynı yaklaşım Türk hukukunda da mevcuttur. Doktrinde hâkim olan görüşe göre MÖHUK'ta öngörülen hukuk seçimi, yalnızca bir devlet hukukunun seçimine cevaz vermektedir. Bkz. DOĞAN (*Milletlerarası*), 405-406; ÇELİKEL/ERDEM, 397-398; NOMER (*Devletler*), 320; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, 279; BAYATA CANYAŞ, 62-65; DEMİRKOL, 145.

likte, millî mahkemeler açısından önemli bir yenilik ortaya koymaktadır¹¹⁷. Zira hemen hemen tüm millî hukuk sistemlerinde, millî olmayan kurallara atıfta bulunulması halinde, bu atfın bir hukuk seçimi olarak değerlendirilemeyeceği, sadece aktarım yoluyla sözleşme hükmü haline getirilen bu kuralların uygulanacak hukukun izin verdiği sınırlar içinde uygulanabileceği kabul edilmektedir¹¹⁸. Anasyonel kuralların uygulanmasının kabul edilmesinin ilk gerekçesi kaynağı bir devlet olmaksızın bağımsızlığı sağlamak amacıyla özel hukukun 'özel' karakterine uygun olarak gerçek anlamda 'özel'leştirilmesi, ikinci olarak ise uygulamada milletlerarası sözleşmelerde özellikle devletin emredici kurallarından kaçınmak istenmesi olarak açıklanmaktadır¹¹⁹.

b. Anasyonel Kuralların Seçimine İlişkin Sınırlamalar

Prensipier seçilebilecek anasyonel kurallara birkaç açıdan sınırlama getirilmiştir. Bu tür kuralların uygulanabilmesi için 'uluslararası, uluslararası veya bölgesel düzeyde genel olarak tarafsız ve dengeli kabul edilen' kurallar olması gerekmektedir (m.3). Aşağıda kısaca bu unsurlar üzerinde durulacaktır.

aa. Bir Kurallar Dizisinin Seçilmesi

Seçilen anasyonel kuralların bir 'kurallar dizisi' (*set of rules*) olması gerekmektedir. Bu halde *lex mercatoriaya* veya milletlerarası ticarî teamüllere atıfta bulunulması halinde bunların bir kurallar dizisi olarak kabul edilip edilmeyeceği sorusu akla gelmektedir. Kanaatimizce 'kurallar dizisi' ifadesi ile belirli bir sistematik çerçevede bir araya getirilmiş kurallar kast edilmektedir. Bu kritere göre seçilen kuralların geniş kapsamlı olması gerekmemeyle birlikte, asgarî derecede içeriği belirli ve çözüm üretebilecek genişlikte olmalıdır¹²⁰. Dar kapsamlı olsa dahi belli bir konuya yönelik düzenleme içermelidir. Başka bir deyişle milletlerarası alanda genel olarak sözleşmelere ilişkin problemlere çözüm üretebilecek kâbiliyette olmalıdır¹²¹.

¹¹⁷ Benzer yönde bkz. MICHAELS, 2; PERTEGÁS/MARSHALL, 996-997.

¹¹⁸ MICHAELS, 2; OBA, 307.

¹¹⁹ MICHAELS, 2.

¹²⁰ STAMATIADIS, 268; SAUMIER (*Hague*), 17. SYMEONIDES ise bu kriterin geniş kapsamlı ve bütüncül nitelikte kurallara işaret ettiğini belirtmektedir. Bkz. SYMEONIDES (*Hague*), 23.

¹²¹ Commentary, 3.10, 41.

Bu halde münferit 'ticarî teamüller'in de dışarıda bırakıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira ticarî teamüller, sözleşme ilişkisine dair basit konuları tek başına çözebilecek kapsamda olmadığı için bu şartı karşılamamaktadır¹²². Milletlerarası ticarî teamüller milletlerarası ticaret açısından oldukça önemli olmasına rağmen, genellikle uyumsuzluğa uygulanacak kuralların izin verdiği çerçevede uygulanması söz konusu olmaktadır¹²³. Buna göre dağınık kuralların seçimi dışlandığı gibi, münferit kuralların seçimi de dışlanmıştır¹²⁴. Bu ifade ile *lex mercatoriana*nın seçilmesi de önlenmiştir¹²⁵. Benzer şekilde şer'i hukukun seçimi de dışlanmıştır¹²⁶. Böylece bu gibi hallerde uygulanacak kuralların içeriğinin tespitinde karşılaşılabilecek güçlükler bertaraf edilmiştir. Bazı yazarlar ticarî teamüller konusunda prensiplerin sessiz kaldığını ve ticarî teamüllerin dikkate alınıp alınmayacağını seçilen hukuka veya kurallara bırakıldığını belirtmektedir¹²⁷.

Kurallar dizisi denildiğine göre taraflar, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG)¹²⁸ veya Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensiplerinin aralarındaki uyumsuzluğa uygulanmasını kararlaştırabilirler ve böylesi bir seçim geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul edilir¹²⁹. Nitekim Prensiplerin yorumunda da bu husus belirtilmiştir¹³⁰.

¹²² STAMATIADIS, 269. Nitekim prensiplerin yorumunda, ticarî teamüller konusunda sessiz kalındığı açıkça belirtilmiştir. Yorumda, ticarî teamüllerin, tarafların hakları ve yükümlülükleri üzerindeki etkisinin seçilen hukuk veya uyumsuzluğa uygulanan diğer kurallarda genellikle ele alındığı belirtilerek, UNIDROIT, CISG, UNCITRAL Model Kanun'da yer alan ticarî teamüllerle ilgili maddelere atıf yapılmıştır. Bkz. Commentary, 3.13, 42.

¹²³ MANKOWSKI, 384.

¹²⁴ STAMATIADIS, 268. Benzer yönde bkz. SAUMIER (*Hague*), 17.

¹²⁵ SAUMIER (*Hague*), 17; MANKOWSKI, 381. Bununla birlikte *lex mercatoria*, şeri hukuk gibi bir hukuk seçimine imkân verebileceği belirten yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. DOUGLAS/LOADSMAN, 9; KARACA, 128.

¹²⁶ Benzer şekilde Mankowski de şer'i hukukun tarafsızlık, bütüncül şekilde erişilebilirlik ve genel olarak kabul görme özelliklerinin bulunmaması sebebiyle, Prensipler açıkça bu hususa ele almamış olmasına rağmen de seçilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. MANKOWSKI, 382-383.

¹²⁷ SAUMIER (*Hague*), 17. Benzer yönde bkz. DOUGLAS/LOADSMAN, 9.

¹²⁸ Türkiye 2010 yılında Anlaşmaya katılmıştır. Bkz. 7.5.2010 tarih ve 27545 sayılı Resmî Gazete.

¹²⁹ MARSHALL, 180.

¹³⁰ Commentary 3.5-3.6, 40-41.

Ticarî teamüller söz konusu olduğunda da bir kurallar dizisi bulunup bulunmadığı üzerinde durulması gerekir. Bazı yazarlar, belirli bir sektöre ait düzenlemelerin bu şartı sağlamayacağını belirtmektedir¹³¹. Biz bu yaklaşıma katılmamaktayız. Kanaatimizce taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmasından sonra bu tür bir sınırlama yapılması, tanınan muhtariyetin inkârı anlamına gelecektir. Dolayısıyla taraflara bu imkânı tanıdıktan sonra, diğer şartlar da varsa ve taraflar arasındaki ilişki belirli bir sektöre ait kuralların uygulanmasına elverişli ise bu seçim geçerli kabul edilmelidir. Bize göre belli bir sistematik çerçevesinde düzenlenen ve yayınlanan kurallar olması kaydıyla, belirli bir sektöre ait kuralların 'kurallar dizisi' olarak kabul edilmesi gerekir. Nitekim bu tür kurallar genellikle o sektöre ait teamüllerden ortaya çıkmakta ve mahkemelerce de bir başvuru kaynağı olarak dikkate alınmaktadır.

Buna karşılık standart terimlerin seçilmesi halinde bunun bir hukuk seçimi olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre tek bir *Incoterm*'in¹³² kullanılması halinde de 'bir kurallar dizisi' söz konusu olmadığı için, tek bir *Incoterm*'in kullanılması bu kriteri sağlamamaktadır¹³³. Kanaatimizce *Incoterms* kapsamına giren tek bir terim kullanılması halinde dahi, aslında *Incoterms*'e yapılan bu atıf bir kurallar dizisine yapılan atıf olarak kabul edilmelidir¹³⁴. Zira tek bir *Incoterms* terimi kullanılsa bile, kullanılan terim esasen *Incoterms* olarak bilinen kurallar kapsamında mütalaa edildiğinden, bu kuralların tümüne açıkça atıf yapılmış olmasına gerek yoktur.

Bu bağlamda belirli bir ilişkiyi tüm yönleriyle ele almasa dahi, ilişkinin bazı yönlerini asgari düzeyde ve tereddüde mahal bırakmayacak şekilde düzenleyen kurallar, bir kurallar dizisi olarak kabul edilebilir.

¹³¹ KARACA, 127; MANKOWSKI, 378.

¹³² Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) tarafından, milletlerarası ticarete kullanılan terimlere bir standart sağlamak amacıyla ilk olarak 1936 yılında *Incoterms* olarak adlandırılan bir dizi kural ortaya konmuş ve bu kurallar milletlerarası ticaretteki güncel gelişmelere bağlı olarak zaman zaman yenilenmiştir. *Incoterms* kurallarının en güncel versiyonu 2020 yılında yayınlanmıştır. Kurallar milletlerarası ticarete taşıma ve teslim şekillerini ele almakta ve bu konuları düzenlemektedir. Hâlihazırda milletlerarası mal satımlarının önemli kısmında bu kurallar uygulanmaktadır. Ancak kuralların herhangi bir devlet tarafından oluşturulmaması ve pozitif geçerliliği bulunmaması nedeniyle bir sözleşmeye uygulanabilmesi için tarafların bu kurallara atıfta bulunması gereklidir. *Incoterms* hakkında bkz. <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-2020/> (31.08.2020).

¹³³ Bkz. SAUMIER (*Hague*), 17.

