MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA
HAKSIZ FİİLLERE UYGULANACAK HUKUKA DAİR
GENEL KURAL

Doktora Tezi

Ali ÖNAL

Eskişehir 2020

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA HAKSIZ FİİLLERE UYGULANACAK HUKUKA DAİR GENEL KURAL

Ali ÖNAL

DOKRORA TEZİ
Özel Hukuk Anabilim Dalı Danışman: Doç. Dr. Mesut AYGÜN
Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Enstitüsü
2020

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Ali ÖNAL'ın "Milletlerarası Özel Hukukta Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuka Dair Genel Kural" başlıklı tezi .../.../20.. tarihinde aşağıdaki jüri tarafından değerlendirilerek "Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği" nin ilgili maddeleri uyarınca, Özel Hukuk Anabilim dalında Yüksek Lisans/ tezi olarak kabul edilmiştir.

	Unvanı Adı Soyadı	İmza
Üye (Tez Danışmanı):	.....	.....
Üye	:	.....
Üye	:	.....
Üye	:	.....
Üye	:	.....

.....

Enstitü Müdürü

FINAL APPROVAL FOR THESIS

This thesis titlet "….." has been prepared and submitted by Ali ONAL in partial fullfillment of the requirements in "Anadolu University Directive on Graduate Education and Examination" for the Degree of Master of Science/Master of Arts/Doctor of Philosophy (PhD)/Proficiency in Arts in Private Law Department has been examined and approved on …../…../……..

Committee Members		Signature
Member (Supervisor)	:	.....
Member	:	.....
Member	:	.....
Member	:	.....
Member	:	.....

ÖZET

Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020

Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı

Milletlerarası Özel Hukukta

Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuka Dair Genel Kural

Danışman: Doç. Dr. Mesut AYGÜN

Çalışmada yabancı unsurlu haksız fiil uyuşmazlıklarına uygulanacak olan hukuka ilişkin genel kural incelenecektir. İnceleme üç ana bölümde ele alınmıştır:

İlk bölümde haksız fiillerde Amerikan Hukuku yaklaşımı ele alınmıştır. Amerikan hukukunun en önemli borç kaynaklarından biri olan haksız fiillerdir. Haksız fiillerin metodolojik gelişmeleri *Restatement I ve Restatement II* uygulamaları ile Amerikan Mahkemelerinin verdikleri kararlarda objektif bağlama noktaları ve en sıkı irtibata haiz hukuk kuralları ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bunun yanında Amerikan Hukukunda yer verilen yeni yaklaşımlar, Restatement III hakkındaki düzenlemeler ve görüşler ele alınmıştır. Hukukun artık her alanında tartışılan hukuk seçimi ve taraf iradelerinin borç ilişkisini tayin hakkı kapsamındaki son gelişmeler belirtilmiştir.

İkinci bölümde ise Avrupa Birliği hukukunda haksız fiillere uygulanacak hukuk hakkındaki gelişmelere yer verilmiştir. Bu bölümde özellikle akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuka dair *Roma II Tüzüğü* kapsamındaki gelişmeler incelenmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları da bu bölümde değinilmiştir. Özellikle Büyük Britanya'nın Avrupa Birliği'nden çıkış süreci ve bu sürecin olası etkileri üzerinde durularak, Birlik üzerindeki etkileri hakkında görüş beyan edilmiştir.

Nihayet son bölümde Türk hukukunda yabancı unsurlu haksız fiillere uygulanacak olan hukuk incelenmiştir. Hem 2675 sayılı MÖHUK m. 25 hem de 2007 yılında yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK m. 34'te düzenlenen haksız fiillere uygulanacak olan hukuk metodolojik olarak ele alınmıştır. Yürürlükteki Kanun döneminde meydana gelen gelişmeler, doktrin görüşleri, objektif bağlama kuralları ve noktaları ele alınmıştır. Yine bu bölümde özellikle sübjektif bağlama kurallarına dair görüşler ve düşüncelerimize yer verilmiştir. Kanunun uygulandığı dönemde Yargıtay kararları da yine incelenmiştir.

Çalışmamızda neticesindeki değerlendirmeler sonuç kısmında yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Haksız Fiil, hukuk seçimi, Restatement, Roma II, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun.

ABSTRACT

Anadolu University Graduate School of Social Sciences, 2020

Department of Private Law Doctorate Program

General Rule Regarding the Law Applicable to Tortious Acts in Private International Law

Supervisor: Assoc. Dr. Mesut AYGÜN

In the study, the general rule regarding the law applicable to tort disputes with foreign elements will be examined. The review was covered in three main sections:

In the first section, the American Law approach in tortious acts was discussed. One of the most important sources of debt in American law is tort. The methodological developments of tortious acts, Restatement I and Restatement II practices, and objective binding points and the most closely related legal rules in the decisions of the American Courts were examined in detail. In addition, new approaches in American Law, regulations and opinions about Restatement III were discussed. The latest developments regarding the choice of law, which is now discussed in every field of law, and the right of party wills to determine the debt relationship were stated.

In the second section, developments regarding the law applicable to tort in European Union law were given. In this section, developments within the scope of the Rome II Regulation regarding the law applicable to non-contractual debt relations were examined. The decisions of the Court of Justice of the European Union were also mentioned in this section. Particularly, the exit process from the European Union of Great Britain and the possible effects of this process were emphasized, and opinions were expressed on its effects on the Union.

Finally, in the last section, the law applicable to foreign tortious acts in Turkish law were examined. The law applicable to tortious acts regulated both in Article 25 of MÖHUK numbered 2675 and Article 34 of MÖHUK numbered 5718, which entered into force in 2007 were discussed methodologically. Developments, doctrinal views, objective binding rules and points that took place during the period of the Law in force were discussed. Again, in this section, our opinions and thoughts on subjective binding rules were given. The Supreme Court decisions during the period in which the law was implemented were also examined. The evaluations resulting from our study were included in the conclusion section.

Keywords: Tortious act, choice of law, Restatement, Rome II, Private International Law and Law on Procedural Law.

.../.../2020

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan "bilimsel intihal tespit programı"yla tarandığını ve hiçbir şekilde "intihal içermediğini" beyan ederim. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçları kabul ettiğimi bildiririm.

Ali ÖNAL

…/…/2020

STATEMENT OF COMPLIANCE WITH ETHICAL PRINCIPLES AND RULES

I hereby truthfully declare that this thesis is an original work prepared by me; that I have behaved in accordance with the scientific ethical principles and rules throughout the stages of preparation, data collection, analysis and presentation of my work; that I have cited the sources of all the data and information that could be obtained within the scope of this study, and included these sources in the references section; and that this study has been scanned for plagiarism with "scientific plagiarism detection program" used by Anadolu University, and that "it does not have any plagiarism" whatsoever. I also declare that, if a case contrary to my declaration is detected in my work at any time, I hereby express my consent to all the ethical and legal consequences that are involved.

.....

Ali ÖNAL

İÇİNDEKİLER

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI ..... **i**

FINAL APPROVAL FOR THESIS ..... **ii**

STATEMENT OF COMPLIANCE WITH ETHICAL PRINCIPLES AND RULES ..... **vi**

KISALTMALAR ..... **xv**

GİRİŞ **1**

1. GENEL OLARAK **1**

2. SORUMLULUK KAVRAMI **3**

3. HAKSIZ FİİL KAVRAMI VE UNSURLARI **6**

3.1. Dar Anlamda Haksız Fiil Sorumluluğu ***7***

3.1.1. Fiil **8**

3.1.2. Hukuka Aykırılık **10**

3.1.3. Zarar **13**

3.1.4. İlliyet Bağı **16**

3.1.5. Kusur **17**

3.2. Sebebe Dayanan (Geniş Anlamda) Haksız Fiil Sorumluluğu ***19***

3.3. Akit Dışı Hukukî İlişkiler-Haksız Fiil Kavramı ve Tercih Ettiğimiz Kavram .. ***23***

4. TARİHSEL VE SOSYOLOJİK SÜREÇTE ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK BAKIMINDAN HAKSIZ FİİLLERİN DURUMU **25**

5. ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK METODOLOJİSİ VE HAKSIZ FİİLLERE UYGULANACAK HUKUK KONUSUNDA TEKLİF EDİLEN BAĞLAMA KURALLARI 32

5.1. Genel Olarak 32

5.2. Sözleşme Şartı Kuralı 38

5.3. Şahsi Kanun Kuralı 38

5.4. Hâkimin Hukuku Kuralı (Lex Fori) 39

5.5. Borcun Kaynağına Dayanan Hukuk 40

5.6. İka Yeri Kuralı 41

5.7. Zarar Yeri Kuralı 43

5.8. En Sıkı İlişkili Hukuk Kuralı 44

5.9. Özel Haksız Fiil Türleri Bakımından Bazı Sistemler 46

5.9.1. *Culpa in Contrahendo'dan* Kaynaklanan Bir İhlal Halinde Uygulanacak Hukuk Önerileri 47

5.9.2. Haksız Rekabet-Rekabet Hukuku İhlalleri Halinde Uygulanacak Hukuk Önerileri 49

5.9.3. İmalâtçının Akit Dışı Sorumluluğu Hakkında Uygulanacak Hukuk Önerileri 51

5.9.4. Kişilik Haklarının İhlali Halinde Uygulanacak Hukuk Önerileri 52

5.9.5. Fikri Hakların İhlali Halinde Uygulanacak Hukuk Önerileri 54

6. ARAŞTIRMANIN AMACI, PLANI VE İNCELEME USULÜ 55

1. GÜNCEL GELİŞMELER IŞIĞINDA AMERİKAN MADDİ HUKUKUNDA HAKSIZ FİİLLER VE HAKSIZ FİİL ALANINA İLİŞKİN GENEL DÜZENLEMELER 58

2. AMERİKAN DOKTRİNİNDEKİ GÖRÜŞLER ÇERÇEVESİNDE HAKSIZ FİİLLERE UYGULANACAK HUKUKA DAİR METODOLOJİK YAKLAŞIMLAR 65

2.1. Joseph Story ve J. H. Beale: Kazanılmış Haklar Teorisi 65

2.2. Cavers: Tercih Prensipleri Metodu 68

2.3. Reese: En Önemli İlişkiyi Haiz Hukuk Metodu 71

2.4. Currie: Devlet Çıkarının Tahlili Metodu 76

2.5. Leflar: Seçimi Etkileyen Mülahazalar 79

2.6. Ehrenzweig: Hâkimin Kanunu Kuralı 85

3. HAKSIZ FİLLERE UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN YENİ ARAYIŞLARA SEBEP OLAN GELİŞMELER 87

3.1. İka Yeri ve Zarar Yeri Kriterlerinin Yetersizliği 87

3.2. Menfaatler Dengesinin Sağlanamaması 88

4. *RESTATEMENT* II § 145 SİSTEMATİĞİ ÇERÇEVESİNDE HAKSIZ FİİLLERE UYGULANACAK HUKUKA DAİR GENEL KURAL 90

4.1. Genel Olarak Amerikan Kanunlar İhtilâfı Hukuk Kuram ve Metodolojisi Anlayışı 90

4.2. § 145/1 Genel Hüküm İncelemesi 93

4.2.1. Genel Olarak Rest. II § 6 Metodolojisi 96

4.2.2. Rest. II § 6 Bağlama İlkeleri 98

4.3. § 145/2 Özel Bağlama Noktalarının İncelenmesi 104

4.3.1. Zararın Ortaya Çıktığı Yer 105

4.3.2. Zarara Sebep Olan Fiilin İşlendiği Yer 107

4.3.3. Çeşitli Bağlama Noktalarına Göre Uygulanacak Hukukun Tayini 110

4.3.3.1. Tarafların Mutat Meskenleri Hukuku, İkametgahları ve Müşterek Vatandaşlıkları Hukuku *111*

4.3.3.2. Şirketin Kuruluş ve İşletme Merkezi *114*

4.3.4. En Yakın İrtibata Haiz Hukuk Olarak Haksız Fiilden Önceki Hukukî İlişkilerin Ağırlık Merkezi **116**

5. REST. II § 145'DE YER ALMAYAN KAVRAM: HUKUK SEÇİMİ VE DİĞER ANGLOSAKSON ÜLKELERİNDE DURUM **118**

5.1. Sedlar: Hukuk Seçimi Konusunda Gerçek Dünya Perspektifi *122*

5.2. Diğer Anglosakson Ülkelerinde Haksız Füillere İlişkin Hukuk Seçimi Hakkında Durum *128*

5.2.1. Avusturalya **128**

5.2.2. Kanada **132**

5.2.3. İngiltere **138**

6. ARA SONUÇ: AMERİKAN METODOLOJİK KURAMLARININ GÜNÜMÜZE DAİR YANSIMALARI **148**

1. GENEL OLARAK AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNUN YEKNESAKLAŞTIRILMASI ÇABALARI **154**

2. KIT'A AVRUPASI KANUNLAR İHTİLÂFI METODOLOJİSİ **161**

2.1. Steindorff: ius commune Kanunlar İhtilâfı ve Maddi Hukukun Bütünleşmesi *162*

2.2. Wengler'in Maddi Hukuk Görüşü *165*

2.3. Kegel'in Maddi Hukuk Görüşü *167*

2.4. Von Overbeck'in Maddi Hukuk Görüşü *168*

2.5. Ole Lando Direktifleri ve Günümüze Etkileri *170*

3. ROMA II TÜZÜĞÜ ÖNCESİ DURUM, HAZIRLIK SÜRECİ VE YAYIMLANMASI 171

3.1. Tüzük Öncesi Durum 171

3.2. Tüzük Hazırlık Süreci 174

4. ROMA II TÜZÜĞÜ UYGULAMASI HAKKINDA GENEL ESASLAR 176

4.1. Tüzüğün Uygulama Alanı ve Haksız Fiil Türlerine Dair Yaklaşımı 176

4.2. Yer Bakımından Uygulama Alanı 182

4.3. Zaman Açısından Uygulanması 184

5. ROMA II TÜZÜĞÜNDA SÜBJEKTİF BAĞLAMA KURALI 184

5.1. Genel Olarak Akit Dışı Hukukî İlişkilerde Sübjektif Bağlama Kuralı 184

5.2. Hukuk Seçimi Görüşüne Neden Olan Sebepler 189

5.3. Hukuk Seçimi Kuralları 191

5.3.1. Tüzük m. 14 Metodolojisi 191

5.3.2. Tüzük m. 14 Kapsamında Hukuk Seçiminin Şartları 193

5.3.2.1. Genel Olarak 193

5.3.2.2. Tarafların İhtilâfın Vukuundan Önce ve Sonra Hukuk Seçimi Yapmaları 195

5.3.2.3. Seçilen Hukuk ile Bağlantı Sorunu 198

5.3.2.4. Seçilen Hukukun Bir Devlet Hukuku Olup Olmayacağı Sorunu 199

5.3.2.5. Hukuk Seçimine İlişkin Diğer Sorunlar 202

i. Açık-Zımni-Farazi hukuk seçimi 202

ii. Şartlı hukuk seçimi 203

iii. Hukuk seçiminde şekil sorunu 204

iv. Kısmi hukuk seçimi 205

5.4.3. Hukuk Seçimi ile Bertaraf Edilemeyecek Haller 207

5.4.3.1. Hukuki İlişkinin Tüm Unsur ve Taraflarının Tek Bir Ülkede Bulunması 207

5.4.3.2. Birlik Hukukunun Emredici Hükümleri 208

5.4.3.3. Doğrudan Uygulanan Kurallar 209

5.4.3.4. Emniyet ve Asayiş Kuralları ile Kamu Düzeni 210

6. ROMA II TÜZÜĞÜ KAPSAMINDA HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN HUKUKÎ İLİŞKİLER VE OBJEKTİF GENEL BAĞLAMA KURALI 212

6.1. Genel Olarak Tüzük m. 4 Düzenleme Sistematiği 213

6.2. Genel Bağlama Kuralı: Zararın Meydana Geldiği Yer Hukuku 214

6.3. Tarafların Ortak Mutad Meskenleri Hukuku 219

6.3.1. Tüzük Kapsamında Mutad Meskenin Tanımı: M. 23 221

6.3.2. Ortak Mutat Mesken Kuralı Bir İstisna Kuralı mıdır? 223

7. BİR İSTİSNA HÜKMÜ OLARAK DAHA SIKI İLİŞKİLİ ÜLKE HUKUKU 224

7.1. Genel Olarak 224

7.2. Daha Sıkı İlişkili Ülke Hukuk Kuralı Olarak m. 4/3 Düzenlenmesi 225

7.3. Daha Sıkı İlişkili Ülke Hukuku Kuralı Uygulanma Şartları 226

7.3.1. Müspet Şart 226

7.3.2. Menfi Şart 226

7.4. Tüzüğün En Sıkı İlişkili Ülke Hukuku Kuralının Değerlendirilmesi 227

8. DİĞER KURALLAR 229

8.1. Doğrudan Uygulanan Kurallar (m. 16) 229

8.2. Emniyet ve Asayiş Kuralları (m. 17) ile Kamu Düzeni Müdahalesi (m. 26) .. 230

8.3. Sigortacıya Karşı Sahip Olunan Talepler (m. 18) 234

8.4. Tüzüğün Yorumlanması 235

8.5. Tüzükte Ihmal Edilen Kurallar *238*

8.6. Tüzük Kurallarının Topluluk Hukuku Karşısındaki Durumu (m. 27) *239*

1. TÜRK KANUNLAR İHTİLÂFI GELİŞİMİ, METODOLOJİSİ VE HAKSIZ FİİL DÜZENLEMELERİNİN ELE ALINMASI **241**

2. EHVK DÖNEMİNDE HAKSIZ FİİLLERE İLİŞKİN KURALLARIN DÜZENLENİŞİ **246**

2.1. Birinci Görüş *247*

2.2. İkinci Görüş *250*

3. 2675 SAYILI MÖHUK KAPSAMINDA HAKSIZ FİİLLERE UYGULANACAK HUKUK **252**

3.1. Kanun'u Ortaya Çıkaran Nedenler *252*

3.2. MÖHUK m. 25 Çerçevesinde Kabul Edilen Bağlama Kuralları *254*

3.2.1. Genel Bağlama Kuralı: İka Yeri Hukukunun Uygulanması **254**

3.2.2. Madde 25/2: Zarar Yeri Kuralı **258**

4. 5718 SAYILI MÖHUK KAPSAMINDA HAKSIZ FİİLLERE UYGULANACAK GENEL KURAL **259**

4.1. 5718 Sayılı MÖHUK'ün Haksız Füllere Uygulanacak Hukuka İlişkin Sistematiği *260*

4.2. Haksız Füllere Uygulanacak Hukuka Dair Bağlama Kuralları *262*

4.2.1. Genel Kural: Haksız Fiilin İşlendiği Ülke Hukuku **263**

4.2.1.1. Hüküm Lafzının Değerlendirilmesi *263*

4.2.1.2. Görüşümüz *265*

4.2.2. Zararın Meydana Geldiği Yer Kuralı **269**

4.2.2.1. Zarar Yeri Neresidir? *270*

4.2.2.2. Hüküm Lafzının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz *276*

4.2.3. Daha Sıkı İrtibatlı Ülke Hukuku Kuralının Uygulanması 279

4.2.4. Daha Sıkı İrtibatlı Hukuk 282

4.2.4.1. En sıkı irtibatlı hukuk bağlama noktasından hareket edilmesini ileri süren görüş 284

4.2.4.2. Kanunlar ihtilafı hukukunun menfaatinden hareket eden görüş 285

4.2.4.3. Muhtemel ve meşru beklentilerden hareket eden görüş 286

4.2.4.4. Zarar göreni korunması gerektiğinden hareket eden görüş 287

4.2.4.5. Değerlendirme ve görüşümüz 289

5. SİGORTACIYA BAŞVURU 292

6. TÜRK HUKUKU KAPSAMINDA AKİT DIŞI HUKUKÎ İLİŞKİLERDE İRADE MUHTARİYETİ 294

6.1. Kavram 294

6.2. Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuka Dair Genel Kural Kapsamında Tarafların Hukuk Seçimi İmkânı 297

6.2.1. Genel Olarak 297

6.2.2. Hukuk Seçimi Görüşüne Neden Olan Sebepler 297

6.2.2.1. Haksız fiillerin niteliğinden kaynaklanan sebepler 297

6.2.2.2. Taraf kavramından kaynaklanan sebepler 298

6.2.2.3. Üçüncü kişinin menfaatlerinin zedeleneceği kaygısı 299

6.2.2.4. Hukuk seçiminin zamanlaması bakımından değerlendirme 300

6.3. MÖHUK m. 34'e Göre Hukuk Seçiminin Şartları 301

6.3.1. Hukuk Seçimini Tarafların Birlikte Yapması 302

6.3.2. Hukuk Seçiminin Haksız Fiilin Meydana Gelmesinden Sonra Olması 302

6.3.3. Hukuk Seçimine İlişkin Diğer Şartlar 304

6.3.3.1. Açık-Zımni-Farazi Hukuk Seçimi *304*

6.3.3.2. Kısmî Hukuk Seçimi *307*

6.3.3.3. Şartlı Hukuk Seçimi *308*

6.3.3.4. Hukuk Seçiminde Şekil Sorunu *310*

6.3.3.5. Hukuk Seçiminde Konu Sınırı *311*

6.3.3.6. Anasyonel Hukuk Seçimi *313*

6.4. Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun Seçiminin Sınırları *314*

6.4.1. Kamu Düzeni **314**

6.4.2. Doğrudan Uygulanan Kurallar **316**

7. HAKSIZ FİİLLERE İLİŞKİN GENEL KURALIN UYGULAMA ALANI ve KAPSAMI **321**

7.1. Uygulama Alanı ve Kapsamı *321*

7.2. Yargıtay Kararlarında Haksız Fiillerin Kapsamına İlişkin Metodoloijk Sorunlar ve Kapsamı Hakkında Değerlendirmeler *324*

SONUÇ **333**

KAYNAKÇA **342**

KISALTMALAR

Afe Babalola University Journal of Sustainable Development Law and Polg	: J. Sustainable Dev. L. & Pol'y
Australian Capital Territiory	: ACT
American Law Institute	: ALI
American Journal of Comparative Law	: Am. J. Com. L.
Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	: AndHD
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	: AÜHFD

Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşman	: ABİHA
Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu	: AKÇT
Avrupa Birliği Adalet Divanı	: ABAD
Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi	: BATİDER
California Law Review	: Cal. L. R.
Cilt	: C
Colombia Law Review	: Col. L. Rev
Connecticut Law Review	: Conn. Law Rev.
23 Şubat 1330 Tarihli Memaliki Osmaniyede Bulunan Tebaayi Ecnebiyenin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanunu Muvakkat	: EHVK
Edinburgh Law Review	: Edi. L. Rev
Esas	: E.
Eski Borçlar Kanunu	: eBK
Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Kanun	: FSEK
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	: GÜHFD
General Rules Nederlands Internationaal Privaatrecht	: NIPR
Georgia Law Review	: Ge. L. Rev.
Hukuk Genel Kurulu	: HGK
İçtihadı Birleştirme Kararı	: İBK
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası	: İÜHFM
İsviçre Borçlar Kanunu	: OR
Karar	: K.
Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly	: L.M.C.L.Q.
Louisiana Law Review	: Lou. L. Rev.
Loyola University Chicago Law Journal	: Loy. U. Chi. L.J.
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi	: MÜHFHAD
Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun	: MÖHUK
New York University Law Review	: NULR

Nordic Journal of International Law Review	: Nordic J. Int'l L.
Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht	: RabelsZ
Restatement	: Rest.
Recueil des Cours-Collected Courses of The Hague Academy of International Law	: Res. Des. Cours.
Resmi Gazete	: RG
Sayfa	: s.
Sayı	: S.
Seton Hall Law Review	: Set. L. Rev.
Tarih	: T.
Tennessee Law Review	: Tenn. L. Rev.
Texas International Law Journal	: Tex. Int'l L.J.
The International and Comparative Law Quarterly	: Int. Comp. L. Q.
Tulane Law Review	*: Tul. L. Rev.*
Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun	: TKHK
Türk Borçlar Kanunu	: TBK
Türk Ceza Kanunu	: TCK
Türk Medeni Kanunu	: TMK
Türk Ticaret Kanunu	: TTK
Türkiye Adalet Akademisi Dergisi	: TAAD
Türkiye Barolar Birliği	: TBB
Türkiye Barolar Birliği Dergisi	: TBBD
Uluslararası Adalet Divanı	: UAD
Vanderbilt Law Review	: Van. L. R.
Virginia Journal of International Law	: Va. J. İnt. L.
Yargıtay Kararları Dergisi	: YKD
Yearbook Private International Law	: YPIL
Quebec Medeni Kanun'u	: QCC

GİRİŞ

1. GENEL OLARAK

Haksız fiiller, Türk Borçlar Kanunu (*TBK*)[1] içinde özel borç kaynağı[2] olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu Roma borçlar hukuku sisteminde[3] kabul edilen borç ilişkileri ayrımına sadık kalmış, haksız fiili ayrı bir borç kaynağı olarak tasnif etmiştir. Ancak gelişen hukuk düzeninde, haksız fiil çeşitliliği artmıştır. Hâl böyle olunca haksız fiil türlerinden kaynaklanan borç ilişkileri türleri artmıştır. Geçmişte haksız fiil olarak içinde yalnızca hukuka aykırı eylemler ile verilen zararlar akla gelirken, günümüzde haksız fiil denildiğinde kusur unsurunun önemi azalmış; kusurlu veya kusursuz olarak, hukuka aykırı hareket ile illiyet bağı unsurları esas alınmıştır.

Uluslararası özel hukuk çok disiplinli bir hukuk dalı olması nedeniyle, maddi hukuk ile ayrılmaz bir bütündür. Bu yönü itibariyle uluslararası özel hukuk içinde yer alan bir kavramın maddi hukuk karşılığının ne olduğu, türünün ve içeriğinin ne manâ taşıdığı önem arz etmektedir. Genel geçer bir tanım ile yabancılık unsuru[4] taşıyan hukukî

---

[1] 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, Resmî Gazete Tarihi (RG): 04.02.2011, Sayısı (S): 27836.

[2] Borç kaynakları denildiğinde akla gelen temel mesele hayat içerisinde borçların meydana gelmesine sebep olan hukukî ilişkiler anlaşılır. Hukuk sistemimizde olduğu gibi birçok ülke hukukunda borç kaynakları hayat içerisindeki hukukî ilişkiler olarak köklerini eski Roma hukukuna dayandırmaktadır. Hukukî ilişkilerin var olması, geçerlilik şartları, sona ermesi, hukuki sakatlıklar gibi hukukî ilişkiye doğrudan etki eden haller ile birlikte; borcun kaynakları, temerrüt, özel borç ilişkileri kaynakları da Roma hukukundan günümüze gelen bilgiler ışığında inşa edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. A. Schwarz (1967), *Roma Hukuku Dersleri*, s. 11-12; Koshaker, P./ Ayiter, Kudret (1975), *Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları*, s. 1-7; Kado, Türkan (2001), *Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku*, İstanbul: Filiz Yayınları, s. 11 vd.; Tahiroğlu, Bülent (2005b), *Roma Borçlar Hukuku,* İstanbul: Der Yayıncılık, s. 1-11; Tahiroğlu, Bülent (2005a), *Roma Hukuku Dersleri*, İstanbul: Der Yayıncılık, s. 37 vd.

[3] Roma borçlar hukukunun önem arz eden yanı bugünkü hukuk sistemlerinin esin kaynağı olmasından daha çok özellikle TBK sistematiğinin halihazırda Roma Borçlar Hukuku çerçevesinde dizayn edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, TBK borcun kaynaklarından sona ermesine kadar genel esaslar ile özel borç ilişkileri olarak gösterilen örneğin karz, ariyet, istisna sözleşmeleri, satım akitleri vd. akitler Roma Hukuku kaynaklı olarak düzenlenmiştir. Bahsi geçen düzenlemelerin kaynağı olan *Gaius*'un *Institutiones*'dir. *Gaius* eserinde borcun kaynakları ile sona ermesi ve diğer borç hükümlerini bugünkü sistematiğe temel arz eden düzenlemeler ile kurmuştur. *Justinianus Institutiones*'i de aynı şekilde hazırlanmış, aynı temelde hareket etmiş ve bugüne değin varlığını sürdürmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tahiroğlu, 2005a, a.g.k., s. 15; Kado, 2001, a.g.k., s. 53; Karadeniz-Çelebican, Özcan (2004), *Roma Hukuku,* 10. Bası, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 176 vd.

[4] Yabancı unsurlu hukukî ilişkiler uluslararası özel hukukun oluşum sebebidir. Uluslararası özel hukuk denilince temeli yabancı unsurlu hukukî ilişkiye dayanan bir uyuşmazlıkta uygulanacak hukuku gösteren tekmil milletlerarası kurallar anlaşılır. Bu doğrultuda uluslararası özel hukuk gösterici nitelikte kurallar olup, maddi hukukta ilgili yabancı unsurlu ilişkiye uygulanacak hukuku gösterir. Yabancı unsur ise uluslararası özel hukuk kuralının uygulanacağı hayat olayında konu, coğrafi ve şahsi bakımdan yabancı bir hukuk sistemi ile irtibatı olan hukukî ilişkiler anlaşılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Berki, Osman Fazıl (1961), *Devletler Hususi Hukuku Cilt* II, 4. Bası, Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası, s.54 vd.; Göğer, Erdoğan (1977), *Devletler Hususi Hukuku,* 4. Bası, Ankara: Sevinç Matbaası, s. 51 vd.; Aybay, Rona/ Dardağan-Kibar, Esra (2008), *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması,* 2. Bası, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 13 vd.; Şanlı, Cemal/ Ataman-Figenmeşe, İnci/ Esen, Emre (2015), *Milletlerarası*

ilişkinin maddi hukuk karşılığının ne olduğunu, hukukî ilişkinin vasıflandırılması ile çözmek mümkündür[5]. Uluslararası özel hukuk ile vasıflandırmanın ayrılmaz bir parça olması nedeniyle konumuz haksız fiiller açısından haksız fiilin Türk hukuku bakımından vasıflandırılması ve hukukî niteliğinin tayin edilmesi çözüme ulaşmayı kolaylaştıracaktır. Bu nedenle öncelikle Türk hukukunda haksız fiilin hukukî niteliği, mensup olduğu tasnif alanını incelemek gereklidir.

Bilindiği üzere *Türk-İsviçre* borçlar hukuku sistematiğinde borcun kaynakları üçlü olarak ele alınmaktadır. Buna göre TBK borç kaynaklarını sözleşmeden doğan borç ilişkileri (*TBK m. 1-48*), haksız fiilden doğan borç ilişkileri (*m. 49-76*), nihayet sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri (*m. 77-82*) olmak üzere üç kısımda incelemektedir[6]. Ancak *Türk-İsviçre* borçlar hukukunun tanımış olduğu geniş irade serbestisi/sözleşme özgürlüğü prensipleri sonrasında kanunda zikredilmeyen sözleşme tipleri de ortaya çıkmıştır. Doktrinde yeni görüşler, bu yeni sözleşme tiplerini yukarıda anılan üçlü ayrım

Özel Hukuk, 4. Baskı, İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 5 vd.; Doğan, Vahit (2015), *Milletlerarası Özel Hukuk,* 3. Baskı, Ankara: Savaş Yayınları, s. 5 vd.; Nomer, Ergin (2015), *Devletler Hususi Hukuku*, 21. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 5 vd.; Tekinalp, Gülören/ Uyanık, Ayfer (2016), *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları,* 12. Bası, İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 21 vd.; Çelikel, Aysel/ Erdem, B. Bahadır (2016), *Milletlerarası Özel Hukuk,* 14. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 9 vd..

[5] Vasıflandırma sorunları ve tanımları için bkz. Yağcı, Salim Serdar (2017), Milletlerarası Özel Hukukta Vasıflandırma, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017,* s. 2633-2646; Doğan, 2015, s. 170; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 44; Çelikel/Erdem, 2018, s. 78; Nomer, s. 94; Göğer, 1977, s. 65.

[6] TBK'da borcun kaynakları bu şekilde düzenlenmekle birlikte, doktrin bu konuda farklı görüşler de ileri sürmektedir. Bu kapsamda *Eren*'e göre, borcun kaynakları ikiye ayrılmaktadır: İlk olarak hukukî ilişkiden doğan doğan borç kaynaklarıdır. Yazarın, TBK'da geçen sözleşmeden doğan borç ilişkileri yerine bu ifadeyi kullanması, terminoloji farklılığı veya görüş ayrılığından ziyade, borç ilişkilerinin iki veya çok taraflı nitelik arz eden sözleşme ilişkileri dışında vasiyetname, ilân yoluyla ödül vaadi gibi tek taraflı borç ilişkilerinden doğabilmesi nedeniyledir. İkinci olarak ise doğrudan doğruya kanundan borç ilişkileri mevcuttur. Doğrudan doğruya kanundan doğan borç ilişkilerinde hukukî sonuç, tarafların böyle bir hukukî sonucu açık veya örtülü beyanları ile istedikleri için değil; doğrudan doğruya kanun yolu ile meydana gelmektedir. Borç ilişkilerinin doğumu ile irade sahiplerinin açık iradeleri arasında doğrudan doğruya bir hukukî sonuç yoktur. Yazara göre kanundan doğan borç ilişkileri denilince haksız fiilden doğan borç ilişkileri, sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri, fiili sözleşmeden doğan borç ilişkileri anlaşılmaktadır. Bunun yanında haksız fiilden doğan borç ilişkileri kavramı da tek başına yetersiz kalmaktadır. Keza teknik anlamdaki dar haksız fiil kuralı, hukuka aykırı işlem ve kusurlu davranış ile üçüncü kişilere verilen zararı ifade eder. Bunun yanında kusursuz sorumluluktan doğan borç ilişkilerini de eklemek gereklidir. Bu itibarla Yazara göre üçlü-dörtlü bir ayrım şeklinde hukukî ilişkilerin kaynaklarını tasnif etmek zorlamadır. Bu nedenle borcun kaynakları denilince doğrudan işlemin kaynağını ifade etmek gerektir. O halde borcun kaynakları "*hukukî ilişkiden doğan*" ve "*doğrudan doğruya kanundan doğan*" borç ilişkileri olarak ayırmak gereklidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Fikret (2015), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 489; Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut (2014), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Bası, İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 446 vd. Aksi görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Necip (1978), *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, 1. Fasikül*, İstanbul, s. 80 vd.

kapsamında değerlendirmemektedir[7]. Bu nedenle üçlü borç kaynağı ve içerisine dâhil edilemeyen bazı borç ilişkileri için ayrı bir tasnif şekli zaruret arz etmiştir[8]. Bu belirtme sonrasında derhal söylenmelidir ki, her ne kadar borcun kaynakları kanun sistematiğinde *Roma* hukukundan bu yana süregelen düzenle kabul edilerek üçlü ayrım şeklinde gözükmüş olsa da sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yeni kabul edilen borçların "*sözleşme benzerleri*", "*haksız fiil benzerleri"* şeklinde ifade edilen ve daha çok özel borç ilişkilerinde kendisi gösteren ayrı bir "*Diğer Borç İlişkileri*" kavramı, klasik ayrımı eleştirilerek dile getirilmektedir[9]. Her ne kadar doktrinde bu eski durum eleştirilse de kanaatimizce borcun kaynaklarını sade ve işe yarar nitelikte belirtmek için klasik sistemi kullanmak daha elverişlidir.

2. SORUMLULUK KAVRAMI

Bir borç ilişkisi kaynağı olarak haksız fiil, esasında hukukî değerlerin zarara uğratılması sonucundaki yaptırımı öngören hukukî düzenlemeleri bünyesinde barındırmaktadır. Nitekim TBK m. 49 bu anlayış ile hazırlanmış ve üst başlığı "*Sorumluluk*" olarak belirlenmiştir. Türk doktrininde haksız fiil kavramı ile hukukî değeri zarara uğratılan her durumu nitelendiren**,** geniş bir uygulama alanı olan bir hukukî tanım yapılmaktadır[10]. TBK'da genel esasları belirlenen unsurlara sıkıştırılamayan bir yapısı olan haksız fiil terimi ile yerleşmiş bir hukukî kavram ifade edilmiştir. Ancak bu geniş ve yerleşmiş ifade tam olarak yerinde değildir. Zira, örneğin zarar gören ile hukuka aykırı fiili meydana getiren arasında akit, vekaletsiz iş görme veya *culpa in contrahendo* gibi borç ilişkilerine dayanarak ortaya çıkan fiiller sonucunda taraflar arasında bir hukukî

---

[7] Eren, 2015, a.g.k., s. 489; Kocayusufpaşaoğlu, 1978, a.g.k., s. 81 vd.

[8] Roma hukukunda ilk zamanlar borç ilişkisinin kaynakları denildiğinde "*sözleşmeden doğan borç ilişkileri*" ile "*haksız fiilden doğan borç ilişkileri*" ayrımı yapılmaktaydı. Adı geçen ayrımın, yeni borç ilişkilerinin ortaya çıkması sonrasında yetersiz kalması ile "*sözleşme benzeri fiillerden doğan borçlar*" ile "*haksız fiil benzeri hukukî işlemlerden doğan borçlar*" ayrımı da eklenmiştir. Bu tasnif şekli Roma hukukundan bu yana kendisini göstermiştir. Türk-İsviçre borçlar kanunu sistematiği doğrudan bu sistematiği kabul etmiştir. Eren, 2015, a.g.k., s. 116; Roma hukukunda diğer sebeplerden kaynaklanan borç ilişkileri için bkz: F. H. Saymen/ H. K. Elbir (1958*), Türk Borçlar Hukuku I-II*, s. 64.

[9] Oğuzman/ Öz, 2014, a.g.k., s. 33 vd.; Eren, 2015, a.g.k., s. 116; Burcuoğlu, Halûk/ Akman, Sermet/ Tekinay, S. Sulhi/ Altop, Atila (1993), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 35.

[10] Örneğin, doğrudan bir haksız fiil niteliği taşımayan ve TBK m. 49'a çerçevesinde bir sorumluluk doğurmayan vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan hukukî ilişkiler hakkında haksız fiil hükümlerinin de uygulanacağı kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak (2014), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 1359 vd.; Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, K. Emre (2014), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 14. Bası, Ankara: Turhan Yayıncılık, s. 630; Tandoğan, Haluk (1957), *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme*, İstanbul: Ankara Hukuk Fakültesi Yayını No:109, s. 1.

ilişki mevcut olmadıkça, doğrudan hukuka aykırı bir sonuç doğmadığından, bunlar hakkında "*borca aykırılık*" ifadesinin kullanılması daha yerindedir[11]. Şu hâlde ileride etraflıca inceleyeceğimiz üzere, haksız fiil üst başlığında toplanan sorumluluk türlerini meydana getiren unsurlar, esasında *borca aykırı hukuki ilişki* unsurları içerisinde yer almamaktadır. Borca aykırılığı, haksız fiil dışında bir kavram olarak nitelendirmek doğru bir ayrım olacaktır[12].

Hukuka aykırılık, fiili işleyen ile zarar gören arasında bir hukukî ilişkiye dayanmayan ve herkes için bağlayıcı olan genel kaidelerin ihlali sonrasında meydana gelen durumdur. Bunun sonunda hukuka aykırı bir fiilden doğan tazminat borcu ortaya çıkarmaktadır[13]. Bu durumda herkes için bağlayıcılığı bulunan bir kuralın ihlâl edilmesi sonrasında sorumluluk meydana gelmektedir. Bir tanıma göre sorumluluk, ortaya çıkan zarardan kimin sorumlu olduğunu belirten, zarar görenin, zarar verene karşı vermiş olduğu zararın telafisine dair talep hakkını düzenleyen kurallar bütünüdür[14]. Yine bir diğer görüş ise bir borç ilişkisinde taraflardan birinin borcunu yerine getirmemesi, karşı tarafı zarara uğratır ise, bu zararı tazmin etme zorunluluğuna sorumluluk denir[15].

Sorumluluk hukukunda, haksızlık ile kastedilen fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Daha açık bir ifadeyle kişileri zarardan ve haklarının ihlâl edilmesinden korumayı amaçlayan (*yazılı veya yazısız*) objektif bir hukuk normunun bertaraf edilmesi haksız fiil olarak isimlendirilmektedir. Başkalarına zarar veren, buna karşılık bu türden bir normu ihlal etmeyen davranışlar "*haksız fiil*" sayılmaz. Fakat fiile esas anlamda hukuka aykırılık vasfını kazandıran unsur, çoğu kez fiilin bir zarara neden olmasıdır[16]. Bu nedenle zarar kavramı, hukuka aykırılığın ortaya çıkmasında belirleyici unsurdur. İşte "*sorumluluk hukuku*" da bu tür zararlı davranışların hukukî sonuçları düzenlemektedir.

---

[11] Kaneti, Selim (2007), *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru,* İstanbul: Kazancı Yayınları, s. 2.
[12] Oğuzman, 2014, a.g.k., s. 33 vd; Eren, 2015, a.g.k., s. 116.
[13] TBK'da ifade edilen "*Haksız Fiil Kavramı*" İsviçre Borçlar Kanunu'nda (*OR. Obligationenrecht 41, Gerek kasten gerekse taksirle başkasına zarar veren kimse, bunun tazmini borcu altındadır*) belirtilen şekli ile hukukumuza aktarılmıştır. Söz konusu terimin Türk hukukunda çok geniş anlam ifade ettiği şekli ile kullanıldığı ve farklı ifade arayışları için bkz. Kaneti (2007), a.g.k., s. 2.
[14] Kılıçoğlu, Ahmet (2002), *Sorumluluk Hukuku, Cilt I, Sözleşme Dışı Sorumluluk*, Ankara: Turhan Kitapevi Yayınları, s. 1.
[15] Gerek, Nüvit (2004)*, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği*, Eskişehir: T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 1569, s. 100.
[16] Sanlı, Kerem Cem (2007), *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi Hukuk ve Ekonomi Öğretisi,* İstanbul: Arıkan Yayıncılık, s. 104 vd.

TBK'da kanun koyucu borç ilişkilerini tanımlarken "*Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri*" başlığı altında "*Sorumluluk*" kavramına açıklama getirmiştir[17]. Haksız fiiller denildiğinde esasen geniş anlamda sorumluluk hukuku akla gelmektedir. Bu durum sorumluluk ile haksız fiil kavramları arasındaki ilişkiyi de ortaya çıkarmaktadır. Bir borç kaynağı olarak haksız fiil, sorumluluğun veya sorumsuzluğun bir sonucu olarak ortaya çıkan hukukî durumdur. Şu hâlde sorumluluk, haksız fiili ortaya çıkaran esas durumdur. Türk hukukunda da haksız fiil sorumluluğu denildiğinde, kusur kavramına dayalı bir sorumluluk türünü ortaya çıkarmakta ve bu durum açıkça TBK m. 49'da düzenlenmektedir[18]. TBK'nın 49. maddesinde "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür*" şeklinde belirtilmiştir. Söz konusu hükümde korunmak istenen hukukî menfaat, bireylerin hukuktan doğan sorumluluklarını yerine getirmek suretiyle tedbirli ve özenli davranmaya teşvik etmektedir[19]. O halde bir kimse gerekli dikkat ve özeni göstermesi sonrasında bir zarar meydana geliyor ise, bireyin kusur sorumluluğundan kurtulması esastır[20].

Haksız fiil denildiğinde esas olarak kusur sorumluluğu akla gelir. Ancak daha önce de belirtildiği üzere haksız fiil kavramı hem kusur hem de kusursuz sorumluluk hallerine tekabül eden geniş bir kavramdır. Öte yandan doktrinde[21] ve kanun sistematiğine kabul edildiği üzere, *dar anlamda haksız fiil* kavramı vardır ki, bununla kastedilen bireyin zarar verenin kusuru olmasa da meydana gelen zarardan sorumlu tutulmasıdır. Zarar verenin hareketi veya zarar verenin uhdesi altındaki kimselerin kusursuz olsa dâhi zarardan

---

[17] Sorumluluk kavramı, *"... ile sorumluluk*" ve *"... den sorumluluk*" şeklinde ikiye ayrılmaktadır *"... ile sorumluluk*", edimini hukuka uygun şekilde ifa etmeyen borçlunun malvarlığına, alacaklının cebri icra yolu ile işlem yapılması durumunu ifade eder. "*Borçlu alacaklıya karşı malvarlığı ile sorumludur*", denildiği zaman bu anlamda sorumluluk söz konusu olur. Buna karşılık, *"...den sorumluluk*" hukukun genel kurallarına ya da hukukî bir ilişkiden, sözleşmeden ya da sözleşme benzeri bir yükümlülükten doğan özel bir yükümlülüğe aykırı davranışından doğan sorumluluğu ifade eder. Sözleşme sorumluluğu, dar ve teknik anlamdaki sorumluluk kavramı içinde görülmemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 2015, a.g.k. 490; İmre, Zahit (1979), Hukukî Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, cilt: 45 sayı: 1-4*, İstanbul, s. 403; Antalya, Gökhan (2008), Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.14, S.4,* s. 68.

[18] Eren, 2015, a.g.k., s. 569; Oğuzman/ Öz, 2014, a.g.k., s. 6; Tandoğan, Haluk (1981), *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara, s. 1; Hatemi, Hüseyin (1994), *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, § 8, N 1; İmre, 1979, a.g.k., s. 403; Kılıçoğlu, Ahmet (2011), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, s.266.

[19] Tandoğan, 1981, a.g.k., s. 1.

[20] Başoğlu, Başak (2015), Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.:6, S. 2,* s. 30.

[21] Tandoğan, 1981, a.g.k. s. 9 vd.; Oğuzman/Öz, 2014, a.g.k., s. 461 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1993, a.g.k., s. 475-497.

sorumluluğunun doğduğu haller, bu başlık altında incelenmektedir. Sorumluluk hukukundan kaynaklanan bu gibi durumlarda hayatın olağan akışında bir kimseye doğrudan sorumluluk atfedilemese de ortaya çıkan zararın telafi edilememesi, toplumdaki hakkaniyet ve adalet duygularını zedelemektedir. Bu durum literatürde kusursuz sorumluluk halleri (*dar anlamda haksız fiil*) olarak belirtilen hâli ortaya çıkarmıştır[22].

Görüldüğü üzere yapılan ikili ayrımda esas unsur sorumluluk hukuku çerçevesinde haksız fiil sonucunu meydana getiren eyleme niteliğini katan etkendir. Bu etken ise kusurdur. Eğer fiil kusurlu bir eylem ile yapılıyorsa sorumluluğun niteliği farklı, kusursuz şekilde yapılıyor ise sorumluluğun niteliği farklıdır. Zararın derecesi ve niteliği önemli değildir. Zarar meydana gelmiş ise zarara sebep olan hukukî fiilin kusurlu ya da kusursuz olmasının sonuca etkisi yoktur. Türk hukukunda da haksız fiil kavramını, sadece kusur sorumluluğunu indirgeyerek kullanmak konuyu daraltır. Önemli olan hukuka aykırı fiil ile zararın meydana gelmesidir. Ayrıca, kusursuz sorumluluğun uygulama alanı bulduğu hâller ile kusur sorumluluğu şartları arasında zarar, illiyet bağı, hukuka aykırılık şartları da meydana gelmektedir. Zarar, hukuka aykırılık ve nedensellik bağı ile genel olarak kusursuz sorumluluğun uygulanma ilkeleri aynen kusur sorumluluğundaki gibidir. TBK da bu esas ışığında ikinci ayırımın başlığı "*Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri*" olarak muhafaza edilerek haksız fiil tabiri hem kusur hem de kusursuz sorumluluğu kapsayacak şekilde kullanılmıştır. Şu hâlde çalışmamızda ileride de etraflıca inceleyeceğimiz üzere yabancı unsurlu hukukî ilişkilerin her birini en geniş anlamda içine alarak değerlendiren ve sorumluluk hukukunu da bünyesinde barındıran haksız fiil kavramı kullanılacak ve tüm açıklamalar bu doğrultuda yapılacaktır[23].

3. HAKSIZ FİİL KAVRAMI VE UNSURLARI

Haksız Fiil ve sorumluluk kavramları hakkında etraflıca açıklamalardan sonra haksız fiilin ne olduğu ve unsurlarının belirtilmesi, amacı ile milletlerarası özel hukuk

---

[22] Doktrinde bazı yazarlar "*en dar anlamda sorumluluk*" ayrımı da yapmışlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaneti, Selim (1980), Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, *Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, 1980 s. 56*; Korkusuz, Refik (2009), Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Ankara, s. 150; Tandoğan, 1981, a.g.k.,, s.10; Tiftik, Mustafa (2005), *Tehlike Sorumluluğunun Ayırıcı Özellikleri ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 11; Eren, 2015, a.g.k., s. 491.

[23] Benzer görüş için bkz. Hatemi, Hatemi/Gökyayla, K. Emre (2012), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm,* 2. Baskı, İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 106 vd.

bakımından mahiyetine dair tartışmalara değinmenin gerekli olduğunu düşünüyoruz. Bu noktada doktrinde çok farklı ayrım ve tanımlama yoktur. Genel kabul, kusur ve kusursuz sorumluluk içinde farklı ayrımlar yapılması yönündedir. Doktrinde *Eren*[24], haksız fiilde zararı meydana getiren sonuca giden yol bakımından dar, geniş ve en dar anlamda haksız fiil ayrımını yaparken; *Oğuzman/Öz*[25] kusur aranan ve kusur aranmayan sorumluluk ayrımını kullanmıştır[26].

3.1. Dar Anlamda Haksız Fiil Sorumluluğu

Dar anlamda haksız fiil sorumluluğu ile kastedilen, bir kimsenin, kusurlu bir eylem ile sözleşme dışı meydana gelen bir hukuka aykırı fiil yoluyla zarar vermesidir[27]. TBK m. 49'da da belirtilen bu durum, "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür*" şeklinde dile getirilerek unsurları da belirtilmiştir. Dar anlamda haksız fiil sorumluluğunun temel ayırıcı öğesinin kusur olması nedeniyle "*kusur sorumluluğu*" da denilmektedir[28].

Daha önce de belirttiğimiz üzere haksız fiil sorumluluğu denildiğinde anlaşılan kusur sorumluluğuna dayalı olarak geliştirilen dar anlamda haksız fiil kavramıdır. Dar anlamda haksız fiil sorumluluğunda önemli diğer nokta da sözleşme sorumluluğu dışında gündeme gelmesidir. Nasıl ki haksız fiil denildiğinde tesadüfî bir şekilde, hukuka aykırı bir fiil sonrasında meydana gelen bir zarar anlaşılıyor ise bu durumun aralarında bir hukukî ilişki olmayan taraflar arasında meydana gelmesi haksız fiil sorumluluğundan kaynaklanan giderim borcunu doğurmaktadır. Taraflar arasında önceden var olan bir

[24] Eren, 2015, a.g.k., s. 490 vd.
[25] Oğuzman/Öz, 2014, Cilt II, a.g.k., s. 2 vd.
[26] Doktrinde temel ayrım bu yönde olmakla birlikte farklı yazarlar da benzer yönde ayrım yapmışlardır. Örneğin *Tiftik* sebep ve kusur sorumluluğu ayrımını esas alırken, *Kaneti* de benzer ayrımı uygun görmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tiftik, 1994, a.g.k., s. 38 vd; Kaneti, 2007, a.g.k., s. 4 vd.
[27] Benzer yorum ve tanımlar bkz. Eren, 2015, a.g.k., s. 516 vd.; Oğuzman/Öz, 2014, Cilt II, a.g.k., s. 4 vd.; Hatemi/Gökyayla, 2012, a.g.k., s. 106 vd.; Tiftik, 1994, a.g.k., s. 38 vd.
[28] Tandoğan, 1957, a.g.k., s. 9-11. Doktrinde kusur sorumluluğu yanında haksız fiil sorumluluğu ve sübjektif sorumluluk kavramları da kullanılmaktadır. Bkz. Hatemi/Gökyayla, 2012, a.g.k., s. 107 vd.; Eren, 2015, a.g.k., s. 516; Antalya, Gökhan (2015), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II,* İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 413.

hukukî ilişki daha çok sözleşmesel sorumluluğu gündeme getirecektir[29] [30]. Tabi ki zarara uğrayan tarafın haksız fiil sorumluluğuna dayanak oluşturan talep hakkı saklı olacaktır[31].

Dar anlamda haksız fiil sorumluluğunun unsurları fiil, hukuka aykırılık, kusur, illiyet bağı ve zarardır.

3.1.1. Fiil

Bir kimsenin hukukî sorumluluğundan bahsetmek için öncelikle kendisinin iradi bir fiilinin, eyleminin olması gerekmektedir[32]. Fiil sözlük anlamı itibariyle bir kimsenin olumlu bir davranışı meydana getirecek şekilde hareket etmesi olarak tanımlanırken, hukuken durum, bununla sınırlı değildir. Zira hukuk, bazı hâllerde yapmama, hareketsiz

---

[29] Yargıtay'ın bu konuda farklı zamanlarda verilmiş farklı kararları bulunmaktadır. Yargıtay 4. HD. 5.5.1958 tarihli ve 1958/3355 E., 1958/2984 K. sayılı kararından: "*Taraflar arasında şekil şartı gerçekleşmiş bir gayrimenkul satışı veya vaadi bulunmamaktadır. Ancak, davalı taraf, ticari bir müessese açıp, birçok reklam yaparak, İstanbul'da Altın Şehir adı ile bir şehir kuracağını halka bildirmiş ve orada isteyenlere bir parsel yer verileceği hakkında halk üzerinde kesin kanaat uyandıracak şekilde hareket etmiş bulunmaktadır. Böylece, davalı ile hususi bir andlaşmaya giren bir kimse, davalı müessesenin mahiyeti ve birçok reklama başvurmuş olması sebebiyle, hususi andlaşmanın kendisine yüklediği borçları yerine getirdiği takdirde, diğer tarafın kanuni şekle uygun olmayan akdi yerine getireceğini, yani parseli kendisine ferağ edeceğini pek haklı olarak kabul edecek durumda bulunmaktadır. Bu duruma rağmen, adi andlaşma şartlarına dayanan ve diğer tarafa yüklenilmesi mümkün olan bir hareket söz konusu olmaksızın, davalının gayrimenkulü satmaktan ve temlik etmekten kaçınması, BK m.41/II'nin hükmüne uygun bir istekle işlenmiş bir davranış olur ve bundan bir zarar doğmuş ise, söz konusu hüküm uyarınca, bu zararın tazmini ile mükellef tutulması gerekir…*". Adal, Erhan (1970), *Akit Öncesi Sorumluluk,* İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.14.

[30] Yargıtay, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa ilişkin kararlarında, haksız fiil sorumluluğunu esas alarak tazminat talebini, 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nun (eBK), 41. maddesi uyarınca haksız fiil hükümlerine dayandırırken, günümüzde hâkim görüşü esas alarak, sözleşme görüşmeleri sırasında zarar görenin tazminat talebinin, sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayandığını kabul etmektedir. Adıgüzel, Sibel (2012), Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, *Adalet Akademisi Dergisi, Y. 3, S. 9,* s, 293-294.

[31] Haksız fiil ile sözleşme hükümlerinin birbiri ile yarışması hayat ilişkisinde pek çok defa rastlanmaktadır. Öte yandan böyle bir yarışın varlığı halinde sözleşmeye aykırılık iddiası ile mağdur olan tarafın daha kolay taleplerde bulunmasının önü açıktır. Bunun temel nedeni, taraflar arasındaki güven ilişkisinin niteliğidir. Bu duruma karşılık aralarında sözleşme ilişkisi bulunan taraflardan her birinin diğer tarafın aslî ve yan sözleşme yükümlülükleriyle bağlı olacağına ve sözleşmeyle varmak istediği amacın gerçekleşeceğine dair güveni, özel, somut ve yoğun bir yaklaşımdır. Sözleşme taraflarından birisi sözleşmenin diğer tarafına duyduğu güveni boşa çıkarılır ve zarara uğratır ise, zararın giderilmesi için, sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurması onun lehinedir. Sözleşmenin taraflarından birinin diğer tarafa duyduğu güvenin, sokakta yürüyen bir kimsenin herkese karşı duyduğu güvene göre daha özel ve somut olması nedeniyle, sözleşmeye aykırılık hükümleri, menfaatleri zarara uğrayan kişi için haksız fiil hükümlerine göre daha elverişlidir. Sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanan tarafın sağladığı menfaatler ispat yükü, zamanaşımı, yardımcı kişinin davranışından meydana gelen zarardan doğan sorumluluk hususlarında ortaya kendisini daha net göstermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Adıgüzel, 2012, a.g.k., s. 287-288; Çağa, Salim (1973), Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukların Birleştirilmesi, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Seminer Yarışması Yayını,* Ankara, s. 1; Karan, Yeliz (2013), Haksız Fiil Sorumluluğu ile Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması, İstanbul, *Mustafa Dural'a Armağan,* s. 723.

[32] Oğuzman/Öz, 2014, a.g.k., s. 12 vd.

kalma durumlarına da sonuç bağlamış, eylemsizliği, zarara sebebiyet veren bir hâl olarak vasıflandırmıştır.

Haksız fiilin unsuru olan davranış, bir insanın yapma ya da yapmama tarzındaki iradî davranışıdır. Bu tanım üzerinde düşünüldüğünde eyleminin öncelikle iradi olması gerekmektedir. Öte yandan bir fiili yapmama sonucunda zararın meydana gelmesi de mümkündür. Kanun bazı durumlar doğrudan kendisi yapmama eylemlerine bir sonuç bağlamıştır. Örneğin, kanun koyucunun doğrudan bir kimseyi korumak ve zararın meydana gelmesini önlemek amacıyla, düzenlemiş olduğu tedbir alma ve zarardan koruma ödevinin yerine getirilmemesi[33] bir haksız fiil teşkil edecektir[34]. Yine hukuk düzeninin izin verdiği ancak icra edilmesi durumunda başkalarını tehlikeye sokması mümkün olan davranışlara ilişkin, bu davranışları yerine getirenler üçüncü kişileri tehlikeye ve zarara uğratmamakla yükümlüdürler[35]. Bu noktada zararın meydana gelmesinin yanında, gerekli önlemlerin alınmaması da haksız fiil sonucunu doğurabilir[36].

[33] Örneğin Türk Medeni Kanunu (TMK), m. 730'a göre "*Bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hâline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir*."

[34] Tiftik, 1994, a.g.k., s. 46.

[35] Tandoğan, 1957, a.g.k., s. 13-17. Kusursuz sorumluluğun en önemli türlerinden olan tehlike sorumluluğu TBK kapsamında da düzenleme alanı bulmuştur. Tehlike sorumluluğu, yapılan iş ile tehlike kapsamında zararın meydana gelme olasılığının yüksek olması ve zararın meydana gelme şiddetindeki yoğunluğun fazlalığı nedeniyle özel olarak düzenleme alanı bulmuştur. 6098 sayılı TBK'nın, 71. madde hükmü başlığı "*Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme*" dir. "*Kusursuz Sorumluluk*" yan başlığı altında, "*Hakkaniyet Sorumluluğu*" ve "*Özen Sorumluluğu*"nun yanında kusursuz sorumluluk hallerinden bir diğeri olarak tehlike sorumluluğu düzenlenmiştir. Sanayi ve teknoloji alanlarındaki gelişmelerin bir sonucu olarak nitelendirilen bu durum, işlettikleri faaliyet ya da müteşebbisler ile çok sayıda kazaya veya nitelik bakımından zararlara yol açma ihtimali olanların, doğabilecek zararlı sonuçlara katlanmaları gerektiği düşüncesi düzenlemeye gerekçe olmuştur. Kusursuz sorumluluk kapsamında esas olan tehlike sorumluluğunun esas anlamını "*tehlike*" kavramı meydana getirmiştir. Tehlike kavramının içeriğini ise zarara yol açma ihtimalinin yüksek olması ile gerçekleşmesi olası zararın ağır sonuçlar doğurabilecek olması fikriyle kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, 1981, a.g.k., s. 5-26; Tiftik, 1994, a.g.k., s. 46 vd.; Akkayan-Yıldırım, Ayça A. (2012), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İstanbul, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM), C. LXX, S. 1*, s. 203; Korkusuz, Refik (2008), Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında Tehlike Sorumluluğu Düzenlemesi, Diyarbakır, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12-13, Y. 2007-2008*, s. 25.

[36] Hatemi/ Gökyayla, 2012, a.g.k., s. 114; Eren, 2015, a.g.k, s. 520.

Kusur sorumluluğu bakımından önem arz eden bir diğer husus da eylemsizlik halinin bir haksız fiil meydana getirip getirmediğidir[37] [38]. Konumuz bakımından önem arz etmemesi nedeniyle bu tartışmaya doğrudan katılmıyoruz. Ancak, milletlerarası özel hukuk bakımından hareketsizlik durumunun bir haksız fiil meydana getirip getirmediğinin bir vasıflandırma meselesi olması nedeniyle, bu konuda bir yargıya varmak için somut hayat olayında haksız fiile konu eylemsizlik hareketinin sebep-sonuç ilişkisi çerçevesinde vasıflandırılması sonrasında maddi hukuk kurallarınca tartışılması gerektiğini belirtmek istiyoruz.

3.1.2. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık, zarara sebep olan fiilin hukuk dünyasında meydana getirdiği etkidir. Eski Borçlar Kanunu (*eBK*) döneminde fiil ile hukuka aykırılık unsurları birbirinden bağımsızdı. Öyle ki kanun koyucu eBK m. 41'de "*hukuka aykırı bir surette*" ifadesini kullanmıştır. 6098 sayılı TBK ise m. 49'da "*hukuka aykırı bir fiille*" şeklinde düzenlenmek suretiyle hukuka aykırılık unsuru fiil unsuru ile birliktelik arz etmiştir[39]. Çalışmamız kapsamında eski kanun döneminde olduğu gibi unsurları ayrı incelememizin sebebi, sistematik farklılığa vurgu yapmak ve uluslararası özel hukuk bakımından unsurların farklılıklarına değinmektedir.

Haksızlık[40] ya da hukuka aykırılık unsuru, bir fiilin hukuka uygun olması durumunda[41], zarar meydana gelse dâhi doğrudan bir sorumluluğun söz konusu

---

[37] Doktrinde bir görüş eylemsizlik halinin, haksız fiil meydana getirmediğini, zira eylemsizlik ile zarar arasında illiyet bağının mevcut olmadığını belirtmektedir. Bu görüşe göre Türk Ceza Kanunu (*TCK*), m. 98'e göre suç teşkil edecek bir eylemin meydana gelmesi için esas olarak illiyet bağının tespit edilmesi gerektiği, eylemsizlik hali ile illiyet bağının tesis edilemeyeceği, bu nedenle de eylemsizlik halinin bir haksız fiil meydana getirmeyeceğini savunmaktadır. Öte yandan bu görüş uyarınca eylemsizlik halinin salt bir haksız fiil meydana getirmesinin ancak bu konuda taraflarca önceden bir andlaşma olması veya bir güven tesis edilmesi ile sağlanacağının belirlenmesi ile mümkün olacağı belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hatemi/ Gökyayla, 2012, a.g.k., s. 114 vd.

[38] Katıldığımız görüş uyarınca eylemsizlik hali bir haksız fiil meydana getirecektir. Zira bir kimse hareketsiz kalacağı bir yerde eğer müspet bir hareket meydana getirseydi zararın meydana gelmesinin önüne geçecek ise, bir başka ifade ile hukuken önem arz eden bir sonuç meydana gelmeyecek ise, zararlı sonucu doğuran yapmama fiili haksız fiil teşkil edecektir. Bu noktada taraflar arasında önceden var olan güvene dayalı bir durumun varlığının bir önemi yoktur. Keza böyle bir durum var ise şu hâlde vekalet hükümleri ile devreye gireceği için bu durum sözleşmesel bir ilişki meydana getirecektir. Aynı yönde görüş için bkz. Eren, 2015, a.g.k., s. 519; Oğuzman/ Öz, 2014, a.g.k., s. 13 vd. Eylemsizlik hareketi ile haksız fiilin meydana gelmeyeceğini söyleyen görüşün bu durumu hukuka aykırılık ile karıştırdığı hakkında bkz. Tiftik, 1994, a.g.k., s. 45; Eren, 2015, a.g.k., s. 519-520.

[39] Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 274.

[40] Eren, 2015, a.g.k., s. 584 vd.

[41] Hukuka aykırılık halini açıklayan farklı teoriler vardır. *Objektif teoriye* göre hukuka aykırılık ile kişilerin mal ve şahıs varlıkları ile manevi varlıklarının emredici hkuk kurallarına aykırı bir davranış ile korunması esas alınmaktadır. Bu noktada sorumluluk hukukundan kaynaklanan emredici hukuk kurallarına aykırılık

olmayacağını ifade eder[42]. Bu durumu TBK m. 49 hükmünden çıkarmak mümkündür. Zira ilgili hüküm hangi fiillerin haksız fiil ve öncesinde hukuka aykırılık teşkil edeceğini belirtmemiştir[43] [44]. Hukuka aykırılığın kanunla veya normlar hiyerarşisi içerisinde yer alan diğer düzenlemeler ile farklılık arz etmesinin herhangi bir önemi söz konusu değildir[45]. Öte yandan benzer durum Türk Medeni Kanunu (*TMK*) kapsamında da belirtilmiştir. Buna göre TMK m. 24'e göre "*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.*" düzenlemesinde "*hukuka aykırılık*" fiilin meydana gelmesinde esas olan kavram ve unsurdur. Bu noktada hukuka aykırılık konusunda belirtilmesi gereken, hukuka aykırılık ifadesi ile "*haksızlık*" vurgusundan ziyade, kanun koyucu "*hukuka aykırılığı*" ifade etmek istemektedir[46].

TMK m. 24 ve TBK m. 49'da haksız fiilin hukuka aykırılık unsuru belirtilmiş; ancak hukuka aykırılığın tanımı ile unsurları belirtilmemiştir. Hukuka aykırılık iki unsurdan oluşur. Bu unsurlara hukuka aykırılığın olumlu ve olumsuz unsurları denilebilir[47]. Hukuka aykırılığın olumlu unsuru, zararlı sonucu, yani zarar vermeyi

---

ile hukuk kurallarına aykırılık konusu daha dar bir mahiyet taşımaktadır. Bu görüşe göre zarar verici durumunda olan davranış hukuka aykırılığı, niteliğine göre sınıflandırılamaz. Bir başka üçüncü kişiye zarar verme durumu tek başına hukuka aykırılık yaratmaz. Örneğin, aynı iş sektöründe faaliyet göstermekte olan iki işletmeden biri teknolojik yenilikleri takip ederken daha hızlı ve maliyet bakımından daha ucuz üretim yaptığında ikinci işletmenin zarara uğraması ihtimalinde hukuka aykırı bir durum ortaya çıkmaz. Bu nedenle hukuka aykırı bir durum ve şekil mevcut olmadığı için ikinci işletme meydana gelen zararın ortadan kaldırılmasını isteyemez. *Sübjektif teoriye* göre ise zarar verici fiil, sadece fail olan kimsenin bu yönde bir fiili işlemeye yetkili olmaması, hakkının bulunmaması durumunda hukuka aykırıdır. Bu görüşe göre her hukuka aykırı fiil bir zarar meydana getirir ve fail bir başkasına bir hakka dayanmadan yetkili ve izinli olmadan zarar verdiği için sorumlu tutulacaktır. Fail, yapmış olduğu fiil ile haklı bir nedeni olduğunu, somut olayda davrandığı şekilde hareket etme zaruretinin bulunduğunu, bu doğrultuda bir başkasına zarar vermeye hakkı olduğunu ispat ederse, fiilin haksızlığı, bir diğer ifade ile hukuka aykırılığı ortadan kalkar. Zarar gören açısından ise zarar meydana geldiği için zarar görenin ayrıca bunu ispat etmesi gereken bir durum söz konusu değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 2015, a.g.k., s. 586 vd.; Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 275 vd.; Hatemi/ Gökyayla, 2012, a.g.k., s. 110; Oğuzman/Öz, 2014, a.g.k., Cilt II, s. 30 vd; Tiftik, 1994, a.g.k., s. 38 vd; Kaneti, 2007, s. 4 vd.

[42] Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 274; Hatemi/ Gökyayla, 2012, a.g.k., s. 110.

[43] Tiftik, 1994, a.g.k., s. 48.

[44] Alman hukukuna bakıldığın sorumluluğun ve hukuka aykırılığın kaynağı olarak üç durum belirlenmiştir: a) Mutlak hakların ihlali, b) Koruyucu bir hukuk kuralının ihlali, c) Genel ahlakın kasıtlı olarak ihlali. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tiftik, 1994, a.g.k., s. 48; Eren, 2015, a.g.k., s. 584.

[45] Failin hukuk aykırılığı bilmemesi, onu sorumluluktan kurtarmaz. Bu nedenle esas olan hukuka aykırılığı belirlenmesidir. "*Hukuk kurallarını bilmemek mazeret sayılmaz*" ilkesi gereğince kanun ve diğer hukuk kurallarınca hukuka aykırılık meydana getiren bir fiili bilmeden meydana getiren kimsenin de sorumluluğu mevcuttur. Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 275 vd.

[46] Eren, 2015, a.g.k., s. 584.

[47] Eren, 2015, a.g.k., s. 584.

yasaklayan ya da zarar verme sonucunu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden[48] bir hukuk normuna aykırı şekilde davranmaktır[49]. Hukuka aykırılığın olumsuz unsuru ise, somut olayda hukuka uygunluk arz eden sebeplerin (*hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerin*) mevcut olmamasıdır. Hemen belirtelim ki, hukuka aykırılık değer hükmü verilirken, bu iki unsur aynı anda göz önünde tutulur. Bu itibarla hukuka uygunluk sebeplerinden birinin mevcut olması halinde zarar verici fiil hukuka aykırı olmaz[50].

Hukuka aykırılık ile ilgili olarak belirtilmesi gereken son durum ahlaka aykırı bir fiil ile hukuka aykırı durumun yaratıp yaratılamayacağıdır. Belirtilen duruma göre TBK m. 49/2 belirli şartlar altında bu duruma cevaz vermektedir. Buna göre "*Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür*" şeklinde düzenleme yapılmıştır. Kanun koyucu ahlaka aykırı bir fiilin dar anlamda haksız fiiller kapsamında hukuka aykırı bir durum meydana getirmediği düşüncesinden hareketle TBK m. 49/2'de bu yönde bir

---

[48] Bu noktada hareketsiz kalmanın hukuka aykırılık meydana getirip getirmediğinin de incelenmesi gerekmektedir. Katıldığımız görüş uyarınca eylemsizlik hali bir haksız fiil meydana getirecektir. Zira bir kimse hareketsiz kalacağı bir yerde eğer müspet bir hareket meydana getirseydi zararın meydana gelmesinin önüne geçecek ise, bir başka ifade ile hukuken önem arz eden bir sonuç meydana gelmeyecek ise, zararlı sonucu doğuran yapmama fiili haksız fiil teşkil edecektir. Şu halde uygun illiyet bağ çerçevesinde zararlı sonuca götüren hareketsiz kalma eylemi, aynı anda hukuka ve hakkaniyete aykırı bir sorun meydana getirecek ise şu durumda hukuka aykırılık meydana gelecektir. Aynı yönde görüş için bkz. Eren, 2015, a.g.k., s. 519; Oğuzman/ Öz, 2014, a.g.k., s. 13 vd. Eylemsizlik hareketi ile haksız fiilin meydana gelmeyeceğini söyleyen görüşün bu durumu hukuka aykırılık ile karıştırdığı hakkında bkz. Tiftik, 1994, a.g.k., s. 45; Eren, 2015, a.g.k., s. 519-520.

[49] Bazı durumlarda hukuka aykırı bir davranış ile zarar meydana gelse dâhi hukuken korunan bir üstün menfaat nedeniyle hukuka aykırı fiil cezalandırılmaz. Kanun ve doktrinde "*hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller*", "*hukuka uygunluk sebepleri*" olarak isimlendiren bu durum, sınırlı sayıda sayılmış ve her olay kendi içinde bu sınırlı alan içine girdiği surette dikkate alınacağı belirtilmiştir. Gerçekten, ceza hukuku ile özel hukuk düzenleri, bir yandan insan fiillerinin yapılmasını veya yapılmamasını öngören, bunları cezalandıran düzenlemeleri içerirken; öte yandan belirli ve sınırlı hallerde hukuka aykırılık meydana getiren fiillerin cezalandırılmasına yer vermeyen nedenleri öngörmüştür. Toplumsal hayatın karmaşıklığı ile hayatın olağan akışı içerisinde zorunlu hallerden kaynaklanan bu durumlarda, yapılan hukuka aykırı fiil ile hukuk düzeni arasında bir çatışmanın meydana gelmemesi kabul edilmektedir. Bir hareketin hukuka uygun olmasının nedeni olarak ya hukukî menfaatin olmaması veya hukuken üstün menfaatin varlığına dayanmaktadır. Örneğin mağdurun hukuka aykırı fiile rızasının olması durumunda, ortada korunacak bir hukuki, maddi değer ya da menfaat bulunmamaktadır. Bunun dışındaki durumlarda, hukukî değerler ile menfaatler arasında zorunlu olarak var olan bir çatışma ile karşılaşıldığı gözlenmektedir. Kanun uygulanması ya da amirin emrinin yerine getirilmesinde ya da kişinin kendisini meşru olarak savunmasında fiilin hukuka uygun bulunmasının, diğer bir ifade ile suç sayılmamasının nedeni, bu durumda korunan değerin, ihlal edilen değer ya da menfaate göre daha üstün olmasıdır. Zaruret durumunda, hareketin hukuka uygun görülmesinin temeli, çatışan hukuki değerler ve menfaat ilişkisinin karşılıklı olarak birbirine eşit ve aynı mesafede olmasıdır. Kısacası, suç sayılan fiil ile hukuka uygunluk hallerine konu bir fiil meydana geldiğinde, ortada toplum ve kamu düzeni bakımından cezalandırılması ve ıslah edilmesi gereken bir zarar ya da kişi bulunmadığından artık fiil suç da sayılmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaneti, 1981, a.g.k., 143 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, 1993, a.g.k., s. 490 vd.; Eren, 2015, a.g.k., s. 603 vd.

[50] Oğuzman/Öz, 2014, a.g.k., Cilt II, s. 27 vd.

düzenleme yapma gereği duymuştur. Ahlaka aykırı bir fiil ile kamu düzeninin ihlalinin meydana gelmesi olasıdır. Ancak ahlaka aykırı bir haksız fiilin meydana gelmesi ve failin bir şekilde cezalandırılabilmesi için kanun koyucu tarafından hukuka aykırılık ile ahlaka aykırılık arasında önemli bir fark belirtilmiştir. Bu fark da ahlaka aykırı olan bir fiilin ancak kasten meydana getirilebileceğine dair düzenlemedir. Ahlaka aykırı bir fiille bir başkasına zarar verecek olan kimse, bilerek ve isteyerek harekete geçmesi ve sonucunda zarar vermesi gerekecektir[51].

3.1.3. Zarar

Zarar tazminat hukukunun ve sorumluluk kavramının en önemli unsurunu meydana getirmektedir[52]. Sorumluluk hukukunda haksız fiilin meydana gelmesi için hukuka aykırı bir fiil veya kasten meydana gelmiş ahlaka aykırı bir davranış ya da tehlike sorumluluğu kapsamında tehlikenin meydana gelmesi, özen sorumluluğunda ise belli bir davranışın ihmali sonrasında zararın ortaya çıkması aranmaktadır[53]. Zararın meydana gelmemesi durumunda, bir tazminat borcu da ortaya çıkmaz. Zira TCK'dan farklı olarak TBK'da bir haksız fiil sonucunda maddi olarak malvarlığında veya manevi-kişisel olarak bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir[54]. Şu hâlde TBK açısından değerlendirildiğinde teşebbüs aşamasında kalan fiiller bakımından bir zararın meydana gelmesi durumu söz konusu olmadığı için böyle bir durumda zararın varlığı nedeniyle tazminat talebinde bulunulması söz konusu olamaz[55].

Türk hukukunda doktrin ve uygulamada zarar dar ve geniş anlamda zarar olarak

---

[51] Yargıtay HGK T. 01.10.2011, E. 2001/6-653, K. 2001/672: "*BK. mad. 1'e göre sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanı ile oluşan hukuksal işlemdir. Taraflar, diğer borç doğuran akidler gibi karşılıklı, olarak kira sözleşmesini süresinden önce feshedebilirler (ikale). Davacı kiralayan ile kiracısı olan (dava dışı) Tansaş'da aynı yola başvurarak kira sözleşmesini karşılıklı andlaşma (sözleşme) ile sona erdirmişlerdir. Burada hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır. Zira davacı belediyenin (ikale) suretiyle kira sözleşmesini ortadan kaldırmasında üstün bir meşru menfaate sahip olmadığı (aksi iddia ve ispat edilmediği sürece) söylenemez. Fakat ilk kiralayan ve kiracı sırf alt kiracıyı zarara sokmak için ilk kira sözleşmesini bozmuşlarsa BK. mad. 41/2'de öngörülen genel davranış kuralını ihlal ettikleri için davalıya vermiş olduktan zararı tazmin etmekle yükümlü olurlar. Bu hükme göre, "Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs…. o zararı tazmine mecburdur". Bunun da ayrı bir davada ileri sürülüp ispat edilebilmesi gerekir*." Kararın tam metni için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi (YKD), Y. 2001, S. 1, C. 28, s. 91-16.

[52] Eren, 2015, a.g.k., s. 520.

[53] Oğuzman/Öz, 2014, a.g.k., Cilt II, s. 40 vd.; Eren, 2015, a.g.k., s. 520.

[54] Eren, 2015, a.g.k., s. 520 vd.; Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 276 vd.; Hatemi/ Gökyayla, 2012, a.g.k., s. 115; Oğuzman/Öz, 2014, a.g.k., Cilt II, s. 41 vd; Tiftik, 1994, a.g.k., s. 52 vd; Kaneti, 2007, s. 6 vd.

[55] Eren, 2015, a.g.k., s. 520 vd.; Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 276 vd.; Hatemi/ Gökyayla, 2012, a.g.k., s. 115; Oğuzman/Öz, 2014, a.g.k., Cilt II, s. 41 vd; Tiftik, 1994, a.g.k., s. 52 vd; Kaneti, 2007, s. 6 vd.

isimlendirilmektedir[56]. Biz dar-geniş haksız fiil sorumluluğunun uzantısı olarak zarar kavramında da benzer şekilde bir ayrım yapılması gerektiğini savunuyoruz[57]. Dar anlamda zararı kişinin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilmeyi ifade etmektedir[58]. Dar anlamda zararın konusu esas olarak malvarlığının zarar meydana gelmeden önceki durumu ile zarar meydana geldikten sonraki durumu arasında matematiksel olarak farklılığı[59] anlatmak için kullanılmaktadır[60]. Geniş anlamda zarar ise hem malvarlığında hem de şahıs varlığında meydana gelen zarar ve eksilmeyi anlatmak için kullanılmaktadır[61]. Şu hâlde geniş anlamda zarar kavramının içerisine maddi olarak mal varlığında meydana gelen eksilmeler dışında, geniş anlamda manevi zararlar da dâhil olmaktadır[62]. Türk hukukunda zarar kavramı ile kastedilen dar anlamda zararlar olarak maddi zararlar anılmaktadır[63].

Sorumluluk hukuku alanında zararlar arasında bir sınıflandırma yapılmak istendiğinde, başvurulan en temel ayrım, maddi zarar-manevi zarar ayrımıdır. Maddi zarar-manevi zarar ayrımından başka, mevcut zarar[64]-müstakbel zarar[65]-muhtemel

---

[56] Farklı görüş için bkz. Oğuzman/Öz, 2014, a.g.k., s. 39.

[57] Aynı yönde görüş için bkz. Eren, 2015, a.g.k., s. 520 vd.; Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 276 vd.; Hatemi/ Gökyayla, 2012, a.g.k., s. 115; Tandoğan, 1977, a.g.k., s. 63.

[58] Eren, 2015, a.g.k., s. 520 vd.; Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 276 vd.; Hatemi/ Gökyayla, 2012, a.g.k., s. 115; Tiftik, 1994, a.g.k., s. 52.

[59] Doktrinde bu durum "*Fark Nazariyesi*" olarak isimlendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 2015, a.g.k., s. 524. Bu konuda verilen bir Yargıtay kararında, "*O halde şu kısa açıklamaların ve anılan kuralların ışığı altında, davacının uğradığını iddia ettiği zararın gerçek tutarının ne olduğu hususunun tespiti, bu tazminat davasına çözüm getirecektir. Gerek davacının iddiasına gerek tespit raporuna ve gerekse 12.6.1979 günlü bilirkişi raporuna göre; 25/28 payı davacıya ait 7 parsel sayılı taşınmazın tümüyle yok olmadığı anlaşılmaktadır. Bir an için davacının taşınmazının tümünün ekonomik değerini yitirdiği kabul edilse dahi isteyebileceği tazminat; o taşınmazın haksız eylem sorumlusuna terki suretiyle "o şeyin haksız eylemin işlendiği yerdeki ve andaki tam ve gerçek sürüm, yani alışveriş değerinden ibarettir" ve sürüm değerini hiçbir veçhile geçemez. Taşınmazın, zarara uğramadan önceki duruma sokulması için katlanılması gerekli giderler, o şeyin tam ve gerçek sürüm değerini aşsa bile zarara uğrayan (yukarıda anılan ilke uyarınca) sürüm değeri aşan tüm giderleri isteyemez.*" Yargıtay 4. HD. K. 13899, E. 9779, T. 12.12.1979. Kazancı İçtihat Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=4hd-1979-9779.htm&kw=12.12.1979#fm>, Erişim Tarihi: 07.12.2016.

[60] Topuz, Mustafa (2011), *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 11 vd.; Nomer, Haluk (1996), *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi*, İstanbul, s. 169.

[61] Eren, 2015, a.g.k., s. 520 vd.; Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 276 vd.; Hatemi/ Gökyayla, 2012, a.g.k., s. 115; Tiftik, 1994, a.g.k., s. 52.

[62] Eren, 2015, a.g.k., s. 520; Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 291.

[63] Eren, 2015, a.g.k., s. 521; Oğuzman/Öz, a.g.k., Cilt II, s. 45; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.k., s. 559; Eren, a.g.k., s. 477; Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 292.

[64] Zararın hesap edildiği tarihe kadar gerçekleşmiş olan zarara *mevcut zarar* denir. Oğuzman/Öz, a.g.k., Cilt II, s. 41; Büyüksağiş, Erdem (2007), *Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 89; Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 293.

[65] Zararın hesaplandığı tarihte henüz gerçekleşmiş olmayan ancak başka bir unsurun eklenmesine gerek kalmadan ileride gerçekleşmesi beklenen zarara *müstakbel zarar* denir. Müstakbel zarar ileride

zarar[66], olumsuz zarar[67]-olumlu zarar[68], sözleşme görüşmelerinden doğan zarar[69], güven

gerçekleşecek bir kazanç yoksunluğu olarak da ifade edebilir. Müstakbel zararın dava zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağı; başka bir ifade ile müstakbel zararın miktarının ve kapsamının ne zaman öğrenilmiş sayılacağı konusunda uygulamada birlik söz konusu değildir. Zararın öğrenilmesi onun kapsamının değil, varlığının öğrenilmesi anlamına gelmektedir. Zaman içerisinde değişmeyen, ilk doğduğu şekliyle varlığını devam ettiren bir zararın zarar gören tarafından öğrenilmesi, söz konusu zarara dayalı tazminat talebinde bulunabilmesi için yeterli olacaktır. Kendine özgü yapısı sebebiyle, sonradan değişme gösteren zararlarda ise, zararın kapsamı gelişmekte olan duruma göre belirlenir; gelişme sona ermedikçe zararın gerçekleştiği kabul edilmez. Büyüksağiş, 2007, a.g.k., s. 90; Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 294.

[66] Henüz mevcut olmayan ancak, ek bir riskin gerçekleşmesi ile doğma ihtimali bulunan zarar ise *muhtemel zarardır*. Uğradığı haksız fiil sebebiyle, beden bütünlüğü ağır bir şekilde zedelenen kişinin ameliyat sırasında ölmesi ihtimali karşısında doğabilecek zararlar muhtemel zarar kalemlerini oluşturur. Risk gerçekleşmeyip, muhtemel zarar doğmadıkça muhtemel zararın tazmini söz konusu olmayacaktır. Büyüksağiş, 2007, a.g.k., s. 91; Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 295.

[67] *Olumsuz zarar* ise, geçerli olarak kurulup, hüküm doğurduğuna inanılan bir akdin hüküm ifade etmemesi veya kurulacağına inanılan bir akdin kurulmaması sebebiyle uğranılan zarardır. Olumsuz zararda, alacaklı akdin geçerliliğine duyduğu güven sebebiyle uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Sözleşmenin kurulması için veya ifa sırasında yapılan masraflar tipik olumsuz zarar kalemlerini oluşturmaktadır. Hatemi/ Gökyayla, 2012, a.g.k., s. 115; Ergüne, Mehmet S. (2008), *Olumsuz Zarar,* İstanbul: Beta Yayınları, s. 72; Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 296.

[68] *Olumlu zarar*, alacaklının borçlunun sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle uğradığı zararı ifade eder. Olumlu zarar, alacaklının malvarlığının borcun ifası halinde alacağı durum ile borcun ifa edilmemiş olması halinde arz ettiği durumdur. Başka bir ifadeyle; olumlu zarar olarak, alacaklı ifadaki menfaatinin tazminini talep edebilir. Olumlu zarar kural olarak bir miktar para ile tazmin edilir. Hatemi/ Gökyayla, 2012, a.g.k., s. 115; Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 297.

[69] *Culpa in contrahendo*, sözleşme görüşmeleri sırasında meydana gelen kusurlu davranış anlamına gelmektedir. Türk sorumluluk hukukunda yer alan sözleşmeden doğan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk ikili ayrımının, gelişen ve değişen hukukî işlem trafiği karşısında yetersiz kaldığı aksi iddia edilemeyecek bir gerçekliktir. Şöyle ki; hem sözleşmeden doğan sorumluluk için gerekli olan borca aykırılığın hem de sözleşme dışı sorumluluğun doğabilmesi için aranan hukuka aykırılığın tam olarak bulunmadığı hallerde, bütün bu eksikliklere rağmen zarara sebebiyet veren bir davranış söz konusu olabilir. İşte bu gibi bir durumda, söz konusu davranışın sebebiyet verdiği zararın tazmin edilmemesi, hakkaniyet duygularını zedeleyen bir niteliğe sahiptir. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu da işte tam bu noktada, hakkaniyet düşüncesinin gerekli kıldığı bir sorumluluk alanı yaratmayı amaçlamaktadır. Bazı durumlarda da, mutlak hak ihlâli varsa haksız fiil borç ilişkisi doğar, ne var ki daha elverişli olan borca aykırılık düzenlemesinin de haksız fiil sorumluluğu ile yarışması için *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ihtiyaç duyulur. Hatemi/Gökyayla, 2012, a.g.k., s.142; Gezder, Ümit (2009), *Türk/İsviçre Hukukunda culpa in contrahendo Sorumluluğu*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 10; Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Selahattin (2006), *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Cilt, 4*. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, s.211; Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 297.

sorumluluğundan doğan zarar[70], doğrudan zarar[71]-dolaylı zarar[72] ve yansıma zarar[73] olmak üzere çeşitli zarar görünümleri doktrinde ele alınmıştır.

3.1.4. İlliyet Bağı

İlliyet bağı hukukî sorumluluğu doğuran unsurlar arasında büyük önem taşır. İlliyet bağı, sorumluluk hukukunun esas şartı, tazminat hukuku prensiplerinin temel yapı taşıdır. İlliyet bağı şartı olmadan bir kimseye sorumluluk atfedilmesi düşünülemez. İlliyet, meydana gelen zarar ile davranış veya olay arasında bir neden/sonuç ilişkisinin bulunmasını gerektirir. Hukukta, meydana gelen zarar ile sorumluluğun ilişkilendirildiği olay veya davranış arasındaki neden-sonuç ilişkisine, illiyet bağı denir[74].

İlliyet bağı teorisi kusur sorumluluğunda zarar ile fiil arasında hukukî bağdır[75]. Akit dışı sorumluğa dayanan zararlarda gerek kusur sorumluluğunda gerek kusursuz sorumlulukta, illiyet bağı her durumda muhakkak aranan bir unsurdur. İleride açıklayacağımız sebep sorumluluklarında, fiili meydana getiren tarafın sorumluluğu bir sebebe dayandığı için illiyet bağı kusur sorumluluğuna oranla daha çok önem taşımaktadır[76]. Bu bağlamda illiyet bağını nitelendiren iki teori vardır: İlk olarak şart

---

[70] Tarafların birbirlerine karşı duydukları güvenin hangi aşamada korunacağı ve söz konusu güven sorumluluğunun kaynağının ve şartlarının neler olduğu ise tartışmalıdır. Güven sorumluluğu kavramının, mutlak olarak kabul edilmiş bir tanımının olmaması ve sınırlarının belirsizliği, hukuk güvenliği açısından kargaşaya yol açabilecek niteliktedir. Güven sorumluluğuna dair tartışmaları, İsviçre ve Alman hukukları açısından ayrı ayrı ele almakta yarar vardır; zira her iki hukukta da güven sorumluluğu farklı aşamalardan geçerek günümüze kadar gelmiş ve kabul edilmiştir. Hatemi/Gökyayla, 2012, a.g.k., s.278-279; Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 297.

[71] *Doğrudan zarar*, dolaylı zarar ayrımı kendini, zarara sebebiyet veren hukuka aykırı fiil ile meydana gelen zarar arasındaki yakın veya uzak illiyet bağında gösterir. Doğrudan zarar, hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kimsenin bu fiil sebebiyle araya ilâve bir sebep girmeksizin uğradığı zarardır. Bu durumda doğrudan zarar gören, zarara sebebiyet veren fiil nedeniyle hukukî değerleri ihlâl edilmesinin sonuçlarını bizzat yaşayan kişidir. Başka bir deyişle, doğrudan zarara uğrayan kişi, beden bütünlüğünün bozulması sonucu yaralanan kişi, bir eşyanın hasara uğraması sonucu oluşan zararda söz konusu eşyanın maliki, bir sözleşme ilişkisinin ihlâl edilmesi halinde ise sözleşmenin diğer tarafıdır. Büyüksağiş, 2007, a.g.k., s. 93.

[72] *Dolaylı zarar* ise hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak, ilave bir sebeple mağdurun uğradığı zarardır. Bir hukuka aykırılık söz konusu olduğu sürece, dolaylı zarar da sözleşme dışı sorumluluğun kapsamı dâhilinde olacaktır. Büyüksağiş, 2007, a.g.k., s.98.

[73] *Yansıma zararı* ise bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kimseden başka bir şahsın da bu fiil yüzünden uğradığı kazanç kaybı zarardır. Zarar gören kişinin mutlak hakkı ihlâl edilmemiş veya fail zarar verme kasdı ile bu zararı vermemişse dolaylı zarar değil, yansıma zararı ortaya çıkar. Yansıma zararlarından failin sorumlu tutulabilmesi için hem zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı hem de hukuka aykırılık unsurunun bulunması gerekir. Özel, Çağlar (2001), Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, s.81 vd.; Büyüksağiş, 2007, a.g.k., s. 98.

[74] Eren, 2015, a.g.k., s. 546; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1993, a.g.k., s.. 567; Oğuzman/Öz, 2014, a.g.k., Cilt II, s. 48; Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 299.

[75] Eren, Fikret (1975), *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi,* Ankara, s. 2.

[76] Tiftik, 1993, a.g.k., s. 53.

teorisine göre her zarar, zarara sebebiyet veren her türlü fiil ile sebep sonuç ilişkisi içindedir. Şart teorisine göre, *bir olayın sebep sonuç ilişkisinde zorunlu bir biçimde varlığı, olayı oluşturan her şartın var olmasına bağlıdır.* Bu olayı oluşturan nedenlerden biri mevcut olmadığı takdirde, iş konusu meydana gelemeyecektir. Bu nedenle şartlardan her biri, diğer her şartın varlığını zorunlu kılar, onun varlığına sebep olur. Sonucu meydana getiren şartlardan herhangi birini meydana getiren fail, sadece gerçekleştirdiği şartın varlığı sebebiyle zararlı sonuçtan sorumlu olacaktır. Sorumluluk için, bu kişinin diğer şartları da gerçekleştirmiş olması gerekmez[77].

İlliyet bağını açıklayan diğer teori olan uygun illiyet bağı teorisine göre zarara sebep olan fiilin açıklanmasında, hayatın olağan akışına, sebep sonuç ilişkisine, olayların meydana gelişine ve geçmiş yaşam deneyimlerine uygun olarak en uygun olanının araştırılması gerekmektedir[78]. Bir zarara sebebiyet veren birden fazla fiil içinde bu zarara sebebiyeti aşikâr olan ve geçmiş hayat deneyimleri içinde fiili gerçekleştirmesi en uygun görünen sebebin sorumlu olarak görülmesi gerekmektedir[79]. Türk hukukunda doktrin ve yargı kararları bakımından tercih edilen illiyet bağı kavramı uygun illiyet bağı teorisidir[80].

3.1.5. Kusur

Kusur kavramı gerek eBK gerek TBK'da tanımlanmamıştır[81]. Kanun koyucu kusurun tanımını uygulama ve doktrin görüşlerine bırakmıştır. Kusur kavramı, dar

---

[77] Eren, 2015, a.g.k., s. 539.

[78] Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 299.

[79] Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 300; Eren, 2015, a.g.k., s. 539.

[80] Eren, 1975, a.g.k., s. 111-113; Eren, 2015, a.g.k., s. 540; Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 300. Yargıtay 4. HD. E. 1997/8707, K. 1998/444, T. 16.2.1998 karara göre "*Destekten yoksun kalma tazminatına gelince; maddi tazminatın istenebilmesi uygun illiyet bağının kurulması ile olanak içine girer. Nedensellik (uygun illiyet bağı)deyim olarak, somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların olağan akışına ve yaşam deneyimlerine göre mahiyeti ve eğilimiyle oluşturmaya genel olarak elverişli olan ya da bu türden bir sonucu gerçekleştirme olasılığını nesnel olarak artırmış bulunan zorunlu koşuldur. HGK.nun (24/06/1964 gün ve 4/508-481 sayılı)kararlarında da belirlendiği üzere Yargıtay'ın kökleşmiş inançlarına göre bir olay yaşamdaki genel deneyimlere ve olayların doğal akışına göre öteki olayı oluşturmaya elverişli bulunur, başka bir söyleşiyle olayın ortaya çıkması görünüşteki öteki oluşumu kolaylaştırmış bulunursa ilk olay, uygun neden ve sonuç ölçüsüne göre ikincisinin nedeni sayılır.*". Kazancı İçtihat Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=4hd-1997-8707.htm&kw=16.02.1998#fm>, Erişim Tarihi: 10.12.2016.

[81] Yargıtay HGK., 2014/77 E., 2015/1712 K., 19.06.2015 T. sayılı kararı) *"...Kusurun kanunlarımızda tanımı yapılmamıştır. Uygulama ve öğretide kabul görmüş tanıma göre; kusur, hukuk düzenince kınanabilen davranıştır. Kınamanın nedeni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmayarak, bu tarzdan sapılmış olmasıdır. Kısacası; kusur, genel tanımıyla, hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanması olup; bu kınama, o davranışın belirli koşullar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzından sapmış olmasından kaynaklanır. Yine, öğreti ve uygulamadaki hâkim görüşe göre, sorumluluk hukuku açısından kusurun, kast ve ihmal (taksir) olmak üzere ikiye ayrılacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, kast hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana*

anlamda haksız fiilde failin haksız fiili meydana getirmede hukuken uygun olmayan ve tasvip edilmeyen davranış biçimidir[82]. Fail kusurlu bir davranış ile hukuken kabul edilmeyen bir fiil ile zarar meydana getirdiğinde bundan sorumlu olacaktır. Geniş anlamda haksız fiil ile temel farklılık kusurdur. Geniş anlamda haksız fiil kavramında bir kusur ilişkisinden daha çok failin bir sorumluluğu veya tedbiri alması gerekmekteyken; dar anlamda haksız fiilde bu yönde bir anlayış mevcut değildir. Haksız fiil sonucunda zararın meydana gelmesi ile sorumluluk doğacak olup, kusurun derecelerinin ne olduğunun herhangi bir önemi bulunmamaktadır[83].

Kusur, haksız fiili meydana gelmesinde rol oynayan manevi ve sübjektif unsurudur[84]. Bu anlamda kusur, insan iradesinin bir sonucu olarak meydana gelen davranışın şekil almış halidir. TBK'da kusur, sorumluluğun esaslı ve kurucu unsuru kabul edilmiştir. Öte yandan kusur, tazminatın tayininde de önemli rol oynamaktadır. Kusur hem ceza hukukunda hem medeni hukukta kabul edilen müşterek bir kavramdır. Ancak ceza hukukunda kusuru derecesi cezanın ağırlığı noktasında etki sahibiyken, sorumluluk hukukunda bunun herhangi bir önemi yoktur[85]. Fakat failin kusurlu davranışının yanında müşterek olarak üçüncü kişi veya mağdurun ya da çevresel faktörlerin etkili olduğu görülmüş ise şu hâlde tazminatta indirim sebebi gündeme gelecektir[86]. Yine kusurun kanun tarafından reddedilen ahlaki bir hareket tarzı olduğu dile getirilmiştir[87].