¹³⁴ Aksi yöndeki görüş için bkz. KARACA, 127.

bb. Kuralların Tarafsız ve Dengeli Olması

Seçilen kuralların genel olarak tarafsız ve dengeli kurallar olarak görülmesi anasyonel hukuk kurallarının seçilmesinin bir diğer şartı olarak öngörülmüştür. Bu bağlamda tarafsız ve dengeli olma hali kuralların içeriğine yönelik olmayıp, şekline ve kuralların kaynağına yönelik bir kriterdir¹³⁵.

Kuralların dengeli olması, eşit pazarlık gücüne sahip olmayan taraflar arasındaki dengenin korunması olarak anlaşılmalıdır¹³⁶. Başka bir deyişle bu kriter, söz konusu kuralların, ilişkinin yalnızca bir tarafına fayda sağlamamasını ifade etmektedir¹³⁷. Bu hüküm ile eşit pazarlık gücüne sahip olmayan taraflar arasında âdil sonuçlar ortaya çıkarmayacak olan kuralların uygulanması önlenmek istenmiştir¹³⁸. Bu kriterin sağlanması için seçilen kurallar, tarafların hakları ve borçları arasındaki dengeyi gözeten nitelikte olmalıdır¹³⁹.

Kuralların tarafsız olmasından kasıt ise taraflardan birisine üstünlük tanımaması, her iki tarafa da eşit mesafede duran kurallar olmasıdır. Tarafsızlık kriteri, mahkemeleri ve hakem heyetlerini, kuralların nereden doğduğunu dikkate almaya yönelmektedir¹⁴⁰. Nitekim kuralların yorumunda da farklı hukukî, politik ve ekonomik bakış açılarına sahip tarafsız organizasyonlara işaret edilmiştir¹⁴¹. Bu şart, belli bir bölgede veya sektörde diğer tarafın aleyhine olarak sadece bir tarafa avantaj sağlayan kuralların seçilmesine engel olmaktadır. Böyle bir halde milletlerarası organizasyonlarca hazırlanan bağlayıcı olmayan esnek hukuk araçları bu şartı karşılayabilecektir¹⁴².

Bununla birlikte kuralların dengeli olduğunun ne şekilde değerlendirileceğinin belli olmaması¹⁴³, tarafların sözleşme hükümlerini sadece bir tarafın lehine serbestçe düzenleme imkânı varken veya seçilen hukukun bir devlet hu-

¹³⁵ STAMATIADIS, 269. Benzer yönde bkz. MARSHALL, 184-185; MANKOWSKI, 376.

¹³⁶ PERTEGÁS/MARSHALL, 997.

¹³⁷ MARSHALL, 185.

¹³⁸ PERTEGÁS/MARSHALL, 997.

¹³⁹ KARACA, 126.

¹⁴⁰ SAUMIER (*Hague*), 16.

¹⁴¹ Commentary, 3.11, 41.

¹⁴² GIRSBERGER/COHEN, 329.

¹⁴³ MANKOWSKI, 376.

kuku olması halinde bu şart aranmazken, seçtikleri anasyonel kuralların dengeli olması ile seçime sınırlama getirmesi eleştirilmektedir¹⁴⁴.

cc. Genel Olarak Kabul Edilen Kurallardan Olması

Tarafların bir devlet hukuku dışında bir kurallar dizisini seçmeleri halinde, bu seçimin geçerli kabul edilebilmesi için, seçilen kuralların 'genel olarak kabul edilen' hukuk kuralları olması gerekmektedir. Bu hüküm ile tarafların, içeriği muğlak veya belirsiz kuralları seçmeleri önlenmek istenmiştir¹⁴⁵.

Bununla birlikte, kurallar dizisi seçiminin geçerliliği için öngörülen bu şartın bizzat kendisi özünde muğlaktır¹⁴⁶. İlk olarak kimin veya kimlerin kabulünün geçerli olacağı ve hangi oranda kabul gördüğü ile bunların neye göre tespit edileceği belirsizdir¹⁴⁷. Örneğin UNIDROIT ve ASHP gibi bu kapsamda potansiyel olarak uygulanması söz konusu olabilecek kurallarda dahi, 'genel kabul'ün nasıl ortaya konulacağı soru işareti yaratabilir¹⁴⁸. Prensiplerin yorumunda tek bir devletin kabul etmesinin bu şartı yerine getirmede yeterli olmadığı belirtilmiştir¹⁴⁹. Böylesi bir hüküm tahkim yargılamasında kullanışlı olma imkânı taşımasına rağmen, millî mahkemeler açısından bu değerlendirmeyi yapmak güçtür. Özellikle 'genel olarak kabul edilme' kriteri mahkemelerce yerine getirecekse, hükmün millî mahkemelerde uygulanması imkânsızlaşacaktır. Zira millî mahkemelerde anasyonel hukuk kurallarının hukuk seçimi olarak değerlendirilmesi kabul edilmediğinden 'genel olarak kabul edilen' kural olma şartı gerçekleşmeyecek ve buna rağmen bu şartın aranması, anasyonel kuralların uygulanmasını imkânsız kılan bir kısır döngü oluşturacaktır¹⁵⁰. İkinci olarak millî mahkemelerde seçilen bir ülke hukuku için 'genel kabul görme' şartı aran-

¹⁴⁴ MICHAELS, 16; GIRSBERGER/COHEN, 329.

¹⁴⁵ PERTEGÁS/MARSHALL, 997-998.

¹⁴⁶ Aynı yönde bkz. MICHAELS, 17; STAMATIADIS, 268.

¹⁴⁷ MICHAELS, 17.

¹⁴⁸ STAMATIADIS, 268. Bazı yazarlar UNCITRAL ve UNIDROIT gibi hükümetler arası organizasyonlar tarafından hazırlanan kuralların 'genel kabul görme' şartını sağladığını belirtirken, Avrupa'nın öne çıkan akademisyenleri tarafından hazırlanan Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri (ASHP) gibi kuralların bu şartı sağladığının kabulünün güç olduğunu belirtmektedir. Bkz. KARACA, 125-126.

¹⁴⁹ Commentary, 3.4, 40.

¹⁵⁰ STAMATIADIS, 268; MANKOWSKI, 375.

mazken, anasyonel kurallarda bu şartın aranması da haklı olarak eleştirilmektedir.¹⁵¹

dd. Milletlerarası, Milletlerüstü veya Bölgesel Düzeydeki Kurallar Olması

Yukarıda bahsedilen ‘genel kabul’ün milletlerarası, milletlerüstü veya bölgesel düzeyde gerçekleşmesi anasyonel kuralların seçilmesi için bir diğer şart olarak öngörülmüştür. Bu şartın aslında geniş anlamda kabul edilen şekilde anlaşılması gerekir.¹⁵²

ee. Hâkimin Hukukunda Anasyonel Kuralların Seçiminin Kabul Ediliyor Olması

Son olarak ise anasyonel hukuk kurallarının uygulanabilmesi için bu tür kuralların seçimine, davayı görmekte olan hâkimin hukukunda da izin verilmiş olması gerekir. Bu hüküm tahkim yargılaması için değil millî mahkemeler için getirilmiş bir hükümdür.¹⁵³ Esasen bu son şarta prensipler yer vermese de zaten dikkate alınması gerekecekti. Zira Prensiplerin esnek hukuk aracı olması sebebiyle, bu tür esnek hukuk araçlarının uygulanmasına zaten hâkimin hukukunda müsaade ediliyor olması gerekir.¹⁵⁴ Bununla birlikte ortaya çıkabilecek muhtemel tartışmaların önüne geçmek için açıkça bu husus vurgulanmıştır.

c. Anasyonel Kuralların Seçilmesi Halinde Boşlukların Doldurulması

Yukarıda belirttiğimiz kriterler çerçevesinde UNIDROIT Prensipleri, ASHP ve ICC'nin sistematize edilmiş kurallarının uygulanması kanaatimizce mümkün olabilecek iken, münferit ticarî teamüller, *lex mercatoria* gibi kavramlara atıf yapılması halinde bunların tek başına uygulanma imkânı olmayacaktır. Bununla birlikte kriterleri karşılayan anasyonel kurallar dahi ticarî ilişkinin tüm yönlerini düzenlememektedir. Bu halde kriterleri karşılayan kuralların seçiminin kabul edildiği durumlarda sözleşme ilişkisine ilişkin diğer konularda boşlukların ne şekilde doldurulacağını tespit etmek gerekecektir.

¹⁵¹ KARACA, 125; MICHAELS, 17.

¹⁵² MICHAELS, 18.

¹⁵³ BASEDOW, 314.

¹⁵⁴ GIRSBERGER/COHEN, 327.

Anasyonel kuralların millî mahkemelerde kabul görmesinin önündeki en büyük engel, bu tür kuralların bir ülke hukukundaki gibi her konuya ilişkin kurallar içermemesidir. Bu tür kurallar genellikle belirli bir sektör veya belirli bir konuya ilişkin hükümler içermekte, hukukun tüm alanlarına dair kurallar içermemektedir¹⁵⁵. Prensiplerin yorumunda, böyle bir durum için tarafların boşlukları doldurmak amacıyla ek hukuk seçimi yapabileceği belirtilmiştir¹⁵⁶. Başka bir ifadeyle taraflar anasyonel kurallara atıfta buldukları takdirde, bu kuralların düzenlemediği alanlarda uygulanmak üzere ‘tamamlayıcı hukuk seçimi’ olarak ifade edebileceğimiz bir seçim de yapabilirler. Bazı yazarlar bu durumun anasyonel kuralların değerini azaltacağını belirtse de¹⁵⁷, buna katılmamız mümkün değildir. Zira bu halde tamamlayıcı hukuk seçimi sadece kuralların düzenlemediği alanlarda uygulanma kabiliyetine sahip olacak, bunun dışında tamamlayıcı seçimle yetkili kılınan hukuk bir devletin hukuku olsa dahi o hukukun emredici hükümleri, seçilen anasyonel kurallarla çatıştığı takdirde anasyonel kurallar uygulanacaktır. Bu halde tamamlayıcı hukuk seçimi imkânı, anasyonel kuralların boş bıraktığı konuların düzenlenmesini sağlayacağı için kanaatimizce hem taraf iradeleri ön planda tutulmuş olacak, hem de anasyonel kuralların kabul edilmesinin önündeki en büyük problem ortadan kalkmış olacaktır. Bu yönüyle söz konusu hüküm anasyonel kuralların seçilmesini desteklemektedir. Buna ek olarak, tarafların ek hukuk seçimi yapması halinde, taraflarca esasa uygulanmak üzere seçilen hukuk ile boşlukların doldurulmasında uygulanacak hukuk arasındaki ilişki ve hiyerarşinin açıkça belirtilmesi de yerinde olacaktır¹⁵⁸.