TBK m. 49/1'e göre kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kimsenin bu zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir[88]. TBK'da gerek kast ve ihmalin kusura ilişkin diğer görünüm şekillerinden olduğu bahsedilerek doğrudan kusurlu bir davranış ifadesi kullanılmıştır. Nitekim TBK'nın m. 49'un gerekçesinde "*kast ve*

getirilmesi; ihmal ise, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesidir…" (Y. HGK., 2014/77 E., 2015/1712 K., 19.06.2015 T. sayılı kararı)

[82] Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 306; Tiftik, 1994, a.g.k., s. 55.

[83] Oğuz, Habip (2016), Sorumluluk Hukukunda Kusur, *Türkiye Adalet Akademisi Yayınları (TAAD),* Y. 7, S. 28, s. 275.

[84] Erdoğan, İhsan (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Gazi Yayınevi, s.109.

[85] Koçhisarlıoğlu, Cengiz (2004), Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi, *AÜHFD, C. 53, S. 4*, s. 1.

[86] Tandoğan, 1957, a.g.k., s. 17; Kahveci, Nuri (2002), Sorumluluk Hukuku Açısından Zarar Görenin Kusurunun Hukukî Sonuçları, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, C. 2, S. 3,* s.131

[87] A. Von Tuhr (1983), *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Çev. C. Edege, C.1-2, Ankara, s.378.

[88] 818 sayılı eBK'da "*Gerek kasten gerek ihmal veya teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer bir kimseye zarar ika eden şahıs*"ın o zararı tazmin etmeye mecbur olduğu ifade edilmiştir. 818 sayılı Kanunda kusuru kast ve ihmal şeklinde bir ayrıma tabi tuttuğu görülmektedir.

ihmalin, kusurun çeşitlerinden olduğu göz önünde tutularak, söz konusu fıkranın, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişinin, bu zararı gidermekle yükümlü olduğu şekline dönüştürüldüğü" konusu özellikle ifade edilmiş ve ayrıma yer verilmemenin nedeni açıklanmıştır[89].

Öte yandan, TBK m. 49/1'de bu yönde bir davranış izlenirken, daha önce de belirtildiği üzere TBK m. 49/2'de ahlaka aykırı bir eylem ile bir kimseye *kasten* zarar verilmesi halinde sorumluluğun doğacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere ahlaka aykırı durumun bir nevi sübjektif bir olgu olması nedeniyle kanun koyucunun bu noktada fiilin manevi unsuru olan kusurlu eylemin kasten meydana getirilmesi şartını ön gördüğü kabul edilmektedir[90].

3.2. Sebebe Dayanan (*Geniş Anlamda*) Haksız Fiil Sorumluluğu

Türk hukukunda haksız fiil denildiğinde öncelikle kusur sorumluluğu esas alınmaktadır. Ancak kusur, haksız fiilin bir manevi unsuru olması nedeniyle, tüm haksız fiil hallerinin sonrasında meydana gelen zararı telafi edememektedir. Hâl böyle olunca bir kimseye doğrudan atfedilecek bir kusur olmayan, ancak ortada bir zararın olduğu durumlarda mağdurun zararını ve mağduriyetini telafi etmek gerekecektir. Böyle bir ihtiyacın sonrasında kusursuz sorumluluk halleri olarak düzenlenen kurallar uygulamaya konulmuştur. Kusursuz sorumlulukta esas olan toplumun tümünü ilgilendiren, toplumsal adalet ve menfaat duygularının zedelenmesine sebebiyet veren zararın telafi edilmesini sağlamaktır[91]. Bir başka ifade ile zarara sebebiyet veren fiilin, doğrudan kusur olmadan meydana gelmesi durumunda toplumsal adaletin tesisi adına kanun koyucunun sınırlı

[89] Kusura ilişkin TBK'da kast ve ihmal ayrımının kaldırılması sonrasında hâkimin daha geniş bir takdir yetkisi olduğu hususu hakkında bkz. Oğuz, 2016, a.g.k., s. 282.
[90] Eren, 1975, a.g.k., s.198; Oğuz, 2016, a.g.k., s. 283; Tiftik, 1994, a.g.k., s. 107; Kahveci, 2002, a.g.k., s. 132.
[91] Başoğlu, 2015, a.g.k., s. 32.

olarak belirttiği durumlarda, objektif özen yükümlülüğünün[92] sağlanmaması nedeniyle zararın giderimi amaçlanmaktadır[93].

Kusur ilkesine göre bir kimse ancak hukuka aykırı ve kusurlu bir eylem ile sorumlu olmaktadır. Kusur ilkesinin iki sonucu vardır[94]: İlk olarak kusurun olmadığı bir yerde, kusur unsuru meydana gelmeyeceği için zararın da olmayacağıdır. İkinci olarak da kişinin ancak kusurlu olarak sebebiyet verdiği bir olaydan sorumlu olacağıdır. Kusurun olmadığı yerde zarardan da kimsenin sorumlu olmaması ve zarar görenin zararının giderilememesi, ki böyle bir durumda sorumluluk hukukunun giderim amacı gerçekleşmemektedir, hakkaniyete uygun olarak hareket edilmenin önüne engel teşkil etmektedir[95]. Kusur sorumluluğu çoğu bu gibi durumun adalete uygun olmaması, faaliyetlerde daha tedbirli olmaya sevk etmesi, ekonomik gelişimlerde ve girişimlerde kusur ilkesinin olumsuz yanlarını göstermektedir.

Kusur ifadesini anlatan *"kusur yoksa sorumluluk da yoktur*" ilkesinin adaletsiz sonuçlara yol açması kusur olmadan meydana gelen zararların tazmin edilememesi sonrasında kusursuz sorumluluk hallerini ortaya çıkan sebeplerden birini teşkil

[92] Kural olarak kusur, haksız fiilin manevi bir unsuru olarak sorumluluğun sübjektif bir şartıdır. Kanun koyucu, kusurun varlığı yerine kanunun öngördüğü belirli bir olguya dayanan, bir diğer ifade ile objektif şarta bağlanmasından sorumluluğu doğuran olay ile meydana gelen zarar arasında neden-sonuç ilişkisinin bulunmasının yeterli olduğu, bu tür sorumluluk halleri için "*objektif sorumluluk*" veya "*sebebe bağlı sorumluluk*" ifadeleri de dile getirilmektedir. Eren, 2015, a.g.k., s. 495; Hatemi, 1994, a.g.k., § 8 N 4; İmre, Zahit (1968), Türk Hususi Hukukuna Göre Tehlikeli Şeylerden Doğan Mesuliyet, *Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı*, Ankara, s. 422; İmre, Zahit (1949), *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Hâlleri*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, s. 169; İmre, 1977, a.g.k., s. 403; Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s.302; Korkusuz, 2008, a.g.k., s.150; Oğuzman/ Öz, 2014, a.g.k., C. II, s. 135; Tandoğan, 1981, a.g.k., s. 7; Tandoğan, 1957, a.g.k., s. 90; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, 1993, a.g.k., s. 497; Yılmaz, Süleyman (2010), Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler, *AÜHFD, C. 59, S. 3,* Ankara, s. 552.

[93] Tiftik, 1994, a.g.k., s. 38.

[94] Tirtik, 1994, a.g.k., s. 34.

[95] Tiftik, 1994, a.g.k., s. 35; Tandoğan, 1977, a.g.k., s. 4; Saymen/ Elbir, 1958, a.g.k., s. 35.

etmektedir[96]. Kusursuz sorumluluk türleri TBK kapsamında üçe ayrılmıştır. Buna göre, hakkaniyet sorumluluğu[97], özen sorumluluğu[98] ve tehlike sorumluluğu[99] kabul edilmiştir.

TBK m. 65'te yer verilen hakkaniyet sorumluluğu, bir zarara sebep olma yoluyla birlikte buna ilişkin zararın giderilmesinde hakkaniyet anlayışına dayanmaktadır. Bu madde uyarınca, sadece ayırt etme gücü bulunmayanların hakkaniyet sorumluluğu düzenlenmektedir[100]. Kusursuz sorumluluğu etkileyen temel düşünce hakkaniyet ilkesidir. Buna göre, hakkaniyet ilkesi gereğince bir kimse kusurlu olmasa dahi, hayatın olağan akışı çerçevesinde ve sosyal adaletin tesis edilmesi noktasında bir zarardan kendisi ile illiyet bağı kurulabiliyor ise şu hâlde kişi kusurlu olmasa dahi zarardan sorumlu tutulmaktadır[101]. Bu noktada zarar veren ile zarar gören arasında ekonomik durumların kıyas yoluyla karşılaştırılması ve hakkaniyet esasınca zarar görenin zararının tazmini esastır. Kıyaslama sonunda, hakkaniyetin tesisi gereği, zarar veren ve ona nezaret etmekle mükellef olan kusursuz sorumluya nazaran, ekonomik olarak daha güçsüz olan zarar görenin zararının tazmini esastır[102].

Kusursuz sorumluluk hallerinden bir diğeri de özen sorumluluğudur. Özen sorumluluğu zarar verenin bir kusuru sonucu meydana gelmediği için sübjektif sorumluluk türüdür[103]. Özen sorumluluğuna göre sorumluluğun meydana gelmesi, kusur

---

[96] Tiftik, 1994, a.g.k., s. 35. Ayrıca teknik gelişmeler ve teknik gelişmelerin sonrasında, örneğin işçinin fiillerinden işverenin sorumlu olması gibi haller (işverenin akit dışı sorumluluğu), kusur manevi unsurunun ispatındaki zorluklar, sorumluluk hukukundaki teknik ve sosyal düşünceler kusursuz sorumluluk kavramının diğer yönleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

[97] TBK m. 65- Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir.

[98] TBK m. 66- Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.
TBK m. 67- Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.
TBK m. 69- Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.

[99] TBK m. 70- Bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir.

[100] Başoğlu, 2015, a.g.k., s. 37.

[101] Yavuz, Cevdet (2008), Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri Ve İlkeleri, *MÜHFD, C. 14, S. 4,* s. 37.

[102] Haksız fiil faillerinin kusursuz olarak üçüncü kişilere verdikleri zarardan sorumluluk öncelikle TBK m. 65 kapsamında öncelikle kusur dışında haksız fiil sorumluluk şartlarının gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Bu nedenle geçerli bir illiyet bağı içinde, diğer şartlar ile birlikte, haksız fiil sorumluluğunu ortadan kaldıran haller olmaksızın tüm şartlar yerine getirilmelidir. Aksi durumda kusursuz sorumluluk türü olarak hakkaniyet sorumluluğu gündeme gelmez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Altop, Atila (2008), Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Göre Hakkaniyet Sorumluluğu, *MÜHFD, C. 14, S. 4,* s. 97.

[103] Başoğlu, 2015, a.g.k., s. 39.

olmaksızın, kusur yerine kanun koyucu tarafından öngörülen objektif bir olgunun veya sebebin meydana gelmesine bağlanmıştır[104]. Ancak bu olgu, tehlike sorumluluğundan farklı olarak tehlikeli bir iş veya işletme çalıştırma sonucunda meydana gelebilecek olası bir zarar tehlikesine ilişkin değildir. Kusursuz sorumluluk türlerinden olan özen sorumluluğu "*olağan*" ve "*ağır*" sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır[105]. Şu halde özen sorumluluğunun, bir yanıyla kusur sorumluluğuna diğer bir yanıyla tehlike sorumluluğuna dayanan bir tür olarak sınıflandırılması mümkündür[106].

Özen sorumluluğu, hakkaniyet ve tehlike sorumluluğu dışında kalan kusursuz sorumluluk hallerini içerir. TBK'da özellikle adam çalıştıranın sorumluluğu, hayvan bulunduranın sorumluluğu, yapı mâlikinin sorumluluğu, ev başkanının sorumluluğu, taşınmaz mâlikinin sorumluluğu yanında TMK'da özel olarak düzenlenmiş sorumluluk halleri de yer almaktadır. Kanun koyucu, özen sorumluluğu hallerinin tamamına ilişkin genel bir kural ve düzenleme yapmış değildir. Burada sorumluluğun kaynağını, sorumlu kişinin ya belirli bir kişi veya kişiler ya da bir şey üzerinde haiz olduğu hâkimiyet yetkisi oluşturmaktadır[107].

Nihayet TBK içinde kusursuz sorumluluk türü olarak düzenlenmiş son hâl tehlike sorumluluğudur. Tehlike sorumluluğunda, sorumluluk olgusunun şartları, sorumlu olan aleyhine ağırlaştırılmıştır. Tehlike sorumluluğunda işletmeye özgü bir davranışın tesis edilmesi ile sorumluluk meydana gelir[108]. Tehlike sorumluluğu özellikle sanayi devrimi sonrasında artan iş gücü ile birlikte çalışanların emek gücünün korunması ve çalışma koşulları ile ilgili tehlikeli faaliyetlerin sonucunda ortaya çıkmıştır[109]. Tehlike

[104] Başoğlu, 2015, a.g.k., s. 40.
[105] Başoğlu, 2015, a.g.k., s. 40.
[106] Başoğlu, 2015, a.g.k., s. 41.
[107] Eren, 2015, a.g.k., s. 617.
[108] Oğuzman/ Öz, 2014, Cilt II, a.g.k., s. 65.
[109] Eren, 2015, a.g.k., s. 667.

sorumluluğu, sorumluluğu doğuran kaynak itibariyle işletme sorumluluğu[110] ve işletme dışı[111] sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılır[112].

3.3. Akit Dışı Hukukî İlişkiler-Haksız Fiil Kavramı ve Tercih Ettiğimiz Kavram

Sorumluluğu, "*uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme; tazminatla yükümlü tutulma, işlenmiş olan bir suçun gerektirdiği cezayı çekme*" olarak tanımlamak mümkündür[113]. Genel anlamıyla yaptığımız bu sorumluluk tanımı, açık bir şekilde hem hukukî hem de cezaî sorumluluğu kapsamaktadır. Devletin sorumluluğu hukukî sorumluluk olarak ortaya çıkarken, milletlerarası hukukta devletin süjesi olduğu bir cezaî sorumluluk olup olmadığı tartışma konusudur. Roma borçlar hukuku sistematiğinde haksız fiil bir borç kaynağı olarak zikredilmiştir. Bu noktada borcun kaynağının esas nedeni taraflar arasındaki hukukî sorumluluk ilişkisidir. Hukukî sorumluluk denildiğinde ise bir kimsenin başkasına vermiş olduğu zararı tazmin etmesi gayesi akla gelir[114]. Bir diğer ifade ile hukukî sorumluluğun kaynağını bir kimsenin bir başkasına verdiği zararın telafi edilmesi mantığı oluşturur. Nitekim bu durum "*Sorumluluk*" başlığı altında, TBK'nın 49. maddesinde "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür*" şeklinde belirtilmiştir.

Hukukî sorumluluk çeşitli şekillerde doğar. Hukukî sorumluluğun taraflar arasında mevcut olan hukukî bir ilişkiden veya daha önceden mevcut olmayan bir hukukî ilişkiden doğmasına göre borcun kaynağı da çeşitlenmektedir[115]. Borcun kaynağı denildiğinde taraflar arasındaki alacaklı-borçlu ilişkisinin sebebine gitmek gereklidir. Taraflar arasındaki alacaklı-borçlu ilişkisi geçmişte var olan hukukî ilişkiye dayanmakta ise bu noktada akdi bir borç ilişkisi vardır. Adında belirtildiği üzere buradaki borç ilişkisinin kaynağı da taraflar arasında geçmişte var olan bir akittir. O halde borcun kaynağı da sözleşmedir. Bu durum TBK'da 1-48 maddeler arasında düzenlenmiştir.

---

[110] İşletme sorumluluğu kural, işletme dışı sorumluluk ise tehlike sorumluluğu kapsamında bir istisnadır. Kıt'a Avrupası hukukunda tehlike sorumluluğu hallerine örnek olarak gemi, sivil hava aracı, posta, demiryolu motorlu araç, nükleer tesisler, elektrik, gaz, patlayıcı madde üreten, depolayan veya kullanan tesis ve işletmelerin sahiplerinin bu iş nedeniyle sahip oldukları sorumluluklardır. Bu gibi hallerde işletme sorumluluğu gündeme gelir. Eren, 2015, a.g.k., s. 667.

[111] İşletme dışı tehlike sorumluluk ise avcılık, devletin askeri manevra ve tatbikatlardan doğan zararlardan sorumluluk örnek gösterilebilir. Örneklerde görüldüğü üzere sorumluluğun kaynağı bir işletme değil, yapılan fiil sonucunda meydana getirilen bir faaliyettir. Eren, 2015, a.g.k., s. 667.

[112] Eren, 2015, a.g.k., s. 667.

[113] Yılmaz, Ejder (1992), *Hukuk sözlüğü,* Ankara: Yetkin Yayınları, s. 813.

[114] Eren, 2015, a.g.k., s. 520 vd.; Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 276 vd.; Hatemi/ Gökyayla, 2012, a.g.k., s. 115; Oğuzman/Öz, 2014, a.g.k., Cilt II, s. 41 vd; Tiftik, 1994, a.g.k., s. 52 vd; Kaneti, 2007, s. 6 vd.

[115] Eren, 2015, a.g.k., s. 115; Oğuzman/Öz, 2014, a.g.k., Cilt II, s. 2.

Öte yandan taraflar arasındaki hukukî ilişki geçmişte meydana gelen bir hukukî ilişkiden, akitten veya akit benzeri bir işlemden meydana gelmemiş ise bu durumda akit dışı bir hukukî ilişkiden bahsedilmektedir. Taraflar arasındaki hukukî sorumluluğun kaynağı geçmişte var olmayan bir hukukî ilişkiye, başka bir deyişle ansızın, tesadüfen ve beklenmedik bir şekilde ortaya çıkan bir sorumluluk ilişkisine dayanmakta ise bu durumda akit dışı hukukî ilişkisinden kaynaklanan bir sorumluluk ilişkisi vardır[116].

Akit dışı hukukî ilişkisi kendi içerisinde birçok hususu barındırmaktadır. Kural olarak taraflar arasında daha önce tasarlanmayan borç ilişkilerini belirten ve düzenleyen kavram olan akit dışı hukukî ilişkileri, bu tanımı içerisinde hayat ilişkisinde çok geniş bir alanı içine alır. Öyle ki, taraflar arasında akdi olmayan her hukukî ilişki akit dışı sayılır. Hâl böyle olunca akit dışı hukukî ilişkisinin mahiyeti ve sınırları genişlemektedir. Bu durum ileride açıklanacağı üzere milletlerarası özel hukuk açısından da önem arz etmektedir. Zira milletlerarası özel hukukta vasıflandırma ile niteliği tayin edilecek olan bir kavramın doğrudan akit dışı bir borçtan doğması sonrasında, akit dışı hukukî ilişkileri içinde yer verilmesi ve uygulanacak hukuku belirtilmesi akit dışı hukukî ilişkilerinin mahiyetini genişletecek, niteliği gereği farklı hukukî ilişkiler içinde yer verilecek bir kavramı, akit dışı olarak nitelendirilmesine sebebiyet verecektir. Akit dışı hukukî ilişkileri içerisinde *culpa in contrahendo*, vekaletsiz iş görme, fiili sözleşme ilişkileri, sözleşme dışı koruma ve benzeri kavramların yer alması belirtmiş olduğumuz geniş hukukî nitelendirmeye örnek teşkil etmektedir[117].

Biz, borca aykırılık kavramlarının dışında, akit dışı hukukî ilişkilerinin genişliğinin ve sınırlarının uzantısının gereği olarak, konuyu bir çerçeve içine almak amacıyla sadece TBK m. 49'a uygun olarak tüm akit dışı hukukî ilişkilerini değil, yalnızca hukuka aykırı bir fiil ile bir başkasına kusurlu veya kusursuz olarak zarar verilmesi suretiyle ortaya çıkan halleri haksız fiil olarak nitelendiriyoruz. Çalışmamız kapsamında da bu doğrultuda haksız fiil ilişkileri incelenecektir. Öte yandan bazı özel akit dışı hukukî ilişkilerine ilişkin düzenlemeler ve uygulanacak hukukun tayini noktasında buna ilişkin bağlama kuralları belirlenecek ve niteliğine uygun olarak açıklanacaktır.

[116] Oğuzman/ Öz, 2014, a.g.k., s. 2.
[117] Eren, 2015, a.g.k., s. 115.

4. TARİHSEL VE SOSYOLOJİK SÜREÇTE ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK BAKIMINDAN HAKSIZ FİİLLERİN DURUMU

İnsanlar arasındaki etkileşim arttıkça hukukî sorunlarda da artış meydana gelmektedir. Etkileşimin türü ve niteliği ile bu türün ve niteliğin meydana getirdiği sorunlara hukuk farklı şekillerde, niteliklerine göre cevap vermektedir. İnsanlar arası etkileşim az olduğunda, yalnızca temel hukukî sorunlara cevap aranmaktadır. Bu durum 20. yüzyıl öncesinde teknik yetersizlik nedeniyle böyleyken, günümüzde kapalı şehir ve toplumlar ile coğrafi imkânlar nedeniyle hukukî ihtiyaçların niteliklerine de etki etmektedir. Örneğin, kırsal hayatta insanların temel hukukî ihtiyaçları ürün kirası, iş sözleşmesi vb. temel ihtiyaçlara dayanırken; etkileşimin fazla olduğu denize kıyısı olan bölgelerde ek olarak deniz ticaret hukuku, uluslararası özel hukuk vb. spesifik hukuk dallarına ihtiyacı gündeme getirmektedir. Bu durum haksız fiiller alanında da böyledir.

Dünya tarihindeki gelişmeler insan etkileşimlerini de arttırmıştır. Coğrafi keşifler ile başlayan "*Erken Kapitalizm*"[118] ile birlikte, keşfedilen coğrafi bölgelerden elde edilen kıymetli madenlerin *Avrupa* piyasasında oluşturduğu zenginlik, bilim ve sanayinin gelişimini de etkilemiştir. *Avrupa* toplumunda dinsel faktörlerden kaynaklanan skolastik düşünce tarzının gerilemesi sonrasında, akla ve mantığa dayanan araştırmalara önem verilmesi, ulus devlet yaklaşımının yaygınlaşması, laik hukuk düzenleri ve sistemlerinin kurulması da insanları var olan imkanlar ile yetinmekten uzaklaştırmıştır[119]. Sanayi devrimi ile işçi haklarının gündeme gelmesi, fikir sanat eserlerinin özgünlüğünün hukuken korunması, üretilen malların satışında karşılaşılan hukukî problemler ve bu problemlere çözüm sunulması amacıyla geliştirilen gayretler hukuk dünyası içerisinde, bireylerin ihtiyaçlarına cevap verilmesi için çalışmaları hızlandırmıştır.

Sermaye ve sermayedarların artması sonrasında, bu kesimde ve devlette biriken varlığın tabana, bir diğer ifade ile topluma yayılması uzun bir zaman almamıştır. Toplumların zenginleşmesi, daha çok harcama isteği bireyleri tüketim toplumu haline

[118] Erken kapitalizm denilen ve kapital düzenin ilk oluşumunu gösteren olaylar orta çağ sonrasında büyük coğrafî keşifleri takip eden yıllarda Atlantik kıyılarında belirmiştir. Sermaye bu noktada daha çok para ve ticaret üzerinden birikim sağladığı için bu döneme *ticari kapitalizm* de denilmektedir. Mutlak yönetim ilkesi etrafından örgütlenen krallıkların, hükümdarlıkların denizaşırı bölgelerde var olan maden ve hammadde kaynaklarını bulma, ele geçirme yarışı, deniz ticaret filolarının donatımını arttırmış, bu filoların her defasında zenginlik getirmesi sonrasında sermayeye ve sermaye işletenlere görülmemiş imkânlar yaratmıştır. Bu çağ On Sekizinci yüzyılın ortalarına ve kısmen ikinci yarısına kadar sürmüştür.
[119] Ortaylı, İlber (2013), Coğrafi Keşiflerin İç Yüzü, İstanbul: İdefix Yayınları, s. 19.

getirmiştir. Artan bireyselcilik, bireylerin her şeyin en iyisini bilmesi, her durumda kendilerinin başarılı olacağı inancı, bir sorun ile karşılaşılması durumunda kendisinin bu sorunu çözeceği felsefesini ifade eden *homo economicus*[120] kavramı bu dönemde gelişme göstermiştir. *Homo economicus* olan insan kendi ayakları üzerinde ekonomik varlığını düzenleyen ve geliştiren kimsedir. Devlet dışında *homo economicus* insan birey olarak hukukî işlem yapabilir ve hukukî işlemden kaynaklanan sorunlara kendi başına çözüm bulabilir. Bu durum özellikle sözleşme ilişkilerini arttırmıştır. Birey kendi başına, kendi istekleri doğrultusunda bir sözleşme meydana getirebilir. Bireylerin kendi başlarına ve diledikleri alanda, diledikleri gibi sözleşme yapma özgürlüğüne sahip olması sözleşme özgürlüğü prensibinin gelişmesine yardımcı olmuştur[121].

Erken kapitalizm döneminde haksız fiiller denilince genellikle bireylerin birbirine verdikleri mal ve can zararlarının telafi edilmesi amacıyla, daha çok basit düzeyde tazmin ilişkilerini bünyesine almaktaydı. Örneğin, hırsızlıktan kaynaklı sebepsiz zenginleşme, adam yaralama veya öldürme sonrasında manevi zarar, binek hayvana verilen zararlar nedeniyle tazminat borcu gibi… Bireylerin sınırlı gereksinimlerini tanımlayan bir hukuk ihtiyacının varlığı söz konusuydu. Ancak az yukarıda belirttiğimiz gibi *homo economicus* bireyin tüm taleplerini ve ihtiyaçlarını kendi başına sağlama isteği sözleşme özgürlüğü prensibini gündeme getirmiştir. Sözleşme özgürlüğü[122] prensibi sonucunda özellikle 19. yy. içinde birden çok kimse ile yapılacak olan standart sözleşmelerin varlığı, sözleşmeyi yapanın lehine hükümlere yer verilmesi, *homo economicus* bireyin güçlü üreticiler karşısında ezilmesine yol açmıştır.

---

[120] "*Homo economicus*", değişik açıklamalar ile iktisat ve siyaset yorumlarından ortaya çıkan bir kavramdır. "*Homo economicus*", fayda maksimizasyonu peşinde olan bireyin varlık ihtimaline dayanır. Ahlak felsefecileri, bu kavramı açıklarken çıkarcı düşünen, egoist ve hedonist bireyi örneklendirmektedir. Buna karşın, birey aile, dost, arkadaş gibi farklı kimselerin refahını düşünen ve dikkate alan varlıktır. Alturizm olarak anlatılan bu durum tüm toplum kapsamında fayda gören ve fayda sağlayan faydacılık felsefesini doğurmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyıldız, Hüseyin (2008), Tartışılan Boyutlarıyla "*Homo Economicus*", Isparta, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2008, S. 2, C. 13*, s. 30.

[121] Atamer, Yeşim (2006), Tüketici Hukukunun Gelişimi, Dünü, Bugünü, Yarını, *Tüketicilerin Korunması Semineri, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ed: Ebru Ceylan,* s. 21.

[122] Eşitlik ve özgürlük bireylerin sosyal ve siyasal hakları bakımından var olması gereken bir olgudur. Ancak iktisat kavramı içerisinde bireylerin eşit olması mümkün değildir. Zira mal ve hizmet satımında ya da işçi-işveren ilişkisinde genellikle bir taraf daha kudretlidir. Böyle olunca edimler ve güçler arası dengesizlik meydana gelmektedir. Otto Von Giarke'nin de belirttiği gibi, sözleşme özgürlüğü kuvvetli olanında elinde korkunç bir silah, zayıf olanın elinde kör bir bıçak olarak hizmet vermektedir. Atamer, 2006, a.g.k., s. 22; Küçükyalçın, Ayşe (2004), Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, *AÜHFD, Y. 2004, S. 53, C. 4,* s. 102.

II. Dünya Savaşı küresel çapta ekonomik ve sosyal yıkıntılara yol açarak sona ermiştir. *Avrupa* kıtasının neredeyse tamamen yıkılması bir an önce tedavi edilmesi gereken sosyal ve ekonomik yaralar, olağanüstü tedbirlerin alınması ihtiyacını gündeme getirmiştir[123]. *Amerika Birleşik Devletleri* savaşın mutlak galibi ve dünyanın süper gücü olarak bu yaraların tedavi edilmesini sağlayacak tek iyileştirici olarak görülmüştür[124]. Öte yandan *II. Dünya Savaşının* getirdiği büyük yıkımın *Avrupa'da* yarattığı kaosun tek tedavi edicisi *Amerika Birleşik Devletleri* olarak görülmemiştir. Savaştan büyük yara almasına rağmen *Almanya'ya* karşı aldığı başarılı sonuçlar ile *Avrupa* kıtasında, *Amerika Birleşik Devletleri*'ne karşı, alternatif bir hamilik görevi üstlenen *Sovyet Rusya (SSCB*)'ya karşı derhal ve hızlı önlemler alınması gerekmiştir[125]. Bu nedenle *emperyalizm ve kapitalizm* ekonomi modellerine karşı hızla rakip olarak geliştirilen *komünizmin* modelinin önü kesilmelidir. Bu tehdide karşı *Avrupa'nın* ekonomik olarak kendi ayakları üzerinde durabilmesi, siyasi olarak da bağımsızlığını koruyabilmesi gerekmiştir. Bu nedenle bir an önce yıkılan *Avrupa'nın* imar edilmesi ve güçlenmesi gerekmektedir. Savaş sonrasında iki taraflı krediler yolu ve *IMF* kapsamı ile uygulanacak istikrar programları ve son olarak *BM ve Dünya Bankası'nca* finanse edilecek *Yeniden İmar Planları* devreye sokulmuştur[126].

İşte bu nedenlerle, kapitalist dünya ekonomisi *II. Dünya Savaşı* sonundan 1970'li yılların ortalarına kadar geçen süre zarfında tarihte eşi görülmemiş bir kalkınmaya tanık olmuştur[127]. Söz konusu süreçte dünya üzerindeki ekonomik büyüme ve hasılat üç kat, imalât sanayi çıktısı dört kat ve bu ürünlerin dünya ticareti de on kat artmıştır. İşsizlik birçok ülkede azalmış, hatta bazı ülkeler tam istihdam modeli kurmuşlardır[128].

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, "*Marshall Doktrini*" ile özellikle *Avrupa* Kıtasında çeşitli ekonomik andlaşmalar etrafında bir araya gelen ülkelerin oluşturduğu emperyalist

---

[123] Erhan, Çağrı (1996), Ortaya Çıkışı ve Uygulanışıyla Marshall Planı, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi, C. 51, S. 1,* s. 276 vd.
[124] Kennedy, Paul (1989), *Büyük Güçlerin Yükseliş ve Düşüşleri*, (Çev. Birtane Karanakçı), İstanbul: İş Bankası Yayınları, s.437.
[125] Erhan, 1996, a.g.k., s. 177.
[126] Dünya literatüründe söz konusu politikalara *Marshall Politikaları* denilmektedir. Dışişleri Bakanı *George Marshall* bu konudaki açıklamaları, 5 Haziran 1947'de *Harvard Üniversitesi'nde* verdiği söylevde dile getirmiştir. *Marshall* konuşmasında, Avrupa'nın içinde bulunduğu durumu belirttikten sonra *Amerika Birleşik Devletleri'nin*, *Avrupa* uluslarını ortak bir imar planı içinde bir araya getirme kararlılığını taşıdığını ifade etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erhan, 1996, a.g.k., s. 177.
[127] Erhan, 1996, a.g.k., s. 177.
[128] Erhan, 1996, a.g.k., s. 177.

ekonomi modeli, bireylerin ihtiyacı olmaksızın ihtiyaç yaratan, trend ve tüketime yönelik bir ekonomi modeli meydana getirmiştir. *Avrupa'nın* yeniden imarı için harcanan paralar sonunda artan istihdam bireylerin gelir gücünü arttıran bir faktör olmuştur. Yukarıda belirttiğimiz üzere, *homo economicus* bireyin tüketime yönelik olan ihtiyaç, trend ve harcama sarmalında hukuken güçlü satıcılar ve üreticiler karşısında korunma ihtiyacı, farklı hukukî modellerin ve görüşlerin ortaya çıkmasına yardımcı olmuştur. 1970'li yıllara kadar süregelen zenginleşme, gelişme ve kalkınmanın, bu tarihten sonra yavaşlaması liberal ekonomi ve hukuk anlayışının sorgulanmasını başlatmıştır. Bu dönemde ortaya çıkan[129] *"Sosyal Devlet*" anlayışı, zayıf tarafın korunması ilkesini kabul etmiştir. Bu durum kendisini tüketici hukuku, iş hukuku, banka hukukundan kaynaklanan sözleşme modellerinde göstermiştir. Söz konusu alanlarda zayıf tarafın korunması amacıyla "*Sosyal İçerikli Akit*" kavramları telaffuz edilmeye başlamıştır[130].

Uluslararası özel hukuk da bu süreçten etkilenmiştir. Sosyal içerikli akitlerin yabancılık unsuru içermesi durumunda milletlerarası alanda, zayıf tarafın sınır ötesini aşan bir kuvvet ile korunması gerekmektedir. Özellikle *Avrupa Birliği'nin* başını çektiği bu durum akitlere ilişkin düzenlemelerin yapılmasını hızlandırmıştır[131]. *Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma Andlaşmasında*[132] akit modellerinin

---

[129] Çalışkan, Zeynep (2008), 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 26. Maddesine göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Milletlerarası Hukuk Bülteni (MHB), Y. 8, S. 1-2,* s. 28; Doğan, Vahit (1995), Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması, İstanbul: *MHB. Y. 15, S. 1-2*, s. 22; Güngör-Güneysu, Gülin (2000), *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s.137 vd; Doğan, Vahit (1996a), Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti, Konya: *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Berki Armağanı*, s. 161 vd.; Doğan, Vahit (1996b), *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s.60 vd.

[130] Atamer, Yeşim (1996), Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması, *İÜHFM, S. 1-2, C. 5, 1995-1996*, s. 425.

[131] Kanun hazırlama sürecinde AB hukukunda Milletlerarası Özel Hukuk ile ilgili gelişmelerin dikkate alınması gerekliliği ile ilgili olarak bkz.: Tekinalp, Gülören (2010), Yeni Kanun Hakkında Temel Açıklamalar, *Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayımları Serisi 2*, s. 19; Ekşi, Nuray (2006), *Cases and Materials on the EU Private International Law*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 3.

[132] 19 Haziran 1980 Tarihli Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Roma Konvansiyonu. *Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (80/934/EEC)*, 19 Haziran 1980 tarihinde Roma'da imzaya açılmıştır. O.J. L 266/1, 9 Ekim, 1980. 1980 Tarihli Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Roma Konvansiyonunun Topluluk Tüzüğü Haline Getirilmesi ve Çağdaşlaştırılmasına İlişkin Avrupa Komisyonunca Yayımlanmış Yeşil Kitap. COM (2002) 654 final (14 Ocak 2003). (*Green Book on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernization.*).

özelliklerini ve niteliklerini nazara alan bir düzenleme kabul edilmiştir. Sosyal içerikli akitlerin taraflarının özelliklerini ve niteliklerini ele alan, sosyal bakımdan zayıf tarafın korunmasına hizmet eden özel koruma hükümlerine yer verilmiştir. Sosyal içerikli akitlerde özellikle zayıf tarafın korunması ihtiyacı, birtakım tedbirlerin alınması gerekliliğini doğurmuştur[133]. Devletlerin iç hukuk sistemlerinde gerekli olarak alınan tedbirler, sözleşme özgürlüğü prensibinin zayıf taraf lehine koruyucu hükümler içererek kısıtlanması şeklinde belirmektedir[134]. Günümüzde hem hukukumuzda hem de karşılaştırmalı hukukta sosyal içerikli akitlerde akit ilişkisinin sosyal bakımdan zayıf tarafını koruyucu nitelikli hükümlere yer verilmesi gerektiği hususunda görüş birliği mevcuttur[135].

Sosyal akitler bağlamında zayıfların sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde korunmasının yanında, haksız fiiller de *II. Dünya Savaşı* sonrası gelişmelerden etkilenmiştir. *II. Dünya Savaşı* öncesinde çok daha basit ve kolay ihtilâfların konusunu oluşturan haksız fiiller, daha sonra yine bireyler arası etkileşimin artmasına bağlı olarak çeşitlilik kazanmıştır. Bu noktada bir borç ilişkisinden daha çok borç kaynağı olarak nitelendirilmeye başlayan haksız fiiller hakkında özellikle *Amerika Birleşik Devletleri* mahkemeleri tarafından verilen kararlar yön verici olmuştur. *Amerika Birleşik Devletleri* mahkemelerinin haksız fiiller hakkında vermiş olduğu kararların ve bu alana yönelik olarak yönlendirmesinin ikiye ayrıldığından bahsetmek yanlış olmayacaktır. İlk olarak *Birleşik Devletler* mahkemelerinin vermiş olduğu farklı kararlar ile haksız fiil hukukuna esas teşkil eden borç kaynağı çeşitlenmiştir. Bir diğer ifade ile özel haksız fiil türleri ortaya çıkmış ve bu konudaki çeşitlilik artmıştır. Bu dönemde imalâtçının sorumluluğu[136]

[133] Doğan, 1996a, a.g.k., s. 36.
[134] Güngör, 2000, a.g.k., s. 12.
[135] Doğan, 1996a, a.g.k., s. 36; Güngör, 2000, a.g.k., s. 12.
[136] Örneğin bir haksız fiil türü olarak imalâtçının sorumluluğu konusundaki ilk içtihatlar Amerikan mahkemeleri tarafından verilmiştir. New York İstinaf Mahkemesi, 1916 tarihli *MacPherson / The Buick Motor Co.* kararında üründen zarar gören üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesinin önünü açan, bir ürünün "*yapısı itibarıyla tehlikeli olması (inherently dangerous*)" kavramını ortaya koymuştur. David G. Owen (2007), The Evolution of Product Liability Law, *Rev. Litig., C. 26, S. 4*, s. 956; W. Boger (1983), The Harmonization of European Product Liabilty Law, *Fordham International Law Journal, C. 7, S. 1, 1983*, s. 15; J. Stapleton (1999), Product Liability in the United Kingdom: The Myths of Reform, *Texas International Law Journal, C. 34*, s. 46; J. Zekoll (1989), The German Products Liability Act, *Am. J. Com. L., C. 37, S. 4, Autumn,* s. 817; Borghetti, a.g.e., s. 19 vd.

[137], rekabet hukuku[138] [139], haksız rekabet hukuku[140] [141] gibi dünya çapında hukuk bilincinin tam oluşmadığı alanlarda ilk önemli kararlar verilmiştir.

İkinci olarak, bu dönemde verilen *Amerikan* mahkemelerinin bir diğer açıdan önemi uygulanacak hukuka dair metodolojik kayıtlar açısından olmuştur. ***Rest.***[142] I[143] sonrasında kabul edilen, ***Rest.*** II[144] kapsamında, söz konusu yarı resmi kodun mimarı ve birinci

---

[137] *Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'nin* 1963 tarihli *Greenman/ Yuba Power Products Co.* kararında imalâtçının kusursuz sorumluluğunun temel ilkeleri ifade edilerek, modern anlamda imalâtçının sorumluluğu hukuku doğmuştur Bu kararda ortaya konulan ilkeler, 1965 yılında *Restatement* (*Rest.*) *Second of Torts*'a eklenen §402A maddesinde açıkça düzenlenmiştir. (*Sup. Ct. of California (1963), 59 Cal. 2d 57, 377 P 2d 897 (WestLaw).*)

[138] Rekabet hukukuna dair kanunlar ihtilâfı kurallarının ilki "*Alcoa Kararı*" olarak bilinen *United States v. Aluminum Co. of America, (148 F.2d 416 (2d Circ. 1945)* kararıdır. Amacı dünya pazarlarında alüminyum üretim, tedarik ve satışı konusunda kendi aralarında andlaşmak suretiyle sınırlamak olan, Kanada, İngiltere, Fransa, Almanya ve İsviçre tâbiiyetindeki alüminyum madeni üreticilerinin bulunduğu uluslararası kartel ile ilgili *Alcoa* davası rekabet hukukunun yabancılık unsurunun incelenmesi bakımından ilktir. Tarafları tamamen yabancı ülkelerde kurulu olan, yönetim ile denetimleri de büyük ölçüde yabancı ülkelerde bulunan ve bu ülkelerde faaliyet gösteren işletmeler için Amerika Birleşik Devletleri Mahkemelerinin yargı yetkisinin ve ilgili duruma uygulanacak olan hukukun incelenmesi ele alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zanettin, B. (2002), *Cooperation Between Antitrust Agencies at the International Level*, Oregon: Oxford and Portland: Hart Publishing, s. 10.

[139] *Amerikan* hukukunda, rekabet hukuku bakımından önem arz eden bir diğer karar da "*American Banana*" kararıdır. Kararda, *United Fruit şirketinin* rekabete aykırı fiil ve eylemlerine uygulanacak hukuk belirlenmiştir. Bu noktada ileride özellikle üzerinde duracağımız konu olan ika yeri kuralına göre karar verildiği görülmektedir. Kararda rekabete aykırı bu eylemlerin Kosta Rika'da yapılmış olduğuna ve olayda Kosta Rika kanunlarının uygulanacağı görüşü çerçevesinde karar verilmiştir. Olaya uygulanacak hukukun tespitinde, "*fiilin gerçekleştiği yer*" unsurundan başka bir diğer unsur da kararda dikkate alınmıştır. Karar için bkz. *American Banana Co. v. United Fruit Co., 213 U.S. 347 (1909),* Amerikan Yüksek Mahkemesi İnternet Sitesi, <https://supreme.justia.com/cases/federal /us/213/347/case.html>, Erişim Tarihi: 01.01.2017.

[140] Haksız rekabet hukukuna dair *Amerikan Mahkemeleri* tarafından verilen bir karar da "*Continental Ore Co. v. Union Carbide Corp*." kararıdır. Amerikan ve Kanada tâbiiyetindeki müteşebbislerin Kanada Vanadium bölgesindeki pazarı bölmeye yönelik müteşebbislerin andlaşmalarını haksız rekabet hukuku açısından hukuka aykırı kabul etmiştir. (*Continental Ore Co. v. Union Carbide Corp., 370 U.S. 690 (1962)*. Kararın tümü için bkz. Amerikan Yüksek Mahkemesi İnternet Sitesi, < https://supreme.justia.com/cases/federal/us/370/690/>, Erişim Tarihi: 01.01.2017.

[141] Briggs, A. (2014), *The Conflict of Laws*, New York: Oxford Publishing, s. 174 vd.; Kaye, P. (1991), *Private International Law of Tort and Product Liability*, Vermont, s. 89 vd.; Clarkson, C.M.V./ Hill, J. (2011), *The Conflict of Laws*, 4. Ed., New York, s. 218 vd.

[142] *Rest. of Laws*, *Amerika'da* bulunan hukuk uygulayıcıları ve akademisyenler tarafından kurulmuş olan *Amerikan* Hukuk Enstitüsü tarafından çıkarılan bir norm koddur. Amaç, hukuk kurumları ve kurallarını içtihat hukukunun belirsizliğini gidermek, oluşturulan içtihatları bir kitap halinde hukukçuların hizmetine sunmaktır. *Rest.*'ta kabul edilen kurallar bağlayıcı değildir. Ancak, olması gereken hukuku açıklar, ilgili kimselere önerilerde bulunur.

[143] *Amerika Birleşik Devletleri'nde* kanunlar İhtilâfı Hukuku alanında hazırlanmış olan ilk düzenleme *Rest. I*'dir. *Joseph Henry Beal* raportörlüğünde hazırlanan *Rest. I*, 1971 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.

[144] *Willis Reese*, *Rest. Second (II),* birinci raportörüdür. *Reese*, özellikle irade muhtariyeti, tarafların hukuk seçimi konusunda liberal görüşler ileri sürmüştür. Döneminin oldukça ilerisinde olan bu görüşler *I. Rest.* kapsamında kabul edilmeyen düşünceler olması nedeniyle oldukça radikaldir. Öte yandan *Reese*, *Amerikan* hukukunda yeni yeni mahkeme içtihatlarına yansıyan en sıkı irtibata haiz hukuk (*the law of the most significant relationship*) metodun da *Rest. II*'de yer almasını sağlamıştır. Reese, Willis L.M., (1963), Conflict of Laws and the Rest. Second, 28 *Law and Contemporary Proplems*, s. 679-699; Symeonides, S. C. (2008), *American Private International Law*, The Netherlands: Kluwer Law International, s. 108.

raportörü olan *Reese'in* kanunlar ihtilâfı alanında uygulanacak olan hukuku metodolojik olarak şematize etmesi kendi dönemi açısından oldukça radikal düzenlemedir. Özellikle 1961 yılında *New York Mahkemesi* tarafından verilen *Kilberg v. Northeast Airlines Inc.*[145] kararı ile yine *New York Temyiz Mahkemesi* tarafından 1963 yılında verilmiş olan *Bobcock & Jackson*[146] kararı *en sıkı irtibata haiz hukuk* anlayışı, özellikle uluslararası özel hukuk alanında sözleşmeler ve haksız fiil konularında geçmişten bu yana var olan görüşleri yıkmıştır. Sözleşmeler hukukunda, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun araştırması ödevini hâkime yüklerken, haksız fiil hukuku bakımından da özellikle ika yeri kuralının artık her durumda uygulanabilir olmamasının önünü açmıştır. İşte bu nedenle *II. Dünya Savaşı* sonrasında *Amerikan* mahkemeleri tarafından verilen kararlar

[145] Dava konusu uyuşmazlığın; *New York'ta* mukim bir şahsın *New York'tan* satın aldığı biletle yaptığı uçak yolculuğu sırasında uçağın düşmesi üzerine ölmesi ve ölen kişinin yakınlarının açmış olduğu tazminat davasında uygulanacak hukukun tespiti noktasında çıktığı görülmektedir. Uçak, başka bir devletin sınırları (*Massachusetts*) içinde düşmüş oldu- ğundan haksız fiilin meydana geldiği yani ölüm olayının gerçekleştiği yer, uçağın düştüğü *Massachusetts'dir*. Ölenin yakınları tarafından $10.000 olarak talep edilen tazminatın ise *Massachusetts* kanunlarındaki sınırlamaya takılması üzerine, Temyiz Mahkemesi, bu sınırlamanın geçerli olmayacağına ve dava konusu uyuşmazlığa *New York* Hukuku'nun uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Görüldüğü üzere, uçakla yapılan bir yolculukta, ika yeri tamamen tesadüfî olarak karşımıza çıkar. Bir devletin seyrüsefer halindeki vatandaşlarının yolculuk boyunca değişen yabancı kanunlara tabi tutulması, günümüz koşullarında hakkaniyete uygun düşmemektedir. Yukarıdaki dava örnek olarak incelendiğinde, olayla ilgili tazminat davasının görüldüğü Mahkemenin, ika yerinin ölümle sonuçlanan haksız fiillerde tazminata ilişkin hükümlerinin kendi kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle ika yeri hukukunu uygulamayı reddettiği görülmektedir. Tesadüflere bağlı olarak ortaya çıkabilen ika yeri hukukunun, davanın görüldüğü mahkeme tarafından kamu düzenine aykırılığı sebebiyle uygulama alanı bulamayacağı, *Kilberg* Davası ile somut olarak ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. 9 NY2d 34; <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/kilberg_northeast.htm>, Erişim Tarihi: 01.01.2017. Terzian Sandra (1966), TheAftermath of Babcock, *California Law Review, Vol.. 54, Num.. 3*, s.1304, dn.23, <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol54/iss3/5>, Erişim Tarihi: 01.01.2017.

[146] *Court of Appeals of New York Argued January 23, 1963 Decided May 9, 1963 12 NY2d 473 Cite Title As: Babcock v Jackson*. Kararın tümü için bkz. Amerikan New York Yüksek Mahkemesi İnternet Sitesi, < https://www.nycourts.gov/reporter/archives/babcock_jackson.htm>, Erişim Tarihi: 01.01.2017.
Bobcock/ Jackson kararına konu olay şu şekildedir. New York federe devletinde ikamet etmekte olan bir karı koca, yine aynı devlette ikamet eden misafirleri ile birlikte bir hafta sonunda gezi amacıyla, kendi otomobilleri ile yola çıkmışlardır. Otomobil, Kanada'nın *Ontario* eyaletinin sınırları içindeyken kaza yapmış, otomobilde bulunan misafir ağır yaralanmış; sonrasında New York'ta otomobili kullanan koca aleyhine bir dava açmıştır. *Ontario* kanunları, otomobilde bulunan hatır yolcusunun tazminat davası açmasına izin vermemektedir. New York Mahkemesi, davaya ilişkin olayın meydana geldiği yer olan *Ontario* kanunlarını uygulamış ve tazminat talebini reddetmiştir. New York İstinaf Mahkemesi kararı onaylamış; ancak, New York Temyiz Mahkemesi olayın meydana geldiği yer kuralını eleştirerek kararı bozmuştur. Temyiz Mahkemesine göre, kazanın meydana geldiği yer hukukunun uygulanması bu olayda hakkaniyete uygun bir sonuç vermekten uzaktır. Bu nedenle olaya en önemli ilişkiyi haiz hukukun tespit edilmesi önemlidir. Bu hukukun araştırılmasında *Ontario* hukuku ile New York hukuku arasında nicelik acısından değil; nitelik açısından bir yakınlık kurulması daha çok önem arz etmektedir. Araç New York devletine kayıtlı ve sigortalıdır. Ayrıca, araç içinde bulunan yolcuların her biri New York'ta ikamet etmektedir. Taraflar yalnızca hafta sonu gezilerini geçirmek üzere New York'ta bulunmaktadır. Kazanın meydana geldiği yer olan *Ontario* tamamen tesadüfî bir mekândır. Currie, Brainerd (1963), Comments on Babcock v. Jackson, C*ol. L. Rev., Vol. 63*, s. 1233-1243.

milletlerarası haksız fiil kurallarında yeni görüşler, radikal değişiklikler ve metodolojik kurallar getirerek, uluslararası özel hukuk alanında adeta devrim yapmışlardır[147].

5. ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK METODOLOJİSİ VE HAKSIZ FİİLLERE UYGULANACAK HUKUK KONUSUNDA TEKLİF EDİLEN BAĞLAMA KURALLARI

5.1. Genel Olarak

Uluslararası özel hukuk[148], yabancı unsurlu hukukî işlem ve fiiller hakkında

---

[147] Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında ülkelerin hukuk politikaları ile sosyal-ekonomik durumları, uluslararası özel hukuk alanında da politikalarını etkilemiştir. Devletlerin uluslararası özel hukuk politikalarını ve tercih sebeplerini etkileyen faktörler için bkz. K. Peter (1991), *Private International Law of Tort and Product Liability: Jurisdiction, Applicable Law and Extraterritorial Protective Measures*, Aldershot: Dartmouth Publishing Company Limited, s. 364.

[148] Kelime manası ile uluslararası özel hukuk, kişi-yer veya farklı bir türden yabancılık unsur içeren ve olayın içinde en az iki devlet ile bağlantılı bir durumun olduğu özel hukuk alanında teşekkül eden olay ve ilişkilere verilen genel isimdir. Uluslararası özel hukuk, özel hukuk alanında dikkate alınan kurallar olarak göze çarpmaktadır. Ancak niteliği itibariyle özel hukuk mu yoksa kamu hukuku alanına mı dâhildir, bu durumun tespiti hemen kolay olmamıştır. Özel hukukun taraflar arasındaki denkliği sağlayıcı bir tarafının olması nedeniyle uluslararası özel hukuk, taraf menfaatleri ilkesi çerçevesinde özel hukukun bir dalı olarak nitelendirilebilir. Zira içinde devletin olduğu hemen her uyuşmazlık, kanaatimizce devletlerin bağışık ve egemenlikten kaynaklanan üstün yönü itibariyle her zaman kayırılan bir tarafın varlığına delalet eder ki, bu kayırılan taraf devlettir. Devletin kişiliğine göre en çok menfaati ile daha az menfaati olanlar arasında farklı menfaatler vardır. Kamu hukukunda devletin menfaati esastır ve devletin menfaati uyuşmazlık konusu işin merkezindedir. İkinci dünya savasından sonra tâbi hukukun farklılaşmasının sonucunda kamu hukukunda devletin menfaatine bir sınır getirilmiştir. Buna göre devletlerin *II. Dünya Savaşı* sırasında sergilemiş olduğu zalimane tavır sonrasında, artık devlet menfaatinin üstünde bir menfaat olmalıdır: İnsan hakkı… İnsan hakkının olduğu yerde devlet menfaati susmalı ve insan hakkı her türlü menfaatin üzerinde yer almalıdır. Burada yapılan inceleme insan hakkından taviz vermek mesele olmayıp, kamu hukukundan kaynaklı olarak devlet menfaati ilkesinin bir ayrıcalık yaratmasının önüne geçilmesini sağlamaktır.

Uluslararası özel hukuk tâbiiyet hukuku, milletlerarası usul hukuku, yabancılar hukukunu kapsar. Bu anlamda bir *sui generis* hukuk dalıdır, kendine özgüdür. İkinci olarak uluslararası özel hukuk daha çok özel hukuk düzenlemelerini içermekle birlikte kamu hukuku karakteri de vardır. Roma hukukunda bugün öğretimi yapılan *Pandeckt* hukuku, Romalı *preotorların* yaptıkları tasnif sonrasındaki düzendir. Esas olarak Roma hukukunda esas hukuk dalı kamu hukukudur. Zira tüm ilişkilerin içinde devlet vardır ve bu ilişkiler de kamu hukuku kaynaklıdır. Özel hukuk ilişkileri de oldukça sınırlıdır. Fransız hukukçu *Henri Batiffol'ün* dediği gibi birçok mesele uluslararası özel hukukun alanına kamu hukukundan gelmektedir. *Batiffol'e* göre kamu hukukundan kaynaklanan meseleler de devletler özel hukukunun içindedir.

Devletlerin bağışıklığı ve egemenlik haklarından kaynaklanan üstün yanları dolayısıyla esas olarak özel hukuk karakterleri ile aynı ve eşit seviyede değildir. İcra hukukundan kaynaklanan, devlet mallarının kamu hizmeti gören ve devletin tebaasının malı sayılan unsurlarda icra bağışıklığı var ise, devletin kamu hukukundan kaynaklanan işlemleri bakımından da yargı bağışıklığı vardır. Özel hukuk problemleri bakımından kanunlar ihtilâfı doğrudan devreye girerken, kamu hukuku alanındaki meseleler, her ne kadar kanunlar ihtilâfına girmiş olsa da devletlerin kendi kuralları uygulanır ve bu kurallar kamu hukuku kuralları olmasına rağmen bir kanunlar ihtilâfı kuralı olur. Bu kurallar da birçok ülke kanunlarında düzenlendiği üzere doğrudan uygulanan kural olarak isimlendirilir.

Kanunlar ihtilâfı ulusal hukuk olarak devletin iç hukuku mudur, yoksa uluslararası hukuk olarak devletlerarası uygulanan bir hukuk mudur? Uluslararası özel hukuk kuralları mahiyeti itibariyle bir iç hukuk kuralıdır. Zira devletlerarası alanda sadece gösterici bir nitelik arz eden uluslararası özel hukuku, tüm devletleri kapsayan ve devletler üstü bir kurallar bütünü olarak sınıflandırmak mümkün değildir. Bu doğrultuda uluslararası özel hukuk kuralları iç hukuku düzenleyen ancak konusu itibariyle milletlerarası alana hitap den kurallar olarak vasıflandırılmaktadır.

uygulanacak hukuku gösteren, işaret edici nitelikteki kurallardır. Tüm hukuk disiplinleri gibi uluslararası özel hukuk da geçmişten günümüze uzunca bir süre zarfında gelişim

Ulusal hukuk düzenleri iki şekilde çalışır: bir: İlk olarak devletler kendi iç düzenlemelerini yapmak suretiyle kurallar getirirler. İkinci olarak ise uluslararası hukuka ilişkin, oluşamamış olan kuralların yerine almak üzere kural kurarlar. Devletlerin dış ticaret kuralları, kendi deniz sınırlarını tayin etmesi meselesi bu duruma örnektir. Bunlar ulusal kurallardır, ancak uluslararası alanda uygulanırlar. Bu nedenle birçok sorun ulusal hukuk alanında düzenlenir, ancak, uluslararası nitelik ve yetkiye sahiptir. Bu durumu açıklayan temelde üç teori vardır: *Anzilotti*'ye göre devletlerin bu yetkisi vekâletsiz iş görmeden kaynaklanır. Ulusal kanun koyucu henüz mevcut olmayan uluslararası kanun koyucunun yerine geçerek uluslararası hukuk kuralı koyarak onun yerine vekâletsiz olarak bu işlemi tesis eder. Vekâletsiz iş görmede, nasıl ki adına iş görülen kişinin menfaati gözetilmek zorunda ise devlet de uluslararası toplum adına bir kural koyarken, sadece kendi menfaatini gözetmez, diğer devletlerin de menfaatlerini göz önüne alarak gerekli düzenlemeleri yapar. İkinci olarak *Scelle* ise vekâletsiz iş görme yerine, görev ikileşmesi ifadesini tercih etmiştir. Buna göre bazı idari organlar kendi görevleri dışına çıkarak, işlem yetkisi tesis ederler. *Anzilotti* teorisinin yanında ikinci olarak kabul edilen bu görüş, görüldüğü gibi aynı konu hem özel hem kamu hukuku alanında düzenlenebiliyor. Bir diğer ifade ile devletin görev ikileşmesi usulü ile hem özel hukuka hem de kamu hukukuna ilişkin alanlarda yetki sahibi olduğunu söylüyor. Nihayet son olarak milli yasama, uluslararası toplumun ihtiyaçlarına uygun olarak kural getirmektedir. Hiçbir kuralın olmamasındansa, milli yasamaların koyduğu kurallarla yetinilmelidir görüşü kabul edilmiştir. Bu görüşün temel dayanak noktası ise, hukukun boşluk kaldırmayacağıdır. Ulusal hukuktaki bu çözümler geçicidir. Gerçek anlamda kararlar verecek ve kurallar koyacak olan uluslararası kanun koyucu gelene kadar, onun yerine kural ikame edecek bir yapı olarak devletler gündeme gelmektedir. Bu nedenle de uluslararası özel hukuk devletlerin bu yetkisi çerçevesinde tesis ettiği kurallardan meydana gelen özel hukuka ilişkin kurallar bütünüdür. Göğer, Erdoğan (1969), Devletler Hususi Hukuku Yönünden İkametgah, *AÜHFD, C. XXVI, S. 3-4, s. 237-252*; Göğer, Erdoğan (1970), *Devletler Hususi Hukukunda Çağdaş Akımlar*, Sevinç Matbaası, Ankara, s. 32 vd.; Göğer, Erdoğan (1970), Kanunlar İhtilâfının Temel İlkeleri, *Oğuzoğlu Armağan, Ankara, s. 225-248;* Göğer, Erdoğan (1977a), Kanunlar İhtilâfını Etkileyen Kuramsal Akımlar, *O. Fazıl Berki'ye Armağan, Ankara, s. 390- 413;* Göğer, Erdoğan (1977b), *Devletler Hususi Hukuku- Kanunlar İhtilâfı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 33 vd.; A. Çelikel (1970), Devletler Hususi Hukukunda Bağlama Kaidelerinin Tespitinde Uygulanacak Yeni Bir Metod, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 35, S. 1-4-, s. 231-248*; Berki, Osman Fazıl (1966), *Devletler Hususî Hukuku, C. II: Kanun İhtilâfları*, 6. Baskı, Ankara; Berki, Osman Fazıl (1975), Türk Hukukunda Kanun İhtilâflarının Genel Esasları, *M. Koloğlu Armağan'ı*, Ankara, s. 599-612; Çelik, Edip (1984), *Milletlerarası Hukuk*, İstanbul, s. 38-50; Meray, L. (1996), *Devletler Hukukuna Giriş*, *I. Cilt*, Ankara, s. 120-22; Meray, S. L. (1985) *Devletler Umumi Hukuku El Kitabı*, İstanbul, s. 21-22; Pazarcı, Hüseyin (2014), *Uluslararası Hukuk Dersleri*, *I. Kitap*, 12. Bası, Ankara: Turhan Yayıncılık, s. 16-19

göstermiştir[149]. Uluslararası özel hukuk da bu doğrultuda statü nazariyesinden[150], 20.

[149] Uluslararası özel hukukun gelişimi uluslararası kamu hukukunun gelişimi ile paraleldir. Uluslararası özel hukuk, özellikle Hollandalı hukuk devrimcisi *Hugo Grotius* tarafından yapılan çalışmalar sonrasında şekillenmiştir. *Grotius* görüşlerinden etkilenen *Huber* gibi yine uluslararası kamu hukukçuları da uluslararası özel hukukun gelişimine katkı sağlamışlardır. Uluslararası hukukun gelişimi konusunda esas olan kanaatimizce bireyin devlet süjesi olması gerektiğidir. Bu durum çok defa Uluslararası Adalet Divanı (*UAD*) kararlarına da yansımıştır. *UAD* kişinin, uluslararası hukuk süjesi olabilmesini, kişinin uluslararası alanda haklar ve yükümlülükler edinebilmesi ile bunları koruyabilmesi olasılığına sahip olabilme şartına bağlamaktadır. *UAD*'nın bu doğrultudaki kararları kimlerin uluslararası hukuk süjesi ve kriteri olabileceğini belirlemektedir. Bu durumun uluslararası özel hukuk açısından önemi şudur: Uluslararası özel hukuk süjesi olarak var olan gerçek ve tüzel kişiler, birden fazla ülke hukuklarını ilgilendirdiği ölçüde varlığını devam ettirir. Bir diğer değişle uluslararası alanda birden fazla ülkenin hukukunca hak ve borç altına girebilme ehliyetine sahip olan bireyler, ancak ve ancak uluslararası özel hukukun konusu olabilecektir. Uluslararası özel hukuka ilişkin olarak taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde ise bireylerin bu mallar üzerinde hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme ehliyetleri onları yine uluslararası özel hukukun süjesi yapma hakkını vermektedir. Şu hâlde uluslararası özel hukukun gelişimi uluslararası kamu hukukunun gelişiminden bağımsız olarak değerlendirilemeyecektir. Farklı görüş için bkz. Azarkan, Engin (2003), Bireyin Uluslararası Cezai Sorumluluğu ve Miloseviç Davası, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 3-4*, s. 266; Erkiner, Hakkı Hakan (2010), Uluslararası Hukuk Düşüncesinde Klâsik Öğretinin Kuruluşu: Hugo Grotius ve Postgrotien Yazarlar Samuel Von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius Van Bynkershoek ve Samuel Rachel'e İlişkin İnceleme ve Değerlendirme, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 3*, s. 4; Bal, S. (2002), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Taraf Ülke Hukuklarındaki Yeri ve Taraf Ülke Hukuklarına Etkisi, *Sayıştay Dergisi, S. 1,* s. 215; Aybay, Rona (1988), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Pozitif Hukuku*, Birleşmiş Milletler Topluluğu, Türk Derneği Armağanı, Ankara: Doğan Basımevi, s. 122;

[150] Modern anlamda bağımsız uluslararası özel hukukun, Kuzey İtalya'nın şehir devletlerinde 11. yy'dan itibaren geliştirilmiş bulunan kaideler çerçevesinde doğmağa başladığı görülür. Bu İtalyan şehir devletlerinin (*Bologna, Pisa, Venedik, Floransa, Milano, Modena, Jenova, vd*.) kendilerine ait müstakil hukuk kaideleri (*Statuta=Şehir Hukukları*) vardır. Ancak bu şehirlerin aynı zamanda *Mukaddes Roma-Germen İmparatorluğunun* bir parçasını teşkil ettiklerinden Roma Hukuku'na tâbi şekilde hukuk düzenleri de mevcuttur. İtalya'nın Kuzeyi gevşek feodal bağlar nedeniyle, diğer toplumlara nazaran ekonomik bakımdan daha önde bir yaşam sürmektedir. Zamanla, İtalyan şehir devletleri arasında önemli ölçüde ticari ilişkiler meydana gelmiştir. Bunun sonucu olarak birçok ihtilâflar doğmuştur. Uygulayıcılar uyuşmazlıklara hangi hukuku tatbik edecekleri hususunda tereddüde düşmeye başlamışlardır. *Statücüler*, kanunları (*statutaları*) incelemişler ve sonuçta bunları üç grupta toplamışlardır. a. Şahsi Statüler (*Statuta Personalia*), b. Ayni Statüler (*Statuta Realia*), c. Karma Statüler (*Statuta Mixta*). Bu ayrımın yanında özellikle ticaret ve etkileşim yoluyla birbirlerine tesir eden ülkeler, hukuk sistemleri bakımından da birbirini örnek almaya başlamışlardır. Statüler teorisi, bu anlayış ile İtalya'dan doğmuş, ancak sonrasında Avrupa'nın birçok ülkesine tesir etmiştir. Bu dönemde Roma hâkimi *Adricus* statüler teorisinin mantığını hâkimin ör ve adet hukuku kaideleri çerçevesinde karar vermesi gerektiğini beyan ederek, adalet ve hakkaniyet kuralları ışığında tarafların dayandıkları *statuta*nın en isabetli olanını uygulamak ile görevlidir. Bu görüşler çerçevesinde Hâkim *Adricus* uluslararası özel hukukun temellerini atmış sayılmaktadır. Bu fikirler daha sonra Fransız ve Hollandalı statücülere de esin kaynağı olmuştur.

Fransız Statücüleri, 16. yüzyılda statü teorisini geliştirmişler. Ancak bunlar kanunlar ihtilâfı hukuku teorisini pek fazla etkileyememişlerdir. En önde gelen temsilcileri, *Dumoulın ve Bertrant D'argentre*'dir. Fransız statücüleri, daha ziyade, İtalyan statücülerinin boşlukta bıraktıkları karma statüler üzerine çalışmalar yapmışlardır. *Dumoulın ve Bertrant D'argentre* ile İtalyan statücüleri arasında kayda değer bir fark bulunmamaktadır. Bu yazarlar daha çok İtalyam statücülerin boş bıraktıkları alanlarda görüş bildirmişler; ancak, esaslı olarak bir yenilik beyan etmemişlerdir. şahsi statülere ülke dışı etki tanınması gerektiği üzerinde duran *Dumoulın ve Bertrant D'argentre* şahsi ve ayni konuların iç içe bulunduğu statülerin milli kanun ilkesine bağlı olması gerektiğini savunmuşlardır. Böylece karma statü olarak adlandırılan durum, ülke dışı bir etkiye sahip olmuştur.

Hollanda statücüleri ise, 17. yy. girildiğinde yavaş yavaş ulus devletlerin oluşmaya başlaması sonrasında harekete geçmişlerdir. Bu yüzyılda statü teorisini Hollanda'lı statücüler geliştirmişlerdir. En önemli temsilcileri, *Ulrıcus Huber, Paul Voet ve Johennes Voet*'dir. Hollanda'lı statücüler, İtalyan

yüzyılda *Savigny* teorisine[151] ve sonrasında modern uluslararası özel hukuk teorilerine

statücülerinden farklı düşünmüşler, kanunların ülkeselliğine vurgu yapmışlar ve özellikle yabancı hukukun uygulanmasının nedeni üzerinde durmuşlardır. Hollanda'lı statücülere göre: i. Bir ülkenin hukuku, o ülkenin hudutları içinde hâkimdir ve ülkede bulunan bütün şahıs ve şeyler üzerinde uygulanır (*kanunların ülkeselliği*). Bu nedenle, yabancı hukukun uygulanması bir hukukî mükellefiyet getirmez. ii. Yabancı hukukun uygulanmasına, *Comitas* yani "*mücamele*" (*lütuf-uluslararası nezaket*) gereği müsaade edilir. *Wachter*'e göre, yabancı hukukun ülkede uygulanma mecburiyeti yoktur. Her devlet egemendir ve bu egemenliğe dayanarak kendi kanunlar ihtilâfı kurallarını kendisi getirir. İtalyan statücülerin kanunları niteliklerine göre ayırt etmesi evrensel bir nitelik taşımaz. Bu ayrım, sadece Roma Hukuku ve bunun etkisinde kalan hukuk sistemleri için geçerlidir. Madem ki, her devlet kendi kurallarını getirir, o halde her devletin hukuk kuralları farklıdır ve bir devlet için şahsi olan statü, diğeri için ayni olabilir. *Wachter*, İtalyan statücülerinin teorisini yıkmış, ancak statü teorisinin yerine geçecek bir sistem getirememiştir. Öte yandan *Wachter'in* mülkilik nazariyesine geri dönüşü bu bağlamda bir tereddüde yol açmıştır.

İtalyan statü teorisi sonrasında, bu görüşlerin Avrupa'da dolaşıma çıkması ile yeni görüşlerin de kapısı açılmıştır. İtalya'dan çıkan ve Avrupa'da dolaşan statüler görüşü, etkileşim ve katkıların sonrasında tekrar İtalya'ya geri dönmüştür. *Pasqua Stanislao Mancini* "*Mancini Doktrini*" olarak isimlendirilen görüşleri çerçevesinde Torino Üniversitesinde vermiş olduğu "*Devletler Hukukunun Temeli Olarak Milliyet*" konferansı ile nazariyesini belirtmiştir. *Mancini* Fransız statücülerinin etkisi altında kalarak, esas olarak şahsi hukuk alanında görüşler bildirmiştir. Bu görüşlerde şahsi statünün Fransız hukukçularında belirtildiği gibi şahsi hukuk alanında milli hukukların uygulanmasını belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Wollf, M. (1950), *Private International Law,* 2. Ed., Oxford: The Clarendon Press s. 22; Cheshire, N. (1979), *Private International Law,* 10th. Ed., s. 70;

[151] 19. yy'ın en önemli hukukçularından ve modern kanunlar ihtilâfı hukukunun babalarından biri olarak kabul edilen *Friedrich Carl von Savigny*, görüşleri ile kendisinden önce beş yüz yıldır hâkim olan orta çağın hukuk rejiminden ayrılmış ve uluslararası özel hukuku modern bir temele oturtmuştur. *Savigny*'e göre ihtilâf kuralları, belirli tarafları, hukukları veya yetki alanlarını tercih etmeyen, tarafsız kurallar olmalıdır. Bunun için de her hukukî ilişkiye, o hukukî ilişkinin '*seat*'inin bulunduğu, yani hukukî ilişkinin ait olduğu yahut niteliği itibariyle bağlı bulunduğu devletin veya milletin hukuku uygulanmalıdır. *Savigny*, '*seat*' kelimesini en iyi bağlantı açısından bir metafor olarak kullanmaktadır. Bu bağlantının tespiti açısından en önemli faktör tarafların iradesi olmakta; şayet bu yönde açık bir belirti yoksa da bu iradelerin çıkarımı gerekmektedir. *Savigny*, bu tür genel öncüllerden yola çıkarak uluslararası sözleşmeler bakımından somut kanunlar ihtilâfı kuralları sistemi elde etmiştir. *Savigny*, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk bağlamında, tarafların açık ya da örtülü olarak hukuk seçimine öncelik vermiş ve emredici kurallardan kaçış amacına hizmet etmemek kaydıyla taraf serbestisini temel kural olarak belirlemiştir. Bununla birlikte, taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması, uygulanacak hukuku belirleyecek objektif kuralların varlığını gerekli kılmaktadır. *Savigny*, bu çerçevede bazı karineler ortaya koymuş, şüpheye düşülmesi halinde ise mahkemelerin ifa yeri hukukunu uygulaması gerektiğini belirtmiştir. Genel anlamda *Savigny*, bir taraftan çeşitli sözleşme tiplerine yönelik kurallarıyla mahkemelere rehberlik etmeye çalışırken, diğer taraftan bu kuralların sadece genel varsayımlardan ibaret olduğunu göz önünde bulundurarak katı bir yaklaşım sergilemekten kaçınmıştır. *Savigny* metodu özellikle sözleşmeler alanında kendisini gösteriyor olsa da sergilemiş olduğu yaklaşım uluslararası özel hukukun birçok alanına ışık tutmuştur.

Savigny, özellikle sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk bakımından, günümüz Amerikan ve Avrupa yaklaşımlarına çok benzer bir kanunlar ihtilâfı sistemi oluşturmuştur. Buna göre günümüz rejimleri ile *Savigny*'nin görüşleri arasındaki bağlantı iki konuda kendisini özellikle göstermektedir. Bunlardan biri, kesinlik ve esneklik arasındaki modern metodolojik uzlaşı ile en yakın irtibat prensibinin doğuşu, diğeri ise *Savigny*'nin yaklaşımının bilinçli olarak bugün Amerikalıların ve Avrupalıların yaşadığına çok benzer bir dünyaya yönelik olarak tasarlanmış olmasıdır.

Avrupa Birliği kapsamında, Birlik ülkelerinin katılımı ile kabul edilen Roma Sözleşmesi'nin en önemli öğesini oluşturan en yakın irtibat prensibinin kökeninin açıkça *Savigny*'e dayandığını belirtilmiştir. Sözleşmede *Savigny* görüşlerine yer verilmesi, *Savigny*'e özellikle yaşadığı çağdan neredeyse bir asır sonrasında dâhi atıf yapılması bakımından, *Savigny* metodunun önemini göstermektedir. Roma Sözleşmesi'nin somut karinelere dayalı genel prensiplerinde de metodolojik olarak *Savigny*'nin etkisi bulunmaktadır. Buna karşılık Amerikan kanunlar ihtilâfı metodolojisinde *Savigny*'nin etkisinin daha dolaylı ve dağınık olduğu görülmektedir. Zira içtihat hukuku kaynaklı Amerikan hukuk metodolojisi,

kadar[152], ideal hukuk ilkelerine ulaşmak; taraf, dava ve uluslararası özel hukuk menfaatlerine uygun olarak farklı görüşler ileri sürmüştür[153].

doğrudan bir sistematik kurallar bütününe *Savigny* metodunun gelişmesinin çok sonrasında kavuşmuştur. *Savigny*'nin görüşlerinden etkilenen dönemin İngiliz hukukçuların çalışmalarında yer bulan kavramlar, büyük ihtimalle İngiliz kaynakları aracılığıyla Amerikan hukukuna kazandırılmıştır. Bu kazandırma da kendisine *Rest. II*'nin en önemli öğesini oluşturan en sıkı ilişki prensibine ilham vermiştir.

Son yirmi yılda, Amerika ve Batı Avrupa'nın sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitine yönelik kuralları aynı temel cevaplar çerçevesinde gitgide birbirlerine yaklaşmıştır. Bu cevaplar, Amerika'da sözleşmeler alanında en çok uygulanan kanunlar ihtilâfı rejimi olan *Rest. II'de*, Avrupa'da ise yeknesak kanunlar ihtilâfı kuralları öngören, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma Sözleşmesi'nde somutlaşmıştır. Birtakım farklılıklara rağmen temel yaklaşımları nerdeyse aynı olan bu metinler, mahkemelerin, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine öncelikli olarak taraflarca seçilen hukuku, taraflarca böyle bir seçimin yapılmamış olması halinde ise, sözleşme ile en yakın irtibatlı ülke veya milletin hukukunu uygulaması gerektiğine işaret etmektedir. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitine yönelik kuralların uluslararası düzeyde 'sessiz uyumlaştırma sürecini' konu almaktadır. Amerikan ve Avrupa kanunlar ihtilâfı kuralları bağlamında karşılaştırmalı bir çalışmanın sadece ilk adımı niteliğinde gördüğü bu teorik çalışmanın amacı, bu iki kanunlar ihtilâfı rejiminin yakınlaşmasını açıklamak ve daha fazla araştırma çağrısı yapmak olarak belirtilmiştir. Bu bağlamda, ilk olarak sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk bakımından Amerikan ve Avrupa hukuklarının birbirine yakınlaşma sürecini tarihsel açıdan değerlendirmek; ardından söz konusu yakınlaşmanın sebeplerini irdelemek ve son olarak kâğıt üzerindeki yakınlaşmanın pratikte de gerçek anlamda bir yakınlaşma anlamına gelip gelmediğine dair yapılacak bir araştırma bakımından önerilerini ortaya koymak esas olmuştur. *Savigny*'nin kanunlar ihtilâfı yaklaşımı, uluslararası toplum ve ekonominin ihtiyacı doğrultusunda bilinçli bir şekilde inşa edilmiştir. Dolayısıyla da bu fikirlerin Atlantik'in iki yakasına günümüz itibariyle uyması şaşırtıcı değildir. Sonuç olarak, her ne kadar pratikteki yakınlaşmanın derecesi tam olarak bilinmese de, teorik olarak özellikle sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara ve bunun yanında diğer hukuk alanlarına ilişkin modern kanunlar ihtilâfı rejimlerinin yakınlaşması, *Savigny*'nin gecikmiş zaferidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Reimann, Mathias (1989), The Historical School against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code, Source: *The American Journal of Comparative Law, Vol. 37, No. 1 (Winter, 1989*), s. 96; Can, C. (1982), *Hukuk Sosyolojisi ve Tarih Açısından Resepsiyon* (Basılı Olmayan Doçentlik Tezi), Ankara, s. 130; Reimann, Mathias (1999), Savigny's Triumph? Choice of Law in Contracts Cases at the Close of the Twentieth Century, *Virginia Journal of International Law, (Va. J. İntt L.),* s. 571-606.

[152] *Göğer,* uluslararası özel hukukun uluslararası kamu hukukunda ve iç hukuktan ayrılması çabasının sonucu olarak uluslararası özel hukukun metodolojisinin ve kuramsal temellerinin atıldığından söz eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. Göğer, 1977a, a.g.k., s. 398. Yine *Göğer'in* bir diğer eserinde modern uluslararası özel hukuk akımları anlatılmaktadır. Uluslararası özel hukuku etkileyen çağdaş akımları Amerikan ve Kıta Avrupası hukuk sistemi bakımından ileriki bölümlerde etraflıca inceleyeceğiz.

[153] Bu görüşler Türk hukukunu da etkilemiştir. Türk hukukunda özellikle Franszı Code Civile etkisinde hazırlanan 23 Şubat 1330 Tarihli Memaliki Osmaniyede Bulunan Tebaayi Ecnebiyenin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanunu Muvakkat (*EHVK*) EHVK'yı da etkilemiştir. EHVK kanunları, *Code Civile*'ye dayanarak ülkesel ve ülkesel olmayan olarak ikiye ayırmıştır. Bu suretle şahsi statülerin yabancı devletler bakımından uygulanmasını esas alan ve adalet-hakkaniyet ölçüsüne uygun olacağını savunan görüşleri Türk hukukuna etki etmiştir. Muvakkat Kanun'un 2 ve 4. maddesi *Code Civile*'nin 3. maddesinin şerhi niteliğinde olup, açıkça kanunların mülkiliği esasını benimsemiştir. Buna göre hukuk ve ticaret davaları, taşınmazlara ilişkin davalar ile miras hukukundan kaynaklanan davalar Türk hukukuna göre çözümlenecektir. Burada önemli olan *lex fori* çerçevesinde karar verilmesidir. Muvakkat Kanunun statücülerin genel anlayışından ayrıldığı nokta ise şudur: Statücüler genel olarak şahsi hukuktan kaynaklanan meseleleri ilgilinin ikametgâh hukukunu tercih ederken, Muvakkat Kanun *Code Civile* etkisi ile milli hukuku tercih etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Göğer, 1969, a.g.k., *s. 237-252*; Göğer, 1970, a.g.k., s. 32 vd.; Göğer, 1970, a.g.k*., s. 225-248;* Göğer, 1977a, a.g.k., s. 390- 413*;* Göğer, 1977b, a.g.k., s. 33 vd.; Çelikel, Aysel (1970), Devletler Hususi Hukukunda Bağlama Kaidelerinin Tespitinde Uygulanacak Yeni Bir Metod, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 35, S. 1-4-, s. 231-248*; Berki, 1966, a.g.k.,

Hukuk disiplinlerinin gelişmesi için öncelikle sorunun temeline ilişkin görüşler doktrin tarafından ileri sürülür, yargı kararlarında bu durum etraflıca incelenir. Bazen de önce uygulamada görüşler ileri sürülürken, sonrasında doktrin durumu inceler. Uluslararası özel hukukta ve daha özelinde de haksız fiillerin gelişimi noktasında bu durum meydana gelmiştir. Haksız fiiller alanında da hâkimlerin, yabancı unsur olup olmadığına bakmaksızın her durumda milli hukuklarını uyguladıkları Roma ve Yunan medeniyetleri döneminden itibaren[154] yabancı unsurlu hukukî ilişkileri anlaşılması güç olaylar olarak nitelendirmektedirler[155]. Bu dönemde elbette haksız fiiller alanında bir kurallar bütününden bahsetmek güçtür. Haksız fiiller alanında kanunlar ihtilâfı meselelerinin çözülmesini beklemek ve bu konuda gelişmelerin meydana gelmesine fırsat verilmesi için XIV. YY. da İtalyan Statücülerini beklemek gerekecektir[156]. Bu dönemde en dikkat çekici yazar İtalyan Statücü olarak bilinen *Bartolus*'tur. *Bartolus* özellikle hâkimin ülkesinde meydana gelen bir haksız fiile, hâkimin hukukunun uygulanması gerektiğini belirterek bu konuda dikkat çeken ilk yaklaşımı göstermiştir. İkinci olarak *Bartolus* hâkimin ülkesi dışında meydana gelen haksız fiiller bakımından ise hâkimin hukukunun değil, haksız fiilin meydana geldiği ülke hukukundaki statünün uygulanmasını önermiştir. Bu da göstermektedir ki ilk olarak *Bartolus* tarafından kanunlar ihtilâfı hukuku alanında haksız fiilin meydana geldiği ülke hukukunun uygulanması kuralı kabul edilmiş ve önerilmiştir[157]. Bu gelişime paralel olarak yapılan yorumlar çerçevesinde, haksız fiillere ilişkin önerilen bağlama kurallarının incelenmesinin ilerde bahsi geçecek olan konuların anlaşılmasını kolaylaştıracağını düşünmekteyiz.

---

s. 33; Berki, Osman Fazıl (1975), Türk Hukukunda Kanun İhtilâflarının Genel Esasları, *M. Koloğlu Armağan'ı*, Ankara, s. 599-612.

[154] Bu dönemde esaslı olarak bir kanunlar ihtilâfı meselelerinin gündeme gelmeyeceği hakkında bkz. Yntma, H. (1953), The Historical Bases of Private International Law, *American Journal of Legal History, V. 2,* S. 301-303.

[155] Turhan, Turgut (1990a), Literatürden Hareketle Haksız Fiilden Kaynaklanan Kanunlar İhtilâfı Alanına İlişkin Bazı Gözlemler, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1989-1990/ S. 1-4, s. 182;* Turhan, Turgut (1989), *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında İka Yeri Kuralı*, Ankara; Turhan, Turgut (1990b), İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1989-1990/ S. 1-4, s. 140.*

[156] Turhan, 1990, a.g.k., s. 14-15.

[157] Ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, 1989, a.g.k, s. 14-15.

5.2. Sözleşme Şartı Kuralı

Haksız fiillerde taraf iradelerini esas alarak hareket eden sözleşme şartı kuralı, 20. yy. başında Fransız hukukçu *Weiss* tarafından önerilmiştir. Buna göre taraflar aynı akitlerde olduğu gibi, haksız fiillerde de hukuk seçme serbestisine sahip olmalıdır. *Weiss* haksız fiiller ile aitleri birbirine benzetmek suretiyle hareket etmiştir[158].

Haksız fiillerde taraf iradelerinin rolü esasında bugünkü manada anlaşılan taraf iradesini yansıtmamaktadır. Yazarın görüşünde haksız fiillerin doğrunda haksız fiil olarak değil, akit veya akit benzeri[159] kurallara atıf yapmak suretiyle, kıyasen hareket ettiği görülmektedir. Hal böyle olunca günümüzde anlaşılan haksız fiillere ilişkin akit benzeri kurallar ile farklılık arz etmektedir[160].

5.3. Şahsi Kanun Kuralı

Özellikle *Mancini* doktrini sonrasında önem kazanan şahsi hukuk kuralları haksız fiilleri de etkilemiştir. Buna göre taraflar arasında meydana gelen bir haksız fiil olayına tarafların şahsi hukukları uygulanacaktır. Burada şahsi hukuk ile kastedilen tarafların vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları hukuktur. Taraflar arasında tamamen tesadüfî bir şekilde meydana gelen hukuka aykırı fiil, zarar ve illiyet bağı ile birleştiğinde meydana gelen haksız fiil, yabancılık unsuru içermesi durumunda tarafların milli hukuklarınca idare edilecektir. Hâl böyle olunca haksız fiil sonucunda tarafların birinin şahsi hukuku olaya uygulanacaktır[161].

İkinci olarak, haksız fiillere uygulanacak hukuk her ne kadar haksız fiilin meydana geldiği yer olarak bağlama kuralına bağlansa da haksız fiili uygulayacak olan hukukun,

---

[158] Ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, 1989, a.g.k, s. 2-3.

[159] Akit benzeri ifadesi özellikle Alman doktrinde taraftar bulan bir yaklaşımdır. Akit benzeri fiillerde, taraflar arasındaki ilişkinin doğrudan bir sözleşme olmaması, bunun yanında taraflar arasındaki ilişkinin haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince talep hakkı da doğurmamasından kaynaklanmaktadır. Zira sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil şartları söz konusu durumda vücut bulmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.. ; Kocayusufpaşaoğlu /Hatemi/ Serozan/ Arpacı, 2006, a.g.k, s.211; Kılıçoğlu, 2012, a.g.k., s. 297; Gümüş, Alper (2012), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt 2*, İkinci Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 233; Özel, Sibel (1999), Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilâfı Meselesi, *Aysel Çelikel'e Armağan, MHB, C. 19, S. 2, s*. s. 744;

[160] *Weiss*'in görüşü pek çok konuda eleştirilmiştir. Bu eleştiriler iki noktada toplanmaktadır. İlk olarak yazarın akitler ile akit benzerleri ile haksız fiil durumunu birleştirmesi neticesinde benzer bir durum yaratmak amacıyla kıyasen yaptığı çağrışım, haksız fiillerin mahiyetine çok da uygun değildir. İkinci olarak ise haksız fiillerden kaynaklanan borç ilişkileri kanundan doğan bir borç ilişkisidir. Kanundan doğan bir borç ilişkisinin, taraf iradeleri ile şekillendirilmesinin ne derece uygun olacağı tartışmalıdır. Bu nedenle kanundan doğan bir borç ilişkisine hükmedecek olan kanun da bu borçtan kaynaklanacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, 1989, a.g.k, s. 2-3.

[161] Ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, 1989, a.g.k, s. 4-5.

tarafların şahsi hukukuna nazaran daha az tazminata hükmetmesi veya hiç düzenlenmemesi durumunda haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlığa yine tarafların şahsi hukuklarının uygulanması gerekecektir. Bu durumun her ne kadar hakkaniyetli bir çözüm getireceği doktrinde dile getirilse de çok cüz'i oranda mahkeme kararında konu olarak uygulama alanı bulmuştur. Zira bu kuralın taraflardan birinin haksız şahsi hukukunun uygulanması sonrasında diğer tarafa haksızlık meydana geleceği ve tarafların şahsi hukuku ile haksız fiil arasında herhangi bir bağlantı olmaması nedeniyle uygulanmaması gerektiği savunulmuştur[162].

5.4. Hâkimin Hukuku Kuralı (*Lex Fori)*

Haksız fiiller, nerede işlenirse işlensin hâkimin hukuku yani *lex fori* uygulanması kuralı çok eski zamanlarda kabul edilmiş kuraldı. Öyle ki ika yeri kuralı öncesinde hâkimin hukuku kuralının uygulandığını belirtmek yanlış olmayacaktır. Bunun nedeni olarak asayiş ve emniyetin tesisinin en iyi hâkimin hukukuna ait kuralların uygulanması ile mümkün olacağı savunulmaktadır.

Lex forist yaklaşım özellikle *Wacther* ve *Savigny* etkisiyle destek bulmuştur. Her iki yazarda farklı nedenler ile bu kuralın uygulanmasına destek vermişlerdir. *Wachter* özellikle asayiş ve emniyetin tesisinin hâkimin hukukunun uygulanması ile tesis edileceğini belirtmektedir. Zira asayiş ve emniyet ceza hukuku ile beraber tesis edilmektedir. Ceza hukukunun kamu düzenini sağlayan bir hukuk dalı olarak varlığını sürdürmesi, ceza hukuku ile bağlantılı olan haksız fiilin, haksız fiili meydana getiren eylemin yarattığı tahribat ve etkiyi en aza indirecek hukuk kurallarını bünyesinde barındıracağı belirtilmiştir[163].

Öte yandan *Savigny* ise ceza hukukunun kamu düzenini tesis edici etkisinin yanında, emredici niteliği uyarınca hâkimin hukukunun bağlantısının sağlanması ile asayiş ve emniyetin tesis edileceğini belirtmektedir. Yazara göre hâkimin hukuku kuralı, özellikle haksız fiil ve ceza hukukunun kamu düzeni ile yakın ilişkisi nedeniyle tercih edilen bir bağlama kuralı olmalıdır[164]. Yine hâkimin hukuku kuralı, ika yerinin tespit

[162] Ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, 1989, a.g.k, s. 5.
[163] Von Wachter C.G. (1964), Wachter's Essay on the Collision of Private International Laws of Different States (Çeviri: Nadelmann, K.H.), *AJCL,* s. 425-427.
[164] Ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, 1989, a.g.k, s. 6.

edilmesindeki güçlük nedeniyle tercih edilmesi gereken bir bağlama kuralı olarak var olduğunu dile getiren yazarlar da mevcuttur[165] [166].

5.5. Borcun Kaynağına Dayanan Hukuk

Özellikle Amerikan hukukunda *I. Rest*. raportörü *Beale* tarafından ileri sürülen bu görüş, her ne kadar yazar tarafından ileri sürülse de *Rest.* de yer almamıştır. Amerikan mahkeme kararlarında ilk defa ileri sürülen bu görüşe göre haksız fiilden doğan tazminat davaları, haksız fiilin meydana geldiği yerden başka bir yerde açılması halinde, doğrudan *lex forist* yaklaşım ile ele alınmamalıdır. Ancak, hiçbir gerekçeye dayanmadan da haksız fiilden meydana gelen borcun, sırf hareket yerinden kaynaklı olarak fiilin meydana geldiği yer hukukunun uygulanacağını istemek ve belirtmek de hukuka uygun sayılmaz. Bu nedenlerle haksız fiilin meydana geldiği yerden başka bir yerde açılan davada uygulanacak olan hukuk, haksız fiile sebebiyet veren borcun tabi olacağı hukuk

[165] Hâkimin hukukunun haksız fiillerde uygulanması hususu mahkemeleri etkilemiş ve oldukça fazla kararda gerekçe olarak tesir etmiştir. Ancak bu kural birçok yönden eleştirilerin hedefi olmuştur. Öncelikle kuralın ceza hukuku ve asayiş ile emniyet kuralları ile bağlantısının bu derece sıkı olarak tesis edilmesi ceza hukuku ile haksız fiil hukukun sınırlarını belirsizleştirmiştir. Şu hâlde ceza hukukunun sınırlarının özel hukukun içerisine kadar girmesine sebebiyet veren bu yorum hâkimin hukuku kuralının haksız fiiller alanında uygulanması hususunda tereddütlere yol açmıştır. Her ne kadar görüşün ileri sürüldüğü dönemde kamu hukuku ile özel hukukun sınırları konusunda tereddütler meydana gelmiş ise de bu durum doğrudan tüm haksız fiil hallerinde ceza hukuku ile emniyet ve asayiş kurallarından kaynaklı olarak hâkimin hukukunun uygulanmasını şart kılmasını gerektirmeyecektir. Ayrıca ceza hukuku ile tesis edilmek istenen kamu düzeni kriterleri ile haksız fiiller ile sağlanmak istenen özel hukuk anlamındaki kamu düzeni kriterleri birbirinden oldukça farklıdır. Bu nedenle kamu düzeninin her durumda değil, yalnızca istisnai hallerde uygulanması gerektiğini savunan uluslararası özel hukuk anlayışının aksine, her türlü haksız fiil ilişkisine ceza hukukundan kaynaklanan nedenlerle hâkimin hukukunun uygulanması kuralını getirmek, kamu düzeninin istisnai niteliğinden sapmak anlamına gelecektir. Hal böyle olunca kuralın amacından çıkılacaktır. Nihayet, haksız fiillere ilişkin hâkimin kuralının uygulanması ile hâkimin hukukunun uygulanacağına dair inancı olan zarar gören taraf lehine *forum shopping* benzeri bir durumun meydana geleceği endişesi bu görüşün eleştirilmesine etki eden bir diğer neden olarak var olmuştur. Turhan, 1989, a.g.k, s. 7-8-9; Nomer, 2015, a.g.k., s. 392-393; Tekinalp/Uyanık, 2016, a.g.k., s. 448 vd.; Göğer, Erdoğan (1966), Haksız Fiilden Doğan Borçların Tabi Olduğu Kanun, *AÜHFD, C. 22-23, S. 1-4, Y. 1965-1966, s. 466.*

[166] İngiliz hukuk sisteminde ilk olarak görülmekte olan hâkimin hukuku (*lex fori*) ile ika yeri sisteminin birleşmesini esas alan düalist sistem olarak da adlandırılan bir sistem daha mevcuttur (*double actionability rule*). İngiliz mahkemelerinde 1870 tarihli *Phillips /Eyre* kararı uyarınca geliştirilen bu sistem haksız fiillerden doğan zararların tazmini için ve özellikle de İngiltere'de bu taleplerin ileri sürülebilmesi noktasında düalist bir yapı ön görmüştür. Buna göre yabancı bir ülkede meydana gelen haksız fiil, hem ika edildiği yerde hukuka aykırı olmalıdır, hem de davanın açıldığı İngiltere'de davanın görülmesi için İngiliz hukuk sistemine göre de hukuka aykırılık teşkil etmelidir. Bu kural hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güneysu, Gülin (1991), İngiliz Hukukunda Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı, *AÜHFD, C. 42, 1991-1992, s. 183 vd*.; Özel, Sibel (2001), Milletlerarası Özel Hukukta İmalâtçının Sorumluluğu, *Nuri Çelik'e Armağan, Cilt 1, İstanbul: Beta Yayıncılık,* s. 892-895.

olacaktır[167]. Zira haksız fiile sebebiyet veren borcun tabi olduğu hukuk düzeni kişi nereye giderse gitsin onu takip eder ve uygulama alanı bulur. Borcun tarafı olan kimse nerede olursa olsun o kişiyi ifaya zorlayabilir.

Bu görüş, birçok Amerikan hukukçusu tarafından kabul edilmemiştir. Zira görüş temelini haksız fiile değil, haksız fiillerden önce var olan bir sözleşmeye dayandırmaktadır. Bu durum her zaman uygulama alanı bulamayabilir. Tesadüfî olarak nitelendiren hakız fiillerde, taraflar arasında daha önceden bir borç ilişkisi olmayacağı için uygulanacak hukuk nasıl tayin olacaktır? Görüş bu durumlarda da doğrudan haksız fiilin meydana geldiği ülke hukukunun uygulanacağı cevabını vermektedir. Ancak çok defa ifade edildiği gibi haksız fiilin meydana geldiği yer hukukunun uygulanması, doğrudan akla gelen bir yol olmakla birlikte, haksız fiilin meydana geldiği ülkenin asayiş ve emniyetinin tekrar tesisi, kamu düzeni gibi nedenlerle açıklanmaktadır. Bu görüş haksız fiillerde uygulanacak hukuk olarak ika yeri kuralına yakın durmaktadır[168].

5.6. İka Yeri Kuralı

İtalyan ve Fransız[169] statücüleri tarafından ilk defa ileri sürülen ve geçmişten günümüze kadar pek çok defa önemi ve mahiyeti tartışılmasına rağmen, bugün dâhi, halen ilk olarak uygulama alanı bulan kural olan ika yeri kuralı (*lex loci delicti commissi*), yabancı unsurlu haksız fiillerin en önemli bağlama kuralıdır[170]. Haksız fiil mahiyeti gereği ne hâkimin hukuku ile doğrudan bağlantılı ne de geçmişte var olan bir başka hukukî düzen ile daha fazla yakın ilişkilidir. Haksız fiil, çoğunlukla tamamen tesadüfî bir şekilde hayatın olağan akışında rast gelen taraflar arasında vuku bulan bir borç kaynağıdır. Elbette haksız fiilin taraflarca tesadüfî bir şekilde olmaksızın da meydana gelmesi muhtemeldir[171]. Böyle durumlarda halin şartlarına uygun olan haksız fiil bağlama kuralı tespit edilmek suretiyle uyuşmazlık çözülecektir.

---

[167] Göğer, 1966, a.g.k., s. 470; Hancock, M. (1949), *Torts in the Conflict of Law*, Michigan Legal Studies, 62 vd.; Bu konudaki Amerikan içtihatları için Lorenzen, E. (1947), *Selected Articles on the Conflict of Laws, New Haven*, s. 362 vd.

[168] Aynı yönde görüş için bkz. Göğer, 1969, a.g.k., s. 455.