Öte yandan, ülkelerin hukuk düzenlerinde anasyonel kuralların seçimi, hukuk seçimi olarak kabul edilmemesine rağmen, prensiplerde anasyonel kuralların seçilmesinde ‘hâkimin hukukunda’ izin verilmesi şartı arandığı için bu hükmün pratikte uygulanma imkânı zayıftır. Zira birçok ülkenin kanunlar ihtilâfi kurallarında, seçilen hukukun ‘bir devlet hukuku’ olması gerektiği kabul edilmektedir¹⁵⁹. Gerçekten de normatif açıdan bir ülkenin kanunlar ihtilâfi ku-

¹⁵⁵ MICHAELS, 18; STAMATIADIS, 269.

¹⁵⁶ Commentary 3.15, 42.

¹⁵⁷ MICHAELS, 18.

¹⁵⁸ MARSHALL, 197.

¹⁵⁹ Bkz. V.A.2. ‘Anasyonel Kuralların Seçimi’.

rallarının izin vermediği bir seçime, esnek bir hukuk aracı olan Prensiplerle izin verilmesi ve bunların uygulanmasının sağlanması güçtür¹⁶⁰.

Son olarak esnek bir hukuk aracı olan Prensipler kullanılarak yine esnek bir hukuk aracı olan anasyonel kuralların seçilmesi halinde, bu iki kural grubu arasındaki hiyerarşinin incelenmesi gerekebilir. Örneğin taraflar, Lahey Prensipleri ile birlikte, maddî hukuk hükümleri içeren UNIDROIT Prensiplerinin¹⁶¹ aralarındaki ilişkiye uygulanmasını kabul ettiklerinde, Lahey Prensipleri iç hukuka aktarılmadığı sürece prensiplerin normatif bir etkisi olmayacağından, hangi esnek hukuk aracının diğerine önceliği olacağı veya bu araçların eşit güçte olduğu kabul edilirse hangisinin diğerini yöneteceği, kontrol edeceği veya ona geçerlilik sağlayacağı belirsizdir¹⁶².

Buna karşılık Lahey Prensipleri ile bir milletlerarası anlaşmanın seçilmesi halinde farklı bir sonuca varılabilir. Şayet hâkimin ülkesinin taraf olduğu (örneğin Taşınır Malların Milletlerarası Satımına İlişkin Viyana Satım Sözleşmesi (VSS)) gibi bir milletlerarası sözleşmenin uygulanması kabul edilirse, anlaşmanın prensiplere üstünlüğü kabul edilmelidir¹⁶³. Zira bir ülkenin milletlerarası bir anlaşmaya taraf olması hâlinde, söz konusu anlaşma artık o ülkenin pozitif hukukunun bir parçası olarak kabul edileceğinden, bu halde ilgili ülke açısından anlaşmanın anasyonel kural olarak nitelenmesi söz konusu olmaz.

3. Kısmî Hukuk Seçimi

Prensipler, tarafların kısmî hukuk seçimi yapmasına izin vermektedir (m. 2/2-b). Taraflara verilen bu serbesti sadece sözleşmenin farklı kısımlarına farklı hukukların uygulanmasına ilişkin olmayıp, uygulanacak hukukun içeriği anlamında da serbesti söz konusudur¹⁶⁴. Buna göre taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin yalnızca bir kısmına uygulanacağını kararlaştırmışlarsa, sözleşmenin kalan kısmı için hukuk seçimi yapılmadığından objektif bağlama kurallarına

¹⁶⁰ Aynı yönde bkz. MARSHALL, 188.

¹⁶¹ Bkz. Dipnot 12.

¹⁶² MARSHALL, 190.

¹⁶³ Aynı yönde MARSHALL da tarafları Hague Prensiplerini kullanarak Viyana Satım Sözleşmesinin (VSS) uygulanmasını kararlaştırmaları halinde VSS'nin normatif olarak Hague prensiplerinden önce uygulanacağını belirtmiştir. Bkz. MARSHALL, 190.

¹⁶⁴ MARSHALL, 202.

göre uygulanacak hukuk tespit edilecektir¹⁶⁵. Taraflar seçilen hukukun sözleşmenin yalnızca bir kısmına uygulanmasını kararlaştırabilecekleri gibi, sözleşmenin farklı kısımlarına farklı hukukların uygulanmasını da kararlaştırabilirler. Ancak kısmî hukuk seçimi yapıldığı takdirde elbette ekonomik ve hukukî bakımdan bölünebilir menfaatler söz konusu olmalıdır. Ayrıca sözleşmenin farklı kısımları için farklı hukukların uygulanması kararlaştırıldığı takdirde yapılan seçimlerin mantıksal olarak tutarlı olması gerekmektedir¹⁶⁶. Başka bir deyişle, tarafların seçtikleri hukuklar ile kısmî seçimin yapıldığı sözleşme bölümlerini açıkça tespit etmeleri gerekmektedir¹⁶⁷. Bunun yanında seçilen hukuk kuralları arasındaki çelişkili hükümlerin yol açabileceği problemlerin önüne geçmek amacıyla, bu kurallar arasındaki hiyerarşinin de açıkça belirtilmesi yerinde olacaktır¹⁶⁸.

Bu hüküm teorik olarak özellikle uzun süren ve karmaşık yapıdaki sözleşme ilişkileri açısından faydalı bir hükümdür¹⁶⁹. Uygulamada bu imkân, belirli bir ülkede yapılması gereken işlerde, örneğin bir konuda devletin izninin alınması gerektiği konularda belli yükümlülüklerin ifasına ilişkin olarak yapılabilir¹⁷⁰. Belirtmek gerekir ki, birbiriyle çelişen hükümlerle karşılaşılması riski

¹⁶⁵ Benzer yönde bkz. STAMATIADIS, 266; PERTEGÁS/MARSHALL, 995; ÖZDEMİR KOCASAKAL, 41.

¹⁶⁶ PERTEGÁS/MARSHALL, 995.

¹⁶⁷ MURTAZ, 175.

¹⁶⁸ Benzer yönde bkz. MARSHALL, 197. Kısmî hukuk seçiminin ortaya çıkarabileceği problemler hakkında bkz. MARSHALL, 198-203.

¹⁶⁹ STAMATIADIS, 266. Bununla birlikte bazı yazarlar kısmî hukuk seçiminin çelişkili yorum ve uygulamalara yol açabilecek olması nedeniyle hukukî güvenliği tehdit edebilecek bir yöntem olduğunu belirtmektedir. Bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, 42. Benzer yaklaşım için bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 278.

¹⁷⁰ Prensipilerin yorumunda çoklu hukuk seçimine ilişkin aşağıdaki örnekler verilmiştir:

‘Örnek 2-3: Alıcı ve satıcı (hedef şirket) D şirketinin kontrolüne ilişkin bir hisse alım sözleşmesi yapmışlardır. Üçüncü kişi olan C, sözleşmeye göre alıcının ödeme borcunu garanti etmiştir. Alıcı ve satıcı arasındaki sözleşme, fiyat tespiti amacıyla, hedef şirketin mali durum tablolarının hedef şirketin işyerinin bulunduğu X ülkesi hukukuna uygun olması şartını içermektedir. Sözleşme ayrıca alıcı ve satıcının hakları ve yükümlülüklerini Y ülkesi hukukuna tâbi tutmakta ve C'nin verdiği kişisel garantiyi alıcının işyerinin bulunduğu Z ülkesi hukukuna tâbi tutmaktadır. Bu halde X, Y ve Z hukukları sözleşme ilişkisinin farklı yönlerine hâkim olacaktır.

Örnek 2-4: Bir milletlerarası satış sözleşmesinde, taraflar açıkça sözleşmeye ilişkin tüm hususlara X ülkesi hukukunun uygulanacağını, ancak satıcının alması gereken gözetim ve denetim sertifikalarına ilişkin hususların malların varış noktası ülkelerin hukuklarına tâbi olacağını kararlaştırmışlardır. Bu halde, önceki örnekte olduğu gibi, sonuç olarak sözleşmeye birden fazla hukuk uygulanacaktır.’

sebebiyle uygulamada milletlerarası ticarî sözleşmelerde kısmî hukuk seçiminin tercih edilmesine çok nadiren rastlanmaktadır. Bununla birlikte birçok ülkenin kanunlar ihtilâfî kurallarında kısmî hukuk seçimi kabul edildiği gibi bir kısım milletlerarası düzenlemelerde de kabul edilmektedir¹⁷¹.

B. HUKUK SEÇİMİNİN ŞEKLİ

Taraflar hukuk seçimi anlaşmasını, asıl sözleşme içinde bir kloz veya ayrı bir sözleşme olarak düzenleyebilirler¹⁷². Hukuk sistemlerinde genellikle, hukuk seçimi anlaşması için belirli bir şekil şartı öngörülmemektedir¹⁷³. Prensiplerde de hukuk seçiminin şekline ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. Bu yaklaşım hem millî hukuklardaki düzenlemelerle paralellik göstermekte¹⁷⁴, hem de milletlerarası ticareti kolaylaştırıcı nitelik taşımaktadır¹⁷⁵. Hukuk seçimi anlaşmasının şekle tâbi olmamasının tek istisnası tarafların aksi yönde anlaşmış olmalarıdır. Başka bir deyişle taraflar hukuk seçimi anlaşmasının belli bir şekilde (örneğin yazılı) yapılacağını kararlaştırdıkları takdirde, artık seçimin geçerli olması için kararlaştırılan şekilde yapılması gerekir. Aksi halde seçim veya seçimin değiştirilmesi geçerli olmayacaktır. Bu husus özellikle milletlerarası ticarî sözleşmelerde sıkça karşımıza çıkan 'sözlü değişiklik yapmama maddesi'ni (*no oral modification clause*) akla getirmektedir. Milletlerarası nitelik taşıyan birçok sözleşmede, taraflar, sözleşmeye koydukları bu madde ile sözleşmede yapılacak değişikliklerin sözlü olarak yapılamayacağını kararlaştırmaktadırlar¹⁷⁶.