[169] Fransız Yüksek Mahkemesinin 25.5.1948 tarihli *Latour* kararıyla Fransız hukukunda haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ika yeri hukukunun yetkili olduğu kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Uluocak, Nihal (2002), Milletlerarası Haksız Fiil İhtilâflarında Fransız İçtihadındaki Yeni Gelişmeler, *MHB, Ergin Nomer'e Armağan, Y. 22, S. 2,* s. 950-951;

[170] Morse, C. G. J. (1984), Choice of Law in Tort: A Comparative Survey, *AJCL., Vol. 32, 1984,* s. 90.

[171] Haksız rekabet, imalâtçının haksız fiil sorumluluğu vb. gibi…

Haksız fiillerde tarafların mağduriyeti ve zararı yanında haksız fiilin meydana geldiği yerin de asayiş ve güvenlik kurallarının ihlal edilmesi, kamu düzeninin sarsılması söz konusudur. Haksız fiili meydana getiren fiil, bu yönü itibariyle nerede meydana gelmiş ise ilk olarak orası ile yakın ilişki içindedir. Tarafların işlem güvenliği ilkesi[172] gereğince bulunduğu ülkedeki hukuka uygun olarak hareket etme zarureti bulunmaktadır. Bu nedenle bulunulan yerin hukuku uyarınca işlem güvenliği tesis edildikten sonra, haksız fiili meydana getirecek fiilin meydana gelmesi ile emniyet ve asayiş kuralları bozulacaktır. İşte ika yeri kuralı bu emniyet ve asayiş kurallarının tekrardan en iyi şekilde haksız fiili meydana getiren fiilin meydana geldiği yerin hukukunun uygulanması ile telafi edileceği düşüncesini ileri sürdürmüştür.

Yabancı unsurlu haksız fiillere uygulanacak olan hukukun ika yeri hukuku olmasını teklif eden görüş, çok eski tarihli olmasına rağmen, bugün dahi birçok ülke hukuklarında uygulama alanı bulmaktadır. Gelişen teknoloji sonrasında, karmaşık bir yapıya sahip haksız fiil türlerinin gündeme gelmesi, haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ika yeri hukukunun önemini kaybetmesine neden olmuştur. Ancak bu önemi kaybetme esas olarak tamamen yürürlükten kalkma değil, alternatif bir uygulama alanı bulmak anlamına gelmektedir. Zira birçok haksız fiil kuralı, doğrudan ika yeri kuralına bağlanmasa da ika yeri kuralını bir ek bağlama kuralı olarak içine almaktadır. İka yerinin genel olarak tespitindeki kolaylık, hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirliğe ilişkin vermiş olduğu güven, milletlerarası karar uyumunun sağlanmasındaki tecrübe gibi nedenler ile ika yeri kuralı, tüm handikaplarına[173] rağmen geçerliliğini yitirmemiştir. Şu hâlde geçen bunca

---

[172] İşlem güvenliği ilkesi, ilgilinin işlem ehliyeti ile alakadar olup, şahsi statüye tabi olan hukukî işlem yapma ehliyetinin, şahsi statüye tabi olmaksızın hukukî işlemin yapıldığı yer hukuku uyarınca ehliyete tabi olmasıdır şeklinde tanımlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, 2015, a.g.k., s. 222 vd.

[173] "*5718 sayılı MÖHUK'da haksız fiiller alanında kabul edilen bağlama kuralları dikkate alındığında, fiil yeri ve zarar yerinin belli bir ülkenin egemenlik alanı dışında olması halinde, uygulanacak hukukun tespitine imkân tanıyan bir çözüm yolu kabul edilmiştir. Bu çözüm şekli, açık hüküm olmayan hallerde de kabul edilen, sıkı ilişkili yer hukukudur. Gemi ya da hava gemilerinin sebep olduğu ya da gemi veya hava gemilerinin açık denizlerde olduğu esnada araç içinde meydana gelen haksız fiiller bakımından hâkim, önceki dönemde doktrinde savunulan bayrak kuralı veya sicil yeri kuralını sıkı ilişkinin tespitinde bir veri olarak nazara alarak, haksız fiilin sıkı ilişki içinde bulunduğu yer hukukunu tespit edecek ve ihtilâfa bu yer hukukunu uygulayarak maddi çözüme kavuşturacaktır. İka yerinin tespitinde güçlük olan hallerde de, tabiî ki, taraflar haksız fiilin işlenmesinden sonra aralarında anlaşarak uygulanacak hukuku tespit edebilirler*", Doğan, 2015, a.g.k., s. 404.

zaman ve gelişen teknolojiye rağmen haksız fiillerde ika yeri kuralı halen önemini korumaktadır[174].

5.7. Zarar Yeri Kuralı

Bazı durumlarda ika yerinin belirlenmesindeki zorluk[175] ve gelişen teknoloji ile birlikte ika yeri bağlama noktasının taraflar ile ilişkisinin zayıf olması ve en önemlisi de zararın ortaya çıktığı yer ile ika yerinin farklı yerlerde olması sonrasında 20. yy. ortalarında ika yerine alternatif bir kural oluşturma gereği ortaya çıkmıştır.

Yabancı unsurlu haksız fiillerde zararın meydana geldiği yer ile belirtilmek istenen konu, haksız fiili meydana getiren fiil sonrasında zararın ortaya çıktığı yerdir. Haksız fiil sonrasında zararın meydana geldiği yerin neresi olacağının tespit edilmesinde esas alınacak kriter, fiilin sonrasında sonuçlarının ve yansımalarının nerede ortaya çıktığıdır. Bir diğer ifade ile zararın meydana geldiği tespit edilirken dikkat edilmesi gereken, hukuken korunan menfaatin, hukuka aykırı işlem veya eylem ile etkilendiği yer değildir. Hukuken korunan menfaatin, hukuka aykırı fiilden etkilenmesi suretiyle "*sonucun ortaya çıktığı*" yerdir[176]. Özellikle haksız fiil sonrasında maddi zararın ortaya çıkması sonrasında, manevi bir zarar da farklı bir ülkede meydana gelir ise bu durumda ika yeri kuralı her ikisine de uygulanacak mıdır?

Maddi hukuk bakımından fiilin meydana geldiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı yerler olması durumu arasında bir fark bulunmamaktadır. İster dar anlamda

---

[174] İngiliz hukukundan esinlenen Amerikan hukuku, özellikle haksız fiillere uygulanacak hukuk bakımından ciddi bir biçimde ayrılmıştır. *I. Rest*. bakıldığında açık olarak ika yeri kuralının uygulama alanının kabul edildiğini belirtmek gereklidir (I. *Rest. p. 384*). II. Rest. ise yapıldığı süreç zarfında mahkeme içtihatlarından esinlenerek ika yeri kuralını açıkça ilk kural olarak uygulamaktan vazgeçmiştir. Amerikan hukukunun genel politikalarının belirtildiği *II. Rest. p. 6*'da belirtilen politikalar ilk olarak uygulama alanı bulacaktır. Bundan kasıt özellikle *Babcock v Jackson* kararı sonrasında gündeme gelen en sıkı irtibatlı hukukun tesis edilmesindeki mantıktır. Amerikan hukuku II. Rest. ile bu kuralı dünya üzerinde ilk gündemine alan ve düzenleme yapan hukuktur. İka yeri hukuku ise eğer ki en sıkı irtibatlı hukukun tespiti aşamasında hâkimin dayanacağı argümanlar zayıf ise bu durumda uygulama alanı bulacak bir alternatif bağlama kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Dünya üzerinde halen ilk olarak ika yeri bağlama kuralının gündeme geldiği ülkeler de mevcuttur. Avusturya hukukunda 1979 yılında kabul edilen devletler özel hukuku kanununun 48. maddesinde açıkça akit dışı borç ilişkilerinden kaynaklanan tazminat taleplerinin, zarara yol açan fiilin işlendiği yer hukukuna tabi olduğu düzenlenmiştir. Yine İtalyan hukukuna bakıldığında bir borç olarak kabul edilen haksız fiillerin, bu borcu meydana getiren fiilin işlendiği ülke hukukunun uygulanarak çözümlenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Türk hukukunda ise EHVK ile birlikte 2675 sayılı MÖHUK ve 5718 sayılı MÖHUK uyarınca açıkça ika yeri kuralının uygulandığı görülmektedir.

[175] Eleştiriler için bkz. Tekinalp/ Uyanık, 2016, a.g.k., s. 452.

[176] Özellikle uluslararası sularda meydana gelen haksız fiillerde ve hareketsiz kalmak suretiyle ortaya çıkan zararlarda uygulanacak hukukun tespitinin güçlük arz etmesi nedeniyle zarar yeri kuralı daha yapıcı ve çözüm sunucu olduğu kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp/ Uyanık, 2016, a.g.k., s. 452.

ister geniş anlamda haksız fiil türlerinden birisi olsun, haksız fiili meydana getiren hareketin işlenmesi sonrasında haksız fiili tamamlayan unsur olan zarar unsurunun meydana geldiği yerde haksız fiil tamamlanacaktır. Burada haksız fiili meydana getiren unsurun zarar unsuru olması nedeniyle, zararın meydana geldiği yerin hukukunun, haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkisine uygulanması teklif edilmiştir. Burada sorumluluğun belirleyicisi, hukukî değer taşıyan bir varlığın zarara uğramasıdır[177].

Zarar yerinden kasıt haksız fiili meydana getiren hareketin sonrasında, sonuçlarının ortaya çıktığı yerdir. Bir diğer ifade ile zarar yeri, haksız fiilin sonrasında tamamlayıcı unsur olan zararın sonuçlarının ve yansımalarının doğrudan ortaya çıkarak göründüğü yerdir. İka yerinin haksız fiil için yeterli olmaması, öte yandan da özellikle haksız fiile ilişkin hazırlık işlemlerinin yapıldığı yerlerin ika yeri olarak kabul edilmemesi ve nihayet tüm haksız fiiller bakımından, özellikle de hareketsiz kalmanın meydana getirdiği zararlar bakımından uygulanacak hukukun tespitinde zarar yeri kriteri sorun çözücü bir kural olmuştur. İka yeri kuralının uygulanmasını mümkün kılmayan ve yetersiz kaldığı alanlarda zarar yeri hukukunun uygulanması esaslı bir çözüm meydana getirmiştir[178].

5.8. En Sıkı İlişkili Hukuk Kuralı

Daha önce de belirttiğimiz üzere Amerikan içtihat hukuku kaynaklı bir teori olan "*en sıkı irtibata haiz hukuk*" anlayışı, Amerikan mahkemelerinde uygulanması sonrasında Kıt'a Avrupasında da uygulama alanı bulmuştur. Kanun koyucular, hayat tecrübeleri ve mahkeme içtihatlarından kaynaklanan kararları toplar ve değerlendirir. Bu değerlendirme sonrasında yabancı unsurlu hukukî ilişkilerde uygulanacak hukukun tespiti hususunda en çok karşılaşılan irtibat noktalarını tespit eder. Sonrasında ise bu irtibat noktalarını sistematik bir düzen halinde kanunlaştırır. Bu noktada kanun koyucuların tespit ettiği

[177] Özellikle Kıt'a Avrupasında kabul edilen zarar yerine ilişkin bir görüşe göre, zarar görenin zarara ilişkin haklarını tazmin edebilmesi amacıyla kendisine bir seçim hakkının verilmesi kabul edilmektedir. Alman Federal Mahkemesince uygulanan ve sonrasında İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kabul edilen ve nihayet İtalyan hukukunda da benimsenen söz konusu yönteme göre, ika yeri ile zarar yerinin farklı ülkelerde olması durumunda haksız fiilden kaynaklanan zararın tazminine ilişkin uyuşmazlıklarda, zarar görenin telafi edilmesi gereken üstün menfaati uyarınca, zarar görene bir seçim hakkı tanınarak, ika yeri ile zarar yeri arasında bir hukuk sistemini tercih edebilmesi olanağı kabul edilmiştir. Zarar görenin seçim hakkını kullanmaması durumunda, zarar görenin menfaatlerinin tespiti hâkim tarafından yapılacaktır. Hâkim zarar görenin en uygun menfaatlerini tespit edecek ve ona uygun hukuku uyuşmazlığa tatbik edecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gómez, K. F. (2004), The Law Applicable to Cross-Border Environmental Damage: From the European National Systems to Rome II, *Yearbook of Private International Law* (*YPIL*), *C. 6,* s. 299 vd.; Reimann, M. (2000), Codifying Torts Conflicts: The 1999 German Legislation in Comparative Perspective, *Louisiana Law Review* (*La. L. Rev.*) *Vol. 30,* s. 1300.

[178] Çelikel/Erdem, 2016, a.g.k., s. 420 vd.

bağlama kuralları hukuk düzeninde meydana gelen birçok olayın sistematik olarak sunulmasıdır. Ancak, pek tâbidir ki kanun koyucu tüm halleri ve hayatta karşılaşılacak tüm durumları kanun ile düzenleyemeyebilir. Böyle bir durum kazuistik düzenlemelerin yapılmasına sebebiyet vermekle birlikte, gereksiz pek çok durumun kanun sistematiği içinde yer alması anlamına gelecektir. İşte, kanunlar ihtilâfı çerçevesinde hâkimin uygulanacak hukuku tespit ederken yapacağı araştırmada, kanun koyucunun tespit ettiği bağlama noktalarından hiç birine uymayan bir durum ile karşılaşılması halinde ya da tespit edilen bir bağlama kuralına uymakla birlikte, hukukî kesinlik, güvenlik, öngörülebilirlik içinde, uluslararası özel hukuk menfaati, taraf menfaati gibi menfaatlerin tesis edilmesi noktasında tatmin sağlanamaması durumunda ne yapılacağı sorusuna ilk olarak Amerikan mahkemeleri cevap vermiştir. Böyle bir durumun meydana gelmesi halinde en sıkı irtibatlı hukuk anlayışı ile hâkim, uyuşmazlık içinde tarafların tüm irtibatlarını ve durumlarını değerlendirmek suretiyle, taraf menfaati çerçevesinde taraflar ile en sıkı irtibata haiz olan hukuku tespit edip uyuşmazlığa tatbik edecektir.

En sıkı irtibata haiz hukuk anlayışı içinde hâkimin takdir yetkisi mevcuttur. Ancak bu takdir yetkisi tam bir serbesti içermemektedir. Hâkim, uyuşmazlığa ilişkin tüm durumları değerlendirerek, uyuşmazlığın niteliği ve tarafların irtibatlarını tespit ederek nitelikli bir durum meydana getirecektir. Haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklar bazında değerlendirildiğinde ika yeri, zarar yeri ile birlikte, tarafların tâbiiyetleri, mutad meskenleri, haksız fiil teşkil eden olayın niteliğinin değerlendirilmesi sonucu, olayın kanun koyucunun tespit ettiği bağlama noktalarından birine dâhil olmaması veya bu bağlama noktasından daha sıkı irtibatlı başka bir bağlama noktasına dayanması halinde en sıkı irtibata haiz hukuk olarak hâkimin tespit ettiği bu hukuk uygulanacaktır[179].

[179] "*Bu fikri gelişmeye uygun olarak, yeni literatürde haksız fiillerden doğan borçlara uygulanacak hukuk probleminin çözümünü genel bir kurala bağlamaktansa, her müstakil olay için bir çözüm aranması eğilimi güçlenmektedir. Bu eğilim, özellikle aynı devlet vatandaşı olan şahıslar arasındaki haksız fiil olaylarında, belirli şartlar altında, tarafların ortak şahsi statülerini tatbik etmek isterken haklılık kazanacaktır. Ortak şahsi statü, zarar veren ile zarara uğrayan arasında, ika yerine nazaran, devamlılık arz eden ve gözden kaçırılamayacak bir bağlama unsuru olarak ortaya çıkmaktadır. Eğer iki Türk vatandaşı yabancı ülkede seyahat ederken arabalarıyla çarpışmışlarsa, tazminat probleminin, tarafların içerisinde yaşadıkları ortak Türk hukuku yerine, yabancı bir hukuk çerçevesinde çözümünü tercih ettirecek bir sebep bulmak kolay değildir. Buna karşılık, tarafların müşterek oturma yerinin tek başına haksız fiil yeri kaidesini bertaraf etmesini kabul etmek kolay değildir. Mahkemelerin ve doktrinin haksız fiil yeri hukukunu bertaraf etme çabaları maddi hukuk hakkaniyetini ve hukuk güvenliğini temin edebilecek genel bir bağlanma kaidesine ulaşamadı*" Nomer, 2016, a.g.k., s. 346; Göğer, 1969, a.g.k., s. 458.

En sıkı irtibata haiz hukuk anlayışı ile kanun koyucunun belirlediği bağlama kurallarının sınırlandırılması amaçlanmaktadır[180]. Bir diğer ifade ile hâkime geniş takdir yetkisi tanınmak suretiyle, daha sıkı bir irtibat tesis edilmesi halinde bu hukukun uygulanması ve nihayet uluslararası özel hukuk hakkaniyeti ve taraf menfaati gibi olguların bu surette tesis edilmesi sağlanmaktadır. Zira belirli bir kategoriye dâhil olan tüm hukukî ilişkileri, her olayda, olayın özellikleri dikkate alınmadan uygulanması, gösterici niteliği haiz olan uluslararası özel hukuk kurallarının adaletsiz maddi hukuk sonuçlarına götürmesine sebep olabilir. Bu nedenle esnek ve değişken bir yapıya sahip olan uluslararası özel hukuk kurallarının tek ve değişmez kurallar ile hizmet vermesinin önüne geçilmek suretiyle, hâkimin takdir yetkisi[181] çerçevesinde taraflar ve olayla daha ilişkili hukuka bağlayarak hakkaniyetli bir kararın önü açılmak istenmektedir[182] [183].

5.9. Özel Haksız Fiil Türleri Bakımından Bazı Sistemler

Daha önce bahsettiğimiz üzere uluslararası özel hukukun gelişiminin ivme kazanması II. Dünya Savaşı sonrasına rast gelmektedir. Uluslararası özel hukuk yazarları, II. Dünya Savaşı sonrasında teknolojinin gelişmesi ve kapitalizm kökenli yeni bir ekonomik modelin rol oynaması sonrasında ortaya çıkan yeni hukukî durumların yarattığı sorunlara çözüm üretmek için çalışmalarını arttırmışlardır. Yeni sorunlar maddi hukuk

---

[180] Çelikel, 1970, a.g.k., s. 235.

[181] Bu noktada hâkimin takdir yetkisine ilişkin kanaatlerimizi çok kısa ifade etmek istiyoruz: Hukukun uygulanması ve hâkimin hukuku bilmesi ilkesi, hukuk kurallarının somut olaylara uygulanabilmesi, bununla yükümlü olan hâkimlere geniş yetkiler tanınmasını zorunlu kılar. Kanun koyucunun iradesi ile oluşturulan hukuk kuralı, yayımlandıktan ve yürürlüğü başladıktan sonra artık onun denetiminden çıkar ve bağımsız bir nitelik kazanır. Bu durumda somut olaya uygulanacak nitelikte bir kuralın moda-mod her durumda aynen uygulanması mümkün değildir. Bu nedenledir ki kanun koyucu bu tür durumlarda somut hakkaniyeti sağlamak amacıyla bilerek ve isteyerek boşluk bırakmıştır. Bu boşluk durumu kimi zaman örf adet hukuku ile doldurulması gerekli olan bir kanunda boşluk durumu meydana getirirken, kimi zaman da tamamiyle hiçbir düzenlemenin yer almadığı hukukta boşluk hali meydana getirir. Böyle durumlarda hâkim yine kanun koyucunun kendisine tanıdığı yetki ve usul ile hukuk ve kanun yaratarak boşluğu doldurur ve ihtiyaca cevap verir.

Uluslararası özel hukukta en sıkı irtibata haiz hukuk kuralı anlayışı acaba hâkimin hukuk/kanun yaratmasının bir yansıması olarak telaffuz edilebilir mi? Kanaatimizce, hâkimin hukuk yaratması ile uluslararası özel hukuk kapsamında en sıkı ilişkili hukukun tespit ve tayini arasında bir bağlantı yoktur. Uluslararası özel hukukta hâkimin hukuk yaratarak, uluslararası özel hukuk kurallarının boş bıraktığı bir alanda düzenleme yapması elbette mümkündür. Ancak, en sıkı irtibata haiz hukuk kuralının tespiti aşamasında hâkim, olmayan veya boşluk bırakılan bir alanda bir hukuk/kanun yaratmaktan uzak bir şekilde, uyuşmazlığa uygulanacak olan hukukun tespitine ilişkin bir çalışma yapmaktadır. Hâl böyle olunca, hâkimin hukuk yaratması ile en sıkı irtibata haiz hukuk kuralının tespit edilerek en sıkı irtibatlı hukuku bulmak hukuk yaratmak değil, var olan uyuşmazlığa, kanaat kullanmak suretiyle var olan bir hukuk ile buluşturmaktır.

[182] Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel, 1970, a.g.k., s. 235.

[183] En sıkı irtibata haiz hukuk kuralı anlayışında hâkime geniş takdir yetkisi verilmesinin sakıncaları hakkında bakınız: Turhan, 1989, a.g.k., s. 378 vd.; Tekinalp/ Uyanık, 2016, a.g.k., s. 452.

kuralları ihtiyacı yanında yabancı unsurlu hukukî ilişkiler alanında da kendini göstermektedir. Özellikle haksız fiilden kaynaklı sorunların çözümü noktasında kanun koyucuların kabul ettiği ve doktrinde de sınırlı olarak ileri sürülen görüşler ve tespit edilen irtibat noktaları yetersiz kalmıştır. Tüm bunların getirdiği sorunların aşılması amacıyla haksız fiiller alanında özel olarak düşünülen türlerde genel bağlama kurallarının dışında, özel kurallar koyulması ve bu kurallara göre özel çözüm önerilerinin değerlendirilmesi gerektiği düşünülmüştür.

Haksız fiiller alanında böyle bir düşüncenin gelişmesinde temel neden genel kural olarak belirtilen ika yeri kuralı ile zarar yeri kurallarının yetersiz kaldığı düşüncesidir. Her zaman taraflar ile en sıkı ilişkili hukuku tespit etmek üzere kodifiye edilen uluslararası özel hukuk kuralları, uluslararası özel hukuk hakkaniyeti ve taraf menfaatlerini temel alarak, bu menfaatler ile uyuşmazlık konusu haksız fiil türü arasında en iyi irtibatı sağlamak amacıyla yeni kurallar kabul etmiştir. Öte yandan uluslararası özel hukuk alanında kabul edilen haksız fiil türleri, maddi hukuktan bağımsız olarak düzenlenmemektedir. Maddi hukukta kabul edilen bir kural veya düzenleme, daha sonra aynı konuda meydana gelmesi olası bir yabancı unsurlu hukukî ilişkiye tatbik edilmesi durumuna ilişkin, ayrıca kanunlar ihtilâfı alanında da düzenlenmektedir[184]. Aşağıda bu kurallardan en önemlileri olarak düşünülen alanlarda önerilen bağlama kuralları belirtilmektedir.

5.9.1. *Culpa in Contrahendo'dan* Kaynaklanan Bir İhlal Halinde Uygulanacak Hukuk Önerileri

Culpa in conrahendo sorumluluğu denildiğinde bir sözleşmenin akdedilmesi sırasında tarafların sebep olduğu kusurlu bir fiil neticesinde meydana gelen zarar anlaşılmaktadır[185]. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu sözleşme görüşmeleri esnasında sorumluluk olarak tanımlanmış olsa da taraflar arasında henüz bir sözleşme olmadığı için doktrinde bu tarz ilişkilerin hukukî niteliğinin değerlendirilmesi noktasında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür[186]. Bu görüşlerin temelini *culpa in contrahendo*

[184] Ayrıntılı bilgi için bkz. Yasan, Candan (2015), *İmalâtçının Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 110.
[185] Demircioğlu, H.R. (2009), *Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk* (*Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*), Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 9.
[186] Sirmen, Kazım Sedat (2016), *Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini,* Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 84.

sorumluluğunun bir haksız fiil ilişkisi mi yoksa sözleşmesel bir ilişki mi olduğu oluşturmaktadır. Bu konuda tartışmalar halen sonuçlanmamakla birlikte, hukukî ilişkinin niteliğinin önemli olduğu ve buna uygun olarak vasıflandırılması gerektiği belirtilmektedir[187].

Culpa in contrahendo sorumluluğunun haksız fiil ilişkisi arz etmesi durumunda uygulanacak hukukun ne olacağı hakkında, yine hukukî ilişkinin niteliğine göre değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir[188]. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun sözleşme görüşmelerini yarıda kesmesinin[189] bir sonucu olarak meydana gelmesinde akdi bir sorumluluk olduğu ve sözleşmeye uygulanacak hukuk kurallarına başvurulacağı belirtilirken, geçersiz bir sözleşmenin kurulmasına sebep olma[190] da bir sözleşme ilişkisinin sonrasında gündeme geldiği için yine akdi borç ilişkisinden kaynaklanan borçlara uygulanacak hukukun uyuşmazlıkta kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir[191]. Öte yandan yine beklentilerin gerisinde bir sözleşme ilişkisinin kurulmasına neden olma fikri ile sözleşme menfaatlerinin sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan nedenlerle karşılanamaması hallerinde uygulanacak hukukun akdi borçlara uygulanacak kurallar olduğu öne sürülmüştür[192].

Culpa in contrahendo ilişkilerinde uygulanacak hukukun tayin edilmesinde önemli bir düzenleme olan *Roma II Tüzüğünde*[193] durum farklı nitelendirilmiştir. *Roma II* Tüzüğü, akit dışı hukukî ilişkilerin uygulanacak hukuku gösteren düzenleme olarak yürürlüğe girmiştir[194]. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu bakımından hangisinin yürürlüğe gireceği ise tartışma hususu olmuştur. Akdi hükümlerin uygulanması gerektiğini savunanlar *Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma I Tüzüğünün* uygulanması gerektiğini gösterirken, haksız fiil nitelendirmesini yapanlar

[187] Akıncı, Ziya (1992), *Tarafların Yetkili Hukuk Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Ankara, s. 60.
[188] Sirmen, 2016, a.g.k., s. 87.
[189] Tarman, Z. Derya (2010), Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, *Prof. Rona Serozan'a Armağan, C. II*, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, s. 1671.
[190] Tiryakioğlu, Bilgin (1996), *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk,* Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 48-49; Tarman, 2010, a.g.k., s. 1672.
[191] Tarman, 2010, a.g.k., s. 1675; Sirmen, 2016, a.g.k., s. 92.
[192] Tarman, 2010, a.g.k., s. 1676; Sirmen, 2016, a.g.k., s. 93.
[193] Akit Dışı Borç İlişkileri Kapsamında Roma II Tüzüğünde vekâletsiz iş görme kavramı "*Negotiorum Gestio*" olarak isimlendirilmiştir. Tüzük metni için bkz. http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32007R0864:EN:HTML (Erişim Tarihi: 6.3.2017).
[194] Roma II Tüzüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.

Roma II Tüzüğü'nün uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir[195]. Tartışmalar sonrasında orta bir yol izlenmiş, *culpa in contrahendo* kavramına akit dışı hukukî ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkındaki *Roma II Tüzüğünde* yer verilmiştir[196]. Ancak bu konunun akit dışı hukukî ilişkileri hakkında düzenlemede yer verilmesi bir karışıklığa yol açmamalıdır. Zira her ne kadar *culpa in contrahendo* sorumluluğu bir haksız fiil ilişkisi şeklinde nitelendirilmiş olsa da uygulanacak hukuk konusunda sözleşme statüsü kabul edilmiştir (m.12). Bu kapsamda müzakereler sonrası bir sözleşmenin akdedilmiş olup olmamasının önemi olmamakla birlikte, sözleşmenin akdedilmiş olduğunu varsaymak suretiyle, sözleşme ilişkisine hangi hukuk uygulanacaksa o hukukun uygulanması kabul edilmiş olmaktadır[197].

5.9.2. Haksız Rekabet-Rekabet Hukuku İhlalleri Halinde Uygulanacak Hukuk Önerileri

Dünya genelinde rekabetçi, satış ve pazarlama odaklı bir piyasanın varlığı halinde, müteşebbisler arasında satışlarını arttırma amacıyla saldırgan modeller geliştirmemeleri düşünülemez. Saldırgan satış modelleri alıcılar bakımından fiyat endeksi düşüklüğüne yol açarak bir avantaj sağlasa da, sektörde faaliyette bulunanlar bakımından aynı derece iyimser bir yaklaşımın bulunduğunu belirtmek haksızlık olur. Zira 21. yy. içinde kişilik hakları gibi, kişilik haklarının bir uzantısı olarak zihinsel ve fiziksel bir becerinin sonucunda ortaya çıkmış olan eserlerin de bir kişiliğinin olduğundan bahsetmek gerekmektedir. Marka, tasarım, ürün, faydalı model, tüzel kişi şirketler vb. insan emeği ile yaratılan ve gelişimi bakımından uzun yıllar gerektiren, bir tür yatırımın sonucu olarak kabul edilen bu hakların korunması da hem fikri mülkiyet haklarının konusu alanına girer, hem de bu ürünlerin satışının yapıldığı piyasalarda saldırgan satış yöntemleri ile ekonomik kayıpların meydana gelmesi bir tür haksız fiil olarak isimlendirilir[198]. Öte

---

[195] Bkz. *Max Planck Institut, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations* (Rome I), Nr. 20-23.

[196] Tarman, Z. Derya (2009), Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S.2,* s. 193-221.

[197] Önal, Ali (2016), Türk Hukuku ve AB Hukuku Çerçevesinde Vekaletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan, C.3*, s. 2151.

[198] 1967 yılında gerçekleştirilen Uluslararası Haksız Rekabet Kongresinde haksız rekabetlerin sonucunda meydana gelen zararların vasıflandırılması konusunda genel haksız fiil kurallarından ayrınılması gerektiği ve bu noktada meydana gelen zararların en sıkı ilişkili hukuk olarak piyasası etkilenen hukuk ile çözüme kavuşturulması teklif edilmiş ve uygulamaya konulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sarıöz, A. İpek (2012), *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*

yandan doğrudan aldatıcı reklam, aldatıcı faaliyetler yoluyla da haksız fiilin meydana gelmesi sonrasında yine haksız kazançlar, ekonomik kayıplar söz konusu olmaktadır[199].

Haksız rekabet ve rekabet ihlalinin uluslararası bir nitelik arz etmesi durumunda uygulanacak hukukun tayin edilmesi ihtiyacı, başlangıçta ika yeri ve zarar yeri prensipleri çerçevesinde yapılan yorumlar ile giderilmeye çalışılmıştır. Ancak hem ika yeri kuralı hem de zarar yeri kuralı haksız fiiller ve haksız rekabet sonucunda meydana gelen zararların telafi edilmesinde gösterilecek maddi hukuk kuralı ile en sıkı ilişkiye haiz olmayabilirdi. Zira her iki disiplin de ekonomik bir haksız fiil modeli olarak varlığını göstermektedir[200]. Ekonomik haksız fiillerin temel özelliği şudur: Ekonomik haksız fiillerde haksız fiilin oluşumu bakımından şart olan unsur olan zarar unsurunun doğrudan mal varlığında bir aktifin eksilmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi mal varlığında aktifin azalmaması ancak muhtemel aktiflerin girişinin engellenmesinin mümkün olması hali olarak da isimlendirilecektir. Bu nedenle ekonomik olarak işlenebilecek olan haksız fiillerin doğrudan ika yerinden daha çok ekonomik olarak piyasanın etkilendiği[201] ülke ile daha çok ilgisi vardır. Hâl böyle olunca da en sıkı irtibatlı hukuk olarak piyasası etkilenen hukuk yakından ilgilidir[202]. Sonuç olarak ekonomik haksız fiil türü kabul edilen

---

ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 85 vd.

[199] Aldatıcı reklamlar bakımından uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tarman, Z. Derya (2011), *Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamdan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 165 vd.

[200] Ekonomik haksız fiilin varlığı ve nitelendirilmesi hakkında bkz. Sanlı, 2007, a.g.k., s. 104.

[201] Piyasanın etkilendiği hukuku açıklamadan önce *piyasa* kavramına değinilmelidir. Burada belirtilen piyasadan kasıt kanunlar ihtilâfı kuralını koyan hukuka göre yapılan tayin gereğince var olan piyasadır. İlgili piyasanın tanımı bakımından çok katı davranılmamalı, uygulanacak hukuk tayin edildikten sonra piyasanın tanımı taraflar arasında ihtilaf konusu olmuş ise olayın esasına uygulanacak hukuk çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir. Tarman, 2011, a.g.k., s. 112 vd.

[202] Piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukunun uygulanmasını kabul eden bu kural, "*etki kıstası*" olarak tüm dünyada kabul edilmesini kolaylaştıran bir sistem olarak gündeme gelmektedir. *Etki kıstası*, genel olarak haksız fiiller alanında kabul edilmiş olan ika yeri kuralının ekonomik haksız fiiller alanındaki görünüm şekli olarak kabul edilmektedir. *Etki kıstasında* önemli olan haksız fiilin ika yeri ile zarar yerinin farklı ülkelerde olması durumunda ekonomik haksız fiiller açısından zarar yerinin meydana geldiği yer etki ilkesi uyarınca zarar yeri olarak kabul edilmektedir. Piyasa üzerinde ekonomik olarak etkiyi esas alan bir bağlama kuralı olan bu kural, *lex loci delicti commissi* genel bağlama kuralının özel bir duruma uygulanmasını ifade etmek için kullanılmaktadır. Haksız rekabet hukuku alanında "*sonuç*" yeri hukukunun uygulanması yerine, etkinin sonuçlarının doğrudan veya dolaylı olarak ortaya çıktığı pazarın bulunduğu ülke hukukunun uygulanması, haksız rekabet hukukunun ve haksız rekabet eylemlerinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bilindiği üzere, haksız rekabet alanında amaç, aynı pazarda bulunan rakipleri birbirine karşı rekabetin "aşırı" olmasından, rakiplerin birbirlerine aktif-pasif şekilde saldırması ile meydana gelmekte ve rakipler ile aynı zamanda tüketicilerin de bulunduğu piyasayı korumayı amaç edinmektedir. Bu özellikler göz önüne alındığında, ulusal ve uluslararası düzenlemelerin, haksız rekabete uygulanacak hukukun tespitinde etki kıstasından hareketle piyasası etkilenen hukukun uygulanması kuralının neden yaygın olarak tercih ettiği anlaşılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tiryakioğlu, Bilgin (2010), Türk

haksız rekabet ve rekabetin engellenmesi[203] alanlarında piyasası etkilenen hukukun uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.

5.9.3. İmalâtçının Akit Dışı Sorumluluğu Hakkında Uygulanacak Hukuk Önerileri

İmalâtçının sorumluluğu kapsamında uygulanacak hukuk tespit edilirken esas dikkat edilmesi gereken nokta, imalâtçının sorumluluğunun vasıflandırılmasıdır[204]. İmalâtçının sorumluluğu vasıflandırılırken, sözleşmesel ve haksız fiil yönü dikkat edilerek bir vasıflandırma yapıldığı görülmektedir[205]. Zarar gören kimse imalâtçının sorumluluğu ile sözleşmesel bir ilişki kurduğu temeline dayanması durumunda sözleşmeye uygulanacak hukuka dair bağlama kuralları devreye girecektir. Bu noktada sözleşmenin ifa edildiği yer, satışın gerçekleştiği yer, karakteristik edim borçlusunun işyeri veya mutad mesken hukuku gibi bağlama noktaları devreye girmiş olacaktır[206]. Ancak imalâtçının sorumluluğu ile kastedilen bir haksız fiil sorumluluğu ise bu durumda haksız fiillere, bazı durumlarda akit dışı hukukî ilişkilere dayanmak suretiyle bir kabul gerçekleşecek, uygulanacak hukuk da bu perspektifte tayin edilecektir[207].

İmalâtçının sorumluluğunun farklı şekillerde vasıflandırılması ve imalâtçı sorumluluğunun imalâtçı, satıcı, temin eden üçgeni içinde geniş katılımlı bir hukukî

Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Haksız Fiiller, *Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Nüsret Semahat Arsel Uluslararası Ticaret ve Uygulama Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi,* s. 211; Kaplan, Yavuz (2004), *Internet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk,* Ankara: Yetkin Yayıncılık s. 199.

[203] Rekabet hukuku, haksız rekabet hukukundan farklı olarak rakipleri birbirine karşı korumayı hedeflememiştir. Rekabet hukukunun amacı, rekabete dayanan serbest piyasa düzeni ile piyasada yer alan tüm katılanların korunmasıdır. Amaç farklılığına rağmen, birçok ülke hukuku "*etki kıstası*" esasından hareketle, ekonomik ilişkilerin ve piyasaların hareketliliğinden etkilenme olması nedeniyle, yine piyasası etkilenen ülke hukukunu uygulanacak hukuk olarak kabul etmektedir. Ancak rekabet hukukunda esas olarak pazar etkilenmesi kural olmakla birlikte, pazar etkilenmesinin sonuçlarının "*doğrudan*" olması gerekliliği üzerinde durulmaktadır. Bu kıstas, ekonomik haksız fiiller alanında hem en sıkı ilişkili hukuka işaret etmekte, hem de rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemelerin amacı ile parallelik arz etmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi rekabetin korunmasında amaç tarafların ve katılanların değil, pazarın ve piyasasının korunmasıdır. Bu nedenle de rekabet kurallarına uygun hareket etmeyen, bu nedenle belirli bir ülkenin piyasasını rekabeti ihlal yolları ile etkileyen ve bu doğrultuda yabancı unsurun meydana geldiği uyuşmazlıklarda piyasası etkilenen ülkenin hukuku en sıkı ilişkili olarak uygulama alanı bulacaktır. Tiryakioğlu, 2010, a.g.k., s. 212; Tiryakioğlu, Bilgin (1997), *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı*, Ankara, s. 78.

[204] Tarman, Z. Derya (2007), Devletler Özel Hukuku Bakımından İmalâtçının Sorumluluğu, *TBB Dergisi, S. 73, Kasım-Aralık 2007*, s. 25;

[205] Yasan, 2015, a.g.k., s. 113.

[206] Özel, 2001, a.g.k., s. 875; Yasan, 2015, a.g.k., s. 113.

[207] Özel, 2001, a.g.k., s. 876; Yasan, 2015, a.g.k., s. 113.

durum olması nedeniyle uygulanacak hukuka dair öneri perspektifi de oldukça geniş olmuştur. Amerikan mahkemelerinde ilk zamanlar verilen kararlarda genel kurala bağlı kalınmak suretiyle ika yeri kuralı çerçevesinde kararlar verildiği görülmektedir[208]. Ancak imalâtçının sorumluluğu hukukunda en sıkı irtibatlı hukukun her zaman ika yeri hukuku olmaması nedeniyle Amerikan mahkemelerinin ilerleyen dönemlerde zarar yeri hukukuna atıf yapmış olduğu görülmektedir[209]. Ancak özellikle en sıkı irtibata haiz hukuk kuralının uygulanmasının kabulü sonrasında Amerikan mahkemelerinde verilen kararlara ilişkin bağlama kurallarının çeşitlilik arz ettiği görülmektedir[210]. Bu doğrultuda özelliklerine göre zarar görenin mutad meskeni veya yerleşim yeri, zararın meydana geldiği yer, ürünün iktisap edildiği yer, ürünün imal edildiği veya tasarımının yapıldığı yer ile imalâtçının iş yerinin bulunduğu yer hukuku, imalâtçının sorumluluğundan doğan uyuşmazlıklarda en sıkı ilişkili hukuk olarak tespit edilerek uygulanmıştır[211] [212].

5.9.4. Kişilik Haklarının İhlali Halinde Uygulanacak Hukuk Önerileri

İnternetin her alana girmesi ve internet yoluyla iletişimin süreklilik arz etmesi bireylerin birbirleri üzerinde, özellikle de kişiliklerini ihlal edici nitelikteki saldırıların daha hızlı yaygınlaşmasına ve herkes tarafından bilinmesine yol açmıştır. Sanal bir

---

[208] Söz konusu kararlar hakkında bkz. Lothar W. Baum (1998), *Forum Shopping in Products Liability Actions: A Comparison Between the United States, France and Germany,* LL.M. Theses and Essays, Paper 117, Alexander Campbell King University Law Center, http://digitalcommons.law.uga.edu/stu_llm/117, (erişim tarihi: 12.02.2017); Tanrıbilir, Feriha Bilge (2010), Akit-Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (*Roma II*) Ürün Sorumluluğu Ürün Sorumluluğu, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, Sa. 2* s. 125.

[209] *Hunter & Derby Foods* kararına göre, New York İstinaf Mahkemesi'nin söz konusu kararına konu olan olayda Güney Amerika'da imal edilen konserve et, New York'da bulunan bir dağıtıcı tarafından Ohio'da bulunan toptancıya satılmış ve söz konusu eti yiyen kişi, zehirlenerek hayatını kaybetmiştir. Mahkeme, imalâtçının sorumluluğuna yol açan son olayın Ohio'da gerçekleştiğini göz önüne alarak, Ohio hukukunu uygulamıştır. *U.S. Court of Appeals for the Second Circuit - Hunter & Derby Foods* 110 F.2d 970 (2d Cir. 1940). <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/110/970/1505380/>, Erişim Tarihi: 23.02.2017.

[210] Amerikan hukukunda imalâtçının sorumluluğu hakkında doktrinde öne sürülen görüşler için bkz. Özel, 2001, a.g.k., s. 875.

[211] Symeonides, Symeon C. (2014), Choice of Law in the American Courts in 2013: Twenty-Seventh Annual Survey, *AJCL., C. 62,* s. 98vd.

[212] İmalâtçının sorumluluğu hakkında Lahey sözleşmesi 1977 yılında yürürlüğe girerek uygulama alanı bulmuştur. Çok geniş bir uygulama alanına sahip olmayan sözleşmede 22 madde bulunmaktadır. Bu sözleşme ile uluslararası özel hukuk kuralları belirlenmiş olup, herhangi bir maddi hukuk kuralı içermemektedir. Sözleşmenin kanunlar ihtilâfına ilişkin hükümlerinde dört farklı bağlanma noktasının yer aldığı görülmektedir. Buna göre zararın meydana geldiği yer, ayıplı maldan doğrudan zarar gören kişinin yerleşim yeri, sorumlu olduğu iddia edilen kişinin iş merkezinin bulunduğu yer ve doğrudan zarar gören kişinin malı iktisap ettiği yer olarak bağlama kuralları düzenlenmiştir. Uygulanacak hukuk kural olarak bu bağlama noktalarının hiyerarşik olarak farklı kombinasyonlar ile uygulanacaktır. Tarman, 2007, a.g.k., s. 30.

ortamda bir araya gelen insanlar gerçek dünyada olduğundan daha fazla özgür ve serbest bir şekilde iletişim kurmakta, bunun doğal sonucu olarak başkalarının alanına daha kolay ve sık müdahale etmektedirler. Kişinin özel hayatının ihlali, gizli bilgilerin ifşası, şeref ve haysiyete tecavüz gibi kişilik değerlerine saldırı internet üzerinden çok kolay yapılmakta ve geniş kitlelere ulaşmaktadır[213].

Kişilik hakları haksız fiiller alanının en karmaşık ve zor alanlarından biridir. Zira hem etki alanı bakımından yaygınlaşmaya müsaittir, hem de hukuken korunan bir başka menfaat vardır ki, temel insan hakkı olması nedeniyle, bireylerin bu hakkı kullanmaları ile çatışabilmektedir. Bu hak ifade ve basın özgürlüğüdür[214]. Çoğulcu ve katılımlı demokrasilerde en doğal hak olan ifade özgürlüğü milletlerarası alana gelindiğinde karmaşık bir yapıya dahil olmaktadır. Zira, bir ülkede özgürlük olarak kabul edilen bir ifade bir başka ülkede kınanabilmektedir. Bu durumda kamu düzeni gibi müesseseler devreye girmekte ve özgürlükleri kullanma ile kişinin manevi zenginliğini koruması menfaatleri çatışabilmektedir.

Kişilik hakkı ihlalinin maddi hukuktaki zorluğu uygulanacak hukuk meselesinde de kendisini göstermektedir. Burada da haksız fiili oluşturan öğeler birden fazla ülkeye yayılmış olabilir. Medya ve internet yoluyla kişilik hakkının ihlal edilmesi halinde ihlal edilen yeri belirlemek, zarar yerini saptamak ve özellikle manevi zararın meydana geldiği yerleri belirlemek zorluk arz etmektedir[215].

Kişilik haklarından kaynaklanan haksız fiil hallerinde tazminat talepleri ile birlikte haksız fiilin önlenmesi hakkında uygulanacak hukuk için mağdurun menfaatleri rol oynamaktadır. Alman hukukunda kişilik haklarından kaynaklanan uyuşmazlıklar kişisel statü olarak belirlenirken, bu doğrultuda mağdurun ikametgâh veya milli hukukuna atıf yapıldığı görülmektedir[216]. Ancak, kişilik haklarının ihlalini bir haksız fiil olarak nitelendiren anlayış ise genellikle ika yeri ile birlikte zarar yerinin tespitinden hareketle

---

[213] Özel, Sibel (2010), Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Haksız Fiiller, *Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Nüsret Semahat Arsel Uluslararası Ticaret ve Uygulama Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi,* s. 221; Özel, Sibel (2004),*Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 81.

[214] Özel, 2010, a.g.k., s. 223.

[215] Özel, 2010, a.g.k., s. 223.

[216] Özel, 2004, a.g.k., s. 82.

uygulanacak olan hukuku tayin etmektedir[217]. Ancak unutulmamalıdır ki, haksız fiiller kişilik hakları alanında haksız fiillerde uygulanacak olan hukukun tayin edilmesi süresince en önemli konu ifade ve basın özgürlükleri ile birlikte korunan menfaatler ile kişilik hakkı ihlalinin yarattığı zararın dengelenmesi ve bu doğrultuda vasıflandırmanın en doğru şekilde yapılmasıdır.

5.9.5. Fikri Hakların İhlali Halinde Uygulanacak Hukuk Önerileri

Fikri haklar milletlerin kültürel, sosyal, ekonomik kalkınmalarının, bireylerin fikri buluşlarının onların öz ve bireysel sermayesinin bir ürünü olarak kabul edilmesidir[218]. Fikri hakların amacı da bu doğrultuda bireylerin kişisel gelişimlerinin korunması ve buradan elde edeceği menfaatlerin hukuken kayıt altına alınmasıdır. İşte bu amaca aykırı hareket ederek, bireylerin bireysel, fikri ve manevi kişiliklerinin bir ürünü olarak var olan fikri mülkiyet hukuku, bu hakların ihlal edilmesi halini bir haksız fiil olarak kabul etmiştir. Maddi hukukta koruma alanı bulan bu kural, yabancılık unsuru içermesi halinde de ne şekilde korunacağı konusunda doktrinde farklı görüşler sunulmuştur.

Bilindiği üzere fikri mülkiyet hakkının elde edilmesi çok aşamalı bir süreçtir. Hak sahibi, yaratmış olduğu tasarım, ürün, patent, marka vb. fikri hakkının korunması konusunda hukuken önceliklidir. Hak sahibinin bu öncelik hakkının tescil edilmesi öncelikle bir ülke çapında, sonrasında ise tüm dünyada koruma altına alınması gereklidir. Bu görüşten hareketle fikri hakların korunmasında fikri hakkı koruma altına alan ülke hukukunun, haksızlık durumunda da uygulanması gerektiği savunulmaktadır[219]. Koruma ülkesi hukuku (*lex loci protectionis*) olarak isimlendirilen bu durum fikri hakların oluşması, içeriği ve sona ermesi kararlar ile ihlal edilmesi durumlarında uygulanacak olan hukuktur[220] [221].

---

[217] Özellikle Avusturya, İsviçre ve Amerikan hukuklarında kişilik haklarının ihlalinde zarar yerinin esas alındığı görülmektedir.

[218] Bahsi geçen tanım 1994 yılında Fransa'nın Paris kentinde yapılan Dünya Fikri Haklar Konferansında yapılan bir tanımdır. B. B. Erdem (2001), *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkından Kaynaklanan Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk,* İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 1.

[219] Bugün Avusturya, Almanya, İsviçre ve İtalyan hukuk sistemlerinde fikri hakların uygulanması noktasında koruma ülkesi hukuku kabul edilmektedir.

[220] Koruma ülkesi hukukunun, ülkesellik prensibinin bir yansıması olduğu hakkında bkz. Erdem, 2001, a.g.k., s. 92; Erdem, B. Bahadır (1999), Fikri Haklarda Ülkesellik Prensibi, MHB *Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan*, İstanbul, s. 40.

[221] Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) İnternet Sitesi, http://www.wipo.int/enforcement /en/news/2015/news_0002.html, Erişim Tarihi: 17.02.2017.

Fikri hakların korunmasının ihlali halinde uygulanacak hukuk konusunda koruma ülkesi hukuku kabul edilmekle birlikte pek çok farklı görüş de ileri sürülmektedir. Özellikle uzunca bir zaman diliminde kabul gören *menşe ülke hukuku (lex leci originis)* görüşü fikri hakkın aynı gerçek ve tüzel kişilerde olduğu gibi bir nevi tâbiiyetini tespit etmek ve sonrasında, tespit ettiği menşei uyarınca meydana gelen haksız ihlale fikri hakkın kişiliğinin bir tezahürü olarak yabancı unsurlu uyuşmazlıkta uygulanmasını sağlamaktır[222].

Dünya üzerinde her ne kadar koruma ülkesi hukuku uygulanan hukuk olarak kabul edilmiş olsa da mahkeme kararları ve araştırmalar göstermektedir ki, fikri haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklar konusunda çoğunlukla *lex fori* uygulanmaktadır. Bu nedenle de fikri mülkiyet haklarının kanunlar ihtilâfı analizine uygun olmadığı, zira ülkesellik prensibinin esas olarak kabul edilmesi nedeniyle *WIPO* tarafından yapılan araştırmaların sonucunda dünya çapında fikri mülkiyet hukukuna ilişkin davaların %29'unun yabancılık unsuru içerdiği, bunlarında da yalnızca iki adedinde yabancı hukuk uygulandığı, hemen hepsinde ise ülkesellik prensibinin gereği olarak *lex forinin* uygulama alanı bulduğu görülmüştür[223]. Burada *lex forinin* esaslı bir şekilde geçerli olduğu görülmektedir[224].

Fikri mülkiyet haklarının ihlalinde uygulanması önerilen bir diğer hukuk kuralı klasik sistemden esinlenerek, fikri hakkın ihlal edildiği yer hukukunun uygulanmasıdır. Ancak günümüzde fikri hakların evrensel niteliği, özellikle *online* olarak işlenmekte olan fikri hak ihlallerinin ika yerinin tespit edilmesinde zorluk ve bu bağlantı noktasının hak ile ilişkisinde zayıf bir bağlantı noktası teşkil etmesi bu kuralın uygulanmasının geri bırakılmasını gerekli kılmıştır[225].

6. ARAŞTIRMANIN AMACI, PLANI VE İNCELEME USULÜ

Çalışmamızın temel amaçları şu şekilde sıralanabilir:

---

[222] Erdem, 2001, a.g.k., s. 92.

[223] Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) İnternet Sitesi, http://www.wipo.int/enforcement /en/news/2015/news_0002.html, Erişim Tarihi: 17.02.2017.

[224] Benzer görüş için bkz. Dardağan-Kibar, Esra (2016), Fikri Haklar Alanında Uygulancak Hukuk Sorunu, *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Sorunlar Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 440; Dardağan Kibar, Esra (2000), *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfi*, Ankara: Betik Yayıncılık.

[225] Sargın, Fügen (2002), *Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Turhan Yayıncılık, s. 25 vd.; Sargın, Fügen (2005), *İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 265.

Gelişen ve dinamik bir araştırma konusu olan haksız fiiller ve daha geniş alanıyla akit dışı borç ilişkileri konusunda güncel gelişmeleri mukayeseli olarak ele almak, güncel mahkeme kararları ve tartışmaları incelemek temel amacımızdır.

Bu doğrultuda öncelikle ilk bölümde Amerikan haksız fiil hukukundaki gelişmeler ele alınmıştır. Amerikan Hukukunda, *Restatement I ve II* ile başlayan haksız fiil hukukundaki gelişmeler incelenmiştir. Akabinde, *Restatement III* çevre, insan sağlığı ve duygusal zararlar konusunda meydana gelen gelişmeler etraflıca araştırılmıştır. Amerikan Yüksek Mahkemesinin güncel kararlarının, tüm dünyada haksız fiil ve yabancı unsurlu ilişkiler bakımından belirleyici olması bakımından incelenmiştir. Ancak bu inceleme yapılırken nicelik olarak kararların çokluğundan ziyade, nitelikli ve farklı konulardaki kararlara olabildiğince ağırlık verilmiştir. Yine aynı hukuk sistemleri içinde olması nedeniyle Anglosakson hukuk sistemine sahip Kanada, Avustralya, İngiltere hukukları, haksız fiil düzenlemeleri ve mahkeme kararları çerçevesinde incelenmiştir. Bu bölümde ara sonuç olarak Amerikan haksız fiil hukukunun geçmişi, gelişimi ve vardığı nokta değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümü ise özellikle güncel olarak Türk hukukunu da etkileyen *Roma II Tüzüğü* etrafındaki gelişmelere yer verilmiştir. *Roma II Tüzüğü* öncesi, sonrası ve hazırlanış sürecindeki akademik çalışmalara yer verilmiş, bu çalışmalar ışığında metodolojik fikirler, doktorindeki tartışmalar ele alınmıştır. Bu bölümde yine Avrupa Adalet Divanı kararlarına yer verilerek uygulama incelenmiştir. Nihayet Birleşik Krallık'ın *Brexit* süreci, bu süreçteki tartışmalara özellikle değinilmiştir. Zira Avrupa Birliği'nin kurucu ülkelerinden olan Birleşik Krallık'ın, Birlikten ayrılacak olması, Birliğin geleceği ve hukuk sistemini de etkileyecektir. Bu nedenle mümkün olduğunca güncel gelişmeler ışığında Avrupa Birliği'nin geleceği ve *Roma II Tüzüğünün* uygulamasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Nihayet, çalışmamızın son bölümünde Türk milletlerarası özel hukukunun haksız fiillere ve akit dışı borç ilişkilerine dair düzenlemelere yer verilmiştir. Bu bölümde 2675 sayılı MÖHUK ile 5718 sayılı MÖHUK tüm aşamaları ile birlikte, metodolojik olarak incelenmiştir. Her iki MÖHUK dönemindeki doktrin tartışmaları, metodolojik tartışmalar tüm yönleri ile değerlendirilmiştir. Özellikle ika yeri kuralı, zarar yeri kuralı ve en sıkı irtibatlı hukuk bağlama noktalarına dair doktrin tartışmaları, kendi görüşümüz, çeşitli örnekler birlikte verilmiştir. Öte yandan Yargıtay'ın da haksız fiillere ilişkin 2675 ve

5718 sayılı Kanun dönemindeki tüm kararları incelenmiş, bunlardan önemli ve çeşitli olanlarına yer verilmiş, tartışılmış.

Sonuç bölümünde, çalışmamız kapsamında varılan neticelere yer verilmiş, ulaşılan sonuçlar açıklanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM
AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ HUKUKU BAKIMINDAN HAKSIZ FİİLLERE UYGULANACAK HUKUK

1. GÜNCEL GELİŞMELER IŞIĞINDA AMERİKAN MADDİ HUKUKUNDA HAKSIZ FİİLLER VE HAKSIZ FİİL ALANINA İLİŞKİN GENEL DÜZENLEMELER

Common Law hukuku sistematiğinin işler ve geçerli olduğu Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukukunun kaynakları arasında, yasaların yanında içtihatlar da yer almaktadır. İçtihat hukuku bilindiği üzere *Common Law* sistematiğinde hukukun asli kaynaklarından olması nedeniyle *Kıt'a Avrupası* hukuk sisteminden ayrılmaktadır.

ABD hukukunda haksız fiillere ilişkin maddi hukukun özelliklerine değinmeden önce kısaca *Common Law* hukuku haksız fiil özelliklerinin belirtilmesi faydalı olacaktır. *Common Law* hukukunda haksız fiiller (*torts*[226]), genel bir kural ve unsura bağlı değildir. *Common Law* hukukunda haksız fiiller denildiğinde, sınırlı sayı prensibi ile türü ve niteliği belirtilmiş, belirli bir tip ile sınırlandırılmış bir hukuk disiplini akla gelmektedir[227]. Bu hukuk düzeninde bütün haksız fiilleri kapsayan unsurlar bulunmamaktadır. Haksız fiiller kendi tür ve niteliğinde, kendine ait unsurlar ile sınırlı olarak yer almaktadır. Böylece her haksız fiil disiplini belirli bir hukukî unsur içinde farklı hukukî değerleri korumaktadır. *Common Law* hukukçuları, haksız fiilleri tespit ederken, Kıt'a Avrupası hukukunda olduğu gibi hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve nedensellik bağı

---

[226] Haksız fiiller hakkında ABD hukukunda *"tort"* kavramı kullanılmaktadır. *Tort*, "*a civil wrong, other than breach of contract, for which a remedy may be obtained, usu in the form of damages*." (*Tort, sözleşmenin ihlalinden daha çok, genellikle tazminat biçiminde yaptırıma bağlanan medeni bir haksızlık*.); "*a breach of duty that the law imposes on persons who stand in a particular relation to one another*." (*Hukukun birinin diğeriyle belirli bir ilişkisi olan kişiye yüklediği yükümlülüğün ihlali.*) şeklinde tanımlanmaktadır. Black's Law Dictionary (2004), ABD, 8. Bası, s.1526. "*Tort*" kelimesini "*haksız fiil; haksız fiilden mütevellit zarar, haksız bir fiille başkasının malına veya şahsına ika olunan zarar*." olarak ve "*wrong*" kelimesini, "*kusurlu fiil; kusur, suç; bir hak veya bir kanun hükmünün ihlali teşkil eden fiil.*" olarak Türkçe tercümeler için bkz. Ovacık, Mustafa (1986), *İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü*, Ankara, s.324. Kavramların farklı anlam ve kullanımları için bkz. Gül, İbrahim (2015), *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza,* Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 32 vd.

[227] Merhacı, S. Özden (2012), Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller, *Ankara Barosu Dergisi, Y. 2012, C. 4,* s. 190.

ilkeleri çerçevesinde hareket etmez[228]. Fiilin ihlal ettiği haksız fiil türünü tespit etmek suretiyle ilgili haksız fiilin amaçlarına göre hangi hukuk ilkelerini ihlal ettiğine bakar[229].

ABD hukukunda ise haksız fiiller, en önemli hukuk kaynaklarından biridir. Özellikle *Rest.* içerisinde, farklı alanlar ile düzenlenmek suretiyle önemini belli etmektedir[230] [231]. ABD haksız fiil hukukunda, haksız fiiller *Common Law* hukukunun bir örneği olarak sınırlı sayıda haksız fiilin ve nitelendirmenin yapıldığı görülmektedir. *Rest. III.* (*Rest. of Tort, Third*) haksız fiillere ilişkin kuralların geniş olarak ele alındığı bir düzenlemedir[232]. *Common Law* hukukunun bir özelliği olarak Amerikan mahkemelerinde verilen içtihatlar, haksız fiiller alanında kabul edilen kuralları genişletip, daraltabilmektedir. Bir diğer ifade ile haksız fiillere ilişkin sorumluluğun tayininde mahkemeler yetki sahibidir. Mahkemeler bu yetkisini kullanırken haksız fiillere ilişkin sınırlı sayı ilkesi doğrultusunda hareket etmek zorundadır[233]. Ancak, içtihat hukukunun dinamik ve gelişken yapısı nedeniyle yeni haksız fiillerin türlerinin tanımlanması ve

---

[228] Merhacı, 2012, a.g.k., s. 181.

[229] Gordley J./von Mehren A. T. (2006), *An Introduction to the Comparative Study of Law*, London: Cambridge Press, s. 240; Von Bar C. (1998), *The Common European Law of Torts Vol.I*, London: Oxford Press, s. 281 vd.

[230] 1923 yılında ABD'de verilen mahkeme kararlarının dağınıklıktan kurtulması ve sistematize edilmesini sağlamak amacıyla avukatlar, hâkimler ve hukuk eğitimcilerinin bir araya gelerek oluşturdukları Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute- ALI*) uzun çalışmalar sonucunda, verilen kararları belirli başlıklar altında toplamıştır. *Rest.* Amerikan hukukunun ikincil resmi kaynağı olarak kabul edilmektedir. Amerikan hukukunda hemen her başlık altında *Rest.* düzenlendiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle *Rest.* hukukun hemen tüm alanlarında içtihat derlemesi olarak sunulmakta ve dönemsel zaman dilimlerinde yenilenerek kullanıcılara sunulmaktadır. "*The American Law Institute is the leading independent organization in the United States producing scholarly work to clarify, modernize, and otherwise improve the law*." American Law Institute, http://www.ali.org/ (Erişim tarihi: 06.02.2017).

[231] Sözleşmeler hukuku, kanunlar ihtilâfı, haksız fiiller, trust hukuku, mülkiyet hukuku alanı gibi pek çok alanda *Rest.* kabul edilmiştir. Ancak aile ve miras hukuku alanında *Rest.* kabul edilmemiştir. *Rest.*, düzenleme sistematiği olarak medeni hukuklara benzetilmektedir. Avrupalı hukukçular açısından Amerikan hukukunun sistematize edilmiş hali olarak, Amerikan hukuku ile etkileşimi kolaylaştırdığını söylemek yanlış olmaz. Ancak, Amerikan hukukunda bir kuralın uygulama alanının kesin ve net bir biçimde kabul edilmesi için yalnızca *Rest.* metinlerini dikkate almak yanıltıcı olabilir. Bu nedenle kuralın Amerikan mahkemelerinde uygulanabilirliği açısından değerlendirilmesi sonrasında fikir sahibi olunması daha faydalı olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz, Arzu (2003), *Karşılaştırmalı Hukuk*, Ankara: Yetkin yayıncılık, s. 300; Aygün, Mesut (2016), ABD Kanunlar İhtilâfı Hukukuna Kuramsal ve Metodolojik Bir Bakış: Çeşitli Teori Ve Metotlar, *II. Rest.* ve Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, Y. 2016, S. 2,* s. 130 vd.; Merhacı, 2012, a.g.k., s. 190; Çalışkan, Yusuf (2006), Türk Tabiiyetinde Olan Kişiler İle İlgili Davalar Işığında Amerikan Milletlerarası Yargılama Hukukundaki Bazı Temel Kavramlar, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2006, S. 62,* s. 62 vd.

[232] 2012 yılının Nisan ayı itibariyle geçerli olan ve Sorumluluğun Paylaştırılması, Ekonomik Zararlardan Doğan Sorumluluk, Fiziksel ve Duygusal Zararlar ve Ürün Sorumluluğu olmak üzere dört ayrı kitaptan oluşan *Rest., III. Rest.* olarak ifade edilecektir.

[233] White, G. Edward (2003), *Tort Law in America, An Intellectual History*, ABD, s. xxiii vd; Sebok, Anthony J. (2003), The Fall and Rise of Blame in American Tort Law, *Brooklyn Law Rev., Y.2003, C.68, sa.4,* s.1031.

unsurlarının belirlenmesinde mahkemeler görev almaktadır[234]. Klasik manada haksız fiil (*tort*) tipinin unsurları sınırlı sayı olarak belirtilmiştir. Buna göre haksız fiilin meydana gelebilmesi için bir yükümlülük (*duty*)[235] olmalı, yükümlülüğün ihlali söz konusu olmalıdır (*breach of duty*), söz konusu iki unsur arasında illiyet bağı (*causation*) tesis edilmelidir ve nihayet zarar (*harm*)[236] unsuru ile telafi edilmesi gerekli olan miktar ortaya çıkmalıdır[237].

ABD haksız fiil hukuku, sınırlı sayı prensibi ve içtihat mekanizmasının genişletici yönüyle, haksız fiilin amaçlarını ve işlevlerini çeşitlendirmiştir. Kıt'a Avrupası hukukunda haksız fiilin temel işlevi caydırıcılık ve tazmin etme iken, bu durum ABD hukukunda daha geniş yorumlanmıştır. Buna göre haksız fiilin işlevleri arasında adaletin tesis edilmesi[238] (*corrective justice*), fiilden caydırma[239] (*deterrence*), tazmin etme[240]

---

[234] Haksız fiil teorileri hakkında detaylı bilgi için bkz. Goldberg, John C. P. (2003), Twentieth-Century Tort Theory, *The Georgetown Law Journal*, *C.91*, s.513 vd.

[235] Haksız fiil unsuru olarak "*duty*" ifadesi ile ihlal edilmesi durumunda sorumluluk meydana getiren ve özen sorumluluğunun bir türü olarak doğan bir hukukî ilişki türü olarak tanımlanmaktadır. (*Torts: a legal relationship arising from a standard of care, the violation of which subjects the actor to liability.*); Black's Law Dicitionary, s.545. *Duty*, sınırlı bir özen yükümlülüğüne uyumlu davranma konusundaki kanuni yükümlülüktür (*Duty, i.e*., *the legal duty to comply with a particular standard of care). Rest. of the Law Third-Torts-Liability for Physical and Emotional Harm, C.1, ABD 2010, s.72, s.77*.

[236] Zarar kişinin mal varlığında bir eksilme olabileceği gibi, ününde ve şerefinde eksilme gibi manevi bir zararın telafisi olarak da karşımıza çıkabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Edward, 2003, a.g.k., s. xxiv.

[237] Ayrıntılı bilgi için bkz. Gül, 2015, a.g.k., s. 33 vd.

[238] Adaletin yeniden tesis edilmesi anlayışı ile bir kimsenin haksız bir eylem ile hukuka aykırı bir davranış sergilemesi halinde, bu davranışın yol açtığı maddi ve manevi zararın telafi edilmesi amaçlanmaktadır. Bir diğer ifade ile zarar vereme fiilini gerçekleştiren kimseye zararının sonuçlarına katlanmasını sağlayarak, zarar görenin mağduriyetine ilişkin durumun tedavi edilmesi ve ödetilmesi, böylece zarar gören ile zarar veren kimse arasında adaletin tesis edilmesini amaç edinir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Abraham, Kenneth S. (2002), *The Forms and Functions of Tort Law*, 2.Bası, New York, s. 14; Dobbs, Dan B./Hayden, Paul. T. (2005), *Torts and Compensation*, 5. Bası, ABD, s. 37.

[239] Caydırıcılıktan kasıt, haksız fiil hukukunun haksız fiili meydana getirici cezalar ile birlikte faili henüz fiil meydana gelmeden, fiili işlemesi durumunda olası sonuçlarını göz önüne alması amacıyla düzenleme yapılmasını amaçlar. Bu surette fail, fiili işlemeden evvel sonuçlarından haberdar olur. Böylece fiili işlemesinden kaçınılır. Smith, Steven D. (1987), The Critics And The "Crisis": A Reassessment of Current Conceptions of Tort Law, *Cornell Law Rev., C. 72, s. 772*; Abraham, a.g.k., 2002, s. 15.

[240] Haksız fiil sonucunda meydana gelen zararın tazmin edilmesi, haksız fiilden kaynaklanan hukuka aykırılığın telafisi ve tedavi edilmesi amacını taşımaktadır. Buna göre haksız fiiller tazmin edilmek suretiyle haksız fiil sonucu meydana gelen zararın giderilmesi, zarara uğrayanın haksız fiil öncesinde ve sonrasındaki durumunun eşitlenmesi, öte yandan da haksız fiilin diğer işlevlerinden olan caydırıcılık ve adaletin tesis edilmesi amacıyla haksız fiillerin tazmini gündeme gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. O'Conell, Jeffrey / Robinette, Christopher J. (1999), The Role of Compensation in Personel Injury Tort Law, A Response to the Opposite Concerns of Gary Schwartz and Partick Atiyah, *Connecticut Law Rev., Y. 1999, C. 32*, s.149; Benjamin Shmueli (2015), Legal Pluralism in Tort Law Theory: Balancing Instrumental Theories and Corrective Justice, *University of Michigan Journal of Law Reform, C. 48, Sa. 3*, s. 478. 745-812; Gary T. Schwartz (1997), Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice, *Tex. Law. Rev.,* s. 1801*, 1804*

(*compensation*)[241], zararın dağıtılması[242] (*loss distibution*), sosyal yaraların tedavi edilmesi (*redress of the social grievances*) ve cezalandırma (*punishment*) şeklinde belirtilebilir[243].

ABD hukukunda haksız fiiller zararın türleri bakımından üçe ayrılmaktadır[244]. Bedene ve eşyaya yönelik[245] haksız fiiller[246], kişinin ruhsal dokunulmazlığına yönelik haksız fiiller[247] [248] ve ekonomik zararlara yönelik haksız fiiller[249] şeklinde üçlü bir ayrım yapılabilir[250]. Zarar türlerine göre yapılan ayrım haksız fiillere ilişkin *ALI* tarafından kabul edilen dört kitapta [*Fiziksel ve Duygusal Zararlar (2011), Sorumluluğun*

---

[241] Manevi tazminatın tazmin edici yönü hakkında Yargıtay kararları için bkz. "*Dava, trafik kazasından kaynaklanan cismani zarar sebebiyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi hükmüne göre hâkimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna dair zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.06.1966 tarihli ve 7/7 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hâkim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir*." Yargıtay 17. HD. E. 2014/9119, K. 2016/8517, T. 04.10.2016. Benzer kararlar için bkz. 21. HD. E. 2015/14949 K. 2016/10363 T. 21.6.2016; Yargıtay 21. HD E. 2016/6801 K. 2016/10188 T. 20.6.2016; Yargıtay HGK E. 2014/21-818 K. 2016/764 T. 8.6.2016; Yargıtay HGK, E. 2013/21-2215 K. 2015/1487 T. 5.6.2015. Kazancı İçtihat Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 07.01.2017.

[242] Zararın paylaşılmasından kasıt, zarar verenin tüm zararı üstlenmek suretiyle riske tek başına göğüs germesinin önüne geçilmesidir. Böylece zarar veren, örneğin olası zararını sigorta ettirmek suretiyle zarara ilişkin rizikosunu paylaştırmak amacıyla tedbir alması durumundan, sigortacı ile birlikte riski ve zararı üstlenmiş olacaktır. Öte yandan, üçüncü kişinin kusurunun olduğu haller ile zarar görenin kusurunun da nedensellik bağı içinde gündeme gelmesi durumunda yine zararın paylaşılması söz konusu olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Abraham, a.g.k., 2002, s. 18; O'Conell / Robinette, 1999, a.g.k., s. 137 vd.

[243] Abraham, a.g.k., 2002, s. 18; O'Conell / Robinette, 1999, a.g.k., s. 137 vd.

[244] 2012 yılının Nisan ayından itibaren yürürlüğe giren Fiziksel ve Duygusal Zararlara ilişkin haksız fiiller ile birlikte, *Rest. III* dördüncü kitabı yayımlanmıştır. Bunun dışında ilk üç kitapta Sorumluluğun Paylaştırılması (2000), Ekonomik Zararlardan Doğan Sorumluluk (2006) ve Ürün Sorumluluğu (1998) olmak üzere yayımı gerçekleşmiştir. Çalışmalara son şeklinin verildiği ve tümüyle yürürlüğe gireceği de *ALI* yetkililerince belirtilmiştir. ALI, <https://www.ali.org/news/articles/completing-restatement-third-torts/>, Erişim tarihi: 1.10.2020.

[245] Physical harm.

[246] Bu haksız fiil türleri için bedensel müdahaleden ve bedensel müdahale tehdidinden doğan haksız fiiller, hareket özgürlüğünü sınırlama fiilleri, taşınmaza ve taşınıra tecavüz kaynaklı haksız fiiller, ihmali haksız fiil (*negligence*), tıbbi müdahaleden doğan zararlar, kusur aranmayan sorumluluk, ürün sorumluluğu gibi örnekler verilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Abraham, a.g.k., 2002, s. 21; O'Conell / Robinette, 1999, a.g.k., s. 137 vd.

[247] Dignity torts.

[248] Bu haksız fiil türleri için kişisel saygınlığın zarara uğratılması, itibarına leke sürme, özel hayatın ihlal edilmesi, ruhsal huzuru kasti bozma örnekleri verilebilir. Abraham, a.g.k., 2002, s. 21.

[249] Bu haksız fiil türleri için bir kimseyi bir mal veya hizmet satışı bakımından yanıltma, kandırma, başkalarının ekonomik ilişkisine karışma örnek verilebilir. Abraham, a.g.k., 2002, s. 23.

[250] Abraham, a.g.k., 2002, s. 23, s. 251, s. 256.

Paylaştırılması (2000), Ekonomik Zararlardan Doğan Sorumluluk (2006) ve Ürün Sorumluluğu (1998)], çeşitli hükümlerde toplanmıştır.

Common Law hukukunun özelliğinin bir gereği olarak, öncelikle mahkeme kararlarında yer bulan hukukî gelişmeler, daha sonra *ALI* tarafından derlenmektedir. Bu bağlamda ilk haksız fiillere ilişkin hazırlıklar mahkemelerin vermiş olduğu haksız fiillere ilişkin farklı ve yeni kararlar sonrasında kendisini göstermiştir. Buna göre ürün sorumluluğundan doğan haksız fiiller "*Restatement (2rd) of Tort: Products Liability*" ile ilk kez 1965 yılında kabul edilmiş; ancak bu konuda ilk kararlar *California* Yüksek Mahkemesi tarafından 1962 yılında *Greenman v. Yuba Power Products, Inc. Kararı (Greenman)*[251] ile verilmeye başlanmıştır[252]. Daha sonra ürün sorumluluğu hakkında yeni gelişmeler ve mahkemelerin verdiği yeni kararlar sonrasında *ALI* 1998 yılında "*Restatement (3rd) of Tort: Products Liability*" kabul etmiştir.

Fiziksel ve Duygusal zararlardan doğan haksız fiiller ise özellikle 2000'li yıllarda gündeme gelmiş ve mahkeme içtihatları çerçevesinde yavaş yavaş gelişmeye başlamıştır[253]. Nihayet bu durumun artması ve farkındalık yaratılması amacıyla 2011 yılında kabul edilen Fiziksel ve Duygusal Zararlara İlişkin Haksız Fiiller (*Restatement of Torts, Third, Liability for Physical and Emotional Harm*), 2012 yılında yürürlüğe girmiştir. Amerikan mahkemeleri geleneksel olarak verdiği kararlarda, şahsa veya mülkiyete gelen zararlar sonucunda fiziksel zararlar ile birlikte, duygusal zararlarında gündeme geleceğine ilişkin kararlar vermiştir[254]. İlginçtir ki, Amerikan mahkemeleri fiziksel ve duygusal zararlara ilişkin verdiği ilk kararlarda manevi tazminattan ayrı olarak ele alarak, mülkiyete ve şahsa ilişkin zararların yanında, özellikle duygusal zararları

---

[251] *Greenman v. Yuba Power Products, Inc., 59 Cal. 2d 57, 377 P. 2d 897, 27 Cal. Rptr. 697 (1962).* Karara konu olayda, eşinin hediye ettiği ağaç testeresi makinası ile ağaç keserken, ağaç testeresi makinasının ucundaki çark fırlamış ve davacıyı yaralamıştır. Mahkeme, üreticinin, ihmali olup olmadığını incelemeden, davacının zararlarından sorumlu olduğuna karar vermiştir. Shulman Harry/ James Fleming Jr./ Gray Oscar S./ Gıfford Donald G. (2003), *Cases and Materials on The Law of Torts*, 4th ed., New York.

[252] Kararın özeti ve Türk hukuku bakımından ürün sorumluluğu hakkında bkz. Akçura-Karaman, Tuba (2008), *Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu*, İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 32.

[253] Betsy J. Grey (2011), *Neuroscience and Emotional Harm in Tort Law: Rethinking the American Approach to Free-Standing Emotional Distress Claims*, Oxford University Press, s. 5.

[254] Arkansas Yüksek Mahkemesinin vermiş olduğu *Travelers Ins. Co. v. Smith, 991 S.W.2d 591 (Ark. Supr. Cour. 1999)* kararında *Arkansas* eyaletinde meydana gelen trafik kazası sonrasında sigorta şirketinin, vefat eden *Smith* ailesinin üyesinin cesedi üzerinde otopsinin zamanında yapılmaması, cenaze sürecinin gecikmesi, cesette meydana gelen zararlar ile mumyalama masrafları üzerine aile üyelerinde meydana gelen duygusal zararlara karşı açmış olduğu davada mahkeme *Smith* ailesine tazminata hükmedilmesine karar vermiştir.

parazit zararlar (*parasitic damages*) olarak isimlendirmiştir[255]. Fiziksel ve duygusal zararların kökeni ve fiili olarak mahkemelerin çeşitli nedenleri göz önüne alarak karar vermesi, bu konuda *ALI* tarafından hazırlanan *Third of Restatement*'ta da dikkate alınmıştır. Amerikan mahkeme kararlarına bakıldığında geleneksel olarak saldırı *(istem dışı bedensel dokunmadan kaynaklanan*), mahkemenin yanlış karar vermesi sonucunda mağdurun haksız yere hapis cezasına çarptırılması (*ayrıca haksız gözaltına alınmadan kaynaklı duygusal zararlar*), hakaret ve iftira gibi onur kırıcı davranışlardan kaynaklanan haksız fiillerde duygusal zararlardan kaynaklanan tazminat kararları verilmiştir[256]. Mahkemelere göre bu durum, insanların bu koşullar altında duygusal sıkıntı çekme ihtimaline dayanmaktadır[257]. Öte yandan şiddetli duygusal rahatsızlığa sebep olduğu düşünülen tüm fiiller için mahkemelerin haksız fiilden kaynaklanan tazminat kararları verdikleri görülmektedir[258].

Amerikan haksız fiil hukukunun bir diğer yönü ise 2006 yılında *ALI* tarafından üçüncü kitap olarak kabul edilen ekonomik zararlardan doğan haksız fiil sorumluluğudur (*Restatement of Torts, Third, Liability for Economics Harms*). Ekonomik zararlardan doğan haksız fiiller genel olarak ticari haksız fiillerdir. İşletmelerin sözleşmeye aykırı

---

[255] Bu durumun nedeni olarak görülmeyen zararlar anlamında, parazit zararlar deyiminin kullanıldığı görülmüştür. Daniel B. Dobbs (2002), *The Law of Torts*, Minnesota: West Publishing, p. 302.

[256] *George v. Jordan Marsh Co., 268 N.E.2d 915 (Mass. 1971), Supreme Judicial Court of Massachusetts, Middlesex* davasında borcun tahsil edilmesi için sanıkların her birinin davacıyı tehdit ederek, sürekli olarak telefon ile araması ve borcun kişisel hesabından tahsil edeceği gibi nedenler ile hareket etmesi, yine duygusal zararlar kavramına yer verilerek zararın oluştuğu belirtilmiştir. Grey, 2011, a.g.k., s. 6.

[257] Hakaret davalarını da yine Amerikan mahkemelerinin duygusal zararlar kategorisinde yer verdiği görülmektedir. Dobbs, 2002, a.g.k., p.3-302.

[258] Şu nokta dikkat çekicidir. Doktrinde birçok yazar özellikle fiziksel ve ekonomik haksız fiilleri bir nevi koruyucu haksız fiiller olarak belirlemiştir (umbrella torts). Bu açıdan bakıldığında, mağdur açısından korunaklı bir durum yaratmak amacıyla haksız fiil metodu geliştirildiği görülmektedir. Bu durum bir nevi haksız fiillerin Amerikan hukuku bakımından işlevine örnek teşkil etmektedir. Amerikan hukukunda haksız fiil türlerinin bu derece genişletilmiş olması, farklı türlerin kaynaklığını teşkil etmesi, Amerikan haksız fiil hukukunun işlevlerinden kaynaklanmaktadır. Bu doğrultuda yeri gelmişken Amerikan haksız fiil hukukunun işlevlerinden bahsetmek gerekecektir. Türk hukukundaki haksız fiillerin işlevlerinden daha geniş olarak Amerikan hukukunda haksız fiiller, temelde uğranılan zararı telafi etme, caydırma ve cezalandırma olmak üzere üçlü bir işleve sahip olduğu söylenebilir. Bu durum farklı haksız fiil türleri bakımından, farklı şekillerde görülmektedir. Örneğin medeni ceza, zararın telafisine ilave olarak verilmesi dolayısıyla sadece caydırma ve cezalandırma işlevine sahiptir. Diğer yandan misli tazminat, bir misli ile zararın telafisini sağlayarak telafi işlevini ve bir mislini aşan katları ile ise caydırma işlevini yerine getirebilmektedir. Alabama Yüksek Mahkemesi vermiş olduğu Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip kararında sağlık sigortası için yatırılan primlerin kötüye kullanılması nedeniyle sigorta şirketine açılan davada hem medeni ceza hem de misli cezaya hükmetmiştir. Bu noktada tarafların yaptıkları Anayasaya aykırılık iddiası da Mahkeme tarafından tazminatın işlevinin niteliği uyarınca reddedilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Suprime Court of Alabama, Mutual Life Insurance Co. v. Haslip, No. 89-1279*. Argued October 3, 1990, Decided March 4, 1991.

davranışları sonrasında meydana gelen zararlar bu doğrultuda kabul edilmektedir[259]. Öte yandan dolandırıcılıktan kaynaklanan ekonomik kayıplar, fazla mesai ücretlerinin yatırılmaması, asgari ücrette yapılan haksız kesenekler gibi durumlar bu grup içinde sınıflandırılmaktadır[260].

Nihayet Amerikan haksız fiil hukukunun bir diğer kitabı da sorumluluğun dağıtılması hakkındaki (*Restatement of Torts, Third, Apportionment of Liability*) kitaptır[261]. Sorumluluğun dağıtılmasının esas amacı, meydana gelen hasarın nedensellik bağı çerçevesinde, ihmalkârlığı bulunan taraflar arasında yükümlülüğün dağıtılması, taraflara karşılıklı olarak hasarın yüklenilmesini konu almaktadır[262]. Özellikle sigorta hukukunda, sigorta şirketleri ile hasar görenler arasındaki kusur ve zararın dağılımına ilişkin pek çok kararın bulunduğu bu alanda, 2013 yılında *Maryland Yüksek Mahkemesi* tarafından verilen bir kararda, sorumluluğun dağıtılmasının tekrar düzenlenmesi ve özellikle sigorta şirketleri aleyhine bu dengenin kaydırılması fikri mahkeme tarafından tartışılmış; ancak, sigorta şirketlerinin birlik olarak oluşturdukları lobi faaliyeti ile Mahkeme mevcut düzenin devam etmesine karar vermiştir[263].

---

[259] Michael D. Green (2011), Symposium, Flying Trampolines and Falling Bookcases: Understanding the Third Restatement of Torts, *William Mitchell Law Review, Vol. 37, Iss. 3, Art. 10*, s. 1012.

[260] Kenneth W. Simons (2011), The Restatement (Thırd) of Torts And Traditional Strict Liability: Robust Rationales, Slender Doctrines, *Wake Forest Law Rev., Vol. 44,* s. 1356.

[261] Oren Bar-Gill/ Omri Ben-Shahar (2003), The Uneasy Case for Comparative Negligence, *American Law and Economics Review Vol. 5,* s. 435; Vandali, Frank J. (2000), A Critique of the Restatement (Third), Apportionment As It Affects Joint and Several Liability, *Emory Law Journal, Vol. 49,* s. 566.

[262] Donald G. Gifford/ Christopher J. Robinette (2004), Apportıoning Liability in Maryland Tort Cases: Time to End Contrıbutory Negligence and Joint and Several Liability, *Maryland Law Review, Vol. 73, Num. 3,* s. 703.

[263] Gifford/ Robinette, 2014, a.g.k., s. 768. Court of Appeals of Maryland. James Coleman v. Soccer Association of Columbia. No. 9, Sept. Term, 2012, Decided: July 09, 2013. Söz konusu karar uzunca müddet tartışılmıştır. Karar göre davacı *James Kyle Coleman, Maryland Howard County'de* bulunan *Soccer Association of Columbia'da* bulunan genç futbol takımında oyuncu ve yardımcı antrenör olarak çalışmaktaydı. 19 Ağustos 2008'de, *Coleman* 20 yaşındayken, kulübün uygulama sahalarını kontrol etmesi esnasında, uygulama sırasında atılan futbol topu uygulama alanının dışına çıkmıştı. Topu almak için uygulama alanının dışına çıkan *Coleman* demiryollarına takıldı ve bu esnada başını demiryolu direklerine çarparak ağır derecede yaralandı. Öte yandan kaza sonrasında ciddi bir cerrahi müdahale geçiren *Coleman* yüzüne estetik ameliyat ile üç parça kalıcı titanyum levha yerleştirildi. *Coleman* uygulama sahası sahipleri olan *Soccer Association Columbia* kuruluşunu, kazada ihmali olduğu gerekçesiyle dava etti. Kararda mahkeme sorumluluğun dağıtılmasında klasik olarak kabul edilen ihmali olan tüm katılanlar arasında zararın paylaştırılması ilkesi çerçevesinde karar verdiği görülmektedir. Ancak mahkeme, gerekçeli kararında bu durumun her durumda adaletli sonuçlar doğurmadığı, bazı durumlarda da sigorta şirketleri ile istihdam edenler tarafından sorumluluğun tamamen yüklenilmesi gerektiği yönünde bir doktrinsel tartışmayı gündeme getirdiği görülmektedir. Özellikle *Maryland Mahkemelerinde* yapılan tartışmalarda, *Maryland* yasalarında yer alan "*hataya göre sorumluluk"* ilkesinin değişikliği konusunda tartışmalar yapılmıştır. *Maryland Mahkemelerinin* esas amacı davacı, davalı ve diğer taraflar da dâhil olmak üzere tarafların ilgili hata derecelerine göre ihmal nedeniyle oluşan zararları tahsis etmesini gerektiren kapsamlı ve dengeli bir yaklaşım sunmaktır. Gifford/ Robinette, 2014, a.g.k., s. 768.

2. AMERİKAN DOKTRİNİNDEKİ GÖRÜŞLER ÇERÇEVESİNDE HAKSIZ FİİLLERE UYGULANACAK HUKUKA DAİR METODOLOJİK YAKLAŞIMLAR

Amerikan hukukçuları sosyal bilimlerde bir deney ve araştırma yöntemi olarak var olan ve hukukta yeni yöntem arayışlarını yansıtan "*hukuk kuramı*" kavramı ile pek fazla alakadar olmamışlardır. Amerikan hukukçularının, *Anglosakson* hukuk sistemine göre bir metod-metodojisi geliştirme çabası içinde olduklarını söylemek yanlış değildir. Amerikan kanunlar ihtilâfı hukukunun gelişimi incelendiğinde 18. yy. sonralarına kadar mahkemenin hâkimin kanunu kuralına bağlı kaldığı görülmektedir. Hâkimin kanunu kuralı uyarınca hâkim olayda yabancı unsur olsun veya olmasın her durumda kendi ülkesinin kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulayacaktır. Ancak, kanunlar ihtilâfı sisteminin sürekli gelişimi neticesinde Amerikan hukukçuları bu gelişime kayıtsız kalamamış ve nihayet özellikle Hollanda statücülerinin de etkisiyle yeni görüşler ileri sürmüşlerdir[264].

2.1. *Joseph Story ve J. H. Beale*: Kazanılmış Haklar Teorisi

Devletler genel hukukunun kurucuları arasında kabul edilen ve devletlerin bağımsızlığı ile denizler üzerindeki haklarını, egemenlik yetkilerini sıralayan *Grotius,* bireyler arasındaki hukukî uyuşmazlıkların çözümünde de yeni yöntemler önermiştir[265]. Hollanda statücülerinin de babası sayılan *Grotius* hukuksal problemlerin sadece akıl yolu ile çözüme kavuşturulmasının imkânsız olduğunu, ayrıca akıl ile birlikte gözleme de ihtiyaç olduğunu belirtmişlerdir[266]. Bu doğrultuda Hollanda statücüleri, kendilerinden önceki hukukçulardan farklı olarak kanunlar ihtilâfı hukuku ile ilgilenmişler ve bu doğrultuda kanunlar ihtilâfı alanında en büyük etkiyi doğuran hukukçulardan *Huber*'i yetiştirmişlerdir[267]. *Huber*, daha sonradan Amerikan hukukçularına da ilham verecek olan *comitas gentium* ismini verdiği ve mücamele esası olarak anılan teorisini çözüm olarak önermiştir. Bu esasa göre ülkelerin yabancı hukuku uygulamaları ikametgâh, vatandaşlık,

[264] Göğer, 1977, a.g.k., s. 30-31.
[265] O'Brien, J. (1999), *Conflict of Laws, Second Edition*, London: Cavendish Publishing Limited, s. 13; Aygün, 2016, a.g.k., s. 134.
[266] Güneysu, Gökhan (2012), Askeri Gereklilik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk, *Ankara Barosu Dergisi, Y. 2012, S. 4*. s. 102.
[267] Morris, J. H. C./ McClean, D./ Abou-Nigm, V. R. (2012), *The Conflict of Laws,* Eighth Edition, London: Sweet & Maxwell, s. 536; Aygün, 2016, a.g.k., s. 134.

yerleşim süresi gibi haller ile sınırlandırılmamalıdır. Devletler herkesin bir başka devlette kazandığı haklarını karşılıklı saygı ve iyiniyet kuralları çerçevesinde kabul etmelidir[268].

Huber'in önerdiği mücamele esası, Amerikan kanunlar ihtilâfı hukukçularının uzunca bir süre gündeminde kalmıştır. Zira özellikle Amerikan kanunlar ihtilâfı hukukçularının ilk ürünü olan kazanılmış haklar teorisi (*vested rights*) ilkesi ile *Joseph Story*'nin *comitas*[269] prensibinin kaynağı mücamele esası olmuştur[270]. Amerikan devletinin federal yapıya sahip olması, Birleşik Krallığın ise birden fazla devletten teşekkül etmesi bölgesel olarak farklı hukuk sistemlerine ait düzenlemeleri bünyesinde barındırmıştır. Bölgesel kanunlar ihtilâfı olarak sistemleştirilen bu durum, mevcut yazarları bir federe devletin tanımış olduğu hak ve yetkilerin diğer devletlerde de tanınması prensibinden hareket etmiş ve kazanılmış haklar teorisini kabul etmiştir[271].

Story prensibini açıklarken tümden gelim metodunu kullanarak hareket etmiştir. Buna göre her devletin ülkesel egemenliği, kendi ülkesi sınırları içinde, bir başka devletin kanunlarınca tanınması halinde geçerli olacaktır[272]. *Story*'nin hareket noktası ülkelerin meydana getirdiği uyuşmazlıklar hakkında hangi kuralı uygulayacağının ne şekilde tespit edileceği olmuştur. Buna göre ehliyet, evlenme, boşanma, şahsi hukuk, miras hukuku, aile hukuku vb. diğer hukuk dalları bakımından uygulanacak hukuklarda esas alınacak nokta ne olmalıdır sorusuna cevap verirken hangi kurallara dayanılacağının cevabını *Story* aramıştır. *Story* Amerikan mahkeme kararlarını büyük ölçüde etkilemiştir. *Commentaries on the Conflict of Laws* eseri uzunca bir süre Amerikan mahkemelerinin gündeminde kalmış, *Story* görüşlerine atıfta bulunulmuştur. *Story*, özellikle bugünkü uluslararası özel hukukun oluşmasına büyük katkı sağlayan *Savigny*'i etkileyen bilim insanıdır.

Kazanılmış haklar teorisinin esas uygulanmasını sağlayan ve onu sistematize eden yazar *J. H. Beale*'dir. Sıkı bir ülkesellik prensibi taraftarı olan *Beale* kazanılmış haklar

---

[268] Altuğ, Yılmaz (1959), Anglo-Amerikan Âleminin İlk Önemli Devletler Hususî Hukukçusu Joseph Story, *İÜHFM, C. XXIV, S. 1-4*, s. 63.

[269] *Story*, Fransız statücüler *Boullenois ve Bouhier* ile Hollandalı hukukçular *Huber ve Rodenburg'un* görüşlerinden etkilenmiştir.

[270] Collins, L. (2006), *Dicey, Morris and Collins on The Confl ict of Laws*, Fourteenth Edition, London: Sweet & Maxwell., s. 12; De Nova, Rodolfo (1966), *Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws,* Rec. des Cour, s. 443; Aygün, 2016, a.g.k., s. 135.

[271] Altuğ, 1959, a.g.k., s. 63.

[272] Tanımın uzun açıklaması ve ülkesellik prensibi hakkında bkz. Aygün, 2016, a.g.k., s. 135; Cook, W. W. (1949), *The Logical and the Legal Bases of the Conflict of Laws*, Second Edition, California: Harvard University Press, s. 49.

teorisi çerçevesinde yabancı kanuna göre kazanılmış olan hakların korunması, tüm medeni milletlerce kabul edilmiş olan genel bir hukuk prensibi olması nedeniyle, hâkim ilk önce önüne gelen uyuşmazlıkta kazanılmış bir hak olup olmadığını tespit etmelidir. Eğer hâkim tarafından kazanılmış bir hakkın olup olmadığı tespit edilmiş ise bu durumda kazanılmış hakka göre karar verilmeli, aksi durumda ise kendi kanununu uygulamalıdır[273]. *Beale* kazanılmış haklar teorisini açıklarken, kazanıldığı iddia ve tespit edilen hakkın kazanılıp kazanılmadığının tespit edilmesi, bu hakkın veya borcun hukuken doğumu için gerekli olan en son fiil veya işlemin üzerinde gerçekleştirildiği devlet hukuku tarafından saptanmalıdır. Hakkın veya fiilin gerçekleşmesi sonucu kazanılan hakkın kabul edilmesi, bu konuda yetki sahibi olan ülkenin hukukunun uygulanması ile kabul edilmekte, bir diğer ifade ile hakkın veya fiilin sonucu kazanılan hakkın gerçekleştiği ülke hukuku tek yetkili olmaktadır[274].

Beale Amerikan hukukunda esas etkisini *ALI* tarafından hazırlanan *I. Rest.* raportörlüğü ile sırasında göstermiştir. *Beale* görüşleri ve kazanılmış haklar kuramı çerçevesinde hazırlanan *I. Rest.* sözleşmeler alanında uygulanacak hukuku gösterirken sözleşmenin geçerliliği için gereken son işlemin yapıldığı yer hukukuna, ifaya ilişkin

[273] Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Turhan, 1989, a.g.e., s. 56..

[274] Turhan, 1989, a.g.e., s. 57; Aygün, 2016, a.g.e., s. 141; Menekşe, Ayhan (1986), Devlet Menfaatinin Tahlili Metodu, *Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan,* Ankara, s. 517. Beale'nin görüşlerinin haksız fiiller alanındaki sonucu şudur: Kanunların ülkesel olması haksız fiillerde özellikle ika yeri ve zarar yeri kuralları ile en sıkı irtibatlı ülke hukuku kurallarının uygulanmasını engellemektedir. Zira hâkimin ülkesi dışında meydana gelen haksız fiil, hâkimin ülkesi dışında zararın ortaya çıkması, nihayet hâkimin ülkesinden başka bir ülkenin daha sıkı ilişkili olmasının sonucu olarak yabancı bir kanunun uygulanmasının kabul edilmesi mümkün değildir. Ülkesellik prensibinin bu yönü itibariyle uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle kazanılmış haklar teorisi çerçevesinde hâkimin ülkesi dışında meydana gelen haksız fiil, ortaya çıkan zarar veya en sıkı irtibat olarak yabancı bir ülkenin olması durumlarında, ilgili ülke uyarınca hakkın kazanıldığı kabul edilecektir. Pek çok Amerikan mahkemesi de bu durumu ispat etmek ve kazanılmış haklar teorisinin özellikle haksız fiiller alanında uygulanmasını sağlamak amacıyla bu yönde kararlar vermiştir. Özellikle *Whitford v. Panama Raidroad Corp (1861)* kararına göre New Frenada'da meydana gelen tren kazasında, kazada ölen kimsenin mirasçılarının tren şirketi aleyhine New York mahkemelerinde tazminat davası açması hakkının olduğunu; ancak, kazanın meydana geldiği New Grenada kanunlarının ise mirasçıların dava açma hakkının olmadığını söylemektedir. Davanın hâkimi mücamele esası uyarınca sadece kazanılan hak uyarınca talep edileceği ve davacının New York kanunları uyarınca talep hakkının olmadığını kabul etmiştir. *Whitford v. Panama Raidroad Corp (1861)* kararına atıf yapan bir diğer mahkeme kararı ise Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından verilen meşhur Titanic davasıdır *(U.S. Supreme Court 233 U.S. 718 (1914)*). Bu davaya göre açık denizde meydana gelen gemi kazasında ölen kişinin ABD vatandaşı olması nedeniyle açılanacak olan tazminat davasında, Amerikan hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. Zira Amerikan hukukunca ilgilinin mirasçılarının haksız fiil nedeniyle dava açma hakkının bulunduğu ve kazanın açık denizde meydana gelmesi nedeniyle talep hakkına dayanak teşkil edecek bir ülke hukukunun bulunmadığını, Amerikan kanunlarınca tanınan tazminat hakkının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kararlar için bkz. Case Law, <https://casetext.com/case/the-titanic>, Erişim Tarihi: 07.03.2017.

sorunlar ise ifa yeri hukukuna bağlanmıştır[275]. Haksız fiiller için ise *I. Rest. 377.* paragrafında açıkça görüldüğü üzere ika yeri kuralının uygulandığı görülmektedir[276].