¹⁷¹ Quebec Medeni Kanunu (1994) 3. bölüm madde 3111, Rus Medeni Kanunu (2001) 3. bölüm 6. kısım madde 1210(4), Güney Kore Kanunlar İhtilafı Kanunu (2001) madde 25(2); Roma I Konvansiyonu madde 3(1); Mexico City Konvansiyonu madde 7. Bkz. NEELS, 778.

¹⁷² Commentary, I.6, 29.

¹⁷³ SYMEONIDES (*Hague*), 20; SYMEONIDES (*Codifying*), 120 vd.

¹⁷⁴ Türk hukukunda da hukuk seçimini taraflar açık veya örtülü olarak kararlaştırabilirler. Prensiplerin 4. maddesindeki bu düzenleme MÖHUK m. 24'te yer alan düzenlemeyle benzerlik göstermektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gözde MURTAZ, "Yabancı Unsurlu Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Meseleler (5718 sayılı MÖHUK m.24 ile Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair İlkeler Kapsamında)", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, Nisan 2018, S: 157-202.

¹⁷⁵ STAMATIADIS, 270.

¹⁷⁶ Hukuk sistemlerinde milletlerarası ticarî sözleşmelerin yazılı olarak yapılması veya sözleşmede yapılacak değişikliklerin yazılı olarak yapılmasının bir zorunluluk olarak öngörülmesi sebebiyle, milletlerarası ticaret uygulamasında sıkça karşılaşılan bir sözleşme maddesi olarak ortaya çıkmıştır. Taraflar, aralarındaki sözleşmeye ekledikleri bu madde ile yapılacak değişikliklerin sadece yazılı biçimde yapılmasını şart koşturmaktadır. Bu gibi durumlarda yapı-

Taraflar, açıkça veya zımnen sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilirler. Açık hukuk seçiminde genellikle sıkıntı yaşanmamaktadır. Zımnî seçimin yapılıp yapılmadığının nasıl tespit edileceği konusunda ise farklı yaklaşımlarla karşılaşılabilir. Bazı hukuk sistemlerinde zımnî seçimin kabulünde sadece sözleşme hükümlerinden faydalanılabileceği kabul edilirken, bazı hukuk sistemlerinde hem sözleşme hükümleri hem de tarafların davranışlarından, bazılarında ise somut olayın şartlarından faydalanılabileceği kabul edilmektedir¹⁷⁷. Ancak zımnî seçim yapılıp yapılmadığının tespitinde sözleşme hükümlerinden hareket edilmesi ve halin şartlarının dikkate alınmasının önünde bir engel yoktur¹⁷⁸. Prensiplerin 4. maddesinde bu husus dikkate alınarak zımnî seçimin tespiti için sözleşme hükümleri veya halin şartlarından hareket edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Zımnî seçimin kabul edilebilmesi için sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından, tarafların belli bir hukukun uygulanması yönünde ortak iradelerinin olduğu tespit edilebilmelidir¹⁷⁹. Başka bir deyişle zımnî seçim yapıldığı kabul edebilmek için, tarafların belli bir ülke hukukunun uygulanması konusunda gerçek iradelerinin bulunması gerekir¹⁸⁰. Aksi halde zımnî seçimden bahsedilemeyecektir.

Buna göre tarafların zımnen belirli bir ülke hukukunu seçtiklerini kabul edebilmek için taraflar arasındaki ilişkinin belirli bir ülke hukukuna işaret etmesi gerekir. Zımnî hukuk seçiminin yapılıp yapılmadığı değerlendirilirken, sözleşmenin yapıldığı ülke, ifa yeri, sözleşmenin dili, belirli bir ülke parasının kullanılması, belirli bir hukuk düzenine ait terimlerin veya genel işlem şartlarının kullanılması, belirli bir ülke mahkemesinin yetkilendirilmesi gibi kriterler dik-

lacak değişiklikler genellikle taraflar veya yetkili vekilleri tarafından imzalandığı takdirde geçerli olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. AYHAN İZMİRLİ, 372-374.

¹⁷⁷ NEELS/FREDERICS, 106-107; SYMEONIDES (*Codifying*), 121.

¹⁷⁸ NEELS/FREDERICS, 107.

¹⁷⁹ Prensiplerin 4. maddesinde 'halin şartlarından' ifadesi kullanılmış, ancak bu ifade ile neyin kastedildiği belirtilmemiştir. Bununla birlikte tarafların davranışı ve sözleşme ile bağlantılı diğer unsurlar dikkate alınabilecektir. Bkz. MURTAZ, 163.

¹⁸⁰ GIRSBERGER/COHEN, 322-323. Zımnî hukuk seçiminde tarafların gerçek iradelerinden kasıt, açık hukuk seçiminde olduğu gibi, hukuk seçimi konusunda tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin bulunmasıdır. Tarafların hukuk seçimi konusunda iradeleri olmakla birlikte, bu yöndeki irade doğrudan açıklanmamıştır. Bkz. BAYATA CANYAŞ, 29; ÖZDEMİR KOCASAKAL, 43-44. Benzer yönde bkz. DOĞAN (*Milletlerarası*), 402; NOMER (*Devletler*), 323; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 276-277; DEMİRKOL, 192; PERTEGAS/MARSHALL, 987.

kate alınabilir. Bu kriterlerin birden fazlası belirli bir ülke ile bağlantıyı sağladığı takdirde, o ülke hukuku lehine zımnen seçim yapıldığını kabul etme ihtimali de artacaktır. Bu yaklaşımla aynı zamanda farazî hukuk seçimi¹⁸¹ de dışlanmıştıdır.

Bununla birlikte 4. madde, bir mahkemeyi veya hakem heyetini yetkilendiren bir anlaşmanın tek başına hukuk seçimi olarak değerlendirilemeyeceğini açıkça belirtmiştir. Buna göre uygulanacak hukukun seçimi ile yetkili mahkemenin seçimi birbirinden tamamen bağımsızdır. Taraflar belli bir ülke mahkemesini, o ülkenin iç hukuku sebebiyle değil tarafsızlığı veya uzmanlığı sebebiyle seçmiş olabilirler¹⁸². Dolayısıyla sadece belirli bir ülke mahkemesinin yetkilendirilmesi, o mahkemenin hukukunun seçildiği anlamına gelmeyecektir. Bununla birlikte olayın diğer unsurlarıyla birlikte değerlendirildiğinde bu sonuca ulaşılması da tamamen reddedilmemiştir. Başka bir deyişle yetki şartı, diğer unsurlarla desteklendiği takdirde zımni hukuk seçiminin kabulünde dikkate alınan faktörlerden birisi olabilecektir¹⁸³. Buna göre söz konusu yetki anlaşmasının hukuk seçimine delalet edebilmesi için, taraflar arasındaki ilişkinin diğer unsurları da aynı ülkeyi işaret etmelidir.

C. HUKUK SEÇİMİNİN ZAMANI

İrade muhtariyeti, tarafların hukuk seçimi istedikleri zaman yapabilme ve değiştirebilme özgürlüğünü de kapsamaktadır¹⁸⁴. Birçok ülkede üçüncü kişilerin haklarına hanel gelmemesi koşuluyla tarafların istedikleri zaman hukuk seçimi yapabileceği kabul edilmiştir¹⁸⁵. Prensipler hukuk seçiminin zamanına ilişkin herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Aynı şekilde hukuk seçiminde yapılacak değişiklikler konusunda da zaman sınırlaması yoktur. Taraflar, sözleşmenin

¹⁸¹ Farazî hukuk seçimi, tarafların farazî iradelerinden hareketle uygulanacak hukukun tespit edilmesidir. Başka bir ifadeyle uygulanacak hukuku tarafların kendi iradeleri ile açıkça veya zımnen tespit etmediği hallerde, tarafların seçtikleri varsayılan ülke hukukunun sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak belirlenmesidir. Bkz. DOĞAN (*Milletlerarası*), 291; Sema ÇÖRTÖĞLU KOCA, "*Milletlerarası Özel Hukukta Araştırma Geliştirme (Ar-Ge) Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*", FMR Cilt: 9, Sayı: 2009/3, S: 97-114, 103; İlyas ARSLAN, "*5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi*", MHB, Cilt: 33, Sayı: 2, S: 1-41, 14.

¹⁸² NEELS/FREDERICS, 107-108.

¹⁸³ NEELS, 780-781. Aynı yönde bkz. PERTEGÁS/MARSHALL, 987-989; GIRSBERGER/COHEN, 323; MURTAZ, 165; Commentary, 4.11, 45.

¹⁸⁴ Commentary, 2.10, 38.

¹⁸⁵ SYMEONIDES (*Codifying*), 122-123.

yapılmasından önce veya sonra aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilir veya değiştirebilirler. Hatta mahkeme safhasında dahi seçim yapılması veya değiştirilmesi mümkündür. Bununla birlikte sözleşmenin kurulmasından sonra hukuk seçiminin yapılması veya değiştirilmesinin sözleşmenin şekli geçerliliğini veya üçüncü kişilerin haklarını etkilemeyeceği açık olarak belirtilmiştir (m.2/3). Buna göre sonradan yapılan veya değiştirilen hukuk seçimi üçüncü kişilerin haklarını olumsuz etkilediği takdirde, bu kişiler açısından seçilen önceki hukukun uygulanması söz konusu olabilecektir¹⁸⁶.

D. HUKUK SEÇİMİNİN GEÇERLİLİĞİ

Hukuk seçiminin geçerliliği hakkında hukuk sistemlerinin yaklaşımını ikiye ayırmamız mümkündür. İlk yöntemde irade muhtariyetine yer verilmeksizin hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tespit edilen hukuk, hukuk seçiminin geçerliliğini değerlendirmekte, ikinci yöntem ise doğrudan seçilen hukukun, hukuk seçiminin geçerliliği hakkında karar vermesini öngörmektedir¹⁸⁷. Prensipelerde ikinci yöntem kabul edilmiştir.

Taraflarca yapılan hukuk seçiminin geçerli olması için tarafların bu hukukî işlemi yapma yönünde iradelerinin bulunması, ehil olmaları ve işlemin şekli şartlarının yerine getirilmesi gerekir. Hukuk seçiminin şekli ile ilgili hususları önceki başlık altında ele aldığımız için burada, hukuk seçiminin geçerliliğine ilişkin diğer hususlar üzerinde durulacaktır.