2.2. *Cavers*: Tercih Prensipleri Metodu

Rest. I ve dolayısıyla kazanılmış haklar kuramının en sert eleştiricilerinden biri *Cavers'*tır. *Cavers, Procedure for and in the Choise of Law Process*[277] isimli eserinde kazanılmış haklar teorisinin eksikliklerini vurgulamıştır. *Cavers* özellikle kazanılmış haklar teorisinin sert ve mekanik olmasını eleştirmiştir. *Cavers*'a göre gösterici nitelikte kurallar olan kanunlar ihtilâfı kurallarının "*sert ve mekanik*" değil, "*yumuşak ve tercih edilebilir*" olması gerekmektedir. Hâkimin yapacağı iş önüne gelen yabancı unsurlu uyuşmazlığı en ince ayrıntısına kadar tahlil etmektir. Bu tahlil sonucunda hâkim bir takım bağlama kriterlerini öne alarak, bunlar arasında tercih prensibi gereği tercihte bulunacaktır.

Cavers tercih prensipleri gereğince hâkimin olayın niteliği ve amaçları doğrultusunda en doğru kararı vereceği şekilde hareket etmesini sağlamak amacıyla beş farklı tercih metodu kabul etmiştir. İlk metoda göre hâkimin yapacağı iş tercihin temel kriterini mağdurun zararının telafi edilmesi noktasında tutmaktadır. Bu tespit *Cavers*'in makalesinden hareketle yapılmaktadır. *Cavers*'a göre eğer zararın meydana geldiği yer kanunları fail için daha ağır hükümler içeriyor ise ya da mağdurun ikamet ettiği yer kanunlarından daha fazla bir tazminat miktarı öngörüyorsa, fail ile mağdur arasındaki önceden var olan hukukî ilişki de bu hukukî ilişkinin uygulanmasında zorluk çıkarmamaktaysa o halde bu prensiplerden birinin tercih edilmesi sonrasında, hâkim olayı etraflıca analiz etmesi ile bir bağlama noktası tercih edecektir[278].

---

[275] Ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör, Gülin (2006), Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 23.

[276] *Rest. I*'de yer verilen kazanılmış haklar teorisi, henüz Rest. I kabul edilmeden önce de ciddi şekilde eleştirilmiştir. Bu eleştiriler için bkz. Güngör, 2006, a.g.k., s. 26.

[277] D. F. Cavers (1966), *Procedure for and in the Choise of Law Process*, Ann Arbor, s. 140.

[278] Cavers, 1966, a.g.k., s. 139-140. *Cavers* tercih prensibini uygularken *California Yüksek Mahkemenin* vermiş olduğu bir kararı da incelemekte ve kararı tenkit etmektedir. *California mahkemesinin* verdiği kararın konusu şu şekilde meydana gelmiştir: *Arizona*'da meydana gelen bir trafik kazasında kusuru ile kazaya sebep olarak hayatını kaybeden bir sürücünün mirasçıları aleyhine, araçta bulunan ve ağır yaralanan hatır yolcusu manevi tazminat davası açmıştır. Davanın *California*'da açılmasının sebebi, tarafların ikametgâhının *California*'da olmasıdır. *California mahkemesi*, o dönem *Rest. I* uyarınca kabul edilen kazanılmış haklar teorisinin haksız fiillilerde uygulanacak hukuka dair ika yeri kuralı uyarınca *Arizona* hukukunu uygulamıştır. Ancak *Arizona* hukuku uyarınca mirasçılardan manevi tazminat talebi mümkün değildir. Hâl böyle olunca *California* ilk derece mahkemesi ika yeri kuralını uygulamış ve talebi reddetmiştir. *California* Yüksek Mahkemesi ise mağdurun manevi tazminata ilişkin bir talebi olması

Cavers'in ikinci metodu ise olayın niteliği göz önünde tutularak özellikle failin korunmasına yönelik bir metod geliştirilmesi yönünde olmuştur. Buna göre fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yer kanunları mağdurun ikamet ettiği yer kanunlardan daha hafif hükümler içeriyor ve daha az bir tazminat miktarını öngörüyorsa mağdur ile fail arasında önceden mevcut bir ilişki bu ilişkiyi düzenleyen kanunların uygulanmasına yol açmadığı müddetçe ika yeri kuralı olaya uygulanacaktır[279]. *Cavers* metoduna dikkatlice bakıldığında görülmektedir ki, esas olan failin korunmasıdır. Zira ikamet ettiği kanunlar uyarınca failin daha az ceza alacağı bir sistemde failin ceza az ceza almasında menfaati olması nedeniyle uygulanmasında fayda vardır[280].

Cavers, geliştirmiş olduğu üçüncü tercih prensibinde ilk iki prensibinin ortasını bulmaya çalışmıştır. Buna göre geliştirilen ilk prensipte mağdurun korunmasına hizmet edilmesi, failin aşırı derecede cezalandırılmasına hizmet ederken, ikincisinde ise uygulamada az rastlanan bir prensibi beyan etmiştir[281]. Üçüncü tercih prensibinde esas amaç belirli bir özel haksız fiil kuralının ele alınması ve metodolojik olarak incelenmesidir. Buna göre haksız fiilin meydana geldiği yer kanunları, failin fiiline sorumluluk yüklerken, davacı mağdurun zarar gördüğü yer kanunlar ihtilâfı kuralları bir sorumluluk yüklemiyorsa, mağdur ile fail arasında önceden mevcut bir ilişki bu ilişkiyi düzenleyen kanunların uygulanmasına yol açmadığı müddetçe ika yeri kuralı olaya uygulanacaktır. Görüldüğü üzere özellikle özel tipli haksız fiil kuralları bazında yapılan bu tercih metodu sadece ve salt hareket merkezine öncelik tanımaktadır. Özellikle fiilin meydana geldiği yer hukuku uyarınca mağdura bir tercih hakkı tanınmıştır[282].

---

halinde, bu talebin incelenmesi konusu bir usul hukukuna ait mesele olması nedeniyle hâkimin hukukuna tabi olacağı ve *California* usul hukuku uyarınca mirasçılardan manevi tazminat talep edilebileceği yönünde bir düzenleme yer aldığı için ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. *Cavers* ise bu karardan hareketle kendi görüşüne destek aramıştır. Buna göre eğer mahkeme tercih yeri prensibi uyarınca mağdurun ikametgâhının, mağdur lehine daha çok düzenleme getirdiğini ve bu doğrultuda ikametgâh hukukunun tercih edilerek uygulanacağını öngörerek buna göre karar verseydi, daha adil bir sonuca ulaşılacağını vurgulamıştır. *Grant v. Mcauliffe, Supreme Court of California. In Bank.·41 Cal.2d 859 (Cal. 1953)*, Case Law: <https://casetext.com/case/grant-v-mcauliffe>, Erişim Tarihi: 07.03.2017.

[279] Cavers, 1966, a.g.k., s. 139-140.

[280] *Cavers*'in bu prensibi doğrultusunda verilen kararlar için bkz. *Cipolla v. Shaposka*, *47 Pa. D. & C. 2d 176 (1969), Jr. Common Pleas Court of Delaware County, Pennsylvania. April 7, 1969*, Leagle Law Site, <http://www.leagle.com/decision/196922347PaDampC2d176_1187/CIPOLLA%20v.%20SHAPOSKA,%20JR>. Erişim Tarihi: 07.03.2017, Turhan, 1989, a.g.k., s. 81.

[281] Turhan, 1989, a.g.k., s. 83; D. F. Cavers (1970), Contemporary Confl icts Law in American Perspective, *131 Rec. des Cours, (1970/III)*, s. 151 vd.

[282] Cavers, 1966, a.g.k., s. 159-160. *Cavers*'in bu prensibi doğrultusunda verilen kararlar için bkz. *Schmidt, v. Driscoll Hotel, Inc., d.b.a.,* Supreme Court of Minnesota. April 12, 1957, 249 Minn. 376 (1957) 82 N.W.

Cavers'in geliştirdiği dördüncü tercih ise hâkimin yapacağı tercihi taraflar arasındaki önceden mevcut olan bir hukukî ilişkiye dayandırmaktadır. Buna göre taraflar arasında daha önceden kurulmuş olan bir hukukî ilişkiye uygulanacak olan hukuk, haksız fiilin meydana geldiği yer hukukuna göre daha fazla bir sorumluluk yüklüyor ise bu durumda taraflar arasında daha önce var olan hukuk kuralının uygulanması gündeme gelecektir. Esasında burada *Cavers*, sözleşmeler hukuku alanında geçerli olan kanunlar ihtilâfı hukukunda kabul edilen bir prensibi doğrudan haksız fiil hukukuna aktarmıştır. Ancak sözleşmeler hukukunda var olan taraflar arasında geçmişteki bir hukukî ilişkiye gönderme yapılması en sıkı irtibatlı hukuk kuralının bir sonucudur. Daha çok tesadüfî olaylar neticesinde meydana gelen haksız fiile uygulanacak olan hukukun taraflar arasında geçmişte var olan bir hukukî ilişki ile bağlantı kurmak suretiyle uygulamaktadır. Ancak bu durumda uygulanacak hukuk ile haksız fiil sonucunda meydana gelen olay arasında bağlantı mevcut değildir[283].

Nihayet *Cavers* geliştirdiği son tercih prensibinde dördüncü prensibin bir devamı niteliğinde görüş sunmaktadır. Buna göre taraflar arasında daha önceden kurulmuş olan bir hukukî ilişkinin kurulduğu yer hukuku, taraflardan birine zararın meydana geldiği yer hukukundan daha az sorumluluk yüklüyor ise taraflar arasındaki hukukî ilişkiye haksız fiil öncesinde kurulmuş olan hukuk uygulanacaktır[284]. *Cavers* son iki tercih prensibine uygulanacak hukuku belirttikten sonra bunların nasıl ve ne şekilde uygulanacağını göstermek amacıyla çeşitli mahkeme kararlarından örneklemeler yoluyla açıklamalar getirmektedir[285]. *Cavers* bu noktada özellikle en sıkı irtibatlı hukuk anlayışını ortaya koyarak yeni bir görüş ortaya koyan *Babcock v. Jackson* kararını merkeze koymaktadır[286]. *Cavers'*a göre mahkeme bu davada en sıkı irtibatlı hukuk kuralını değil,

(2d) 365. Justia US Law, <http://law.justia.com/cases/minnesota/supreme-court/1957/36-973.html>, Erişim Tarihi: 07.03.2017.

[283] Ayrıntılı bilgi için bkz. Cavers, 1966, a.g.k., s. 159-160; Cavers, 1970, a.g.k., s. 151.

[284] Cavers, 1970, a.g.k., s. 151.

[285] Turhan, 1989, a.g.k., s. 84.

[286] Cavers, 1966, a.g.k., s. 177; Cavers, 1970, a.g.k., s. 151. *Restatement*, hukuka aykırı bir sorunun "*oluşum ve taraflar arasındaki en önemli ilişki*" olan devletin yerel yasalarıyla belirlendiği hukuk testi tezi ile ortaya çıkmıştır[286]. New York Temyiz Mahkemesi *Bobcock v. Jackson* kararı sonrasında, *Rest*. prensiplerine hazırlık olarak tartışılan taraflar ve oluşum testini yeniden uyguladı. Mahkeme taraflar arasındaki hukukî ilişkilerin görece önemine binaen, olay ile bağlantılı devletlerin her biriyle olan olgusal ilişkilerin önemine atıfta bulunarak, ilişkinin niteliğini ölçtüğünden, *Bobcock v. Jackson* kararı "*New York testi, baskın temaslar*" kuralı olarak da bilinir hale gelmiştir.

taraflar arasında geçmişte var olan hukukî ilişkiden hareket ile bu hukukî ilişkinin kurulduğu andaki ülkenin maddi hukuk kurallarını uygulamalıdır[287].

2.3. *Reese*: En Önemli İlişkiyi Haiz Hukuk Metodu

Reese sözleşmeler ve haksız fiil alanında hukuk seçimi hususundaki problemlerin ABD mahkemeleri tarafından hangi yöntemle çözümlendiğinden bahsetmiştir[288]. Hukuk seçimi hususunun temelini oluşturan değerlerin ve amaçların ne olduğu üzerinde duran yazar, bağlama kurallarının *ad hoc* yaklaşıma nazaran avantaj ve dezavantajlarının neler olduğunu açıklamıştır. Mahkemelerin, *ad hoc* temelini temel alarak her somut olayda durumun özelliklerine göre mi karar vermesi gerektiği, yoksa bağlama kurallarının bir bütün halinde mi inceleneceği hususunda uyuşmazlık olduğundan bahsetmektedir.

Rest. II raportörlüğünü de yapan *Reese,* bu düzenlemede yer almasını sağladığı kuralları *General Course on Private International Law*[289] isimli eserinde etraflıca anlatmıştır[290]. Buna göre *Reese'*in temel amacı açık, objektif ve kesin bağlama kurallarına ulaşılmasını sağlamaktır. Hukukun tüm alanlarında geçerli olan somut, öngörülebilir ve hâkimin kolayca temin edebileceği hukuk kurallarına ulaşmak kanunlar ihtilâfı hukuku alanında da mümkün olmalıdır[291]. Esasında hâkimin somut, öngörülebilir ve kesin nitelikteki kurallara en çok ihtiyaç duyduğu alan kanunlar ihtilâfı hukukudur[292]. Keza uyuşmazlığın başında, yabancı unsurlu hukukî ilişkilerde hangi hukukun uygulanacağının belirlenebilir olması, tarafların temel amacıdır. Bu kurallara ulaşmanın veya kuralların yaratılması noktasında *Reese* üç aşamalı bir sistem kabul etmiştir[293]. Bu sistemin ilk evresine göre hâkim siyasal ve politik açıdan, hukuk güvenliğinin temin edilmesi maksadıyla hareket etmeli, somut uyuşmazlık kanunlar ihtilâfı bakımından merkeze alınarak değerlendirilmeli, belli bir yaklaşıma ulaşmalıdır. Bu yaklaşıma erişirken de *Rest. II parag. 6'*da belirtilen kurallara göre uygulanacak hukuku tespit etmelidir[294].

---

[287] Cavers, 1970, a.g.k., s. 151.
[288] W.L.M. Reese (1980), American Trends in Private Internatioanl Law: Academic and Judicial Manipulation of Choice of Law Rules in Tort Cases, *Vanderbilt Law Review, Vol. 33,* s. 717.
[289] W.L.M. Reese (1976), General Course on Private International Law*, Recueil des Cours de I'Academie de Droit International de La Haye, Vol. 150*, s. 45.
[290] Reese, 1976, a.g.k., s. 3.
[291] Reese, 1976, a.g.k., s. 45.
[292] Reese, 1976, a.g.k., s. 46.
[293] Reese, 1976, a.g.k., s. 47.
[294] Reese, 1976, a.g.k., s. 50.

İkinci aşamada ise ilk aşamada belirtilen politikalar çerçevesinde yaşanan hayat olaylarına uygulanacak olan bağlama kuralları hakkında genel bir ilkeye varılması amaçlanmaktadır[295]. Zira bir hayat ilişkisinin sonucunda meydana gelen bir uyuşmazlığa ne kadar çok benzer uyuşmazlık meydana gelir ve hâkimler de içtihat birliği açısından ne kadar süre aynı bağlama noktasını kullanarak karar verir ise, karara esas alınan bağlama kuralı bir süre sonra genel bir ilke ve somut bir kural halini alır[296]. Bu durumun bağlama kuralının, tamamıyla bir kural olarak karşımıza çıkmasına kadar devam edecek bir süreçtir[297].

Nihayet son aşama ise sürekli uygulanan bağlama kuralının artık kesinleşmesi ve sonuç elde edilerek uygulanmasını teminat altına almaktır[298]. Sürekli uygulanagelen bu bağlama kuralı, artık hâkime yol gösteren bir kuraldan çok, sürekli uygulanması nedeniyle, o uyuşmazlık ile en sıkı ilişki içinde olan bağlama noktası olma sıfatını kazanmıştır. Artık değişken ve aktif bir durumdan, durağan ve kesin, öngörülebilir bir durumun varlığı söz konusudur[299].

Reese görüşlerini beyan ettiği yıllarda ABD'de hukuk seçimine ilişkin meselelerde, haksız fiil en fazla problem yaratan alandır. Aynı zamanda ABD'nin hukuk seçimi hususundaki geleceğe ilişkin yönünü belirleyecek alan haksız fiillere ilişkin, birçok dava bulunmaktadır[300].

ABD'de 1950'li yıllardan 1980'li yıllara kadar haksız fiillere emsali olmayacak şekilde ısrarla kabul edilmiş bir bağlama kuralının uygulandığından bahsetmektedir. Bu kural gereğince haksız fiillere ilişkin hak ve yükümlülükler, haksız fiilin gerçekleştiği devletin hukukuna tabi olacağı şeklinde bir yorum olarak mahkemelerce kabul edilmiştir[301]. Zarar doğurmayan bir haksız fiil düşünülemeyeceğine göre, bu kural aynı zamanda ika yeri ile zararın meydana geldiği yer hukukunun birlikte uygulanmasını mümkün kılıyordu. Böylelikle haksız fiiller alanında da verilen kararların büyük bir kısmında zararın meydana geldiği yer hukuku kuralı temel oluşturmaktaydı. Kural, teorik alanda 20. yy. ilk yarısına damgasını vurmakta, kazanılmış haklar teorisiyle tamamen

[295] Reese, 1976, a.g.k., s. 51.
[296] W. L.M. Reese, (1972), Choice of Law: Rules or Approach?, *Cornell Law Review, Vol. 57,* s. 323.
[297] Reese, 1976, a.g.k., s. 51.
[298] Reese, 1976, a.g.k., s. 52.
[299] Reese, 1976, a.g.k., s. 53.
[300] Reese, 1980, a.g.k., s. 720.
[301] Reese, 1980, a.g.k., s. 720.

tutarlılık arz etmekteydi. Haksız fiillerde ika yeri kuralı, hak meydana getirmesi gerekli olan en son olayın gerçekleştiği yer hukukunun uygulanmasını öngörmekteydi. Zararın meydana geldiği yer hukukunun da ika yeri kabul edilmesinin sonucu olarak zarar yeri kuralının birlikte kabul edilmesi, uygulamada kişiye en kritik ve en ihtiyaç duyduğu zamanda bulunduğu ve haksız fiilin gerçekleştiği yer hukukunun himayesinin sağlanması noktasında kolaylık getirmesinden kaynaklanmaktaydı[302]. Bu kuralın uygulanmasının bir başka nedeni de; tarafların zarara katlandığı yer hukukunun onları himaye edeceğine dair beklentilerinin karşılanmasıydı. Nihayet ika yeri ile zarar yeri kuralları kesinlik ve öngörülebilirliği sağlaması bakımından da tercih sebebiydi[303].

Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan yeni disiplinler, söz konusu kuralların yetersizliğini öne çıkardı. Haksız rekabet, hileli beyan gibi durumlarda "*ika yeri*" ve "*zararın meydana geldiği yer hukuku*" her zaman uygulanabilme kolaylığı sağlamamaktadır. Bununla birlikte bu yerlerin farklı olması durumunda mahkemelerin ne yapacağı hususu çok açık değildir. 20. yy. ortalarında birkaç farklı eğilimin ortaya çıkmasıyla beraber "*zararın meydana geldiği yer hukuku*" kuralına ilişkin düşüncelerden kaçınılmaya başlanmıştır. Bu eğilimlerden biri "*sınıflandırma*", diğer eğilimler ise "*atıf*" ve "*kamu düzeni*" dir. İka yeri kuralının giderek özelliğini ve önemini kaybetmesi

[302] Reese, W.L.M. (1977), Choice of Law in Torts and Contracts and Directions For the Future, *Columbia Journal Transnat'l Law, Vol. 16*, s. 3.
[303] Reese, 1977, a.g.k., s. 5.

hususundaki en cesur girişimlerden birini ortaya çıkaran dava ise *Babcock v. Jackson* davasıdır[304] [305].

Reese, "*zararın meydana geldiği yer hukuku*" uygulanacak hukuk olduğunu belirleyen tek bir bağlama kuralı üzerinde herkesin uygunluk sağlayabildiği haksız fiillerden, sözleşmelerin neden bu kadar belirgin farklılık arz ettiği yönünde yorum getirmenin ilgi çekici olduğundan bahsetmektedir[306]. Bu soruya en açık cevabın ise; haksız fiillerdeki bağlama kuralının iyi sonuçlar doğurduğu; bununla birlikte bu durumun tarafların seçtiği hukuku istisna tutarsak, sözleşmelerdeki bağlama kuralları açısından doğru olmadığıdır[307]. Haksız fiillerde, fiili ve zarar genellikle aynı ülkede meydana gelir; bu durumda bu ülke hukuku haksız fiile ilişkin birçok temel soruna uygulanarak tatmin edici sonuçlar meydana getirir. Buna karşılık sözleşmenin yapıldığı yer, mutlaka ve her zaman önemli bir irtibatın bulunduğu yer olarak belirmeyebilir[308]. Örneğin; sözleşmenin yapıldığı yerde tarafların hiçbiri ikamet etmiyor olabilir, ya da iş merkezleri orası olmayabilir ya da edim orada ifa edilmeyecek olabilir. Ancak, tarafların veya hukukî muamelenin sözleşmenin yapıldığı yer ile az da olsa bir bağlantısının olduğu daha sık karşılaşılan durumlarda ise sözleşmeyi bağlayıcı hale getiren son hareketin örneğin kabul

---

[304] *Reese'e* göre hukuk seçimi konusunda en karışık alan sözleşmelerdir. Bu hususta birçok yarışan kural mevcut olmakla beraber, yazar bunlardan dördünü açıklamaktadır. İlk olarak *Rest.*'e göre; sözleşmenin geçerliliği ile ilgili unsurlar sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna göre belirlenecektir. Sözleşmenin yapıldığı yer hukukundan maksat da sözleşmeye bağlayıcılık unsuru katan son hareketin gerçekleştiği yerdir. Buna ne ifa ile ilgili sorunlarda, sözleşmenin hükümlerine göre ifa yeri neresi ise o devletin hukukuna göre çözümlenecektir. İkinci olarak, sözleşmenin geçerliliği ve edimin ifası ile ilgili sorunlara ifanın gerçekleşeceği yer hukukun uygulanması ise yarışan kuraldır. Nispeten birkaç mahkemede savunulan üçüncü kural ise bütün bu gibi sorunlarda sözleşmenin ağırlık merkezinin bulunduğu yer hukuku, başka bir ifade ile sözleşmeye ilişkin en anlamlı ve en önemli bağlantıların olduğu yer hukuku uygulanmalıdır. Dördüncü yarışan kural ise tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmeleri halinde bu hukukun uygulanması hususudur. Birkaç mahkemenin tek bir kuralda birleşmesi ile karışıklık daha da ilerlemiştir. Mahkemeler sözleşmeye uygulanacak hukukta öncelikle bir kurala daha sonra bir başkasına dayanarak görüşlerini oluşturmuşlar ve bu görüşleri taraflardan bağımsız bir şekilde belirlemişlerdir. Ancak genellikle mahkemenin görüşünde açıkladığı kural, kararın gerçek gerekçesini teşkil etmemektedir. Hâkimler için, öncelikle ulaşmak istediği sonuç hakkında karar vermek ve daha sonra onu bu sonuca ulaştırmaya elverişli bağlama kuralın tercih etmek ortak bir uygulama haline gelmiştir. *Reese'e* göre daha da kötüsü ise mahkemenin kararının temelini oluşturmayan bu kurallar tedbirsiz hâkim ve davacıları yanlış yönlendirmekteydi. Reese, 1977, a.g.k., s. 10.

[305] Taraflar herhangi bir ihtilâf durumunda, sözleşmenin geçerli kalacağı ve sözleşmenin kendi hükümlerine göre uygulanacağı beklentisiyle bir sözleşme akdederler. Bu nedenlerle sözleşmelerde "*bağlama kurallarını öngörebilme*" hususu önem arz etmektedir. Sözleşmelere uygulanacak hukuk kurallarını öngörebilmeye, ancak kuralları yorumlamak sureti ile erişilebilir. Yazar, sözleşmeler alanında bağlama kurallarına haksız fiil alanına göre daha çok ihtiyaç duyulduğunu belirtmiştir. Reese, 1977, a.g.k., s. 11.

[306] Reese, 1977, a.g.k., s. 12; P.D. Collison/ F.M. Tatum, 1972, a.g.k., s. 581.

[307] Reese, 1977, a.g.k., s. 22.

[308] Reese, 1977, a.g.k., s. 21.

beyanının mail ile ulaşmasının o yerde gerçekleşmesi, sözleşmenin geçerliliğine ve ifaya ilişkin meselelere o yer hukukunun uygulanmasını haklı çıkarmaktadır[309].

Reese'e göre başka incelik arz eden bir durum da, mahkemelerin neden sözleşmeler alanında tek bir bağlama kuralı oluşturmadığı ve haksız fiillerde neden uzun zamandan beri sadece zararın gerçekleştiği yer hukukunu uyguladığıdır[310]. Yazara göre bunun nedeni bilinçli veya değil şudur: Mahkemeler sözleşmeler alanındaki bağlama kurallarında haksız fiillere nazaran temel prensip görüşlerinden daha fazla etkilenmişlerdir[311]. Sözleşmelerdeki temel prensip ise; tarafların beklentilerini korumak ve böylece sözleşmenin kendi hükümlerine göre devam etmesini sağlamaktır[312]. Elbette ki devletlerin bazı durumlarda, bu prensibi çiğneyen kuralları vardır; örneğin zayıf tarafı pazarlık gücünü kullanan haksız üstün tarafa karşı korumak ya da dolandırıcılığı engellemek gibi. Bununla birlikte sözleşmedeki temel prensip her zaman mevcuttur ve mahkemelerde sözleşmeyi ayakta tutacak hukuku uygulayarak bu prensibe uygun davranmaktadırlar. Haksız fiillerde ise durum daha farklıdır. Haksız fiile uygulanacak hukuk konusunda en az iki temel prensip (*amaç*) vardır ki bunlar; zarar görenin zararı nedeniyle alacağı tazminat ve söz konusu haksız fiilin önlenmesidir. Bu nedenle mahkemeler sözleşmeler alanında uyguladıkları gibi, haksız fiil alanındaki bu iki temel prensipten hangisinin daha önemli ve öncelikli olduğuna karar verememişlerdir. Bu yüzden de; zararın meydana geldiği yer hukukunu tek bir bağlama kuralı olarak uygulama eğiliminde olmuşlardır[313].

---

[309] İfanın gerçekleşeceği yer, sözleşmenin yapıldığı yerin aksine sözleşme ile daha önemli bir ilişki içindedir. Bununla birlikte, ifa yeri hukukunun uygulanması, edimin iki veya daha fazla yerde veya sözleşmede sayılmış bulunan devletlerden herhangi birinde ifa edilebileceği hallerde zorlaşmakta hatta bazen imkânsızlaşmaktadır. Aynı zamanda ifa yeri hukukunun sözleşmenin tarafları ile çok küçük bir bağlantısının olduğu durumlarda da bu yer hukukunun geçerlilik veya ifa ile ilgili tüm meselelere uygulanması pek uygun olmayacaktır. Üçüncü kural olan; sözleşmenin ağırlık merkezinin bulunduğu yer hukuku açıkça yeterli bir esneklik sağlamaktadır. Taraflarca açıkça seçilen hukuk birçok erdeme olmakla birlikte; şimdiye kadar böyle bir kuralın benimsenmesi, taraflara uygulanacak hukuku seçme hakkı vermenin onları kanun koyucuların yerine geçmek olarak gören teorik ve hatalı görüşler tarafından engellenmiştir. Tarafların sözleşmede açıkça bir hukuk seçimi yapmadıkları, zımni hukuk seçimleri birçok farklı düşünce ortaya çıkarmıştır. Böyle bir durumda; nadiren de olsa tarafların sözleşmeye akıllarında herhangi bir devletin hukukunun uygulanacağını düşünerek girmiş olmaları şeklinde bir görüş ortaya çıkacaktır ki; bu görüş hayali bir standart oluşturacak ve mahkemeye tarafların uygulanmasını istedikleri hukuku düşünmeden karar verebileceği geniş bir takdir yetkisi sağlayacaktır. Reese, 1977, a.g.k., s. 21.

[310] Reese, 1977, a.g.k., s. 23.

[311] Reese, 1977, a.g.k., s. 24.

[312] Reese, 1977, a.g.k., s. 26.

[313] Reese, 1977, a.g.k., s. 32.

Haksız fiillere nazaran sözleşmelerde tatmin edici bağlama kuralları getirilmesine daha çok ihtiyaç vardır. Getirilen bu kurallar temel prensipleri ihtiva etmelidir. Sözleşmelerde daha öncede söylendiği gibi tek önemli bir prensip ve amaç vardır ki o da; tarafların beklentilerini korumaktır. Bu amaca ulaşmak da; sözleşmeyi ayakta tutacak hukukun hangisi olduğunun araştırılması sureti ile mümkün olur[314]. Haksız fiillerde sözleşmelerde olduğu gibi bağlama kuralları inşa etme eğilimi yoktur. Her ne kadar haksız fiil alanında daha önceden bahsedilen iki temel prensip olsa da; birçok devlet temel prensibin zarar göreninin zararının karşılanması olduğunu düşünmektedir[315].

Reese, hukuk seçimi alanında yaptığı otuz yılı çalışma neticesinde, bu konudaki amaçlar ve doktrinsel yaklaşımlarda belirsizliklerin ve halen kısmen de olsa keşfedilmemiş alanların var olduğunu fark etmiş ve bu nedenle hukuk seçimi alanında birkaç tanımlanabilir amacın olması gerektiğine inanmıştır. Yazara göre nihai hedef hukuk seçiminde ulaşmaktır. Bu kurallara ulaşmak içinde, yazar; ilgili devletlerin mahalli hukuk kurallara tarafların coğrafi bağlantılarının ve elbette ki hukuk seçiminin temel amaçlarının göz önüne alınması gerektiğini ifade etmiş ve hukuk seçimi hususunda aranması gereken amaçları belirtmiştir[316]. *Reese'e* göre tüm sözleşme, haksız fiil veya borcun kaynağını teşkil eden diğer alanlarda her durumda taraf iradelerine üstünlük tanınmak suretiyle hukuk seçiminin önünün açılması kanunlar ihtilâfı alanında var olan "*karanlığa sıçrama"* halinin azaltılması anlamına gelecektir[317]. Bu nedenle kanunlar ihtilâfı hukukunun geleceği taraflarca özgürce hareket edilme imkânının olduğu, tüm alanlarda serbestçe hukuk seçiminin kararlaştırılabileceği düzenlemelerin yer alması noktasında olacaktır[318].

2.4. *Currie*: Devlet Çıkarının Tahlili Metodu

Güncel Amerikan metodları arasında Amerikan mahkemelerini en fazla etkileyen metodlardan biri de *Currie* tarafından ileri sürülen devlet menfaatinin tahlili metodudur. Özellikle *vested right-kazanılmış haklar* kavramına tepki olarak doğan bu görüş, ilerleyen

[314] Reese, 1977, a.g.k., s. 33.
[315] Reese, 1977, a.g.k., s. 33-34.
[316] Nomer, 2015, a.g.k., s. 196.
[317] Reese, 1977, a.g.k., s. 36.
[318] Reese, 1977, a.g.k., s. 40.

dönemlerde mahkeme kararlarında genişçe yer bulmuş, farklı doktrin görüşleri ile birlikte mahkemelerde gerekçeli kararlara konu olmuştur[319].

Currie kanunlar ihtilâfını hukukunu bir hukukî uyuşmazlık sırasında karşı karşıya gelen devletlerin, uyuşmazlık konusuna kendi hukuklarının uygulanmasını istemesi hususunda yaşadıkları çıkar çatışması olarak tanımlamaktadır[320]. Bu nedenle *Currie* uyuşmazlığa taraf devletlerarasında yaşanacak olan çıkar çatışmasının altında yatan yasama siyasetine göre, hangi devletin hukukunun uygulanacağının tespit edileceği bir devletlerarası menfaatlerin tahlil edilmesi esasına dayanan bir sistem ortaya koymuştur. Bu tahlil yapılırken devletlerin çıkarlarının tüm durumlar ortaya konularak değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. Eğer birden fazla devlet çıkarı ile ilişkili bir uyuşmazlık var ise ve hâkim de çıkarı olan devletin hâkimi ise bu durumda *for* devletinin hukuku uygulanacaktır[321]. Bunun yanında yabancı unsurlu uyuşmazlıkta sadece tek bir devletin çıkarı mevcut ise o devletin hukukunun uygulanması kabul edilecektir. Öte yandan devletlerin menfaatlerinin tahlil edilmesi sonrasında hiçbir devletin menfaati ve yasama siyaseti ile ilgili bir tespit yapılamaz ise bu durumda hâkim, kendi devletinin hukukunu uygulayacaktır[322]. Zira bu durumda hâkimin ülkesinin hukukunun çıkarı ağır basmaktadır[323].

---

[319] Meşhur *Bobcock/ Jackson* kararının özellikle devlet menfaatinin tahlili ve en sıkı ilişkili hukukun birlikte değerlendirilerek meydana getirilmesi söz konusudur. Geleneksel haksız fiilde hukuk seçimi kuralının uygulanmasından kaynaklanan adaletsizlik, *haksız fiilin meydana geldiği yer* kuralının inandırıcı bir temelden yoksun oluşu ve kuralın istisnalarının uygulanması neticesindeki kafa karışıklığı ve belirsizliğe yol açmış, bu nedenle de birçok yargılama mercii, *Restatement* ve *Babcock/ Jackson* kararını göz önünde bulundurarak, kanuni ihtilâf sorularını çözümlemek için en önemli yakınlık ilkesinin analizini bir metod olarak benimsemiştir. Haksız fiilden kaynaklanan ihtilâflarda, kazanın olduğu yerin maddi hukukunu değiştirmeden, uygulamak yerine, bu mahkemeler, meydana gelen olay ya da taraflarla olan ilişki ya da yakınlığı nedeniyle, davada ortaya çıkan spesifik maddi konuyla en çok ilgisi olan yargılama merciinin kanununu esas almaktadırlar. Spesifik bir yasal konunun çözümüyle ilgili olarak hangi yargılama merciinin gerçeksel durum ya da taraflarla en önemli yakınlığı olduğunu belirleme noktasında, *Restatement* Paragraf 6'ya[319] göre mahkemenin değerlendirme yapması gerektiğini söylemektedir. Ancak *Restatement* Paragraf 6 kapsamında genel ilkeler tüm *Restatement* için geçerli olan ilkeleri olup, *Restatement* Paragraf 145'te belirtilen haksız fiile ilişkin, belirli bir yargılama merciinin olayla ilgili olabilecek yakınlık ve kurallar özel olarak dikkate alınması gereklidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. P.D. Collison/ F.M. Tatum (1972), Most Significant Contracts Method: An Ampirical Analysis, *Vanderbilt Law Review, Vol. 25,* s. 580; Turhan, 1989, a.g.k., s. 72; Menekşe, 1986, a.g.k., s. 539; Göğer, 1970, a.g.k., s. 75; Güngör, 2006, a.g.k., s. 77; Aygün, Mesut (2001), ABD Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Akde Uygulanacak Hukuka İlişkin Currie'nin Devlet Menfaatinin Tahlili Teorisi ve En Sıkı İrtibatlı Hukuk, *Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan*, s. 445.

[320] B. Currie (1963), *Selected Essays on the Conflict of Law*, Durham North Carolina, s. 163.

[321] Currie, 1963, a.g.k., s. 74.

[322] Currie, 1963, a.g.k., s. 75.

[323] Currie, 1963, a.g.k., s. 75. Menfaatlerin ne şekilde tayin edileceğini gösteren kuralların detaylı analizi için bkz. Göğer, 1970, a.g.e., s. 37.

Currie çıkar analizi çerçevesinde devletçi anlayış esasına yakın bir fikir ile analiz ettiği makalesinde tıpkı bir matematikçi gibi uzun hesaplar ve ihtimaller üzerinden doktrinini açıklama gereği duymuştur. Zira devlet menfaatlerinin ve çıkarlarının değişken durumlarda ne gibi sonuçlar ile karşılaşacağının tespit edilmesi ve belirlenmesi gerekmektedir. *Currie*'nin hayatın olağan akışı içinde meydana gelebilecek her duruma bir çözüm ve tespit sunamaması, özellikle de tespit edemediği durumlar için doğrudan hâkimin hukukunun uygulanacağı şeklinde bir yargıyla, durumun kurtarılmaya çalışılması etraflıca eleştirilmiştir[324]. Öte yandan tek yönlü olarak, bir tahlil sonucunda menfaat tespit edilememesi durumunda doğrudan hâkimin hukukunun tercih edilmesi ile birlikte hâkimin hukukunun menfaatinin açıklanamaması ve bu konuda doğrudan bir tanım getirilememesi sorun teşkil etmiş ve *Currie* teorisinin zayıf tarafı olarak belirtilmiştir[325].

*Currie'*nin metodunun en fazla eleştirildiği alanlardan biri de yazarın, uluslararası özel hukukun ayrılmaz parçalarından olan menfaatlerden devlet ve düzen menfaatini, taraf menfaatinden[326] üstün tutmasıdır[327]. Her ne kadar devletlerin çıkarları üzerinden milletlerarası özel hukuka ait bir menfaat dengesi kurmak mümkün olsa da taraf menfaatinin dikkate alındığı bir noktada devlet menfaatinin ağırlıklı olarak gündeme gelmesinde sakınca bulunmaktadır. Özellikle haksız fiiller gibi taraf menfaatlerinin, mağdurun menfaatlerinin ve zedelenen maddi-manevi çıkarlarının telafi edilmesinin söz konusu olduğu bir durumda doğrudan devlet menfaatlerinin tahlil edilmesi suretiyle bir tercih ve seçim yapılması hakkaniyete aykırı durum yaratmaktadır[328]. Yine *Currie*'nin *for*

---

[324] Cavers, 1970, a.g.k., s. 151; W. L.M. Reese (1963), Conflict of Laws and the Restatement Second, *28 Law and Contemporary Proplems*, s. 679-699.
[325] Cavers, 1970, a.g.k., s. 97.
[326] Yabancı unsurlu hukukî ilişkilerde taraflar en yakın irtibat içinde oldukları hukukun uyuşmazlığa uygulanmasını isterler. Bunun sonucunda belirtilmelidir ki, tarafların her birinin tabi oldukları hukuklara göre haklarında hüküm verilmesinde menfaatleri vardır. Hayat olayları göstermiştir ki, tarafların en sıkı ilişki içinde oldukları hukuk uyuşmazlık ve olayın niteliğine göre değişmektedir. Örneğin sözleşmeler hukukunda tarafların sözleşme ile ilişki içinde oldukları hukuk en sıkı irtibatlı iken, haksız fiil hukukunda en sıkı irtibatlı hukuk fiilin gerçekleştiği, zararın meydana geldiği ya da özel haksız fiil türleri bakımından hakkın ihlal edildiği, piyasası etkilendiği hukuklardır. Öte yandan taraf menfaatinin en yoğun olarak gündeme geldiği durumlar kişisel statüden kaynaklanan hallerdir. Şahsın hukuku ve aile hukukundan kaynaklanan hukukî ilişkilerde, kişinin en iyi bildiği, en sıkı irtibat içinde olduğu hukukun kendisine uygulanmasında menfaati olduğu kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, 2016, a.g.k., s. 14; Tekinalp, 2016, a.g.k., s. 21; Akıncı, 1992, a.g.k., s. 5; Doğangün, Temel (1996), *Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 77.
[327] Göğer, 1970, a.g.e., s. 61.
[328] Göğer, 1970, a.g.e., s. 61.

devletinin hâkiminin hukukuna *"yersiz"*[329] bir şekilde ağırlık tanıması, hâkimin hukukunun menfaatlerinin analizi yapılmadan doğrudan uygulanmasına karar verilmesi taraf-devlet menfaati dengesinin haksız yere devlet menfaati yönüne kaymasına sebebiyet vermekte, bir diğer ifade ile ülkesellik prensibinin ağırlıklı olarak uygulanmasını gündeme getirmektedir[330].

Nihayet, *Currie'*yi eleştiren yazarlar özellikle yazarın kanunlar ihtilâfının genel prensiplerine yer vermeden devletlerin menfaatlerinin tahlilini yapmasını sakıncalı bulmaktadırlar. Atıf, kamu düzeni, vasıflandırma, ön sorun, bekletici mesele gibi kanunlar ihtilâfı hukukunun genel prensipleri *Currie* metodunda yer bulmamaktadır. Her ne kadar bu durum salt devlet menfaatlerini tahlil eden bir metodu benimseyen yazar bakımından, yazarın çelişkiye düşmemesi adına kabul edilebilir olsa da taraf menfaatlerinin sağlanması bakımından adaletli bir sonuç vermemektedir. Zira uluslararası özel hukukun temel amacı taraf menfaatlerini sağlamak adına en yakın irtibatlı hukukun uygulanmasını sağlanmaktır[331]. En yakın irtibatlı hukukun sağlanması adına kabul edilen kanunlar ihtilâfı prensiplerine hiç başvurulmadan karar verilmesi de taraf menfaatinin gözetilmeden karar verilmesi anlamına gelmektedir. Şu halde sonuç olarak denilebilir ki, *Currie* metodu, bu başlığın ilk paragrafında yaptığımız tanımda da görüleceği üzere salt devlet menfaatlerinin çatışması üzerinden hakkaniyet sağlamak üzere kurulmuş; ancak, taraf menfaatlerini gözetmediği için akim kalmıştır.

2.5. *Leflar*: Seçimi Etkileyen Mülahazalar

Leflar 20.yüz yılındaki Amerika kanunlar ihtilâfı alanında farklı görüşleri ileri sürerek tartışılmasını sağlayan bir yazardır. *Choice influencing considerations* ismini verdiği ve Türkçe karşılık olarak "*Seçimi Etkileyen Mülahazalar*" olarak ifade edilen çalışması çerçevesinde görüşlerini ifade etmiştir[332]. *Leflar*, yazmış olduğu makalesinde

[329] Göğer, 1970, a.g.e., s. 62.
[330] Göğer, 1970, a.g.e., s. 62.
[331] Göğer, 1970, a.g.e., s. 63.
[332] Seçimi etkileyen mülahazalar hakkında farklı görüşler için bkz. Reese, 1980, a.g.k., 724 vd.

özellikle uygulanacak hukuku tespit etmeye çalışan hâkimin ne şekilde davranması gerektiği hususunda ayrıntılı olarak bir metot anlatmaktadır[333] [334].

Rest. I her grup olay için mekanik işlevsel kurallar koymuştur. Örneğin, haksız fiil ve sözleşmeler için "*ağırlık merkezi*" kuralını öngörmüştür. *Leflar* mahkemelerde yarışan maddi hukuk kurallarının muhtevasını inceleyerek en önemli ilişkiye haiz devletin hukukunu tayin edecek olmakla beraber, daha iyi hukuk kuralının seçimi yönünde tercihi ifade eden bir ilke veya seçimi etkileyen mülahazaya *Rest. I* de yer verilmediği için, seçimi etkileyen mülahazaların eksik yer aldığını değerlendirmiştir[335].

Leflar 1966 yılında yapmış olduğu iki çalışmada da kanunlar ihtilâfında hâkimin uygulanacak hukuku seçerken ne şekilde hareket etmesi gerektiği konusunda tespitlerde bulunmuştur. Yazar özellikle haksız fiiller ve sözleşmeler alanında seçimi etkileyen mülahazaların ne şekilde tespit edileceğini belirtmektedir[336] [337].

Leflar da diğer modern Amerikan kanunlar ihtilâfı hukukçuları gibi kendisinden önceki teorisyenleri eleştirerek, onların metotlarının haksızlığını, kendi metodunun ise yerinde ve uygulamaya en elverişli metot olduğu noktasında görüşlere yer vermiştir[338].

---

[333] Leflar, R. (1966a), More on Choice İnfluencing Considerations, *California Law Review, Vol. 54,* s. 1586; Makalenin giriş kısmında yazar hukuk seçiminde daha önceki görüşlerin yanlış varsayımlara dayandıklarını söylemekte ve farklı yazarların farklı düşüncelerini, kiminin sonucun öngörülebilirliğinden yola çıkarak katı ve mekanik kuralları savunduğu, kiminin değer unsurların da önem arzu ettiğini savundukları, "yerel hukuk" ve "kazanılmış haklar" teorilerinin sadece yeni bir başlangıç noktası olduğu, hukuk seçiminde hâkime yön vermediği, yasama ve hâkimlere hukuk seçiminin ne olması gerektiği hakkında yol göstermediğini ortaya yokmuştur.

[334] Leflar, R. (1966b), Choice İnfluencing Considerations in Conflict Law, *New York University Law Review, Vol. 41,* s. 282.

[335] Yazar bu bölümde *Ehrenzweig's, Currie ve Beal* gibi yazarların düşüncelerini örnek vererek, *Ehrenzweig*'nin temin ettiği hukuk seçimini etkileyen mülahazaların Rest. I'e göre daha az katı ve daha çok esnekliği olan kurallar olduğu, *Currie ve Beal'in* düşüncelerinim temelinde ise kuralların basitliği ve hâkim açısından kolay olması amacının yattığı, dolayısıyla mahkeme yeri hukukunun daha etkili olduğunu söylemiştir. Bkz. Leflar, 1966a, a.g.k., s. 1590.

[336] Yazar, Amerikan hukukunda yer verilen hukuk seçimi düzenlemelerinin çağın gereklerine uygun olmayan bağlama noktalarına ilişkin öneriler çerçevesinde düzenlendiğini belirtmiştir. Aslında Amerikan hukukunda "*Uniform Comercial Code*" gibi maddi hukukun uygulama alanını gösteren farklı ve yerinde metodların yer verildiği düzenlemeler mevcuttur. Leflar, 1966a, a.g.k., s. 1591.

[337] Yazara göre mahkemelerin hukuk seçimi konusunda ilgili kuralları yorumlama fonksiyonu da önemlidir. Mahkeme hukuk seçimi ile ilgili kuralın net veya belirsiz, mekanik veya politika esaslı yahut akıllıca olup olmadığı yorumlayacaktır. Ancak olayın esasından veya kanun koyucunun önceden tespit edemediği bazı konuların kapalı, üstünün örtük olması veya açıkça belirlenmediği haller yorumlarken "*devlet menfaati*" göz önünde bulundurulmalıdır. Yazar yasama organlarının hukuk seçimi kuralları koyarken veya açıklarken bazen hukuk seçimini etkileyen mülahazaların eksik düşünüldüğü ifade ederek yasama organlarının bu konuda gerçek bir kanun koyucu gibi davranmadığı hallerde mahkemelerin hukuk seçimi sorununu çözmekteki rolünün önemini vurgulamıştır. Leflar, 1966b, a.g.k., s. 285.

[338] *Leflar* özellikle *Cheathan ve Reese* tarafından ortaya koyulan hukuk seçimini etkileyen dokuz ilkeyi eleştirerek işe başlamıştır. Bu dokuz ilke şu şekilde belirtilebilir: (1) ulusal ve uluslararası düzenin gereği; (2) aksi yönde bir sebep bulunmadıkça, mahkemelerin kendi mahalli hukukunu uygulaması; (3)

Leflar hukuk seçimini etkileyen mülahazaların tekrar gözden geçirilmesi gerektiğini, bu mülahazaların mekanik olmasa da pratikte kullanabilirliğinin sağlanmasına hizmet edeceğini söylemiştir. *Leflar'a* göre hukuk seçiminin çözümü mekanik olmamalı, yol gösterici nitelikte olmalıdır. Mekanik durumun aşılması ve yol gösterici niteliğin arttırılması amacıyla hukuk seçimini etkileyen mülahazaları tanımak ve netleştirmek gerekecektir. *Leflar* metoduna göre hukuk seçimini etkileyen temelde beş mülahaza vardır: Bunlar, *i.* Sonucun öngörülebilirliği; *ii.* Federe devletlerarası ve milletlerarası düzenin korunması; *iii.* Yargı ödevinin kolaylaştırılması; *iv.* Mahkemenin devletinin menfaatlerini yüceltmesi; *v.* Daha iyi hukuk kuralının uygulanmasıdır[339].

Leflar'a göre ilk tercih olan sonucun öngörülebilirliği iki yönden açıklanabilir: İlk olarak yargı açısından, dava nerede görülürse görülsün, mahkemelerin somut olaya dayanarak vermiş olduğu kararları aynı olmalıdır. Böylece, tarafların "*forum shopping*[340]" gibi bir amaçları var ise bu amaçları onlara doğrudan bir yarar sağlamamaktadır[341]. İkinci olarak ise taraflar açısından durumun değerlendirilmesi gerekmektedir. Sözleşme tarafları sözleşme yaparken, sözleşmeden kaynaklanan olası hukukî uyuşmazlıkların nereden kaynaklanacağını önceden bilmeli ve öngörmelidir.

---

mahkemelerin kendi hukukunu mu yoksa başka bir devletin hukukunu mu uygulayacağına karar verirken kendi hukukuna ait ilgili mahalli hukuk kurallarının amacını dikkate alması; (4) sonucun kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirliği; (5) haklı beklentilerin korunması; (5) baskın menfaate sahip devletin hukukun uygulanması; (7) uygulanacak hukukun belirlenmesindeki kolaylık ve mahkemelere kolaylık yaratmak; (8) mahalli hukukun altında yatan temel politikalar; (9) münferit olaydaki adalet. Amerikan kanunlar ihtilâfında çok etki bırakmamakla birlikte, çeşitli metodolojik görüşler öne süren *Prof. Hesel'a* göre hukuk seçiminde seçimi etkileyen unsurlardan güvenlik ve karşılaştırılmalı adalet esas olarak ele alınmalı ve bu görüşe göre hukukî güvenlikten kastın belli bir durumun her yerde eşit hukukî muamele görmesi gerektiği, karşılaştırılmalı adalet unsurunun da hukukî güvenliğin aşırı uygulaması nedeniyle tarafların hukuk seçimindeki kısıtlılığını önlemek amacında getirildiğini belirtmektedir. *David. F.* ise hukuk seçimini etkileyen faktörlerin "*tercih prensipleri*" olarak adlandırılması ve hâkimi kısıtlayan değil, hâkime yol gösteren prensipler olduğuna değinmektedir. *Leflar,* işte tüm bu görüşlerin hâkimin uygulanacak hukuku tespit etmede, kendisine sınırlamalar getirdiğini ve bunların toparlanarak yeniden yorumlanması gerektiği, nihayet hâkimin tercih edeceği bağlama noktalarının arttırılmasının hem somut adalet anlayışına hizmet edeceğini hem de hâkime kolaylık sağlayacağına değinmiştir.

[339] Leflar, 1966b, a.g.k., s. 285. Ayrıca bkz. Juenger, F. K. (1982), American and European Conflict Law, *Am. J. Com. L, Vol. 30,* s. 118; Vitta, E. (1982), The Impact in Europe of the American Conflict Revolution, *Am. J. Com. L. Vol. 30,* s. 12-13.

[340] Bir tarafın menfaatine uygun olacağını düşündüğü sonucu alabileceği hukuku uygulayacak kanunlar ihtilâfı kuralına sahip ülke mahkemesinde dava açmak anlamına gelen *forum shopping* kavramı milletlerarası özel hukukta özellikle Anglo-Sakson hukukunda önemli bir yer tutmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, 2015, a.g.k., s. 465.

[341] Leflar, 1966a, a.g.k., s. 1586.

Taraflar bu doğrultuda *forum shopping* tehdidi olmaksızın, uyuşmazlığın niteliğine göre sorunu çözme iradesi gösterebileceklerdir[342].

Leflar'ın ikinci teorisi federe devletlerin ve milletlerarası hukuk düzeninin korunmasıdır. Hukuk seçimi alanında Amerikan federe devletleri arasında tesis edilmeye çalışılan düzen, devletlerin uygun ve etkili olan federal hukuk sistemini tespit etmesi sonrasında olgunlaştırmasını sağlayan bir sistem ile mümkün olmaktadır. Bir federe devlette görülmekte olan davaya, başka bir federe devletin hukukun uygulanması, ancak hukukunun uygulandığı federe devlet ile gerçek ve ciddi bir bağlantının sağlanmış olması halinde mümkündür. Bu mülahaza ile uygulanacak hukukun her durumda mahkeme yeri hukuku olacağı veya tarafların mahkeme yerinde yerleşim yerinin olmasından dolayı mahkeme yeri hukukuna her durumda öncelik tanınmasının önüne geçilmektedir. Bu mülahazaya göre mahkeme yeri hukukunun uygulanması, mahkeme yeri hukukuna önemli bir ayrıcalık veya önemli bir menfaat getirmediği hallerde, mahkeme yeri hukukunun ısrarla uygulanmasını kabul etmemektedir. Dolayısıyla mahkemede görülmekte olan bir davaya başka bir federe devletin hukukunun uygulanması, federal hukuk sisteminde her durumda sıkı ve gerçek bağlantı bulunan devletin hukukunun uygulanması aynı zamanda hukuk birliğinin tesis edilmesine yardımcı olacaktır[343].

Leflar'ın üçüncü seçim mülahazası, yargı ödevinin kolaylaştırılması üzerinedir. Eğer bir hukukî uyuşmazlıkta adaletin tesis edilmesi amacıyla uygulanacak olan hukuka ne kadar kolay erişilebilir ise, mahkemeler de zor ve karmaşık hukukî yollara başvurmayacaklardır. Örneğin, eğer bir mahkeme bir başka eyalette gerçekleşmiş olan bir olayla ilgili davaya bakarken, eğer o bir başka eyaletin usul hukukunu kullanarak usul ile ilişkili sorunu çözerse, şüphesiz ki bu uygun olmaz ve aynı zamanda içtihat birliğinin sağlanmasını ile sonucun öngörülebilirliği açısından hiç yarar sağlamaz. *Leflar*'ın yargı ödevinin kolaylaştırılması hakkındaki mülahazasına karşın, kanunlar ihtilâfı kuralları açısından niçin klasik kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmayacağı hakkında (örn. *haksız fiillere, haksız fili işlenmiş olan yer hukukun uygulanması, sözleşmelere sözleşme yapılan yer hukukunun uygulanması v.s*) kendisine yapılacak olan eleştirilere şu şekilde cevap vermektedir: Klasik kuralların terk edilmesi, bu kuralların uygulanmasının kolay veya zor olması ile ilgisi olmayıp, doğrudan her durumda kolay olduğu için bu kuralların

[342] Leflar, 1966a, a.g.k., s. 1586.
[343] Leflar, 1966a, a.g.k., s. 1587.

uygulanması, kabul edilen kalıplaşmış kuralların en önemli mülahaza arz eden kuralın uygulanmasının üstünü örtmesinden kaynaklanmaktadır. Bu kuralların en önemli yetersizliği katı olması, uygulamada bilimsellik ve uygunluğun sağlanmasında eksiklik yaratmasındadır. Gerçi bu kuralların uygulanması mahkemelere kolaylık getirse de, bu kurallar konusunda, hukuk seçimini etkileyen diğer mülahazalar ile yargı ödevinin kolaylaştırılması bu mülahazalardan daha önemlidir[344].

Leflar'ın dördüncü seçim mülahazası mahkeme devletinin menfaatlerini öne alarak yüceltilmesi oluşturmaktadır[345]. *Leflar'*a göre her hâkimin önünde görmüş olduğu davada, kendi devletinin menfaatlerini yüceltmesi ve kendi devletinin kurallarını uygulaması noktasında menfaati olduğunu düşünmesi normaldir. Ancak mahkemeler kendi hukukunu uygulamadan önce bu davada gerçek menfaatinin olup olmadığını incelemesi gerekir. Bunun için mahkemenin ilk önce kendi devletinin sosyo-ekonomi, kültür ve siyasi görüş açısından dava ile menfaati ve ilişkisini incelemesi gerekmektedir. Hâkimin tespitine göre mevcut uyuşmazlıkta mahkemenin hukukunun gerçek ve üstün menfaati bulunuyor ise, o halde bu menfaate ulaşmak için mahkeme yeri hukukunun uygulanmasına öncelik tanımak, hukuk seçimi sürecinde düşünülmesi gereken önemli unsurdur. Ancak, uygulanacak hukukun tespiti sürecinde sadece mahkeme devletinin menfaatlerinin yüceltilmesi noktasında tek bir mülahaza düşünülmemesi gereklidir. Sonuç olarak *Leflar*'ın öne sürdüğü bu mülahazadan iki netice ortaya çıkmaktadır: *i*. Hâkim uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçerken, sadece mahkeme devletinin menfaatinin tespitinde değil, aynı anda uyuşmazlık ile ilgili diğer devletlerin menfaatlerini de tespit etmesi gerekir. Ancak bu işlemden sonra mahkeme yeri devletinin menfaatlerinin öncelik taşıyıp taşımadığı belirlenebilir. Burada tespit edilecek olan konu, hukuku uygulanacak olan devlet kurallarının temelinde yatan politikalar ve amaçlardır. *ii*. Bu mülahaza ancak gerçek bir ihtilâf söz konusu iken uygulanabilir. Zira ancak, gerçek bir ihtilâf olduğunda kanunlar çatışmasından söz edilebilir. Dolayısıyla sahte ihtilâflarda mahkemenin devletinin menfaatlerinin yüceltilmesi söz konusu değildir[346].

[344] Leflar, 1966a, a.g.k., s. 1587.
[345] Leflar, 1966a, a.g.k., s. 1588.
[346] Leflar, 1966a, a.g.k., s. 1588. *Leflar* görüşlerinin farklı yönlerden analizi için bkz. Güngör, 2006, a.g.k., s. 80.

Leflar'ın önerdiği son mülahaza daha iyi hukuk kuralının uygulanmasıdır[347]. Yazara göre mahkemeler daha iyi hukuku uygularken temel yerel politikalarına engel olacağını göze alarak, yargı ödevini basitleştirmek ve mahkemenin devletinin menfaatlerini yüceltmek için kendi hukuklarına ait kuralların en iyi olduğunu düşünürler. Mahkemelerin uygulanacak hukukun seçiminde yapacakları ilk iş, eyalet seçimi (*yer bakımından*) sonrasında seçilen eyaletin hukuk kurallarının seçimi olmayıp, yarışan hukuk kuralları içinden birini seçmek olması gerektir. Yani uygulanacak hukukun araştırılması, sadece somut olayı idare edecek hukuk düzeninin tayinine yönelik bir süreç değildir. Bu süreç kısmen de olsa farklı kurallar içindeki bir seçimi ihtiva etmektedir. Dolayısıyla *Leflar'ın* daha iyi hukuk kuralının uygulanmasından kastı, daha lehe maddi hukuk sonucunu sunan hukukun uygulanması değil, daha iyi olduğu için tercih edilen hukuk kuralıdır. Dolayısıyla daha iyi hukuk kuralının seçimi hukuk kuralları arasındaki seçimdir, taraflar arasındaki seçim değildir. Amerikan mahkemeleri ise, ihtilâfın en başından itibaren uygulanacak hukuku değil, aslında uygulayabilecekleri kuralları seçtikleri için somut taraf menfaatlerine aykırı davranmaktadırlar[348] [349]. Son olarak yazar *Rest. II* düzenlemesi sonrasında hukuk seçimi noktasında yeni kabul edilen düzenlemelerde özellikle *Rest. II parag. 6*'da daha iyi hukuk kuralı tercihine yer verilmemesini eleştirerek, bu durumun ciddi bir eksiklik olduğunu vurgulamıştır[350].

---

[347] Daha iyi hukuk kuralı yorumu hakkında Avrupalı hukukçuların görüşleri ve anlayışları için bkz. Güngör, 2006, a.g.k., s. 80.

[348] *Leflar*'a göre makul bir mahkeme, seçeceği hukuk kuralının kendi hukuk kuralı veya diğer devletin hukuk kuralı olup olmadığına bakmaksızın, kararın verildiği zaman sosyo-ekonomik duyarlılığı iyi olan, çağa uygun ve doğrulara işaret eden kuralları tercih etmelidir. Daha iyi hukuk kuralının uygulanmasının en tartışmaya açık mülahazalarından biri, diğer mülahazalar tartışılırken, daha iyi hukuk kuralının zaman zaman göz ardı edildiği, net bir açıklamasının olmadığıdır. Oysaki daha iyi hukuk kuralının tespit edilmesi mülahazasının davalarda önemli yer tuttuğu, dolayısıyla makalesinde bu mülahaza için daha çok yer ayırdığını belirtmiştir. Leflar, 1966a, a.g.k., s. 1589.

[349] *Leflar*'ın makalelerinde, belirtmiş olduğu beş mülahazanın yanında, hukuk seçimini etkileyen bu beş mülahazanın ne şekilde ilişkilendirildiği ve tercihlerinin ne şekilde olacağı da tartışılmaktadır. Hukuk seçimini etkileyen mülahazaların fonksiyonu hakkında yazar şu noktaları vurgulamaktadır: Mahkemeler tarafından tercih edildiğinde hukuk seçimini etkileyen mülahazalar: (*i*) Sürekli olarak inceleme sağlamak; (*ii*) Mülahazalardan destek almayan eski mekanik kuralları bertaraf etmek; (*iii*) Eski kuralların yenilenmesini sağlamak gibi yararlar sağlamaktadır. Tapu davaları, haksız fiil ve sözleşmelerden kaynaklanan davalar karşılaştırarak, bu tür davalarda hâkimin hukuk seçiminde tapu, haksız fiil ya da sözleşmelerin niteliğinin sonucunu kontrol etmek gibi yanlışlara düşmemesi gerekmektedir. Yazar makalesinde haksız fiiller ve sözleşmeler konusunda *Common-law* mahkemelerinin zaman zaman sosyo-ekonomik analizlerini göz önünde bulundurduğunu etmekte ve örnek olarak *Babcock v. Jackson* davasını göstermektedir. Leflar, 1966a, a.g.k., s. 1595 vd.

[350] Leflar, R. (1971), The "New" Choice of Law, *The American University Law Review, Vol. 21*, s. 462.

Leflar görüşleri şunu göstermektedir: Amerikan mahkemeleri uyuşmazlıklara uygulanacak olan hukuku belirlerken, aslında bir kural tercih etmektedir. Mahkemeler, kendi devletlerinin hukukunu tercih ederken, başka bir devletin daha yakın ve irtibatlı hukukunun uygulanmasından feragat etmiş olmaktadır ki, bu durum somut hakkaniyeti zedelemektedir. Bu nedenle mahkemeler ilk dört tercih ile seçimini etkileyen kuralların belirlenmesinde bir kriter ortaya koyacak ve en son bu kriterler çerçevesinde bir sonuca, bir diğer ifade ile düzen, taraf ve milletlerarası özel hukuk menfaatlerini tesis edemeyecek ise bu durumda daha iyi hukuk kuralını tercih edecektir. Tabiidir ki, daha iyi hukuk kuralının tercihi bir maddi hukuk ve uyuşmazlık sonucunun hakkaniyeti analizi değil; ekonomik ve siyasi sonuçlar bakımından kurallarının uygulanmasında en çok menfaati olan devletin kurallarının olaya tatbik edilmesidir[351].

2.6. *Ehrenzweig*: Hâkimin Kanunu Kuralı

Ehrenzweig Amerikan kanunlar ihtilâfı teorisyenleri arasında önemli bir yer tutan yazardır. Görüşleri her ne kadar ciddi manada mahkeme kararlarında yer almamış ve anlaşılması bakımından güç bir teori ortaya koymuş olsa da *Ehrenzweig* görüşleri Amerikan kanunlar ihtilâfı bakımından değer ifade etmektedir.

Ehrenzweig görüşleri incelendiğinde görülmektedir ki, *lex forist* bir anlayış ile hâkimin kanununun uygulanmasını temel alan bir görüş geliştirdiği görülmektedir[352]. *Ehrenzweig'*e göre esas olan hâkimin kanunu ile yetkili mahkeme sorucudur. Kısaca mahkemenin yetkisi kanunun yetkisine yol açmaktadır. Uyuşmazlığı çözmeye yetkili mahkeme tespit edildikten sonra hâkimin kanunu uygulanmak suretiyle çözüme gidilmesi gereklidir. Yabancı kanunun uygulanması ise hâkimin kanununun uygulanmasının bir

---

[351] *Leflar* teorisi Amerikan mahkemelerini ciddi olarak etkilememiştir. Bu konuda verilmiş birkaç karardan söz edilmektedir. Bunlardan birisi 1966 yılında New Hampshire mahkemesi tarafından verilen *Clark v. Clark* kararıdır. *New Hampshire*'da ikamet eden *Clark* ailesi *Vermont* Federe devletine giderken trafik kazası meydana gelmiştir. Kazanın meydana geldiği yer olan *Vermont* devleti yasaları hatır yolcularının haksız fiil nedeniyle sürücüden tazminat istemine izin vermemektedir. Ancak tarafların ikametlerinin bulunduğu devlet olan *New Hampshire* devleti ise aile bireylerinin hatır yolcusu olarak birbirlerinden tazminat talep etmelerine izin vermektedir. Davaya bakan *New Hampshire* hâkimi olaya *Leflar'*ın seçimi etkileyen mülahazalarını sırasıyla uygulamaya başlamıştır. Hâkim devletlerin menfaatleri, yasama politikaları gibi tüm etkenleri değerlendirmesi sonrasında karar vermiştir. Hâkimin kararına esas olan mülahaza ise devletlerin yasama siyasetinde menfaatlerinin tartılması noktasında olmuştur. (*107 New Hampshire, 351 (1966) Lillian Clark v. Albert Clark. No. 5475. Supreme Court of New Hampshire*, <http://law.justia.com/cases/new-hampshire/supreme-court/1966/5475-0.html>, Erişim Tarihi: 16.03.2017

[352] Ehrenzweig, A. (1960), The Lex Fori Basic Rule in the Conflict of Laws, *Michigan Law Review, Vol. 58*, s. 640.

sonucu olarak istisna teşkil etmektedir[353]. Yabancı kanununun hangi istisnai hallerde uygulanacağını gösteren kanun kuralları hâkimin hukukunun uygulanması sonrasında istisnai olarak tespit edilecektir[354].

Ehrenzweig'e göre yetkili mahkemenin tespiti sonrasında hâkimin hukukunun uygulanması sırasında hâkimin hukukunun normlar hiyerarşisi ekseninde uygulanacak hukuk tespit edilmelidir[355]. Bu doğrultuda her zaman üstte yer alan ve devletlerin mücamele esası sonrasında uygulanması gerekli olan uluslararası andlaşmalar ilk olarak uygulama alanı bulacaktır. Sonrasında hâkimin hukukuna ait kuralların uygulanmasının istisnası olan haller bakımından haksız fiilin meydana geldiği yer ile kişisel hukuk bakımından statünün tabi olduğu yer kuralları uygulama alanı bulmalıdır[356]. Öte yandan *lex fori* kaidelerinin istisnası olarak kabul edilen haller de kanun siyaseti ve ülke politikalarının bir gereği olarak tespit edilmelidir. Bu noktada iç hukuk olarak hâkimin hukukunun klasik kanunlar ihtilâfı kaidelerinden faydalanılabilir. Klasik kanunlar ihtilâfı kaidelerinden kasıt ise atıf, doğrudan uygulanan kurallar, kamu düzeni, kanuna karşı gibi kanunlar ihtilâfında yardımcı yöntemler ve hâkimin hukukunun ilkeleri uygulama alanı bulacaktır. Yine *Ehrenzweig* hâkimin hukuku ve klasik kanunlar ihtilâfı kaideleri yanında irade muhtariyetinin de uygulanmasının mümkün olduğunu belirtmektedir[357].

Ehrenzweig milletlerarası özel hukukun amacı yönünde kendisine yapılan eleştirilere de cevaplarını vermektedir[358]. Milletlerarası özel hukukun amacı taraflar, dava, düzen bakımından aynı yollar ve yöntemler ile tüm dünyada kararların alınmasını ve bunların menfaatlerini korumayı hedef almaktadır. Ancak *Ehrenzweig* görüşü ile milletlerarası sonuç yeknesaklığı sağlamak mümkün değildir. Zira *lex fori* görüşü ile her devlet kendi hukukunu ve kendi ülkesinin menfaatleri doğrultusunda uygulanacak hukuku tayin edecektir. Hâl böyle olunca milletlerarası özel hukukun tüm gerçekleri ve menfaatleri tüm dünyada benzer şekilde sağlanamamaktadır. *Ehrenzweig* bu durumda,

[353] Ehrenzweig, 1960, a.g.k., s. 641.
[354] Ehrenzweig, 1960, a.g.k., s. 642.
[355] Ehrenzweig, 1960, a.g.k., s. 642.
[356] Ehrenzweig, 1960, a.g.k., s. 667.
[357] Ehrenzweig, 1960, a.g.k., s. 673.
[358] Ehrenzweig, 1960, a.g.k., s. 680.

tüm dünyada geçerli olacak uluslararası andlaşmalar ile ülkeler arasında iş birliği tesis edecek ortak düzenlemelerin var olması gerektiğini savunmaktadır[359].

3. HAKSIZ FİLLERE UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN YENİ ARAYIŞLARA SEBEP OLAN GELİŞMELER

3.1. İka Yeri ve Zarar Yeri Kriterlerinin Yetersizliği

Özellikle Amerikan hukukunda 1960 yılı ile *Rest. II.* kabul edilmesine kadar geçen süre kapsamında doktrin ve yargı kararları ışığında birçok yeni kararın ortaya çıktığı görülmektedir. Bu yeni kararlar ile özellikle "*en sıkı irtibat*" kuralının kabul edilerek mahkemelerde temel kabul edilmesi, her yeni durum için mahkemelerin yeniden değerlendirme yapması gerektiğini göstermiştir. Bu her yeni değerlendirme ile meydana gelen her münferit olay bakımından en sıkı irtibatlı kuralın farklılık arz etmesine ve her olayda yeniden değerlendirme yapılması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Hal böyle olunca uzun tecrübeler sonucun en sıkı irtibatlı olduğu kabul edilen ika yeri ve zarar yeri kuralları, özelleştirilen haksız fiil kuralları için yetersiz kalmış ve yeni görüşlerin ileri sürülmesi gerekliliği hâsıl olmuştur.

Örneğin imalâtçının sorumluluğu bakımından uygulanacak hukuk tespit edilirken, zarara yol açan ürünün tasarımı bir ülkede yapılırken, ara parçalarının diğer bir ülkede imal edilmesi ve nihai ürünün başka bir ülkede toplanması ile bu ürünün dünyanın farklı bölgelerinde piyasaya sürülmesi, haksız fiilin bu özel kategorisinde uygulanacak hukukun tespitini zorlaştırmaktadır[360]. İka yeri kuralı uyarınca, imalâtçının sorumluluğu kapsamında tesadüfî bir yerde kazanın meydana gelmesi aynı zamanda bu kuralının en sıkı ilişkili olması önünde bir engel meydana getirmektedir. Şu halde milletlerarası özel hukuk menfaatlerinin tesis edilmesi mümkün olmamaktadır[361].

---

[359] *Ehrenzweig* görüşleri çerçevesinde karar veren *Wisconsin* Eyalet Mahkemesi, *Nebraska* Federe Devletinde meydana gelen trafik kazasında *Wisconsin* Federe Devletinde açılan davada, ika yeri hukuk kurallarının uygulanması durumunda hatır yolcusunun kusurlu sürücü aleyhine dava açması ihtimali söz konusu değildir. Bu nedenle mahkeme *Ehrenzweig* kuralını uygulamak suretiyle kendi ülkesinin hukuk kuralını uygulamıştır. Zira *Wisconsin* Eyalet Kanunlarına göre yasama siyasetindeki amaç kusurlu sürücüye mümkün olduğu kadar geniş bir sigorta tazminatı sağlamak ve sigortacı açısında da tazminat hesaplanmasını kolaylaştırmaktır. Nitekim mahkeme de bu doğrultuda karar vererek *Wisconsin* Eyalet Hukukunu uygulamıştır. Karar için bkz. No. *26 Wisconsin 2d 617 (1965) Wilcox, Appellant, v. Wilcox and another, Respondents. Supreme Court of Wisconsin. November 27, 1964*, <http://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/1965/26-wis-2d-617-6.html>, Erişim Tarihi: 17.03.2017. Turhan, 1989, a.g.k, s. 90.

[360] Yasan, 2015, a.g.k., s. 125.

[361] Yasan, 2015, a.g.k., s. 125.

Bu yönde tartışmalar halen devam etmektedir. Birçok Amerikan mahkemesi kararında zarar yeri ile ika yeri hukukunun tayininde farklı görüşler ve kriterler esas alınmaktadır. Yine *Arizona* eyalet mahkemesinde bir karara konu olan somut olayda, *New Mexico* eyaletinde yaşayan ve enerji santralinde çalıştığı on yıllık zaman zarfında asbeste maruz kalarak zehirlenen bir işçi, daha sonra *Arizona* eyaletine yerleşmiştir. Bu işçinin aradan geçen 20 yıl zaman zarfında asbest kaynaklı akciğer kanserine yakalandığı tespit edilmiş ve işçi bir süre sonra hayatını kaybetmiştir. İşçinin mirasçıları enerji santralinde kullanılan asbest barındıran boru ve kazanları imal eden imalâtçı ile enerji santralinin inşaatını yapan müteahhit şirkete karşı *Arizona* mahkemesinde dava açılmıştır.

Bu durumun tespiti sonrasında, *Arizona* kanunlarının somut uyuşmazlıkta uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmış ve bu noktada zarar görenin, *New Meksiko'dan* ayrıldıktan sonra herhangi başka bir yere de yerleşebileceğini ve asbestin yol açacağı zararlı sonuçların, tamamen bir başka ülkede meydana gelebileceğini açıklayarak, somut olayda zarar yerinin tesadüfî olduğuna dikkat çekmiş ve *Arizona* eyaletinin tesadüfî bir bölge olduğuna karar vermiştir. Böylece sadece ika yeri kurallarının değil, aynı zamanda zarar yeri kurallarının da her durumda uygulanamayacağı ve kabul edilen kuralların her durumda en sıkı irtibatı tesis etmekten uzak olduğu görülmektedir[362].

3.2. Menfaatler Dengesinin Sağlanamaması

Milletlerarası özel hukukun temel varoluş sebebi, meydana gelen yabancı unsurlu olayda taraflar ile en sıkı irtibatlı hukuku tayin etmek suretiyle, tüm menfaatlerin buluşma noktasının uyuşmazlığa tatbik edilmesinin istenmesidir. Bu nedenle yabancı unsurlu hukukî ilişkide uygulanacak olan hukuk, adaletli bir şekilde tayin edilmelidir ki, taraflar, olay, hukuku uygulanacak ülke ile birlikte en sıkı şekilde menfaatler çatışması önlenmelidir. *Kanunlar ihtilâfı* ifadesi ile anlatılmak istenen bu durum, esasında kanunların çatışması değil, menfaatlerin çatışmasıdır. Bu nedenle tüm menfaatlere ilişkin dengelerin tesis edilmesi gerekmektedir.

Menfaatlerin tesis edilmesi demek, bağlama kurallarının çeşitlendirilmesi demektedir. Bağlama kuralları ne kadar çeşitli olur ise uygulanacak hukuku tesis edecek menfaat dengesi de aynı oranda tesis edilmiş olacaktır. Bu nedenledir ki zaman içinde

[362] Pounders/ Enserch E & C, Inc, No. CV–12–0173–PR, Supreme Court of Arizona, Decided: August 21, 2013. Karar metni için bkz. <http://caselaw.findlaw.com/az-supreme-court/1642287.html>, Erişim Tarihi: 4418.03.2017.

sözleşmeler ve haksız fiiller alanında yeni gelişmeler sonrasında, her gelişmeye uygun olarak yeni bağlama noktaları tespit edilmiştir. Bağlama noktalarının ortaya çıkış sebebi taraf menfaatlerinin en iyi şekilde tesis edilmesi isteğindendir.

Özellikle haksız fiiller alanında geçmişten günümüze kadar geçen süre zarfında kabul edilen ika yeri kuralı devletler özel hukukunda korunması gereken tüm menfaatleri koruyamamaktadır. Her durumda ika yeri kuralının uygulanmasının kabul edilmesi, haksız fiillerde esas kıstas alınması gereken ve korunması kabul edilen mağdurun menfaatlerinin ihlal edilmesi anlamına gelebilecektir. Haksız fiile maruz kalacağını bilmeyen mağdur, tamamen tesadüfî olarak başına gelen olayda en iyi şekilde korunmalı ve mağduriyeti giderilmelidir. Bu da elbette, yasama siyaseti açısından mağduru koruyan bir hukuk olmalıdır. Bu hukuk ika yeri, zarar yeri veya daha sıkı ilişkili bir hukuk olacaktır. Ancak beri tarafta, zarar verenin de istemediği bir sonuç olan haksız fiil olayında, kusurlu da olsa hukuken korunmayı hak eden zarar verenin de korunmasında menfaati vardır. Dolayısıyla bu menfaat çatışmasının en iyi şekilde kontrol edilerek yönetilmesi gerekmektedir. Bu durumu yönetecek ve kontrol edecek olan hâkime, kontrol mekanizmasının tesis edilmesi için hukukî araçlar temin edilmelidir. Bu araçlar da bağlama kurallarıdır. Bu durum da her haksız fiil için yeni bir kriter ve en sıkı ilişkili hukuk kapsamında yeni bir bağlama kuralının tespit edilmesi gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Görüldüğü üzere bağlama kurallarının en temel amacı, taraflar arasındaki menfaat çatışmasını yönetmek amacıyla hâkime, gerekli hukukî enstrümanı temin etmektedir.

Yabancılık unsuru teşkil eden birden fazla hukuk düzeni ile bağlantılı bir uyuşmazlığa uygulanacak en uygun hukuku tespit etmek milletlerarası özel hukuk kurallarının temel amacıdır[363]. En uygun hukukun tespit edilmesi uyuşmazlığa içeriği ve olay örgüsüne amacı katan yer, kişi ve konu itibariyle en sıkı ilişkiye sahip olan hukuk olduğu kabul edilmektedir[364]. Bu durumda milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanacağı kabul edilmektedir. Bu doğrultuda bağlama kuralları tespit edilirken

[363] Nomer, 2015, a.g.k., s. 6; Çelikel/Erdem, 2016, a.g.k., s. 33; Tekinalp/ Uyanık, 2016, a.g.k., s. 30; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, 2016, a.g.k., s. 24-25, Akıncı, 1992, a.g.k., s. 4-5; Tiryakioğlu, 1996, a.g.k.,, s. 9; Özel, 2004, a.g.k., s. 88.

[364] Nomer, 2015, a.g.k., s. 6; Çelikel/Erdem, 2016, a.g.k., s. 33; Tekinalp/ Uyanık, 2016, a.g.k., s. 30; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, 2016, a.g.k., s. 24-25, Akıncı, 1992, a.g.k., s. 4-5; Tiryakioğlu, 1996, a.g.k.,, s. 9; Özel, 2004, a.g.k., s. 88.

menfaatlerin sağlanması amacıyla, somut uyuşmazlığa konu olan hukukî ilişkinin nitelikleri gereği yasama siyaseti, haksız fiil politikaları, adaletin tesis edilmesi; işlem güvenliğinin sağlanması; taraflarca sonucun önceden görülmesi amacıyla hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik kontrolünün tesis edilmesi; toplumun temel yapısı ile toplum çıkarlarının korunması; somut olayda uygulanma kolaylığı sunan mekanik olmayan, esnek nitelikte bağlama kurallarının oluşturulması; milletlerarası karar ahenginin sağlanması yoluyla, tarafların kendilerine en uygun olan mahkeme ve hukuku belirlemesi anlamında *forum shopping'*in önlenmesi şeklinde ortaya konulan milletlerarası özel hukuka ait menfaatlerin dikkate alınması gerekmektedir[365]. Böylelikle yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıkta, tüm bağlantı noktaları tespit edilecek ve menfaatler gözetilecektir[366].

4. *RESTATEMENT* II § 145 SİSTEMATİĞİ ÇERÇEVESİNDE HAKSIZ FİİLLERE UYGULANACAK HUKUKA DAİR GENEL KURAL

4.1. Genel Olarak Amerikan Kanunlar İhtilâfı Hukuk Kuram ve Metodolojisi Anlayışı

Rest. I içinde kabul edilen kazanılmış haklar teorisinin zaman içinde her duruma çözüm sunamayan yapısı, *Rest. II'de* bu teoriden vazgeçilmesi gerekliliği görüşünü alenileştirmiştir. Özellikle *Rest. II* raportörü *Reese*, Amerikan Mahkemelerinde haksız fiiller alanında kabul edilen genel prensip olarak kesin olarak en sıkı irtibatlı hukuk anlayışının uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu doğrultuda ve eleştiriler çerçevesinde kabul edilen *Rest. II* 1971 yılından bu yana yürürlüktedir.

Rest. II haksız fiillere ilişkin 145. paragrafın genel sistematiğini ele alacağımız bu bölümde, öncelikle *Rest. II'nin* haksız fiiller sistematiği hakkında bilgi vermek istiyoruz. *Rest. II* haksız fiillere ilişkin hükümler, *Rest*. 7. bölüm, 145-185 paragraflar arasında, toplam 40 maddede düzenlenmiştir. Bu ayrıntılı düzenleme kendi içinde toplamda üç bölümde incelenmektedir: İlk olarak haksız fiiller alanında kanunlar ihtilâfı alanında genel düzenlemeler ele alınmaktadır (145-174). İkinci bölümde ise Amerikan hukukunda

---

[365] Hay, Peter (2005), *Conflict of Laws (Black Letter Outlines)*, Fifth Edition, St. Paul, Minn.: Thomson/West, s. 364; Leflar, 1966a, a.g.k, s. 1585-1588; Clarkson/Hill, 2011, a.g.k., s. 13-19; Çelikel/Erdem, 2016, a.g.k., s. 34-39; Akıncı, 1992, a.g.k, s. 5-9; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, 2016, a.g.k., s. 26-27; Tekinalp/Uyanık, 2016, a.g.k., s. 31-34; Tiryakioğlu, 1996, a.g.k., s. 10-15; Doğan, 2016, a.g.k.., s. 145-151; Tarman, 2011, a.g.k., s. 92-94.

[366] İmalâtçının akit dışı sorumluluğu hakkında bağlama noktalarının tespit edilmesi ve değişen durumlara uygulanması hakkında bkz. Yasan, 2015, a.g.k., s. 131.

haksız fiiller bakımından en çok karşılaşılan tür olan *ölüm nedeniyle uğranılan kayıplara* ilişkin karar açılan davalarda uygulacak hukuka ilişkin hükümler düzenlenmiştir (175-180). Nihayet son bölümde özel bir haksız fiil türü olarak *iş kazalarından doğan haksız fiil* talepleri düzenlenmiştir (181-185).

Bu sistematik bakımından konumuz bakımından önem arz eden kısım birinci bölümdür. Bu bölüm de kendi içerisinde üç başlıkta incelenmektedir: Paragraf 145'te yer alan ve tek madde olarak incelenen alt başlıkta tüm haksız fiiller bakımından uygulama alanı bulacak olan genel bir kurala yer verilmiştir. Bu durumun yanında özel haksız fiil türleri adı altında düzenlenen ikinci alt başlıkta, özel haksız fiil türlerine ilişşkin özel prensiplere yer verilmiştir (146-155). Son olarak üçüncü alt başlık altında düzenlenen duruma göre "*önemli dava konusu hukukî sorunlar*" adı altında yetkili kanunun uygulama alanı dışında kalan istisnalara yer verilmiştir (156-174).

Paragraf 145 haksız fiillere ilişkin genel prensiplerin yer aldığı kuralları bünyesinde barındırır. Buna göre;

1. *Haksız fiilden kaynaklanan bir sorunun varlığının dava konusu olması durumunda, tarafların hakları ve borçları 6. Paragrafta belirtilen prensipler ışığında değerlendirilerek, söz konusu dava konusu hukukî olayın en sıkı ilişkili olduğu devletin iç hukukunca belirlenecektir.*
2. *Dava konusu hukukî soruna uygulanacak kanunun saptanması için 6. Paragrafta belirtilmiş bulunan prensiplerin uygulanması sırasında dikkate alınacak olan irtibat numaraları şunlardır:*

a) *Zararın ortaya çıktığı yer,*
b) *Zarara yol açan fiilin işlendiği yer,*
c) *Tarafların ikametgahlarının bulunduğu yer, tarafların mutaden bulundukları yer ve tarafların vatandaşlıkları; eğer bir şirket mevcut ise şirketin kuruluş veya işletme merkezinin bulunduğu yer,*
d) *Eğer taraflar arasında haksız fiil öncesinde kurulmuş bulunan bir hukukî ilişki var ise bu hukukî ilişkinin ağırlık merkezinin bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır*.

Yabancı unsurlu hukukî ilişkilerin meydana gelmesi sonrasında nitelendirmenin haksız fiil olarak yapılması ile kanunlar ihtilâfı kuram ve metodolojisi devreye girecektir. Bu noktada yukarıda belirtilen metodolojik yaklaşımlara yer verilerek bir çözüm

sunulması gerekecektir. Geleneksel uluslararası özel hukuk yaklaşımlarında yabancı unsurlu hukukî ilişkide uygulanacak yetkili hukukun tespitinde hukukî ilişkilerin niteliğinden hareket eder. Bu çerçevede elde edilen verilen ve tespit sonrasında soyut nitelikli bu ilişkilerden birisine ağırlık vermektedir[367]. Ağırlık verilen unsur hukukî ilişkinin odak noktasıdır. Böylece soyut hukukî unsurdan elde edilen veriler ışığında, somut olaylara uygulanacak kanunlar tespit edilecektir[368].

Yeri gelmişken kanunlar ihtilâfı bağlamında kuram ve metodoloji kavramları ile ne anlatılmak istendiğine değinmek gereklidir: Geçmişten günümüze var olan hukukî görüşler çerçevesinde meydana gelmiş olan düşüncelerin, hukukî olaylara sirayet etmesi sonrasında biriken tecrübelerin yazıya aktarılması ile kanunların ve içtihatların oluştuğundan bahsetmek yanlış olmayacaktır. Sosyal bilimler alanında bir çeşit araştırma ve deney yöntemi olan kuram ve metot uygulaması hukuk araştırmalarında kendine özgü bir model geliştirmiştir. Kanunlar ihtilâfı alanında ise kendine özgü olan bu uygulama, daha da ileriye götürülmüştür. Kanunlar ihtilâfı kuramı, coğrafi bir anlam ifade eden dünyanın, bağımsız devletlerden oluşması sonrasında, bir devlette meydana gelen hukukî ilişkiye neden, nasıl olur da yabancı bir devletin hukuk nizamına başvurma ihtiyacı olduğunu, yabancı hukukun uygulanması gerektiğini araştırmaktadır[369] [370]. Esasında Amerikan kanunlar ihitlafı hukukçuların yukarıda değindiğimiz görüşleri de kanunlar ihtilâfı kuramının sonucunda ortaya çıkmış görüşlerdir. Amerikan hukukçuları, kuram geliştirmeyi her ne kadar benimsememişler olsa da devrim niteliğine haiz metot-metodolojik görüşler ileri sürmüşlerdir. Zira kanunlar ihtilâfı metodolojisinin esas amaç ve prensibi yabancı unsurlu hukukî ilişkiye tatbik edilecek olan yabancı hukuku ve yabancı hukukun seçimi sorunu hakkında yeni görüşler ve yöntemler sunmaktadır[371].

Uluslararası özel hukukun temel amacı belirli olay ve hukukî ilişkide birden fazla hukuk nizamı ile doğrudan veya dolaylı olarak bağlantı olması halinde, mevcut yabancılık unsuru içeren olaya uygulanacak olan özel hukuk kuralını tayin etmektir[372]. Bu durum

[367] Menekşe, 1986, a.g.k., s. 507.
[368] Menekşe, 1986, a.g.k., s. 507.
[369] Morris, J. H. C./ McClean, D./ Abou-Nigm, V. R., 2012, a.g.k., s. 532; Menekşe, 1986, a.g.k., 508.
[370] Hukuk anlaşıyı noktasında farklı görüşler için bkz. Gürkan, Ümit (1961), *Sosyolojik Hukuk İlmi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 21 vd.
[371] Mücamele metodu, kazanılmış haklar metodu, mahalli kanun metodu, devlet menfaati metodu, tercih prensipleri metodu gibi metodlar, Amerikan hukukçularının ileri sürdükleri görüşlerden bazılarıdır.
[372] Nomer, 5016, a.g.k., s. 4-5.

günümüz itibariyle artık tartışılmaz bir gerçek olup hemen her devlet tarafından kabul edilen bir durumdur. Bu anlayış uzun yıllar boyunca kuram ve metodolojik tartışmaların sonucunda ortaya çıkmıştır. Hal böyle olunca devletler bakımından günümüzde yabancı hukukun tatbit edilmesi özellikle taraf menfaati açısından başvurulması gerekli olan bir zarurettir. Bu durum da görstermektedir ki, yabancı unsurlu hukukî ilişkiye bir başka devletin hukuk kurallarının uygulanması hususu artık açıklığa kavuşmuştur. Bir diğer ifade ile kanunlar ihtilâfı alanında kuram sorunu çözülmüştür demek mahsurlu değildir.

Durum anlatılan şekilde olmakla birlikte, hukuk dünyasındaki gelişmeler göstermiştir ki, kanunlar ihtilâfı alanında var olan kuram sorunu tamamen yok olmak yerine yer değiştirmiştir. Zira kuram, artık tek başına sorun olmaktan çıkmakla birlikte, esas olarak metod ile birleşmiştir. Kuram, metodolojik görüşlerin içerisinde ve etkisinde ortaya çıkan yaklaşımlara uygulanan bir durum halini almıştır. Gerçekten de kuram ile metod arasındaki farklılığa işaret edilmiş olmasına karşın bunlar arasında bir bağlantı olduğu ve iç içe girdiği gerçeği yadsınmamalıdır[373]. Zira günümüzde de mesele teşkil eden husus hangi konuların ve olay içindeki unsurların yabancılık unsuru teşkil ettiğinin tespit edilmesi ile birlikte yabancı hukukun neden uygulanması ile alakalı olması nedeniyle kuramın incelemesi alanına girmesini saplamışken; yabancı hukukun ne şekilde ve hangi usuller ile bir diğer ifade ile yabancı hukukun tespit edilmesi hakkındaki metodun belirtilmesi, metodolojinin konusuna dahil olmaktadır. Şu hâlde iki kavramın birlikte değerlendirilmesi, kavramların iç içe geçtiği kuram ve metodolojinin benzer konular olarak algılanmasında teknik ayrıntılar dışında, günümüz açısından herhangi bir sorun bulunmamaktadır[374].

Kuram ve metodolojinin temel farkları ve günümüz itibariyle durumlarına kısaca değindikten sonra, Amerikan kanunlar ihtilâfında kuram ve metodolojinin gelişiminin eseri olarak var olan *Rest. II* paragraf 145'in incelemesi yapılabilecektir. Söz konusu hüküm Amerikan mahkeme kararlarının ve doktrindeki görüşleri gelişimi sonrasında önerilen metodolojik görüşlerin sonucu olarak son halini almıştır.

4.2. § 145/1 Genel Hüküm İncelemesi

Rest. II paragraf 145 daha önce de belirttiğimiz üzere haksız fiillere ilişkin genel hükümleri işaret etmektedir. Burada *Rest*. kapsamında doğrudan bağlama noktası

[373] Menekşe, 1986, a.g.k., s. 507.
[374] Benzer görüş için bkz. Menekşe, 1986, a.g.k., s. 507.

içermeyen bir durumun varlığı halinde ne şekilde hareket edileceği belirtilmektedir. Özellikle hükmün *Rest. II* paragraf 6'ya atıf yapması önem arz etmektedir. Zira aşağıda etraflıca açıklayacağımız üzere paragraf 6, *Rest. II* hükümlerinin bir nevi anayasası konumundadır. Bu nedenle *ALI* tarafından konulan kurallara ilişkin bir düzenleme getirilmediği durumlarda hâkim paragraf 6'dan hareket ederek hüküm getirecektir.

Rest. II paragraf 145/1'e göre *haksız fiilden kaynaklanan bir sorunun varlığının dava konusu olması durumunda, tarafların hakları ve borçları 6. paragrafta belirtilen prensipler ışığında değerlendirilerek, söz konusu dava konusu hukukî olayın en sıkı ilişkili olduğu devletin iç hukukunca belirleneceği belirtilmiştir*. Bu noktada genel hüküm olarak paragraf 6'ya atıf yapan *Rest.* 145/1 genel hükmünü incelerken, doğrudan *Rest. II* paragraf 6 düzenlemesine gönderme yaparak incelemek gerekecektir.

Rest. II paragraf 6'da yer alan bu ilkeler uygulanacak hukuka dair Amerikan hâkiminin uygulaması gereken genel ilkeleri düzenlemektedir. Hâkim önüne gelen yabancı unsurlu uyuşmazlıkta, bu ilkelerin bir kısmını veya tamamını göz önüne bulunduracaktır. Böylece hâkim, kanunlar ihtilâfı meselelerini çözüme kavuştururken bağlama kuralı koymada bu kurallar çerçevesinde serbestliğe sahip olacaktır[375]. *Rest. II* genel olarak kendisine ait bir menfaati olmayan ve sadece en uygun hukuk araştırması yapan tarafsız bir mahkemenin bakış açısıyla düzenlenerek, bu yaklaşım içinde kendi iç hukukunu uygulamaya sevk eden sebeplerin çeşitli ve çok sayıda olmasından etkilenmemesi nedeniyle tercih edilmektedir[376]. Amerikan kanunlar ihtilâfı hukukunun genel uygulamasında uygulanacak hukukun tayininde bağlama kaidelerinin her birinin olaya uygulanarak en uygun olanın tercih edilmesi gerektiği belirtilmektedir[377]. Bu noktada hangi bağlama ilkesinin önemli olduğu ve tayin edileceğinin yorumu yine *Rest. II* paragraf 6'da yer alan düzenlemelerin yorumundan hareket edilerek yapılacaktır[378].

Rest. II genel sistematiği düşünüldüğünde, *ALI* komisyonlarının haksız fiiller alanında öncelikle paragraf 6 genel ilkelere atıf yapması şaşırtıcı değildir. Zira paragraf 6, daha önce de belirttiğimiz gibi *Rest*. düzenlemelerinin anayasasıdır ve pek çok önemli borç kaynağı açısından öncelikle başvuru kaynağıdır. Keza, *Rest.* paragraf 188'de

[375] Aygün, 2016, a.g.k., s. 154.
[376] Güngör, 2007, a.g.k., s. 45.
[377] Reese, 1972, a.g.k., s. 691.
[378] Reese, 1972, a.g.k., s. 692.

düzenlenen sözleşmelere uygulanacak hukukun tayin edilmesi hususunda hâkimin yine paragraf 6'daki genel ilkeleri gözeterek hareket etmesinin esas olduğu belirtilmektir[379].

Haksız fiil ve sözleşmeler alanında *Rest*. hükümlerinin öncelikli ve ivedi olarak paragraf 6'ya atıf yapmasındaki ikinci neden *Rest*. II politikasından kaynaklanmaktadır. Bilindiği ve daha önce de değerlendirdiğimiz üzere, kazanılmış haklar teorisinin uygulanması noktasında var olan genel sorunlar ve yeni arayışlar sonucunda, nihayet *Bobcock v. Jackson* kararı ile somutlaşan bir anlayış olan *en sıkı irtibatlı hukukun belirlenmesi* anlayışının vurgulaması ve uygulanması kendisini *Rest*. II paragraf 6'da kendisini göstermektedir. *Rest*. kapsamında geçmiş hayat olaylarından edinilen genel tecrübelerin sonucu olarak kabul edilen bağlama noktalarının yetersiz veya olaya uygulanması bakımından etkisiz olması ya da daha sıkı irtibatlı hukukun paragraf 6 göstergesinde yapılan deney sonucunda bir başka ülke hukuku ile daha sıkı irtibatlı olmasına ilişkin politikalar *Rest*. paragraf 6 düzenlemelerinin öncelikli olarak hâkim tarafından ele alınması gerektiğini kabul etmektedir.

Tüm anlatılanlar göstermektedir ki, Rest. II paragraf 6, Rest. II'nin genel ilkesi ve karakteridir. Bu karakter ise en sıkı irtibatlı hukuka ulaşmak ile vücut bulmaktadır. Şu hâlde *Rest. II.* Paragraf 6 düzenlemesini belirtmenin zamanı gelmiştir. Buna göre, *Rest. § 6*;

1. *Bir mahkeme, anayasal ilkelere bağlı kalmak kaydıyla, uygulanacak hukukun seçiminde, kendi devletinin kanunî hükümlerini takip edecektir.*
2. *Ortada böyle bir hüküm yoksa uygulanabilecek hukuk kuralının seçiminde ilgili faktörler olarak;*
   a) *Federe devletlerarası ve uluslararası toplumun gerek ve ihtiyaçlarına uygunluk,*

---

[379] Rest. II Paragraf 188: *(1) Sözleşmede yer alan bir konuya ilişkin tarafların hak ve yükümlülükleri, 6. paragrafta yer alan ilkeler ışığında, bu konuya ilişkin işlem ve taraflarla en sıkı ilişkiye sahip devletin maddi hukuku uyarınca belirlenir.*
(2) Taraflarca geçerli bir hukuk seçimi yapılmadığı hallerde (bak § 187), bir uyuşmazlığa uygulanabilecek hukuku tespit etmek için, 6. paragraftaki prensiplerin uygulanmasında şu bağlantılar göz önünde bulundurulacaktır:
(a) sözleşmenin yapıldığı yer,
(b) sözleşmenin müzakerelerinin yapıldığı yer,
(c) sözleşmenin ifâ edileceği yer,
(d) sözleşmenin konusunun bulunduğu yer,
(e) tarafların ikâmetgâhı, sakin bulunduğu yer, vatandaşlığı, tüzel kişilik kazandığı yer ve işyeri.
Bu irtibatlar, uyuşmazlığa ilişkin önem derecelerine göre değerlendirilecektir.
(3) Sözleşmenin müzakere edildiği yer ile ifa edileceği yer aynı devlet içinde ise, 189-199 ve 203. paragraflarda aksi öngörülen haller dışında, bu devletin maddi hukuku genellikle uygulanacaktır.

b) *Davaya bakan mahkemenin mensup olduğu devletin çıkarlarının korunması,*
c) *Dava konusu uyuşmazlıkla ilgisi bulunan diğer devletlerin çıkarlarının korunması,*
d) *Uyuşmazlığın taraflarının dava ile ilgili haklı ve meşru beklentilerinin gözetilmesi,*
e) *Uyuşmazlık konusunun ilgili olduğu hukukî alanın altında yatan temel yasama siyasetlerinin dikkate alınması,*
f) *Hukukî kesinlik, öngörülebilirlik ve milletlerarası karar uyumunun sağlanması,*
g) *Uyuşmazlığa uygulanacak kanunun saptanmasının ve bu kanunun uygulanmasının kolaylaştırılması rol oynayacaktır.*

4.2.1. Genel Olarak Rest. II § 6 Metodolojisi

Daha önce de belirttiğimiz gibi *Rest*. II en sıkı irtibatlı hukukun tayini amacıyla geniş anlamda bir seçim imkânı sunan bir düzen getirmektedir. Bu doğrultuda yabancı unsurlu bir haksız fiilin meydana gelmesi durumunda hâkimin yapacağı ilk iş dava konusu hukukî sorunları belirtmek olacaktır. Hâkim yapacağı değerlendirme sonrasında hukukî sorunların bir nevi vasıflandırmasını yapacaktır. Bu doğrultuda hukukî sorunun haksız fiil olarak belirlenmesi sonrasında, haksız fiil türlerinden hangisinin uygulama alanına girdiğini inceleyecektir. Burada görüleceği gibi haksız fiile ilişkin tüm sorun ve olayların tek bir kanuna veya o kanunun tek bir hükmüne tabi olması gibi bir durum söz konusu olmaksızın, en sıkı irtibatlı olan hükme yönlendirme yapıldığı açıktır. Eğer ki, kanunda kanun koyucunun belirlediği en sıkı irtibatı haiz bir bağlama noktası yok ise bu noktada *Rest*. Paragraf 6 sistematiği devreye girecektir. *Rest*. II paragraf 145, hâkimin önüne gelen hukukî sorunların birbirinden ayrılmasını ve en sıkı irtibata haiz olan hukukun uygulanması sistematiğini gündeme getirmektedir[380].

Hâkimin, hukukî sorunun kaynağının haksız fiil olduğunu belirttikten ve çözdükten sonra yapacağı ikinci işlem paragraf 6 ile paragraf 145 arasındaki sistematik açısından değerlendirmesidir. Hâkim, bu sistematiği belirtirken haksız fiilin meydana gelişi, bağlama noktaları ve irtibat noktalarını değerlendirecektir. Bu noktada belirtmek isteriz ki, *Rest*. 145 kapsamında belirtilen ayrım ile paragraf 6 ve paragraf 145'in farklı bağlama noktaları göstermemektedir. *Rest*. II'nin temel felsefesi olan en yakın irtibata haiz hukuk

[380] Reese, 1972, a.g.k., s. 314-315.

anlayışına ulaşmak bakımından hâkimin yapacağı işlem paragraf 6 ile 145/2'de belirtilen bağlama noktalarını birlikte değerlendirmektir. Uygulanacak olan hukukun tespit edilmesi sırasında dikkate alınacak olan bağlama noktası esas olarak paragraf 6'dır. Ancak, paragraf 6 genel bir hüküm ve *Rest'in* temel ilkesi olması münasebetiyle her olaya uygulanacak genel bir kodifikasyon olmaktan çok, hukukî sorunun çeşidine göre her hukukî sorunda en sıkı irtibat noktası olan bağlama noktası ile birlikte yorumlanacaktır. Keza, daha önce de belirttiğimiz gibi *Rest. II* paragraf 188'de düzenlenen sözleşmelere uygulanacak hukukun tayin edilmesi hususunda hâkimin yine paragraf 6'daki genel ilkeleri gözeterek hareket etmesi esastır[381]. Ancak bu noktada hâkim paragraf 6 ile sözleşmelere ilişkin kurallar olan paragraf 188 sistematiğini birlikte yorumlayacak; bir diğer ifade ile paragraf 6'da yer alan hükümleri, sözleşmelere uygulanacak olan hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirecektir. Sonuç olarak denilebilir ki, *Rest*. II sistematiği paragraf 6'nın her hukukî duruma göre özel olarak düzenleme getirmekten çok, hukukî durumların birlikte yorumlanarak en sıkı irtibatlı hukukun tespit edilmesi noktasında temel bir yorum ilkeleridir. Bu durum ile *Rest. II* yumuşak ve esnek bir düzenleme halini almış[382] [383], yapacağı bu düzenleme ile *Rest. II* paragraf 6'nın hâkime uygulanacak hukuk

[381] Turhan, 1989, a.g.k., 94.
[382] Turhan, 1989, a.g.k., 95.
[383] Paragraf 6 hükmünün esnek ve yumuşak bir düzenleme getirmesi sonrasında pek çok mahkeme, bu durumu kullanarak hüküm geliştirmiştir. *Indiana* federe devletinde meydana gelen trafik kazasında sürücü hayatını kaybetmiş, araçta bulunan hatır yolcusu ile yaralanmıştır. *Missouri* ilk derece mahkemesi yapılan yargılama sonucunda, *Indiana* kanunlarının uygulanması gerektiğini, zira davacı olan hatır yolcusunun *Indiana* kanunlarına göre hatır yolcusu değil, müşteri olduğu belirtilmiştir. *Missouri Yüksek Mahkemesi* ise kararı bozmuş ve *Rest. II* paragraf 145 uyarınca *Missouri Federe Devlet Mahkemesinin* maddi hukuk kurallarını uygulamıştır. Yüksek Mahkemenin verdiği kararda paragraf 145 ve paragraf 6 birlikte uygulanmıştır. Yüksek Mahkemeye göre ilk derece mahkemesinin meseleye yaklaşımı yanlıştır. İlk derece mahkemesi sorunu ele alırken, doğrudan sürücünün kusurlu ve kusurlu olmadığına ilişkin bir tespit yapmaya çalışmıştır. Ancak burada yapılması gereken yabancı unsurlu hukukî ilişkiden kaynaklanan bir haksız fiil ilişkisinde mahkemede uygulanacak hukukun tespit edilmesidir. İlk derece mahkemesinin *Rest. II 145* hükümlerini hiç dikkate almadan yapmış olduğu inceleme, eğer ki olayda bir yabancı unsur olmasaydı kabul edilebilir olabilirdi. Bu nedenle mahkeme ilk olarak hukukî ilişkinin kaynağını çözmüş, sonrasında *Rest. II 145'ten* hareketle uygulanacak hukuku tespit etmeye çalışmıştır. Mahkeme bu noktada olaydaki irtibatları irdelemişir. Olayda kaza *Indiana'da* meydana gelmiş; ancak, taraflar *Missouri*'de ikamet etmekte, araç ve araç sigortası da *Missouri*'de kayıtlı bulunmaktadır. Tüm bu anlatılanlar ışığında Rest. II 145/1 de belirtilen en sıkı irtibatlı hukuk yaklaşımna başvuru, Yüksek Mahkeme tarafından dile getirilmiştir. Öte yandan 145/1 sistematiğine uygun olarak Yüksek Mahkeme ayrıca paragraf 6'ya atıf yapmıştır. Mahkeme nicelik olarak irtibat noktalarının değerlerini sıralamış; ancak, niceliksel değerlendirmeyi paragraf 6'da yer alan genel sistematik içinde uluslararası özel hukuk değerleri ve menfaatlerinin çerçevesinde yapmıştır. Bu durumun nedeni olarak da paragraf 6 sistematiğinin genel rehber ilke olması ve olayda son vurgulayıcı değeri belirtmesinden kaynaklanmaktadır. Böylece Yüksek Mahkeme niceliksel ve paragraf 6'ya göre niteliksel olarak yapmış olduğu değerlendirme sonrasında olayda en sıkı irtibatlı hukuk olarak Missouri Devlet Kanunlarının olay ile en sıkı irtibatlı olduğunu tespit etmiş ve uygulamıştır. *Kennedy v. Dixon, Supreme Court of Missouri, En Banc., 439 S.W.2d 173 (1969) [Lillian*

ve en sıkı ilişkili hukuk tespitleri hususunda rehberlik edeceği doktrinde vurgulanmıştır[384].

4.2.2. Rest. II § 6 Bağlama İlkeleri

Rest. II paragraf 6'ya göre Amerikan mahkemeleri anayasal sınırların içinde uygulanacak hukuku belirlemek amacıyla rehber ilkelerden faydalanır. Bu noktada metodolojik olarak paragraf 6/1 ile 6/2 arasında bir kıyaslamanın yapılması ve uygulanacak hukuk hakkında bir yarışmanın olup olmadığı tartışması süregelmiştir[385]. Bu konuda genel kanaat 6/1'de yer alan genel kaide ve kuralların 6/2'de yer alan özel bağlama kurallarından daha üstün olduğu, ilkelerin genel tasarruflar içinde daha kabul edilebilir olduğudur. Nitekim, paragraf 6/1 "*Bir mahkeme, anayasal ilkelere bağlı kalmak kaydıyla, uygulanacak hukukun seçiminde, kendi devletinin kanunî hükümlerini takip edecektir*" lafzi ifadesi ile genel prensip belirtilmiştir. Dolayısıyla haksız fiiller bakımından uygulanacak genel bir hüküm bulunmaması durumunda, haksız fiillerin yorumlanmasında paragraf 6'ya başvurulduğunda ilk olarak 6/1'de yer alan düzenleme uygulanacaktır.

Rest. II paragraf 6/1 ile 6/2 arasında belirtilen yönde bir hiyerarşi olmakla birlikte, 6/2'de belirtilen bağlama ilkeleri arasında eşitlik mevcuttur. *Rest. II* paragraf 6/2'de yer alan bağlama ilkeleri arasında öncelik ve sonralık ilişkisi bakımından bir fark bulunmamakta ve nihayet, her bir ilke eşit derecede önem arz etmektedir. Bu açıdan hâkimin yapacağı iş rehber ilkeler arasında menfaatlerin gözetilmesi bakımından en uygun olan menfaatin olaya tatbiki ve korunmasını sağlamaktır[386]. Doktrinde bu durum bir rehber ilkede belirtilen amacın, diğerinden üstün tutulması; ancak, amacın gerçekleştirilmesi için hâkime yetki tanınması olarak açıklanmaktadır[387]. Hâkim, rehber ilkelerin uygulanması bakımından sadece paragraf 6'da sayılan kurallar ile sınırlı olmayıp, ayrıca olaya ilişkin görece önemi haiz olan bir bağlama ilkesi tespit etmesi

Kennedy, (Plaintiff) Respondent, v. Paul E. Dixon, Administrator of the Estate of Mary Towey, Deceased, (Defendant) Appellant.No. 52970.], Justia Law Cases, <http://law.justia.com/cases/missouri/supreme-court/1969/52970-0.html>, Erişim Tarihi: 1.6.2017.

[384] Reese, 1972, a.g.k., s. 698-699.

[385] Ayrıntılı tartışmalar için bkz. Reese, 1972, a.g.k., s. 698-699.

[386] Güngör-Güneysu, 2007, a.g.k., s. 47.

[387] Güngör-Güneysu, 2007, a.g.k., s. 47.

halinde, yeni ilkeye atıf yaparak ilkeyi genişletebilecektir[388]. Bu durum paragraf 6'da gösterilen rehber ilkelerin sınırlı sayıda olmadığını gösteren ön önemli örnektir[389].

Rest II paragraf 6/2'de yer alan bağlama kuralları yedi bent halinde sayılmıştır. Bu kurallar *Rest*. kapsamında yer alan tüm hukukî kavramların ve düzenlemelerin altında ve temelinde yer alan kurallar olduğu varsayımından hareket edilmiştir. Söz konusu paragrafta gösterilen bağlama ilkeleri daha evvel de belirtildiği gibi sadece sözleşmeler veya haksız fiil alanına özgülenen, bir diğer ifade ile sadece bu alanlarda uygulanacak olan kurallar olmayıp, geniş manada tüm *Rest II* kapsamında uygulama alanı bulacak olan genel ilkelerdir[390]. Mahkeme yaklaşım olarak bu konudaki muhtelif en önemli ilkeleri kendisi tespit ederek belirleyecektir. Öte yandan göreceli öneme sahip olan bu ilkeler haksız fiilden doğan borç ilişkisinin tipinden, muhtevasını etkileyen işlemlere ve unsurlara, hukukî sorun kategorisinden somut olayda uygun olanların göz önüne alınmasına kadar uygun olanlardan göz önüne alınması gerektiği pek çok görüşte dile getirilmiştir[391].

Rest II paragraf 6'da belirtilen ilk özel bağlama kuralı *iç hukuk ve milletlerarası hukuka ait sistemin ihtiyaçlarının* tespit edilmesidir. *Rest II* temel felsefesi en yakın irtibatlı hukuk yaklaşımının tayin edilmesi ve belirlenmesi hususunda Amerikan mahkemelerinin ve milletlerarası sistem içinde verilecek kararlara hizmet edecek bağlama noktaları ile bu sistemlerin iyileştirilmesinin sağlanması hususunda hizmet edecek veriler geliştirmektir[392]. Dünyanın global yapısı, bireylerin mobilize karakteri yabancılık karakteri içinde bulunan birçok uyuşmazlığın doğmasına neden olmuştur. Şu hâlde de hukuk sisteminin her türlü uyuşmazlığa hizmet edecek esneklik ve çabukluk içine girmesi gerekecektir. Ancak hukuk sistemlerinin ve kurallarının tayin edilmesindeki usuller ve kuralların yürürliğe girmesinde etkin olan siyasal yapı, bu sürat yanında hantal kalmaktadır. Hal böyle olunca Amerikan mahkemelerinin içtihat yaratma yetkisine destek olmak amacıyla *Rest. II*'nin genel kuralı olan paragraf 6'da hâkimin yeni bağlama

[388] Güngör-Güneysu, 2007, a.g.k., s. 47.
[389] Ancak, doktrinde bu durum bir yönü itibariyle eleştiri almıştır. *Rest. II'nin* gösterici nitelikteki kurallarının, hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik amacı taşımasına rağmen, paragraf 6'da sayılan rehber ilkelerin sınırlı sayıda olmaması, yeni belirtilecek kuralların uygulanması bakımından *Rest*. kapsamında bir açıklama yapılmaması da kuralın uygulanabilirliği bakımından tereddüt yaratmaktadır.
[390] Restatement II, § 6, Comment (c), s. 12-13.
[391] Restatement II, § 6, Comment (c), s. 12-13; Reese, 1972, a.g.k., s. 698-699.
[392] Restatement II, § 6, Comment (d), s. 13.

kriterleri belirlerken iç hukuk ve milletlerarası hukukun dahili sistematiği içinde ihtiyaçların tespit edilerek kural oluşturumasını tavsiye etmektedir[393]. Ancak pek çok yazar tarafından da vurgulandığı üzere iç hukuk ve milletlerarası hukukun sistematiği ile ihtiyaçları ve diğer devletlerin menfaatleri her zaman hâkim tarafından tespit edilmesi mümkün olmayacaktır[394]. Bu gibi durumlarda hâkim zaman kaybetmemeli ve diğer kuralların ve genel ilkelerin uygulanmasını sağlamalıdır[395].

Rest. II paragraf 6/2'de gözetilen bir diğer ilke ise *mahkemenin mensup olduğu devletin hukukunun ilgili politikalarının* bağlama kurallarının tespit edilmesi esnasında göz ardı edilmemesi kuralıdır. Buna göre devletlerin ihdas etmiş oldukları hukuk kuralları bir veya birden fazla hukukî sorunun çözümü hakkında amaçları gerçekleştirmek için tayin edildiklerinden, mahkeme kendi hukukuna ait kuralların amacına bakarak hareket etmeli ve karar vermelidir[396]. Bu noktada mahkemeye ait pek çok politika ve unsurun değerlendirilmesi ve uygulanacak hukuka dair belirli olan noktaların dışında belirsiz ve müphem kalan hususların tekrar gözden geçirilmesi, mahkeme devletinin hukukunun tüm olaylar, özelde ise haksız fiil ile ilgili bağlantı noktaları ve menfaatleri incelenmesi gerekmektedir[397]. Burada *Rest*., mahkeme hukukunun politikalarını incelerken, mahalli kanun ve kuralın uygulama alanına ilişkin de bir belirleme yapmaktadır[398]. Eğer ki, kanun mahkemenin hukukunun uygulama alanı bakımından kuralın federe devlet sınırlarını aşan bir yönüne dikkat çekmekteyse, bağlama kuralının belirlenmesi bu durumda *Rest.* II paragraf 6/1 kapsamında yer alacaktır[399]. Ancak, hâkim uygulanacak hukukun sınırlarını belirleyemiyor, yerel veya uluslararası niteliğini kestiremiyor ise bu durumda

[393] Restatement II, § 6, Comment (d), s. 13. Amerikan hukukçularına göre farklı milletlerden kimselerin hukukî ilişkilerinin sevk ve idaresi modern bir millet olmak için zorunludur. Bu durum özellikle federal bir yapıda bulunan Amerikan mahkemeleri için olmazsa olmazdır. Bu noktada hâkim bağlama noktalarını tayin ederken diğer devletler ve devlet topluluklarının ihtiyaçlarını ve politikalarını da göz önüne almalıdır. Böyle bir yol izlenmesi sonrasında diğer devletlerin de verilen kararlar ve belirlenen kurallara ilişkin sistemlerin benimsenmesini sonucunu doğuracaktır. Leflar, 1966a, a.g.k., s. 1586.
[394] Reese, 1972, a.g.k., s. 698-699; Restatement II, § 6, Comment (d), s. 13.
[395] Öte yandan mahkemenin belirlediği ihtiyaçların ve kuralların diğer devletler tarafından benimsenmesi de pek olası değildir. Restatement II, § 6, Comment (d), s. 13.
[396] Restatement II, § 6, Comment (e), s. 14.
[397] Restatement II, § 6, Comment (e), s. 14. Leflar mahkemenin politikaları incelerken yapılması gerekenleri çok geniş bir biçimde ele alınması gerektiğinden bahsetmiştir. Burada inceleme esnasında maddi hukuku aşan, geniş bir alan içinde sadece salt hukukî olayın çözümüne yönelik değil, bir kanun koyucu sistematiği içerisinde her yönden bağlantılar ve menfaatler dikkate alınarak, tüm olay ve hukukî ilişkileri nitelendirici kuralların koyulması için araştırma yapılması gerektiğini belirtmektedir. Leflar, 1966a, a.g.k., s. 1586.
[398] Restatement II, § 6, Comment (e), s. 14.
[399] Restatement II, § 6, Comment (e), s. 14.

uyuşmazlığın belirlenmesi ve çözümünde ele alınacak olan politikalar *Rest. II* paragraf 6/2'deki ilkeler dâhilinde olacaktır[400] [401].

Rest. II paragraf 6/2'de düzenlenen bir diğer hüküm ise *diğer devletlerin göreceli menfaatleri ve ilgili politikalarının* incelenmesidir. Burada diğer devletlerden kasıt tüm devletler değil, yalnızca olay ile ilgili olan diğer devletlerin düzenlemelerinin dikkate alınmasıdır. Mahkeme yapacağı inceleme ile hukuk, uyuşmazlık ile ilgili tüm devletlerin menfaat ve dengelerini gözetecek, bu doğrultuda bir kural inşaa edecektir. Böylece, ilgili tüm devletlerin kurallarının dikkate alınması ve ilgili tüm devletlerin dengelerinin gözetilmesi sağlanacaktır[402]. Bu uygulama ile temin edilmek istenen amaç olay ile en sıkı irtibatlı olan baskın devlete ait menfaatlerin ve devletin politikalarının gözetilmesidir[403] [404].

Rest. II paragraf 6'da düzenlenen bir diğer genel ilke de hukukun tüm alanlarında ve özellikle de taraflar açısından *haklı beklentilerin korunmasıdır*[405]. Haklı beklentilerin korunması ilkesinin haksız fiiller açısında en çok uygulama alanı bulduğu ve korunması gereken bir menfaat olduğu düşünülmektedir. Zira özellikle uygulanacak hukukun ika yeri kuralı açısından belirlendiği haller değerlendirildiğinde fiili meydana getirenlerin davranışlarını her ülke kuralı açısından özel olarak belirlenmesi zorluk arz edebilir. Böyle bir durumda kişinin bir ülkenin hukukuna göre uygun ve makul şekilde davranmasının ondan beklenen bir hareket olmasına karşın, kişiyi bir başka devletin hukuku ile

---

[400] Restatement II, § 6, Comment (e), s. 14; Restatement II, § 6, Comment (b), s. 11.

[401] Bu konudaki Amerikan Mahkeme kararları için bkz. United States Court of Appeals, Fifth Circuit, Access Telecom, Inc., Plaintiff-Appellant, v. Mci Telecommunications Corporation; MCI International, Inc.; SBC Communications, Inc.; SBC International, Inc.; SBC International Latin America; Telefonos De Mexico, Defendants-Appellees. No. 98-50881, <http://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1082113.html>, Erişim Tarihi: 01.06.2017; MH Segan Ltd. Partnership v. Hasbro, Inc., 924 F. Supp. 512 (S.D.N.Y. 1996) U.S. District Court for the Southern District of New York-924 F. Supp. 512 (S.D.N.Y. 1996) May 2, 1996, <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/924/512/1472033/>, Erişim Tarihi: 01.06.2017. Kararların Türkçe özetleri için bkz. Güngör-Güneysu, 2007, a.g.k., s. 51.

[402] Restatement II, § 6, Comment (f), s. 15.

[403] Restatement II, § 6, Comment (f), s. 15; Güngör-Güneysu, 2007, a.g.k., s. 52. Baskın ve irtibatı göreceli yakın olan devletin menfaatinin tespiti şu şekilde yapılacaktır: Hukukî uyuşmazlık sonucunda devletin kural ve menfaatinin gözetilmesi sonucunda, menfaati olan devletin hukuk politikaları ve gelişimi ileriye gidecek, devletin hukukî içtihat ve ilkesel yönetilim bakımından gelişmesi temin edilecek ise bu durumda devletin hukuk politikalarının gözetilmesinde menfaati olduğu kabul edilecektir. Bu durum elbette subjektif bir olgudur ve kişiden kişiye değişebilir. Nitekim bu durumun sakıncaları doktrinde etraflıca incelenmiştir. Bkz. Güngör-Güneysu, 2007, a.g.k., s. 52; Leflar, 1966a, a.g.k., s. 1586.

[404] Bu konuda verilmiş karar için bkz. M. Capens Co. v. American Trading & Production, 892 F. Supp. 36 (D.P.R. 1995), U.S. District Court for the District of Puerto Rico-892 F. Supp. 36 (D.P.R. 1995) June 16, 1995, <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/892/36/2295010/>, Erişim Tarihi: 01.06.2017. Kararların Türkçe özetleri için bkz. Güngör-Güneysu, 2007, a.g.k., s. 53.

[405] Restatement II, § 6, Comment (g), s. 15.

yargılamak ve fiilini değerlendirmenin kişi menfaati ile hukukî belirlilik kavramlarını zedeleyeceği kabul edilmektedir[406].

Mahkemelerin verdikleri kararların hukukun ve uyuşmazlığın içinde yer aldığı hukuk alanının çeşitlenmesine, gelişimine katkı sağlayacağını düşünen *ALI*, paragraf 6/2'de uyuşmazlık konusu *belirli hukuk alanı ile hukuk alanının altında yatan temel politikaların gelişmesine ve yüceltilmesine* yardımcı olması açısından böyle bir politikayı kabul etmiştir. Belirli bir hukuk alanının altında yatan politikalarda kasıt sözleşmeler, haksız fiil, vekâletsiz iş görme, rekabet, haksız rekabe vb. gibi hukuk alanlarında meydana gelen uyuşmazlıkların sonucunda, ilgili hukuk alanının yüceltilmesi ve ileriye götürülmesi amacıyla hâkimin bağlama noktası tayin edeceğini belirtmektedir[407]. Devletlerarası hukuk bağlantılarının sağlanması ve kategorik olarak hukukun farklı alanlarında meydana gelen iletişimin yabancı unsur ile temin edildiği hallerde, yerel maddi hukukların gelişimi hukuklar arasındaki irtibatların karşılaştırılması ve etkileşimi ile mümkün olacaktır[408]. Mahalli kanunların altında yatan temel politikaların tespit edilmesinde devletlerarasındaki söz konusu etkileşimler ve bağlantılar belirleyici olacaktır[409]. Bu bağlantılar da kanunlar ihtilâfı hukuku ile sağlanacağından, paragraf 6/2'de belirtilen bu genel ilkenin hukukun tüm alanları açısından belirleyici olacağı açıktır.

Rest. II paragraf 6/2'de düzenlenen bir diğer genel ilke ise *hukukun öngörülmesi ve sonucun yeknesaklığıdır*[410]. Rest. II'nin ortaya çıkış amacının ve politikalarının tayin edilmesinde bu kriterin temel nokta olduğu unutulmamalıdır. Zira *Rest. II* hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik ilkelerinden hareket ederek sonuca ulaşmaya çalışan bir disiplin inşa etmeye çalışmaktadır. Bu doğrultuda taraf menfaatlerine ağırlık veren *Rest. II* öte yandan da en önemli yeniliği olan, en sıkı irtibata haiz hukuk kavramının belirlenmesinde sağlam kriterler ortaya çıkarmaya ve paragraf 6 ile de öngörülebilir kriterler vasıtasıyla genel ilkeler belirlemeye çalışmaktadır. Paragraf 6'da adı geçen düzenlemenin yapılması ile *Rest. II'nin* karakterinin hukukun tüm alanlarında

[406] Bu durumun sözleşmeler hukuku açısından değerlendirilmesi hakkında bkz. Güngör-Güneysu, 2007, a.g.k., s. 54-55.
[407] Restatement II, § 6, Comment (h), s. 15.
[408] Restatement II, § 6, Comment (h), s. 15.
[409] Reese, 1972, a.g.k., s. 698-699.
[410] Restatement II, § 6, Comment (i), s. 15.

öngörülebilirliğin sağlanması ve sonucun yeknesaklığının temini ile hukuk güvencesinin her durumda korunması hususunda hâkime bir görev olarak yüklemiştir[411]. Ancak hâkim sözleşmeler alanında bu görevi eksiksiz ve öngülebilir bir yöntem ile sonucu temin edici bir şekilde sağlayacak iken, haksız fiiller alanında sonucun yeknesaklığı ve hatta taraflarca öngörülebilirliğin belirlenmesi çok da kolay olmayacaktır. Zira, haksız fiillerin tesadüfî yapısı ve geniş içeriği taraflarca öngörülebilirliği ancak haksız fiil meydana geldikten sonra tesis edilmektedir. Taraflar sonucu öngörebilmek için en erken haksız fiil meydana geldikten sonra bir hukuk seçimi yapabileceklerdir. Bu durumun bir istisnası ise haksız fiil öncesinde taraflar arasında başkaca bir hukukî ilişki var ise diğer hukukî ilişkilere uygulanan hukukun, en sıkı irtibatlı hukuk olarak haksız fiil bakımından uygulanması taraflarca veya hâkim tarafından seçilebilir. Böylece taraflar açından kısmi de olsa öngörülebilirlik sağlanacaktır. Öte yandan sonucun yeknesaklığı bakımından da benzer bir durum vardır. Zira sonucun yeknesaklığı haksız fiiller bakımından da sağlanması zor bir durumdur. Haksız fiillerin çeşitlilik arz etmesi, haksız fiili meydana getiren olguların farklılığı, fazlalığı; nihayet, haksız fiillerin meydana gelmes sırasında fiillere ilişkin olarak kast, taksir, ihmal gibi manevi unsurların yer alması sonucun yeknesaklığını etkileyen bir diğer faktördür. Şu hâlde öngörülebilirlik ve sonucun yeknesaklığının sağlanması haksız fiiller bakımından uygulanması zor bir genel ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.

Nihayet *Rest. II* paragraf 6/2'de düzenlene son ilke *uygulanacak olan hukukun tespiti ve araştırılmasında hâkime sağlayacağı kolaylıktır.* Bu ilkenin, uygulayıcılar bakımından ve özellikle hâkimlere sağlanan bir kolaylık olması açısından kabul edildği belirtilmektedir[412]. Haksız fiil sonucunda meydana gelen yabancı unsurlu hukukî ilişkinin çözümü hakkında hâkimin görevini ifa ederken uygulanacak olan hukukun tespitinde ve

[411] Restatement II, § 6, Comment (i), s. 15. Sonucun öngörülebilirliğinin en temel ve kolay yolu taraflara açık ve geniş bir biçimde hukuk seçimi hakkı verilmesidir. Hukuk seçimi *Rest. II*'nin düzenlendiği yıllarda yalnızca sözleşmeler için kabul edilen bir devrimdir. Zira sözleşmeye uygulanacak olan hukukun taraflarca tayin edilmesi, devlet otoritesini sarsan ve hâkimi bir hukuku uygulamaya zorlayan, nihayet uyuşmazlığa tarafların müdahalesini arttıran bir yaklaşım olması nedeniyle uzunca bir müddet korkularak yaklaşılan bir olgu olmuştur. Öte yandan, belirtilen yıllarda, haksız fiiller açısından hukuk seçimi ve taraf iradelerinin gündeme gelmesi hiçbir şekilde tartışılmamıştır. Zira haksız fiiller bakımından, haksız fiillerin kamu hukukundan kaynaklanan irtibatlarının olması, devletin otoritesini her durumda gündemde tutan bir durumdur. Bu halde de devlet otorite ve menfaatinin tesis edilmesi gerektiği bir durum olan haksız fiillerde hukuk seçimi, ancak 21. YY.'da düzenleme ve mahkeme kararlarına konu olmaya başlamıştır. Bu nedenle de haksız fiiller bakımından öngörülebilirlik ve sonucun yeknesaklığının temin edilmesi ancak günümüz itibariyle etkileri daha iyi görülen bir durumdur.

[412] Güngör-Güneysu, 2007, a.g.k., s. 59.

araştırılmasında kolayca hareket etmesi esas olmalı, hâkimin işi güçleştirilmemelidir. Ancak haksız fiillerin kompleks yapısı ve hâkimlerin her olayı ayrıca inceleme yükümlülükleri, bu ilkenin pek de kolay uygulanan bir durum olmadığını göstermektedir[413]. Hukukî sorunun tespit edilmesinde hâkime kolaylık sağlanmasının en kolay yolu, karmaşık olmayan ve tespiti kolay bağlama noktaları ile bağlama kurallarının oluşturulması ile hâkime hız kazandırmak suretiyle olduğu düşünülmektedir. Basit ve mekanik olmayan bağlama kurallarının tesis edilmesi ile tarafların hâkime uygulanacak hukuk konusunda yardımcı olma imkânının yaratılması bu ilkenin uygulanmasını temin eden tek hususdur.

4.3. § 145/2 Özel Bağlama Noktalarının İncelenmesi

Rest. II sistematiği gereği öncelikle genel ve uygulanması gerekli olan hukuk kuralını gösterme taraftarıdır. İkinci olarak ise genel kuralın ardında sıralanagelen kuralın ne olduğunu ve bu kuralın hangi hallerde uygulanması gerektiğini özetlemektedir. Esasında *Rest*. sistematiğinde yer alan bu uygulama, temel kanun metodolojisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanunların temel metodolojilerinde genelden özele giden bir yaklaşımın olduğu gerçektir. *Rest. II* metodolojisinin de benzer bir yol izlediği, kanun sistematiğinden anlaşılmaktadır.

Rest. II, genel kural olarak düzenlenen politikalara atıf yapması sonrasında, orijinal olan ilk metinde, küçük birkaç istisna dışında, bir haksız fiilin varlığına ilişkin tüm esaslı soruların "*fiilin meydana geldiği yer*" yerel yasası tarafından yönetilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu durum *Rest. II* gerekçesinde bu durum "*haksız fiile sebep olan kimsenin iddia edilen bir yasadışı hareketten sorumlu hale gelmesi için gerekli olan son olayın gerçekleştiği devlet*" olarak belirtilmiştir[414]. Ancak daha önce de değindiğimiz gibi bu durumun yetersiz kalması sonucu yeni arayışlar ortaya çıkmıştır. *Rest. II* kapsamında bu arayışlar sonucu ortaya çıkan bağlama kuralları paragraf 145/2'de belirtildiği şekli ile değinilecektir.

Son olarak şu husus belirtilmelidir: *Rest*. paragraf 145/2'de yer alan düzenlemeler ele alınırken, geçmiş hayat olayları sırasında paragraf 6'da belirtilen ilkelerin uygulanması bakımından haksız fiillerin özellikleri dikkate alınarak birleştirme yapılmak

[413] Restatement II, § 6, Comment (j), s. 16.
[414] Restatement of the Law Second (1969), *Conflict of Laws (Rest. Conflict), Volume I*, Washington D.C.: ALI, p. 414.

istenmektedir. Bir diğer ifade ile kanaatimizce paragraf 6 esaslarının, haksız fiiller alanında meydana gelen uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tayin edilmesi, 145/2'de belirtilen bağlama noktalarının paragraf 6'daki genel ilkeler ile birlikte değerlendirilmesi sonucunda en sıkı irtibatlı hukukun tespit edilmesi çalışmasıdır. Bu noktada haksız fiilden kaynaklanan bir sorunun varlığının dava konusu olması durumunda, tarafların hakları ve borçları 6. paragrafta belirtilen prensipler ışığında değerlendirilerek, söz konusu dava konusu hukukî olayın en sıkı ilişkili olduğu devletin iç hukuku belirlenecektir. Dava konusu hukukî soruna uygulanacak kanunun saptanması için 6. paragrafta belirtilmiş bulunan prensiplerin uygulanması sırasında dikkate alınacak olan irtibat noktaları ise 145/2'de belirtilen kurallardır.

4.3.1. Zararın Ortaya Çıktığı Yer

Haksız fiil sonrasında kişisel olarak meydana gelen zararlar ile zararın meydana geldiği yer birçok konuda olduğu gibi yürürlükteki yasanın zarar görenin menfaatleri bakımından uygulanması noktasında da hüküm ifade edecektir. Bu haksız fiil aynı şekilde, zararın belirlenebilen tek bir devlette açıkça meydana gelmesi koşuluyla, diğer haksız fiiller hallerinde de yürürlükte olan yasanın seçiminde önemli bir rol oynamaktadır. Bu nedenle, diğerlerinde olduğu gibi bir devlette haksız fiile neden olan kişilerin, zarar nedeniyle o devletin yerel yasalarıyla dayatılan yükümlülüklerden kaçamamaları doğaldır. Dolayısıyla ceza hukukuna ilişkin kamu davasında, davacının tutuklu kaldığı ve haksız fiil meydana geldiği devletin yerel kanunlarının uygulanması, zararın nerede ortaya çıkmış ise oraya göre telafi edilmesi suretiyle kamu düzeninin tesis edilmesi mantığı ile hareket edilmesi gerektiğini belirtmektedir[415].

Rest. II gerekçesi çerçevesinde bununla birlikte, zararın meydana geldiği yer devletin hukukunun seçilmesinde önemli bir rol oynamayacağı durumlar ortaya çıkmaktadır. Buna örnek olarak, fiilin meydana geldiği yer ya da zararın sonuçlarının ortaya çıktığı yerin tesadüfî olduğu durumlar söylenebilir. Öte yandan bir başka neden de olaylar ve taraflarla ilgili belirli bir konu hakkında az bir ilişki sözkonusu olduğu durumlarda bu sonuç ortaya çıkacaktır[416]. Bu durum dolandırıcılık ve yanlış beyanda bulunma gibi, mantık veya ikna edici bir hususta haksız fiil meydana geldiğinde, hareketin sonuçlarını yaratan zararın birden fazla devlet kanunlarını ihlal etmesi

[415] Rest. Conflict, s. 415.
[416] Rest. Conflict, s. 416.

durumunda söz konusu olur. Yine aynı durum, hareketin belirli bir devlette haksız fiile neden olacağını öngörmek için az nedeni olduğu veya hiç olmadığı durumlarda da ortaya çıkabilir. Haksız fiile sebebiyet veren tarafta yer alanın hiç öngörmediği bu yasa, yürürlükteki yasalar uyarınca zararın meydana geldiği yerin seçilmesine karşı olacak bir faktördür. Gerçekten de, bu gibi durumlarda zararın meydana geldiği yer devletinin yerel yasalarına başvurmak yargılama sorunlarını gündeme getirebilir[417].

Amerikan mahkemelerinde pek çok olayda zarar yeri ile ika yeri ya da diğer bağlantı noktalarının değerlendirilmesi ile zarar yeri bağlama noktası ve fiil yeri bağlama noktasının aynı veya farklı ülkelerde olması durumuna göre de uygulamadan kaynaklı değerlendirmeler yapılmıştır[418]. Mahkemelerin özellikle *Bobcock v. Jackson* kararı sonrasında var olan en sıkı irtibatlı hukuk anlayışını da göz önüne alarak zarar yeri ile ika yeri kavramlarını yeniden yorumladıkları gözlemlenmektedir. *Ohio Yüksek Mahkemesi* vermiş olduğu *Bertram v. Norden* kararında[419] *Ohio'da* ikamet eden tarafların *Michigan* eyaletinde yapmış oldukları kar tatilinde, meydana gelen motor kazası sonrasında, motor işletmecisine açmış oldukları davada, yerel mahkemenin kararını bozan Yüksek Mahkeme, tarafların her ne kadar ikametgâh, mutad mesken ve vergi verdikleri devlet *Ohio* olsa da kazaya ilişkin hayat olayının ve sonucunda meydana gelen zararın *Michigan'da* meydana gelmesi nedeniyle, nihayet özellikle zarar verene ilişkin, zararın meydana geldiği devlette kayıtların olması olayda *Michigan* eyaletinin hukukunun uygulanması gerektiği kabul etmiştir[420]. Mahkeme bu sonuca varırken, kanunlar ihtilâfına ilişkin *Rest. II* 145'te belirtilen esaslar çerçevesinde paragraf 6'daki politikaları da esas almış ve metodolojik olarak tüm değerlendirme sonrasında nihai bir sonuca varmıştır. Bu karar aynı devlette ika ve zarar yerinin meydana gelmesi durumunda en sıkı irtibatlı hukuk anlayışının, meydana gelen olayın özellikleri dikkate alınarak görece önemine göre

[417] Rest. Conflict, s. 416.
[418] Symeon C. Symeonides (2006), *The American Choice of Law Revolution: Past, Present and Future-The Hague Academy of International Law*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, s. 216.
[419] *Court of Appeals of Ohio, Third District, Defiance County, Bertram, Appellant, v. Norden, Appellee, et al. No. 4-04-0*9. Case Law, <http://caselaw.findlaw.com/oh-court-of-appeals/1259515.html> Erişim Tarihi: 7.9.2017.
[420] Symeonides, 2006, a.g.k., s. 216.

bağlama noktalarının değerlendirilmesi gerektiği hususundaki en iyi kararlardan biri olarak göze çarpmıştır[421] [422].

Amerikan Mahkemeleri zarar yeri hukukunun uygulanmasına ilişkin yaklaşımı, ika yeri yaklaşımına nazaran daha fazla benimsemiştir. Zira Amerikan kanunlar ihtilafı hukukunun gelişiminde temel kaynaklardan biri olan kazanılmış haklar teorisine göre, bir hakkın kazanılmasını sağlamak için, *en son olay (last even)'ın* meydana geldiği yere bakmak gereklidir. Olayın meydana geldiği yere göre bir hakkın kazanılması veya kaybı söz konusu olacaktır. Buna göre madem ki bir haksız fiilin meydana gelmesi, ancak zarar unsurunun tamamlanması ile mümkündür, o halde kazanılmış hakkında meydana gelebilmesi için zararın meydana geldiği yere bakmak gereklidir. Bu anlayıştan hareketle pek çok Amerikan Mahkemesi kararı mevcuttur. *Mike v. Lian*[423] kararına göre *Ohio'da* meydana gelen bir trafik kazasında, kazaya sebep olan eksik tamiratın *Pensilvanya'*da yapılmasına rağmen, Mahkeme zararın meydana geldiği yer olan *Ohio* hukukun uygulanmasına karar vermiştir[424]. Zarar yerine üstünlük tanınan bir diğer karar olan *La Prelle v. Cessna Aircraft Co.*[425] davasına göre *Kansas*'ta imal edilen ve imalattan kaynaklı olarak bir hata sonucunda *Oklahoma*'da kaza yapan uçak hakkında, mahkeme zarar yeri olarak *Oklahoma* hukukunun uygulanmasına karar vermiştir[426]. Görüldüğü üzere Amerikan Mahkemelerinde zarar yeri hukukunun uygulanması, kazanılmış haklar teorisinden kaynaklı olarak hızla benimsenmiştir.

4.3.2. Zarara Sebep Olan Fiilin İşlendiği Yer

Haksız fiil sonucu meydana gelen zararın tek bir ülkede meydana geldiği halde ve zarara neden olan davranışın yine aynı ülkede oluşması ile bu devlet genelde haksız fiil ile ilgili birçok konuda hukukuna başvurulacak olan devlet olacaktır. Özellikle belirli bir davranış standartlarını içeren bir konuda bu şekilde olma ihtimali yüksektir. Zira haksız fiilin meydana gelmesi süreci ve zararın oluşumu durumu bu tür sorunların

---

[421] Symeonides, 2006, a.g.k., s. 216.
[422] Benzer karar için bkz. United States Court of Appeals, Seventh Circuit, Thomas SPINOZZI and Linda Spinozzi, Plaintiffs-Appellants, v. Itt Sheraton Corporation, et al., Defendants-Appellees, No. 97-4076, Decided: April 01, 1999. Case Law, <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1068977.html>, Erişim Tarihi: 7.9.2017.
[423] *Supreme Court of Pennsylvania, Mike v. Lian*, 185 A. 775 (Pa. 1936).
[424] Case Law, <https://www.courtlistener.com/opinion/4090978/mike-v-lian/?>, Erişim Tarihi: 7.9.2017.
[425] *United States District Court, D. Kansas, Second DivisionAug 1, 1949 85 F. Supp. 182 (D. Kan. 1949), La Prelle v. Cessna Aircraft Co*.
[426] Case Law, <https://casetext.com/case/la-prelle-v-cessna-aircraft-co>, Erişim Tarihi: 7.9.2017.

belirlenmesinde doğal bir endişe oluşturacaktır. Haksız fiil sonucunda uygulanacak olan hukukun belirlenmesi süreci, hasar gören kişilerin davranışları ve sonuçta ortaya çıkan zararın birden fazla ülkede meydana gelmesi durumunda daha zor olur. Haksız fiilin meydana geldiği yerin tespit edilemediği veya tesadüfî ya da haksız fiil ile ilgili olarak olayla ve taraflarla çok az ilişkili olduğu durumlarda, haksız fiil davranışının meydana geldiği yer geçerli hukukun uygulanmasında ve belirlenmesinde genellikle ağırlık kazanacaktır. Örneğin, haksız rekabetten doğan haksız fiillerde davranışın gerçekleştiği yer özellikle önem arz edecektir; zira bu tür haksız fiillerde hiç kimsenin açıkça gösterebileceği bir zarar yeri olmayacaktır veya zarar yerinin dağınık olması nedeniyle tespit edilmesi zorlaşacaktır[427]. Benzer şekilde, haksız fiil sonrasındaki yaptırımın temel amacı, suiistimali caydırmak veya cezalandırmak olduğu zaman, yine davranışın gerçekleştiği yerin kendine has bir önemi olacaktır. Bu durum haksız fiil davranışının gerçekleştiği devletin yerel yasası tarafından gerekli ve imtiyazlı muameleyi gördüğü zaman da geçerlidir. Zira böyle bir durumda haksız fiili meydana getiren kimse tesadüfî olmadan, tasarlamak suretiyle haksız fiil sonucu meydana gelen zararı oluşturmuştur. Zararın imtiyazlı ülkede meydana gelmesinin temel politikası ise ilgili ülkede haksız fiilin, bir başka ülkeye göre nispeten daha fazla korunmasıdır. Hal böyle olunca, haksız fiile uygulacanak olan hukuka ilişkin ika yeri kuralı istisnası ortaya çıkar. İmtiyalı ülkede haksız fiilin meydana gelmesi sonrasında bir başka ülkede dava açılırsa ika yeri kuralı uygulanmaz[428].

Bu noktada önem arz eden bir diğer nokta da haksız fiil sonrasında meydana gelen duruma uygulanacak hukukun hukukun bölünmesinin, bir diğer ifade ile ayrı olarak bölümlerin ele alınması suretiyle, farklı alanlara farklı hukukların uygulanmasının mümkün olup olmadığı tartışmasıdır[429]. *Rest. II'nin*, Amerikan mahkemelerinin yabancı unsurlu hukukî ilişkilere uygulanmasına ilişkin kuralları belirleyen "*en önemli* ilişki" testinden hareket eden bir düzenleme olduğunu daha önce belirtmiştik. *Rest*. 145 kapsamında belirtilen ayrım ile paragraf 6 ve paragraf 145'in farklı bağlama noktaları göstermemektedir. *Rest*. II'nin temel felsefesi olan en yakın irtibata haiz hukuk anlayışına

[427] Rest. Conflict, s. 419.
[428] Rest. Conflict, s. 420.
[429] *Vertragsspaltung*. Fransızcada ise *depeçage*, *division*, *morcellement*, *scission du contrat* gibi muhtelif tâbirler kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Esener, Turhan (1954), Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi, *AÜHFD, C. 11, S. 1*., s. 490.

ulaşmak bakımından hâkimin yapacağı işlem paragraf 6 ile 145/2'de belirtilen bağlama noktalarını birlikte değerlendirmektir. Uygulanacak olan hukukun tespit edilmesi sırasında dikkate alınacak olan bağlama noktası esas olarak paragraf 6'dır. Ancak, paragraf 6 genel bir hüküm ve *Rest'in* temel ilkesi olması münasebetiyle her olaya uygulanacak genel bir kodifikasyon olmaktan çok, hukukî sorunun çeşidine göre her hukukî sorunda en sıkı irtibat noktası olan bağlama noktası ile birlikte yorumlanacaktır. Paragraf 6 hukukî durumların birlikte yorumlanarak en sıkı irtibatlı hukukun tespit edilmesi noktasında temel bir yorum ilkeleridir. Bu durum ile *Rest. II* yumuşak ve esnek bir düzenleme halini almış[430], yapacağı bu düzenleme ile *Rest. II* paragraf 6'nın hâkime uygulanacak hukuk ve en sıkı ilişkili hukuk tespitleri hususunda rehberlik edeceği vurgulanmıştır. Daha önce de belirttiğimiz gibi paragraf 6 ile paragraf 145'te belirtilen düzenlemeler arasında bir öncelik sonralık ilişkisi bulunmamaktadır. O halde *depeçage*[431] olarak bilinen ve daha çok sözleşmeler açısından söz konusu olan, sözleşmenin bölünmesi ve farklı bölümlere farklı hukukların uygulanması prensibi, haksız fiillere ilişkin olayda bölünebilir materyallerin olması durumunda uygulanmasında herhangi bir mahsur görülmemektedir[432]. Haksız fiile ilişkin meydana gelen hayat olayında, çok sayıda kimsenin olması ve bu durumda taraflar ve olayın özellikleri bakımından bölünebilirliğin söz konusu olması, taraf ve milletlerarası özel hukuk menfaatleri bakımından farklı kimseler arasında uygulanacak olan hukukun tespit edilmesi hallerinde *depeçage* kuralının uygulanmasında herhangi bir mahsur görülmemektedir.

Bu konuda verilen önemli kararlardan biri *P.V. v. Camp Jaycee* kararıdır[433]. Söz konusu karara göre *PV. New Jersey'li* down sendromlu, zihinsel ve duygusal engelli yirmi

---

[430] Turhan, 1989, a.g.k., 95.

[431] Büyük parçalanma (*dépeçage*), aktin farklı kısımlarına farklı hukuk kurallarının uygulanması ve küçük parçalanma (*splitting of the contract*) olarak belirtilen aktin her iki tarafı için uygun bulunan hukuku belirtmek amacıyla sözleşmenin sonuçlarına farklı hukukların uygulanması için hakkında bkz. Tiryakioğlu, 1996, a.g.k., s. 16. Kanunlar ihtilâfında *dépeçage*, iki şekilde görülmektedir: İlk olarak, sözleşmeden doğan hukukî ilişkilerde ilişkiye tek bir hukuk kuralının uygulanmasını sağlamayacak şekilde olacaktır. Bu duruma örnek olarak sözleşme geçerliliği bakımından tarafların seçtiği hukuk kabul edilirken; sözleşmenin şekli bakımından ise sözleşmenin imza edildiği yer hukuku kabul edilebilecektir. İkinci olarak ise, sözleşmenin farklı kısımlarına, farklı ülke hukuklarının uygulanması kabul edilecektir. Bu duruma örnek olarak ise bir borca ilişkin olarak sözleşmenin bir kısmına A ülkesi hukuku uygulanırken, diğer bir borca ilişkin olarak B ülkesi hukuku uygulanabilecektir. Dicey/ Morris/ Collins, 2006, a.g.k., s. 1555.

[432] Felix, Robert L./ Whitten, Ralph U. (2011), *American Conflicts Law*, Sixth Edition, Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, s. 394.

[433] *P.V. v. Camp Jaycee Superior Court of New Jersey, Appellate Division, 393 N.J. Super. 19 (N.J. Super. App. Div. 2007)*, Justia Law Document, <http://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/2008/a-31-07-doc.html>, Erişim Tarihi: 11.09.2017.

bir yaşında bir kadındır. Down sedromlulara eğitim veren *Camp Jaycee'nin* eğitim kurulunun kampına 2003 yılında katılmıştır. *PV*. şikayetine göre, Ağustos 2003'te, başka bir kampçı tarafından cinsel tacize uğramış ve bunun sonucunda tıbbi tedaviyi gerektiren yaralanmalara maruz kalmıştır. *PV'nin* ebeveynleri, *TV* ve *LV*, vasi ve bireysel olarak, *Camp Jaycee* ve birkaç hayali sanık hakkında *New Jersey'de PV.* adına maddi ve manevi ve kendi adlarına da manevi tazminat davası açmışlardır. *Camp Jaycee* ve onun temsilcilerinin, *Pennsylvania'daki* kampta *PV* gözetiminde dikkatsiz ve ihmalkâr olduklarını iddia ederek, eğitim kurumunun kusurlu olduğunu belirtmişlerdir.

Mahkeme öncelikle gerçek bir çatışmanın olup olmadığını tespit etme adına çalışmıştır. Mahkemeye göre *Pennsylvania ve New Jersey* kanunları arasında gerçek bir çatışmanın var olduğu açıktır. Ancak mahkemenin asıl değerlendime alanına giren ve söz konusu karar açısından önem ifade eden husus *PV*. açısından maddi ve manevi tazminata uygulanacak hukuk ile vasi olan ailenin manevi tazminat taleplerine uygulanacak olan hukukun ne olacağıdır. Zira olay *Pennsylvania'da* meydana gelmiş, *PV*. açısından *Pennsylvania* hukuku çerçevesinde fiilin meydana geldiği yer hukukunun uygulanması açısından bir sorun teşkil etmemiştir. Ancak vasi aile açısından uygulanacak olan hukuk manevi zararın meydana geldiği yer olan *New Jersey'dir*. Öte yandan *Pennsylvania* hukuku uyarınca manevi zararın telafi edilmesi, söz konusu olay açısından uygun görülmemektedir. O halde mahkeme taraf menfaatlerinin daha iyi bir şekilde tesis edilmesi amacıyla *PV*. açısından *Pennsylvania* hukukunu, aile açısında ise *New Jersey* hukukunu uygulayarak, aynı olayda farklı hukuk sistemlerini ele almış ve böylece sözleşmeler alanında daha çok görülen *depeçage* kuralını uygulamıştır[434].

4.3.3. Çeşitli Bağlama Noktalarına Göre Uygulanacak Hukukun Tayini

Amerikan mahkemelerinde "*en önemli ilişki*" sözcüğünün sık sık yeniden biçimlendirmeye gönderme eşliğinde dâhil edilmesi, modern hukuk davaları bakımından oldukça yaygındır. Aslında bugün daha fazla devlet, herhangi bir diğer hukuk seçimi yaklaşımından ziyade "*en önemli ilişkiye*" bağlı kalmakta ısrar ederler. Bununla birlikte, mahkemelerin verdikleri kararlar, devletlerin söz konusu yasama politkalarından uzaktır. Amerikan mahkemelerinde sadece birkaç eyalet mahkemesi, önceki paragraflarda

[434] Benzer yönde karar için bkz. Supreme Court of Illinois, Jacob Townsend et al., Appellees, v. Sears, Roebuck And Company, Appellant, No. 103858, Decided: November 29, 2007. Case Law, <http://caselaw.findlaw.com/il-supreme-court/1484463.html>, Erişim Tarihi: 11.9.2017.

belirtildiği gibi *Rest*. kapsamında belirtilen yasama metodunu kullanmıştır[435]. Bu çerçevede, haksız fiil ile ilgili paragraf 145 ile sözleşmeye bakar ve hangi devletin "*en önemli ilişki*" analizi kullandığını belirler. Bu mahkemelerde temelde nicel anliz yöntemi değil; bir nitel analiz istihdam edilmektedir. Bazı eyalet mahkemeleri "*en önemli ilişki*" ya da "*en önemli konrol*" yaklaşımını uyguladıklarını ancak *Rest*. kurallarını herhangi bir biçimde kullanmadığını belirtmişlerdir[436].

Daha önce de belirttiğimiz gibi Amerikan mahkemelerinin söz konusu uygulamasında hayat olayından kaynaklanan çeşitli bağlama noktalarının uygulanması etkili olmuştur. Söz konusu irtibatlar Amerikan mahkemelerinin vermiş oldukları kararlar ışığında, bağlama noktaları *Rest*. 145/2 kapsamında düzenlemiştir. Bu bağlama noktaları paragraf 6'da belirtilen genel ilkeler ile birlikte uygulanacaktır. En baştan belirtmek gereki ki, bu bölümde belirtilen bağlama noktalarının uygulanması sırasında tarafların her ikisinin de haksız fiile ilişkin meydana gelen olayda bağlama noktaları aynı yer olmalıdır. Örneğin, hâkim paragraf 6'da yer alan politikaları değerlendirirken eğer ki tarafların her ikisinin de mutat meskeni, ortak vatandaşlıkları aynı ülke ise o halde en sıkı irtibatlı hukuk o ülke olarak tayin edilecektir.

4.3.3.1. Tarafların Mutat Meskenleri Hukuku, İkametgahları ve Müşterek Vatandaşlıkları Hukuku

Daha önce de belirttiğimiz gibi, paragraf 145'te belirtilen bağlama noktaları, doğrudan ve tek başlarına bir hüküm ifade etmezler. Söz konusu bağlama noktaları paragraf 6'da belirtilen ilkelerin bir uzantısı olarak hüküm ifade edeceklerdir. Bu nedenle de aynı şekilde tarafların müşterek milli hukuklarının bulunması veya müşterek mutat meskenlerinin varlığı, *Rest. II* genel ilkeleri ile bir araya gelmesi durumunda taraflar ile nitelik olarak en sıkı ilişkili hukuk testinde başarıyla uygulanması durumunda uygulama alanı bulacaktır.

Tarafların müşterek milli hukukları ile müşterek mutat meskenleri hukukunun haksız fiiller alanında olaya doğrudan ve her koşulda uygulanması hususu Amerikan

[435] Felix/Whitten, 2011, a.g.k, 395.

[436] Court of Appeals of Kentucky, June 9, 1972, Carole FOSTER, Administratrix of the Estate of Helen Louise Stringer, Deceased, Appellant v. John I. LEGGETT. Harward Law Review, <https://h2o.law.harvard.edu/collages/4019>, Erişim Tarihi: 14.09.2017. İlgili kararda Kentucky mahkemesi taraflar arasında öncesinde var olan sözleşme ilişkisinde uygulanan hukukun, en sıkı ilişkili olarak haksız fiiller bakımından uygulanmasında herhangi bir mahsur olmadığını belirtmiştir.

doktrininde kabul edilmemiştir. Zira Amerikan doktrininde yer alan görüşler incelendiğinde görülecektir ki, tarafların şahsi hukukları ile bağlantılı olan aile, miras, velayet ve kişiler hukuku alanında ahkâm-ı şahsiye kuralları olarak ortak vatandaşlık, ikametgâh ve ortak mutat mesken bağlama noktasının doğrudan uygulanmasında bir mahsur yok iken, haksız fiiller konusunda doğrudan uygulanması sakıncalıdır[437]. Haksız fiiller alanında ika yeri ve zarar yeri bağlama noktalarının uygulanması dâhi bağlama noktalarının tesadüfî olması eleştirisi ile karşılaşmışken, haksız fiil sonucunda tarafların ortak ikametgâh ve mutat meskenlerinin veya vatandaşlıklarının da tesadüfî olmadığını söylemek mümkün değildir. İş bu nedenle doğrudan veya nicelik hesaplaması doğrultusunda haksız fiil sonucunda uygulanacak olan hukukun tarafların mutat mesken, ikametgâh ve vatandaşlıklarının aynı olduğu devletlere bağlanması kuralı kabul edilmemiştir[438].

Amerikan hukukçularının tarafların mutat mesken, ikametgâh ve vatandaşlık bağlama noktalarının tek başına olmamak kaydıyla, diğer bağlama noktaları ve genel ilkeler ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği hem *Rest*. gerekçesinde hem de doktrinde dile getirilmiştir[439]. Özellikle ika yeri ve zarar yeri veya mahkemenin bulunduğu devlet ile tarafların müşterek mutat mesken, ikametgâh ve vatandaşlık bağlama noktalarının birleşmesi durumunda taraflar ile haksız fiil arasında en yakın irtibat noktasının tesis edileceği savunulmuştur. Federal Almanya, Benelux ülkelerinde[440] genelllikle kabul edilen bu kaide, sınırlı da olsa Amerikan hukukçuları tarafından da kabul edilmiştir[441]. Buna göre ika yeri ve zarar yeri bağlama kurallarının eleştirilmesindeki temel neden olan tesadüfî meydana gelme durumunun aşılması ve tarafların hiç bilmedikleri hukukun uygulanmasındansa, en iyi bildikleri hukukun haksız fiile tatbikinin tesis edilmesi, en sıkı irtibatlı hukukun uygulanmasını mümkün kılmaktadır. İkinci olarak, ika yeri ve zarar yeri kurallarının sağlamış olduğu sert, mekanik ve her durumda uygulanma sağlayan bağlama noktası kriteri müşterek mutat mesken, ikametgâh ve vatandaşlık bağlama noktalarının uygulanması ile esnetilmektedir. Zira böylece taraflar ile doğrudan irtibat sağlanmakta, hâkim açısından da en sıkı irtibatlı hukuk uygulamasının yapılmasını zaruri kılmaktadır.

[437] Doktrindeki görüşler için bkz. Morse, 1984, a.g.k., s. 232.
[438] Morse, 1984, a.g.k., s. 233.
[439] Morse, 1984, a.g.k., s. 233.
[440] Ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, 1989, a.g.k., s. 221.
[441] Morse, 1984, a.g.k., s. 234.

Bütün bu anlatılanlar sonrasında paragraf 6'daki genel ilkeler ile birlikte, örneğin iki Amerikan vatandaşının Kanada'da meydana gelen trafik kazası sonrasında Amerikan hukukunun uygulanması; yine biri Kanada, diğeri Avusturalya'da ikamet eden iki Amerikan vatandaşının Meksika'da meydana gelen haksız fiil sonrasında Amerikan hukukunun uygulanması paragraf 145/2 ile kabul edilebilmektedir.

Ancak özellikle son yıllarda Amerikan mahkemelerinde verilen kararlarda, haksız fiillere ilişkin uygulanacak olan hukuk tespit edilirken tarafların ikametgâhlarına mahkemelerin özel önem verdikleri görülmektedir[442]. *New Jersey* Yüksek Mahkemesinde görülen davanın konusu şu şekildedir[443]: *New Jersey* eyalet sakinleri olan davacılar *Tamar Ginsberg ve Ari Ginsberg, Tamar'ın* hamileliği sırasında ve kızları *Abigail Ginsberg'in* doğumundan önce davalı *New York* merkezli bir tıbbi test şirketi olan *Quest Diagnostics Incorporated (Quest),* davacı annenin *Tay-Sachs*[444] test sonucunu yanlış vermiştir. Bebek *Abigail* üç yaşındayken genetik olarak kalıtımla tedavi edilemeyen bir nörolojik bozukluk olan *Tay-Sachs* hastalığından hayatını kaybetmiştir. Bunun üzerine aile, *Quest Diagnostics Incorporated (Quest)* şirketinin sahibi olduğu ve işlettiği *New York* laboratuvarına dava açarak, laboratuvarın doğru test sonucu vermediğini belirtmiştir. *Quest, sırasıyla Ari Ginsberg'in* kan örneğini test ettiğini belirttiği *New York* hastanesi *Mount Sinai Medical Center'ı* ihmal nedeniyle davaya taraf olarak öne sürmüştür.

---

[442] Yorum için bkz. Symeon C. Symeonides (2017), Choice of Law in the American Courts in 2016: Thirtieth Annual Survey, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 65, s. 34.

[443] *Supreme Court of New Jersey Ginsberg v. Quest Diagnostics, Incorporated (A-33/34/53-15), (076288), Argued September 13, 2016 -- Decided October 26, 2016. Justia Law Case:* <http://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/2016/a-33-34.html>, Erişim Tarihi: 21.09.2017.

[444] Tay-Sachs Hastalığı; Mr Bulguları: Serkan Gür/ Bünyamin Güney/ Celal Çınar/ Recep Savaş Olgu (2003), Tay-Sachs Dısease; Mr Demonstratıon: A C, *Ege Üniversitesi, Tıp Dergisi C. 42, S. 3,* 189-192. "*Tay-Sachs hastalığı nadir görülen sfingolipid metabolizma bozukluğudur. Heksozaminidaz A enzim eksikliği sonucu gelişen metabolik duraksama ile GM2 gangliozidler beyin dokusunda anormal birikime uğrarlar. Sonuçta nöronal hücre kaybı ve beyaz cevherde dejenerasyon gelişir; biriken lipid yıkım ürünleri serebral atrofiye neden olur. Bu olgu sunumunda 28 aylık kız bebekte görülen hastalığın klinik bulgularının yanında eşlik eden manyetik rezonans görüntüleme (MRG) bulguları sunulmaktadır. Yaş dönemi olarak evre 3'e uyan olgumuzda literatürde daha önce tanımlanmış olan evre1-2'ye ait bulguların da izlenmesi dikkat çekicidir.*

Hastalık ebeveynlerinin genlerine bağlı olarak cocuk doğduktan en geç 5 ay icinde ortaya çıkmakta ve cocuklar ortalama 4, en fazla 5 sene yaşamaktadır. Bu sürede çocuk zamanla görme ve işitme bozukluğu yaşar ve yutkunamaz hale gelir. Çocukların gözlerinin etrafında oluşan kırmızı noktalar hastalığın habercisidir. Hastalık olabilmesi için ebeveynlerinin her ikisinin de taşıyıcı olması gereklidir. Ancak bu hastalığın taşıyıcısı olup olunmadığı basit bir kan testiyle ortaya çıkarılabilmektedir."

Davacılar, davalının haksız nedenlerle tıbbi verileri gizlediği, ihmal sonucu duygusal zarara sebebiyet verildiğini belirtmişlerdir. Öte yandan davalının tıbbi verileri zamanında ve gerçek vermesi durumunda, *New York ve New Jersey* kanunları uyarınca kabul edilen bir durum olan erken teşhiş ile hamileliği sonlandırma imkânının kaybedildiği bu durumun da anne sağlığı açısından yine zarara sebebiye verdiğini iddia etmişlerdir.

Mahkeme haksız fiil olarak nitelendirdiği olayda haksız fiilin meydana geldiği yeri *New York,* ancak zarar yerini ise *New Jersey* olarak berlitmiştir. Böylece dava mahkemesi, *New York ve New Jersey* kanunları arasında gerçek bir çatışma olduğunu belirlemiştir. İkinci olarak mahkeme, zararın meydana geldiği yer olan *New Jersey* eyalet yasasının *Rest. 145 ve 146* uyarınca davayı idare edeceğini; üçüncüsü, mahkeme paragraf 145'in esaslı olarak ve paragraf 6'da verilen genel ilkeler ışığında davayı idare etmesini ve zarar yeri olarak *New Jersey*; ancak fiil yeri olarak da *New York'un* bulunduğunu tespit etmiştir. Öte yandan mahkeme tüm bu irtibatların değerlendirilmesi sonucunda *Tamar'ın* gebelik sırasında ikametgâhı, *Abigail Ginsberg'in* doğduğu ülke ve nihayet doğum öncesi kontrollerin esaslı olarak yürütüldüğü devlet olan *New Jersey* eyalet hukukunun esas olarak uygulanması gerektiğine değinerek karar vermiştir.

Bu kararda da görüldüğü üzere Amerikan mahkemeleri her olaya özgü irtibat noktalarının durumuna ve niteliğine göre bir değerlendirme yapmaktadır. Ancak son karar dikkatli incelendiğinde mahkemenin eski kararlarında çok fazla dikkate almadığı bir ikametgâh bağlama noktasında bu kararında doğrudan dikkate aldığıdır. Uygulanacak hukuk tespit edilirken doğrudan esas alınan bağlama noktası ikametgâh bağlama noktası olmuştur. Bu nedenle daha önce belirttiğimiz üzere ikametgâh bağlama noktası ile vatandaşlık ve mutat mesken bağlama noktaları, doğrudan olmasa da, hayat olayının özellikleri çerçevesinde her zaman dikkate alınacak, en sıkı irtibatın tespit edilmesinde hayat olayı ve taraflar bakımından uygulanacaktır.

4.3.3.2. Şirketin Kuruluş ve İşletme Merkezi

Haksız fiile konu teşkil eden fiilin veya işlemin bir şirket veya şirketin şubesi, ofisi vb. işletme merkezleri tarafından meydana gelmesi mümkündür. Böyle olmasa dahi, haksız fiilin meydana geldiği yer, zararın meydana geldiği yer ile diğer bağlama noktalarının bir araya gelmesi, haksız fiile ait tüm unsurların nicelik veya nitelik olarak en sıkı ilişkili olarak bir hukuku göstermesi durumunda *Rest. II* paragraf 145, bir bağlama

noktası olarak şirketlerin ve işletme merkezlerinin kuruluş yerlerini veya şubelerinin bulunduğu yer hukukunun uygulanmasını da dikkate almıştır[445].

Amerikan mahkeme kararlarına baktığımızda bu konuda açılan çok sayıda dava olduğunu görmekteyiz. İlk olarak *Greeson v. Hubbard Manufactoring Co*. davasında[446], davacı olan *Greeson* mirasçıları *Illinois'de Hubbard Manufactoring Co*. elektrik şirketinin ücretli işçisi olarak çalışmakta olan *Greeson* çalışmakta olduğu sırada elektrik akımına kapılmış ve hayatını kaybetmiştir. *Indiana'da* ikamet eden mirasçılar, şirketin merkezinin *Indiana'da* olduğunu, ölen *Greeson'un* da daimi ikametgâhının *Indiana'da* bulunduğunu, bu nedenle davaya Indiana hukukunun uygulanmasını talep etmişlerdir. Mahkeme de bu yönde bir karar vermiş, ancak *Indiana Yüksek Mahkemesi* kararı bozmuştur. Yüksek Mahkemenin kararına göre davacı ikametgâhı ile davalının şirket merkezi her ne kadar *Indiana'da* bulunuyor olsa da şirketin işletme yeri *Illinois'tir* ve haksız fiil de *Illinois'te* meydana gelmiştir. Şu hâlde mahkeme tüm irtibatları bir arada değerlendirmek suretiyle haksız fiilin meydana geldiği yer ile şirketin işletme yeri olan bağlama noktalarını bir arada ele almış ve nihayetinde bunların birleşimi olan devlet *Illinois* hukukunun uygulanmasına karar vermiştir.

Kural uygulama bu yönde olmakla birlikte ticari işlerden veya şirketin merkez ya da şubesinin bulunduğu yerin hukukunun haksız fiil ilişkisine uygulanması, taraflar arasında sözleşme ilişkisi olması durumunda iş sözleşmelerine uygulanacak olan hukuku gündeme getirmiştir[447]. Bu durumda Amerikan doktrininde farklı görüşler dile getirilmiş[448]; çoğunluklu olarak ise hâkimin yapacağı değerlendirme sonunda, iş ilişkisinin ağırlıklı olduğu konularda iş hukukundan dayanaklı, iş sözleşmesinden kaynaklı tazminatın söz konusu olacağını, ancak, meydana gelen zararın hukukî temelinin haksız fiil kaynaklı olarak belirtilmesi durumunda haksız fiilden kaynaklanan kanunlar ihtilâfı kurallarının gündeme gelmesi gerektiği milletlerarası özel hukuk menfaati

---

[445] Keith H. Beyler (2012), Illinois Venue Reform: Not Tort Reform Rants, *Loyola University Chicago Law Journal (Loy. U. Chi. L.J.*), I. 757, p. 832; Chilenye Nwapi (2013), Tort Choice of Law and International Fundamental Norms: A Case Study of Canada and the United States, *Afe Babalola University: Journal of Sustainable Development Law and Polg Vol. 1 Iss. 1*, p. 55.

[446] *Hubbard Manufacturıng Co., Inc., Appellant (Defendant below), v. Elizabeth Greeson, As Administratrix of the Estate of Donald F. Greeson, Deceased, Appellee (Plaintiff below). Supreme Court of Indian, 515 N.E.2d 1071 (1987). No. 68S01-8712-CV-1109.* Justia Law Case, <*http://law.justia.com/cases/ indiana/supreme-court/1987/68s01-8712-cv-1109-2.html*>, Erişim Tarihi: 20.09.2017.

[447] Beyler, 2012, a.g.k., p. 56.

[448] Görüşler için bkz. Beyler, 2012, a.g.k., p. 56.

açısından değerlendirilmiştir[449]. Amerikan mahkemelerinde verilen eski tarihli bir kararda[450] taraflar arasında iş ilişkisi olması ve bu iş ilişkisinin ifası sırasında bir haksız fiilin meydana gelmesi durumunda, uygulanacak hukukun iş ilişkisi ile haksız fiil ilişkisinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda tespit edilmesi gerektiğini bildirmiştir[451].

4.3.4. En Yakın İrtibata Haiz Hukuk Olarak Haksız Fiilden Önceki Hukukî İlişkilerin Ağırlık Merkezi

En sıkı irtibatlı hukuk anlayışı metolojik olarak meydana gelen hayat olayı ile birlikte tüm irtibat noktalarının derlenmesini amaçlar. Derlenen bu irtibat noktalarının, hayat olayı ile birlikte nitelik olarak değerlendirilmesini yapacak hâkim nihai şekilde taraflar arasında daha önce var olan bir hukukî ilişkinin varlığı ile haksız fiil arasında doğrudan bir bağlantı olması durumunda en sıkı irtibatlı hukuk yaklaşımı olarak, taraflar arasındaki önceden var olan hukukî ilişkiye uygulacanak olan hukukî tercih edebilir. Ancak takdir edileceği üzere bu durum her halde olacak bir kaide olmayıp, haksız fiil ile taraflar arasında daha önce meydana gelen bir hukukî ilişkinin varlığı arasında bir bağlantı olması veya haksız fiil bağlama noktasının taraflar ile doğrudan bir ilişkisi olmaması hallerinde uygulanmaktadır[452].

Taraflar arasında var olan hukukî ilişki ile haksız fiil olayının birlikte uygulanması hakkında Amerikan mahkemelerinde verilmiş olan karar yok denecek kadar azdır. Amerikan mahkemelerinde eski tarihli verilen kararlarda haksız fiilin, haksız fiilden önce hukukî ilişkinin meydana geldiği bir yerde işlenmesi sonucunda mahkeme irtibat noktalarısının ika yeri kuralı ile birlikte, geçmişte var olan hukukî ilişkinin aynı yerde olmasının bir bileşimi olarak haksız fiilin meydana geldiği yerin hukukunu olaya tatbik etmiştir[453].

---

[449] Turhan, 1989, a.g.k., s. 283.

[450] Olayda *New Jersey*'de ikamet eden taraflar arasında araç kiralama sözleşmesi sonucunda, kiralayanın aracında hasar meydana gelmesi sonrasında, kiralayan tazminat talebiyle mahkemeye başvurmuş, mahkemede taraflar arasındaki ilişkinin temel kaynağının iş ilişkisi olması nedeniyle iş ilişkisinden kaynaklanan kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulamıştır, *Young v. Masci, United States Supreme Court, (1933) No. 643 Argued: March 24, 1933 Decided: April 24, 1933.* Case Law, <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/289/253.html>, Erişim Tarihi: 20.09.2017.

[451] Turhan, 1989, a.g.k., s. 282.

[452] Felix/Whitten, 2011, a.g.k, 395.

[453] Söz konusu karar *Cipolla v. Shaposka* kararıdır. Buna göre *Deleware'de* meydana gelen trafik kazası trafik kazasında hatır yolcusu olarak seyahat etmekte olan *Cipolla,* daimî olarak *Pennsylvaia'da* ikamet etmektedir. *Pennsylvaia* yasalarına göre hatır yolcusunun haksız fiil sonrasında tazminat alma hakkı bakidir. Ancak kazanın meydana geldiği *Delaware* kanunları bu duruma izin vermemektedir. Hâkim tarafların farklı ülkelerde ikamet ettiğini, mutat mesken ve yaşamlarını farklı ülkelerde meydana sürdüğünü,

Taraflar arasında geçmişte var olan hukukî ilişkinin haksız fiil sonucu meydana gelen hukukî ilişkiye tatbil edilmesine dair verilen önemli bir diğer karar da *Dym v. Gordon* karardır[454]. Karara göre taraflar *Colorado'da* bir trafik kazası geçirmiş, daha sonrasında ise hatır yolcusu olan *Dym, New York* mahkemelerinde haksız fiilden kaynaklanan ve sürücünün kusurlu sorumluluğu esasına dayanan tazminat talebini belirtmiştir. Taraflar olayın meydana geldiği *Colorado'da* geçici olarak ikamet etmektedir. Zira, o sırada *Colorado'da* var olan bir yaz kursuna katılmaktadırlar. Tarafların her ikisinin de daimî ikametgâhları olan devlet ise *New York* eyaleti olup, *New York* kanunlarına göre hatır yolcusunun manevi tazminat talebi hakkı olduğu kabul edilmiştir. Ancak mahkeme, kararın verildiği tarih itibariyle ilginç bir gerekçe tarafların müşterek ikametgâhlarının bulunduğu ve taraflar ile daha sıkı ilişkili olan *New York* kanunlarını uygulamamış; tarafların seyahat kararını aldıkları, eğer ki kaza meydana gelmese idi geri dönerek eğitimlerine devam edecekleri ve nihayet bir süredir bulunmaları itibariyle esasıyla geçici sayılsa da tesadüfî olarak kabul edilemeyecek yer olan, haksız fiilin meydana geldiği yeri *Colorado* hukukunu uygulamak suretiyle, hatır yolcusunun tazminat talebini reddetmiştir[455]. Mahkeme kararının gerekçesinde ünlü *Bobcock v. Jackson* kararına atıf yaparak gerekçelendirmiştir. Mahkemeye göre haksız fiile zemin hazırlayan, tesadüfî olmayan, sonucunda da haksız fiilin meydana geldiği yer olan *Colorado* esasında seyahat kararının verildiği ülke olması nedeniyle taraflar arasında geçmişte var olan bir hukukî ilişkiye kaynaklık etmektedir. *Bobcock v. Jackson* kararının aksine burada haksız fiilin meydana geldiği yer tesadüfî değil, tarafların geçici olarak ikamet ettikleri yerdir. Bu nedenle de olay ve taraflar ile bağlantılı olması nedeniyle en sıkı irtibatlı hukuk *Colorado* hukukudur.

---

ancak kazanın Delaware'de meydana geldiğini ve seyahate çıkma kararı ile hatır yolcusu olma kararının Delaware'de verildiğini belirterek olaya ika yeri kuralı ile tarafların haksız fiile yol açan iradelerinin meydana geldiği yer hukukunun birleştiği yeri olaya tatbik etmiştir. *Cipolla v. Shaposka*, *47 Pa. D. & C. 2d 176 (1969), Jr. Common Pleas Court of Delaware County, Pennsylvania. April 7, 1969*, Leagle Law Site, <http://www.leagle.com/decision/196922347PaDampC2d176_1187/CIPOLLA%20v.%20SHAPOSKA,%20JR>. Erişim Tarihi: 07.09.2017, Turhan, 1989, a.g.k., s. 81.

[454] *Rhoda Dym, Appellant, et al., Plaintiff, v. Morris Gordon, Respondent, Court of Appeals of the State of New York. 16 N.Y.2d 120 (1965), Argued March 11, 1965, Decided July 9, 1965. <https://www.leagle.com/decision/196513616ny2d1201123>, Erişim Tarihi: 14.09.2017.*

[455] Kararın ayrıntısı ve değerlendirilmesi için bkz. Morse, 1984, a.g.k., s. 232.

5. REST. II § 145'DE YER ALMAYAN KAVRAM: HUKUK SEÇİMİ VE DİĞER ANGLOSAKSON ÜLKELERİNDE DURUM

Amerikan hukukunda meydana gelen son gelişmeler ve özellikle İngiliz hukuk sisteminin etkinliğinin yansımaları sonrasında, haksız fiiller alanında tarafların neden hukuk seçimi hakkına sahip olmadığı sorunu gündeme gelmiştir[456]. Her ne kadar İngiliz milletlerarası özel hukuku[457] sisteminde haksız fiiller bakımından hukuk seçiminin, kanunlar ihtilâfının en karmaşık meselelerinden biri olduğu savunulmuş olsa da Amerikan hukukçuları ve mahkeme kararları pek çok yönden haksız fiiller alanında hukuk seçiminin artı ve eksi yönleri üzerinde çalışmalar yapmakta, farklı görüşler ileri sürmektedirler[458]. Amerikan hukukunda haksız fiiller alanında hâkimin hukuk düzeninde genel olarak yabancı unsurlu hukukî ilişki ve olayda tatbik edilecek hukuk düzenini gösteren bağlama kurallarının bulunmaması hali mümkündür. Nitekim Amerikan hukukunda gerek federal düzeyde gerekse de federe devletlerin kendilerini bağlayıcı nitelikte bir milletlerarası özel hukuk kuralları bulunmamaktadır[459]. Bu konuda tek istisna *Louisiana Milletlerarası Özel Hukuk* Kurallarıdır. Bilindiği üzere *Anglosakson* hukuk sisteminin egemen olduğu Amerikan hukukunda, *Kıt'a Avrupası* hukuk sisteminin uygulandığı tek ülke *Louisiana'dır*[460].

Amerikan doktrininde bu konuya ilişkin mesafeli yaklaşanların temel gerekçesi tamamen tesadüf ve şansa bağlı bir durum olan haksız fiillerin, bu öngörülemez durum

---

[456] A. Reed (2001), The Anglo-American Revolution In Tort Choice of Law Principles: Paradigm Shift Or Pandora's Box?, *Arizona Journal of International and Comparative Law Vol. 18, No. 3*, s. 868; Reed, Allen (2001), *The Anglo-American Perspectives of Private International Law*, The Edwin Mallen Press, s. 352.

[457] İngiliz MÖH için Bkz. Altıparmak, A. Kübra (2017), İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, s. 45 vd.

[458] Friedrich K. Juenger (1984), Conflict of Laws: A Critique Of Interest Analysis, *Am. J. Com. L. Vol. 32 I. 1*, s. 44. Hatta yazar "*the mountains labored mightily only to give birth to a mouse*." ifadesini kullanarak, "*Dağlar fare yaratmak için çok çalışıyor*" demiş ve Amerikan hukukçuları arasında yaygın olan kanaati dile getirmiştir.

[459] Bilindiği üzere *Rest., ALI* tarafından kabul edilmiş, yarı resmi kodlar olup, hâkimi her durumda bağlayıcı değildir.

[460] Bu ülkenin de milletlerarası özel hukuk kuralı barındırmasının temel sebebi *Kıt'a Avrupası* hukukunun etkisidir. Bu kanun kapsamında pek çok soruna özel kurallar kabul edilmiştir. Örneğin, anılan kanuna göre satın alınan üründen kaynaklanan zararın tazmini hakkında, zarar görenin ikametgâhının bulunduğu veya ürünün imal edildiği yer hukuku yahut ürünün piyasaya gönderildiği yerin bu eyalet olması halinde *Louisiana* kanunları uygulanacaktır (m. 3545). Ayrıntılı bilgi için bkz. Symeon C. Symeonides (1993), Private International Law Codification in a Mixed Jurisdiction: The Louisiana Experience, *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, *Vol. 57. Is. 3,* s. 460-507; François Rigau (2000), Codification of Private International Law: Pros and Cons, *Lou. L. Rev. Vol. 60, Is. 4*, s. 1321-1330; Friedrich K. Juenger (2000), The Lex Mercatoria and Private International Law, *Lou. L. Rev. Vol. 60, Is. 4*, s. 1133-1150.

için, hukukî kesinlik ve güvenlik ile öngörülebilirlik amacıyla kabul edilen hukuk seçimi kavramının ne şekilde sağlıklı olarak uygulanacağı noktasındaki tereddütlerdir[461]. Bunun yanında haksız fiiller alanında tereddüdün bir diğer nedeni, hukuk seçiminin taraf menfaati ve en sıkı irtibata haiz hukuk anlayışını sağlamadaki zorluğudur. Zira hukuk seçimine atıfta bulunulduğunda, çok aşamalı durumlarda sistemik ve işlevsel endişeleri kolaylaştıracak *forum* politikaları arasında bir seçim yapılmasını gerekir. Bir politika seçim sürecinin gerekliliğine ve aynı zamanda hangi tarafın, hangi haklara hâkim olacağına karar vermenin, nihayet sözleşme tarafları arasındaki menfaatin sağlanmasındaki zorluk, hukuk seçimine güvenmenin ne derece doğru olduğu yönünde izlenim meydana getirmiştir[462].

Amerikan hukukunda haksız fiiller dışında genel olarak hukuk seçimine ilişkin hukukî görüşler dışında, ilginç söylemler de dile getirilmiştir. Buna göre hukuk seçiminin asıl özü, yasaların dogmatik yapılarını kırmak, ülkelerin ve hâkimlerin her durumda *lex forist* yaklaşımlarının önüne geçmeyi temin etmektir. Hukuk seçiminin hemen her alanda kabul edilmesinin gerekliliği vurgulanırken, sadece sözleşmeler veya haksız fiiller değil; hukukun hemen her alanında tarafların seçim yapmasını temin etmek, devletlerin egemenlik haklarının bir ihlali olarak yorumlanmamalıdır. Yazarların temin etmek istediği tek bir yöntem, teori veya ideoloji değil[463]; ancak gerçek tarafsızlığı yansıtan birleşik, farklı hukuk ailelerine ait hukuk sistemlerine izin vermeyi, nihayet hukuk seçimi üzerine doktrinler ve yöntemler üretmek için kültürler arası iş birliği sağlayarak,

[461] İleride Avrupa Birliği hukukuna dair incelemelerimizde ayrıntılı olarak ele alacağımız Roma II Tüzüğünün yapım sürecine İngiliz hukuk sistemi ile alakalı olarak kısaca giriş yapmak istiyoruz. İngiliz yargısı 1980'lerin başında bütün genel yükümlülükleri ele almak ve böylece şematik uyumlaştırmayı sağlayan bir Avrupa Topluluğu Sözleşmesi olmasını umuyordu. 1980 Tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesinin yapımı esnasında bu durum gündeme gelmiş nihayet, 1972 Taslağının 10. Maddesi'ne de yansımıştır. Bununla birlikte, 1978'de Uzmanlar Komitesi geleneksel söylem olarak hukuk seçiminin, sözleşmelerle sınırlandırılmasına karar verdi. Bu nedenle hukuk seçimine ilişkin kararlar gecikerek alınmıştır. Reed, 2001, a.g.k., s. 869.

[462] Özünde, *for* mahkemesi, kanun seçimini etkilemek için pratik, maddi ve sistemik değerleri tasdik eder. Hukuk seçiminin amacı, başka bir yerin rekabet kuralına aykırı bir temel kural seçmek için anlaşılır ve ilkeli bir temel sağlamaktır. Hukuk seçimi ile kapsamlı olarak farklı alanlarda hukukun uygulanması makul karşılanır ve rekabetçi hukuklar arasında birinin diğerlerinin yerine ve tümü için uygulanmasını esas alır. *Cardozo*, bu kanun seçimini "*hukuk biliminin en şaşkın konulardan biri*" olarak tanımlar. Harold G. Maier (1991), Baseball And Chicken Salad: A Realistic Look At Choice of Law, *Vand. L. Rev., Vol. 44*, 840-841.

[463] Muir, Watt (2003), Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets: A Matter of Political Economy, *Columbia Journal of European Law Vol. 383*, s. 406.

milletlerarası karar ahenginin eşgüdüm çerçevesi derinleştirerek, küresel hukuk barışının sağlanmasıdır[464].

Anglo-Amerikan hukuk felsefesi, uzun süredir çeşitli hukuk sistemlerinin Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanabilirliğini test etmek amacıyla fikirler yürütmektedir. Amerikan mahkemelerinin genel olarak *lex fori* ve *lex loci delicti commissi'yi* ya da her iki perspektifin özelliklerini de içeren bir yaklaşım içinde kanunlar ihtilâfı meselelerini hallettiği görülmektedir[465] [466]. Bununla birlikte, genel ve alışılagelmiş kuralların uygulanması mahkemelerin taraf ve devlet menfaatine ait olan prensiplerin genel olarak sağlanamadığı eleştirisi nedeniyle memnuniyetsizlik meydana getirmektedir. Hâkimler, bu nedenle yaygın olarak tanımlanmış bağlama kuralları ile farklı haksız fiil olaylarını, farklı bağlama noktaları vasıtasıyla üretmişlerdir. Böylece Birleşik Devletlerin kanunlar ihtilâfına ilişkin hukuk devrimi kolaylaşmış ve devlet çıkar analizleri üretilmiştir[467]. Hâkimlerin bu analizi mahkemenin, kanunlar ihtilâfı hallerinde maddi hukuk kuralları ile ifade edilen politikalara odaklanmasını ve olgusal bir senaryoya uygulanan politikaların ilgili devlet çıkarlarını analiz etmesi nedeniyle daha kapsamlı bir mantık kullanılmasına sebebiyet vermiştir[468].

Temel kanunlar ihtilâfı yasaları ve politikaları ilgili hukukî politika ihtiyaçlarını ve düşüncelerini tahmin etmiştir. Uluslararası çok devletli vakıalar için hukuk seçiminin optimal belirlenmesi, kesin endişeler, istikrarlı karar doktrini ve taraflara belirlenen hukuka başvuru kolaylığı sağlama arasında bir denge kurmalıdır. Ancak, aynı zamanda, uygun bir şekilde tanımlanmış koşullarda sınırlı bir esneklik potansiyeline sahip olmalıdır[469]. Kuramsal ve metodolojik kaygılar, haksız fiillere ilişkin olayın, özün ve tekniğin farklılık arz etmesi nedeniyle hukuk seçiminin ne şekilde olacağı sorusu

---

[464] Roodt, 2007, a.g.k., s. 101.
[465] Friederich K Juenger (1993), *Choice of Law And Multistate Justice*; William A. Reppy, Jr. (1982), Eclecticism In Choice of Law: Hybrid Method or Mishmash? *Mercer L. Rev.* Vol. 34, s. 645.
[466] *Supreme Court of Michigan, Sutherland v. Kennington Truck Service, Ltd. 562 N.W.2d 466, 470:* "*Olayda iki farklı kanunlar ihtilâfı kuralı vardır. İlk devletin kuralı uygulandığında lex loci delicti kuralına uyma zorunluluğu getirirken, farklı eyaletlere ait özelliklerin değerlendirilmesini esas alan diğer devlet kuralı ise devlet politikalarının önemli bir farklılık getirmediği müddetçe hâkimin hukukunun uygulanmasını istemektedir.*" Case Law, http://caselaw.findlaw.com/mi-supreme-court/1290860.html, Erişim Tarihi: 11.04.2017.
[467] Dirk H. Bliesener (1994), Fairness Choice of Law: A Critique of the Political Rights-Based Approach to the Conflict of Laws, *Am. J. Com. L., Vol. 42*, s. 687.
[468] Reed, 2001, a.g.k., s. 870.
[469] Reed, 2001, a.g.k., s. 939.

karşımıza çıkar[470]. Teori ve uygulamanın nihai hedefi metoda ilişkin bağlantıları, disiplini biçimsel önyargılardan, sahte önermelerden ve "*değer-tarafsız*" yaklaşımın yoksulluğunu arttıran geleneksel karmaşıklıktan kurtarmaktır[471]. Hukuk seçiminde teorik ilkelerin ve yöntemin anlamı ülkelerin yasalarına bağımlılığını yansıtan, tatmin edici kararları garanti altına almak değildir. Tarafların her ne şekilde olursa olsun, istedikleri yabancı hukuka varmasını sağlamak amacıyla karmaşık hukuksal sistemlerden kurtarmaktır.

Amerikan hukukunda son dönemde genel haksız fiil kurallarında hukuk seçiminin kabul edilmesi noktasında bir kanaat olduğu birçok yazar tarafından dile getirilmiştir[472]. Bu noktada doktrin tarafından kabul edilen hukuk seçimi kuralları, uygulamada ortaya çıkan haksız fiil ihtilâflarının çoğunu kapsayacaktır[473]. Bu hukuk seçimi kuralları, mahkemelerin kanunlar ihtilâfına ilişkin davalardan esinlenerek ortaya koyduğu ve dolayısıyla farklı devletlerin kanunlar ihtilâfı hukukunu oluşturan örnek olarak sunulan sonuçlara dayanmaktadır[474]. Hukuk seçimi kuralları, Amerikan kanunlar ihtilâfı hukukunda bugün itibariyle yoksun olan haksız fiiller alanında hukuk seçiminin, "*kesinlik*" ve "*öngörülebilirlik*"[475] sağlamasına yardımcı olacak bir enstrüman olacaktır[476]. Bu konuda verilen mahkeme kararlarında da durum çokça tartışılmıştır. Ancak mahkemelerin her durumu gözeten açıklamalarında en sıkı irtibatlı hukuk

---

[470] Christa Roodt (2007), Reflections on Theory, Doctrine and Method in Choice of Law, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 40, No. 1,* s. 101.
[471] Roodt, 2007, a.g.k., s. 101.
[472] Robert A. Sedler (2000), Choice of Law in Conflicts Torts Cases: A Third Restatement or Rules of Choice of Law?, *Indiana Law Journal Vol. 75, Is. 2 Art.15,* s. 616.
[473] Sedlar, 2000, a.g.k., s. 620.
[474] Symeon C. Symeonides (2006), *The American Choice of Law Revolution: Past, Present, Future*, Boston: The Hogue Academy of International Law, s. 90-91.
[475] Bu konuda sözleşmeler alanında, en sıkı irtibatlı hukuk anlayışının hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik açısından önem arz ettiği yönünde *"politika merkezli kanunlar ihtilâfı*" yaklaşımının savunucusu olan *Sedlar*'ın görüşleri önem arz etmektedir. *Sedlar*, devlet menfaatinin tahlili metoduna dayandığını ve buna göre politika belirlediğini kabul eder. *Sedlar*'a göre Rest. II her ne kadar tamamen bağımsız bir mahkeme kararına hizmet verecek şekilde dizayn edilmiş olsa da, hâkimlere en sıkı irtibata haiz hukuku bulma yükümlülüğü yüklediği için hâkimlerin tarafsız olmasının önünde engel olduğundan bahsetmiştir. *Rest. II* mahkemelerin yaratıcı karar vermelerine engel bir yapıdadır. *Sedlar*, tarafların hukuk seçimi yapmadıkları durumlarda ve politika olarak önem arz etmeyen ve güçlü bir politika arayışına gerek olmayan hallerde hâkimin bu güçlü politikayı değil, tarafların zımni iradeleri içinde saklı olan politikaların tespit edilmesinde menfaat olduğunu; güçlü politikaların olduğu durumlarda ise hâkimin devlet menfaatinin tahlili metodu ile uygulanacak olan hukuku tespit edeceğini belirtmiştir. Bkz. Robert A. Sedlar (1972), The Contracts Provision of The Restatement (Second): An Analysis and A Critique, *Colombia Law Rev. Vol. 72*, s. 279-328; Robert A. Sedlar (1981), Reflections on Conflict of Laws Methodology, *Hasting Law Journal, Vol. 32,* s. 1628-1643; Robert A. Sedlar (1983), Choice of Law in Michigan: Judicial Method and The Policy-Centered Conflict of Laws, *Wayne Law Rev. Vol. 29*, s. 1193-1983; Robert A. Sedlar (1997), A Real World Perspective on Choice of Law, *Mercer Law Rev*., *Vol. 48,* s. 781-821.
[476] Symeonides, 2006, a.g.k., s. 100.

yaklaşımını, belirli durumların meydana gelmesi bakımından hukuk seçimine tercih ettikleri görülmektedir[477].

5.1. Sedlar: Hukuk Seçimi Konusunda Gerçek Dünya Perspektifi

Amerikan hukukunda haksız fiillere ilişkin var olan hukuk seçimi tartışmaları hakkında pek çok çalışma ve mahkeme kararı mevcuttur. Bunlara aşağıda değinilecektir. Ancak özellikle son dönemde *Rest. II'nin* tüm tartışmalarında yer alan Amerikan hukukçusu *Sedlar'ın "Choice of Law in Conflicts Torts Cases: A Third Restatement or Rules of Choice of Law?"* isimli çalışmasında ortaya koyduğu genel prensipler ve kurallar son derece önem arz etmektedir. Yazar çalışmasında haksız fiillerin farklı türlerinde yeni bağlama kuralları önermekte veya hukuk seçimine ilişkin pek çok kural ve örneklem üzerinde durmaktadır. Yazarın tespitleri hukuk seçimi kuralları ile yalnızca geleneksel yaklaşımdan vazgeçmiş ve mahkemelerin önlerine gelen davalarda kararlarının açıklanmasından veya belirli seçimin uygulanmasından bağımsız olarak, bazı devletlerde kararlaştırılan davaların sonuçlarına dayanmaktadır[478].

Yazarın kaleme aldığı davalar incelendiğinde, uygulamada mahkemelerin, genellikle, uyuşmazlığın tarafı devletlerin politikalarına ve çıkarlarına veya taraflara adil davranmanın nedenlerini dikkate alarak hukuk seçimlerini ele aldığını; dolayısıyla sonuçların genellikle tarafların istekleri ile tutarlılık arz ettiğine inandıklarını ele almıştır. Ayrıca, mahkemelerin, haksız fiillerden kaynaklanan kanunlar ihtilâfına ilişkin uygulanacak hukuk sistemlerinde, farklı iç hukuk modellerinde oldukça tek düzeli çözümleri düzenlediği belirtilmektedir. Yazar hâkimlerin farklı kararlarını bir araya getirerek, ürettikleri "*çoğunluk*" ve "*azınlık*" görüşleri bir araya getirmiş ve ikna oldukları üzerinde on kural belirtmiştir[479].

---

[477] Bkz. *Arap Monetary Fund v. Hashim*, *Court of Appeals of Arizona, Division 1, Department E. Arab Monetary Fund, Plaintiff/Appellee, v. Jafar Hashim and Maryam Hashim, husband and wife, Defendants/Appellants. No. 1 CA-CV 07-0550*. Decided: August 12, 2008. Findlaw, <http://caselaw.findlaw.com/az-court-of-appeals/1238184.html>, Erişim Tarihi: 19.11.2017

[478] Sedlar, 2000, a.g.k., s. 620.

[479] Yazar çalışmasında son yirmi yılın deneyimi üzerine görüşlerini dile getirmiştir. Yazar, eski yıllarda özellikle sözleşmeler alanında hukuk seçimi hakkında yazdığı makalelerde elde ettiği ve temas ettiği görüşlerinin haklılığını, haksız fiiller alanında da teyit ettiğini belirtmiştir. Hukuk seçiminde kurallar, haksız fiilde de uygulamaya devam edecektir. Dolayısıyla, seçilen kuralların kesinliği ve öngörülebilirliği sağlamak için gerekli kriter ve tespitler geçmişten günümüze olmadığıydı. Her devlette en azından kesinlik ve öngörülebilirlik için kararlar öncesinde gelen fiili davalarda, mahkemelerin ulaştığı kararlar sonrasında ortaya çıkan sonuçların ilkeleştirilmesi sürecinin yaşanması gerekecektir. Zira bu durum kanunlar ihtilâfı hukukunun dinamik, değişken yapısına daha uygundur. Symeonides, 2006, a.g.k., s. 100.