İlk olarak prensiplerde ehliyetle ilişkin konular hukuk seçiminin kapsamı dışında tutulmuştur. Dolayısıyla tarafların hukuk seçimi anlaşması yapma ehliyeti, seçtikleri hukuka göre değil, hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenecek hukuka göre tespit edilecektir. Türkiye gibi birçok ülkede de kişinin ehliyeti şahsi statüye tâbi tutulmuştur. İkinci olarak tarafların hukuk seçimi anlaşması yapma yönündeki iradelerinin varlığı ve geçerliliği konusunda ise seçilen hukuk ile tarafların işyeri hukukunu kombine eden bir düzenleme getirilmiştir¹⁸⁸.

¹⁸⁶ STAMATIADIS, 266.

¹⁸⁷ STAMATIADIS, 269; SYMEONIDES (*Hague*), 17-18; SYMEONIDES (*Codifying*), 123-124.

¹⁸⁸ SYMEONIDES (*Hague*), 18-19.

Prensipler, hukuk seçiminin geçerliliğine ilişkin problemleri 'çapraz bağlama' (*bootstrap*) prensibine göre çözmüştür¹⁸⁹. Buna göre tarafların hukuk seçimi anlaşması yapıp yapmadığı hakkında seçildiği iddia edilen hukuk uygulanır (m.6/1-a, m.9/1-e). Başka bir deyişle, yapılan hukuk seçiminin geçerli olup olmadığı hakkında seçildiği iddia edilen hukuk karar verecektir (m.9/1-e). Seçildiği iddia edilen hukuk, hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği yanında, geçersizliğin sonuçları hakkında da karar verecektir¹⁹⁰.

Prensiplerin 6. maddesinde ayrıca genel işlem şartlarının çatışması problemi ele alınmıştır. Milletlerarası ticarete bir tarafın, karşı tarafa kendi genel işlem şartlarını göndermesi, karşı tarafın da başka bir belge göndermek suretiyle karşılık vermesi ve böylece sözleşmenin kurulmuş kabul edilmesi oldukça yaygın bir uygulamadır¹⁹¹. Her bir taraf kendi menfaatini öncelediği için, tarafların birbirine gönderdikleri bu belgeler birçok halde çelişkili hükümler içerebilmekte ve söz konusu problem milletlerarası özel hukuk anlamında her iki belgede de hukuk seçiminin yer alması ve fakat bu seçimlerin birbiri ile çelişmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır¹⁹².

Genel işlem şartlarının çatışması konusunda ülke hukukları farklı yaklaşımlara sahip olup, millî hukuk sistemlerinin yaklaşımlarını en azından dört grupta toplamak mümkündür:

Hollanda hukuku gibi bazı hukuk düzenlerinde 'ilk atış kuralı' (*first shot rule*) olarak adlandırılan ilk hazırlanan belgedeki kuralın uygulanması kabul görünürken, İngiliz, Çin ve Rus hukukları gibi bir kısım hukuk sisteminde ise 'son atış kuralı' (*last shot rule*) olarak adlandırılan son hazırlanan belgedeki kuralın veya sözleşme müzakerelerinde son atıf yapılan kuralın geçerli sayılması kabul görmekte, Fransız ve Alman hukukunun öncülük ettiği İsviçre, Avusturya, Polonya, Estonya, Litvanya ve Romanya hukuk sistemlerinde ise çatışan hükümlerin her ikisini de geçersiz sayan 'nakavt kuralı' (*knock out rule*), ABD hukukunda ise bu üç yöntemin karması olarak nitelenen hibrit sistem (*hybrid system*)

¹⁸⁹ MARSHALL, 203.

¹⁹⁰ GIRSBERGER/COHEN, 325; MARSHALL, 204-205.

¹⁹¹ YILMAZ, 483. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, tarafların birbirlerine gönderdikleri genel işlem şartları çatışıyor olsa dahi, tarafların edimlerin ifasına başlamaları nedeniyle, taraflar arasında bir sözleşmenin varlığına ilişkin ortak iradeye sahip olduklarının ve dolayısıyla (genel işlem şartlarının çatışmasına rağmen) taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin kurulduğunun kabul edilmesi yönünde bir eğilim görülmektedir. Bkz. YILMAZ, 485-486.

¹⁹² YILMAZ, 483-484.

kabul edilmektedir¹⁹³. Bazı ülkelerde ise böyle bir durum için bir çözüm yolu öngörülmemiştir¹⁹⁴.

Prensiplerin 6. maddesinde, tarafların kendi genel işlem şartlarını karşı tarafa göndererek sözleşmeyi ortaya çıkarması ve gönderilen her iki belgede de hukuk seçimine ilişkin hüküm bulunması ve bunların birbiri ile çelişmesi halinde bu problemin çözümü oldukça âdil biçimde ele alınmıştır. Buna göre şayet her iki tarafın elindeki genel işlem şartı tek bir ülke hukukunu işaret ediyorsa veya çatışan belgelerden sadece birinde hukuk seçimi şartı yer alıyorsa, bu hukuk, hukuk seçimi yapılmış olup olmadığı hakkında karar verecektir¹⁹⁵. Buna karşılık genel işlem şartlarının her ikisinde de hukuk seçimine ilişkin hüküm bulunuyor, ancak bunlar birbiriyle çelişiyorsa hukuk seçiminin yapılmadığı kabul edilecektir. Aynı husus, ilgili hukuklardan en az birisinde nakavt kuralının kabul edilmesi halinde de geçerlidir¹⁹⁶. Bu hüküm, ülke hukuklarındaki farklı yaklaşımlardan kaynaklanan çatışmaya çözüm getirmeye çalışmıştır¹⁹⁷. Başka bir deyişle, taraflarca yetkili kılınan hukuklarda genel işlem şartlarının çatışması sorununa ilişkin farklı yöntemlerin kabul edilmiş olması veya bu hukuklardan en az birisinde nakavt kuralının kabul edilmiş olması halinde, tarafların genel işlem şartlarında yer verdiği her iki hukuk seçimi de devre dışı bırakılmıştır. Bu ihtimalde ise uygulanacak hukuk, hukuk seçimi yapılmaması halinde ne şekilde tespit ediliyorsa aynı şekilde tespit edilecektir¹⁹⁸. Prensiplerin 6. maddesinde ele alınan genel işlem şartlarının çatışmasına ilişkin öngörülen bu çözüm yenilikçi bir düzenleme olarak görülmektedir¹⁹⁹.

Bununla birlikte hukuk seçimine bir tarafın rızasının bulunup bulunmadığı hakkında, ilk fıkraya göre tespit edilen hukukun uygulanması âdil olmayacaksa, seçime, rızası söz konusu olan tarafın işyerinin bulunduğu ülke hukuku

¹⁹³ Genel işlem şartlarının çatışmasına ilişkin maddî hukuklardaki çözüm yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PERTEGÁS/MARSHALL, 992-993; Thomas Kadner GRAZIANO, "The Hague Solution on Choice of Law Clauses in Conflicting Standard Terms: Paving the Way to More Legal Certainty in International Commercial Transactions?", Unif. L. Rev., Vol. 22, 2017, S: 351-368, 352 vd.; YILMAZ, 487-490; MARSHALL, 209-210.

¹⁹⁴ PERTEGÁS/MARSHALL, 993. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. YILMAZ, 486-493.

¹⁹⁵ Commentary, 6.13, 6.14, 6.15, 53-54.

¹⁹⁶ YILMAZ, 500-501.

¹⁹⁷ PERTEGÁS/MARSHALL, 993.

¹⁹⁸ YILMAZ, 500; GRAZIANO, 361.

¹⁹⁹ Bkz. PERTEGÁS/MARSHALL, 979.

uygulanacaktır (m.6/2). Bu hüküm özellikle susmanın kabul anlamına gelip gelmediği gibi konularda uygulama alanı bulacaktır. Öte yandan rızası bulunmadığını iddia eden tarafın işyeri hukuku yalnızca rıza hakkında karar verecek, diğer konularda seçildiği iddia edilen hukuk uygulanacaktır.

Tarafların seçtikleri hukukun, asıl sözleşmeyi geçersiz kılması az rastlanan bir durum değildir, zira birçok sözleşmede hukuk seçimi maddesi özensizce hazırlanmaktadır²⁰⁰. Prensipler böylesi bir ihtimali dikkate alarak hukuk seçiminin geçerliliği konusunda, milletlerarası özel hukuk doktrini ve uygulamasında hukuk seçimi ve asıl sözleşmeyi birbirinden ayıran ve geçerliliklerini birbirinden bağımsız olarak değerlendiren geleneksel yaklaşımı benimsemiştir²⁰¹. Buna göre yalnızca sözleşmenin geçersizliği temeline dayanan sebeplerle hukuk seçiminin geçersizliği ileri sürülemeyecektir (m.7). Bu kabul, uygulanacak hukukla ilgili Roma I ve diğer milletlerarası metinlerle de uyumludur²⁰². Bu hüküm hukuk seçimi anlaşmasının hem şeklen hem de esas bakımından asıl sözleşmeden bağımsız olarak değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır²⁰³. Birçok hukuk sisteminde hukuk seçimi anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsız nitelikte olduğu kabul edildiği gibi, Prensiplerde de bu husus vurgulanmış olmaktadır. Bu nedenle sözleşme geçersiz olsa dahi, hukuk seçimi anlaşması salt bu nedenle geçersiz kabul edilmeyecek, asıl sözleşmeden bağımsız olarak değerlendirilecektir. Bununla birlikte somut olayın özelliklerine göre asıl sözleşmenin geçersizliğinin, hukuk seçimi anlaşmasının geçersizliğine sebep olması da ihtimal dâhilindedir. Zira madde de ‘yalnızca’ asıl sözleşmenin geçersizliği sebebiyle, hukuk seçimi anlaşmasının geçerli sayılmayacağı belirtilmiştir. Buna göre somut olaydaki diğer koşullarla bir arada değerlendirilerek aksi bir sonuca varılması da mümkün olabilecektir.

E. SEÇİLEN HUKUKUN KAPSAMI

Taraflarca seçilen hukukun maddî hukuk hükümleri aralarındaki sözleşmeye uygulanacaktır. Prensipler atfi açıkça reddetmiştir. Başka bir deyişle taraflarca belirli bir hukukun aralarındaki sözleşmeye uygulanması kararlaştırıldığı takdirde bu hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları dikkate alınmayacak, seçilen

²⁰⁰ SYMEONIDES (*Hague*), 6.

²⁰¹ Benzer yönde bkz. STAMATIADIS, 269.

²⁰² GIRSBERGER/COHEN, 324-325.

²⁰³ GIRSBERGER/COHEN, 324.

hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanacaktır (m.8). Bu hükümle, taraflar arasındaki ilişkinin, tarafların beklemedikleri bir hukuka tâbi kılınması önlenmek istenmiştir. Bununla birlikte taraflar bu hükmün aksini kararlaştırabilirler. Başka bir deyişle seçilen hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının da dikkate alınacağını kararlaştırmışlarsa, artık o hukukun doğrudan maddî hukuk hükümlerine müracaat etmeyip, kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurmak gerekecektir.

Seçilen hukuk, çalışmanın başında belirttiğimiz konular dışında sözleşme ile ilgili tüm konularda uygulanacaktır. Bu hükümle, sözleşme ilişkisine dair tüm hususlarda uygulanacak hukukta yeknesaklık, başka bir ifadeyle statüde birlik sağlanması amaçlanmıştır²⁰⁴. Prensiplerde sözleşmenin yorumlanması, sözleşmeden doğan haklar ve borçlar, ifa ve zararın tespiti de dâhil ifa etmemenin sonuçları, borcun ıtfası, zamanaşımı ve hak düşürücü süre, sözleşmenin geçerliliği ve geçersizliğin sonuçları, ispat yükü ve kanuni karineler, sözleşme öncesi yükümlülükler gibi sözleşmeye ilişkin tüm hususlarda taraflarca seçilen hukukun uygulanacağı belirtilmiştir (m.9/1). Madde 9'da sayılan bu hususlar örnek kâbilinden belirtilmiştir. Başka bir deyişle maddede sayılan bu hususlarla sınırlı olmaksızın seçilen hukuk sözleşme ilişkisini tüm yönleriyle idare edecektir. Hukuk seçimi hakkında kabul edilen genel yaklaşıma uygun olarak seçilen hukuk, *culpa in contrahendodan* ifaya kadar tüm hususlarda uygulanacaktır. Söz konusu hallerin sözleşme statüsü içinde mütalaa edileceği açıkça kaleme alınmış ve bu hususların sözleşmesel nitelikte olduğu vurgulanarak, sayılan hususların vasıflandırılmasıyla ilgili doğabilecek problemlerin önüne geçilmiştir²⁰⁵.

Seçilen hukukun kapsamıyla ilgili göze çarpan önemli bir diğer özellik ise zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin, sözleşme statüsünün uygulama alanına dâhil edilmiş olmasıdır (m.9). Zamanaşımının, Kıta Avrupası hukuklarında esasa ilişkin olduğu kabul edilirken, Anglo-Amerikan hukuklarında genelde usule ilişkin olduğu kabul edilmektedir²⁰⁶. Hangi yaklaşımın kabul edildiğine bağlı olarak ise zamanaşımına uygulanacak hukuk farklılaşacaktır. Şayet esasa ilişkin olduğu kabul edilirse zamanaşımı sözleşme statüsüne tâbi olacak, usule ilişkin olduğu kabul edilirse hukuk sistemlerinde usule *lex forin*in hakim olmasından hareketle hâkimin hukuku uygulanacaktır. Prensiplerde Kıta Avrupası

²⁰⁴ Benzer yönde bkz. STAMATIADIS, 272.

²⁰⁵ STAMATIADIS, 272.

²⁰⁶ DOĞAN (*Milletlerarası*), 312; ÇELİKEL/ERDEM, 199; TEKİNALP/UYANIK, 116; NOMER (*Devletler*), 214; SYMEONIDES (*Hague*), 26.

yaklaşımı benimsenerek, zamanaşımının sözleşme statüsüne tâbi tutulması kabul edilmiştir. Bununla birlikte esasa ilişkin hususlar ile usule ilişkin hususlar her hukuk sisteminde birbirinden aynı şekilde ayrılmamaktadır. Özellikle esasa uygulanacak hukukta zamanaşımı süresinin çok uzun veya çok kısa olması gibi durumlarda, kamu düzeni müdahalesi söz konusu olabilir²⁰⁷. Bu nedenle bazı yazarlar, zamanaşımının *sui generis* karakterini kabul eden orta yollu bir çözüm benimsenmesinin daha uygun olacağını savunmakta ve tarafların hukuk seçiminde seçilen hukukun da zamanaşımına uygulanacağı açıkça belirtmedikleri sürece, otomatikman seçilen hukuka tâbi tutulmamasını önermektedir²⁰⁸. Milletlerarası ticaret uygulamasında hukuk seçimi anlaşmasının birçok detay düşünülmeden hazırlandığı dikkate alındığında bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira birçok ticarî sözleşmede taraflar, detayları düzenlemeksizin sadece aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku tespit etmekte ve bu tespiti yaparken genellikle sözleşme statüsünün uygulama alanına ilişkin detaylara yer vermemektedir. Dolayısıyla Prensiplerde bu ihtimale binaen, ortaya çıkabilecek olası tartışmaların önüne geçmek için zamanaşımının sözleşme statüsünün uygulama alanı içinde olduğunun açıkça düzenlenmesi kanaatimizce yerinde olmuştur. Zira taraflar zaten sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, aralarındaki ilişkiye dair birçok hususu düzenleyebilecekleri gibi, diledikleri takdirde bu hususu da farklı şekilde düzenleyebilirler.

Prensipler irade muhtariyetini açıkça taraflar arasındaki sözleşme sorumluluğu ile sınırlarken, sözleşme dışı sorumluluk hakkında yorum yapmamıştır. Bu halde taraflar arasındaki haksız fiil ilişkisine de seçilen hukukun uygulanması ihtimal dâhilinde olsa da, hukuk sistemlerinde sözleşme statüsünün haksız fiile uygulanması konusunda yeknesak bir yaklaşım olmadığından Prensiplerde bu husus sözleşme statüsünün kapsamı dışında bırakılmıştır²⁰⁹.

Prensipler özellikle sözleşmenin şekli geçerliliği konusunda oldukça esnek bir yaklaşım sergilemektedir. M. 9/2'de birçok hukuk sisteminde kabul edilen ve taraf iradesinin geçerliliğini sağlamaya çalışan '*favor validitatis*' prensibine sözleşmenin şekli geçerliliği hakkında yer verilmiştir²¹⁰. Buna göre asıl

²⁰⁷ Benzer yönde bkz. DOĞAN (*Milletlerarası*), 314-315; ÇELİKEL/ERDEM, 202; TEKİNALP/UYANIK, 118-119; NOMER (*Devletler*), 216; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 205; SYMEONIDES (*Hague*), 27.

²⁰⁸ SYMEONIDES (*Hague*), 27.

²⁰⁹ STAMATIADIS, 271.

²¹⁰ STAMATIADIS, 273.

sözleşmenin şekli geçerliliği, seçilen hukuka veya sözleşmeyi şeklen geçerli kabul eden objektif esaslara göre tespit edilen hukuka tâbi tutulabilir²¹¹.

F. SEÇİLEN HUKUKUN UYGULANMADIĞI HALLER

Hukuk sistemlerinde ve milletlerarası anlaşmalarda irade muhtariyetine sınırlama getiren en önemli hal hâkimin hukukunun kamu düzeni iken, buna ek olarak doğrudan uygulanan kurallardan doğan sınırlamalar da hukuk seçimini kısıtlamaktadır²¹².

Doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni, irade muhtariyetine getirilen en önemli iki sınırlama olup²¹³, esasında birbirleriyle ilişkili kavramlardır²¹⁴. Her iki kavram da yabancı bir hukukun uygulanmasında, kanun koyucular açısından bir nevi emniyet valfi işlevi görmektedir²¹⁵. Bazı yazarlara göre bu istisnalar hukuk seçimi konusunda çok önemli bir kontrol mekanizması sağlamakta olup, bunların tanınmaması her ülke hukukunun kendine özgü karakteri ve kamu menfaati sebebiyle birçok hukuk sisteminde irade muhtariyetinin reddine neden olabilecektir²¹⁶. Bu yaklaşıma göre 11. madde aslında irade muhtariyetini zayıflatmamakta, bilakis desteklemektedir²¹⁷.

Prensiplerin 11. maddesi, 'Doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni' başlığı altında bu iki hususa ilişkin hükümler getirmiştir. Lahey Konferansı, geleneksel yaklaşımından farklı olarak²¹⁸ bu iki hususu tek bir maddede birlikte ele almıştır²¹⁹. Maddenin ilk fıkrasında hukuk seçiminin, mahkemenin bulunduğu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına engel olmayacağı, ikinci fıkrasında ise forum ülkesinin başka bir ülke hukukunun doğrudan uygu-

²¹¹ STAMATIADIS, 270.

²¹² STAMATIADIS, 270; PERTEGÁS/MARSHALL, 992; KOPPENOL-LAFORCE vd., 138-139; ALBORNOZ/MARTÍN, 452. Farklı ülkelerin mevzuatlarında kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar hakkında bkz. SYMEONIDES (*Codifying*), 149 vd.

²¹³ GIRSBERGER/COHEN, 330; SYMEONIDES (*Hague*), 13; DICKINSON, 403. Benzer yönde bkz. LHUILIER, 105-106.

²¹⁴ PERTEGÁS/MARSHALL, 998.

²¹⁵ GIRSBERGER/COHEN, 330; STAMATIADIS, 271; Commentary, 11.8, 72.

²¹⁶ STAMATIADIS, 271. Benzer yönde bkz. DICKINSON, 410-411.

²¹⁷ DICKINSON, 410.

²¹⁸ PERTEGÁS/MARSHALL, 999.