Yazar kurallar hakkında açıklama yapmadan önce, hukuk seçimine ilişkin taraflara seçim hakkı tanındığı ülkelerin kurallarını incelediği ve "*gerçek dünya*" olarak isimlendirdiği, ülkelerdeki gözlem ve tespitlerini aktarmıştır[480]. İlk olarak, vurguladığı husus, Amerikan mahkemelerinde hâkimlerin haksız fiillere ilişkin hukuk seçiminde, kendisinden önce verilen kararlardan esinlendiklerini söylemektedir. Yazar, mahkemelerin kararlarının mantığından ziyade, belirli bir seçim/ seçim yaklaşımı benimsemek ve uygulamak yerine, pratikte ulaştığı sonuçlara her zaman çok daha fazla odaklandığını belirtmektedir[481]. Uygulamada mahkeme kararlarının incelenmesi mahkemelerin, açıkça takip ettiği belirli metodolojiye bakılmaksızın aynı gerçek-tez düzenini sunan davalarda genellikle aynı sonuçlara ulaştığını göstermektedir[482] [483]. Yazar incelediği tüm kararlar sonucunda, yapmış olduğu tespitleri belirli bir düzen içinde formüle etmiştir. Bu formülasyon içinde hem haksız fiillere ilişkin yeni bağlama kuralları önerileri yer almakta, hem de hukuk seçimine ilişkin tavsiyeler sunulmaktadır. Yazar bu durumu *ya üçüncü bir Restatement veya hukuk seçimi* kurallarının kabul edilmesini belirtmek suretiyle her durumda *Rest. II'nin* gözden geçirilmesini önermektedir[484]. Bu kurallardan, özellikle haksız fiillerin genel hükümleri hakkında geçerli olanları ele alıp inceleyeceğiz.

Kural Bir: Mahkeme ülkesinin vatandaşları, bir devlet sınırlarında haksız fiile maruz kalmış olurlarsa, mahkeme devletinin hukuku uygulanır[485]. Yazar önceki bir çok çalışmasında kural birdeki yaklaşımı, geleneksel yaklaşım olan *ika yeri kuralından*

---

[480] Sedlar, 2000, a.g.k., s. 620.

[481] İkinci olarak yazar, makalenin yazıldığı tarihten önceki on yıl içinde özellikle ABD içinde *Michigan* eyaletinde verilen kararlar sırasında "*gerçek dünyada*" yer aldığını, belirtmektedir. Bu katılım ile kanunlar ihtilâfı alanında çalışan avukatların ve akademisyenlerin tespitlerinin, görüş farklılıklarının nedenler-sonuçları arasında analizlerde bulunduğunu belirtmektedir. Avukatlar ve hâkimler öncelikle uygulanabilir kanunlar ihtilâfı örneklerine ve kendi ülkelerindeki karara ilişkin yasalara bakarlar. Uygulamanın içinde olan bu tarafların diğer eyalet mahkemelerinin kanunlar ihtilâfı kararlarıyla ilgileri genellikle tesadüftendir. Akademisyenler ise uygulamacıların aksine kanunlar ihtilâfına ilişkin kararların bütününe bakarlar. Akademisyenlerin, uygulayıcılar ile karşılaştırıldığında, akademik yorumcuların "*tutarsızlığı ve öngörülemezliği*" görme eğiliminde olmaları şaşırtıcı değildir. Sadler, 2000, a.g.k., s. 618.

[482] Patrick J. Borchers (1992) The Choice-of-Law Revolution: An Empirical Study, *Washington & Lee Law Rev. Vol. 49, Is. 357,* s. 383-384; Michael E. Solimine (1989) An Economic and EmpiricalAnalysis of Choice of Law, *Ge. L. Rev. Vol. 49,* s. 49- 71*;* Stewart E. Sterk (1994), The Marginal Relevance of Choice of Law Theory, *University of Pennsylvania. Law Review, Vol. 142, Is. 949*, s. 951.

[483] Yazar aynı zamanda bu yaklaşımın ve hukuk seçimine ilişkin tespitlerinin *Currie*'nin devlet menfaatinin tahlili metodu ile uyum arz ettiğini belirtmektedir. Yazarın bu tespitleri için bkz. Sedlar, 1972, a.g.k., s. 279-328; Sedlar, 1981, a.g.k., s. 1628; Sedlar, 1983, a.g.k., s. 1193.

[484] Sedlar, 2000, a.g.k., s. 630.

[485] Sedlar, 2000, a.g.k., s. 621.

vazgeçmiş ve halihazırda kural birde belirttiği bağlama kuralını kabul eden tüm devletler için *"evrensel"* bir kural olarak tanımlamaktadır[486]. Mahkeme kanunlarının davacının lehine olduğu yerlerde, davacı dava açacak ve tarafların seçimle ilgili sonucu tamamen öngörülebileceği şekilde davaya ilişkin hukuk seçimini kendileri bizzat yapmış olacaklardır. Zira bu durum hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik açısından en uygun ve tercih edilebilir yoldur[487].

Kural iki: Forum devletine bakılmaksızın hukuku gelişmiş olan ve zarar göreni koruyan devletten iki taraf, hukuku gelişmemiş ve zarar vereni koruyan bir devlette kazaya karıştığında, iyileştirme işlemine izin verilir.

Kural Üç: Hukukî olarak gelişmemiş bir devlette ikamet eden iki taraf, hukuku gelişmiş ve koruma sağlayan bir devlette kaza yapar ise mahkemelerin ikili olarak karar verdikleri görülmektedir. Bazı mahkemeler hukuken koruma sağlayan devletin hukukunu uygularken, bazı mahkemeler de en sıkı irtibat nedeniyle hukuken gelişmemiş ve koruma sağlamayan ülkenin hukukunu uygular.

Haksız fiil sonrasında tarafların kayıplarını telafi eden bir ülkenin hukukunun uygulandığı varsayıldığında, Amerikan mahkemelerinin her zaman bu hukuku uygulamadıkları görülmüştür. Zira mahkemeler her durumda kazanın sonuçları iyileşme imkânı veren ülkenin hukukunu uygulamakla tarafların gerçek bir çıkarı olduğunu düşünmemektedir. Çünkü kazanın sonuçları ve kurtarma işlemine izin verme ya da vermeme gibi tüm ihtimaller bakımından daha sıkı irtibatlı hukukun varlığı değerlendirilmelidir[488]. Zararın telafi edilmesi politikasını kabul etmeyen mahkeme hukukları, davalı taraf lehine veya tarafların gerçek çıkarlarının belirlenmesi hususunda kural uyguladıkları görülmektedir[489]. Buna karşılık, zarar görenin zararının telafi edilmesi

---

[486] Sedlar, 2000, a.g.k., s. 622.
[487] Sedlar, 2000, a.g.k., s. 621.
[488] Zararın meydana geldiği devletin kanunları, zararı meydana getiren fiile ilişkin bir politikayı düzenliyorsa, devletin bu yasalarını uygulamak için gerçek bir çıkarı vardır. Görüşün analizi bakımından değerlendirildiğinde, tarafların ikamet ettikleri devletlerin zarar veren lehine yasalar düzenlemesi ile zararın meydana geldiği devletin kuralı arasında gerçek bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Hâkim bu noktada tarafların seçtikleri hukuk veya iki hukuk arasında kendisi seçim yapacaktır. Seçim yaparken dikkate alınacak esas yine devletlerin taraflar lehine geliştirdikleri politikalardır. Sedlar, 2000, a.g.k., s. 621.
[489] Sedlar, 1977, a.g.k., s. 1035. Öte yandan 1985 yılında Amerikan mahkemelerinde konu olan bir cinsel istismar davasında zarar veren davalı lehine kuralların uygulaması noktasında birçok tartışma yapılmıştır. *Richard ve Margaret Schultz* (davacılar), küçük oğulları *Richard ve Christopher* ile birlikte N*ew Jersey*'deki ikamet etmekte; her iki oğlu da Katolik okulunda eğitim görmektedirler. Bu okulun düzenlediği New York'taki izci kampı etkinliği sırasında, eğitmen *Edmond Coakeley* tarafından çocuklara yönelik cinsel taciz yapıldığı tespit edildi. Taciz, *New York'taki Pine Creek* gerçekleşti ve New Jersey'de devam

amacıyla kendi yasalarını uygulayan ve zarar görene iyileştirme imkânı sağlayan mahkemeler, zarar veren tarafın adil yargılanma ve eşit hukukî muamele görme hususundaki endişelerini dile getirmişlerdir[490] [491]. Yazara göre bu noktada devlet mahkemelerinin kanunu uygulama politikalarının taraflarca önceden bilinmesi ve öngörülebilmesi gerekir. Zira örneğin kazanın meydana geldiği devletin mahkemesi haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıkta kendi hukukunun uygulanması lehinde karar verdiği bilinmesi halinde, taraflar bu durumu akılda tutarak dava açarlar[492]. Kazanın meydana geldiği devlet mahkemeleri henüz karar vermediğinde ise davacılar kendi lehlerine olan durumu ve kazanın meydana geldiği ülkenin hukukuna göre verilen

---

etti. Çocuklardan *Christopher*, cinsel istismar nedeniyle intihar etti. Bay ve Bayan *Schultz, Coakeley*, karşı *New York* mahkemesinde dava açtılar. *New York* mahkemeleri bu durumda tacizciyi en ağır şekilde cezalandırma politikası izleyen ve ika yeri olarak yer alan *New York* kanunlarını uygularken, Temyiz Mahkemesi tarafların ikametgâhı ile sıkı ilişkili olduğu *New Jersey* kanunlarını uygulamıştır. Ancak New Jersey kanunları zarar verenin hayır kurumu görevlisi olması nedeniyle bir takım cezai indirimlerde bulunmasını öngörmektedir. Bkz. *Schultz v. Boy Scouts of America, Inc. N.Y. Ct. App., 65 N.Y.2d 189, 480 N.E.2d 679 (1985).* < http://www.casebriefs.com/blog/law/conflicts/conflicts-keyed-to-currie/choice-of-law-modern-approaches/schultz-v-boy-scouts-of-america-inc/>, Erişim Tarihi: 15.04.2017. Benzer yöndeki kararlar: *Supreme Court of Idaho, Pocatello, September 1994 Term. Dillon V. Dillon No. 20857. 886 P.2d 777* (1994) 126 Idaho 472, <http://www.leagle.com/decision/19941663 886P2d777 _11661/DILLON%20v.%20DILLON>, Erişim Tarihi: 15.04.2017; Collins v. Trius, INC. 663 A.2d 570 (1995) *Carl K. Collıns et al. v. Trius, INC. Supreme Judicial Court of Maine*. <http://www.leagle.com/decision/19951233663A2d570_11211 /COLLINS%20v.%20TRIUS,%20INC.>, Erişim Tarihi: 15.04.2017.

[490] Sedlar, 1977, a.g.k., s. 1035.

[491] 12 Temmuz 1989'da doğan *Emily Matson*, 22 Mayıs 1992'de meydana gelen bir otomobil kazasında ağır yaralanmıştır. Kaza anında *Emily*, babasının kullandığı otomobilin ön koltuğunda annesinin kucağında oturmaktaydı. Kaza, Kanada vatandaşı ve aynı zamanda eyalette kuzeye seyahat eden, *Quebec'in* ikametgâhı olan *Anctil* tarafından işletilen bir traktör römorkuna, *Emily'nin* babasının kullandığı minibüsün arkadan çarpmasıyla meydana geldi. Traktör, MBI şirketi tarafından işletilmekteydi Açılan davada bu nedenle şirket de taraf olarak yer almıştır. Yaralanmaya neden olan davranış *Vermont'ta* meydana gelmiştir. Küçük *Emily, Rhode Island'ın* bir mukimi ve mahkeme tarafından atanan vasisi *Vermont* sakinidir. Davalı *Anctil* Kanada'nın *Quebec* kentinin bir mukimi ve davalı *MBI* ise *Quebec* Kanada'daki faaliyet gösteren bir şirkettir. *Emily*'nin anne babası, *Rhode Island* sakini olup, *Emily* ile ailesi arasındaki ilişki *Rhode Island'ta* toplanmaktadır. *Anctil ve MBI* arasındaki ilişki ise *Quebec* merkezlidir. Rest. II 145 ve 6'ya göre, bu temaslar söz konusu meselenin göreceli önemine göre değerlendirilmelidir. Mahkemeye göre buradaki sorun, davalıların, *Emily'nin* ebeveynlerini, ihmalkâr davranışları iddiasıyla dava edip edemeyecekleri ve davalıların sorumluluğunun ebeveynlerin ihmalkârlığı nedeniyle azaltılabileceği veya ortadan kaldırabileceği yönünde toplanmaktadır. *Rest. II 145 ve 6'ya* göre yaralanma ve yaralanmaya neden olan davranışın gerçekleştiği yer, bu konuda her iki ilişkinin merkezlendiği veya tarafların bulundukları yerden daha önemlidir. Mahkeme *Emily'*nin ailesinin ihmalkârlığı ile zararın meydana gelişi sırasındaki rücu ilişkisinden kaynaklanan dengenin korunması gerektiği, bu nedenle tarafların adil yargılamasını ve tazminat yükümlülüğü hakkında eşitlik sağlamak amacıyla kazanın meydana geldiği yer olan *Vermont* kurallarının uygulanmasına karar vermiştir. *Atson By Kehoe v. Anctil, 979 F. Supp. 1031 (D. Vt. 1997) U.S. District Court for the District of Vermont-979 F. Supp. 1031 (D. Vt. 1997) October 1, 1997. <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/979/1031/1447266/>,* Erişim Tarihi: 15.04. 2017.

[492] Sedlar, 2000, a.g.k., s. 622.

kararlar arasında seçim yaparak mahkemeye dava açacaklardır[493]. Görüldüğü üzere her iki taraftaki argümanları çelişkili örneklere ve seçimlere dayanmaktadır. Yazara göre ana kural çerçevesinde akademik yorumcuların görüşlerine göre ve verilen içtihatlar çerçevesinde mahkemeler genel bir kanaat oluşturacak ve hukuk seçimi sorununa ilişkin genel bir kural meydana getireceklerdir[494] [495].

Kural Dört: Mahkeme devletinde ikamet eden bir kimse, yapılan bir eylem nedeniyle ya da mahkeme devletinde önceden belirlenmiş tehlike arz eden bir durumun meydana gelmesi halinde mahkeme devletinin yasaları uygulanacaktır.

Mahkeme devleti, haksız fiilin meydana gelmesi sonrasında kendi yasalarını uygulamakla gerçek bir çıkar ve menfaati olması durumunda öncelikli olarak kendi yasalarını uygulayacaktır. Ayrıca mahkeme devletinin kanunları başka yerde yapılan eylemlerin öngörülebilir bir tehlike riski oluşturduğu hallerde de riskin meydana gelmesi nedeniyle zarara maruz kalan tarafın zararının giderilmesinde uygulanacaktır. Özellikle ürün sorumluluğu davaları, bu hukuk seçimi kuralı uyarınca kolayca çözülecektir. Zararın veya riskin meydana geldiği yerden başka bir ülkede üretim yapan üretici, ürününü ticaret akışı içinde gönderdiğinden, anayasal olarak mahkemenin bulunduğu yargı alanına ürünün neden olduğu zararlar için başvurulabilir. Bu durumda mahkeme, davacının lehine olan kuralını uygular[496].

---

[493] Sedlar, 2000, a.g.k., s. 622.

[494] Sedlar, 2000, a.g.k., s. 623.

[495] Sedlar daha önceki çalışmalarında bu kural, seçim kanunu referansı olarak "*çoğunluk-azınlık*" sayısal nicelik ile formüle edilmiştir. Bu soruna mahkemelerin çoğu kendi hukuklarını uygulamak suretiyle karar vermişlerdir. Sedlar, 1977, a.g.k., s. 1035.

[496] Yazarın bu konuya verdiği örnek olay oldukça dikkat çekicidir. 1994 yılında *Andrew* isimli 2 yaşında olan bir çocuk, ölümcül bir çocuk kanseri olan *nöroblastoma* tanısı ile *Wisconsin Üniversitesi Hastanesi ve Los Angeles* Çocuk Hastanesi tarafından sunulan deneysel bir tedavi programına kaydedildi. Tedavi, *Andrew'*un kanserli kemiğinin temizlenmesini ve temizlenen bölgeye nakil yapılmasını; temizlenen tümörlerin de araştırma için *Wisconsin Üniversites*i hastanesine vakumla kapatılmış bir konteynere geri gönderilmesini gerektirdi. Kemik iliğinin çıkarılması, hastanın kalçalarında delik açılması gereken acılı bir süreçtir. Çıkarmadan sonra kemik iliği usulüne uygun bir şekilde tedavi edildi. *Federal Express* aracılığıyla *Wisconsin Üniversitesi* Hastanesine gönderildi. Ancak, kemik iliğini çıkaran hastane gerekli koruma önlemlerini alamadığı için, korunması gereken değerlerin aşağısına kalan tümörlü kısım, araştırılamadan bozuldu. Bu nedenle *Andrew*'den tekrar bir parça alındı. Ancak bu süreçte Andrew öldü ve ölümü hızlandırıcı bir etken olarak ikinci ameliyatın verdiği acı ile birlikte, uygulanan yanlış tedavi görüldü. *Andrew*'in ailesi hem yanlış tedavi hem de maruz kalınan duygusal şiddet nedeniyle *Los Angeles* Mahkemesine başvurdu. Burada hâkimin yaptığı incelemenin temelinde zarar yeri ile ika yeri politikaları ile menfaatlerinin incelenmesi yatmaktadır. Haksız fiilin meydana geldiği yer *olan Los Angeles* hukuku mu uygulanmalıdır; yoksa zararlı işlemin yapıldığı ve dolaylı olarak zararın ortaya çıktığı ülke hukuku mu uygulanacaktır? Mahkeme bu durumun incelemesini yapmış, zararın ortaya çıktığı yer hukuku menfaatleri uyarınca seçim hakkını kullanmıştır. *Los Angeles Suprime Court, Kuehn v. Children's Hosp., 119 F.3d 1296 (7th Cir. 1997), <https://casetext.com/case/kuehn-v-childrens-hospital>,* Erişim Tarihi: 13.04.2017.

Beşinci Kural: Zarar gören, zararının telafi edilmesi amacıyla kendi ikametgâhının olduğu devlette dava açarsa mahkemelerin iki şekilde hareket ettiği görülmektedir. Bu konuda çoğu mahkeme, zarar verene adaletsizlik olmaması koşuluyla kendi forum devleti hukukunu yani zarar görenin devletinin hukukunu uygulamıştır.

Bu durum, gerçek bir çatışma halidir. Davacının ikametgâh devleti kendisine tabi olan mağdurun zararının giderilmesi için hukukunun uygulanmasını savunurken, özellikle sigorta şirketleri açısından ise zarar veren sigortalının korunması için kendi hukukunun uygulanmasında menfaatinin olduğu savunulmaktadır. Bu durumda dava, davalının bir ticaret şirketi olduğu, o ülkede yargı yetkisine tabi olacak şekilde, yeterli ticari faaliyeti yürüttüğü gibi mahkeme devletine karşı zarar veren ile bağlantısı olması nedeniyle sıklıkla davalının aleyhine gerçekleşebilir. Bazı mahkemeler, olayın mahkeme devleti ile bağlantısı olmadığı hallerde, *for* devletinin kendi yasalarını uygulamamasının uygun olacağını ve davalı ile davacı arasındaki adaletin tesis edileceğini belirtmektedir. Mahkeme devletinin kanunlarının uygulanması davalı tarafın, *for* devleti kanunlarına, mahkeme içtihatlarına güvenme hakkına sahip olduğu durumlarda adil olduğu görülmektedir. Kısaca, davalı tarafa adil olacağı sürece *forum* devleti kendi yasaları ve çıkarlarını uygulama imkânı bulabilir[497].

Kural altı: Kazanın bir başka devlette meydana gelmesi durumunda, davanın zarar verenin ikametgâhının bulunduğu devlette açılması durumunda, zarar vereni doğrudan koruyucu politikaların uygulanmadığı görülmüştür.

Taraflar arasında meydana gelen haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlığı davalının ikametgâh mahkemesine çözülmesi için getirilmesi durumunda, mahkemenin davalıyı korumak amacıyla, davacının zararının telafisini istemeyebilir. Bu durumun genelde haksız fiilin meydana geldiği yerin davalının ikametgâhında meydana gelmesi durumunda söz konusu olacaktır[498]. Buna rağmen davacı, davayı zarar verenin ikametgâhının olduğu devlette açarsa, bu durumda mahkemenin davalıyı veya sigorta

[497] Sedlar, 2000, a.g.k., s. 624. Bu konuda Amerikan mahkemelerinin referans aldıkları klasik kararlardan biri de *Cipolla v. Shaposka* kararıdır. *Supreme Court of Pennsylvania, 439 Pa. 563 (Pa. 1970) Cıpolla Et Al. v. Shaposka. <https://casetext.com/case/cipolla-et-al-v-shaposka>,* Erişim Tarihi: 15.04.2017.
[498] Sedlar, 1977, a.g.k., s. 1037.

şirketlerini koruyucu şekilde hukuk seçimi yaparak karar vereceği düşünülmelidir. Bu durumda mahkemelerin *lex loci delicti* lehine de karar verdikleri görülmektedir[499].

5.2. Diğer Anglosakson Ülkelerinde Haksız Fiillere İlişkin Hukuk Seçimi Hakkında Durum

Anglosakson hukuk sistemine göre idare edilen Amerikan hukukunda haksız fiiller alanında hukuk seçimi meseleleri incelenmesi sonrasında, diğer Anglosakson ülkelerinde de durumun incelenmesinde fayda bulunmaktadır. Dünya üzerinde özellikle eski İngiltere'nin doğrudan veya dolaylı etkisi ile birlikte birçok devlet Anglosakson hukuk sistemi ile idare hukuken idare edilmektedir. Avusturalya, Kanada, Birleşik Krallık bunlardan bazıları ve en önemlileridir[500]. Bu doğrultuda adı geçen ülkelerdeki durum ele alınacaktır.

5.2.1. Avusturalya

Haksız fiiller alanında Amerikan hukukuna benzer bir gelişim süreci yaşayan Avusturalya hukukunda, tarihsel süreç çerçevesinde Yüksek Mahkemenin *lex loci delicti* lehine karar verdiği görülmektedir[501]. İleride inceleyeceğimiz *Pfeiffer ve Renault*, kararı sonrasında *'kanunlar ihtilâfı devrimi'* yaşanmış ve Amerikan doktrini çapında dayanak noktaları kazanan çeşitli yaklaşımlar ile rekabet eden teorik paradigmalar ileri sürülmüştür[502].

Avusturalya mahkemesi kararlarında "*çifte dava konusu testi (çifte başvuru kararları)*" usulü uzunca bir süre yürürlükte kalmıştır[503]. Bu teste göre meydana gelen haksız fiile uygulanacak kural, haksız fiile ilişkin politikaların değerlendirilmesi ve

---

[499] *Kentucky*'de meydana gelen trafik kazasından kaynaklanan davada, davalıların ikametgahı olan *Ohio'da* davanın açılması sonrasında, *Ohio* mahkemesinin davalıların lehine olan *Kentucky* hukukunun ekonomik olmayan haksız fiillere ilişkin olaylarda tazminat sorumluluğunun hafifletilmesine dair yasayı uygulaması hakkında bkz. *Adam v. J.B. Hunt Transp., Inc., 130 F.3d 219 (6th Cir. 1997),* <http://caselaw.findlaw.com/us-6th-circuit/1075413.html>, Erişim tarihi: 17.04.2017.

[500] Her üç ülke de ilk olarak uygulanan kural *lex loci delicti* kuralıdır. 1870 yılında *Phillips v Eyre* davasında mahkeme *lex loci delicti* kuralı ile *lex fori* kuralı çerçevesinde uygulanacak hukukun tayin edildiği, bu içtihadın da uzunca bir süre uygulandığı görülmektedir.

[501] Robert Pietriche (2015), The Ascendancy of The *Lex Loci Delicti:* The Problematic Role of Theory in Australian Choice of Tort Law Rules, *Melbourne Journal of International Law, Vol. 16,* s. 88 vd.; Jeremy Kirk (2003), *Conflicts and Choice of Law Within The Australian Constitutional Context*, *Federal Law Review Volume 31, N. 2*, s. 247-298.

[502] Janey Greene (2007), Inflexibly Inflexible: Why Choice Of Law In Tort Questions Still Won't Go Away, *Monash Universiry Law Rev. Vol. 33, No. 2*, s. 246-263.

[503] Case Note (2002), Regie National Des Usines Renault Sa. v. Zhang, Choice of Law In Torts and Another Farewell to Phillips v. Eyre But The Voth Test Retained For Forum Non Conveniens In Australia, *Melbourne Journal of International Law, Vol 3.* <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2002/16.pdf>, Erişim Tarihi: 17.04.2017.

uygulanacak olan hukukun tayin edilmesi usulüdür[504]. *Pfeiffer* kararı sonrasında, pek çok yazar, bu test ve usule göre verilen kararı eleştirmiştir. Mahkemelerde, davanın mahkemeye sunulmadan önce bir başka devletin hukukunu uygulamak için mahkeme takdir yetkisinin düzenlenmesi ve kuralın uygulanabilirliğinin testi ile birleşince, mahkemeye çıkmadan önce taraflara seçmeli bir adalet mekanizmasının önerildiği eleştirilerini beraberinde getirmiştir[505].

Avusturalya mahkemelerinde uzunca süre tartışılan *Pfeiffer* kararı şu şekilde cereyan etmiştir: *David Rogerson, Avustralya Başkent Bölgesi John Pfeiffer Pty Ltd ('Pfeiffer')* tarafından istihdam edilirken, iş kazası nedeniyle maruz kaldığı kişisel yaralanmalar ve haksız fiiller için dava açmıştır. *Pfeiffer'in* iş faaliyetleri ağırlıklı olarak *ACT'de*[506] bulunmaktadır. Bununla birlikte, *Bay Rogerson*, komşu *New South Wales (NSW)* eyaletinde bulunan *Queanbeyan* Bölge Hastanesinde marangozluk işi yaparken ve *ACT* sınırında sadece birkaç kilometre uzaklıkta yaralandı. *ACT* kanununa göre *Bay Rogerson* kendisinin yaptığı harcamaların yanı sıra 30.000 dolar tazminat hakkına sahip olacaktı. Bununla birlikte, *NSW* yasalarına göre, eylem, işyeri kazaları için tahsil edilebilecek hasarları sınırlayan ve *Bay Rogerson'un* kendisi tarafından yapılan harcamalardan düşüren 1987 *İşçi Tazmini Yasası'nın* 5. maddesine tâbi olacaktı. *Avusturalya Yüksek Mahkemesi* verdiği kararda haksız fiillerde uygulanacak kuralları ulusal, federe ve federal düzeyde vasıflandırılması gerektiğini, mevcut olayın federal düzeyde yabancılık unsuru içerdiğini ve nihayet verilen kararın bu doğrultuda uluslararası haksız fiil ilkeleri çerçevesinde belirlenmesi gerektiğini tespit etmiştir. Bu duruma neden olarak Mahkeme, *Avustralya federalizmine ve Avustralya Anayasası* ile ortak hukuk arasında *intranasyonal* haksız fiillerle olan ilişkiden kaynaklanan önemli rolün sebep olduğunu belirlemiştir. Avustralya federasyonu içindeki her eyalet ve her bölge, tek bir "*hukuk alanının*" parçasını oluşturduğundan, çoğunluk, hukuk kurallarının seçiminin,

[504] Avustralya hukuk sisteminde *forum non conveinens* vb. mahkemeye tabi hususların belirlenmesinde farklı sistemler ve testler uygulanmaktadır. Bunlardan biri *Voth Testi (Voth test)*'dir. Meşhur *Regie Nationale des Usines Renault SA v Zhang* davasında da bu test uygulanmıştır. Bu testin amacı esasında davanın Avusturalya mahkemeleri ve hukuku ile ne kadar yakınlık arz ettiğini belirlemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Anthony Gray (2000), Forum Non Conveniens in Australia: A Comparative Analysis Article in Common Law, *World Review Vol. 38, Num. 3*, s. 207-244; Michael Karayanni (2003), The Myth and Reality of a Controversy: "Public Factors" and the Forum Non Conveniens Doctrine', *Wisconsin International Law Journal, Vol. 3,* s. 327.

[505] Greene, 2007, a.g.k., s. 263.

[506] *Australian Capital Territiory*- Avusturalya Federal Başkent Bölgesine verilen isim.

federal yasal sistemin doğasını ve diğer devletlerin çıkarlarına tanınan saygıyı yansıtması gerektiğini tespit etmiştir[507].

Avusturalya mahkemeleri haksız fiillerde *lex loci delicti* kuralını terk eden en son ülke olmasına rağmen bu konudaki ilk girişimi diğer Anglosakson ülkelerinden önce denemiştir[508]. Avustralya Yüksek Mahkemesi *JJ. Breavington v. Godleman and Others* kararında, haksız fiilin meydana geldiği yer ile hukuk seçimi yapılması halinde eyaletler arası ve uluslararası hukuk kurallarının seçimini birbirinden ayrılması gerektiğini, ülkenin federal anayasal yapısının zorunluluğundan kaynaklığı teziyle sürekli olarak dile getirdi[509]. Sonuç olarak mahkemelerin verdikleri kararlar sonrasında Avusturalya yasalarının seçimi için ikişer kural belirlenmiştir. Eyaletler arasında (*interstate*) haksız fiillerde *John Pfeiffer Pty Ltd v Rogerson* kararında görüldüğü üzere sınır ötesi haksız fiil davalarında maddi ve manevi tazminata ilişkin kararların işlemin esası ile ilgili olduğu ve bu da devletlerarası haksız fiillerde hukuk kurallarının seçilmesine ilişkin kesin bir tespite varılması gerektiğini; ayrıca Avustralya Federasyonu içindeki her eyalet ve her bölge, tek bir "*hukuk alanının*" parçasını oluşturduğundan, çoğunluk, hukuk kurallarının seçiminin, federal yasal sistemin doğasını ve diğer devletlerin çıkarlarına tanınan saygıyı yansıtması gerektiğini tespit etmiştir[510].

İleride Kanada hukukunda da görüleceği üzere, Avusturalya hukukunda, federalizmden kaynaklanan bölgesel hukuk uygulama alanları yaratılması ve bunlar arasında tercihlerde bulunulması zorunluluktur[511]. *John Pfeiffer Pty Ltd v Rogerson* kararında bu durumun kaynağı, kamu düzeninden kaynaklanan bir zorunluluk değil, Anayasanın gelişen ve değişen durumlara özgü olarak yorumlanmasının bir sonucuydu[512]. Bu durum başka mahkemelerden verilen pek çok kararın sonucuyla birlikte, aynı zamanda *lex loci delicti'nin* eyaletler arası genel geçer bir haksız fiil kuralı olmasına yardımcı olmuştur. Bu kuralın doğuracağı belirsizliklerin olarak da *lex loci*

---

[507] *High Court of Australia, John Pfeiffer Pty Limited v Rogerson [2000] HCA 36 203 CLR 503; 74 ALJR 1109; 172 ALR 625 21 Jun 2000,* <http://eresources.hcourt.gov.au/showCase/2000/HCA/36>, Erişim Tarihi: 17.04.2017.

[508] Buna ilişkin ilk karar 1988 yılında verilen JJ. Breavington v. Godleman and Others kararıdır. Karar için bkz. *High Court of Australia, JJ. Breavington v. Godleman and Others (1988) 169 CLR 41 18 August 1988*, <https://jade.io/article/67443>, Erişim Tarihi: 17.04.2017.

[509] Reid Mortensen (2006), Homing Devices in Choice of Tort Law: Australian, British, and Canadian Approaches, *The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, No. 4*, s. 845.

[510] Mortensen, 2006, a.g.k., s. 846.

[511] Mortensen, 2006, a.g.k., s. 847.

[512] Mortensen, 2006, a.g.k., s. 847.

delicti'nin uygulanması için hâkimlerin bir takdir yetkisi kullanması gerektiği hallerdir. Özellikle devletin kamu politikasına aykırı olduğu gerekçesiyle, pek çok eyalette anayasal olarak yasak olması nedeniyle doğrudan *lex loci delicti* uygulanamamaktadır. Bu durumda da hâkimler takdir yetkilerini kullanmakta ve *lex loci delicti* kuralını eyaletler arası haksız fiil kurallarında uygulamaktadırlar[513].

Avustralya haksız fiil hukukunda ikinci aşama, *Pfeiffer'den* sonra, *NSW Yüksek Mahkemesi, lex fori* görüşünü bir de *Renault SA v Zhang* tartışmıştır. Her ne kadar *Pfeiffer*'deki ilkelerin sadece uluslararası hukuka uygulanması tasarlanmış olmasa da, bu karardan iki yıl sonrauluslararası haksız fiil kurallarına tabi bir dava daha görülmüştür. Davacı *Fuzu Zhang, Yeni Kaledonya'yı* ziyaret ederken bir motorlu araç kazasında yaralanmıştır. Genel olarak ikamet ettiği *NSW'ye* döndükten sonra Bay *Zhang, New South Wales* Yüksek Mahkemesinde açtığı davada kazanın, *Renault'un* ürettiği otomobillerin ihmalkâr tasarım ve imalâtından kaynaklandığını iddia ederek, kendisinin uğradığı fiziksel ve manevi zararlarını tazmin edilmesini istemiştir. Konu N*ew South Wales Temyiz Mahkemesine* geldiğinde, Mahkeme'nin üç üyesi *lex loci delicti'nin* ilgili hukuk seçimi olarak değil, *çifte başvuru* kuralının bir uzantısı olarak *lex fori* ile birlikte uygulanması ve bu durumun adaletin bir parçası olduğunu ileri sürmüştür. *Renault,* daha sonra, ilk derece mahkemesinin kararının bozulması ve *Pfeiffer'de* kabul edilen hukuk kurallarının uygulanması amacıyla *Yüksek Mahkemeye* başvurmuştur. *Yüksek Mahkemenin* çoğu üyesi, *Renault'nun* hukuk meselesi seçimi konusundaki sunumlarını kabul etmiş ve uluslararası haksız fiillerin için *Pfeiffer* kararında olduğu gibi *çifte başvuru kuralının* geçerli olmayacağı sonucuna varmıştır. Bunun yerine, sadece *lex loci delicti* kuralı, *forum* kamu düzeni politikasına aykırı olmadıkça uygulanması kabul edilmiştir[514]. Bu da göstermektedir ki, her ne kadar Avusturalya mahkemelerinde *lex loci delicti* kuralları tartışılmış olsa da mahkemelerin bu klasik kurallardan vazgeçmedikleri görülmektedir.

[513] Kirk, 2003, a.g.k., s. 250; Mortensen, 2006, a.g.k., s. 847.
[514] *Court of Australia, Regie Nationale des Usines Renault SA v Zhang [2002] HCA 10 210 CLR 491; 76 ALJR 551; 187 ALR 1 14 Mar 2002 Case Number: S9/2001,* < http://eresources.hcourt.gov.au/showCase/2002/HCA/10>, Erişim Tarihi: 17.04.2017.

5.2.2. Kanada

Kanada[515] hukuku Anglosakson hukuku düzenini korurken, dünya üzerindeki gelişmeleri de sıkı takip eden ülkelerden biridir. Öyle ki, Avrupa Birliği tarafından kabul edilen *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü*'nün oluşum ve gelişim sürecini uzunca bir müddet gözlemlemiş, bu konuda haksız fiillere ilişkin hukuk seçimi ilkelerinden etkilenmiştir[516]. Bu doğrultuda haksız fiiller alanında hukuk seçimini faaliyete geçiren *Quebec Medeni Kanun'u* (*QCC*) kapsamında hızlı bir değişim meydana getirilmiş, gerekli düzenlemeler derhal yapılmıştır[517].

Manitoba Kanun Reform Komisyonu[518] (*The Manitoba Law Reform Commission*) uzun yıllardır yapmış olduğu çalışmaları, bir rapor olarak 11 Ocak 2009'da yayınlamıştır. Raporda, yasama organı tarafından, Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından 1994 yılında karara bağlanan ve kanunlar ihtilâfı alanında bir dönüm noktası olarak kabul edilen

[515] Kanada resmî olarak *province* ismi verilen on eyalet bölgesine ayrılarak yönetilmektedir. Bu eyaletler batıdan doğruya doğru: *Britanya Kolumbiyası, Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Ontario, Québec, New Brunswick, Prens Edward Adası, Yeni İskoçya ve Newfoundland & Labrador* olarak isimlendirilmiştir. Öte yandan resmi olarak *territory* denen 3 bölgeye ayrılmıştır. Bu bölgeler batıdan doğuya doğru: *Yukon, Kuzeybatı Toprakları, Nunavut'tu*r. Eyalet devletlerin federe devlete bağlılığı olup, geniş anlamda özerklikleri de bulunmaktadır. Ancak bölgelerin hukukî olarak doğrudan özerk olarak sınıflandırılması mümkün değildir.

[516] Stephen Ga Pitel /Jesse R Harper (2013), Choice of Law For Tort in Canada: Reasons for Change, *Journal of Private International Law, Vol. 9, Nu. 2,* s. 289-308; J-G Castel (1995), Back to The Future! Is the 'New' Rigid Choice of Law Rule for Interprovincial Torts Constitutionally Mandated?, *Osgoode Hall Law Journal, Vol. 33*, s. 35.

[517] Pitel/ Harper, 2013, a.g.k., 290.

[518] *Manitoba Kanun Reform Komisyonu*, 1970 yılında *Kanun Reform Komisyonu Yasası* tarafından yaratılan bağımsız bir kanun reform ajansıdır. Rolü, Kanada devletinin *Manitoba* eyaletinin hukukunun ve adalet yönetiminin iyileştirilmesi, modernleştirilmesi ve gerekli reformların yapılmasıdır. Hukuk reform projeleri, halkın, hukuk mesleği mensuplarının ve *Manitoba* Adalet Bakanı ile Başsavcı'nın önerileri ve destekleri sonrasında kurulmuştur. Komisyon, araştırma ve istişareyi yapar ve hukuk reformu için resmi Adalet Bakanı ve Başsavcıya tavsiyelerde bulunur. Komisyonun çalışmaları *Manitoba* Hükümeti ve *Manitoba* Hukuk Vakfı tarafından sağlanan hibeler tarafından finanse edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Manitoba Law Reform Commission*, < http://www.manitobalawreform.ca/>, Erişim Tarihi: 19.04.2017.

Tolofson v. Jansen[519] ile *Gagnon v. Lucas*[520] kararı sonrasında, uygulamada *Tolofson kuralı* olarak isimlendirilen kurallarda değişiklikler yapılması gerekip gerekmediğine ilişkin özel sorunlar ele alınmıştır[521]. *Tolofson kuralı* şudur: Kanada Yüksek Mahkemesi, her iki davanın benzer nitelikli olması nedeniyle aynı gerekçelerle karar vermiştir. Kararlara göre haksız fiillerde her durumda mahkemenin yürürlükteki yasası değil; kazanın meydana geldiği yerin kanunlarının haksız fiil ilişkisine uygulanması gerektiğini belirttiler. Dolayısıyla *Tolofson - Jensen'de, Saskatchewan* bölgesi kanunları uygulanmış ve mahkeme kanununa göre zamanaşımına uğramış hukukî ilişki, zamanaşımından kurtularak, zaman kazanmıştı. Öte yandan *Lucas v. Gagnon* davasında ise *Quebec* kanunları uygulanarak *Tolofson* kuralına sadık kalınmış ve *lex loci delicti* üzerinde mutabakat sağlanmıştır[522].

Manitoba Yasama Kurumu, Manitoba Kanun Reform Komisyonu'nun yasama reformunun cazip olduğunu, ancak mütevazı ölçüde kaldığı sonucuna varmıştır[523]. Aşağıda açıklandığı gibi, hem uluslararası hem de devlet birimleri haksız fiiller için esnek

---

[519] Davacı *Kim Tolofson* 28 Temmuz 1979 tarihinde davacı, araç sahibi ve davalı *Roger Tolofson'nın* kullandığı otomobilde hatır yolcusu olarak yer almaktadır. *Saskatchewan* eyaletine sürüş sırasında diğer davalı *Leroy Jensen* yönetimindeki araç ile trafik kazası meydana gelmiştir. Kaza sırasında davacı 12 yaşında hem davacı *Kim* hem *Roger Tolefson British Columbia* bölgesinde ikamet etmektedir. Davalı *Tolofson'nun* kullandığı araç *British Columbia* eyaletinde sigortalıdır. Davalı *Jensen, Saskatchewan* sakini ve aracı da aynı bölge de sigortalı olarak kayıtlıdır. Kaza sonucunda davacı *Tolefson* öğrenme kabiliyetini ve fiziksel yetenekleri etkileyecek şekilde başından yara almıştır. Kaza sonrasında hukukî problemlerin başında zamanaşımının işlemesine ilişkin sürecin başlangıcının hangi hukuka tabi olacağı ve sürenin ne kadar uzunlukta olacağı gelmekteydi. *Saskatchewan* eyaletinde zamanaşımı süresi ne olursa olsun davacı rüşt yaşına ulaşmış olup olmamasından bağımsız olarak kaza tarihten itibaren zamanaşımı süresi işlemektedir. Buna ek olarak, *Saskatchewan* yasasına göre bir sürücüye, hatır yolcusunun davacı olabilmesi için sürücünün kasıtlı olarak hareket ettiğinin ispat edilmesi gerekliydi. Dava, *Kim Tolefson'un* rüşt yaşına ermesi sonrasında 1987 yılında açılmıştır. Dava *Saskatchewan* mahkemesinde açılmıştır. Davada taraflar *lex loci delicti* kuralı ile *for* mahkemesinin kurallarından hangisinin uygulanacağını tartışmışlar. Gerek yakın irtibatlar gerekse de zamanaşımı süresinin hak arama özgürlüğünü sınırlamaması bakımından mahkeme *Saskatchewan* kanunlarının uygulanmasına karar vermiştir. *Court of Appeal for British Columbia Tolofson v. Jensen, 1992 CanLII 931 (BC CA),* <https://www.canlii.org/en/bc/bcca/doc/1992/1992canlii931/1992canlii931.html>, Erişim Tarihi. 19.04.2017.

[520] *Gagnon v. Lucas* davasında, 1988 yılında *Quebec'de* meydana gelen bir otomobil *Ontario* ikametgâhlı yolcu, *Ontario* ikametgâhlı sürücüsüne ve diğer arabanın *Quebec Eyaleti* ikametgahlı sürücüsüne karşı *Ontario'da* dava açmıştır. Mahkeme *Tolefson* kararı uyarınca karar vermiş ve kazanın meydna geldiği yer olan *Quebec* kanunlarına uygun olarak karar vermiştir. *Judgments of the Supreme Court of Canada Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon, [1994] 3 S.C.R. 1022*, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1209/index.do>, Erişim Tarihi. 19.04.2017.

[521] William Tetley (1996), New Development in Private International Law: Tolofson v. Jensen and Gagnon v. Lucas, *The American Journal of Comparative Law, Vol. 44, No. 4 (Autumn)*, s. 647- 668.

[522] Ayrıntılı bilgi için bkz. William Tetley (1996), New Development in Private International Law: Tolofson v. Jensen and Gagnon v. Lucas, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 44, No. 4 (Autumn, 1996), pp. 647-668.

[523] Tetley, 1996, a.g.k., 662.

bir istisna kuralı içeren *lex loci delicti* kuralı önermiş ve bugüne kadar *Manitoba Yasama Kurumu* önerilen değişiklikleri kabul etmemiştir[524]. *Yasama Kurumu* halen *lex loci delicti* kuralını "*kesin, kolay, genel bir kural*" olarak gördüğü için değişiklik tekliflerini reddetmektedir[525].

Manitoba Kanun Reform Komisyonu 1995 yılında İngiltere'de kabul edilen Birleşik Krallık Uluslararası Özel Hukuk Kanunu ile oldukça ilgiliydi. Komisyonun analitik odağı İngiliz Kanun hükümlerinin *Manitoba'da* benimsenmesi gerekip gerekmediği üzerineydi. Komisyon, Birleşik Krallık Uluslararası Özel Hukuk Kanunu'nun özelliklerinden etkilenerek *Tolofson* genel kuralının hem "*uluslararası düzeydeki*" vakalar, hem de "*federal"* bölgelerde meydana gelen haksız fillerde istisna kuralı olması gerektiğini savunmuştur. Komisyona göre, mahkemelere milletlerarası adaleti tesis etmek adına *lex loci delicti* haricinde, birtakım farklı bağlama kurallarının sunulması çeşitliliğin sağlanması adına faydalı olacaktır[526]. Bu kural, iki önemli değişikliği yaparken, haksız fiillerde hâkime önemli ölçüde alternatif de sunmaktadır. İlk olarak, kanunun nasıl tanımlanacağı konusunda geniş bir yorum imkânı sağlamaktadır. İkinci olarak hem uluslararası hem de eyaletler arası davalar için geçerli olan esnek bir kanunlar ihtilâfı kurallar sistematiğini bünyesinde barındırmaktadır. Teklifin kabul ettiği istisna kuralı, "*adaletsizlik*" değil, aksine, fiilin meydana geldiği yere göre tarafların veya fiilin farklı bir ülke ile daha yakın bağlantılı olması durumunda, milletlerarası adaletin sağlanması adına istisna bir bağlama kuralı getirmektedir.

QCC'ndaki haksız fiillere ilişkin kural, *Tolofson'dan* önce zararlı hareketin gerçekleştiği ülkenin kanunlarına tabi olacak şekilde düzenlenmişti[527]. Bununla birlikte, yaralanma başka bir ülkede görüldüyse, zarar veren eylemi yapan kişi hasarın meydana

---

[524] A. Gray (2009), Reform of Rules of Private International Law in Manitoba: A Comparative Perspective, *Journal of Politics and Law Vol. 2,* s. 26.
[525] Gray, 2009, a.g.k., s. 30.
[526] Komisyonun önerdiği teklif şu şekildedir: (1) Haksız fiillerin meydana gelmesi sonrasında uygulanacak olan genel kural fiilin meydana geldiği ülkenin yasalarıdır. (2) Haksız fiil unsurlarının farklı ülkelerde meydana geldiği durumlarda genel kural şu şekilde alınacaktır: (A) Haksız fiili meydana geldiği yaralanma veya ölüm sonucu, zararın meydana geldiği, sonuçlarının ortaya çıktığı ülke; (B) Mülkün zarar görmesiyle ilgili bir haksız fiil meydana gelmesi halinde, mülkün bulunduğu ülkenin hukuku; (C) başka herhangi bir durumda, haksız fiil unsurları oluşturan en önemli unsurun bulunduğu ülkenin kanunları uygulanacaktır. (3) Kişisel yaralanma, hastalık veya fiziksel engelleme veya zihinsel zararlar sonrasında haksız fiili meydana getiren unsurların, bir başka ülke ile daha yakın ilişkili olması durumunda, daha yakın ilişkili ülke hukuku uygulanacaktır. (4) (1), (2) veya (3) numaralı fıkralar ile belirlenen uygulanacak ve yürürlükteki yasa, yalnızca ülkenin iç hukuku ve uluslararası özel hukuk kurallarıdır.
[527] Pitel/ Harper, 2013, a.g.k., 291.

geleceğini öngördüyse, bu ülkenin kanunları geçerli olacak ve nihayet zararlı eylemi yapan kişi ve mağdurun ikametleri aynı ülkede bulunması durumunda, o ülkenin kanunları geçerli olacaktı[528]. *QCC*, uygulanacak hukukların hepsinde genel bir esnek istisna kuralı içermektedir: "*İstisnai olarak, belirlenen kanun tüm katılımcıların bağlantıları ile koşulların ışığında, başka bir ülkenin kanunlarıyla daha yakından bağlantılı olması halinde geçerli değildir*." Sonuç olarak *QCC*, Kanada'nın diğer eyaletlerine göre *Quebec'te* farklı bir seçim kuralı kabul etmiştir. *Quebec* kuralında, yalnızca zarara kıyasla, haksız fiil anlamında daha yakın olan "*zararlı davranış*" üzerinde durulmuş; ancak, zararlı davranışın gerçekleştiği ülkeden başka bir ülkede "hasarın ortaya çıktığı" durumlar için istisna öngörmüştür. Bu nedenle hasarın yeri son derece önem kazanmıştır. Aynı zamanda, ikametgâhın ortak bir yer ya da kişiler ile "*çok*" daha yakın bir bağlantı olması durumunda Roma II'de belirtilen istisnalara benzer istisna kuralı kabul edildiği görülmektedir[529].

Kanada milletlerarası özel hukukçuları *Tolofson* kuralının tekrar gözden geçirilmesi nedeni olarak, *Tolofson* kararı sonrasındaki kararlarda, kuralın uygulanma şeklinin değiştiğine atıf yapılmasıdır. Buna göre, son yirmi yılda gelişen içtihatlar yeniden değerlendirilmeli, bu doğrultuda yeni bir kural meydana getirilmelidir[530]. *Tolofson kuralının* ardındaki kilit soru, *lex loci delicti* kuralının tüm haksız fiiller için mi, yoksa belirli bir haksız fiil grubuna mı uygulanacağı noktasında toplanmaktaydı. Zira *Tolofson kuralı* bir otomobil kazası sonrasında ortaya çıkmış, salt otomobil kazaları bakımından uygulanmaya elverişli olmakla birlikte, tüm haksız fiil türleri açısından uygulamanın ne derece doğru olduğu tartışması hâkimdi[531]. Kanada Yüksek Mahkemesi bir kararında *lex loci delicti'yi* genel bir kural olarak tarif etmiştir[532].

Mahkemelerin yukarıda açıklanan analizlerinin temel dayanağı farklı haksız fiil türlerinden kaynaklanan zararların giderilmesi hakkındaki taleplerin, doğrudan tek bir bağlama kuralına bağlanarak değil; her olayın özüne ve kurgusuna uygun bir kural

[528] Quebec Medeni Kanun'u m. 3126.
[529] Pitel/ Harper, 2013, a.g.k., 295. Bu durum *QCC* m. 3129'da düzenlenmiştir.
[530] Pitel/ Harper, 2013, a.g.k., 295.
[531] Pitel/ Harper, 2013, a.g.k., 295. Ayrıca tartışmalar için bkz. Vaughan Black (1998), *Crash: The Ontario Court of Appeal Bumps into Tolofson,* Canadian Cases on the Law of Torts, s. 170.
[532] Bu kararda Mahkeme şu açıklamayı da şerh düşmüştür: Haksız fiil tek bir yerde gerçekleşir ve sonuçlar başka bir yerde kendini gösterirse uygulanacak hukukun tespiti zorluk arz eder. Böyle bir durumda, sonuçların yanlış oluşturduğu söylenebilir. Bu tür durumlarda haksız fiillere ilişkin tüm unsurlar toptan değerlendirilmeli ve istisnai bağlama noktası tespit edilmelidir. Pitel/ Harper, 2013, a.g.k., 296.

geliştirme isteğinden kaynaklanmaktadır. Sonuçta, otomobil kazası gibi haksız fiilin meydana geldiği ve sonuçlarının tespitinin kolay olduğu hallerde uygulanacak hukukun da tespit edilmesi kolaylık arz eder[533]. Bununla birlikte, tamamen ekonomik ilişkilere kasıtlı olarak müdahale halleri olarak görülebilen rekabet ve haksız rekabet halleri, hakaret ve ihmali yanlış beyanda bulunma gibi diğer birçok haksız fiil davranışı ile ilgili zararlar kolayca ülke sınırlarını aşarak, farklı coğrafyalarda görülebilir[534]. *Lex loci delicti* kuralı, işte tüm bu haksız fiil hallerine uygulanacak mıdır? *Tolofson'da* mahkemenin genel bir kural koyduğu fikri, bunun gerçekleştiğini gösterir; ancak yukarıda belirtilen tespit bu durumun aksini öne sürmektedir[535]. Sonuç olarak, *lex loci delicti'nin "çok bağlantılı davalarda hukuk kuralının seçimi olarak terk edilmesi gerekip gerekmediği"* sorusuna cevap sürekli olarak aranmaktadır[536].

Tolofson kuralı uygulama bakımından önemli olmakla birlikte pek çok endişeyi de bünyesinde barındırmaktadır. Bu noktada az yukarıda da değinildiği üzere özellikle kuralın dayanıklığının test edilmesi önem arz etmektedir. *Tolofson kuralı*, en katı seçim kurallarından biridir. Genel kural olarak sınırsız bağlantı faktörü içeren haksız fiilin meydana geldiği yer kuralını kullanmaktadır. Özellikle tüzel kişilerin haksız fiilleri noktasında pek çok farklı yoruma sebebiyet vermektedir[537]. Pek çok mahkeme kararında,

---

[533] Pitel/ Harper, 2013, a.g.k., 296.

[534] Yazar bu noktada haksız fiil türlerinin çeşitlendirilmesinin ve her olaya uygun farklı haksız fiil türleri ile bağlama noktalarının belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Pitel/ Harper, 2013, a.g.k., 297.

[535] Pitel/ Harper, 2013, a.g.k., 297.

[536] Kanada Yüksek Mahkemesinin verdiği *Ecosociété Inc v Banro Corp* kararında farklı bir haksız fiil türü için bağlama noktası tespitinde bulunmuştur. Buna göre *Kongo Demokratik Cumhuriyeti'ndeki* altın madenlerin araştırılması ve geliştirilmesi ile uğraşan *Ontario* merkezli bir kuruluş, Kanada'da *Noir Kanada: Yolsuzluk, Yolsuzluk ve Ceza Yasası* başlıklı bir kitabın yayıncısı, yazarını, araştırmacılarını ve editörlerine karşı *Ontario'da* hakaret nedeniyle bir tazminat davası açtı. Kitapta altın madenleri araştırması işi ile iştigal eden *Éditions Écosociété Inc* şirketi, yayınlanan kitabın içeriğinin şirketin Afrika'da mali çıkarlarının ilerletilmesi için insan hakları ihlalleri ve dolandırıcılık suçlamasıyla hareket ettiğini iddia ettiğini belirtmektedir. Yayıncı *Banro Corp* ise *Quebec'te* bulunan, yazar, araştırmacı ve editörlerin çalıştığı bir şirkettir. Kitabın Fransızca baskısı basılmış ve yaklaşık 5,000 kopya ile *Ontario'daki* kitapçılarda dağıtılmıştır. *Ontario* halk kütüphanelerinde birkaç kopya satın alınmıştır. Davalı taraf, eylemin konusu ve *Ontario* arasında gerçek ve önemli bir bağlantı bulunmadığını ve *Ontario* mahkemesinin dava için yetkili bir mahkeme olmadığını belirterek davanın reddini istemiştir. Mahkeme hâkimi ise, mahkeme ve eylem arasında gerçek ve önemli bir bağlantı olması nedeniyle *Ontario* mahkemesinin yargı yetkisine sahip olduğuna karar vererek bu talebi reddetmiştir. Mahkeme gerekçesinde *forum non conveinens* kuralının gerçekleşeceği bir alanın bulunduğu, bu nedenle de yetki ve esas bakımından *Ontario* mahkemenin yetki ve görev alanına girdiğini belirtmiştir. Kanada Temyiz Mahkemesi, hâkimin kararını ve gerekçelerini onaylamıştır. *Supreme Court Of Canada Citation: Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp., 2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636*, Case Law, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8005/index.do>, Erişim Tarihi. 19.04.2017.

[537] Pitel/ Harper, 2013, a.g.k., 297.

Tolofson kuralının adalet ve öngörülebilirlik sağlarken, bu sağlamlık ile esnek bir kural olarak her duruma cevap verir şekilde olmayacağı ileri sürülmüştür. *Walker'ın* belirttiği gibi: "*Münferit vakalarda adaletin hukukta emredilmesi için feda edilmesi gerektiği fikri, ortak bir hukuk yaklaşımından ziyade medeni hukuk yaklaşımına uymaktadır. ... Ortak hukuk kuralları ... olası hedeflerden sadece biri olarak adil bir sonuca direnme eğilimindedir. Geçici kurallar tarafından Tolofson'daki teorinin doktrinal bütünlüğüne getirilen tehdit, sonuçların adaletini tehlikeye atmaktan çok ortak hukuk kurallarının uygulanmasının önündeki engeller olarak rahatsızlık verici görülmektedir."*[538] Kuralların kesinliğe çok sıkı sıkıya bağlı kalmak, uyuşmazlık ile doğrudan bağlantısı olmayan ve az ilgilenen bir yasanın uygulanmasını gerektirir.

Tolofson kuralına ilişkin yapılan eleştiriler sonrasında, kuralın özellikle revize edilmesi gündeme gelmiştir. Belirtildiği üzere kuralın temelde iki eleştirisi vardır: İlk olarak kural sert ve katıdır. İkinci olarak ise her duruma uygulanmaya müsait bir kural olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir[539]. Bu noktada mahkeme kararlarında özellikle kuraldan doğrudan vazgeçmek yerine revize edilmesi üzerinde durulmaktadır. *Tolofson kuralını* doğru kullanmak, ortaya çıkan çeşitli sorunları çözeceği belirtilmektedir. İlk olarak, haksız fiilin meydana geldiği yerin belirlenmesinde komplikasyonlar ortaya çıktığında bu sorunların çözülmesi gerekmektedir. Bu durum nadiren de olsa hukuka uygun kanunların belirlenmesinde zorluk meydana getirir. Kuralın istisnasının ne zaman geçerli olacağını (*uluslararası veya federal düzeyde*) belirleyen hususlar da endişe edilmeyecek kesinlikte belirli olmalıdır. Daha açık uçlu bir seçim hakkı kuralını desteklemek için ileri sürülen argümanlara rağmen, Kanada'da böyle bir kuralın mahkemeler ya da yasama organları tarafından kabul edilemeyeceği düşünülmektedir[540].

Kanada hukukunda *Tolofson kuralının* terk edilmesi sonrasında daha uygun bir hukuk kuralına geçilmemesi durumunda, başlangıç noktası haksız fiilin bulunduğu yer kuralının uygulanması halen güncelliğini korumaktadır. Bu durum hem hukukçuların hem de mahkemelerin hangi kanunun uygulanması gerektiğini belirlemede mantıklı bir başlangıç noktası sağlamaktadır. Genel kuralın bu kanunu kullanması gerekip

[538] J. Walker (2000), "Are We There Yet?' Towards a New Rule for Choice of Law in Tort, *Osgoode Hall Law Journal Vol. 38, Num.*. 331, s. 345–346.
[539] Pitel/ Harper, 2013, a.g.k., 303.
[540] Pitel/ Harper, 2013, a.g.k., 304.

gerekmediğini veya bunun yerine Roma II'de kullanılan hasarın yerini alan yasanın tartışılması da halihazırda mahkeme kararlarında görülmektedir. Çoğu haksız fiil uyuşmazlıklarında hem fiil hem zarar yeri birlikte uygulanabilecek; ancak, bazı haksız fiillerde zarar yeri oldukça belirgin olması nedeniyle daha yakın ilişkili olarak kabul edilerek zarar yeri hukukunun uygulanması uygun düşecektir. Buna göre, hukuka aykırı zararın ortaya çıktığı yer biraz daha esnek bir kavramdır ve bu nedenle hasar yerine tercih edilebilir. Kanada mahkemeleri de bazı kararlarında, *Tolofson kuralının* iki temel revizyona ihtiyacı olduğu tespit ederek, özellikle zarar yeri istisna bağlama kuralının, *Tolofson kuralının* sahip olduğu sert ve mekanik yapının değiştirilmesinde yardımcı olacağını belirtmişlerdir[541].

Sonuç olarak *Tolofson'daki* kural hem içtihatlarda hem de akademik literatürde çok tartışılan bir konudur. Kural kabul edildiğinde modern gerçekleri göz önüne alan kanun hükmünde olan durumlara yönelik geniş bir eğilimden sapma olduğu endişesi olmuştur. *Manitoba Kanun Reform Komisyonu* her ne kadar birtakım yenilikler ve doktrin ile mahkemeler özellikle Roma II'den esinlenmeler sunmuş olsa da hâkimlerin her duruma özgü radikal düzenlemelerden kaçtıkları görülmektedir. Öte yandan haksız fiil tüm davalarda uygulanabilir ve istisna kuralların uygulanmasına dair kabul eşiği yüksek değildir. Mevcut durumda, yasaların güncellenmesinin yanında, yasama reformu kapsamında tekdüzeliğin mümkün ve avantajlı kabul edildiği alanlarda model yasama taslağı hazırlayarak eyalet arasında uyum birliğinin sağlanması hedeflemektedir. Bu hazırlıklar içinde haksız fiiller alanında hukuk seçimi düzenlemelerinin yer alması da hedeflenmektedir.

5.2.3. İngiltere

İngiliz hukuk sistemi dünya üzerindeki en eski hukuk sistemlerinden biridir[542]. İngiltere'nin AB üyeliği bağlamında hukuk sistemi değerlendirildiğinde, milletlerarası özel hukuka ilişkin ikili bir yaklaşım sergilediği görülmektedir. İlk olarak İngiliz mahkemelerinin kararları, İngiltere'nin AB düzenlemeleri dışında, kendi bünyesinde verdiği kararlar, ikinci olarak ise AB üyeliği çerçevesinde AB düzenlemelerine göre verdiği kararlarıdır.

---

[541] Suprime Court of Canada *Morguard Investments Ltd v De Savoye* [1990] 3 SCR 1077. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/700/index.do>, Erişim Tarihi. 19.04.2017.

[542] Güngör, Gülin (1992), İngiliz Hukukunda Haksız Fiilden Kaynaklanan Kanunlar İhtilâfı, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1991-1992/ S. 1-4*, s. 181.

İngiliz kanunlar ihtilâfı hukukunda en önemli kaynak olarak AB hukuku kabul edilmiştir. AB milletlerarası özel hukuk kuralları, Birleşik Krallık ve diğer üye devletlerin iç hukuklarında etkili olmakta ve üye devlet hukukları arasında bütünleştirmeyi amaçlamaktadır. Birleşik Krallık (*İrlanda ve Danimarka ile birlikte*) *AB Kurucu Andlaşması'nın Sivil İşbirliği'ni* düzenleyen dördüncü başlığı kapsamında düzenlenen konulara çekince koymuştur. Buna karşın Birleşik Krallık ve İrlanda sivil iş birliği içinde düzenlenen pek çok düzenlemeye de taraf olmayı tercih etmişlerdir. İngiliz hukuk sisteminin düalist yapısı nedeniyle AB hukuku ile AB milletlerarası özel hukukunun uygulandığı durumlar ve *Common Law'un* bağlama kuralları uygulamasından bağımsızdır.

İngiliz hukukunda, AB hukuku yerine İngiliz milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulandığı durumlar ikiye ayrılmaktadır[543]. İlk olarak mahkemenin önüne gelen uyuşmazlık konusunun doğrudan *Common Law* dâhilinde kabul edilmesi ve ikinci olarak ise konunun esas olarak AB hukukunca düzenlenmiş olmasına rağmen, istisna hükümleri veya millî hukukun uygulanmasına ilişkin açık hükümler nedeniyle, millî hukuklara göndermede bulunulmasıdır. Maddi hukuka ait olan konular ilk gruba dâhil olduğundan, bunlar hakkında, doğrudan *Common Law* hükümleri uygulanır. İngiliz milletlerarası özel hukukundaki AB etkisinin pek çok alanda artması nedeniyle, gelecekte milletlerarası özel hukuk alanında *Common Law* uygulamasının belki de nadiren görüleceği, doktrinde ifade edilmiştir[544]. Ancak İngiltere'nin AB üyeliğinden ayrılması süreci (*Brexit*)[545], bu yorumların tekrar gözden geçirilmesi ihtiyacını doğurmaktadır. Bu çalışmanın kaleme alındığı dönem içinde İngiliz Hükümetinin AB kapsamındaki andlaşmaların evrensel

[543] İngiliz milletlerarası özel hukukunu Kıt'a Avrupası devletleri hukuk kurallarından ayıran en önemli özellik, milletlararası sözleşmelerin bağlayıcılığı noktasında ortaya çıkmaktadır. İngiltere'nin taraf olduğu, kişilerin haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler İngiliz Parlamentosu tarafından, bu sözleşmenin devlet içinde uygulanmasına dair bir yasa çıkarılmadıkça, iç hukukta bağlayıcı olmamaktadır. Bu nedenle, İngiliz kanunlar ihtilâfı hukuku mevzuatında, milletlerarası sözleşmelere dayanan pek çok yasa bulunmaktadır. Milletlerarası sözleşmelerin uygulanmasına yönelik bu yasalar tek tip olmadığı gibi, bunların mahkemelerce yorumlanmasında da farklılıklar vardır. İngiliz mahkemelerinin bu tutumunun, uluslararası sözleşmeler yoluyla sağlanmaya çalışılan yeknesaklığın önünde bir engel oluşturduğu düşünülmektedir.

[544] Altıparmak, 2017, a.g.k., s. 46 vd.

[545] Birleşik Krallık, 23.06.2016 tarihinde Avrupa Birliği üyeliğinin sona erip ermeyeceği hakkında bir referandum gerçekleştirmiş ve oy kullananların %51,9'u üyelikten Krallığın, Avrupa Birliği üyeliğinden çıkma yönünde oy kullanmıştır. Oylama sonuçlarına Birleşik Krallığın Seçim Komisyonunun resmi internet adresinden erişilebilir: http://www.electoralcommission.org.uk/find-information-by-subject/elections-andreferendum s/upcoming-elections-and-referendums/eu-referendum/electorate-and-countinformation>, Erişim tarihi 21.09.2017.

özelliği dikkate alınarak İngiltere'nin taraf olacağı hakkındaki açıklamaları olmakla birlikte[546], konunun belirsizliği özellikle İngiliz hukuk uygulayıcılarını tedirgin etmektedir[547]. Bu bakımından öncelikle kısaca *Brexit* sürecinin İngiliz hukuk sistemi üzerindeki etkileri üzerinde durmak istiyoruz[548].

Avrupa Birliği Antlaşması (*ABA*) m. 50[549]'de Avrupa Birliği üyesi bir ülkenin Birlik'ten ayrılışı düzenlenmektedir. Bu kapsamda 2009 yılında yürürlüğe giren *Lisbon Antlaşması* ile Birlik üyeliğinden ayrılış[550], ABA m. 50 ile birlikte uygulanacaktır. ABA m. 50 ile Birlik'ten ayrılma isteği ve niyeti belirtilirken; *Büyük Fesih Yasası (The Great Repeal Bill)* olarak bilinen uygulama ile de Birlik hukukunun İngiltere iç hukukuna aktarılması süreci yazılacaktır.

Birleşik Krallığın Birlik'ten ayrılması, nedenleri ve sonuçları ile ayrıntılı olarak incelenmesi gereken bir konudur. Çalışmamızın ana konusu olmaması nedeniyle bu bölümde kısaca Birleşik Krallığın ayrılış sürecinden bahsetmek istiyoruz. AB'den çıkma tartışmasının özellikle İngiltere gibi AB'nin ikinci büyük ekonomisini oluşturan büyük ve köklü bir devlette ortaya çıkması sürprizdir. Ancak, özellikle AB'ni 2004'te

---

[546] Independent Post, <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/after-brexit-1000-new-laws-will-be-passed-with-no-parliamentary-scrutiny-a7656981.html>, Erişim Tarihi: 20.04.2017.

[547] Express Daily, <http://www.express.co.uk/news/politics/709857/EU-laws-Brexit-What-will-change-Britain-leave-EU-migration-trade-farmers>, Erişim Tarihi: 20.04.2017.
British Reuters, <http://uk.reuters.com/article/uk-britain-eu-lawmaking-idUKKBN17037I>, Erişim Tarihi: 20.04.2017.

[548] İngiliz hükümetinin siyasi olarak ne şekilde hareket edileceği bilinmediği için bu noktadaki açıklamalar düzenlemelerin evrensel nitelikleri göz önüne alınarak, tahmin sonucunda kaleme alınmıştır. Benzer açıklamalar hakkında bkz. Andrew Dickinson (2016) Back to The Future: The UK's EU Exit and The Conflict of Laws, *Journal of Private International Law, Vol. 12, Is. 2*, 195-210.

[549] *1. Her üye devlet, kendi anayasal kurallarına uygun olarak Birlik'ten ayrılmaya karar verebilir.*
2. Ayrılma kararı alan üye devlet, bu isteğini Avrupa Birliği Zirvesi'ne bildirir. Birlik, söz konusu devletle, Avrupa Birliği Zirvesi tarafından belirlenen yönlendirici ilkeler ışığında, bu devletin Birlik ile gelecekteki ilişkisinin çerçevesini dikkate alarak, ayrılmaya ilişkin kuralları belirleyen bir anlaşmayı müzakere eder ve akdeder. Bu anlaşma, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 218. maddesinin 3. paragrafına uygun olarak müzakere edilir. Anlaşma, Birlik adına, Avrupa Parlamentosu'nun muvafakatini aldıktan sonra, nitelikli çoğunlukla hareket eden Konsey tarafından akdedilir.
3. Antlaşmalar'ın ilgili üye devlete uygulanması, ayrılma anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihte, bunun gerçekleşmemesi halinde, Avrupa Birliği Zirvesi oybirliğiyle ve ilgili üye devletle mutabık kalarak süreyi uzatmadığı takdirde, 2. paragrafta belirtilen bildirimden iki yıl sonra sona erer.
4. 2 ve 3. paragrafların amaçları doğrultusunda, ayrılan üye devletin Avrupa Birliği Zirvesi'ndeki veya Konsey'deki temsilcisi, Avrupa Birliği Zirvesi veya Konsey'de kendisini ilgilendiren görüşmelere ve kararlara katılamaz. Nitelikli çoğunluk, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 238. maddesinin 3. paragrafının (b) bendine göre belirlenir.
5. Birlikten ayrılan bir devlet Birliğe yeniden katılmak isterse, talebi 49. maddede belirtilen usule tabi olur.

[550] Bilgin, A. Aslı (2014), Avrupa Birliğinden Çekilme Hakkı: Sonun Başlangıcı Mı?, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 3-44*, s. 205; Çamlıca, Ferhat (2012), Avrupa Birliği ve Ekonomik Parasal Birlikten Ayrılmanın Lizbon Antlaşması Çerçevesinde Değerlendirilmesi, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt 11, S. 1,* s. 25-40.

gerçekleşen 5. genişleme projesi kapsamında özellikle Doğu Avrupa ülkelerinin katılımı sonrasında, İngiliz ekonomisinin yükünün arttığı söylenmektedir[551]. Pek çok yönden farklı hukuki yapı ve kültürlere sahip Avrupalı devletlerin AB kurallarına tabî olması entegrasyonu zorlaştırmaya başlamıştır. Bunun yanında 2008 yılında meydana gelen global ekonomik kriz de İngiltere ve Almanya'nın ekonomik yükünü arttırması nedeniyle, özellikle İngiltere'de AB'nin meşruiyeti tartışılmaya başlanmıştır.

İngiltere'nin yazılı bir anayasası yoktur. Geleneksel Anglosakson hukuk rejimine sahip olması nedeniyle de AB'den çıkmak için maddi hukuk kurallarına sahip değildir[552]. Bu nedenle İngiltere'de gerçekleştirilen çıkma referandumu, doğrudan hukuken bağlayıcı değildir. İngiliz hukukuna göre egemen olan organ ve yapı parlamentodur. İngiliz halkının referandum sonucunda AB'den ayrılmak yönünde ortaya koyduğu iradenin, İngiltere Partamentosunca, hukuken bağlayıcı olacak şekilde onaylanması gerekmektedir. Parlamento onayı sonrasında, AB'den çıkmaya ilişkin kararın, Kraliçe veya İngiltere hükümeti tarafından Avrupa Konseyi'ne sunulması gerekmektedir[553].

Referandum sonrasında yetki yasa tasarısının Avam Kamarası ve Lordlar Kamarasında da kabul edilmesi ertesinde[554] İngiliz Hükümeti 12 maddelik AB'den ayrılma stratejisi oluşturmuştur. *Brexit* sonrasında Britanya'nın AB kurumları, bütçesi, AB Hukuku ile ilişkileri ve ticari sürecinin müzakere edilmesi gerekmektedir. Zira, Britanya mal ve hizmet satımı/alımı ilişkisinin yarısına yakınını AB ile yapmaktadır. Hükümet stratejisinin belirlenmesi sonrasında 29 Mart 2017'de üyelikten çıkmak için resmen AB'ye başvuru yapılmıştır[555].

---

[551] Arsava, Füsun (2018), AB'den Çıkma – Brexit'in Nedenleri ve Hukuki Çerçeve, *Hukuki, Siyasi Ve İktisadi Yönleriyle Avrupa Bütünleşmesinde Son Gelişmeler ve Türkiye-AB İlişkileri, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma Ve Uygulama Merkezi (ATAUM),* s. 9.

[552] Arsava, 2018, a.g.k., s. 23.

[553] *Brexit* ve İngiltere'nin referandum süreci için bkz. Topaloğlu, Gökçe (2018), Avrupa Birliğinden Ayrılma Hakkı ve Brexit Süreci, *TAAD, Y. 9, S. 34*, s. 342.

[554] 29 Mart 2017 tarihli BBC Türkçe İnternet Sitesi Haberi bkz. <http://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-39417140>, Erişim Tarihi: 20.04.2017. Hunt, Alex ve Wheeler, Brian, Brexit: All you need to know about the UK leaving the EU, 30 Mart 2017, BBC, <http://www.bbc.com/news/uk-politics-32810887>, Erişim Tarihi: 03.07.2018.

[555] Jean Pisani-Ferry, Norbert Röttgen, André Sapir, Paul Tucker, Guntram B. Wolff (2016) Europe after Brexit: A Proposal for a Continental Partnership, Harward Business School Science, s. 1-12. <https://ces.fas.harvard.edu/uploads/files/Reports-Articles/Europe-after-Brexit.pdf>, Erişim Tarihi: 20.04.2017.

Hukukî sürecin işlerliği bakımından İngiliz hukukunda neler olacağını tahmin etmek esasında zor değildir[556]. Gerek maddi hukuka ait düzenlemeler bakımından gerekse de kanunlar ihtilâfı bakımından pek çok alanda *Brexit* sürecinin yansımaları olacaktır[557]. Zira AB sözleşme ve Tüzükleri uygulama alanları bakımından iki şekilde düzenlenmektedir: İlk olarak sadece AB üye ülkeleri tarafından uygulanması kabul edilen sözleşme ve Tüzükler, ikincil olarak ise AB üyesi olmadan da uygulanması mümkün olan, evrensel uygulama alanı bulan sözleşme ve Tüzüklerdir. Bu kapsamda gerek İngiliz Hükümet yetkililerinin mevcut söylemleri gerekse de halin şartları, İngiltere için topyekûn AB sürecinden ayrılışın söz konusu olmayacağı görülmektedir. Zaten İngiliz Hükümeti tarafından açıklanan *Büyük Fesih Yasası Uygulama Raporu*[558] da AB müktesebatının iç hukuka aktarılması usulü ve şeklini anlatmaktadır. Bunun ötesinde İngiltere parlamentosu AB tüzüklerinin ulusal hukuka doğrudan aktarılmasına ilişkin karar alabilir. İngiltere iç hukukunun ayrılma sonrasında AB hukukuna uygun yorum yapılması şartı da ortadan kalkacaktır. Böylece AB üyesi olmayan devletler AB düzenlemelerine tabi olmayağından, AB'den ayrılan bir devletin de AB düzenlemeleri ile bağlı kalması düşünülemez[559]. Bir diğer ifade ile AB düzenlemeleri İngiltere üzerinde geçerli ve bağlayıcılığı olmayacak; ancak, verilen eski kararlar içtihat olarak uygulama alanı bulacaktır[560].

Ancak, örneğin *Brüksel I Tüzüğü*[561] gibi uygulama alanı bakımından sadece AB üye devletleri arasında uygulanacak olan düzenlemeler *Brexit* sonrasında uygulanmayacaktır[562]. Ancak bu konuda bir uyum yasası ile *Brüksel I Tüzüğü* iç hukuka

---

[556] Dickinson, 2016, a.g.k., s. 2001.
[557] Dickinson, 2016, a.g.k., s. 2000.
[558] Legislating for the United Kingdom's Withdrawal from the European Union, Secretary of State for Exiting the European Union by Command of Her Majesty, 2017, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604516/Great_repeal_bill_white_paper_accessible.pdf, Erişim Tarihi: 07.07.2018.
[559] ABAD kararları bakımından bkz. Burri, Thomas (2017), Brexit Addendum: Why the 'Great Repeal Bill' Will Not Be So Great, s. 2, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2966683>, Erişim Tarihi: 10.07.2018.
[560] Legislating for the United Kingdom's Withdrawal from the European Union, par. 1.11-1.12.
[561] Hukukî ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2001/44 EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (*Brüksel I Tüzüğü*), Council Regulation EC No 44/2001 of December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of the Judgments in Civil and Commercial Matters: OJ L 12 - 16.01.2001, s.1-23.
[562] *Brüksel I Tüzüğü* hakkında bkz. Küçükyalçın, Arzu (2004), Brüksel I. Tüzüğü'nde Tüketici Akitlerine İlişkin Milletlerarası Yetki Kuralları, *TBB Dergisi, S. 55,* s. 332-359; Birinci-Uzun, Tuba (2014), Avrupa Birliği'ne Üye Devletler Arasında Mahkeme Kararlarının Serbest Dolaşımı, *TAAD, Yıl:5, Sayı:19 (Ekim*

aktarılacaktır. Öte yandan *Roma II Tüzüğü* gibi evrensel uygulama alanına sahip olan (*Roma II Tüzüğü m. 1*) düzenlemeler bakımından İngiltere yukarıda açıkladığımız hukuk ayrımına ilişkin geliştirdiği ve düzenlediği iç hukukuna dair düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla taraf olmaya devam edebilecektir[563]. Bu durum belirlenmesi tamamıyla İngiliz hükümetinin tasarrufları altındadır[564].

İngiliz kanunlar ihtilâfının genel sistematiği ile *Brexit* süreci değerlendirildikten sonra haksız fiiller bakımından İngiliz kanunlar ihtilâfı düzenlemeleri ve hukuk seçimi hakkındaki görüşleri ele alabiliriz. İngiliz hukukunda, haksız fiilden doğan kanunlar ihtilâfına ilişkin genel kabul edilen kural özellikle eski tarihli bir karar olan *Phillips v. Eyre*[565] kararıdır[566]. Kurala göre yabancı unsurlu haksız fiilden kaynaklanan bir talebin İngiliz mahkemelerinde aranması için İngiliz hukukuna göre talep edilebilir olmalı ve haksız fiilin meydana geldiği yer bakımından da fiilin haksız olması gerekmektedir. Doktrin bu durumu *lex foriye* dayanan çift başlı bir bağlama kuralı olarak kabul etmiştir[567]. Ancak, haksız fiili meydana getiren fiilin ika yeri hukukuna göre hukukî sorumluluğa yol açan herhangi bir fiil olarak kabulü yerinde olmamıştır[568]. Zira, kuralın ilk kısmı sorumluluğun hukukî niteliğinin tayini bakımından İngiliz hukukunun kontrolünün olması, *lex forist* bir yaklaşımın esas alındığı yorumlarına sebep olmuştur[569].

2014), s. 997-1037; Harris, J. (2001) The Brussels Regulation, *Civil Justice Quarterly, Vol. 20, July, 2001*, s.219.

[563] Yine *Brexit* sonrasında en çok etkilenecek olan hukuk düzenlemelerinden biri de rekabet hukukudur. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Özkan, Ahmet Fatih (2016), "*BREXIT*" Sonrası İngiliz Rekabet Hukukunu Neler Bekliyor? *Rekabet Forumu S. 104,* s. 5-15.

[564] Jürgen Basedow (2016), Brexit und das Privat- und Wirtschaftsrecht, ZEuP – Zeitschrift für Europäisches Privatrecht. Makalenin İngilizce metni için bkz. Conflict Laws, <http://conflictoflaws.net/2016/basedow-on-brexit-and-private-international-law/>, Erişim Tarihi: 20.04.2017.

[565] Court of Common Pleas, Phillips v Eyre (1870) LR 6 QB 1. Wikipedia, <https://en.wikipedia.org /wiki/Phillips_v_Eyre>, Erişim Tarihi: 20.04.2017.

[566] Leonard Lazar (1968), Phillips v. Eyre Revisited, *The Modern Law Review, Vol. 32, No. 6 (Nov., 1969*), s. 638-647 Modern Law Review Stable, <http://www.jstor.org/stable/1093640>, Erişim Tarihi: 20.04.2017.

[567] Doktrindeki görüşler için bkz. Güngör, 1992, a.g.k., s. 182 vd.

[568] Zira, *Phillips v. Eyre* kararı, İngiliz mahkemelerinin daha önce verdiği benzer kararların bir toplamı ve değerlendirilmesi sonucunda oluşan politikanın bir sonucudur. Belirtilen çift başlı kuralın ilk kısmının kaynağı *The Halley* yetkiye ilişkin bir karmaşadan bahsedilmemiştir. İka yeri hukuku, İngiliz hukukunun (*lex fori*) uygulanmasını davalı lehine savunan bir vasıtası olarak belirtilmiştir. Bunun yanında, *Selwyn L.J.*, kararı İngiliz kanunlar ihtilâfı hukukuna göre faile sorumluluk yüklemeyen bir fiille yabancı hukukun doğrudan uygulanmasının İngiliz otorite ve ilkelerine aykırı olduğu düşünülmüş ve bu nedenle davayı dava esastan reddedilmiştir. *The Halley* davasını takip eden davaların yorumu sonrasında ilk olarak İngiliz hukukuna göre yabancı unsurlu bir talebin haksız fiil sorumluluğuna yol açabilmesi, ikinci olarak ise fiilin meydana geldiği yerihukukuna göre hukukî sorumluluğa yol açan herhangi bir fiil olarak kabul edilmesi gerekmetktedir. Güngör, 1992, a.g.k., s. 182 vd.

[569] Güngör, 1992, a.g.k., s. 182 vd.

Hâl böyle olunca haksız fiili meydana getiren fiil, ika yeri hukukuna göre hukuken haksız fiil olarak değerlendirilmesi sonrasında, İngiliz hukukuna (*lex fori*) göre haksız fiil olarak nitelendirilmediği sürece İngiliz mahkemeleri davanın esasına giremeyecektir[570].

İngiliz hukukunda haksız fiillere ilişkin uygulanacak hukuk olan *lex fori*, uyuşmazlığın hem esasına hem de usulüne yönelik olarak yönetimi eline alacaktır. Fiilin hem haksız fiilin meydana geldiği yer hukuku hem de İngiliz hukukuna (*lex fori*) göre haksız fiil sorumluluğu olarak tanınan hallerde ise, İngiliz Mahkemeleri çağdaş yaklaşımlara başvurmuştur. Bu yaklaşımların ilk görüldüğü karalardan biri *Boys v. Chaplin* kararıdır[571]. İngiliz mahkemelerinin verdiği kararda Malta'da meydana gelen trafik kazasında Malta kanununa göre, ekonomik olmayan hasarlar (*acı çekme, refleks kaybı*) talep edilebilir değildir. Sadece mali kayıpların telafi edilmesi kabul edilmiştir. Davacının İngiltere'de dava açtığı davada, mahkeme, ekonomik olmayan hasarlara ilişkin sorumluluğu hariç tutan kuralın Malta'nın maddi hukukunun bir parçası olup olmadığını veya sadece Malta'daki bir mahkemenin verebileceği çözümlerle ilgili olup olmadığı sorununu cevaplamak amacıyla hareket etmiştir. Bu noktada özellikle hukuk seçimi üzerinde durulmuştur. Mahkeme Malta hukuku ile İngiliz hukuku arasında yukarıda belirtilen genel kuraldan hareket ederek bir cevap vermeye çalışmış ve İngiliz hukukunu uygulamıştır. Yüksek mahkemenin onayladığı bu karar sonrasında, mahkemenin dayandığı gerekçe tam olarak anlaşılamasa da doktrinde İngiliz mahkemelerinde bu karar sonrasında üç bağlama kuralı esasının birlikte aranması gerektiği ileri sürülmüştür[572]. Buna göre haksız fiil, olay ve taraflarla en sıkı ilişkili hukukun ya da en uygun hukukun uygulanması, *lex fori'nin* uygulanması ve nihayet ika yeri hukukunun uygulanması bakımından haksız fiil teşkil eden bir durum olarak düzenlenmelidir[573].

Boys v. Chaplin davasında doktrinde 40 yılı aşkın bir süredir tartışılan "*en uygun hukuk doktrini*" nihayet uygulanmıştır. Davada en uygun hukuk *lex fori* olarak belirlenmiştir. En uygun hukuk doktrini (*proper law doctrine*) *Morris* tarafından, klâsik Amerikan kanunlar ihtilâfı genel geçerliğine karşı geliştirilmiş bir tepki doktrinidir.

---

[570] Güngör, 1992, a.g.k., s. 202 vd.
[571] *Boys v. Chaplin, HL ([1971] AC 356, [1969] 3 WLR 322, [1969] 2 All ER 1085),* <http://swarb.co.uk/boys-v-chaplin-ca-1968/>, Erişim Tarihi: 11.04.2017.
[572] Güngör, 1992, a.g.k., s. 188 vd.
[573] Güngör, 1992, a.g.k., s. 188 vd.

Morris, haksız fiilin meydana geldiği yer kuralı olarak ika yeri hukukunun uygulanmasını "*mekanik son olay doktrini (mechanical last event doctrine)"* olarak adlandırmaktadır. *Morris* doktrini bunu yıkmayı amaçlamaktadır. *Morris'e* göre, her somut olayda, ilgili olayın tüm özellikleri ve vasıfları dikkate alınmaksızın, tesadüfî şekilde ika yeri kuralını uygulamak hakkaniyete hizmet etmeyecektir. Bu nedenle, ona göre, fiiller ve sonuçlar zinciriyle en sıkı irtibatlı hukuk olan "*en uygun hukuk (proper law)"* uygulanmalıdır. En uygun hukuku tespit ederken tüm irtibatlar değerlendirilmekle birlikte, esas olarak, zararın meydana geldiği yer, fiilin işlendiği yer, tarafların ikametgâhı, tâbiiyeti ile taraflar arasında haksız fiil öncesi mevcut olan hukukî ilişkinin merkezinin bulunduğu yerdir. *Morris*, bu şekilde irtibatları tespit ederken, sorunları da küçük gruplara bölmekte ve altındaki sosyal faktörleri tahlil etmektedir[574] [575].

Boys v. Chaplin davası İngiliz kanunlar ihtilâfı bakımından radikal bir değişiklik meydana getirmese de *Proper Law* uygulaması ve esneklik fikrinin kabul edilmesi bakımından dikkate değer bir karardır. İngiliz milletlerarası özel hukuk sistematiğinin bir özelliği olarak ika yerinin tespiti ile İngiltere mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bakımından bağlantının kurulması bakımından tartışmalar da bu karar sonrasında dikkate değer biçimde artış göstermiştir[576]. Yabancı unsurlu haksız fiillerin meydana getirdiği uyuşmazlıkların çözümüne uygulanacak hukukun tespit edilmesi, İngiliz mahkemelerinin verdikleri kararlar sonrasında, esneklik fikrinin kabul edilmesiyle 1990 yılında yayınlanan milletlerarası özel hukuk komisyonu tarafından hazırlanan son rapor ve ön kanun tasarısı ile yeniden gündeme gelmiştir. 1990 Raporu ve ön kanun tasarısının temel özelliği geleneksel İngiliz çift başlı bağlama kuralına dayanan sistematiğin revize edilmesidir. 1990 Raporu, haksız fiillerden kaynaklanan yabancı unsurlu taleplerde ika yeri hukukunun, *proper law* istisnası ile birlikte uygulanmasını kabul etmektedir. Bu durumun amacı ika yeri hukukunun uygulama alanını, *proper law* lehine sınırlamaktır. Böylece genel kurala esneklik kazandırılacaktır.

1990 Taslak Raporu, bağlama noktası olarak *lex delicti loci* kuralının vasıflandırılması aşamasını atlamış ve haksız fiili, sebep olduğu zararlar itibariyle bir

[574] Proper Law Doktrini hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Morris, J.H.C. (1950), The Proper Lavv of A Tort, *Harv. L. Rev., C. 64 (1950-1951),* s. 881-885.
[575] *Boys v. Chaplin* davasının, genel kurala hakkaniyet icabı getirilmiş bir istisna olmaktan öteye gidemediği hakkındaki görüş hakkında bkz. Güngör, 1992, a.g.k., s. 188 vd.
[576] Güngör, 1992, a.g.k., s. 190 vd.

hukuk ile doğrudan bağlantısını kurmuştur. Bu şekilde doğrudan bağlantı kurarak, haksız fiili meydana getiren hareketin veya zararın birçok ülkede gerçekleştiği hallerde, ika yerinin tespiti konusunu da çözmüşmüştür[577]. İngiliz haksız fiil hukukunda ika yerinden anlaşılan kişiye ve mala karşı zararlarda kişiye ve mala karşı hareketin yapıldığı yer iken, hareket sonucunda ölüm meydana gelmiş ise ölümün gerçekleştiği yer ika yeri hukuku olarak sayılacaktır[578]. Eğer ki, haksız fiili meydana getiren veya ölüm olayının gerçekleştiği ülke hukuku, olay ile uzak bağlantılı ve tarafların sosyal, ekonomik yaşantısının sonucu olarak daha çok bir başka ülke ile irtibatın tesis edilmesi durumunda, bu ülke hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. İngiliz kanunlar ihtilâfı sistematiği, muhtelif özel haksız fiil türleri bakımından özel bağlama noktaları kabul etmemiştir. Bunun yerine, her durumun ayrıca değerlendirildiği ve bağlama noktalarının oluşturulduğu haller kabul edilmiş, nihayet bu durumun tespit edilmesi görevini de *ad hoc* olarak hâkime vermiştir[579] [580].

Kanada ve Avustralya'nın tersine, İngiltere'deki *lex loci delicti* kuralının yönetimine geçişi bir Tüzük ile sonuçlandı. Komisyonun hazırladığı Rapor 1995 yılında İngiltere Uluslararası Özel Hukuk Kanunu olarak yürürlüğe girdi. Bu reformun ilham kaynağı, İngiliz ve İskoç Hukuk Komisyonlarının haksız fiil ve kanunlar ihtilâfına ilişkin hazırladığı ortak rapordur[581]. Kanun tamamen Komisyon raporları doğrultusunda değil, birçok hususun değiştirilmesi sonrasında kabul edilmiştir. Bununla birlikte, *lex loci delicti* temel seçim kuralı olarak hem Komisyon önerileri hem de 1995 Kanununun raporu doğrultusunda eklenmiştir. İlginçtir ki, *lex loci delicti* kuralının uygulanmasındaki esas

---

[577] Janet Walker (2000), "Are We There Yet?": Towards a New Rule for Choice of Law in Tort, *Osgoode Hall Law Journal Vol. 38, Is. 2*, 331-367.

[578] Walker, 2000, a.g.k., 335.

[579] 1995 kanunun ön hazırlığı olan 1990 Raporu bazı özel haksız fiil türleri açısından sadece bağlama kuralları önermiştir. Özellikle basın yayın yoluyla işlenen haksız fiiller ile açık deniz ve serbest hava sahasında işlenen haksız fiillere dair tek taraflı özel düzenlemeler kabul etmiştir. Yabancı bir ülkede basın yayın yoluyla meydana gelen haksız fiiller, daha önce ya da olay ile aynı zamanda Birleşik Krallık'da da meydana gelmiş ise ilgili haksız fiilin meydana geldiği yer olarak Birleşik Krallık hukuku uygulanacaktır. Açık deniz veya serbest hava sahasında ika edilen haksız fiiller bakımından ise lex fori'ye tâbi düzenlemelerin uygulanması kabul edilmiştir. Adrian Briggs (1995), Choice of Law in Tort and Delict, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly (L.M.C.L.Q.), Vol. 1*, s. 519.

[580] İngiliz Kanunlar İhtilâfı kurallarında yetkili olan hukukun uygulanmasına dört halde sınırlama getirilmiştir. Buna göre, yetkili hukuk hâkimin hukukunun kamu düzeni ya da emredici kurallarına aykırı, devlet gücü, kamu hukuku karakterli veya hâkimin hukukuna göre usul hukukuna ilişkin bir düzenleme ise lex fori uygulanacaktır. Öte yandan Birleşik Krallık sınırları içerisinde meydana gelen tüm haksız fiillere, Birleşik Krallık hukuku uygulanacaktır. Böylece atıf kuralının uygulanması da bertaraf edilmiş olacaktır. Briggs, 1995, a.g.k., s. 519.

[581] Briggs, 1995, a.g.k., s. 520.

amaç, geçmişten gelen geleneklere bağlı kalmak değil; özellikle Kıt'a Avrupası ile yakışlaşma, hukukî kesinlik, güvenlik, öngörülebilirliktir[582]. Komisyonlarda *lex loci delicti'nin* uygun bir bağlama noktası olmayacağı yönünde eleştiriler yapılmış olsa da Komisyon ayrıntıları bir kenara bırakarak *lex loci delicti'nin* sınır ötesi haksız fiiller bakımından tüm durumlarda uygulanmasına karar vermiştir.

Kanada, Avusturalya ve ABD hukuklarındaki gelişmeleri de takip eden İngiliz hukukçuları, hazırlamış oldukları raporlarda görüldüğü üzere Kanada'da *Tolefson Kuralı*, Avusturalya'da ise *Pfeiffer ve Renault* kararlarından *Anglosakson* hukukundaki yaklaşımlarından etkilenmemişlerdir[583]. Bu doğrultuda *New York Temyiz Mahkemesi* tarafından verilen *Bobcock v. Jackson* kararının *Kıt'a Avrupası* hukukunda yarattığı etkinin dolaylı yansıması İngiliz hukukçuları da etkilemiştir. Öte yandan, *Morris* tarafından ileri sürülen *Proper Law* doktrininden etkilenen kimi yazarlarında *Bobcock v. Jackson* kararı doğrultusunda, *Proper Law* doktrini ile en sıkı irtibatlı hukuk yaklaşımının bütünleştirilmesini de önermişlerdir[584].

Son olarak İngiliz hukukunda hukuk seçimi kavramına değinmek gereklidir. İngiliz hukukunda hukuk seçimi, ihtilâfın hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirliği bakımından kabul edilmiştir. Ancak hukuk seçimi her zaman elverişli sonuçlar meydana getirmez. Mahkemeler, en sıkı ilişkili hukuk olarak kendi mahkemelerinin kanunlarını uygulamalıdır[585]. İkinci olarak mahkemeler yabancı yetki yerine kendi kanunlar ihtilâfı kurallarını tercih ederler[586]. Eğer taraflar arasında bir hukuk seçimi mevcut ise, bu durum mahkemenin yargı yetkisini de ihtiva etmesi gereklidir[587]. Ancak taraflar arasında sadece bir yargı yetkisi andlaşması var ise bu durumda, doğrudan uygulanacak hukukun da yargı yetkisini[588] ihtiva eden andlaşmayı içermesi gerekmemektedir[589].

---

[582] Mortensen, 2006, a.g.k., s. 847.
[583] Mortensen, 2006, a.g.k., s. 848.
[584] Walker, 2000, a.g.k., 336; Mortensen, 2006, a.g.k., s. 849.
[585] Hook, Maria (2014), The Choice of Law Agreement as as Reason for Exercisining Jurisdiction, *International and Comparative Law Quarterly*, *Vol. 63, October 2014,* pp. 963–975
[586] Nomer, 2015, a.g.k., s. 54 vd.
[587] Özkan, Işıl (2016), AB Hukukunun Üye Devletler Özel Hukukuna Etkisi, Ed: I. Özkan/ C. Süral/ U. Tütüncübaşı, *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 1-25
[588] Devletlerin yargı yetkisi ile uluslararası yetkisi kavramları birbirinden farklıdır. Yargı yetkisi (*yargı yetkisi*) uluslararası kamu hukuku uyarınca belirlenen bir yetkidir. Bir devletin uluslararası yargısı ise ilgili devlet tarafından serbestçe takdir edilen ve belirlenen bir yetkidir.
[589] Cheshire, North & Fawcett (2008), *Private İnternational Law,* 14th. Ed., Oxford, s. 9-10.

6. ARA SONUÇ: AMERİKAN METODOLOJİK KURAMLARININ GÜNÜMÜZE DAİR YANSIMALARI

Amerikan hukuku, kanunlar ihtilâfı hukukunun gelişimine ve metodolojisinin oluşmasında en ciddi katkı sağlayan hukuk sistematiğidir. Gerek mahkeme kararlarından hareketle gerekse de doktrindeki görüş zenginliği dikkate alındığında özellikle haksız fiillerin gelişimine en çok katkı Amerikan hukuk sistemi tarafından sağlanmıştır. İka yeri hukukunun öneminin belirtilmesi yanında, en sıkı irtibatlı hukuk yaklaşımının tespit edilmesi, görece irtbatların değerlendirilmesi, farklı irtibat noktalarına dayanan mahkeme kararlarının verilmesi ve nihayet tüm bunların bir kanun ve düzenleme altında sistematik olarak belirtilmesi ilk olarak Amerikan hukukunda görülmüştür.