²¹⁹ Maddenin son halini almasından önce yaşanan tartışmalar ve geçirdiği aşamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DICKINSON, 404 vd.

lanan kurallarını dikkate alabileceği belirtilmiştir. Üçüncü fıkrada ise seçilen hukukun somut olaya uygulanmasının hâkimin kamu düzenine açıkça aykırılık taşıması halinde veya üçüncü bir ülkenin kamu düzenini ihlal etmesi halinde ilgili hükmün uygulanmasından vazgeçilebileceği ifade edilmiştir. Dördüncü fıkraya göre ise objektif bağlama kuralına göre yetkili hukukun kamu düzeninin dikkate alınıp alınmayacağına hâkimin hukukunun karar vereceği kabul edilmiştir. Her halükarda kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığını veya kamu düzenini ihlal edip etmediğini forum ülkesi hâkimi takdir edecektir²²⁰. Son fıkrada ise tahkim yargılamasında görev yapan hakemler için aynı husus vurgulanmıştır. Buna göre hakemler, esasa uygulanan hukuk dışındaki bir hukukun doğrudan uygulanan kurallarını veya kamu düzenini uygulayabilecekler yahut sadece dikkate alabileceklerdir. Zira hakemlerin ilgili ülke hukuklarındaki bir kısım emredici kuralı dikkate almamaları halinde, verecekleri kararın icra edilemezliği söz konusu olabileceği gibi, iptali de gündeme gelebilecektir²²¹.

Maddede doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni birlikte düzenlenmiş olsa da, aşağıda seçilen hukukun uygulanmasını sınırlayan veya engel olan bu iki hal ayrı ayrı kısaca incelenecektir.

1. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR

Prensiplerin 11. maddesinde, prensiplerin doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasına engel olmayacağı kabul edilmiştir. Prensiplerde doğrudan uygulanan kuralların bir tanımı yapılmamıştır²²². Doktrine göre doğrudan uygulanan kurallar, hâkimin hukuku veya üçüncü bir ülke hukukunun kamu menfaatinin korunması için esaslı önemi haiz pozitif düzenlemelerdir²²³. Başka bir deyişle

²²⁰ MARSHALL, 197. Buna karşılık bazı yazarlar maddenin ilk dört fıkrasına göre devlet mahkemelerinin kamu düzeni veya doğrudan uygulanan kuralları dikkate almasının zorunlu olduğunu, buna karşılık devlet mahkemelerinden farklı olarak tahkimde, hakemlere doğrudan uygulanan kuralları veya kamu düzenini dikkate alıp almama konusunda takdir hakkı tanındığını belirtmektedir. Bkz. PERTEGÁS/MARSHALL, 1001. Benzer yönde bkz. BASEDOW, 315.

²²¹ BASEDOW, 315; PERTEGÁS/MARSHALL, 1000-1001.

²²² Prensiplerde doğrudan uygulanan kurallar 'overriding mandatory rules' olarak ifade edilmiştir. İngilizce literatürde 'mandatory rules' ifadesi basit şekilde emredici kuralları ifade etmek için kullanılırken, 'overriding mandatory rules' terimi bir ülkenin politik, sosyal, ekonomik organizasyonu ile ilgili olan ve uygulanması gereken hukuktan bağımsız olarak uygulama alanına giren her duruma uygulanan kuralları ifade etmektedir. Bkz. SYMEONIDES, (*Hague*), 15.

²²³ PERTEGÁS/MARSHALL, 999; MARSHALL, 186.

bu tür kurallar doğrudan devletin kamu menfaatlerini koruyan, devletin ekonomik ve sosyal politikalarına hizmet eden kurallardır²²⁴. Bununla birlikte kamu menfaatini koruyan her tür emredici kural bu kapsamda değerlendirilmemekte, ait olduğu hukuk sisteminde ihlali mümkün olmayan değerleri koruma amacı taşıyan kurallar bu kapsamda mütalaa edilmektedir²²⁵.

Doğrudan uygulanan kurallar olarak adlandırılan bu tür kurallar, uygulama alanına giren hallerde, uygulanacak hukuktan bağımsız olarak uygulanırlar. Hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları olay veya ilişkinin yabancı unsur içerip içermediği dikkate alınmaksızın uygulanacaktır. Sözleşme ile sıkı ilişki bulunması halinde üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının da dikkate alınabileceği Birçok ülke hukukunda kabul edilmiştir²²⁶. Bu gibi hallerde ‘sıkı ilişki’ bulunup bulunmadığı hâkimin hukukuna göre değerlendirilecektir. Prensipler de üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınabileceğini belirtirken, bunun şartları belirlenmemiş, hangi şartlarda bu kuralların dikkate alınacağı hâkimin hukukuna bırakılmıştır.

2. KAMU DÜZENİ

Kamu düzeni, seçilen hukukun somut olayda uygulanması halinde, forum ülkesinin veya üçüncü bir ülkenin esaslı değerlerinin ihlali durumunda söz konusu olur²²⁷. Doğrudan uygulanan kurallarda olduğu gibi, Prensiplerde kamu düzeninin de bir tanımı yapılmamıştır. Kamu düzeni kavramının temel prensipler, temel değerler, sosyal yapının Anayasalarda teminat altına alınan temel ilkelere atıfta bulunduğu kabul edilmektedir²²⁸. Bununla birlikte kamu düzeni kavramı dar yorumlanması gereken bir istisnadır²²⁹. Bu istisnanın uygulanabilmesi için aykırılığın ‘açık’ olması gerekmektedir²³⁰.

²²⁴ DOĞAN (*Milletlerarası*), 276; ÇELİKEL/ERDEM, 155; TEKİNALP/UYANIK, 297-298; NOMER (*Devletler*), 185; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 314.

²²⁵ ÖZDEMİR KOCASAKAL, 80.

²²⁶ SYMEONIDES, (*Hague*), 13.

²²⁷ PERTEGÁS/MARSHALL, 999.

²²⁸ GIRSBERGER/COHEN, 332.

²²⁹ KOPPENOL-LAFORCE vd., 139; GIRSBERGER/COHEN, 332. Benzer yönde bkz. STAMATIADIS, 271.

²³⁰ DOUGLAS/LOADSMAN, 22. Türk hukukunda da kamu düzeninin dar yorumlanması gereken istisnai nitelikte olduğu ve ancak açıkça aykırılık halinde kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabileceği kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, 147 vd.;

Bazı yazarlar kamu düzenini ilgilendiren ne tür durumlarda seçilen hukukun uygulanmasının engelleneceğinin belirsiz olduğunu ifade etmiştir²³¹. Buna göre maddenin ifadesindeki belirsizlik durumu, hâkimlerin kamu düzenine dayanarak *lex foriyi* uygulama eğilimine dayanak olabilecektir²³². Bu tespit kısmen doğru olmakla birlikte, sorunun maddenin ifadesinden değil kamu düzeni kavramının muğlaklığından ortaya çıktığını söyleyebiliriz. Kaldı ki maddede 'esaslı' (*fundamental*) ifadesi kullanılarak, kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilmesine ilişkin eşik yükseltilmiştir. Böylece uygulanacak hukukun salt farklı hükümler içermesi, kamu düzeni müdahalesine sebep olmayacaktır²³³. Yabancı bir hukukun uygulanması adalet düşüncesine dayanan temel prensipleri, kökleri eskiye dayanan kamu yararına yönelik gelenekleri ve benzerlerini ihlal ediyorsa kamu düzenine aykırılıktan söz edilebilir²³⁴.

Madde, *lex forinin* kamu düzeni, *lex causaenin* kamu düzeni ve üçüncü ülkenin kamu düzeni olmak üzere üç ihtimali dikkate almıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında hâkimin hukukunun kamu düzeni üzerinde durulmuştur. Ancak kamu düzeni istisnasının uygulanabilmesi için somut olayda esaslı öneme sahip devlet politikalarının uygulanmasının haklı olması, seçilen hukukun bu politikalarla açıkça çelişmesi ve bu çelişkinin sözleşmeden doğan uyumsuzluğa seçilen hukukun uygulanması nedeniyle ortaya çıkması şeklindeki üç şartın gerçekleşmesi gerekir²³⁵. Bu şartlar, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecektir. Bu noktada aykırılık halinde seçilen hukukun uygulanması noktasında uygulayıcının takdir hakkı bulunmaktadır²³⁶. Dördüncü fıkrada ise hukuk seçimi bulunmaması halinde, objektif esaslara göre yetkili hukukun kamu düzeninin dikkate alınması üzerinde durulmuştur. Buna göre hangi hallerde *lex causaenin* kamu düzeninin dikkate alınacağı veya uygulanacağını tespit etmek *lex foriye* bırakılmıştır.

TEKİNALP/UYANIK, 42 vd.; DOĞAN (*Milletlerarası*), 255 vd.; NOMER (*Devletler*), 162 vd.; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 74 vd.

²³¹ DOUGLAS/LOADSMAN, 17.

²³² DOUGLAS/LOADSMAN, 22.

²³³ PERTEGÁS/MARSHALL, 999.

²³⁴ MARSHALL, 186-187.

²³⁵ STAMATIADIS, 271.

²³⁶ Aynı yönde bkz. MURTAZ, 193.

SONUÇ

Prensipler millî veya milletlerarası kanun koyucular için model olması amacıyla tasarlanmış ve bu nedenle bağlayıcı olmayan esnek hukuk kuralları olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle ancak problemlere çözüm getirebildiği ölçüde etkinlik kazanabilecektir²³⁷. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki bağlayıcı nitelikte olmaması prensiplerin zayıf tarafını da oluşturmaktadır.

Elbette Prensipler irade muhtariyetine ilişkin oldukça gelişmiş bir çalışma ortaya koyması ve bu konudaki akademik tartışmaları zenginleştirmesi gibi faydalar da sağlamıştır²³⁸. Bununla birlikte prensiplerin gerçek değeri, milletlerarası ticaret uygulayıcılarının bu prensipleri dikkate alıp uygulamalarına bağlı olarak ortaya çıkacaktır²³⁹. Nitekim böylesi bir değerlendirme yapabilmek için görece uzun bir zamanın geçmesi gerekmektedir. Prensiplerin birkaç yıl önce hazırlandığı dikkate alındığında, böyle bir değerlendirme yapmak henüz mümkün görünmemektedir.

Prensipler, hukuk sistemlerinde yer verilen irade muhtariyetine ilişkin kurallar hakkında dikkate değer bir yenilik getirmemektedir. Kurallarda göze çarpan en önemli yenilik anasyonel kuralların uygulanma imkânıdır. İkinci olarak ise genel işlem şartlarının çatışmasına ilişkin hüküm getirmesidir.

Prensipler anasyonel kuralların seçimine cevaz vermekle klasik kodifikasyonlar veya kanunlar ihtilâfî metinleri açısından önemli bir yenilik getirmiş olsa da, hükmün uygulanmasının hâkimin hukukunda bu tür bir seçimin kabul edilme şartına bağlanması kanaatimizce hükmü işlevsiz hale getirmektedir. Zira millî mahkemelerde bu tür bir seçim hukuk seçimi olarak değerlendirilmemektedir. Bunun yanında, bu tür bir seçimin geçersiz sayılması ihtimalinde -ki millî mahkemelerde görülen uyuşmazlıklarda ortaya çıkacak muhtemel sonuç olacaktır- taraflar hiç beklemedikleri bir hukukun aralarındaki ilişkiye uygulanması sonucu ile karşılaşacaklardır. Bu durum ise hukukî öngörülebilirliği zedeleyecektir. Bununla birlikte uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden tahkim ve millî

²³⁷ Benzer yönde Stamatiadis de Prensiplerin amacını gerçekleştirebilmesinin, içeriğinin niteliğine ve getirdiği çözümlerin etkililiğine bağlı olduğunu belirtmektedir. Bkz. STAMATIADIS, 274.

²³⁸ STAMATIADIS, 274. Benzer yönde bkz. SYMEONIDES (*Hague*), 29.

²³⁹ Benzer yönde bkz. SYMEONIDES (*Hague*), 29.

mahkemeler arasındaki fark gözetmeyen bir yaklaşım sergilemesiyle (en azında teoride) daha âdil davrandığı söylenebilir.

KAYNAKÇA

- ALBORNOZ, María Mercedes / MARTÍN, Nuria Gonzáles: “*Towards the Uniform Application of Party Autonomy for Choice of Law in International Commercial Contracts*”, *Journal of Private International Law*, Vol.12 No.3, 2016, S: 437-465.
- ARSLAN, İlyas: "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi", MHB, Cilt: 33, Sayı: 2, S: 1-41.
- AYHAN İZMİRLİ, Lâle: *Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Müzakeresi ve Hazırlanması*, Adalet, Ankara, 2017.
- AYOĞLU, Tolga: *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- BASEDOW, Jürgen: "The Hague Principles on Choice of Law: Their Adress and Impact", *Unif. L. Rev.*, Vol.22, 2017, S: 304-315.
- BAYATA CANYAŞ, Aslı: *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- BOELE WOELKI, Katharina: "Principles and Private International Law", 1 *Uniform Law Review* 1996-4, 652-678.
- BORTOLOTTI, Fabio: *Drafting and Negotiating International Commercial Contracts*, A Practical Guide, Kluwer Law International, 2009.
- CORDERO-MOSS, Giuditta: *International Commercial Contracts*, Cambridge University Press, UK, 2014.
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B.Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2020.

- ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema: "*Milletlerarası Özel Hukukta Araştırma Geliştirme (Ar-Ge) Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*", FMR Cilt: 9, Sayı: 2009/3, S: 97-114.
- DEMİRKOL, Berk: *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- DALHUISEN, Jan H.: *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law, Volume: I Introduction - The New Lex Mercatoria and Its Sources*, Hart Publishing, 2013.
- DICKINSON, Andrew: "*Oiling the Machine: Overriding Mandatory Provisions and Public Policy in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*", Unif L. Rev., Vol. 22, 2017, S: 402-421.
- DOĞAN, Vahit: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020. (*Milletlerarası*)
- DOĞAN, Vahit: *Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif*, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016. (*Akreditif*)
- DOUGLAS, Michael / LOADSMAN, Nicholas: "*The Impact of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*", 19 Melb. J. Int'l L. 1, 2018.
- FOX, William F.: *International Commercial Agreements: A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes*, 4th Edition, Wolters&Kluwer, 2009.
- GABRIEL, Henry: *Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of Domestic and International Law*, Oceana Publications, New York, 2004.
- GAMA, Lauro Jr. / SAUMIER, Genevieve: "*Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts*", El Derecho Internacional Privado en los Procesos de Integración Regional, Eds: Diego P. FERNANDEZ ARROYO / Juan Jose OBANDO PERALTA, December 2011, S: 41-66, erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1971302 (4.5.2020).

- GIRSBERGER, Daniel / COHEN, Neil B.: “*Key Features of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*”, *Uniform Law Review*, Vol.22 (2) 2017, S: 316-335.
- GOPALAN, Sandeep: *Transnational Commercial Law*, William S. Hein&Co. Inc., Buffalo, New York, 2004.
- GRAZIANO, Thomas Kadner: “*The Hague Solution on Choice of Law Clauses in Conflicting Standard Terms: Paving the Way to More Legal Certainty in International Commercial Transactions?*”, *Unif. L. Rev.*, Vol. 22, 2017, S: 351-368.
- HCCH: *Commentary on the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 2015. (Commentary)
- HEIDEMANN, Maren: *Methodology of Uniform Contract Law, The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice*, Springer, 2007.
- KALASHYAN, Marianna A.: “*The Main Characteristics of the Hague Principles*”, *Journal of Siberian Federal University, Humanities&Social Sciences* 8 (2016 9), S: 1910-1915.
- KAMATH, Vijay: “*Analysis of Principles of European Contract Law as an Autonomous Lex Mercatoria*”, May 2010, erişim: <https://www.ssrn.com/abstract=1613142> (17.02.2020).
- KARACA, H. Akif: “*Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda "Hukuk Kuralları"nın Seçimi: Lahey Prensipleri Madde 3*”, *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler Sempozyumu*, 11 Ekim 2018, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, S: 113-138.
- KOPPENOL- LAFORCE, Mariell / DOKTER, Daan / MEIJER, Gerard J. / SMEELE, Frank G.M.: *International Contracts: Aspects of Jurisdiction, Arbitration and Private International Law*, Sweet&Maxwell, London, 1996.
- LHUILIER, Gilles: “*The Principles of Chice of Law in International Commercial Contracts of the Hague Conference: The Rise of 'Best Practice?'*”, *IBLJ*, N.2, 2016, S: 103-108.

- MANKOWSKI, Peter: "Article of the Hague Principles: the Final Breakthrough for the Choice of Non-State Law?", *Unif. L. Rev.* Vol.22, 2017, S: 369-394.
- MARSHALL, Brooke: "The Hague Choice of Law Principles, CISG and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law", *The American Journal of Comparative Law*, Vol.66, 2018, S: 175-217.
- MICHAELS, Ralf: "Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts", *Studies in European Economic Law and Regulation*, Vol. 3, 2014, erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2386186 (5.3.2020).
- MURTAZ, Gözde: "Yabancı Unsurlu Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Meseleler (5718 sayılı MÖHUK m.24 ile Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair İlkeler Kapsamında)", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, Nisan 2018, S: 157-202.
- NEELS, Jan L.: "The Nature, Objective and Purpose of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", *TSAR* 2015 4, S: 774-783.
- NEELS, Jan L. / FREDERICS, Eesa A.: "Tacit Choice of Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts", 2011 *De Jure*, S: 101-110.
- NOMER, Ergin: *Milletlerarası Usul Hukuku*, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2018. (Usul)
- NOMER, Ergin: *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Bası, Beta, İstanbul, 2017. (Devletler)
- NYGH, Peter: *Autonomy in International Contracts*, Clarendon Press, Oxford, 1999.
- OBA, Meltem Ece: "Anasyonel Hukuk Kuralları ve Uygulama Alanı", *TBB Dergisi* 2107 (129), S: 297-320.
- OĞUZ, Arzu: *Lex Mercatoria*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", MHB Yıl 30, Sayı: 1-2, 2010, S: 27-88.
- ÖZEL, Sibel: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilaflı Meseleleri*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2008.
- ÖZKAN, Işıl: *Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Naturel Yayıncılık, Eylül 2003.
- PERTEGÁS, Marta / MARSHALL, Brooke Adele: 'Party Autonomy and Its Limits: Convergence Through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts', 39 Brook. J. Int'l. L., 2014, S: 975-1003.
- SAUMIER, Genevieve: "The Hague Principles and the Choice of Non-State Rules of Law to Govern an International Commercial Contract", Brooklyn Journal of International Law, Vol.40, Issue 1, 2014, S: 1-30. (Hague)
- SAUMIER, Genevieve: "Designating the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution", 17 Unif. L. Rev., 2012, S: 533-547. (UNIDROIT)
- SCHMITTHOFF, Clive M.: "The Limits of Party Autonomy", Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law, Ed: Chia-Jui CHENG, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, S: 584-597.
- SCHWARTZE, Andreas: "New Trends in Parties' Options to Select the Applicable Law? The Hague Principles on Choice of Law in International Contracts in a Comparative Perspective", University of St. Thomas Journal Vol.12:1, 2015, S: 87-99.
- SCHWENZER, Ingeborg / HACHEM, Pascal / KEE, Christopher: *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012.
- STAMATIADIS, Dimitrios K.: "The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Studia Universitatis Moldaviae, 2016, nr.8 (98), S: 262-276.

- SYMEONIDES, Symeon C.: “*The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments*”, American Journal of Comparative Law, Vol.61, No.3, 2013, erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2256661 (20.5.2020). (Hague)
- SYMEONIDES, Symeon C.: *Codifying Choice of Law Around the World, An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, 2014. (Codifying)
- SWAN, John: “*Choice of Law in Contracts*”, Canadian Business Law Journal, Vol.13, 1991, S: 213-238.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Bası, Beta, İstanbul, 2019.
- TARMAN, Zeynep Derya: “*Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Yıl 2009, CXXV, Sa.2, S: 299-332.
- TEKİNALP, Gülören / UYANIK, Ayfer: *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: “*Türk Milletlerarası Özel Hukukunda İradi Temsil*”, BATİDER, C. XXVIII, Sa.1, Yıl 2012.
- VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales: “*The Formation of Contracts & The Principles of European Contract Law*”, Pace International Law Review, Vol. 13, 2001, 371-397.
- YILMAZ, Alper Çağrı: “*Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Çatışması ve Lahey İlkeleri*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 6, Sayı 11, Haziran 2018, S: 481-512.
- ZAPHIRIOU, George A.: “*Choice of Forum and Choice of Law Clauses in International Commercial Agreements*”, Maryland Journal of International Law, Vol.3, Issue 2, 2013, S: 311-334.
- WETHMAR-LEMMER, Marlene: “*The Development of the Modern Lex Mercatoria: A Historical Perspective*”, Fundamina, 11, 2005, S: 183-199.

www.eur-lex.europa.eu

www.hcch.net

www.iccwbo.org

www.uhdigm.adalet.gov.tr

www.unidroit.org