Amerikan hukukunun haksız fiiller alanında katkıları ve doktrin ile mahkeme kararlarının zenginliği bguün de devam etmektedir. Yeni gelişmeler ışığında *Fiziksel ve Duygusal Zararlar (2011), Sorumluluğun Paylaştırılması (2000), Ekonomik Zararlardan Doğan Sorumluluk (2006) ve Ürün Sorumluluğu (1998)* ile *Çevresel Zararlara* uygulanacak olan maddi hukukun belirlenmesi ile kanunlar ihtilâfı hukukuna dair gösterici nitelikteki kuralların oluşturulmasında Amerikan hukukunun yine öncülük ettiği görülmektedir. Bu nedenle Amerikan hukuk sistemi bugün dahi haksız fiiller alanında hem maddi hukuk kuralların oluşturulması hem de kanunlar ihtilâfı hukuku açısından tüm dünyaya önderlik etmektedir.

Rest. I'deki sistematik ve katı bir yaklaşım İkinci Dünya Savaşı sonrasında meydana gelen gelişmelere cevap verememiştir. Amerikan doktrininde yapılan eleştiriler ve mahkemelerin uygulanacak hukukun tespitine ilişkin yeni metod ve yöntemler araması, özellikle haksız fiiller alanında her duruma cevap veren, esnek, katı olmayan, sistematik bir kanunlar ihtilâfı kuralının oluşturulmasını zaruri kılmıştır. Bu doğrultuda yıllardır Amerikan mahkemelerinde verilen kararlar dikkate alınarak *Rest. II* düzenmiştir. *Rest. II*. sistematiğinin en önemli özelliği olayın şartları göz önüne alınarak kanunlar ihtilâfı alanında düzenlenmemiş dahi olsa, hâkimin, meydana gelen hayat olayı ile ilgili olarak gerekli irtibat noktalarını tespit etmesi ve bu irtibat noktalarının işaret ettiği, tek bir hukuku meydana gelen hayat olayını idare etmesi için uygulamasıdır. Böylece, kanun koyucunun meydana gelen hayat tecrübelerinde en çok uygulanan bağlama noktalarını tespit ederek kanunda yer vermesi ile katı bağlama kurallarına alternatif kurallar

oluşturmak ve en sıkı irtibatlı hukukun belirlenmesi ile milletlerarası özel hukuk menfaatini tesis etmek amacına hizmet edilmiş olmaktadır.

Amerikan uluslararası özel hukukunda yer alan görüşlerin tamamı *Common Law* ve federe devletler arasındaki kanunlar ihtilâfı etkisi altında kalmıştır. Federe devletler arasındaki kanunlar ihtilâfı kuralları *lex fori,* mukayeseli hukuk ve en uygun yer mahkemesi (*forum conveniens*) presipleri esaslarına dayanarak açıklamak mümkündür. Bu tutum kararların birlikte alınması, milletlerarası karar ahenginin sağlanması ve kararların federe devlet seviyelerinde yer alması nedeniyle herhangi bir sorun meydana getirmemektedir. Bu durumun sonucu olan diğer bir hâl Amerikan hukukçularının federe devletlerarası kanunlar ihtilâfı sorunları ile Amerikan kanunlar ihtilâfı sorunları arasında bir fark görmemesidir. Amerikan mahkemeleri farklı statülerde bulunan haksız fiil sorunlarının tek bir kanunlar ihtilâfı kuralları ile çözmek istemektedir. Bu durum çeşitli tartışmalara yol açsa da federe devletlerarası kanunlar ihtilâfı kuralları arasında farklı, diğer devletlerarası ihtilâflarda farklı kurallar uygulamak fikri kabul edilmemiştir. Bu durumun ikilik yaratacağı ve milletlerarası karar ahenginden uzaklaşılacağı fikri ile karşı çıkılmıştır[590].

Amerikan mahkeme kararlarına baktığımızda pek çok irtibat noktasının kararların özünde yer aldığını görmek mümkündür. İka yerinden, zarar yerine; ikametgâh, vatandaşlık, mutad mesken bağlama noktalarından, şirket kuruluş ve işleyiş yerine olayın akışı ve çeşitliliği içinde farklı irtibat noktalarının Amerikan mahkeme kararlarında yer aldığı görülmektedir. Bu doğrultuda Amerikan mahkeme kararlarının geneli incelendiğinde görülmektedir ki, haksız fiiller alanında hâkimlerin halen en çok tercih ettiği irtibat noktası ika yeri kuralıdır[591]. Hâkimlerin, haksız fiillerde hâlihazırda haksız fiiller ile en sıkı irtibatlı bağlama noktasının ika yeri olması ve geleneksel olarak ika yeri kuralının uygulanmasının kolaylığından kaynaklanan sebeplerden dolayı ika yeri kuralının uygulanmasını tercih ettiği söylenebilir. Öte yandan Amerikan mahkemelerinde ika yeri yanında zarar yeri bağlama noktasının da ikinci olarak tercih edildiği görülmekle birlikte, hemen her mahkeme kararında ika yeri ile zarar yeri arasındaki farklar ve zarar yerinin olaydaki üstün yönünün tespiti noktasında mahkemelerin açıklama gayreti göze

[590] Tartışmalar için bkz. Göğer, 1970, a.g.k., s. 87.
[591] Ayrıntılı tablolar için bkz. Symeon C. Symeonides (2014), Choice of Law in the American Courts in 2013: Twenty-Seventh Annual Survey, *American Journal of Comparative Law, Vol. 62*, s. 42.

çarpmaktadır. Mahkemelerin uygulamada öncelikli olarak ika yeri kuralına başvurduğu, zarar yeri kuralını ise vatandaşlık, mutat mesken, ticari işletme ile bağlantılı ve haksız fiili meydana getiren fiil ile doğrudan bağlantılı olmasa da tarafların şahsı ile bağlantılı benzer irtibat noktalarının varlığı durumunda gündeme aldığı görülmektedir. İka yeri kuralının uygulandığı mahkeme kararlarında paragraf 6'da belirtilen genel ilkeler ile doğrudan yorum yapıldığı; ancak, zarar yeri ve diğer bağlama kurallarının uygulanması noktasında genel ilkelerin yanında paragraf 145/2'deki diğer irtibat noktalarına başvurularak, daha sıkı irtibatlı hukuk anlayışının uygulanacak hukukta ne için esas alındığını ayrıntılı olarak açıklandığı görülmektedir[592].

Ancak durum bu olmakla birlikte Amerikan Mahkeme kararlarında dikkat çeken esas husus son yıllarda pek çok kararda ika yeri kuralının terk edilerek, esas bağlama noktalarına dikkat çekilerek kararlar verildiği görülmektedir. Özellikle 2017 yılında kırk[593], 2018 yılında kırk yedi[594], 2019 yılında ise artan oranda mahkeme kararlarında doğrudan ika yeri kurallarından vazgeçildiği çeşitli çalışmalarda vurgulanmıştır[595].

Amerikan Mahkeme kararlarında özellikle sözleşmeler ve haksız fiil düzenlemelerinin yarışması durumunda federe devletlerin farklı kararlar verdikleri görülmektedir[596]. Ancak federe devlet mahkemelerinin istikrarlı şekilde aynı yönde

---

[592] Bu konuda verilen farklı kararlar vardır. Kararların konusu daha önce verilen kararlar ile benzerdir. Bu nedenle sadece künyeleri verilecektir. *Schultz v. Boy Scouts of Am., 65 N.Y.2d 189, 480 N.E.2d 679, 491 N.Y.S.2d 90, 1985 N.Y. LEXIS 14675 (N.Y. Apr. 30, 1985).* Case Briefs, <https://www.casebriefs.com/blog/law/conflicts/conflicts-keyed-to-currie/choice-of-law-modern-approaches/schultz-v-boy-scouts-of-america-inc/>, Erişim Tarihi: 20.09.2017.
Edwards v. Erie Coach Lines Company, Court of Appeals of New York, 952 N.E.2d 1033 (N.Y. 2011). *Quimbee Law, <https://www.quimbee.com/cases/edwards-v-erie-coach-lines-company>, Erişim Tarihi: 20.09.2017.* Symeonides, Symeon C. (2012), Choice Of Law İn The American Courts in 2013: Twenty-Seventh Annual Survey *American Journal of Comparative Law, Vol. 60,* 1-76.

[593] Symeonides, Symeon C. (2017), Choice of Law in the American Courts in 2016: Thirtieth Annual Survey, American Journal of Comparative Law, vol. 65, no. 1, Spring 2017, p. 1-82. HeinOnline.; Symeonides, Symeon C. (2017), The Third Conflicts Restatement's First Draft on Tort Conflicts. Tulane Law Review, vol. 92, no. 1, November 2017, p. 1-52. HeinOnline. Erişim Tarihi: 11.09.2020.

[594] Symeonides, Symeon C. (2017), The Third Conflicts Restatement's First Draft on Tort Conflicts. Tulane Law Review, vol. 92, no. 1, November 2017, p. 1-52. HeinOnline. Symeonides, Symeon C. (2018), Choice of Law in the American Courts in 2017: Thirty-First Annual Survey, American Journal of Comparative Law, vol. 66, no. 1, Spring 2018, p. 1-88. HeinOnline. Erişim Tarihi: 11.09.2020.

[595] Symeonides, Symeon C. (2019), Choice of Law in the American Courts in 2018: Thirty-Second Annual Survey, American Journal of Comparative Law, vol. 67, no. 1, 2019, p. 1-98. HeinOnline. Erişim Tarihi: 11.09.2020.

[596] Symeonides, 2006, a.g.k., s. 90-91; Maurice Rosenberg (1981), The Comeback of Choice-of-Law Rules, *Columbia Law Rev*. *Vol. 15,* s. 946.

bağlama noktalarını kullanarak karar verdikleri görülmektedir. Örneğin *Florida*[597] *ve Tennessee Fedaral* mahkemeleri haksız fiillerden kaynaklanan kanunlar ihtilâfı hukukî sorunları sadece haksız fiil kuralları ile çözerken (*vasıflandırmayı haksız fiil çerçevesinde yaparken*), *Kentucky, Michigan, New Hampshire ve West Virginia Eyalet Mahkemeleri* sözleşme ilişkisi çerçevesinde kararlar vermişlerdir. Bu duruma sebep olan neden ise mahkemelerin çoğunlukla kasıtlı olarak vasıflandırma kurallarından birini seçmesidir. Bunun yanında, çoğunlukla mahkemelerin hukukî sorunların halli noktasında sonuca endeksli fırsatları değerlendirdiği tespit edilmiştir[598]. Ayrıca yine aynı mahkemelerin hayat olayında meydana gelen hukukî ilişkide ayrıma gittiği (*depeçage*), olayın özellikleri çerçevesinde haksız fiil ile sözleşme ilişkilerini ayırdığı görülmektedir[599].

Amerikan haksız fiil hukukunda önem arz konulardan bir diğeri de haksız fiiller alanında hukuk seçimi tartışmalarıdır. Amerikan haksız fiil hukuku düzenlemeleri tarafların haksız fiili meydana getiren olayın öncesinde veya sonrasında hukuk seçimi yapılmasını kabul etmemiştir. Amerikan doktrininde bu konuya ilişkin mesafeli yaklaşanların temel gerekçesi tamamen tesadüf ve şansa bağlı bir durum olan haksız fiillerin, bu öngörülemez durum için, hukukî kesinlik ve güvenlik ile öngörülebilirlik amacıyla kabul edilen hukuk seçimi kavramının ne şekilde sağlıklı olarak uygulanacağı noktasındaki tereddütler olduğunu belirtmiştik. Bu tereddüdün bir diğer nedeni, hukuk seçimi unsurunun taraf menfaati ve en sıkı irtibata haiz hukuk anlayışını sağlamadaki zorluğudur. Hukuk seçimi ile taraflar arasında menfaatin sağlanması, dengenin korunmasının gerekliliği; ancak tarafların eşit olmaması durumunda bunun

---

[597] Ancak Florida Mahkemelerinde istisnai olarak haksız fiil kararlarının dışında sözleşme ilişkisine dayanılarak kanunlar ihtilâfı sorunlarının da çözüldüğü görülmektedir. Davacı *Bayan Sturiano*, hatır yolcusu olarak bulunduğu ve eşi *Vito Sturiano'nun* kullandığı aracın ağaca çarpması sonrasında ağır yaralanmıştır. Çarpışmada arabanın sürücüsü olan kocası *Vito Sturiano* ölmüş ve *Bayan Sturiano, Bay Sturiano* tarafından aracın kusurlu olarak kazaya sebep olduğunu iddia ederek hem sigorta şirketinden tazminat istemiştir hem de mülklere ilişkin vasi tayin edilmesi talebinde bulunmuştur. *Bayan Sturiano'nun* talebi kazanın *Florida*'da meydana gelmesine rağmen, ika yeri kuralına göre değil, sigorta sözleşmenin akdedildiği yer olan *New York* kanunlarına göre neticeye bağlanmıştır. Mahkeme vermiş olduğu kararında *lex loci contractus* doktrinini elinde tutmuş ve sözleşme burada yürütüldüğünden *New York* yasasının uygulanması gerektiğini söylemiştir. *Sturiano v. Brooks, 523 So. 2d 1126* (*Fla. 1988),* Karar için bkz. <http: //www.leagle.com/decision/19881649523So2d1126_11481/STURIANO%20v.%20BROOKS>, Erişim Tarihi: 17.03.2017.

[598] Symeonides, 2006, a.g.k., s. 90.

[599] *P.V. v. Camp Jaycee* kararı için bkz. *P.V. v. Camp Jaycee Superior Court of New Jersey, Appellate Division, 393 N.J. Super. 19 (N.J. Super. App. Div. 2007)*, Justia Law Document, <http://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/2008/a-31-07-doc.html>, Erişim Tarihi: 11.09.2020.

sağlanmasındaki zorluk, haksız fiil ilişkisinde hukukun seçimine endişeyle yaklaşılması sonucunu doğurmuştur.

Amerikan hukukunda hukuk seçimine ilişkin görüşler dışında, ilginç söylemler de dile getirilmiştir. Buna göre hukuk seçiminin asıl özü, yasaların dogmatik yapılarını kırmak, ülkelerin ve hâkimlerin her durumda *lex forist* yaklaşımlarının önüne geçmeyi temin etmektir. Hukuk seçiminin hemen her alanda kabul edilmesinin gerekliliği vurgulanırken, sadece sözleşmeler veya haksız fiiller değil; hukukun hemen her alanında tarafların seçim yapmasını temin etmek, devletlerin egemenlik haklarının bir ihlali olarak yorumlanmamalıdır. Yazarların temin etmek istediği tek bir yöntem, teori veya ideoloji değil[600]; ancak gerçek tarafsızlığı yansıtan birleşik, farklı hukuk ailelerine ait hukuk sistemlerine izin vermeyi, nihayet hukuk seçimi üzerine doktrinler ve yeni yöntemler üretmek için kültürler arası iş birliği sağlayarak, milletlerarası karar ahenginin eşgüdüm çerçevesi derinleştirilmesi, küresel hukuk barışının sağlanmasıdır. Tüm bu görüşler son önemde doktrinde ve yargı kararlarında tarafların hukuk seçimi yapmalarının mümkün olacağına ilişkin kanaati arttırmıştır. Hukuk seçimi, Amerikan kanunlar ihtilâfı hukukunda uyuşmazlıklarda, "*kesinlik*" ve "*öngörülebilirlik*" sağlamasına yardımcı olacak bir enstrüman olacaktır[601].

Konunun daha iyi anlaşılması açısından, hukuk seçimi hususunda bir düzenleme gerekliliği mevcutsa da halihazırda haksız fiiller açısından veya akit dışı borç ilişkileri hakkında hukuk seçimi yapılabilecektir. Zira Amerikan kanunlar ihtilafı düzenlemelerinin genel sistematiği bu yoruma açıktır. Hukuki kesinlik, güvenlik ilkelerinin yanında, esnek yapısı olan *Rest. II*, özellikle *Leflar'ın* seçimi etkileyen mülahazalar bahsinde de dile getirdiği üzere mevcut sistem üzerinden ve *Rest II'nin* esnek yapısı ile hukuk seçiminin yapılabileceği de düşünülebilir[602]. Dolayısıyla özellikle sözleşmeden kaynaklı borç ilişkilerinde uygulanacak olan hukukun taraflarca seçilmesini öngören paragraf 187 ve 188 metodundan hareketle, paragraf 145'te de benzer bir metoda

[600] Muir Watt (2003), Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets: A Matter of Political Economy, *Columbia Journal of European Law Vol. 383*, s. 406.
[601] Symeonides, 2006, a.g.k., s. 100.
[602] Symeonides, 1997, a.g.k., s. 1297.

izin verilmesinden kaynaklı olarak, hukuk seçiminin mevcut durumda da uygulanabilir olduğu savunulabilir[603].

Sonuç olarak Amerikan hukuk sisteminin dinamik yapısı, milletlerarası özel hukukun her alanında olduğu gibi maddi hukuka da dayanan yeni tecrübeler ve birikimler sunmaktadır. Şüphesiz bu durum tüm dünya hukuk sistemleri gibi Avrupa Birliği hukukuna da temel teşkil etmiştir.

[603] Rest. II Paragraf 188: *(1) Sözleşmede yer alan bir konuya ilişkin tarafların hak ve yükümlülükleri, 6. paragrafta yer alan ilkeler ışığında, bu konuya ilişkin işlem ve taraflarla en sıkı ilişkiye sahip devletin maddi hukuku uyarınca belirlenir.*
(2) Taraflarca geçerli bir hukuk seçimi yapılmadığı hallerde (bak § 187), bir uyuşmazlığa uygulanabilecek hukuku tespit etmek için, 6. paragraftaki prensiplerin uygulanmasında şu bağlantılar göz önünde bulundurulacaktır:
(a) sözleşmenin yapıldığı yer,
(b) sözleşmenin müzakerelerinin yapıldığı yer,
(c) sözleşmenin ifâ edileceği yer,
(d) sözleşmenin konusunun bulunduğu yer,
(e) tarafların ikâmetgâhı, sakin bulunduğu yer, vatandaşlığı, tüzel kişilik kazandığı yer ve işyeri.
Bu irtibatlar, uyuşmazlığa ilişkin önem derecelerine göre değerlendirilecektir.
(3) Sözleşmenin müzakere edildiği yer ile ifa edileceği yer aynı devlet içinde ise, 189-199 ve 203. paragraflarda aksi öngörülen haller dışında, bu devletin maddi hukuku genellikle uygulanacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU BAKIMINDAN HAKSIZ FİİLLERE UYGULANACAK HUKUK

1. GENEL OLARAK AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNUN YEKNESAKLAŞTIRILMASI ÇABALARI

Kanunlar çatışması-ihtilâfı (*conflict law*) kavramı temelde iki ve daha fazla devlet arasında cereyan eden veya ilgilendiren bir olay hakkında, hangi ilgili devletin hukukunun uygulanmasını konu alır. Bu mihvalde hâkimin, hayat olayının cereyan ediş şekline göre ve taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacak olan hukuku tercih etmesi söz konusudur. Böyle bir durumda bir çatışmadan bahsetmek mümkün değildir. Söz konusu duruma ihtilâf/çatışma ifadesinin yerine, esas olarak *kanunların tercihi (preference of laws*) ifadesinin kullanılması kanaatimizce uygun olacaktır.

Dünya hukuk literatüründeki gelişmeler hukukların çatışmasını değil; yeknesaklaştırılmasını tavsiye etmektedir. Kanunların çatışmasının önüne geçilmesi, ancak kanunların birleştirilmesi yolu ile mümkün olur. *Kanunların yeknesaklaştırılması* olarak ifade edilen bu durum, hâlihazırda pek çok özel organizasyon tarafından teşvik edilmekte, devletler de ayrıca ikili ve çok taraflı andlaşmalar yolu ile hukuken yeknesaklaştırılması çabalarına teşrif etmektedir.

Hukukun yeknesaklaştırılması (*unification of laws*) konusu uzun yıllardır dünyanın gündemini meşgul etmektedir. Ülkelerin hukuklarının farklı olması, insanların globalleşmesi sonrasında sorunlar yaratmıştır. Bu durumu öncesinde tahmin eden devletler, bir asırdan fazla zaman öncesinde hukukun yeknesaklaştırılması çabasına girmişlerdir[604]. 1900 yılında Fransa'nın Paris kentinde düzenlenen karşılaştırmalı hukuk kongresinde, yeknesaklaştırılmış bir hukuk sisteminin, tüm dünyada geçerli olabilecek adaleti tesis edebileceği düşüncesini gündeme getirmiştir[605]. Yine bu dönemde gerçekleştirilen[606] Lahey Uluslararası Özel Hukuk Örgütü Konferansı[607] özellikle

[604] Oğuz, Arzu (2000) , Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi, *AÜHFD, C. 49, S.1*, s. 32.
[605] Devletler, ulusal düzeyde hukukların birleştirilmesine çeşitli tarihlerde gerçekleştirmişlerdir. Fransa 1804 tarihli Medeni Kanun (*Code Civil*), İtalya 1865 tarihli Medeni Kanun *(Codice Çivile*), İsviçre 1881 tarihli Borçlar Kanunu (*Obligationenrecht*), Almanya 1900 tarihli Medeni Kanun (*Bürgerliches Gesetzbuch*) ile hukukun yeknesaklaştırılmasını ulusal düzeyde gerçekleştirilebilmiştir. Ulusal hukuklarını birleştiren devletler, bu zamandan sonra uluslararası alanda hukukların birleştirilmesi çabasına girmişlerdir.
[606] 1896 yılında ilk Lahey Uluslararası Özel Hukuk Örgütü Konferansı gerçekleştirilmiştir.
[607] Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı Örgütü, uluslararası alanda özel hukuka ilişkin adli, idari iş birliği esasına dayalı bir sistem kurmak amacı ile kurulmuş bir organizasyondur. Konferans uluslararası

kanunlar ihtilâfı alanında hukuk sistemlerinin birleştirilmesini önermiştir. Ancak, 20. Yy. başlarında gerçekleşen bu çalışmalar ve hukukların birleştirilmesi düşüncesi, yüzyılın ortalarına kadar tüm dünyada süregelen savaşlar ve istikrarsız siyasi yapı dolayısıyla, tamamen ortadan kalkmadı ise de ciddi manada etkilenmiş, söz konusu fikrin uzunca yıllar ertelenmesine yol açmıştır. İkinci Dünya Savaşı sonrasında AB ülkeleri arasında hukukun birleştirilmesi ve hukukun uyumlaştırılması tekrar tartışılır hale gelmiştir. İkinci Dünya Savaşı sırasında tüm dünyada olduğu gibi AB içerisinde de kaybolduğu sanılan hukuk yeknesaklığının yeniden tesis edilmesi fikri, dönem itibariyle politik bir fikirden daha çok, ülkeler arasında ekonomik ve sosyal ilişkilerini arttıran bireylerin hayatlarını kolaylaştırıcı etkisi nedeniyle gündeme alınmıştır[608]. AET'nin kurulması sonrasında

özel hukuk alanına dair olan kuralların birleştirilmesi ve daha ileri götürülmesi esasını bünyesinde barındırmaktadır (Tüzük, md. 1). Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı Örgütü sayılan amaçlar kapsamında 1893 yılında Hollanda hükümetinin girişimleri neticesinde, Hollanda'nın Lahey kentinde toplanmıştır. Toplantılar belirsiz aralıklarla sürdürülmekle birlikte, İkinci Dünya Savaşı öncesinde toplam altı kez toplanmış, İkinci Dünya Savaşı sonrasında yapılmış olan yedinci konferansta, Konferansın kalıcı bir hükümetlerarası statüye sahip olması için çalışma başlatılmıştır. Bu çalışmalar nihayetinde Temmuz 1955 yılında Konferansa ilişkin Tüzük yürürlüğe girmiştir. Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı Örgütü, 1956 yılından bu yana düzenli seyirler halinde dört yılda bir toplanmaktadır. Bu kapsamda yirmi ikinci oturum 2011 yılında toplanmış bulunmaktadır. Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı, çalışmak istediği konuları sözleşmeler şeklinde yayınlamaktadır. Bu sözleşmelere "Lahey Sözleşmeleri" denir. Konferans 1893 ile 1904 yılları arasında 7, 1951 ile 2005 yılları arasında 36 sözleşmeyi kabul etmiştir. 1960 yılına kadar sadece İngilizce olarak yayınlanan metinler, sonraki yıllarda Fransızca olarak da yayınlanmaya başlamıştır. Konferans uluslararası özel hukukun çeşitli alanlarında çalışmalar yapmakla birlikte özellikle; uluslararası evlat edinme ve bakım düzenlemeleri, ülkeler arası çocuk kaçırmanın hukukî yaptırımları, uluslararası boşanmalar ile yasal ayrılıkların tanınması, küçüklerin korunmasına ilişkin düzenlemeler, devletlerarası delil sözleşmeleri vb. konular hakkında sözleşmeler yayınlanmaktadır. Sözü edilen konular üzerinde, taraf olan ve imzalayan üye devletlerin sayısı bilhassa fazladır. Öncelikle, Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı Örgütü, bünyesinde barındırdığı ve kuruluş aşamasında oluşturulan Lahey Uluslararası Özel Konferansı Örgütü Tüzüğü çerçevesinde faaliyetlerini sürdürür. Konferansa üye devletler, Tüzüğün başlangıcında belirtildiği üzere, Tüzük üzerinde anlaşmış durumdadır. Konferans çalışma disiplinini bu Tüzük çerçevesinde sürdürür. Konferansın çalışma konularını uluslararası özel hukuk alanında var olan kurallar oluşturur. Uluslararası Lahey Özel Hukuk Konferansı'nın amacı, Konferans'ın Temmuz 1955'de kabul ettiği Tüzük madde 1'e göre uluslararası özel hukuk kurallarını ilerici bir biçimde birleştirmesini sağlamak, bütünleştirmek ve kuralları geliştirmektir. Uluslararası Lahey Özel Hukuk Konferansı, kendi amaçları dâhilinde vizyon, misyon belirlemesi yapmıştır. Bu kapsam doğrultusunda konferansın vizyonu; bireyler bazından genişleyerek, aileler, şirketler ve farklı faaliyetlerde bulunan kuruluşların, farklı hukuk sistemlerini uluslararası özel hukuk içerisinde birleştirerek, hukukî güvenlik ve yeknesaklığı sağlamaktır. Konferansın misyonu; uluslararası denklemde özel hukuk sistemleri içerisinde, ilişkileri koordine etmek ve uluslararası özel hukuk kurallarını geliştirmek, uygulamak için üye devletlerarasında bir forum oluşturmaktır. Bu kapsamda özellikle aile, çocuk, medeni usul ve ticaret hukuku alanlarında üye devletleri, uluslararası adli ve idari iş birliğine teşvik etmektir. Konferansın misyonu içerisinde bir diğer hâl; üye hükümet ve devletlere, yargı heyetlerine, uygulayıcılara hukuksal destek sağlamaktır. Bu kapsamda konferans, üye devletlere ve diğer kişilere hızlı, yüksek güvenlikli, teknik, kaliteli bir hukuksal ağ kurarak hukukî bilgi temin etme misyonuna sahiptir.

[608] Oğuz, 2000, a.g.k., s. 35.

bağlayıcı bir nitelik arz etmeyen uluslararası hukuk kurallarının meydana getirilmesi çalışması özel kuruluşlara bırakılmıştır[609].

Hukukun yeknesaklaşması, devletlerin toplanarak kolaylıkla karar veridikleri ve uyguladıkları bir mekanizma değildir. Bu nedenle de öncelikle özel kuruluşların üretmiş oldukları metinler üzerinden devletlerin andlaşma ve sözleşmeler yoluyla taraf oldukları görülmektedir. Ancak bu kuralların iç hukuka aktarılmasında pek çok sorun yaşanmıştır. Böylece devletlerin andlaşma ve sözleşmeler yoluyla iç hukuka aktardıkları kurallar ile iç hukukta yeni hukukî düzenlemeler gerektirecek boşluklar yaratıldığı fark edilmiştir[610]. Bu durum da yeni bir çalışma başlatılmasına ve özellikle uluslararası ticari örf ve âdet düzenlemelerinin geliştirilmesi amacıyla bu alanda var olan kurallar derlenmiş, yeni kurallar oluşturularak yazılı hale getirilmiş, örnek kurallar derlenerek oluşturulmuştur[611].

Öte yandan Avrupa Parlamentosu da 1989 ve 1994 yıllarında Avrupa Özel Hukuku konusunda çalışmalara başlanmasını karara bağlamıştır. Bu çalışmada geçmişte uluslararası örgütlerin çalışmalarından esinlenme görülmektedir. Öte yandan söz konusu çalışmanın esas ilham kaynağı ise ABD hukukunda var olan *Restatement'tır*. Bu bağlamda Avrupa Komisyonu'nun desteğiyle *Danimarkalı* hukukçu *Ole Lando* başkanlığında oluşturulan Komisyon (*Commission on European Conract Law*) 14 yıllık bir çalışmanın sonucunda "*Avrupa Sözleşme Hukuku'nun İlkeleri* (*The Principles of European Contract Law*) isimli çalışmayı yayımlamışlardır. İlgili çalışmada, sözleşmelerle ilgili genel kurallar ile, sözleşmelerin ifa edilmesi ile ilgili olarak pek çok

---

[609] Bu konuda özellikle Lahey Uluslararası Özel Hukuk Örgütü'nü aile ve sosyal alanlardaki hukukî ilişkilerin yeknesaklaştırılması çalışmalarında; Uluslararası Hukuk Birliği (*International Law Associcıtion*) uluslararası deniz hukuku ile ilgili çalışmaların yeknesaklaştırılması; Uluslararası Ticaret Odası'nın belgeli akreditif ve teslim kayıtlarının tanımlarının yeknesaklaştırılması ve belirlenmesi noktalarında çalışmalar yapmıştır. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (*World Intellectual Property Organisation-WIPO*) *WIPO*, 1967 yılında kurulan Birleşmiş Milletler örgütü olup, misyonu dengeli, aktif ve etkili bir fikri mülkiyet sistemi geliştirmek, bu konuda yeknesak çalışmalar yapmaktır. Uluslararası Çalışma Örgütü (*International Labor Organization-ILO*) ise I. Dünya Savaşı'nı sonrasında *Versay Andlaşması'yla* 1919 yılında kurulmuş, üç taraflı yapıya sahip tek Birleşmiş Milletler örgütüdür. İş standartlarını belirleme, tüm kadınlar ve erkekler için insana yakışır işleri teşvik etme, bu konuda program ve politikaları geliştirmek amacıyla 187 üyesinin hükümetlerini, işçilerini ve işverenlerini bir araya getirmekte, üyelerini kapsayıcı, iç hukukuna etki etmek amacıyla hukukun yeknesaklaştırılması çabalarında bulunan bir örgüttür.

[610] Oğuz, 2000, a.g.k., s. 37.

[611] Bu kuralların ve örnek sözleşmelerin genellikle tek bir tarafın çıkarlarını gözetir biçimde hazırlandıklarına ve bunların uygulanacakları bölgede yeknesak bir hukuk düzeninin olmayışına ilişkin eleştiriler için bkz. David, Rene (1968), The Methods of Unification, American Journal of Comparative Law, Vol. 16, s. 13-27; David, Rene (1971), The International Unification of Private Law, Int. Ene. Comp. L. II: The Legal Systems of the World, Their Comparison and Unification Vol. 5, s. 67 vd.; Oğuz, 2000, a.g.k., s. 37.

kural içermektedir. Avrupa Parlamentosu başkanlığında yayımlanan bu ilkeler, Avrupa Özel Hukukunun kanunlaştırılması ve yeknesaklaştırılması konusunda ilk deneme olmuştur[612].

Hukukun birleştirilmesi veya yeknesaklaştırılması ile ilgili durumu ikiye ayırmak mümkündür: Maddi hukukun yeknesaklaştırılması ve kanunlar ihtilâfı hukukunun yeknesaklaştırılmasıdır. Maddi hukuk kurallarının yeknesaklaştırılmasından kasıt, andlaşma veya sözleşme ile hukukun maddi boyutuna ilişkin düzenlemelere yer verilmesidir. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Viyana Sözleşmesi (*CISG*) ve *UNIDROIT* ilkeleri bu konuda en temel örnekleri teşkil etmektedir. Öte yandan kanunlar ihtilâfı hukukunun yeknesaklaştırılması ikinci kısmı oluşturur. Hukukun yeknesaklaştırılmasında esas kısım ve bugüne kadar başarılı olan bölüm kanunlar ihtilâfına dair düzenlenlemelerin yeknesaklaştırılmasıdır. Özellikle Lahey Uluslararası Özel Örgütü tarafından 1954 yılından bu yana gerçekleştirilen kanunlar ihtilâfı hukukuna dair düzenlemeler bu konuda örnektir.

AB hukukunun gelişimi de belli bir süreç ekseninde gelişmiştir. Asıl amaç, coğrafi yakınlık ile ekonomik ve ticari birliktelik sağlamak olan AET'nin, ilerleyen dönemde siyasal olarak da bir araya gelerek AB'yi oluşturmasıdır[613]. Siyasal birliği oluşması ile

---

[612] Aynı amaca yönelik olan benzer bir çalışma da *UNIDROIT* kapsamında ele alınmıştır. *UNIDROIT* uluslararası ticari sözleşmeler için oluşturulan ilkelerdir (*Principles for International Commercial Contracts*). 1926 yılında merkezi Roma'da olan ve yalnızca özel hukukun birleştirilmesi amacıyla uluslararası bir Enstitü olan *UNIDROIT*, (*Institut international pour l'unification du droit prive*) uzun yıllar süren çalışmaların sonucunda 1994 yılında Roma'da "*Principles for International Commercial Contracts*" (*Uluslararası Ticarî Sözleşmelerin Genel İlkeleri*)'ı yayımlamış ve Dünya üzerindeki önemli hukukî düzenlemeleri belirten ve Dünya üzerinde uygulanırlığı sabit olan ilke ve kuralları saptayarak bütünleştirmeye çalışmıştır. *UNIDROIT* ilkelerinin amacı uluslararası ticarî sözleşmeler için genel kurallar içeren ilkeleri bir araya getirmek, ulusal hukuk düzenlerindeki parçalanmaları ortadan kaldırmak ve parçalanmadan dolayı ortaya çıkan engelleri aşmaya yönelik uluslar üstü bir sözleşme hukukunun genel hükümleri olarak değerlendirmeler sunmatır. *UNIDROIT* ilkeleri, tarafların aralarında akdettikleri sözleşmenin *UNIDROIT* ilkelerine tâbi olacağını kararlaştırmaları durumunda uygulanabilir. Eğer taraflar, sözleşmenin "*Lex Mercatoria"* tâbi olacağını kararlaştırıiarsa yine genel ilke olarak *UNIDROIT* ilkeleri uygulanır. *UNIDROIT* ilkeleri 119 madde, 7 ana başlığa bölünmüştür. Birinci bölümde (md. 1.1-1.10) genel hükümler düzenlenmiş, sözleşme ve şekil özgürlüğü ilkelerine yer verilmiştir. İkinci bölümde ise (md. 2.1-2.22) sözleşmenin kurulması ele alınmıştır. Üçüncü bölümde (md. 3.1-3.20) sözleşmenin geçerliliğine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Dördüncü bölüm (md. 4.1-4.8) sözleşmenin yorumlanmasına; beşinci bölüm (md. 5.1-5.8) sözleşmenin içeriğine; altıncı bölümde ise ifa ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. UNIDROIT, <www.unidroit.com>, Erişim Tarihi: 24.9.2017.

[613] AB devletler üstü bir teşkilattır. Söz konusu teşkilatlanmanın kuruluşu *Fransa, Almanya, İtalya, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg'un* dâhil olduğu 18 Nisan 1951'de imzalanarak ve 23 Temmuz 1952'de yürürlüğe giren *Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu (AKÇT)* meydana getiren Andlaşma'ya (*Treaty Establishing theEuropean Coal and Steel Community, ECSC Treaty*) dayanmaktadır. Topluluğun çelik sektörü dışında kalan ekonomik alanlarda faaliyet göstermesi konusu sıklıkla gündeme gelmiştir. Süreç zarfında Fransa, Almanya, İtalya, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg ülkelerinin bir araya gelmesi ile 25 Mart 1957 tarihinde

kademeli olarak hukuk birliğinin sağlanması düşüncesi ortaya atılmıştır. Ancak hukukî bir bütünleştirme hakkında yapılacak olan ilk tespit AB'nin yetkili organlarına Avrupa özel hukukunun genel bir yasama yetkisi verilmesi ile bütünleştirme yetkisinin verilmesi olacaktır. Zira kurucu andlaşmalarda yer almayan bu yetki, AB kapsamında yapılacak bir yetkilendirme için zaruridir[614]. Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Andlaşmanın (*ABİHA*) ilgili hükümlerinde doğrudan bir yetkilendirme olmasa da AB'nin amaçlarının gerçekleştirilmesi konusundaki hedefler yetkilendirmeye ilişkin geniş bir yorum tarzını beraberinde getirebilmektedir. ABİHA'nın üçüncü bölümünde yer alan *"mevzuatın yaklaştırılması*" başlığı m. 114'e göre AB'ye "*bir iç pazarın kurulmasını ve işleyişini amaçlayan*" düzenleme yapma yetkisi verilmektedir[615]. Dolayısıyla AB yasalarının özel bir uyumlaştırılması yetkisi olmasa bile, uyumlaştırmaya yönelik olarak hukukî dayanağın kaynağını ABİHA m. 114'te düzenlenen olağan yasama usulü olacaktır. Ancak, 114. Maddenin kullanılması Birlik kapsamında sınırsız bir yetki vermemektedir. Söz konusu 114. madde uyarınca bir yakınlaştırma yapılabilmesi için üç aşamalı şartın

imzalanan ve 1 Ocak 1958'te uygulanmaya başlayan *Avrupa Ekonomik Topluluğunu (AET)* (*Treaty Establishing the European Economic Community, EEC Treaty)* ve *Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nu (AAET)* (*Treaty Establishing the European Atomic Energy Community*) meydana getiren andlaşmaların bir araya gelmesi ile mümkün olmuştur. Tüm bu gelişmeler üye devletlerarasında ortak bir pazar meydana getirememiş; ancak, vergisel alanlar başta olmak üzere topluluk üyeleri arasında ticari avantajların sağlanması amaçlanmıştır. 7 Şubat 1992 tarihinde *Maastricht'te* imzalanarak, 1 Kasım 1993'te yürürlüğe giren Avrupa Birliği Andlaşması (*Treaty on European Union*) ile AB resmen kurulmuştur. Bu andlaşma ile Topluluk yapısında ciddi değişiklikler meydana getirilmiş, AET ifadesi yerine, Avrupa Topluluğu ifadesinin kullanılması kesin olarak kararlaştırılmış; öte yandan da Topluluğun siyasi yapısında birtakım değişiklikler yapılmıştr. Buna göre AB Avrupa Toplulukları (AKÇT, AET ve AAET), Ortak Dış ve Güvenlik Politikası ve nihayet Adalet ve İçişlerinde İş birliği olmak üzere üçayaklı bir yapıdan oluşması kararlaştırılmıştır. AB Andlaşması'nın sonrasında, 2 Ekim 1997 yılında imzalanan ve 1 Mayıs 1999'da yürürlüğe giren Avrupa Birliği Andlaşması; Avrupa Topluluğu Kurucu Andlaşmalarını ve Belirli ilgili Eylemleri Değiştiren Amsterdam Andlaşması (T*reaty of Amsterdam Amending the Treaty on Euroepan Union, The Treaties Establishing the EuoropeanCommunites and Certain Related Acts*) ve 26 Şubat 2001 tarihinde imzalanan ve 1 Şubat 2003 tarihinde imzalanan Avrupa Birliği Andlaşmasını, Avrupa Topluluğu Kurucu Andlaşmalarını ve Belirli ilgili Eylemleri Değiştiren Nice Andlaşması (*Treaty of Nice Amending the Treaty on Euroepan Union, The Treaties Establishing the Euoropean Communites and Certain Related Acts*) ile kurucu andlaşmalarda değişiklikler yapılmıştır. Son olarak da 13 Aralık 2007'de imzalanan ve 1 Aralık 2009'da yürürlüğe giren Avrupa Birliği Andlaşmasını ve Avrupa Topluluğu Kurucu Andlaşmalarını Değiştiren Lizbon Andlaşması (*Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the Euoropean Community*) ile AB Andlaşması'nın 1. maddesiyle, AT Andlaşması'nın adı Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma (*Treaty on Functioning of the European Union*) olarak değiştirilmiştir. AB'nin ve AB Andlaşmasının dayandığı ve her iki andlaşmanın da hukuken eşit değere sahip olduğu belirtilmiştir. AB ile AT birbirinden ayrı tüzel kişiliğe sahip yapılar iken Lizbon Andlaşmasıyla bu ayrılık sona ermiş, AB adı altında tek bir tüzel kişilik oluşturulmuştur. Böylece yukarıda belirtilen AB Avrupa Toplulukları (AKÇT, AET ve AAET), Ortak Dış ve Güvenlik Politikası ve nihayet Adalet ve İçişlerinde İş birliği olmak üzere üçayaklı yapı sona ermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özkan, Zehra (2017), Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması, *AÜHFD, C. 66, S. 1,* s. 161.

[614] Özkan, 2017, a.g.k., s. 170.

[615] Özkan, 2017, a.g.k., s. 171.

gerçekleşmesi gerekmektedir[616]. Buna göre hukukî yeknesaklaştırmanın aksi yönünde bir düzenleme yer almamış olacak; yeknesaklaştırmanın iç pazarla ilgili hedeflerin gerçekleşmesini düzenleyen ABİHA m. 26'nın[617] gerçekleştirilmesi için yapılması gerekecek ve nihayet son olarak da yeknesaklaştırmanın amacı iç pazarın kurulması ve işleyişini hedef alacaktır[618].

ABİHA'nın 26. maddesi yeknesaklaştırma için hukukî bir gerekçe olmakla birlikte, iç pazarla ilgili hedeflerin gerçekleşmesi açısından bir sınırla karşılaşılmaktadır. Örneğin, aile hukuku hakkındaki yeknesaklaştırma çabalarını da iç pazarın gelişmesine ilişkin yeknesaklaştırma çalışmalarına dâhil edebilir mi? Bu durumun cevabı şüphesiz ki olumsuzdur. Ancak AET Andlaşması m. 242, AT Andlaşması m. 308 ve son olarak da ABİHA m. 352'de düzenlenen esneklik hükmüne göre, Avrupa Konseyi, kurucu andlaşmalarda öngörül(e)meyen tedbirleri almaya yetkili kılınmıştır[619]. Örneğin, her ne kadar AB bünyesinde ortak bir fikri mülkiyet haklar yaratılması konusu *Lisbon* Andlaşmasıyla kurucu andlaşmaya dâhil edilmiştir. Topluluğun marka ve patent hukukuna dair düzenlemeleri 2007 öncesinde bu öngörülmeyen durumlara ilişkin verilen yetkiyle gerçekleştirilmiştir. Yukarıda anlatıldığı üzere söz konusu düzenlemelerin dayanağını ilgili kanunlardaki esneklik hükümleri oluşturmaktadır[620].

AET Andlaşması m. 242, AT Andlaşması m. 308 ve son olarak da ABİHA m. 352'de düzenlenen esneklik hükmü sınırsız bir şekilde her durumda uygulanma yetkisine sahip değildir. Kuralın uygulanabilmesi için ABİHA m. 26'da öngörülen şartlar gibi birtakım şartların bir araya gelmesi gerekmektedir. Buna göre, kurucu andlaşmalarda yapılmak istenen yeknesaklaştırmaya ilişkin olarak açık veya zımni bir kanuni yetki öngörülmemiş olmalı; yakınlaştırmanın-uyumlaştırmanın Andlaşmalarda belirtilen hedeflerden birinin gerçekleştirilmesi için yapılması gerekli ve nihayet yeknesaklaştırma çalışması Andlaşmalarda tanımlanan politikalar çerçevesinde olması; ortak dış politika

---

[616] Ayrıntılı bilgi için bkz. Baykal, Sanem/ Göçmen, İlke (2016), *Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 133-134.

[617] ABİHA m.26 uyarınca; "*1. Birlik, Andlaşmaların ilgili hükümlerine uygun olarak, iç pazarı kurmak veya işlemesini sağlamak için gerekli tedbirleri kabul eder. 2. İç pazar, Andlaşmaların hükümlerine uygun olarak, içinde malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının sağlandığı, iç sınırların olmadığı bir alanı kapsar. 3. Konsey, Komisyon'un önerisi üzerine, ilgili tüm sektörlerde dengeli bir ilerlemenin sağlanması için gerekli yönlendirici ilke ve koşulları belirler.*"

[618] Özkan, 2017, a.g.k., s. 171.

[619] Baykal/ Göçmen,2016, a.g.k., s. 134-135.

[620] Baykal/ Göçmen, 2016, a.g.k., s. 134-135.

ve güvenlik politikasına ilişkin hedeflerin gerçekleştirilmesine dayanak teşkil etmemesi olarak sıralanmıştır[621].

Sonuç olarak AB hukukunda kurucu andlaşmalar çerçevesinde, AB müktesebatının ve hedeflerinin gerçekleştirilmesi amacıyla her türlü çalışmanın yapılması hususunda esneklik kazandırıcı hükümler vardır. Bu doğrultuda sadece ortak pazarın geliştirilmesi için değil, hukukun hemen her alanda AB direktiflerinin yerine getirilmesi amacıyla yeknesaklaştırma çabaları hakkında AB hukukunda mevzuatsal bir temellendirme vardır. Bu amaçlarla da AB üye devletlerin ulusal hukuklarını yeknesaklaştırmak amacıyla Tüzük ve direktif çıkartılmaktadır. Topluluk Parlamentosu ve kurulları AB kurucu anlaşmalarının kendisine verdiği yetkiler içindeki düzenleyici tasarruflar Tüzük, direktif, karar, tavsiye ve görüşler olmuştur. Özellikle son dönemde üye devletler için doğrudan bağlayıcı olması ve özellikle iç hukuka aktarma konusunda kolaylık nedeniyle AB Tüzükleri, daha çok düzenlenmeye başlamıştır. Öte yandan direktifler de hukukî sonuçları bakımından bağlayıcıdır. Üye devletler, AB direktif kararları doğrultusunda direktif kararları iç hukukuna aktarmakla mükelleftir. Tüzük ve direktiflerin aksine tavsiye ve görüşler ise bağlayıcı değildir[622].

Bu noktada son olarak AB hukukunun yeknesaklaştırılması hususunda Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (*ABAD*) kararlarının ve tutumunun rolüne de değinmek gereklidir. Zira ABİHA m. 101/2'de olduğu gibi kurucu anlaşmaların her durumda uygulandığı özel hukuk ilişkileri bakımından konu edinen davalar ABAD'ın incelemesi amacıyla önüne gelebilmektedir[623] [624]. Ayrıca ABAD, AB Anlaşması m. 3/b'de düzenlendiği üzere "*üye devlet mahkemelerinin talebi üzerine, Birlik hukukunun yorumlanması veya Birlik kurumları tarafından kabul edilen tasarrufların geçerliliği*

---

[621] Ayrıntılı bilgi için bkz. Baykal/ Göçmen, 2016, a.g.k., s. 134-136.

[622] Bu konuda düzeleme için bkz. ABİHA 288: "*Kurullar, Birliğin görüşleri çerçevesinde Tüzükler, direktifler, görüşler ve tavsiye kararları kabul ederler. Tüzükler genel uygulama alanına sahiptir. Bütünüyle bağlayıcıdır ve tüm üye devletler bakımından uygulama alanına sahiptir.*
Direktifler, muhatap alınana her üye devleti, ulaşılması gerekli olan tüm sonuçlar itibariyle bağlayıcı kılar; şekil ve yöntem seçimini ise ulusal hukuk düzenlemelerine bırakır.
Kararlar bütünüyle bağlayıcır. Muhatabı belirtilen bir karar, yalnızca muhatabı açısından bağlayıcıdır.
Tavsiye ve görüşler bağlayıcı değildir."

[623] Özkan, 2017, a.g.k., s. 174.

[624] ABİHA m. 3 çerçevesinde kabul edilen Birlik içindeki ortak pazara ilişkin rekabet hukuku hükümleri düzenlenmiştir. Buna göre ortak pazar içerisinde rekabeti güvence altına alacak bir sistemin kurulması kabul edilmiştir. ABİHA m. 101 çerçevesinde firmalar arası anlaşmalar ve uyumlu eylemlere ilişkin kurallar düzenlenmiştir. Bu durum pek çok defa ABAD önüne gelmiştir. Baykal/ Göçmen, 2016, a.g.k., s. 134-135.

hakkında ön karar verebilmektedir". ABİHA m. 267, ABAD'ın hangi konularda ön karar verme yetkisine sahip olduğunu ele almıştır. Buna göre, ABAD Andlaşmaların yorumu ve Birlik kurum, organ, ofis ve tasarruflarının geçerliliği ve yorumu hakkında ön karar verme yetkisine sahiptir. ABAD'ın ön karar almasındaki temel amaç, Birlik hukukunun üye devletler tarafından farklı uygulanmasının ve anlaşılmasının engellenmesidir. Böylece Birlik hukuku ve direktiflerinin doğrudan yeknesak şekilde anlaşılması gayesine ulaşılacaktır. AB hukukunun yeknesaklaştırılmasına ilişkin tedbir ve tasarrufların benzer şekillerde uygulanmasında önem arz eden ABAD kararları sonrasında ABAD, uyumlaştırmadaki en kritik rollerden birini üstlenmiştir[625].

2. KIT'A AVRUPASI KANUNLAR İHTİLÂFI METODOLOJİSİ

Kıt'a Avrupası kanunlar ihtilâfı metodolojisi temelde Amerikan kanunlar ihtilâfı hukukundan etkilenmiştir. Kısmen bahsettiğimiz Amerikan kanunlar ihtilâfında var olan federe devletlerarası kanunlar ihtilâfı ile devletlerarası kanunlar ihtilâfı kurallarının farklı olması görüşü, Avrupa devletlerinde de çokça tartışılmış, sonuç olarak kabul edilmemiştir[626]. Bu görüşün kabul edildiği tek ülke ise Avrupa hukukundan ayrılan ve kendine münhasır bir hukuk sistematiği meydana getiren *SSCB'dir*. Kara Avrupası hukukçuları, tamamiyle klasik devletler özel hukuku görüşü olan, tamamıyle milletlerarası kanunlar ihtilâfı görüşüne yoğunlaşarak, federe devletlerarası kanunlar ihtilâfı kavramını reddetmişlerdir.

Bu noktada Avrupa ülkelerinin birer federasyon olmaması nedeniyle söz konusu görüşün her durumda kabul edilmeyeceği fikri akla gelebilir. Ancak Avrupa'nın temelde bu görüş doğrultusunda hareket etmesindeki sistematiğin altında AB ve AB üye ülkeleri arasında var olan hukukun yeknesaklaştırılması çabaları yer almaktadır. Zira AB ülkeleri arasında bu dönemde iki görüş tartışılmaktadır: İlk olarak üye devletlerarası kabul edilmiş bir müşterek hukuk düzeni; ikinci olarak ise üye ülkeler ile diğer Avrupa kıtası ülkelerini de kapsar şekilde bir devletlerüstü hukuk nizamı tartışmaları göze çarpmaktadır[627]. Bir diğer ifade ile AB hukuku kapsamında doğrudan yeknesak bir kanunlar ihtilâfı hukuku kabul edilmek yerine; daha önce de belirttiğimiz üzere andlaşmalar, Tüzükler, direktifler ve tavsiye kararlar yoluyla devletlerüstü ve geniş kapsamlı kurallar kabul edilmiştir. Öte

[625] Ayrıntılı bilgi için bkz. Baykal/ Göçmen, 2016, a.g.k., s. 134-135; Özkan, 2017, a.g.k., s. 174.
[626] Tartışmalar için bkz. Göğer, 1970, a.g.k., s. 89 vd.
[627] Ayrıntılı bilgi için bkz. Christoph Sasse (1966), The Common Market: Between International and Municipal Law, *Yale Law Journal, Vol. 75*, s. 695-754.

yandan AB hukukunun devletlerüstü görüşleri kabul etmesi gerektiği yönündeki anlayış sadece kanunlar ihtilâfı kuralları bakımından değil, madi hukuk kuralları bakımından da ileri sürülmektedir. Böylece AB hukukunun yeknesaklaştırılması çabaları ve çalışmaları bakımından kabul edilen durum, doktrinde etraflıca tartışılmıştır[628] [629].

Aşağıda çeşitli yazarların görüşleri belirtilecektir. Bu kısma geçmeden önce şu durumu belirtmek isteriz: AB milletlerarası hukuk metodolojisinde temel anlayış, devletlerüstü ve herkesi kapsayan bir maddi hukuk kaidesinin kabul edilmesidir. Bu kaideye göre klasik uluslararası özel hukuk anlayışının sorunlarını gidermek maksadıyla atıf, ön sorun, kanunların uzlaştırılması gibi konulardaki sorunların giderilmesi amacıyla tüm yazarlar ortak bir maddi hukuk kaidesinin geliştirilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Yazarların görüşlerinde belirttikleri temel farklar ise bağlama kurallarının tespitinde faydalanılacak olan kuralların belirlenmesindeki ölçütler ile maddi hukuk kaidelerinin nitelikleri noktasında toplanmaktadır.

2.1. Steindorff: *ius commune* Kanunlar İhtilâfı ve Maddi Hukukun Bütünleşmesi

Alman hukukçu *Steindorff*, geniş perspektif içinde AB milletlerarası özel hukuk hakkında geniş yorum ve analizlerde bulunan önemli yazarlardan biridir. Ortaya koymuş olduğu sistem özellikle hukukun yeknesaklaştırılması ve birleştirilmesi düşüncesinde etki etmiştir. Bu açıdan bakıldığında *Steindorff'un* görüşlerinin yalnızca milletlerarası özel hukuk kaideleri bakımından değil; maddi hukuk kaideleri bakımından ve nihayet hukukun tüm alanlarında yeknesaklaştırma ve bütünleştirme çabaları hakkında uygulanmaya değer olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır[630].

Steindorff kanunlar ihtilâfı metodolojisini incelerken milletlerarası özel hukukun temel sorununu da ortaya çıkarmaktadır. *Steindorff* bağlama noktalarının yabancı unsurlu olayın temel varsayımı ve hareket noktası olduğundan bahisle, bağlama noktasına ilişkin kaidelerin milletlerarası özel hukukun bir sonucu olduğunu belirtmiştir. *Steindorff* analizlerinde iki temel soruya cevap aramıştır: İlk olarak milletlerarası özel hukukun

---

[628] Bu durumun kanunlar ihtilâfı hukuku alanını sona erdireceği hakkında görüşün mümkün olmadığı ve yeni durum ile birlikte AB üyesi ülkeler arasında kanunlar ihtilâfı meselelerinin gündeme geleceğinin, ancak; özellikle AB ülkeleri dışındaki ülkeler açısından uygulama alanı bulacağı hakkındaki görüş için bkz. Göğer, 1970, a.g.k., s. 89.

[629] Werner F. Ebke (2002), The *"Real Seat"* Doctrine in the Conflict of Corporate Laws, *American Bar Association The International Lawyer, Vol. 36, No. 3, Foreign Law Year in Review*, pp. 1015-1037. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/40707697>, Erişim Tarihi: 3.10.2017.

[630] Göğer, 1970, a.g.k., s. 93.

soyut olarak bir sonucu olan bağlama kurallarına başvurmadan doğrudan maddi hukuk kaidelerine başvurmak suretiyle bir sonuca ulaşmak mümkün müdür? İkinci olarak ise bağlama kaidelerinin yerine başkaca bir sistem getirmek ve kabul etmek mümkün müdür? Görüldüğü gibi *Steindorff* bağlama noktasını soyut ve uygulamadan ari olarak görmektedir[631]. Bu durum esasında sosyal bir kavram olan hukuk kurallarının sınırlanarak tekdüze hale getirilmesidir[632]. Hal böyle olunca da *Steindorff* açısından devletlerarası kanunların dayandığı temel sistematiğin federal ilişkilere veya dini değerlere dayanmasının herhangi bir önemi bulunmaktadır.

Steindorff kanunlar ihtilâfı sistematiğini üç aşamalı olarak incelemiştir: İlk olarak içinde yabancılık unsuru olmayan ve hâkimin doğrudan kendi hukukunu uygulayacağı bölüm olan milli nitelikteki kurallardır. Bu kurallar yabancılık unsuru olmadığı için doğrudan *for* devletinin kanunlarının uygulanacağı kurallardır. İkinci olarak, *nisbi* nitelikteki kanunlar ihtilâfı kurallarıdır ki, bunlarda tek bir devlete ait bir olay veya kurgu bir başka devlet içinde talep edilmektedir. Bir diğer ifade ile yabancılık unsurunun olaylar bazında iki ülke ile sınırlı olduğu düzendir. Örneğin İki Türk vatandaşının Alman mahkemelerinde sözleşmeden kaynaklanan bir borç ilişkisine dayanan taleplerini dile getirmesi *nisbi* nitelikteki kanunlar ihtilâfı kuralı örneğidir. *Steindorff*'a göre burada sadece hâkimin hukukuna göre bir yabancılık unsuru olduğu için tam kanunlar ihtilâfı meydana gelmemiştir. Üçüncü olarak ise birden fazla devletin karşı karşıya geldiği hukukî ihtilâflarda *mutlak* kanunlar ihtilâfı kuralları işlerlik kazanacaktır. *Mutlak* kanunlar ihtialfı kurallarında, hâkimin karşısında veya daha fazla devlete ait hukukların

[631] Klasik milletlerarası özel hukuk sistematiğinde hâkimin devletinin hukukuna göre bir başka devlete ait yersel, kişisel ve olay bakımından bağlantı olması gibi durumların varlığı halinde milletlerarası özel hukuka ait bir olayın varlığından söz edilir. Birden fazla devletin bir arada bir olay hakkında var olmasının arandığı durumlarda gerçek bir milletlerarası özel hukuk konusu olduğu kabul edilmektedir. Ancak bazı yazarlar buradaki "*gerçek*" durumun var olabilmesi için bağımsız devletlerin bir arada olması gerektiği üzerinde durmuşlardır. Bu durum geçmişte var olan bir görüş olmakla birlikte, kanaatimizce devletlerin bağımsız olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Öte yandan ise "*gerçek olmayan*", "*zahiri*" milletlerarası özel hukuk kavramı vardır ki, buna göre hâkimin önünde doğrudan birbirinden bağımsız devletler bulunmamaktadır. Örneğin, İngiltere ile ABD federe devletlerinden biri olan Ohio federe devleti arasında meydana gelen bir uyuşmazlıkta hâkimin önünde her ne kadar kendi devletinin hukuku yanında yabancı bir hukukun varlığından söz ediliyor olsa da bu yabancı hukuklardan biri tam bağımsız bir devlet değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Göğer, 1970, a.g.k., s. 94. Bu ayrım günümüzde işlerliğini kaybetmiştir.

[632] *Steindorff* pek çok noktada *Savigny* ve görüşlerine de karşıdır. Göğer, 1970, a.g.k., s. 93.

çatışması ve tercih edilmesi söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda hâkim geçerli olacak olan kanunlar ihtilâfı kuralını bulma çabası içerisine girecektir[633].

Mutlak milletlerarası gerçek olay ifadesi *Steindorff* tarafından kendi içinde dar ve geniş anlamlı *milletlerarası gerçek olay olarak isimlendirilmiştir*. *Steindorff* bu örneklerini açıklarken vasıf ihtilâflarında *lex fori* ile *lex causa* veya haksız fiiller alanında ika yeri kuralı ile zarar yeri ya da en sıkı irtibatlı hukuk kavramlarının rekabet halinde olduğunu belirtmiştir. Bu kavramlar nasıl ki rekabet halindedir, işte bu rekabet hali dolayısıyla milletlerarası gerçek olaylar geniş anlamlı sayılmaktadır. Geniş anlam ifade eden ilk hâl, kanunlar ihtilâfına taraf olan devletlerin iç hukuklarını aynı yönde düzenlemeler içermesi ilk hâlidir. İkinci hâl ise olayla ilgili farklı devletler özel hukuku kaidelerinin tek bir devleti idare etmesi durumudur. Bu durumda bir bağlama yeknesaklığının oluştuğu görülmektedir. Yetkili kanun ile gerçek devlet arasındaki bağlama sebebi, ilgili diğer devletler kanunlarının içeriğini de göz önüne alacaktır. *Steindorff* en sıkı ilişkili devlet hukukunu *esas yetkili kanun* olarak sınıflandırmaktadır[634].

Steindorff görüşleri çerçevesinde önem arz eden diğer durum dar anlamlı gerçek kanunlar ihtilâfı kurallarıdır. Bu kurallara göre kanunlar ihtilâfı çerçevesinde meydana gelen kaidelerin bir veya daha fazla devlet ile sıkı derecede irtibatı söz konusu değildir. Bu durumda olayla irtibatı bulunan kurallar arasında bir seçim imkânı söz konusu değildir. Hâl böyle olunca sıkı ilişkili devlet hukukunun yerine uygulanacak olan hukuk, olaya uygulanacak olan maddi hukuk kuralından geçmektir. *Steindorff*'a göre kanunlar ihtilâfında belli bir devletin görüşlerine etki tanımak, iç ve dış karar ahenginin sağlanması noktasında milletlerarası özel hukuk sistematiğinin sorunlar yaşaması demek olacaktır. Bu durumda en doğru karar yeni duruma dayanan ve olayla ilgili devletlerin kanunları çerçevesinde maddi hukuk kuralı yaratmaktır. Böylece maddi hukuk kaideleri yolu ile yeni durumun meydana getirilmesinin önü açılacaktır. Oluşturulan maddi hukuk *Steindorff* tarafından *esas kanun* olarak isimlendirilmiştir. Bu esas kanun maddi hukuk sistematiği içerisinde milletlerarası özel hukukun emredici bir kaidesi olacaktır. Bir diğer ifade günümüz ifadesi ise maddi milletlerarası özel hukuk kuralı olarak, niteliğine göre doğrudan uygulanan kural ya da kamu düzeni kuralı olarak uygulanacaktır[635].

---

[633] *Mutlak* milletlerarası gerçek olay kavramı yerine "gerçek" milletlerarası olay ifadesi de kullanılmaktadır. Göğer, 1970, a.g.k., s. 94.
[634] Göğer, 1970, a.g.k., s. 96.
[635] Göğer, 1970, a.g.k., s. 97-98.

Steindorff görüşlerinin bugün itibariyle kabul edilmesi ve savunulması mümkün değildir. Zira yazarın belirttiği üzere gerçek bir kanunlar ihtilâfı kuralı yaratmak maksadı ile dar ve geniş anlamlı kuralların yorumlanması mümkün değildir Olayla bağlantılı devletlerin kuralları yorumlanmak suretiyle üst bir maddi hukuk kaidesi yaratmak mümkün değildir. Öte yandan böyle bir faaliyete girişmenin de anlamı yoktur. Zira milletlerarası özel hukukun geldiği noktada, en sıkı irtibatlı hukuk anlayışının mevcut olması ve milletlerarası özel hukuk kurallarının gösterici kural olma niteliği gereğince olayla ilgili bir devletin kurallarına yönelik bir işaret söz konusu olacaktır. Hâl böyle olunca hâkime yeniden bir maddi hukuk yaratma görevi yüklemenin pratikte bir faydası görülmemektedir. Öte yandan *Steindorff* görüşleri özellikle AB muhtevasında hukukun yeknesaklaştırılması ve üst maddi hukuk normunun oluşturulması açısından önem ifade etmiştir.

2.2. *Wengler'in* Maddi Hukuk Görüşü

Wengler'in maddi hukuk analizi görüşüne göre uygulanacak yabancı hukuk, eğer olay açısından yeterli derecede öneme sahipse, *lex fori'nin* bir parçası olmasa dâhi, kuralın niteliğinden kaynaklanan sebepler ile doğrudan uygulanmasının önünün açılması gereklidir. *Wengler'in* teorisi milletlerarası özel hukukta menfaat analizinin bir parçası olarak kabul edilmiştir[636] [637].

Wengler, yabancı unsurlu bir hukukî ilişkide tek bir uygulanacak hukuk kuralı tespit etmenin milletlerarası özel hukuk menfaatini tesis etmediğini belirtmiştir. Yazar, uygulanması tespit edilen hukukun yanında, başkaca devletlerin hukuk düzenlerine ait kuralların da dikkate alınabileceğini belirtmiştir. Bir başka ifade ile milletlerarası özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklara emredici nitelikteki kuralların uygulanması, *lex voluntatis'i*[638] sağlayan hukuk sistemlerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespitine bağlıdır[639] [640].

---

[636] Wengler (1961), The General principles of Private International Law, *Recueil Law Review, Vol. 104*, *No. 3*, s. 273-469.

[637] Mann, F.Alexander (1978), *"Contracts: Effect of Mandatory Rules" in Harmonization of Private International Law by the E.E.C*., Ed. by. Lipstein, Kurt, London, s. 301.

[638] Tarafların anlaşmazlıklarının çözümü için uygulanmasını seçtikleri hukuktur.

[639] Kunda, Ivana (2007), *Internationally Mandatory Rules of a Third Country in the European Contract Conflict of Laws* – The Rome Convention and the Proposed Rome I Regulation, Rijeka, s. 270.

[640] *Wengler*, görüşlerini üçüncü devletim doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin birtakım teoriler dile getirdiği eserlerinde de belirtmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Elçin, Doğa (2011), Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları,

Wengler'in metodolojisi ilginç bir sisteme dayanmaktadır: *Wengler'e* göre kanunlar ihtilâfı sistematiği temelde ikiye ayrılmaktadır: İlk olarak *zümreler arası kanunlar ihtilâfı* sistematiği yer alır. Devletlerin içinde yer aldığı ve gerektiğinde farklı hukuk sistemlerine bağlı olan ya da farklı hukuk sistemlerine bağlı olmasa da zümrelerin bağlı olduğu farklı devletlerin hukuklarının aynı zümreden kimselerin karşılaştığı kanunlar ihtilafı sorunlarına uygulanmasını esas almıştır. Buna göre din, milliyet veya bölgesel açıdan farklı zümreler içinde yer alan bireylerin, zümrelerinden kaynaklanan sorunlara, hukukî kesinlik, güvenlik ve yeknesaklık, karar ahengi sağlamak amacıyla özgülenmiş olan sistemi tercih etmesi olarak açıklanabilir[641] [642].

Wengler kanunlar ihtilâfına ilişkin metodolojik stratejisini anlatırken *ülkelerarası hukuk kaideleri* modelini önermiştir. Bu modele göre bağımsız devletlerin ülkeleri söz konusu olduğunda ülkelerin kendileri ve eyaletlerine ilişkin çeşitli ihtilâflar bakımından birden fazla hukukun uygulanmasının esas olduğu hallerde kabul edilmektedir. Bu kaideler tek bağlamlı ve çok bağlamlı olarak karşımıza çıkmaktadır. Sadece tek bir devletin hukukunun uygulandığı hallerde tek bağlamlı, birden fazla devletin kaidelerinin uygulandığı hallerde çok bağlamlı bir hukuk sistemi geçerli olacaktır[643]. Bu noktada tek devletin hukukunun uygulandığı hallere ilişkin tek bağlamlı kurallarda sorunun tespiti kolaydır. Zira uyuşmazlığa tek bir devlet hukuku uygulanacaktır. Ancak, birden çok devletin yer aldığı hukuk sistemlerinde çok bağlamlı bir durum söz konusu olacağı için *Wengler* üçlü bir uygulama önermiştir: İlk olarak, birden fazla kaidenin olduğu halde, devletler üstü bir hukukun uygulanması gündeme gelecektir. İkinci olarak devletlerden hangisi daha sıkı irtibatlı ise en sıkı irtibatlı devletin hukuku doğrudan uygulanacaktır. Nihayet, üçüncü olarak da birden fazla devletin hukukunun birlikte uygulanmak suretiyle sorun çözüme kavuşacaktır[644]. Hâkim üç yoldan birini tercih ederek milletlerarası adaleti tesis edici kararı alacaktır. Bu doğrultuda hâkimin yapması gereken son işlem de *lex fori*

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), Ata Sakmar'a Armağan Sayısı, *C. 2011/1*, s. 329-355.

[641] Wengler, a.g.k., 1961, s. 280.

[642] *Wengler* bu konuya örnek olarak Hindistan mahkemeleri vermektedir. Hindistan içindeki birçok farklı zümre ve etnik yapıya rağmen Hindistan mahkemeleri tek bir hukuk sistemi uygulamaktadır. Wengler, a.g.k., 1961, s. 280.

[643] Wengler, a.g.k., 1961, s. 280.

[644] Wengler, a.g.k., 1961, s. 305.

ile *lex causa* arasındaki eşitliği sağlamak ve böylece devletlerarası hukuka uygun olarak devletlerin egemenlik haklarını eşit bir biçimde değerlendirmektir[645].

Wengler uygulanacak hukuka ilişkin görüşlerini belirttikten sonra, bu kaidelerin geçerliliğini temin için gerekli olan esas çözüme değinmektedir. Buna göre gerek *lex fori* ve *lex cousa* eşitliğinin sağlanması için özellikle bağlama kurallarının yeknesaklaştırılması gerekmektedir. Böylece kararlar arasında ihtilâfın ve farklılıkların da asgariye indirilmesi mümkündür. Bağlama kurallarının farklı olduğu noktalar ise kanun koyucunun kritik olaylara ilişkin öngördüğü özel düzenlemelerdir. Zira bu tip olaylarda özel bağlama kuralları ile sonuca varmak mümkündür. Yazar nihai olarak ise kanunlar ihtilâfı kurallarının yeknesaklaştırılarak tüm işlemlerin tek bir hukuk sistematiği üzerinden giderilmesi gerektiğini ileri sürmektedir[646]. Görüldüğü üzere kara Avrupası kanunlar ihtilâfı hukuk sistematiği üzerinde görüş beyan eden yazarlar, özellikle AB sürecinin de etkisiyle nihai olarak maddi ve kanunlar ihtilâfı hukuk sistematiğinin yeknesaklaştırılması üzerine yorumlar ve teklifler önermektedir.

2.3. *Kegel'in* Maddi Hukuk Görüşü

Kegel de *Wengler* görüşleri ışığında ılımlı olarak milletlerarası özel hukuk kaidelerinin üstünde maddi hukuk kurallarının olmasını savunan görüşleri ile tanınmaktadır. Buna göre klasik milletlerarası özel hukuk anlayışı kişiler ile özel hukuk konularından meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde rol oynamaktadır. Milletlerarası özel hukuk kaideleri her ne kadar soyut olsa da bireyler arasında vücut bulan maddi ve gerçek, somut hukukî ilişkilerin bir görünümüdür. Bu durumda genel kaideleri belirleyen bir kıstas tespit edilmelidir. Bu kıstas milletlerarası özel hukukun meydana gelmesinde var olan çıkarların derlenmesi ile meydana gelecektir. Bu çıkarlar arasında en önemli olanlar arasından hâkimin belirleyeceği esas kıstas dikkate alınarak milletlerarası özel hukuk menfaatleri çözüme kavuşturulacaktır[647]. Burada münferit olarak en iyi sonucu veren çıkar, kanunlar ihtilâfı sistematiğinde de sürekli olarak kullanılacak olan çıkar olarak genel bir kural halini alacaktır.

Kegel esasında milletlerarası özel hukukun temel ve genel kuralları olan atıf, doğrudan uygulanan kural, kamu düzeni, vasıf ihtilâfıları gibi kurallar ile barışıktır. Bu

[645] Wengler, a.g.k., 1961, s. 306.
[646] Wengler, a.g.k., 1961, s. 306.
[647] Göğer, 1970, a.g.k., s. 105.

nedenle de milletlerarası özel hukuk genel kaideleri ile iç hukukun birleştirilmesini, bu surette de milletlerarası bağlama kaideleri ve çıkarlarının tesis edilmesi görüşüne yer vermektedir. Bununla birlikte, milletlerarası özel hukuk bakımından maddi hukuk kuralları olarak yeknesak hukuk kurallarının uygulanması ile ihtilâfların çözümü ve böylece milletlerarası özel hukuk menfaatlerinin tesis edilmesi mümkün gözükmektedir[648].

Kanunlar ihtilâfında özel maddi hukuk kurallarının geçerli olacağı haller, yabancı unsurlu hukukî ilişkide yorum ve tercih imkânı olmadığı haller olacaktır[649]. Çıkar dengesinin bulunmadığı hallerde ise hâkim maddi hukuk kaideleri ile meydana gelen hukukî ihtilafı çözüme kavuşturacaktır[650]. Nihayet *Kegel*, milletlerarası özel hukuk kaidelerinin tesis etmeye çalıştığı milletlerarası adaletin, mevcut imkânlar ile tesis edilmesinin zor olduğunu; ancak, kurulacak bir komisyon sonrasında oluşturulacak olan maddi milletlerarası özel hukuk kuralları veya devletler özel hukukuna ilişkin, devletlerüstü maddi hukuk kuralları ile milletlerarası özel hukuk adaletini tesisinin mümkün olduğunu belirtmiştir.

2.4. *Von Overbeck'in* Maddi Hukuk Görüşü

Von Overbeck'in maddi hukuk görüşü AB hukukunun müktesebatının oluşmasında önem arz etmektedir. AB hukukunun yeknesaklaştırılması çalışmaları kapsamında görüşlerinden özellikle faydalanılan *Von Overbeck'in* bu kapsamda belirttiği hususlar dikkat çekmektedir. Yazar milletlerarası hukukî ilişkiyi öncelikle mutlak ve nisbi nitelik olarak ayırmaktadır. Devletlerin iç hukuk ilişkilerine kolayca bağlanan kanunlar ihtilâfı ilişkileri nisbi nitelik taşırken, mutlak milletlerarası özel hukuk ilişkilerinin bir devlet ile doğrudan bir hukukî ilişkiye bağlanması mümkün değildir. Ayrıma giden her iki kavram arasında devletlerarası maddi hukuk kaideleri irtibatını kuracak nitelikte üst maddi hukuk kurallarının devreye girmesi önerilmiştir. Milletlerarası özel hukuk ilişkileri devletlerarası maddi hukuk normlarının varlıklarını etkilemiş ve arttırmıştır[651].

Hâkimin önüne gelen her olayda belirli şemalar yoluyla bir usul ve yetkili kanun seçmesi daima olumlu bir sonuç vermemektedir. Yazarın burada değindiği esas husus, bağlama kuralları yoluyla seçilecek olan hukukun tespit edilmesinin zorluğu ve işe

[648] Göğer, 1970, a.g.k., s. 106.
[649] Göğer, 1970, a.g.k., s. 106.
[650] Göğer, 1970, a.g.k., s. 106.
[651] Göğer, 1970, a.g.k., s. 106.

yararlılığının test edilmesi hususudur. Olayların milletlerarası özel hukuk adaletine uygun olarak sonuçlandırılması gerekliliği hukukî güvenin bir sonucu olarak varlığını sürdürmektedir. Bağlama kurallarının sübjektif niteliği ve soyut olarak varlık göstermesi milletlerarası özel hukuk menfaatinin tesis edilmesinin önünde engel teşkil etmektedir. Bu sorunun giderilmesi ancak ve sadece milletlerarası özel hukuk maddi hukuk kurallarının tesis edilmesi ile mümkün gözükmektedir[652].

Von Overbeck kanunlar ihtilâfına ilişkin maddi hukuk kaidelerine ancak milletlerarası yeknesak kanunlarda ve iç hukukta raslanıldığını belirtmektedir. Özellikle milletlerarası ticareti düzenleyici yeknesak kuralların var olması *UNIDROIT* ilkelerinin varlığı ile söz konusu olmuştur. Öte yandan farklı devletlerin iç hukuklarında da yabancı veya vatandaş farklı kimselerin aile ve şahsın hukukundan kaynaklanan nedenlerle yaşayabilecekleri hukukî meselelerin üzerine çözüm sunan maddi hukuk kurallarının düzenlendiği görülmektedir[653]. Son olarak Yazar, yeknesak kurallar ve özel tip

---

[652] Göğer, 1970, a.g.k., s. 106.

[653] Yazarın özellikle kanunlar ihtilâfının sözleşme hukuku alanındaki kaidelerine değindiği makalesi milletlerarası özel hukuk maddi hukuk kuralları sistematiğinin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. *Von Overbeck* bu makalede 19 Haziran 1980 tarihli *Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Toplulukları Konvansiyonu ve İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 1978 Tasarısı*'nın sözleşmelere ilişkin hükümleri arasındaki ana benzerlik ve farklılıklara işaret etmek istemiştir. Bu karşılaştırmayı yaparken 1978 Tasarısı hususunda *Stephen McCaffrey'nin* makalesine, resmi raporlara ve yayımlanmış çok sayıdaki yorum ve eleştiriye göndermelerde bulunduğunu belirtmiştir.
Sözleşmeler hususunda, birkaç dağınık halde bulunan hüküm dışında, İsviçre hukukunda bu alanda bir kanunlaştırma hareketinin o ana kadar bulunmadığını belirten yazar gelişimin mahkeme kararları ile söz konusu olduğunu ifade etmiştir. Yazar, Milletlerarası Özel Hukuk alanında yeni kanunun sözleşmeler ve borçlar hukukunun diğer alanlarında verilmiş mahkeme kararlarının kodifiye edilmesi değil, 25 Haziran 1891 tarihli eski Kuralları gözden geçirilmesi amacıyla yapıldığına dikkat çekmiştir. Bu Tasarı tüm hukukî meseleler için bağlama kuralları ihtiva etmesinin yanında, kısmen kantonlar kısmen de federal hukuk tarafından idare edilen yetki kuralları ile tanıma ve tenfize ilişkin federal düzeyde kuralların oluşturulması amacını da haizdir.

1978 Tasarısı kantonlara, siyasi partilere ve ilgili örgütlere dağıtılmasının yanı sıra kamuoyu yoklamasından da geçmiştiri. Bu kadar geniş bir katılım hukukî yorum ve eleştirilerin yanı sıra çok sayıda yorumun gelmesini sağlamış ve bu yorum ve eleştiriler dikkate alınarak Tasarı, hazırlayanlar tarafından yeniden ele alındı. Sözleşmelere ilişkin hükümler diğerlerine nazaran oldukça ağır bir biçimde eleştiriye uğradı ve Tasarıyı hazırlayanlar, bu kısmın üzerine inşa edildiği ilkelere dokunmadan onların sunuluş, ifade ediliş biçimlerini büyük oranda değiştirdi.

Yazar öncelikle ele aldığı iki metin arasındaki benzerliklere işaret etmiş; ardından tarafların hukuk seçimi ve tarafların seçim yapmadıkları durumda uygulanacak hukuka ilişkin temel sorunlardan bahsetmiştir. Von Overbeck, A.E. (1982), *Contracts: The Swiss Draft Statute Compared With the E.E.C. Convention, Contract Conflicts, The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, Amsterdam: (Edt.P.M. North).

sözleşmeler bakımından üst norm bir milletlerarası ticaret hukuku kuralları yaratılması gerektiğini beyan etmiştir[654].

2.5. *Ole Lando* Direktifleri ve Günümüze Etkileri

Ole Lando, AB hukukuna ait mevzuatın yeknesaklaştırılması çabalarında ve mevcut ilan edilen akdi ve akit dışı sözleşme ve Tüzüklerin hazırlanmasına dair tüm çalışmalarda kilometre taşı olmuş hukukçudur. Hemen tüm yeknesaklaştırma çalışmalarına ilişkin kurulan komisyonlarda üyelik veya başkanlık yapmıştır. Öyle ki, AB hukukunda borçlar hukuku alanında var olan çalışmalar sonrasında *Avrupa Birliği Sözleşme İlkeleri* yayımlanmış ve söz konusu ilkeler *Ole Lando İlkeleri*[655] olarak isimlendirilmiştir[656]. Belirtilen ilkeler bağlayıcı değildir. Ancak AB hukukunun yeknesaklaştırılmasında ve oldukça önemli ve işlevseldir[657]. Bu ilkelerin hazırlanmasının esas amacı sözleşmeler hukukuna ilişkin farklı düzenlemelerin bir araya getirilmesidir. Böylece hukukî olarak boşlukların doldurulması ve AB hukukundan kaynaklanan mevzuatsal sorunların ve yorum farklılıklarının giderilmesi gösterilmiştir[658]. Bu şekilde AB üye ülkeler içinde kendi ulusal hukuklarında yenilik ve düzenlemeler yapmak isteyen ülkeler açısından bir gösterge ve belirleyici ilkeler öne çıkacaktır[659]. Sözleşme

---

[654] Milletlerarası özel hukuka ilişkin bağlama kaidelerinin oluşturulması ve yeknesak kuralların meydana getirilmesi düşüncesi ilk önce ticaret hukuku alanında olmuştur. Buna göre tacirlerin korkusuzca ve hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik çerçevesinde iş yapabilmesinin yolu kendisinin tabi olacağı ve uygulayacağı hukukî kuralların bilinmesinden geçmektedir. Sadece hukuk kurallarının uygulanması değil, öte yandan milletlerarası özel hukuk yetki kurallarının tespit edilmesi, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi endişelerin giderilmesi sonucu tahkim kurallarının beyan edilmesi yeni araştırmaları ortaya çıkarmıştır. Bu çabaların sonucunda ortaya çıkan *INCOTERMS* kuralları araştırmaların bir neticesidir. Söz konusu durum özel tip sözleşmelere uygulanacak maddi hukuk kuralları ile yeknesak kuralların varlığı sonucunda bir neticeye varmayı amaçlamaktadır. Bu durum AB hukukunda "*milletlerarası ticaret hukuku maddi hukuk kuralları*" görüşünü ortaya çıkarmıştır. AB hukukunda *Staindoff, Kegel, Von Overbeck* yanında pek çok yazar da bu duruma dayanarak görüşlerini beyan etmiştir.

[655] Avrupa Birliği Komisyonu'nun üyelik ve uzunca dönem başkanlığını yapan *Prof. Ole Lando'ya* saygı sonucu "*Ole Lando İlkeleri*" olarak da anılan *Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri*, 1982 yılında *Ole Lando* başkanlığında, Avrupa Birliğine üye ülkelerden gelen akademisyen ve avukatlardan oluşan komisyon ile çalışmalarına başlamış; 1995 yıllında ilk bölümünü, 1999 yılında ikinci bölümünü ve nihayet 2003 yılında ise son bölümü yayınlanan bir metin olarak sunulmuştur. Söz konusu metin hakkında birçok Uzman *Avrupa Borçlar Kanunu'nun* temelinin atıldığı yorumunda bulunmuştur. Doktrinde bu çalışma "*European Lex Mercatoria*" (*Avrupa'nın Lex Mercatoria'sı)* olarak da isimlendirilmiştir. Lando, Ole (1982), New American Choice of Law Principles and the European Conflict of Laws of Contracts, *AJCL, Vol. 30*, s. 24 (19-35); Lando, Ole (1976), The Substantive Rules in the Conflict of Laws: Comparative Comments from the Law of Contracts, *Tex. Int'l L. J.*, *Vol: 11*, s.505-526.

[656] Dayınlarlı, Kemal (2006), Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri, *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Ankara: Yetkin, 327-396.

[657] Öztürk, Berna (2016), Sözleşmenin Devri, *TBB Dergisi, S. 125*, s. 264 vd.

[658] Öztürk, a.g.k., 2016, s. 264.

[659] Nevin, Meral (2014), Türk Borçlar Kanunu ve Ole Lando İlkelerinde Sözleşmenin Devri, *İÜHFD, S.1, C. 5,* 327-349; Lando Ole, The Rules of Contract Law, 19-56, Jus Law,

taraflarının, zaman içinde sözleşmeden kaynaklı ihtilâflarında, sözleşmede yer alan yorum ilkelerinden faydalanmaları öngörülmüştür[660] [661].

3. ROMA II TÜZÜĞÜ ÖNCESİ DURUM, HAZIRLIK SÜRECİ VE YAYIMLANMASI

3.1. Tüzük Öncesi Durum

Roma II Tüzüğü öncesinde AB hukukunda uygulanacak olan bir yeknesak hukuk kavramından bahsetmek güçtür. Zira AB kurumsal temelleri henüz oluşmamıştır. Öte yandan da hukukun yeknesaklaştırılması çalışmaları esas olarak ticari hukuk alanında yoğunlaşması bireysel sözleşmeler ve sözleşme dışı konularda çalışmaların yapılmasını geciktirmiştir. Bu nedenle de Tüzük öncesinde yeknesak ve uygulanabilir bir AB hukukundan bahsetmek mümkün değildir. Ancak bu dönemde özellikle hukukun belli alanlarında sık rastlanılan konularda devletler üstü yeknesak kuralların ve andlaşmaların olduğu da görülmektedir. Örneğin akdi konularda satış[662], mülkiyet[663] ve şirketler[664] konularında Lahey sözleşmeleri ile akit dışı konularda trafik kazaları[665] ve imalâtçının sorumluluğundan[666] kaynaklanan Lahey sözleşmeleri özellikle haksız fiiller alanında var olan yeknesaklaştırma çalışmalarının öncüleri olduğu söylenebilir.

AB hukukunun yeknesaklaştırılması çalışmaları *Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Topluluğu Konvansiyonu* ile başlamıştır. Söz konusu çalışma 19 Haziran 1980 tarihinde Roma'da imzalanmıştır.

<http://www.jus.uio.no/pace/the_rules _of_european_contract_law.ole_lando/_3.html>, Erişim Tarihi: 26.10.2017.

[660] Öztürk, a.g.k., 2016, s. 280.

[661] Lando, Ole (1984), The Conflict of Laws of Contracts, General Principles, *Receuil des Cours, Vol., 189 (1984/6)*, s. 228-447.

[662] 15 Haziran 1955 Tarihli Uluslararası Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme (*Convention on the law applicable to international sales of goods*), Hogue Law Organization <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=31>, Erişim Tarihi: 9.10.2017.

[663] 15 Nisan 1958 Tarihli Uluslararası Satış Sözleşmelerinde Mülkiyet Hakkının Devrini Belirleyecek Hukuka Dair Sözleşme (*Convention on the law governing transfer of title in international sales of goods*) Hogue Law Organization, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=32>, Erişim Tarihi: 9.10.2017.

[664] 1 Haziran 1956 Tarihli Yabancı Şirketler, Kurum ve Kuruluşların Tüzel Kişiliğinin Tanınmasına Dair Sözleşme (*Convention concerning the recognition of the legal personality of foreign companies, associations and institutions*), Hogue Law Organization, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=36>, Erişim Tarihi: 9.10.2017.

[665] 4 Mayıs 1971 Tarihli Trafik kazlarına Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme (*Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents*) Hogue Law Organization, <http://www.hcch.net/ index_en.php?act=conventions.text&cid=81>, Erişim Tarihi: 9.10.2017.

[666] 2 Ekim 1973 Tarihli İmalâtçının Sorumluluğuna Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme (*Convention on the Law Applicable to Products Liability*), Hogue Law Organization, <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=84> Erişim Tarihi: 9.10.2017.

Konvansiyon'un yayınlandığı *Official Journal of the European Communities* dergisinde *Prof. Dr. Guiliano* ile *Prof. Dr. Lagarde'nin* Konvansiyon'a ilişkin görüşlerini değerlendirdiği Rapor'u da yer almıştır[667] [668]. Üye devletlerin 1969 yılında kanunlar ihtilâfı hukukunun yeknesaklaştırılması ile meşgul olma nedenleri bu Raporda anlatılmıştır. İlk olarak kanunlar ihtilâfı ile ilgili bir Konvansiyon meydana getirme fikri ve teklifi *Benelux* Devletlerinin hükümetleri tarafından yapılmıştır[669]. Bu ülkeler Belçika, Hollanda ve Lüksemburg Hükümetleridir. İlk teklif 1967 yılında sunulmuş ve 1969 yılının şubat ayında gerçekleştirilen toplantıda da tartışılmıştır. Avrupa Topluluğu üyesi devletlerin kanunlar ihtilâfı hukuklarının yeknesaklaştırılması isteğinin sebebi Topluluk içinde hukukî kesinlik ve öngörülebilirlik seviyesinin yükseltilmesi arzusudur. Bu arzu, örneğin *Avrupa Topluluğu'nu* kuran Anlaşmanın 100. ve 220. maddelerinde hissedilmektedir. Buna rağmen, *Avrupa Topluluğu Anlaşması'nın* herhangi bir hükmü ile kanunlar ihtilâfı hukuku arasında bağlantı yoktur.

1969 yılında gerçekleştirilen toplantıda 27 Eylül 1968 tarihli *Ticari Meselelerde Yetki ve Kararların İcrası Hakkında Avrupa Konvansiyon'u* kabul edilmiştir. Burada Avrupa Komisyonu temsilcisi tarafından Topluluk içinde mahkemelerin yabancı hukuku uygulayacakları davaların artacağı öngörülmütüştür. Konvansiyon, Topluluk içinde alınan mahkeme kararlarının icrası ve yetkisi hususunda düzenlemeler getirmektedir. Usulî alanda yapılan böyle bir çalışma sonrasında davaların artacağı düşüncesi ile maddi hukuka ilişkin düzenlemelerin de yapılması gerektiği savunulmuştur. Zira bir davacı her zaman kendisi için en iyi sonuç doğuracak devletin hukukundan yararlanmak isteyecektir. Üye devletlerin kanunlar ihtilâfı düzenlemelerindeki farklılıklar davacıya cesaret verecektir. Bunun önüne geçebilmek için, kanunlar ihtilâfı kurallarının yeknesaklaştırılması gereklidir. Bu takdirde davaya uygulanacak hukuk önceden ve herkes tarafından öngörülebilir olmasının önü açılacaktır.

AB kanunlar ihtilâfı hukukunun yeknesaklaştırılması çalışmaları hakkında ilk başlangıcın 27 Eylül 1968 Konvansiyonu olacağı hakkında fikir birliği oluşmuştur.

---

667 Rapor için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:31980Y1031(01)>, Erişim Tarihi: 9.10.2017.

668 Raporun hazırlanışı ve süreci hakkında bir diğer değerlendirme de *Ole Lando* tarafından 1987 yılında yayımlanan makalede dile getirilmiştir. Lando, Ole (1987), The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, *Common Market Law Review, Vol. 24*, s.159-214.

669 Kurt, H. Nadelmann (1971), The Benelux Uniform Law on Private International Law, *Am. J. Comp. L. Vol. 18, Is. 40, pp. 420-425.*

Elbette, bunun için üye devletlerin kendi hukuklarını yeknesaklaştırmaya razı olması gerekmektedir. Bu doğrultuda şu aşamaların çözülmesi gereklidir:

- Öncelikle, Topluluk içinde üye devletlerin kendi aralarındaki ilişkileri ve Topluluğa üye olmayan üçüncü ülkelerle ilişkileri idare edecek kanunlar ihtilâfı kurallarının yeknesaklaştırılması gereklidir.
- Aciliyet söz konusudur. Kanunlar ihtilâfı hukukunda üye devletlerin mevcut olan farklılıkları daha da göze görülmektedir. Bu durumun bir an önce düzenlenmesi gerekmektedir.
- Tüm hukukî durumun yeknesaklaştırılmaya çalışılması çok uzun zaman alacaktır. Yerel maddi hukukların yeknesaklaştırılmasına nazaran, kanunlar ihtilâfı kurallarının yeknesaklaştırılması daha kolay olacaktır. Zira kanunlar ihtilâfı kuralları sadece yabancı unsur içeren ilişkilere uygulanır. Bu kuralların yeknesaklaştırılması milli hukuk sistemlerinde sadece küçük değişiklikler yaratacaktır. Yerel hukuk kurallarının yeknesaklaştırılması ise üye ülkelerde kamu düzeni, uygulamadaki farklılıklar nedeniyle rahatsızlık meydana getirebilecektir[670].

27 Eylül 1968 tarihli *Ticari Meselelerde Yetki ve Kararların İcrası Hakkında Avrupa Konvansiyon'u* sonrasında ise öncelikli olan konularda ve üye ülkeleri doğrudan etkilemeyecek maddi hukuka ve yalnızca AB üye devletlerarasında yeknesak kuralların oluşturulmasına ilişkin çalışmalar başlamıştır. Bu bağlamda Avrupa Topluluğunun altı üyesi tarafından 1972 yılında *Sözleşme ve Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine İlişkin Avrupa Ekonomik Topluluğu Taslak Sözleşmesi* sunulmuştur. Akabinde çalışma grupları akdi ve akit dışı hukukî uyuşmazlıklara ilişkin uygulanacak yeknesak kuralları ayırma gereği duymuştur. Bu bağlamda 1978 yılında sözleşme dışı borç ilişkilerine ilişkin taslaktan çıkarılmş ve sadece sözleşmeden doğan ilişkilerine yer verilmiştir[671]. Sonrasında ise 1980 tarihli *Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Topluluğu Konvansiyonu* kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Konvansiyonun yürürlüğe girmesi ile sıra akit dışı hukukî ilişkilerinin düzenlenmesi konusuna gelmiştir.

[670] Lando, 1987, a.g.k., s. 170.
[671] Söz konusu çalışmalar sonucunda 1980 yılında *Sözleşmeden Doğan İlişkilere Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Sözleşmesi* metni kararlaştırılmıştır.

3.2. Tüzük Hazırlık Süreci

AB hukukunun en önemli parçalarından biri olan *Roma II Tüzüğü* yeknesaklaştırma çalışmaları sonrasında ortaya çıkan düzenlemelerden biridir. Daha önce de belirttiğimiz gibi düzenlemenin Tüzük olarak yürürlüğe girmesinin temel anlamı ülkelerin iç hukuklarına doğrudan etki etmek ve ayrıca bir işlem yapmaksızın yürürlüğe girmesi amacıyladır. Bu nedenledir ki, gerek yeknesaklaştırma çabalarının gerekse de Birlik hukukundaki gelişmelerin anlaşılması tarihsel gelişmeler belirtilerek daha doğru bir biçimde anlaşılacaktır.

Daha önce belirttiğimiz gibi çalışma grupları 1972 tarihli akdi ve akit dışı hukukî ilişkilerini birlikte düzenleyen çalışmadan akit dışı hukukî ilişkilerinin ayrılması hakkında karar vermesi ile sözleşme dışı borç ilişkileri bağlamında çalışmalarının yeniden başlaması 1996 yılına kadar mümkün olmamıştır[672]. *Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Avrupa Topluluğu Grubu* isminde oluşturulan bir çalışma grubu ile AB Komisyonu'nun Tüzük çalışmaları hakkında bir oluşum meydana getirilmiştir. *Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Avrupa Topluluğu Grubu* tarafından akit dışı hukukî ilişkileri hakkında bir taslak hazırlanması 1 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe giren *Amsterdam* Anlaşması'na[673] kadar süregelmiştir. *Amsterdam Andlaşması* ile ilk defa Avrupa Topluluğu milletlerarası hukukî düzenlemeler konusunda yetkilendirilmiş bulunmaktadır.

Amsterdam Anlaşması yürürlüğe girmeden önce Anlaşma ile kurumlara verilecek olan yetkilerin nasıl kullanılacağı hususu, kurumların esas sorunlarını meydana

---

[672] Kavşat, Fatma Candan (2016), Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinde İrade Muhtariyeti Prensibi: MÖHUK ve Roma II Tüzüğü, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, s. 54.

[673] 1997 yılının Ekim ayında imzalanarak, Mayıs 1999'da yürürlüğe giren *Amsterdam Antlaşması,* 1993 yılında kurucu nitelikteki ve AB'nin ekonomik ve siyasal olarak bütünleşmesi sürecine ilişkin kriterleri belirten *Maastricht* Antlaşması'nın tekrar yorumlanarak günün koşullarına uyarlanması, AB kapsamında tek para birimine geçilmesi ve nihayet AB'nin genişleme sürecine ilişkin politikaların belirlenmesi amacıyla AB ile üye ülkeleri sürece hazırlamak amacıyla kabul edilmiştir. *Amsterdam* Andlaşması ile Avrupa Vatandaşlığı kavramları tanımlanıp, AB hukukunun hukuksal çerçevesi tanımlanmış, AB kapsamında özellikle hukukî yeknesaklık bakımından andlaşmalar tekrar güncellenmiştir. Öte yandan siyasi olarak Avrupa Parlamentosunun yapısı tekrar düzenlenerek ortak karar alma prosedürlerinde değişikliğe gidilmiştir. Andlaşma ile *Schengen Anlaşması* AB hukuku'na dâhil edilmiş, bu doğrultuda üye ülkeler arasında sınır kontrollerinin azaltılması ve kaldırılması amaçlanmıştır. Ancak bu konuda İrlanda ve İngiltere'nin sınır kontrollerine ilişkin çekimser davrandıklarını belirtmek gereklidir. Nihayet, Andlaşma ile AB sınırlarında tek bir para birimine geçilmesinin önü açılmıştır. *Amsterdam* Andlaşması, AB politikalarının ve temelleri olan özgürlük, demokrasi, hukuk devleti ve insan hakları kavramlarının AB literatüründe yazılı hale getirilerek temel bir politika ve amaçsal hedeflerin gerçekleştirilmesi bakımından önem arz etmektedir.

getirmiştir. Bu konuda Avrupa kurumları yetkileri nasıl kullanacaklarına dair çeşitli toplantılar yaparak, verilen yetkilerin sınırlarını belirlemişlerdir[674]. Bu toplantılar sonucunda *Amsterdam Anlaşma'nın* yürürlüğe girmesinden itibaren iki yıl içinde akit dışı hukukî ilişkilerine dair bir tüzüğün tamamlanması öngrülmüştür. Ancak sürenin dolduğu 2001 tarihinde ortada henüz yayınlanabilecek bir taslak metin hazırlanmamıştır. *Amsterdam Andlaşması* ile ilk defa Avrupa Topluluğu ve Avrupa Komisyonu'na verilen yetki kapsamında akit dışı hukukî ilişkilere dair temel oluşturan taslağı 2002 yılında meslek ve sanayi grupları, akademisyen ve uygulamacılar gibi grupların görüşlerini almak amacıyla kamuoyuna sunulmuştur[675]. Avrupa Komisyonu, komisyonlar, meslek odaları ve diğer kurumlardan gelen eleştiriler doğrultusunda yeni oluşturduğu taslağını 2003 yılında tamamlamıştır. Komisyonun yeni taslağı, andlaşma madde şerhleri ile düzenlenen maddlere ait görüşlerin yer aldığı genel gerekçelerin açıklanması sonrasında yazılı olarak en somut ve ciddi düzenleme halini böylece almıştır[676].

Avrupa Birliği hukukunun yorumlanması ve uygulanması hususunda Avrupa Parlementosunda bulunan Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri ve İç Pazar Komitesi, 2005 Haziran ayında, yayımladığı rapor ile özellikle kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarında mekanik ve sert düzenlemelerin yapıldığı, bağlama kurallarına dair esnek bir düzenleme oluşturulması gerektiği yönündeki eleştirileri baz alarak Ocak 2006'da metnin son halini Parlamento'ya sunmuştur. Avrupa Birliği Komisyonu da Eylül 2006'da yeni öneriyi (*Amended Proposal*) kabul etmiştir[677] [678]. Komisyon temsilcileri ve Parlamento tarafından tartışmalar sonucunda oluşturulan nihai metin, 11 Temmuz 2007'de Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilmiştir.

Yürürlükteki *Roma II Tüzüğü'nü* oluşturan 2003 tarihli taslak esasında kendinden önce yapılan pek çok çalışma ve tasarının bir sonucudur[679]. *Roma II Tüzüğü* Avrupa

---

[674] Kavşat, 2016, a.g.k., s. 57; Yılmaz, Gizem (2016), Türk Milletlerarası Özel Hukuku ve Roma II Tüzüğü Kapsamında Haksız Fiilden Doğan Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Mukayeseli Olarak İncelenmesi, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı, C. 22, S. 3*, s. 3111-3143.

[675] Kavşat, 2016, a.g.k., s. 53.

[676] Dickinson, Andrew (2008), The *Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, London: Oxford Publishing, s. 40. Explanatory Memorandum, s. 24.

[677] Council Common Position OJ-C 289/68, Final: 28.11.2006.

[678] Ayrıca bkz. Communication from the Commision concerning the Council's Common Position, COM (2006) 566 final, 27.9.2006.

[679] Tüzüğün tarihi sürecinde yapılan teklif ve önerilerin ayrıntıları için bkz. Öztekin-Gelgel, Günseli (2006), *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki AB Düzenlemesi*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 25 vd.

Topluluğu Anlaşmasının[680] 61 ve 65. maddelerinde[681] değinilen yetki uyarınca hukukun farklı alanlarında uygulanacak kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının birleştirilmesi ve yeknesaklaştırılması amacıyla milletlerarası özel hukuk alanında yapılan AB hukuku düzenlemelerinden biridir[682]. *Roma II Tüzüğü* 11 Temmuz 2007'de kabul edilmiş; 11 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tüzük, *Danimarka* dışında tüm üye devletlerin iç hukuklarında doğrudan uygulama alanına sahiptir[683] [684].

4. ROMA II TÜZÜĞÜ UYGULAMASI HAKKINDA GENEL ESASLAR

4.1. Tüzüğün Uygulama Alanı ve Haksız Fiil Türlerine Dair Yaklaşımı

Tüzüğün uygulama alanı denildiğinde iki husus göze çarpmaktadır[685]: İlk olarak Tüzüğün hangi tür borç ilişkilerine uygulanacağıdır. Bir diğer ifade ile akit dışı hukukî ilişki denildiğinde Tüzük kapsamında hangi haller düzenlenmiştir? İkinci olarak da Tüzüğün akit dışı hukukî ilişkilerinin hukukî niteliklerini belirlerken konu bakımından hangi hususları dikkate aldığı hususu Tüzüğün uygulama alanını ortaya çıkarmaktadır.

---

[680] European Union Consolidated Versions Of The Treaty On European Union And Of The Treaty Establishıng The European Community, C321 E/1, 29.12.2006.

[681] Lizbon Andlaşması m. 81.

[682] *Explanatory Memorandum of the Commision of the European Communities accompanying the European Commision, Proposal for a Regulation on the law applicable to non contractual obligations (Rome II) (COM (2003) 427 final [22.07.2003],* s. 23. (Explanatory Memorandum).

[683] Tüzük açıklamalarında, m. 1/4 ve m. 40 uyarınca Danimarka'nın bir üye devlet olmadığını hükme bağlamıştır. Avrupa Birliğine Yasa Komisyonuna *Roma II Tüzüğünü* yapma yetkisi veren ABİHA m. 81 uyarınca Danimarka, Birleşik Krallık ve İrlanda imzalanan protokollerin dışında yer almaktadır. Buna rağmen, Tüzüğün evrensel niteliği yanında Birlik doğal üyesi olarak da kabul edilen Birleşik Krallık ve İrlanda, Tüzüğün yürürlük tarihi itibariyle henüz *Brexit* gündemde olmadığı için *Roma II Tüzüğüne* katılmışlardır. Bu nedenle Tüzük Danimarka dışındaki üye ülkeleri kapsayacak şekilde uygulanır. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Kavşat, 2016, a.g.k., s. 57; Yılmaz, 2016, a.g.k., 3125.

[684] ABİHA m. 288 uyarınca Tüzükler "*genel uygulama alanına sahiptir*" AB iç kurallarıdır. Bu kurallar tüm AB devletleri açısından "*bağlayıcı olacak ve doğrudan uygulanacaktır*". *Roma II Tüzük* m. 1/2'de kapsamının belirtildiği üzere Tüzük uygulama alanı ve kapsamı belirtilmiştir. Söz konusu konu ileride ayrıntılı olarak incelenecektir. Ancak bahsi geçen konu üzerinde yeri gelmişken Tüzük hükmü ile açıklama yapılması gereklidir. Tüzüğün uygulama alanı dışında kalan konular bakımından genel kurallar uygulanacaktır. Bir diğer ifade ile konunun esası ile ilgili olan bir düzenleme var ise söz konusu düzenleme yok ise AB hukukunun genel düzenlemeleri, bu konuda da bir boşluk olması durumunda devletlerin kendi iç hukukları ve kanunlar ihtialfı kuralları uygulanacaktır.

[685] Janeen, M. Carruthers/ Elizabeth, B. Crawford (2005), Variations on a Theme of Rome II: Reflections on Proposed Choice of Law Rules for Non-contractual Obligations, *Edinburgh (Edi.) L. Rev. Vol. 65, Is. 9*, 238; Hay, Peter (2007), Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations in Private International Law (Conflict of Laws) and the European Community's "Rome II" Regulation", *The European Legal Forum, Vol.7, Num. 4,* s. 130-157; Willibald Posch (2004), The Draft Regulation Rome II in 2004: Its Past and Future Perspectives, *Ybk Priv. Int'l L. Vol. 6,* s. 129; Staudinger, Ansgar (2005), Rome II and Traffic Accidents, *European Legal Forum Vol. 61* (4-2005); Stone, Peter (2005), The Rome II Proposal on the Law Applicable to Non-contractual Obligations, *European Legal Forum Vol. 4*, s. 213 (4-2004); Russell J. Weintraub (2005), Rome II and the Tension Between Predictability and Flexibility, *Riv. int'le priv. e process. Vol. 19*, s. 561.

İlk olarak Tüzük kapsamında akit dışı hukukî ilişkileri denildiğinde ne anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir, AB parlamentosu Tüzüğün konu bakımından uygulanma alanını Amerikan hukukunda olduğu gibi geniş yorumlamıştır. Tüzük, hukuka aykırı bir fiil ile illiyet bağı çerçevesinde meydana gelen, doğrudan veya dolaylı zarar sonucunda ortaya çıkan durumları akit dışı hukukî ilişki olarak tanımlamıştır. Bu şu anlama gelmektedir: Tüzük akit dışı hukukî ilişkilerini daha önce Amerikan hukuku açısından belirttiğimiz üzere haksız fiilleri aşan bir kavram olarak nitelendirmiştir. Bu bağlamda Tüzük özel hukuk ve ticaret hukukunun içinde kalan akit dışı hukukî ilişkilerin uygulama alanlarının özerk olarak düzenleneceğini kabul etmiştir[686].

Tüzük, birinci bölümünün 1. maddesi gereği, ticaret ve özel hukukun çeşitli ilişkilerinden kaynaklanan akit dışı hukukî ilişkilere uygulanacaktır[687]. Bu bakımdan ticari ve özel hukuk ilişkilerinin neler olduğuna dair bir açıklamanın Tüzük kapsamında yapılmadığını görmekteyiz. Zira özel hukuk ve ticari ilişkiler bakımından bir tanım yapılmasının konuyu sınırlandıracağı düşünülmüştür[688]. Ancak Tüzük, hangi konular bakımından kuralların uygulamasının olmayacağını açıkça belirtmiştir. Buna göre vergi hukuku, gümrük meselelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, idare hukukuna ait meseleler ve devletin hukukî/ cezai sorumluluğu ya da kamu otoritesinin kullanılmasından kaynaklanan akit dışı fiillerden (*acta iure imperii*) doğan sorumluluklara Tüzük uygulanmayacaktır[689]. Tüzüğün uygulanmayacağı konular incelendiğinde görüldüğü gibi önemli olanın devletin kamu öteritesi ve yetkisi ile kullanılan durumlardan kaynaklanan hallerin dışarıda bırakıldığıdır. Bu konuda da özellikle *ABAD* kararları özerk konu ve alanların belirlenmesinde öne çıkabilecektir[690]

---

[686] Tarman, 2009, a.g.k., s. 196.

[687] "*This Regulation shall apply, in situations involving a conflict of laws, to non-contractual obligations in civil and commercial matters*."

[688] ABAD'ın *Arrêt LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG c. Eurocontrol,* (*affaire 29/76, 14.10.1976*) *Brüksel I Tüzüğü'nün* uygulanması ile ilgili verdiği *LTU-Eurocontrol* kararında, "*ticari ve hukukî mesele*" kavramının tanımını yapmıştır. Buna göre ticari ve hukukî alanların tanımının belirli bir ülke hukukuna göre belirlenmemesi; *Brüksel I Tüzüğü'nün* öngördüğü sistem içinde genel olarak bağımsız bir yoruma tabi tutulması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Eurolex, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976J0029: FR:HTML.>, Erişim Tarihi: 15.10.2017.

[689] "*It shall not apply, in particular, to revenue, customs or administrative matters or to the liability of the State for acts and omissions in the exercise of State authority (acta iure imperii).*"

[690] *ABAD* akit dışı hukukî ilişkilerinin vasıflandırılması esnasında maddi hukuk kriterlerinden ayrılmak gerektiğini *Roma II Tüzüğü* döneminde belirtmemiştir. *ABAD, Brüksel I* Tüzüğünün uygulanmasına ilişkin

[691]. Yine hukukî ilişkilerin özerkliğinin belirlenmesi hususundaki vasıflandırma sorunu da her hukukî ilişkinin türüne göre özerk (*otonom*) olarak tayin edilecektir[692].

Her ne kadar hukukî ilişkilerin nitelendirilmesi ve vasıflandırılması bakımından özerk bir duruş sergilenmiş olsa da Tüzük hukukî ilişkilerin nitelendirilmesi ve vasıflandırılması bakımından uygulanacak olan metodu da belirtmektedir. *Roma II* Tüzüğü'nün konu bakımından uygulanması, hukukî sorunun vasıflandırılması ve nitelendirilmesi sonrasında tespit edilecektir[693]. Hukukî ilişkinin vasıflandırılması ve nitelendirilmesi söz konusu olduğunda uygulayıcıların karşısına ikili bir ayrım çıkacaktır: İlk olarak sözleşme dışı hukukî ilişki kavramının ne anlama geldiği açıklanacaktır. Bu bağlamda da borç kavramının nitelendirilmesi ve vasıflandırılması yapılması gereklidir[694]. Öte yandan akit dışı hukukî ilişki kavramının tanımının yapılması ayrıca önem arz etmektedir[695].

Akit dışı hukukî ilişki kavramının temellerinin ve tanımının AB hukukunda ve üye ülkelerde yeteri kadar yapılmadığı düşünülmektedir[696]. Zira AB hukukunda bazı yazarların[697] "*sözleşme dışı borç ilişkileri*" kavramını kullandıkları görülmektedir. Ancak aşağıda da etraflıca açıklandığı üzere bu kavramın kullanılması yerinde değildir. Diğer

---

verdiği *Kalfelis v Schröder* kararında sözleşme dışı borç ilişkilerinde yetkiye ilişkin olarak hangi hukukî ilişkilerin akit dışı hukukî ilişkisi olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Karar metni için bkz. C-*189/87 Kalfelis v Schröder Münchmeyer, Hengst and Co. and others, ECRI 1988- 05565*, Curia Europe, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=189/87&td=ALL>, Erişim Tarihi: 15.10.2017.

Ancak doktrinde bir görüş milletlerarası yetkiye ilişkin yer alan böyle bir görüşün kanunlar ihtilâfı hukuku alanında doğrudan uygulanmasının sakıncalı olduğunu, yetki ile uygulanacak hukuka dair görüşlerin karıştırılmasına yol açtığını belirtmektedir. Valdhans, Jiri (2009), The Pitfall of Interpreting Rome II Regulation Consistently with Brussels I Regulation, *Jurisprudencija, Num. 2, Vol. 116,* s. 238-239 (University of Wroclaw, <https://www.mruni.eu/upload/iblock/a90/valdhans.pdf>, Erişim Tarihi: 15.10.2017); Carruthers, Elizabeth B./ Carruthers, Janeen M. (2014), Connection and Coherence Between and Among European Instruments in the Private International Law of Obligations, *International and Comparative Law Quarterly, Vol. 63,* s. 9. Cambridge Law Review, <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/connection-and-coherence-between-and-among-european-instruments-in-the-private-international-law-of-obligations/6AFDF14F97ACA5AE1C0FA51227A136C2>, Erişim Tarihi: 15.10.2017.

[691] Bu durum Tüzük dibacesinin 11. Maddesinde de vurgulanmıştır. Buna göre *akte dayalı olmayan bir yükümlülük kavramı bir üye devletten diğerine değişeceği için bu Tüzüğün amaçları içinde sözleşme dışında doğan yükümlülükler özerk bir kavram olarak anlaşılmalıdır.*

[692] Tarman, 2009, a.g.k., s. 196.

[693] Scott, Andrew (2009), "*The Scope of Non-Contractual Obligation", The Rome II Regulation on The Law Applicable to Non-Contractual Obligation: A New International Litigation Regime*, Ed. Ahern, J. / Binchy, W., Leiden: Martinus Nijholf Publishing, s. 57.

[694] Scott, 2009, a.g.k., s. 72; Kavşat, 2016, a.g.k., s. 3.

[695] Scott, 2009, a.g.k., s. 72.

[696] Kavşat, 2016, a.g.k., s. 3.

[697] Scott, 2009, a.g.k., s. 72; Kavşat, 2016, a.g.k., s. 3.

taraftan, her ne kadar yeknesak bir hukuk sisteminden bahsetsek de Tüzük yalnızca kanunlar ihtilâfı kuralları bakımından yeknesak bir durum yaratmıştır. Üye ülkelerin maddi hukuk sistemlerinin birbirlerinden farklı olması hususu düşünüldüğünde "*akit dışı hukukî ilişkiler*" ifadesinin tanımı ve vasıflandırılması karşılaştırmalı hukukta oldukça karmaşık bir durum meydana getirmektedir[698]. Bu karmaşık durum *Tüzük* içinde farklı şekillerde ifade edilmektedir[699]. Yol gösterici olarak yer alan bu ifadelerden ilki daha önce de belirttiğimiz gibi akit dışı hukukî ilişki kavramının özerk yorumlanmasıdır. Söz konusu özerk yorumlama içinde akit dışı hukukî ilişki kavramının yorumlanması esnasında AB hukukunun düzenlemeleri, bu düzenlemelerin amaçları göz önünde bulundurulmalıdır[700]. İkinci olarak ise üye ülkelerin hukukî olaya ilişkin milli hukuk sistemlerinin konulmasının temelinde yer alan hukuk genel ilkelerinden hareket edilmemeli, herhangi bir üye devletin iç hukukunda yer alan maddi hukuk kurallarının temelleri yorumlanmada dikkate alınmamadır[701] [702]. Doktrinde bazı yazarlar akit dışı hukukî ilişkiler kavramının, akdi hukukî ilişkilerin dışındaki ilişkiler olarak vasıflandırılmasının doğru olmadığını belirtmişlerdir[703]. Akit dışı hukukî ilişkiler, hukukî ilişkinin temeli olan unsurların bir araya getirilmesi ve temelinde yatan hukukî mantığın ortaya konulması sonrasında ortaya çıkan durumun yorumlanması ile tanımlanabilecektir[704]. Bununla birlikte, doktrinde bir diğer bakış açısı akit dışı hukukî ilişkileri tanımlayıp açıklayabilecek genel geçer kaideler bulmanın imkânsız olduğunu belirterek bu tür bir çabanın gereksiz olacağını belirtmiştir[705]. Bir başka görüş, bir kimsenin hukuken korunan menfaatlerinin ihlal edilmesine dayanan zararın akit dışı borç ilişkisi meydana getirmede temel anlam teşkil edeceğini savunmuştur[706].

---

[698] Jansen, Nils (2010), The Concept of Non-Contractual Obligations: Rethinking the Division of Tort, Unjustified Enrichment, and Contract Law, *Journal of European Tort Law, Vol. 16, Num. 1,* s. 17.
[699] Nils, 2010, a.g.k., s. 19.
[700] Hay, Peter (2007), Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations in Private International Law (Conflict of Laws) and the European Community's "Rome II" Regulation", *The European Legal Forum, Vol.7, Num. 4,* s. 137; Kavşat, 2016, a.g.k., s. 4.
[701] Hay, 2007, a.g.k., s. 138.
[702] Bu durum ABAD tarafından da pek çok kez vurgulanmıştır. Buna göre Tüzük'te yer alan kavramların sadece uygulanacak milli hukuka dayanılarak yorumlanmaması gerektiğini belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bach, Ivo (2011), *Scope of Regulation, Rome II Regulation Pocket Commentary*, Ed: Huber, Peter, Munich: European Law Publishers, s. 28; Dickinson, 2008, a.g.k., s.120; Kavşat, 2016, a.g.k., s. 4.
[703] Görüşler ve değerlendirmeler bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, 2016, a.g.k., s. 5.
[704] Hay, Peter (1978), Unjust Enrichment in the Conflict of Laws-A Comparison of German Law and the Restatement Second, *American Journal of Comparative Law, Vol. 26, Num. 1*, s. 3.
[705] Kavşat, 2016, a.g.k., s. 6.
[706] Hay, 1978, a.g.k., s. 4.

Kanaatimizce *Tüzük*, tarihsel süreci ve amaçları birlikte yorumlandığında, düzenleme alanının "*akit dışı borç ilişkilerini*" aşan bir nitelik arz ettiği görülmektedir. Hukukî ilişkiler göz önüne alındığında sözleşme dışında meydana gelen her durum bir "*borç ilişkisinin*" sonucu ortaya çıkmadığı bir gerçektir. O halde sadece "*sözleşme dışı borç ilişkileri*" ifadesi ile *Tüzüğün* uygulama kapasitesini daraltacaktır[707]. *Tüzük* özerk yapısı uyarınca uygulama alanı ve vasıflandırılması bakımından sınırlarının "*akit dışı hukukî ilişkiler*" olarak çizilmesi daha doğru olacaktır. Akit dışı hukukî ilişkilerin kavramsal olarak akit dışında meydana gelen, fakat borç ilişkisi dışında da haksız fiil unsurlarını aşan bir durum yaratan, gerektiğinde kusursuz sorumluluğu da bünyesine alacak şekilde zarar görenin her halde ve şartlarda yararlanacağı bir düzenleme olacağı aşikârdır. ABAD'ın çok defa belirttiği ve nihayet *Frahuil kararında*[708] vurguladığı üzere tarafların karşılıklı olarak bir irade uyuşması olmadığı için sözleşme ilişkisi kapsamında değerlendirilemeyen, aynı zamanda da bir borç yaratma kabiliyetinden yoksun durumlar için tam da akit dışı hukukî ilişkiler ifadesi nitelendirmesi doğru olacaktır[709].

Öte yandan AB hukukunda akit dışı hukukî kavramlar ifadesi müşterek olarak yorumlanmamıştır. Bu durumun sonucu olarak akit dışı hukukî ilişkilerinin yorumlanması bakımından bir metodolojisinin oluşturulması gerekliliği hasıl olmaktadır. *Tüzük* Dibace m. 11'de belirtildiği üzere bu yorum yapılırken *Tüzük'ten* bağımsız olarak Birlik hukukunun amaçları ve düzenlemeleri topyekûn dikkate alınmalıdır[710]. Nihayet, akit dışı hukukî ilişkiler kavramı yorumlanırken ülkelerin iç hukukları ve iç hukuklarına dayanan hukukun genel ilkeleri göz önüne alınmamalıdır. Zira bu durum çok farklı yorumların ortaya çıkmasına ve müşterek hukukî uygulamaya engel olunması anlamına gelmektedir[711].

İkinci olarak *Tüzük* akit dışı hukukî ilişkilerini düzenlerken, birden fazla farklı ülkenin hukuk sistemi ile bağlantılı olan bir kanunlar ihtilâfı sorununa ilişkin olarak, genel ve özel akit dışı hukukî ilişkileri şeklinde ikili bir ayrım yapmıştır. *Tüzük* m. 2 özel

---

[707] Aynı yönde görüş için bkz. Collins, L./ Morris/ Dicey (2012), *Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws*, Fourteenth Edition, London: Sweet & Maxwell, s. 2151.
[708] *Frahuil SA v Assitalia SpA., C-265-02 Frahuil SA v Assitalia SpA [2004] ECR-I 01543]*, Eur. Lex., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62002CJ0265>, Erişim Tarihi: 15.10.2017.
[709] Bach, 2011, a.g.k., s. 36.
[710] Dickinson, 2008, a.g.k., s.120.
[711] Dickinson, 2008, a.g.k., s.120.

hukukun ve ticari hukukun hangi alanlarında uygulanacağına dair özel halleri belirtmiştir. Buna göre *Tüzük*[712] *haksız fiiller*[713], *ürün sorumluluğu*[714], *haksız rekabet*[715], *çevresel zararlar*[716], *fikri mülkiyet ihlali*[717], *sebepsiz zenginleşme*[718], *vekâletsiz iş görme*[719] ve *culpa in contrahendo*[720] özel ilişkilerinden kaynaklanan durumlarda uygulanacaktır[721]. Bunun yanında hukukî niteliği gereğince özel hukukun bir dalı olarak sayılan, ancak, Tüzüğün kapsamına dâhil olmayan hususlar vardır. Bu haller m. 1/2'de sayılmıştır. Buna göre, nafaka yükümlülüğü içinde olmak üzere aile hukukuna ilişkin konular (m.1/2-a)[722], evlilik mal rejimi ve miras hukukundan kaynaklanan akit dışı borçlar (m.1/2-b)[723], kıymetli evrak hukukundan kaynaklanan ihtilâflar (m.1/2-c)[724] ile şirketler, dernekler ve tüzel kişiler hukukundan kaynaklanan ihtilâflar (m.1/2-d)[725]; akit dışı ilişkinin *trust,*

[712] Tüzük 3. maddesinde temel olarak akit dışı borç ilişkileri kavramını kullandıktan sonra 4. maddesinin başlığında "*Torts*" ifadesini kullanmıştır. "*Torts*" ifadesi ile Tüzük kapsamında kastedilenlerin genel kural ile genel kuralın dışında kalan özel akit dışı borç ilişkileridir. Bu bakımdan Tüzüğün akit dışı borç ilişkilerinin hepsine ilişkin düzenlemeler yaptığı, özel olarak da haksız fiillerden kaynaklanan durumları düzenlediğini söylemek yanlış olmayacaktır.
[713] Genel kurallar m. 4.
[714] Madde 5.
[715] Madde 6.
[716] Madde 7.
[717] Madde 8.
[718] Madde 10.
[719] Madde 11.
[720] Madde 12.
[721] *Roma II Tüzüğü* 2003 yılındaki ilk taslağında, "*Haksız Fiil Dışındaki Fiilerden Doğan Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk*" olarak düzenlenmiştir. Bu durum akit dışı borç ilişkilerinin nitelendirilmesindeki hatalar nedeniyle çokça eleştirilmiş, ülke hukuklarından kaynaklanan diğer farklılıklar dolayısıyla da kabul edilmemiştir. Bkz. *Proposal For A Regulation of The European Parliament and The Council on The Law Applicable to Non-Contractual Obligations ("Rome II"), COM (2003) 427 Final, 2003/0168 COD, s. 35.* Plender, Richard/ Wilderspin, Michael (2009), *The European Private International Law of Obligations*, Ed. 3, Londra: Sweet & Maxwell, s. 683; Symeon C. Symeonides (2004), Tort Conflicts and Rome II; A View from Across, in Festschrift für Erik Jayme, s. 935 (H-P. Mansel et al eds. 2004).
[722] M. 1/2-a; "*non-contractual obligations arising out of family relationships and relationships deemed by the law applicable to such relationships to have comparable effects including maintenance obligations*;"
[723] M. 1/2-b; "*non-contractual obligations arising out of matrimonial property regimes, property regimes of relationships deemed by the law applicable to such relationships to have comparable effects to marriage, and wills and succession*"
[724] M. 1/2-c; *"non-contractual obligations arising under bills of exchange, cheques and promissory notes and other negotiable instruments to the extent that the obligations under such other negotiable instruments arise out of their negotiable character"*
[725] *M. 1/2-d; "non-contractual obligations arising out of the law of companies and other bodies corporate or unincorporated regarding matters such as the creation, by registration or otherwise, legal capacity, internal organisation or winding-up of companies and other bodies corporate or unincorporated, the personal liability of officers and members as such for the obligations of the company or body and the personal liability of auditors to a company or to its members in the statutory audits of accounting documents"*

kayyum veya bunun gibi hukukî statü neticesinde doğması hallerinde (m.1/2-e)[726]; nükleer bir faaliyet sonrasında zarar doğuyorsa bu zarar durumlarında (m.1/2-f)[727] ve nihayet kişilik haklarının ihlali[728] hallerinden doğan talepler (m.1/2-g)[729] *Tüzüğün* uygulama alanı dışında bırakılmıştır.

4.2. Yer Bakımından Uygulama Alanı

Tüzüğün uygulama alanı konusunda belirtilmesi gereken husus Tüzüğün nerelerde uygulama alanına sahip olacağıdır. Bu durum Tüzük m. 1'te düzenlenmiştir. Tüzüğün 1. maddesi gereğince *Roma* II Tüzüğünün evrensel olarak uygulanacağı kabul edilmiştir[730]. Bir diğer ifade ile Tüzük her ne kadar AB tarafından kabul edilmiş olsa da uygulama alanı bakımından herhangi bir ülke için geçerli olabilecektir. Böylece Birlik üyesi olsun veya olmasın her devlet Tüzük uyarınca hareket ederek uygulanmasını talep edebilecektir.

Tüzüğün evrensel niteliği ile birlikte belirtilmesi gerekli olan ikinci durum da Tüzüğün evrensel niteliğinin bağlantılı sonucu olarak, Tüzük'te kabul edilen hukuk seçimi durumunda üye ülkeler dışındaki bir devletin hukukunun seçiminin mümkün olup olmadığı sorusudur. Tüzük m. 3'te bu durum vurgulanarak belirtilmiştir. Buna göre Tüzük objektif bağlama kurallarının götürdüğü ülkenin veya taraflarca hukuk seçimi ile birlikte seçilen devlet hukukunun üye ülkeler dışında bir başka devlet ile bağlantılı olması gerekli değildir. Bir diğer ifade ile Tüzük objektif uygulanacak hukuk veya sübjektif hukuk seçimlerinin üye ülkeler arasında yapılmasını şart koşmamıştır. Bu anlamda Birlik üyesi vatandaşlar aralarındaki uyuşmazlık sonucunda ortaya çıkan zararın yeri Birlik

---

[726] *M. 1/2-e; "non-contractual obligations arising out of the relations between the settlors, trustees and beneficiaries of a trust created voluntarily"*

[727] *M. 1/2-f; "non-contractual obligations arising out of nuclear damage"*

[728] Kişilik haklarının ihlal edilmesi halinde Tüzüğün uygulanmayacağı konusu sonradan Tüzük kapsamına eklenmiştir. Tüzük metninin ilk halinde kişilik hakları konusu Tüzük içinde yer almaktadır. Ancak Komisyon yapılan inceleme sonrasında kişilik haklarının sadece medya yoluyla ihlal edilmesi durumunda Tüzük uygulamasının gündeme geleceğini kabul etmiştir. Düzenleme Avrupa Konsey'i önüne geldiğinde muhalefet ile karşılaşmıştır. Konsey ortak görüşü, medya kavramının doğrudan tanımı yapılabilen bir uygulama olmaması, geniş bir yorum alanının olması kişilik haklarının medya yoluyla işlenmesi durumunda da Tüzük uygulamasının olmaması yönünde bir karar alınmasına sebep olmuştur. Kişilik haklarının Tüzük kapsamından çıkarılmasının eleştirisi hakkında bkz. Tarman, 2009, a.g.k., s. 197.

[729] *M. 1/2-g; "non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation*"

[730] Tarman, 2009, a.g.k., s. 198.

üyesi olmayan devletin hukukunu objektif bağlama kuralları ile uygulayabilir veya sübjektif bağlama kuralları ile Birlik üyesi olmayan devletlerin hukukunu seçebilir[731].

Birlik üyesi devletler hakkında Tüzüğün uygulanması bakımından ikili bir ayrım yapılmaması ve tek elden toparlayıcı bir düzenlemenin yer alması uygulayıcılar bakımından kolaylık yaratmaktadır. Komisyonun, üye devletler ve diğer uygulayıcılar açısından uygulanması kolay, ucu açık kuralların getirilmesi amaçlanmış ve bu doğrultuda düzenleme yapılmıştır[732]. Her ne kadar bu durum ABİHA m. 81 bakımından tartışmalı olsa da uygulayıcılar açısından kolaylık olması nedeniyle tercih edilmiştir. ABİHA m. 81, Birlik dışındaki ülkelerde meydana gelen akit dışı hukukî ilişkiler bakımından ve Birlik dışı ülkelerin hukuklarının seçilmesi bakımından Birlik'e bir düzenleme yapma yetkisi verip vermediği açısından bir tartışma yaratmıştır. Burada Birlik tarafından benimsenen yöntem, üye devletler ve uygulayıcılar açısından sağlanan kolaylık açısından tatmin edici bulunmuştur[733]. Uygulama ile bir taraftan kanunlar ihtilâfı hukuku bakımından akit dışı hukukî ilişkilerde hukukun belirlenmesinde somutlaştırma yükü meydana gelmektedir. Hukukun yeknesaklaştırılması ve uygulama bakımından kolay denilebilecek bir düzenlemenin yapılması ABİHA m. 81 bakımından Birlik yetkilerinin aşıldığı izlenimi verse de uygulama açısından meydana gelen kolaylık söz konusu yetki aşımının göz ardı edilmesi sonucunu vermiştir[734].

Nihayet Avrupa Parlamentosu Tüzüğün 30. Maddesinde Tüzüğün uygulanması hakkında bir rapor hazırlanmasını istemiştir. Buna göre Avrupa Komisyonu, Tüzüğün yürürlüğe girmesinden sonraki dört yıl içinde, Tüzüğün uygulanmasının ne şekilde yapıldığı hakkında, gerekirse adaptasyon önerileri eşliğinde, bir rapor sunacaktır. Raporda, farklı yargı bölgelerinde yabancı kanunlar ile Tüzüğün ele alınma biçiminin etkileri ve Üye Devletlerdeki mahkemelerin Tüzük uyarınca ne şekilde davrandıkları ve karar verdikleri değerlendirilecektir[735]. Bu şekilde nihayet bir AT düzenlemesi vasıtasıyla, Üye Devletlerin yabancı yasalar ile Tüzüğün uyarlığının içeriğini ispat veya

---

[731] Valdhans, 2009, a.g.k., s. 238-239; Crawford, E. B. /Carruthers, J. M. Connection and Coherence Between and Among European Instruments in the Private International Law of Obligations, *International and Comparative Law Quarterly, Vol. 63,* s. 9.
[732] Aynı yönde görüş için bkz. Kavşat, 2016, a.g.k., 56.
[733] Aynı yönde görüş için bkz. Kavşat, 2016, a.g.k., 56.
[734] Farklı görüşler için bkz. Stone, Peter (2007), The Rome II Regulatıon on Choice of Law in Tort*, Ankara Law Review, Vol. 4, No. 2 (Winter 2007*), pp. 95-130; Kaminsky, Clay H. (2010) The Rome II Regulation: A Comparative Perspective on Federalizing Choice of Law, *Tulane Law Review, Vol. 85, Is.. I,* pp. 55-108.
[735] Stone, 2007, a.g.k., s. 96.

kanıtlamaya yönelik kurallarını uyumlaştırmak için bazı girişimlerde bulunulabileceği düşünülmektedir[736]. Günümüzde mesele Üye Devletlerin her birinde kendi kurallarıyla yönetilmektedir[737].

4.3. Zaman Açısından Uygulanması

Akit dışı hukukî ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkındaki *Roma II* Tüzüğü 31.7.2007 tarihinde *864/2007 EC* numaralı Avrupa Birliği Resmî Gazetesinde yayımlanmıştır[738]. Resmî Gazetede belirtildiği üzere Tüzüğün esasa ilişkin hükümleri 2009 yılında uygulanmaya başlayacaktır. Tüzük, yürürlüğe girdikten sonrasında meydana gelen hukukî ilişkilere uygulanacaktır. Bu bakımdan, Tüzük yürürlükte olmadığı dönemde yapılan işler sonrasında, Tüzük yürürlüğe girdikten sonra Tüzük'e dayanarak talepte bulunmak mümkün değildir[739].

5. ROMA II TÜZÜĞÜNDA SÜBJEKTİF BAĞLAMA KURALI

5.1. Genel Olarak Akit Dışı Hukukî İlişkilerde Sübjektif Bağlama Kuralı

Taraf iradelerinin kanunlar ihtilâfı hukukunda uygulamasının kabul edilmesi düşüncesi çok eskidir[740]. Sübjektif bağlama noktaları, bir diğer ifade ile tarafların iradelerinin hukukî ilişkide vücut bulması öncelikle sözleşmeler alanında kabul edilmiştir. Sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerinde tarafların hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik sorunlarının çözümü adına sözleşmeye uygulanacak olan hukukun seçimi klozuna yer verilmiştir. Bu durumun olumlu etkileri göz önüne alındıktan

---

[736] Gwynne, Richard (2011), Rome Regulation, *Business Law International, Vol. 12, No. 3*, s. 293-316.

[737] Gwynne, 2011, a.g.k., s. 296.

[738] *864/2007 EC, (L199, s. 40),* Official Journal of European Union, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2007:199:TOC>, Erişim Tarihi: 15.07.2017.

[739] Zaman bakımından uygulama hakkında ve kararın yorumlanmasına ilişkin bkz. *Deo Antoine Homawoo v GMF Assurances SA. Case C-412/10. European Court Reports 2011 -00000 ECLI identifier: ECLI:EU:C:2011:747*. Euro Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62010CJ0412>, Erişim Tarihi: 25.12.2018.

[740] *Charles Dumoulin* 16. yüzyılda taraf iradelerinin hukukî ilişkilerde belirleyici bir rol üstlenmesi gerektiğini, bu bağlamda da ikametgâh hukuku bağlama noktasının öneminin değerlendirilmek suretiyle uygulamada öne çıkarılması gerektiğini belirtmiştir. Böylece ilk olarak ikametgâh bağlama noktasının taraflarca uygulanarak akitlerde taraf iradelerinin uygulanması belirtilerek sınırlı da olsa bir hukuk seçimi iradesini öne sürmüştür. Daha sonra özellikle sanayi devrimini takiben 19. yüzyıl boyunca ortaya çıkan yeni gelişmeler taraf iradelerinin akitler ve diğer hukukî ilişkilerde uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bu dönemde özellikle *Mancini* tarafından dile getirilen görüşler Avrupa'da aydınlanma çağı ile geçmişten miras alınan sınırlayıcı ve baskıcı uygulamaların terk edilmesi, bireylerin kendi ekonomik ve ticari ilişkilerine uygulanacak olan hükümleri tayin etmesi gerektiği, bu tayin sonucunda meydana gelen sonuçlara kendilerinin katlanmasının uygun olacağını belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Seviğ, Muammer Raşit / Seviğ, Vedat Raşit (1962), *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul, s. 491, 561; Uluocak, Nihal (1971), Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları), İstanbul, s. 156; Vischer, Fischer (1992), General Course on Private International Law, *Recueil des Cours-Collected Courses of The Hague Academy of International Law (Res. Des. Cours)*, 1992/I, s. 128.

sonra, irade muhtariyetinin farklı borç ilişkilerinde uygulanması gündeme gelmiştir. Ancak her türlü hukukî ilişkide hukuk seçiminin uygulanması devletlerin egemenlik haklarından kaynaklı kamu düzeni muhalefeti ile karşılaşmıştır. Öte yandan özellikle aile, miras ve kamu hukuku karakterli ilişkilerde tarafların irade beyanlarının gündeme gelmesinin yarattığı sakıncalardan kaynaklı olarak taraf iradelerinin uygulanması uzunca süre sözleşmeler hukukunun dışına çıkamamıştır.

Günümüzde milletlerarası ilişkilerin artışı, hukukî sorunların çözümü noktasında sürat ve hukukî belirliliğin sağlanması önemini daha da arttırmıştır. Geçmişte sadece sözleşmeler bakımından kabul edilen irade muhtariyeti bugün artık aile[741], miras[742], akit dışı hukukî ilişkileri ve devletlerin taraf olduğu sözleşmeler[743] bakımından dahi

---

[741] *Roma III Tüzüğü* olarak ifade edilen 20 Aralık 2010 tarihli "*Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü*" (*Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation, O.J. L 343/10, 29.12.2010*) özellikle boşanma ve ayrılık durumlarında uygulanacak hukukları tayin etmeyi amaçlamıştır. Öte yandan "*Evlilikte Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ve Söz Konusu Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Tüzük (COM(2011) 126)*" ile 4/2009 sayılı "*Nafaka Yükümlülüğüne İlişkin Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile İşbirliği Hakkında Tüzük*" (*Councıl Regulaiıon (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations*) hukuk seçiminin kabul edildiği Tüzüklerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aygün, Mesut (2016), *Milletlerarası Özel Hukukta Nafakaya İlişkin Yeni Sistem*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 167 vd.; Aygün, Mesut (2016), Nafaka Yükümlülükleri Konusunda Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ve Söz Konusu Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konsey Tüzüğü, I. Özkan/ C. Süral/ U. Tütüncübaşı (Editörler), *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, , s. 595-618; Bayata-Canyaş, F. Aslı (2015), Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Hukuk Seçimi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015*, S. 3, s. 2-24; Bayraktar-Özçelik, Gülüm (2012), Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması, *AÜHFD, S. 61, C. 2,* s. 505-539; Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer (2012) Avrupa Birliği'nde Aile Hukukunu Birleştirme Çalışmaları, *Prof. Dr. Ata Sakmar Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları*, s. 213-241; Akıncı, Ziya/ Demir Gökyayla, Cemile (2010). *Milletlerarası Aile Hukuku*, İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 5 vd.

[742] *Roma IV Tüzüğü* olarak tanımlanan, 650/2012 sayılı "*Avrupa Veraset Belgesinin Tanzimine ve Geçerli Veraset Belgelerinin Kabulü ile İcrasına İlişkin Kararların Tanınması, Tenfizi ile Mahkemelerin Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkında AB Konsey Tüzüğü*" (*Regulation (Eu) No 650/2012 Of The European Parlıament And Of The Councıl of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession*) 17.08.2015 tarihinden itibaren uygulanmaya başlamıştır. Altıparmak, 2016, a.g.k., s. 62 vd.; Sirmen, K. Sedar (2016), Mirasa İlişkin Meselelerde Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile Mirasa İlişkin Resmi Belgelerin Kabulü ve Avrupa Miras Belgesinin Oluşturulmasına Dair Tüzük, I. Özkan/ C. Süral/ U. Tütüncübaşı (Editörler), *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, , s. 456-512; Aygün, Mesut/ Altıparmak, A. Kübra (2016), 650/2012 Sayılı Avrupa Birliği Miras Hukuku Tüzüğünde Mirasa Uygulanacak Hukukun Tespiti, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 143-144,* s. 29-57.

[743] ICSID tahkimi 42. maddesi uyarınca taraflara serbestçe hukuk seçimi yapma imkânı tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ataman-Fıganmeşe, İnci (2011), Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar, *MHB, Y. 31, S. 1,* s. 91-152; Erkan, Mustafa (2013), *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 1 vd.

uygulanmaya başlanmıştır[744]. Bu durumda günümüzde hukukî ilişkilerin meydana geldiği hemen her durumda uygulanmaya başlayan irade muhtariyeti prensibi hukukî ilişkilerin vazgeçilmez unsuru olmuştur.

Hukuk seçiminin hukukun her alanına uygulanması tartışması *İkinci Dünya Savaşı* sonrasında daha da artmıştır. Tartışmaların temeli özellikle *Amerikan* Mahkeme kararları sonrasında en sıkı irtibatlı hukuk yaklaşımının benimsenmesi ve nihayet en sıkı irtibatlı hukukun tarafların seçtikleri hukuk olup olamayacağı tartışmasıdır. Öte yandan İkinci Dünya Savaşına kadar geçen süreç zarfında hukuk seçiminin hukukun farklı alanlarında gündeme gelmemesinin bir diğer sebebi de dünya sanayi, teknoloji ve bireylerin etkileşiminin gelişmiş olmamasıydı[745]. Bu doğrultuda gerek doktrinde gerek yargı kararlarında sözleşmeler hukuku dışında hukuk seçiminin gündeme gelmesi kabul görmemiştir.

Kıt'a Avrupası hukukunda haksız fiiller alanında ise hukuk seçiminin kabul edilmesi ilk olarak Alman hukukunda tartışılmıştır. *Alman* hukukçu *Raape* haksız fiil sonrasında tarafların anlaşmaları suretiyle hukuk seçiminin kabul edilmesi gerektiğini belirtmitir[746]. Yazar haksız fiillerde her durumda değil, haksız fiil hukukî ilişkisinin birden fazla ülkede meydana gelmesi veya ika yeri ile zarar yerinin birden fazla ülkede dağınık olarak bulunması durumunda haksız fiiller alanında hukuk seçimi yapılabileceğini belirtmektedir[747]. *Raape* sınırlı olarak belirttiği hukuk seçimi ilkesi yanında ikinci olarak haksız fiili meydana getiren olay ile zararın tek bir ülkede meydana gelmesi durumunda hukukî olarak özellikle uygulanacak hukukun tespit edilememesi veya fiili olarak, haksız fiilin meydana geldiği yerin tespit edilememesi gibi durumlarda uygulanacak hukukun taraflarca seçilebileceğine değinmiştir[748]. Ancak görüldüğü üzere yazar haksız fiil alanında taraflara çok geniş yetkiler veren bir hukuk seçimi yetkisi verilmesine taraf değildir. Yazar daha ziyade zorunlu durumlara ilişkin hukuk seçimi

[744] İrade muhtariyeti prensibinin tarihçesi için bkz. Esener, 1954, a.g.k., s. 490.
[745] Kahn-Freund, Otto (1968), Delictual Liability and the Conflict of Laws, *Rec.des Cours, Vol. II*, s. 6; Von Mehren, Arthur Taylor (1975), Recent Trends in Choice-Of-Law Methodology, *Cornell Law Review Vol. 60, Is. 6,* s. 927-968.
[746] Kahn-Freund, 1968, a.g.k., s. 8-10; Pryles, Michael Charles (1991), Tort and Related Obligations, *Rec.des Cours, 1991/II, Vol. 227*, s. 23; Kavşat, 2016, a.g.k., 17; von Hein, J. (2000), Rechtswahlfreitheit im Internationalen Deliktsrecht, RabelsZ, s. 597, aktaran, Kavşat, 2016, a.g.k., s. 17 vd.
[747] Turhan, 1990, a.g.k., s. 95-97.
[748] Pryles, 1991, a.g.k., s. 23.

yetkisinin verilmesini kabul etmektedir[749]. Tarafların haksız fiillere ilişkin uygulanacak olan hukuku tespit etmesini ise mevcut durumda meydana gelen uygulanacak olan hukuka dair şüphelerin giderilmesi amacıyla sözleşmeler vasıtasıyla giderilmesi gerektiğini belirtmektedir[750]. Bir diğer ifade ile yazar haksız fiil alanında hukukun uygulanmasından kaynaklanan bir tereddütün oluşması durumunda, bu tereddütün, sözleşme özgürlüğü prensipleri doğrultusunda taraflarca yapılacak bir hukuk seçimi protokolü ile mümkün olacağını belirtmektedir[751]. Yazar özellikle sözleşme özgürlüğü içerisinde, haksız fiil için bir hukuk seçimi yapmak suretiyle, haksız fiilden doğan zararın giderilmesi maksadıyla taraflar arasında bir borç ilişkisi meydana getirilmesini, bu surette belirsizliğin ortadan kaldırılmasını önermektedir. Yazarın, borç kaynağı olarak haksız fiil ilişkisini bir borç yaratıcı olgu olarak borçlar hukuku ile ilişkilendirmek suretiyle, sözleşme ilişkisi içerisinde seçilecek olan hukukun daha özgür bir irade ile tayin edilmesinin mümkün olacağını söylemektedir. Yazarın görüşlerinin ortaya çıkardığı netice ile şayet tarafların üzerinde anlaştıkları hukuk, haksız fiil sonucunda objektif bağlama kuralları ile uygulanacak olan haksız fiil statüsünün emredici hükümlerine tabi olmazsa, taraflara objektif haksız fiil statüsü ile aynı sonuçları verecek, aynı sonuca ulaştıracak hukuk seçimi imkânı tanınmış olur[752].

Raape görüşleri, haksız fiiller alanında hukuk seçiminin gündeme gelmesi bakımından dikkate değer olsa da karmaşık ve kısıtlayıcı yapısı bakımından uygulanabilir değildir. Esasında yazarın amacı irade serbestisinin uygulanmasından ziyade haksız fiiller alanında uygulanacak olan hukukun belirsizliği halinde taraflara ve hâkime kolaylık sağlamaktır. *Raape'nin* gündeme getirdiği bu tartışma, haksız fiillerin kanundan doğan bir borç kaynağı olarak kabul edilmesi nedeniyle sürekli olarak kamu düzeni müdahalesi aracı olarak görülmüştür[753]. Zira haksız fiil sonucu meydana gelen zarar ile ihlal edilen kamu düzeninin telafisi ancak ve sadece devletin koyduğu kurallar mekanizması ile telafi

[749] Kavşat, 2016, a.g.k., s. 17.
[750] von Hein, 2000, a.g.k., s. 597 vd., Kavşat, 2016, a.g.k., s. 17 vd.
[751] Bu durumun *Raape* tarafından usuli bir manevra olduğu yönündeki nitelendirme hakkında bkz. von Hein, 2000, a.g.k., s. 597, aktaran, Kavşat, 2016, a.g.k., s. 17.
[752] von Hein, 2000, a.g.k., s. 597, aktaran, Kavşat, 2016, a.g.k., s. 18.
[753] von Hein, 2000, a.g.k., s. 597, aktaran, Kavşat, 2016, a.g.k., s. 18.

edileceği anlayışı nedeniyle, haksız fiiller alanında hukuk seçimi konusunun gündeme gelmesini geciktirmiştir[754].

Özellikle *İkinci Dünya Savaşı* sonrasında meydana gelen hukukî konularda çeşitlilik, haksız fiiller bakımından da tek bir bağlama kuralının yetersiz olduğunu ortaya koymuştur. Bu nedenledir ki, pek çok yeni haksız fiil türüne uygun olarak, özellikle akit dışı hukukî ilişkilerinin tümünü kapsar biçimde yeni bağlama kuralları ve irade muhtariyeti prensibi de daha ciddi bir şekilde tartışılmaya başlanmıştır. *Raape* tarafından dile getirilen görüşlerin, haksız fiilleri de içine alacak şekilde akit dışı hukukî ilişkilerini de kapsayarak ele alınması ve özellikle sözleşme ile sözleşme dışı alanlar arasında kalan "*gri*" alan olarak ifade edilen konularda[755] irade serbestisinin gündeme gelmesi, taraflarca tamamen farklı bir hukukun seçiminin artık kabul edilebilir olduğunu göstermiştir. Netice olarak "*gri*" alanlar da dâhil olmak üzere akit dışı hukukî ilişkilerinden kaynaklanan hemen her alanda hukuk seçimi günümüz itibariyle kabul edilmiştir.

Alman mahkemelerinin 1970'li yıllarda vermiş olduğu kararlarda akit dışı hukukî ilişkiler alanında hukuk seçimi tartışmasının yapılmasının mümkün olmadığı söylenmiştir. Ancak, *Alman* Yüksek Mahkemesi tarafından verilen ve imalâtçının akit dışı sorumluluğu bakımından gündeme getirilen *Apfelscorf*[756] kararı *Alman* mahkemeleri bakımından da artık tartışılmaz bir şekilde hukuk seçiminin kabul edilmesi sonucuna yol açmıştır[757]. Yine *Kıt'a Avrupası* hukuk sistemi içinde yer almasa da Birlik üyesi olan ve Birleşik Krallık devletlerinden olan İrlanda'da, İrlanda Yüksek Mahkemesince 1986

[754] Haksız fiillerde hukuk seçimi tartışmasının geç gündeme gelmesinde bir diğer neden olarak devletlerin haksız fiillerden kaynaklı ihtilâfları ülkesellik ilkesi doğrultusunda değerlendirdiği hakkındaki görüş için bkz. Zhang, 2009, a.g.k., 271.

[755] Sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme, culpa in contrahendo gibi…

[756] *Apfelscorf* kararında, *Almanya'da* tatlı meyve üreticiliği yapan davacı, *H. AG.* tarım şirketinin üretmiş olduğu tarımsal ilaçların, meyvelerde üreyen meyve mantarlarının giderilmesi amacıyla kullanıldığını, ancak bu ilaçların çiftçinin tarlalarında yer alan diğer ağaçlara zarar verdiğini, bu durum hakkında tüketicilerden pek çok şikâyet geldiğini belirterek davacı olmuştur. Mahkeme söz konusu kararında tarafların *Amerikan* hukukunu seçmeleri noktasındaki kararlarının bağlayıcı olduğu, ancak bu durumun davalı açısından imalâtçının sözleşme dışı sorumluluğundan kaynaklanan taleplerde *Amerikan* hukukunun uygulanmasının somut olaydaki taraf uyuşmazlığında, objektif bağlama kuralları statüsünün davalı açısından "*en uygun*" hukuk olduğu araştırmasından vazgeçtiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Tarafların *Amerikan* hukukunun uygulanmasından vazgeçmelerinin *Amerikan* hukuku bakımından geçerli olup olmadığını da *Alman* mahkeme kararında araştırılmamıştır. Ancak tarafların Alman hukukunun uygulanması noktasında sessiz kalmaları bakımından uygulanacak olan hukuka rıza gösterdikleri ve nihayet zımni olarak hukuk seçtiklerine Federal mahkemenin hükmettiği görülmektedir. *Appfelschorf im Alten Land*, Almanya Federal Yüksek Mahkemesi Urt. V. 17.03.1981, Az.: VI ZR 191/79, <https://www.jurion.de/urteile/bgh/1981-03-17/vi-zr-191_79/>, Erişim Tarihi: 8.11.2017. Karara ilişkin bkz. von Hein, 2000, a.g.k., s. 597, aktaran, Kavşat, 2016, a.g.k., s. 18; Zhang, 2009, a.g.k., s. 273.

[757] Zhang, 2009, a.g.k., s. 273.

yılında verilen kararda, akit dışı hukukî ilişkisinin meydana gelmesi sonrasında taraflarca kararlaştırılan hukukun uygulanmasının mümkün olduğuna karar verilmiştir[758]. Şüphesiz bu durum *Roma II* Tüzüğü'nün hazırlanması safhasındaki çalışmaları da etkilemiştir. Böylece Tüzük'te haksız fiillere ilişkin hukuk seçimi kabul edilmiştir.

5.2. Hukuk Seçimi Görüşüne Neden Olan Sebepler

Akit dışı hukukî ilişkiler bakımından, hukuk seçimi ilkesinin kabul edilmesinin hızlı ve kolay olduğu söylenemez. Zira akit dışı hukukî ilişkileri bakımından taraflar arasında, taraf iradeleri doğrultusunda ve serbestçe kurulmak istenen bir hukukî ilişkiden bahsetmek güçtür. Akit dışı hukukî ilişkilerinde, taraflar arasında mecburi bir hukukî ilişki doğmuştur. Söz konusu durumu kanundan doğan borç ilişkisi olarak nitelendiren yazarların dayanak noktası burasıdır. Kanundan doğan ve genellikle taraf iradelerinin dışında kurulan akit dışı hukukî ilişkilerine uygulanacak hukukun ne şekilde tayin edileceğinin belirsiz oluşu veya hukuk seçimine yer vermenin gerekli olup olmadığı tartışması uzunca bir müddet gündemi işgal etmiştir.

Doktrinde bazı yazarlar için halen akit dışı hukukî ilişkileri bakımından hukuk seçimi klozuna yer verilmesi karmaşık bir düzenlemedir[759]. Bunun üç nedeni olduğu söylenmektedir[760]: İlk olarak dünyanın her yerinde haksız fiil ve akit dışı hukukî ilişkilerinin farklı yorumlara tabi olmasıdır. Hemen dünyadaki her yasal sistem bu konularda farklı tanımlara sahiptir. İkinci olarak da yukarıda "*gri*" alan olarak belirtilen vekâletsiz iş görme, *culpa in contrahendo* gibi hukukî ilişkilerin yarı sözleşme olarak nitelendirilmesi bu konularda sözleşme ilişkisinden doğan kanunlar ihtilâfı kurallarının mı, yoksa akit dışı hukukî ilişkilerinden doğan kanunlar ihtilâfı kurallarının mı uygulanacağının tespit edilmesindeki yorum ve sistem farklılıklarıdır. Nihayet, akit dışı hukukî ilişkilerinin taraflarca önceden planlanan ve tasarlanan bir yapısının olmaması,

---

[758] İlgili olayda, sağlık sorunları yaşayan davacıya *Dublin'deki* bir hastanede kalp ameliyatı yapılmıştır. Ameliyat esnasında *ABD'nin Kaliforniya* eyaletinde imal edilen ve ABD merkezli dağıtıcı şirketin İrlanda ve çeşitli ülkelerde piyasaya sürülen özel bir kalp valfi kullanılmış; söz konusu valfin üretim hatasının olması nedeniyle davacı zarar görmüştür. Bunun üzerine İrlanda mahkemelerinde merkezi ABD'de bulunan imalâtçıya karşı bir dava açılmıştır. Taraflar aralarındaki hukukî ilişkiye, olayın meydana gelmesi sonrasında *ABD* hukukunun uygulanmasına karar vermişler ve mahkeme de bu kararı kabul etmiştir. Irlanda Yüksek Mahkeme, *Patrick Grehan v. Medical Incorporated and Valley Pines Associates* (1986) I.L.r.M. 627. Tarman, Z. Derya (2007), Devletler Özel Hukuku Bakımından İmalatçının Sorumluluğu, *TBB Dergisi, S. 73,* s. 44.

[759] Symeon C. Symeonides (1994), Exception Clauses in American Conflicts Law, *Am. J. Comp. L., Vol. 42,* s. 813; Zhang, 2009, a.g.k., s. 886.

[760] Zhang, 2009, a.g.k., s. 886.

fiil ve zararın meydana gelmesi sonrasında hukuk seçiminin yapılması, akit dışı hukukî ilişkiler gibi, ortada bir zararın olduğu ve zarara uygulanacak olan hukuku seçebilme anlayış ve tahammülüne sahip olan tarafların, hukuk seçimi iradesini göstermesine gerek kalmadan, zaten zararın telafisi için anlaşabilecekleri fikri mevcuttur[761]. Bu nedenle de akit dışı hukukî ilişkisi sonrasında zararın meydana gelmesi ile tarafların hukuk seçmesi, akdi borç ilişkilerinde olduğu gibi hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik ilkelerinin tesis edilmesi amacını taşımamaktadır[762].

Akit dışı hukukî ilişkilerde hukuk seçimi ilkesinin kabul edilmemesinin bir diğer nedeni de özellikle "*gri*" alan olarak tabir etmiş olduğumuz konularda literatürden kaynaklı olarak uzlaşının olmamasının yarattığı belirsizliktir. Bu durum sürdürülebilir çözümler için doktrin ve mahkeme kararlarında uzlaşı meydana gelmesini engellemektedir[763]. Hal böyle olunca doktrinde akit dışı hukukî ilişkileri hakkında "*uçucu ve zor hukukî sorun*" deyimi kullanılmıştır[764].

Tüm olumsuzluklara rağmen 21. yy içinde kendini iyiden iyiye hissettiren irade muhtariyeti prensipleri, akit dışı hukukî ilişkileri bakımından da uygulanmasını için çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Bu doğrultuda *lex causae condictionis* "*temel hukukî ilişkiyi yöneten ya da fiili durumun iddiasını düzenleyen kanun*" şeklinde ifade edilen durum akit dışı hukukî ilişkileri açısından da uygulanması istenmektedir. *Kıt'a Avrupası* hukukunda hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik açısından oldukça önemsenen bu durum, Amerikan hukukuna nazaran daha hızlı ve çözüm verici şekilde ilerlemiştir. Zira akit dışı hukukî ilişkisi sonucunda ortaya çıkan zararın tazmin edilmesinden kaynaklı sorunlar ile baş etmek amacıyla tarafların en iyi bildikleri hukukun bu tazminat ilişkisinde uygulanmasının sağlanması istenmektedir. İlk zamanlar sınırlı olarak önerilen zararın meydana geldiği yer, ika yeri, illiyet bağını tesis eden yer, tarafların mutad ikametgahlarının bulunduğu yer ve nihayet zarar görenin yerleşim yeri hukuklarının haksız fiilin meydana gelmesinden sonra seçilmesi şeklinde sınırlı kural önerileri dile

[761] Hukuk seçiminin haksız fiilin meydana gelmesi sonrasında yapılmasının eleştirisi için bkz. Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, 2015, a.g.k., s. 293.
[762] Schwartz, Lan/ Scott, Robert (2006), Precontractual Liability and Preliminary Agreements, *Harv. L. Rev., Vol. 120,* s. 662.
[763] T. W. Bennett (1990), Choice of Law Rules in Claims of Unjust Enrichment, *The International and Comparative Law Quarterly (Int. Comp. L. Q.), Vol. 39, No. 1*, s. 136-168.
[764] Bennett, 1990, a.g.k., s. 139.

getirilmiştir[765]. Elbette bu durum haksız fiiller bakımından ika yeri ile zarar yeri hukuklarının uygulanmasını kabul eden dogmatik hukuk sistemleri için kabul edilemez bir yenilikti ve bu nedenle de derhal uygulanmadı[766]. Özellikle *İngiliz* hukuk sisteminin önerileri ve *Amerikan* haksız fiil hukukunda meydana gelen gelişmelerden etkilenmesi, akit dışı hukukî ilişkilerinde uygulanacak olan hukukun taraflarca tayin edilmesi ile uluslararası özel hukukun temel kaidelerinden olan taraf menfaatinin korunacağı iddia edildi[767]. Dolayısıyla, hukukî soruna dair performansın artması ile yükümlülüklerin daha iyi bir şekilde yerine getirilmesi, işlemin esasına yönetecek olan hukukun taraflarca tayin edilerek hızlandırılması işlemi ile sağlanacağı belirtildi. *Roma II Tüzüğüne* ilişkin *İngiliz* Raporları, hukuk seçimine dair en ileri menfaat ve görüşleri ile bu yöndeki ilk teklifler oldu[768].

5.3. Hukuk Seçimi Kuralları

5.3.1. Tüzük m. 14 Metodolojisi

Roma II Tüzüğü, düzenleme alanı olan akit dışı hukukî ilişkileri bakımından öncelikle uygulama alanını belirtmiştir. Buna göre *Tüzük* m. 2 Tüzüğün hangi durumlarda uygulanacağını, konu ve yer bakımından belirttikten sonra 4. maddede objektif bağlama kurallarını düzenlemiştir. *Roma I Tüzüğü ve Roma Sözleşmesine* nazaran *Roma II Tüzüğü* sübjektif bağlama kurallarını düzenlemenin başında değil, objektif bağlama noktasına ilişkin konuların sonrasında ve nihayetinde özel akit dışı hukukî ilişkilerinin ardından düzenlemiştir. Bu duruma gerekçe olarak birtakım yazarların akit dışı hukukî ilişkileri bakımından irade muhtariyeti ilkesinin ikincil derece önemli olması gösterilmiştir[769]. Ancak, *Tüzük* Dibacesinin 31. maddesinde irade muhtariyeti prensibinin *Tüzük* için asli bir başvuru aracı olduğu vurgulanmıştır[770]. Bu doğrultuda düşünüldüğünde düzenleme

[765] Ayrıntılı bilgi için bkz. Schwartz/ Scott, 2006, a.g.k., s. 663 vd; Zhang, 2009, a.g.k., s. 890.
[766] Zhang, 2009, a.g.k., s. 891.
[767] Zhang, 2009, a.g.k., s. 891.
[768] Consultation on a Preliminary Draft Proposal For a Council Regulation on The Law Applicable to Non-Contractual Obligations Response of The Government of The United Kingdom, <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_ii/contributions/govern_uk_en.pdf>, Erişim Tarihi: 11.10.2017.
[769] Görüşler için bkz. Kavşat, 2016, a.g.k., s. 75.
[770] Tüzük m. 31 hukuk seçimi halinin uygulanmasının yalnızca kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar bakımından göz ardı edileceği belirtilmektedir. Öte yandan hukuk seçiminin adil bir düzen sağladığı düşüncesi doğru bir düşünce değildir. Hukuk seçimi, tarafların anlaşmak suretiyle şart veya ayrıca bir sözleşme olarak tayin edebilecekleri, esasında bir bağlama kuralıdır. AB düzenlemelerinde benzer yönde düşünceler için bkz. von Hein, Jan (2009), Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law, *Rabels Zeitschrift für*

bakımında ikinci sırada yer alan *Tüzük* hukuk seçimi konusunun, asli bir noktada yer aldığı ve akit dışı hukukî ilişkileri bakımından ikincil derece yer aldığı görüşüne katılmak mümkün değildir. Nihayet metodolojik sıralamanın bir diğer gerekçesi olarak akit dışı hukukî ilişkileri bakımından derhal uygulanması gereken bir durumun varlığında hâkimin, tarafların hukuk seçimi yapmamış olması veya hukuk seçiminin geçersiz olması nedeniyle genel kuralın uygulanacağının öncelikle vurgulaması sayılabilir[771]. Ancak sistematik ve metodolojik açıdan, düzenlemenin yer aldığı bölümden hareketle irade muhtariyetinin ikincil derecede önemli olduğuna hükmedilmesi uygun olmayacaktır[772].

Doktrinde *Roma II Tüzüğü* metodolojisi bakımından Tüzük m. 14'te hukuk seçimi ile Tüzük m. 4/3'te belirtilen en sıkı irtibatlı hukuk bağlama kuralı arasındaki ilişki sorgulanmıştır[773]. Özellikle hukuk seçiminin bağımsız bir bağlama kuralı olmadığı ve en sıkı irtibatlı hukuka nazaran daha sıkı irtibatlı hukuk bağlama kuralı olduğu vurgulanmıştır[774]. Bu kıyaslama sonucunda tarafların seçtikleri hukuku değil, daha sıkı irtibatlı hukukun uygulanmasının önemli olduğu söylenmiştir[775]. Ancak bu duruma katılmak mümkün değildir. Söz konusu yaklaşım Tüzük m. 10'da belirtilen sebepsiz zenginleşme hukuku bakımından genel olarak mümkün görülse de tüm haller için kabul edilebilir değildir. Zira irade muhtariyeti ile seçilen hukukun tarafların ileride yaşanması muhtemel olan sorunlara uygulanacak hukuka dair hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik bakımından tayin ettikleri bir hukuk vardır. Öte yandan en sıkı irtibatlı hukuk ve daha sıkı irtibatlı hukuk ayrımının konusunun kanun koyucunun hayat tecrübeleri bakımından değerlendirdiği ve belirttiği, olaya dair bağlama noktaları olduğu söylenebilir. O halde irade muhtariyeti ile tayin edilen hukuk da bir bağlama noktası olup, en sıkı irtibatlı hukuk ve daha sıkı irtibatlı hukuk bağlama noktaları ile kıyaslanması mümkün gözükmemektedir. Hukuk seçimi ile hem objektif kanunlar ihtilâfı kuralları

---

ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, Vol. 73, Iss. 3, *The Communitarisation of Private International Law (Juli 2009*), pp. 461-508.

[771] Zhang, 2009, a.g.k., s. 895.

[772] Von Hein, 2009, a.g.k., s. 471.

[773] Pitel, Stephen G. A. (2004), *Characterisation of Unjust Enrichment in the Conflict of Laws, Understanding Unjust Enrichment*, Ed. Jason W. Neyers, Mitchell, McInnes/ Pitel Stephen G. A., Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, s. 331-358.

[774] Von Hein, 2009, a.g.k., s. 472.

[775] Pitel, 2004, a.g.k., s. 351.

bertaraf edilir, hem de en sıkı irtibatlı ve daha sıkı irtibatlı hukuklara başvurulması engellenir[776].

5.3.2. Tüzük m. 14 Kapsamında Hukuk Seçiminin Şartları

5.3.2.1. Genel Olarak

Hukuk seçiminin yapılması bakımından *Tüzük* birtakım şartları öngörmüştür. En baştan belirtmek gerekir ki söz konusu şartlar incelendiğinde, AB hukukunda daha önceden de var olan genel prensiplerin yer aldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bir diğer ifade ile taraflar açısından kolaylaştırıcı, hukuk seçimini teşvik edici ve konunun uygulanması bakımından katı sınırları olmadan seçim yaptırmayı isteyen bir usul tercih etmiştir. Bu bakımdan *Roma I Tüzüğü* ile *Roma Sözleşmesi* üzerinde yer alan sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerine dair genel kuralların burada da uygulama alanı bulduğunu söylemek doğru olacaktır. *Roma II Tüzüğü Dibace 7.* maddesinde belirtildiği üzere *Tüzük, Roma I ve Brüksel I Tüzükleri* ile maddi kapsam ile uygulanabilirlik bakımından birlikte ve uyumlu olması gerekmektedir[777]. Bu yorum neticesinde düzenlenmeyen ve bilerek boş bırakılan konular hakkında maddi kapsam ve uygulama bütünlüğü sağlanması amacı çerçevesinde *Roma I ve Brüksel I Tüzüklerine* başvurulabilecektir[778].

Tüzük incelendiğinde ilk dikkat çeken husus hukuk seçiminin akit dışı hukukî ilişkileri sınırlandırmadığıdır. Yani, birkaç istisna dışında *Tüzük* kapsamında yer alan hemen tüm akit dışı hukukî ilişkilerde hukuk seçimi kabul edilmiştir. Bu durumun

[776] Diamond, Aubrey L. (1986), Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations, *Receuil des Cours de l'Académie de Droit International*, *C. 199, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publisher*s, s. 254; Özdemir Kocasakal, Hatice (2010), Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, MHB, *C. 30, S. 1-2,* s. 33; Atamer, Yeşim (1996), Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması, *İÜHFM, C. LV*, s. 425; Güngör-Güneysu, Gülin (2008), Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku "Düşünsel Temeller", *AÜHFD, C. 52, S. 2*, s. 115-132.
[777] Kavşat, 2016, a.g.k., s. 71 vd.
[778] Kavşat, 2016, a.g.k., s. 71 vd.

istisnası ise yine *Tüzükte* gösterilmiştir. Haksız rekabet[779], rekabetin engellenmesi[780] ve nihayet fikri mülkiyet[781] hakların ihlal edilmesi bakımından hukuk seçimi kabul edilmemiştir[782].

Tüzük yabancı unsurlu hukukî ilişkinin vasıflandırılması hususunda herhangi bir kriter belirlememiştir. Bu bakımdan ülkelerin iç hukuk düzenlemelerinde öngörülen *lex fori, lex causa, karma tür* vasıflandırma çeşitlerinin her biri yabancı unsurlu hukukî ilişkiye tatbik edilecektir. AB hukuku kapsamında da tüm üye ülkeler bakımından vasıflandırma sorunları hakkında herhangi bir genel geçer tür kabul edilmemesi nedeniyle her ülke kendi tercih ettiği vasıflandırma kuralı ile hukukî ilişkinin niteliğini tayin edecektir. Bu konuda tek sınırlamanın Birlik hukukundan kaynaklanan veya *for* devleti hukukunun tayin edilmesi esnasında kamu düzeni ile emniyet ve asayiş kurallarının uygulanmasındaki sınırlardır[783]. Nihayetinde, Tüzük için önemli olan konunun tarafların akit dışı hukukî ilişkisinden kaynaklanan bir uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tayin edilmesi konusu olduğu açık olup, bunun ne şekilde vasıflandırıldığının herhangi bir pratik önemi yoktur[784].

Roma II Tüzüğü bakımından hukuk seçimi ayrı bir sözleşme ile olabileceği gibi taraflar arasındaki mevcut sözleşmeye eklenen hukuk seçimi iradesini beyan eden

---

[779] Haksız rekabet bakımından *Roma II Tüzüğü* kapsamında hukuk seçimi ilkesi kabul edilmemesinin nedeni olarak haksız rekabetin yalnızca belirli bir ülke piyasasında meydana gelmesidir. Münhasıran belirli bir işletmenin ticari menfaatlerini etkileyen haksız rekabet hallerinde, irade beyanı ile hukuk seçiminin kabul edilmesi gerektiği doktrinde belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. de Boer, T. M. (2007), Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation, *YPIL, 9, 19-29*, s. 24-25; Graziano, T. Kadner (2009), *Freedom to Choose the Applicable Law in Tort, Article 14 and 4/3 of the Rome II Regulation*, The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (*Ed. John Ahern and William Binchy*), s.113-132; Xandra E. Kramer (2008), The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued-Introductory Observations, *General Rules Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR), Vol. 4*, pp. 414-424; Dickinson, 2008, a.g.k., s. 426; Bach, 2008, a.g.k., s. 326, dn. 3; Sarıöz, 2012, a.g.k., s. 187; Tarman, 2009, a.g.k., s. 24; Tarman, 2012, a.g.k., s. 79;

[780] Tiryakioğlu, 1997, a.g.k., 161-162; Tiryakioğlu, 2010, a.g.k., 211 vd.

[781] *Roma II Tüzüğü*'nde fikri hakların ihlali durumunda hukuk seçimi kabul edilmemiştir (*Tüzük m. 8/3*). Bunun yanında *İsv. MÖHK* m. 110 hükmünde fikri hak ihlallerinden doğan taleplerde ihlalin meydana gelmesinden sonra tarafların, *lex fori'nin* uygulanmasını kabul edecekleri belirtilerek sınırlı bir hukuk seçiminin tatbiki düzenlenmiştir. de Boer, 2007, a.g.k., s. 28.

[782] Genel olarak bu yönde bkz. Imhoff-Scheier Anne-Catherine/Patocchi Paolo Michele (1990), *Torts and Unjust Enrichment in the New Swiss Conflict of Laws*, Zürich: Schulthess Polygraphischer, s. 80; Nishitani, Yuko (2007), The Rome II Regulation From a Japanese Point of View, *YPIL, Vol . 9*, s. 185 vd.; De Boer, 2007, a.g.k., s. 24-26; Von Hein, 2009, a.g.k., s. 1694; Graziano, 2009, a.g.k., s. 87; Sarıöz, 2012, a.g.k., s. 184-185; Hamburg Grubu Rapor, s. 35; Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 22; Cheshire/ North/ Fawcett, 2008, a.g.k., s. 837, 840; Clarkson/ Hill, 2008, a.g.k., s. 385; Öztekin Gelgel, 2006, a.g.k., s. 227-228.

[783] Von Hein, 2009, a.g.k., s. 472.

[784] Von Hein, 2009, a.g.k., s. 472.

sözleşme şartı ile de olabilmektedir. Bu konuda kısıtlayıcı herhangi bir hüküm mevcut değildir. Daha önce de belirttiğimiz gibi Tüzük esas olarak tarafların irade beyanlarının vurgulanmasını kabul etmiş, akit dışı hukukî ilişkisine uygulanacak olan hukukun ne şekilde tayin edildiği üzerinde düzenlemelere ayrıntılı olarak yer vermemiştir. Ancak bu anlamda ABAD yorumuna dikkat çekmek gereklidir[785]. Buna göre tarafların serbestçe tayin ettikleri irade doğrultusunda akit dışı hukukî ilişkilerine uygulanacak olan hukukun belirlenmesi, sözleşme ilişkisinde olduğu üzere bir yükümlülük altına sokabilecektir[786]. Bu tanımlama *Tüzüğün* ABAD tarafından bağımsız şekilde yorumlanmasının bir sonucu değildir. Zira akit dışı hukukî ilişki bakımından hukuk seçimi yapan tarafların hukuk seçimi anlaşmasını haksız fiil ilişkisinden ayrıca ayıramayacakları kabul edilmektedir. Doktrin bu ayrılmazlık neticesinde akit dışı hukukî ilişkinin bir parçası olarak kabul edilen hukuk seçimi anlaşması veya şartının taraflara ayrıca bir dava edilebilirlik hakkı tanımadığını, özel nitelikli sübjektif bir hak sağlamadığını belirtmektedir[787]. Bu durum kanaatimizce de uygundur. Akit dışı hukukî ilişkilerin niteliği gereği olarak hukuk seçimi anlaşmasının yapılması akit dışı hukukî ilişkisiyi meydana getiren fiilin sonrasında olacaktır. Hal böyle olunca akit dışı hukukî ilişkisi ile bağlantılı ve ayrılamaz bir durum ortaya çıkmaktadır. Tarafların ayrıca bir anlaşma ile hukuk seçimi yapmaları durumunda bu sözleşmede belirtilen hukuk seçimi iradesinden kaynaklanan sorunun çözümü hakkında bir hak arama iradesine gerek duyulmayacaktır. Bu durum akit dışı hukukî ilişkisiye uygulacak olan hukukun objektif bir şekilde tayin edilmesiyle belirlenecek, hukuk seçimi anlaşması da bu hukuka tabi olacaktır. Tüzük kapsamındaki bir uyuşmazlığın doğrudan bu şekilde tayin edilmesinde Birlik hukuku uygulanacağına göre tarafların hukuk seçimi anlaşmasına uyması yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir.[788]

5.3.2.2. Tarafların İhtilâfın Vukuundan Önce ve Sonra Hukuk Seçimi Yapmaları

Roma II Tüzüğü hukuk seçimi anlaşmasının veya şartının akit dışı hukukî ilişki sonucu zararın meydana gelmesinden önce ve sonra olmak üzere iki şekilde yapılmasını

[785] ABAD'ın söz konusu kararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. C-334/00 Fonderie Officine Meccaniche *Tacconi SpA v Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH* (HWS) ECR-I 7357. Curia, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d692ca809588ab4efca43185c5a9949647.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMc3r0?text=&docid=47666&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2041788>, Erişim Tarihi: 15.11.2017. Kavşat, 2016, a.g.k., s. 80-81.
[786] Zhang, 2009, a.g.k., s. 896.
[787] Vogeler, A. (2013), Die freie Rechtswahl Im Kollisionsrecht der Außervertraglichen Schuldverhältnisse, Tübingen, s. 70, aktaran, Kavşat, 2009, a.g.k., s. 80.
[788] Benzer görüş için bkz. Voyager, 2009, a.g.k., s. 71, aktaran, Kavşat, 2009, a.g.k., s. 81.

kabul etmiştir (m. 14). Burada belirtilen zarar ise akit dışı hukukî ilişkiyi doğuran haksız fiil, sebepsiz zenginleşme[789], imalâtçının sorumluluğu[790], *culpa in contrahendo*[791], vekâletsiz iş görmeden[792] kaynaklanan zararlardır[793]. Ancak kanaatimizce *Tüzükte* hukuk seçimi yapılmasının kabul edilmediği haksız rekabet ve rekabet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar dışında, doğrudan belirtilmeyen akit dışı hukukî ilişkilerinde de hukuk seçimi yapılabilecektir[794].

İlk olarak hukuk seçimi anlaşması, akit dışı hukukî ilişkinin meydana gelmesinden sonra gündeme gelecektir. Zira işin tabiyatı gereğince akit dışı hukukî ilişkileri tarafların daha önce tasavvur edemeyecekleri şekillerde ortaya çıkar. Durum bu olunca hukuk seçiminin zamanlaması bakımından akit dışı hukukî ilişkisinin meydana gelmesinden sonra irade beyanının ortaya konması esası olağandır. Taraflar "*ex post*", serbestçe müzakere etmek kaydıyla hukuk seçimi yapabilecekler. Bu konuda tarafların hukuk seçiminin sınırlandırılmadığı görülmektedir.

İkinci olarak akit dışı hukukî ilişkisi meydana gelmeden önce tarafların ticari faaliyetlerinin olması durumu *Tüzük'te* değerlendirilmiştir. Buna göre akit dışı hukukî ilişkisinin doğumundan önce veya hukuk seçiminin yapıldığı sırada[795] taraflar arasında

---

[789] Tüzükte sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerinde zenginleşmenin meydana gelmesi veya diğer tarafın durumuna göre fakirleşmenin gerçekleştiği durumlarda hukuk seçimi m. 14 doğrultusunda kabul edilmiştir. Yine zarara ilişkin Tüzük Dibacesinin 31. maddesinde yer alan açıklamalar Tüzük hakkında uygulanacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pitel, 2004, a.g.k., s. 331-358; Pitel, Stephen G. A. (2009), *Rome II and Choice of Law for Unjust Enrichment, The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations* (Ed. J. Ahern, W. Binchy), Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, s. 231-255.

[790] Illmer, Martin (2009), The New European Private International Law of Product Liability- Steering Through Troubled Waters, *RabelsZ, Vol. 73*, s. 285; Illmer, Martin (2009), Introduction Rome II, Rome II Regulation Pocket Commentary, *Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers*, s. 29; Dickinson, 2008, a.g.k., s. 389; De Boer, 2007, a.g.k., s. 19 vd.; Cheshire/North/Fawcett, 2008, a.g.k., s. 840-841; Plender/Wilderspin, 2008, a.g.k., s. 568-569; Graziano, 2009, a.g.k., s. 479; Illmer Martin/Huber, Peter (2009), International Product Liability- A Commentary on Article 5 of the Rome II Regulation, *YPIL, Vol. 9,* s. 39; Bach, 2008, a.g.k., s. 326; Schwartze, 2008, a.g.k., par. 3.4; Öztekin Gelgel, 2006, a.g.k., s. 132. Farklı görüş için bkz. Zhang, 2009, a.g.k., s. 864.

[791] Sirmen, 2016, a.g.k., s. 55 vd.

[792] Önal, 2016, a.g.k., 2155.

[793] Kavşat, 2009, a.g.k., s. 82.

[794] Benzer yönde görüşler için bkz. Anne-Catherine/Patocchi, 1990, a.g.k., s. 80; Nishitani, 2007, a.g.k., s. 185 vd.; De Boer, 2007, a.g.k., s. 24-26; Von Hein, 2009, a.g.k., s. 1694; Graziano, 2009, a.g.k., s. 87; Sarıöz, 2012, a.g.k., s. 184-185; Hamburg Grubu Rapor, s. 35; Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 22; Cheshire/ North/ Fawcett, 2008, a.g.k., s. 837, 840; Clarkson/ Hill, 2008, a.g.k., s. 385; Öztekin Gelgel, 2006, a.g.k., s. 227-228.

[795] Doktrinde özellikle taraflar arasında akit dışı hukukî ilişkisinin meydana gelmesinden önce değil, hukuk seçimi sırasında bir ticari uygulama ve ticari ilişkinin var olması aranmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Plender/Wilderspin, 2008, a.g.k., s. 568-569.

ticari[796] bir ilişkinin var olması durumunda, tarafların bu ilişkide seçtikleri hukukun akit dışı hukukî ilişkisi bakımından uygulanabilmesi kabul edilmiştir[797]. Bu noktada belirsiz olan konu "*ticari uygulama*" ifadesinden ne anlaşılacağıdır. Tüzük *ticari tanım* ifadesini herhangi bir şekilde tanımlanmamıştır. *Tüzük'ün* AB direktifi olması dolayısıyla bu durum yoruma muhtaçtır ve devletlerin iç hukukuna göre tanımlanmayacak bir kavramdır. AB Parlementosu tarafından kabul edilen *Haksız İşletme Uygulamaları Yönergesi[798]* 2. maddesinde *ticari uygulama* ifadesinin tanımı yapılmıştır. Buna göre *doğrudan tanıtım, satış veya satış ilişkisinden kaynaklanan ve bir tüccar tarafından herhangi bir eylem, ihmal, davranış, reklamcılık ve pazarlama dahil olmak üzere ticari iletişim ile meydana gelen uygulamalar ticari uygulamalar* olarak isimlendirilecektir[799]. Bu doğrultuda akit dışı hukukî ilişkilerinin *Yönergede* belirtilen türde bir ticari uygulamanın sonunda meydana gelmesi halinde *Tüzük* bakımından taraflar arasında bir ticari uygulama vardır[800]. Tarafların akit dışı hukukî ilişkisinin var olmasından önce veya hukuk seçimi yapıldığı sırada ticari bir ilişkisinin olmasının aranması, tüketici ilişkilerinin veya bu ilişkiden kaynaklanan durumlarda hukuk seçiminin yapılamayacağı anlamını taşımaktadır[801] [802]. Doktrinde ise Tüzük Dibace m. 32'de belirtilen hukuk seçimi yapılırken tarafların korunmaya muhtaç kimselerden olup olmadığı değerlendirmesinin yapılmasının önemli olduğu, ancak düzenlemenin buna imkân verir biçimde ele alınmadığı gerekçesi ile eleştirilmiştir[803]. Yine bir diğer görüş de tarafların akit dışı hukukî ilişkisinde *serbestçe hukuk seçebilecekleri* düşüncesinden hareketle zayıf konumda olan tarafın, zayıflığının sömürüldüğünü belirterek, bu durumu ispat etmesi gerektiğini dile getirmiştir[804].

---

[796] Ticari tanımın farklı yorumları için bkz. Plender/Wilderspin, 2008, a.g.k., s. 568-569; Graziano, 2009, a.g.k., s. 479.
[797] Plender/Wilderspin, 2008, a.g.k., s. 568-569; Graziano, 2009, a.g.k., s. 479; Yasan, 2015, a.g.k., s. 144.
[798] *Official Journal of the European Union 2005/29/EC*, 11.05.2005. (*Directive 2005/29/Ec of The European Parliament and of The Council of 11 May 2005*). Avrupa Birliği Resmî Gazetesi, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32005L0029>, Erişim Tarihi: 15.11.2017.
[799] Ticari uygulamaların tanımlanması bakımından ABAD yorumu bulunmamaktadır.
[800] Plender/ Wilderspin, 2008, a.g.k., s. 770-772; Kavşat, 2016, a.g.k., s. 83.
[801] Plender/ Wilderspin, 2008, a.g.k., s. 770-772; Kavşat, 2016, a.g.k., s. 83.
[802] Kanaatimizce akit dışı hukukî ilişkinin tüketici ilişkisinden kaynaklanması durumunda zayıf tarafı koruma endişesinden kaynaklanan nedenler ile hukuk seçiminin yapılmaması kabul edilmiştir. Bir başka görüş de akit dışı hukukî ilişki failinin hem tüketici hem de işletmeci sıfatı ile aynı anda bulunamayacağı gösterilmektedir. Kavşat, 2016, a.g.k., s. 83.
[803] Symeonides, S. C. (2008b), Rome II and The Tort Conflicts: A Missed Opportunity, *AJCL*, *Vol. 56,* s. 1-46.; Bach, 2008, a.g.k., s. 327.
[804] Bach, 2008, a.g.k., s. 327; Kavşat, 2016, a.g.k., s. 84.

Hukuk seçiminin zamanlaması bakımından tartışılan bir diğer durum da tarafların akit dışı hukukî ilişkinin meydana gelmesi sonrasında, zararın telafisi için başvurulan mahkemede yargılama esnasında hukuk seçip seçemeyecekleridir[805]. Doktrin bu hususta mahkemenin dikkatli olması gerektiğini belirtmektedir[806]. Tarafların yargılama esnasında açıkça seçilecek hukuku belirleyebilecekleri genel olarak kabul edilmektedir[807]. Öte yandan tarafların *Tüzük* m. 14 uyarınca hukuk seçimi hakkına sahip olduklarını bilmeleri durumunda, mahkeme esnasında *Tüzük*'te belirtilen objektif bağlama kuralından istisna olarak ayrıca başka bir devlet hukukuna ilişkin kuralları tartışmaları ve tatbikini istemeleri de zımni bir hukuk seçimi olarak yorumlanmıştır[808]. Tarafların gerekli tecrübe ve bilgiye sahip olmaması sonucunda, sessiz kalmalarının hukuk seçimi olarak kabul edilmeyeceği vurgulanmıştır[809].

5.3.2.3. Seçilen Hukuk ile Bağlantı Sorunu

Taraflar arasındaki ticari ilişki ile akit dışı hukukî ilişkisi arasındaki bağlantının yakınlığı veya uzaklığı *Tüzük* kapsamında değinilmemiştir[810]. Bu nedenle de tarafların akit dışı hukukî ilişkisine uygulanacak olan hukuk bakımından bağlantı sorununa ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Taraflar arasında akit dışı hukukî ilişkisinin doğumu sonrasında uygulanacak olan hukukun seçimi ile tarafların ticari ilişkileri arasında bağlantı olması zorunluluğu arayan görüş, bu gerekçesini *Roma I* Tüzüğünde belirtilen gerekçelere dayandırmaktadır[811]. Bu noktada ticari uygulamanın, uygulanacak hukuk ile akit dışı hukukî ilişki arasında bir bağlantı olmalıdır. Bu bağlantı olmaz ise tarafların seçmiş oldukları hukuk seçimi geçersiz kalacak ve objektif bağlama kuralları uygulanacaktır[812]. Bu görüş uyarınca akit dışı hukukî ilişkisinin doğumu ticari ilişki kaynaklı olacaktır. Bu durum teknik olarak mümkünse de ticari ilişkiden kaynaklanan akit dışı hukukî ilişkisine de ticari ilişki

[805] Bach, 2009, a.g.k., s. 330-331.
[806] Bach, 2009, a.g.k., s. 330-331; Leible, 2008, a.g.k., s. 261, aktaran, Kavşat, 2016, a.g.k., s. 83 vd.
[807] Bach, 2009, a.g.k., s. 330-331; Leible, 2008, a.g.k., s. 261, aktaran, Kavşat, 2016, a.g.k., s. 83 vd.
[808] Bach, 2009, a.g.k., s. 330-331; Leible, 2008, a.g.k., s. 261, aktaran, Kavşat, 2016, a.g.k., s. 83 vd. Aksi yönde görüş için bkz. Yasan, 2015, a.g.k., s. 154.
[809] Yasan, 2015, a.g.k., s. 154.
[810] Kavşat, 2016, a.g.k., s. 84.
[811] *Roma I Tüzüğü* kapsamında akdi borçlarda uygulanacak olan hukuk ile bağlantı sorunu hakkında bkz. Bayata-Canyaş, 2012, a.g.k., 20 vd; Tarman, Z. Derya (2009b), Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü, *BATİDER, C. 25, S.2,* s. 299-332; Bayata-Canyaş, 2011, a.g.k., s. 111.
[812] Ingrim, C. (1995), Choice of Law Clauses: Their Effect on Extraterritorial Analysis-A Scholar's Dream, A Practitioner's Nightmare, *Creighton L. Rev. Is. 663, Vol. 3*, s. 673; Bayata-Canyaş, 2012, a.g.k., s. 21.

hükümlerinin uygulanacağından bahisle, ayrıca *Roma II Tüzüğü* bağlantısının kurulmasının mantığı kalmayacaktır. Kanaatimizce ticari ilişki ile akit dışı hukukî ilişkisi arasında bir bağlantı arama çabası zorlayıcı ve gereksizdir. Zira *Tüzük* m. 14 tarafların akit dışı hukukî ilişkisine seçecekleri hukuku serbestçe tayin edebileceklerini belirtmektedir. Bu durumda kuralın uygulama alanı bakımından bir sınırlama öngörülmemesi nedeniyle, ticari ilişki taraflarının hukuk seçimi ilişkisi bakımından *serbestçe müzakere edebilecekleri* anlayışı akit dışı hukukî ilişkisinin meydana geldiği sırada veya öncesinde var olan herhangi bir ticari ilişkide uygulanan hukukun, akit dışı hukukî ilişkisine uygulanabileceğini belirtmek gereklidir[813]. Öte yandan akit dışı hukukî ilişkisi bakımından hukukî ilişki ile bağlantı sorunu yalnızca tarafların hukuk seçimi yaptıkları sırada veya öncesinde aralarında var olan ticari ilişki halinde geçerli olabileceğine göre, tarafların aralarında hiçbir hukukî ilişki olmayan durumlarda serbestçe hukuk seçimi yapabilecekleri anlamına gelir. Bu durum da aynı hukukî durumda olanlar açısından bir eşitsizlik meydana getirecektir. Sonuç olarak, akit dışı hukukî ilişkileri bakımından hukuk seçimi ile ticari ilişki arasındaki bağlantı aranması gerekliliği Tüzük'te kabul edilen *serbest müzakere* anlayışı nedeniyle aranmamıştır.

5.3.2.4. Seçilen Hukukun Bir Devlet Hukuku Olup Olmayacağı Sorunu

Taraflar arasındaki hukukî ilişkilere uygulanacak olan hukukun tayin edilirken bir ülke hukukunun mu uygulanacağı yoksa ülke hukukları dışında tarafların *incorporation* şartları ile ya da çeşitli uluslararası sözleşmelere atıf yapıp yapamayacakları sorunu her zaman tartışılmıştır. *Anosyonel hukuk seçimi* olarak ifade edilen bu durum hakkında Tüzük kapsamında doğrudan bir düzenleme yoktur. Bu nedenle doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüş, *Tüzük* m. 14 bakımından hukuk seçimi vurgusu yapılırken hukuk kurallarından değil, bir "*hukuktan*" bahsedilmesi nedeniyle, tarafların aralarındaki

[813] Doktrinde aynı yönde görüş için bkz. Bach, 2008, a.g.k., s. 327; Symeonides, 2008b, a.g.k., s. 32; Kavşat, 2016, a.g.k., s. 84. Öte yandan ABD hukukunda 2001 tarihinde *The Uniform Commercial Code (UCC)*'un 1. Maddesinde yapılan değişiklik ile sözleşmeler hukuku alanında hukuk seçimine ilişkin, sözleşme taraflarının serbestiyetlerini arttırmak amacıyla hukuk seçiminde "makûl bağlantı" koşulu düzenlemesinden vazgeçilmiştir. Bu düzenleme ile hukukî ilişki ve seçilen hukuk arasındaki bağlantı arama ilkesi sona erdirilmiştir. *UCC* paragraf m 1-301 (c) (1) ve (2) düzenlemesi uyarınca tarafların tüketici işleminden kaynaklanan düzenlemeleri bir kenara bırakıldığında, aralarındaki sözleşmelere uygulayacakları hukukları serbestçe seçme özgrülüğü tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bayata-Canyaş, 2012, a.g.k., 21; Zhang, Mo (2006), Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law, *Emory International Law Rev. Vol. 11*, s. 543-544.

ilişkiye bir ülkenin hukukunu seçmesi zorunluluğu bulunmaktadır[814]. Bu durumun gerekçesi olarak da sözleşme ilişkilerinden farklı olarak akit dışı hukukî ilişkilerinde zararın doğduğu, bu zararın bir ülke hukuku uygulanmak suretiyle bertaraf edilebileceği belirtilmiştir[815]. Yine ülke hukuklarının uygulanmasının bir diğer nedeni olarak, milletlerarası akit dışı hukukî ilişkileri hukukunda tarafların çıkarlarının eşit düzeyde korunması gerektiği, zayıf tarafın ise bu korumadan yeteri düzeyde faydalanamayacağı, dolayısıyla sınırsız bir hukuk seçim ihtimalinin olması halinde zarara uğrayan mağdur tarafın istismar edilebileceği düşüncesine dayanmaktadır[816]. Ayrıca dini hukuk veya bir ülkeye ait olmayan hukukların seçilmesi halinde yine taraflar arasında eşitliğin korunamayacağı söylenmektedir[817]. Tüzük m. 1/1[818], m. 3[819], m. 14/2[820] ve m. 24[821], m. 25'in[822] de bu görüşlerini desteklediğini ifade etmektedirler[823].

İkinci görüş ise akit dışı hukukî ilişkileri bakımından *anasyonel hukuk seçimi* imkânının mümkün olduğunu belirtmektedir[824]. Buna göre hukuk seçimi ve irade beyanının amacı dikkate alındığında tarafların hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlikten kaynaklanan endişelerinin giderilmesi gerektiği, bu duruma uygun olarak ülke hukukları dışında farklı düzenlemelere[825] de başvurulması imkânı mümkün

[814] Bach, 2008, a.g.k., s. 329; benzer yönde bkz. Tarman, 2009, a.g.k., s. 203.
[815] Bach, 2008, a.g.k., s. 329. Öte yandan *Yasan* imalâtçının sorumluluğuna uygulanacak olan hukuk belirlenirken tarafların bir devletin hukukunu esas alması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yasan, 2015, a.g.k., s. 151.
[816] Tarman, 2009, a.g.k., s. 203.
[817] Plender/ Wilderspin, 2008, a.g.k., s. 768.
[818] "*Bu Tüzük, sivil ve ticari konularda sözleşme dışı yükümlülüklere ilişkin kanunların çatışması içeren durumlarda geçerli olacaktır. Buna göre gümrük veya idari konularla ya da Devlet otoritesinden kaynaklanan halllerde, devletin sorumluluğu bakımından uygulanmayacaktır."*
[819] "*Bu düzenleme üye devletler arasında, Danimarka hariç olmak üzere uygulanır."*
[820] "*Zararın meydana gelmesine sebep olan olayın meydana geldiği anda, olayın bütün unsurları seçilen hukuktan başka bir ülkeyi gösteriyor ise (located in a country), bu ülke hukukunun emredici hükümleri sözleşme ile bertaraf edilemez.*"
[821] "*Bu Tüzükte gösterilen bağlama kuralları ile hukuku uygulanacak olan ülkenin maddi hukuk hükümleri kastedilir.*" (Tüzükte atıf reddedilmiştir.)
[822] "*Bu Tüzük ile gösterilen ülkede, birden fazla devlet bulunması durumunda, her bir federe devlet ayrı bir ülke sayılır."*
[823] Plender/ Wilderspin, 2008, a.g.k., s. 768. Ayrıca bkz. Kessedjian, C. (2008), Party Autonomy and Characteristic Performance in the Rome Convention and the Rome I Proposal, *Japanese and European Private International Law in Comperative Perspective, Ed. Basedow, J./Baum, H./Nishitani, Y., Tübingen*, s. 105.
[824] Graziano, 2008, a.g.k., s. 455.
[825] Uluslararası konvansiyonların seçiminin hukuk seçimi sayılamayacağı hakkında bkz. Yasan, 2015, a.g.k., s. 151 vd. İmalâtçının Sorumluluğuna Uygulanacak Olan Lahey Sözleşmesinin seçilmesinin hukuk seçimi sayılamayacağı hakkında bkz. Bach, 2008, a.g.k., s. 329.

olmalıdır[826]. Zira görüş taraftarlarına göre böyle bir hukuk seçiminde sadece bir ülkenin hukukunun dikkate alınması zorunluluğu, AB hukukunca tarafından sağlanan hukuk seçme özgürlüğüne haksız bir müdahale olacaktır[827]. Ayrıca bu durum ABİHA'nın 28. maddesinde gösterilen hukukî kesinlik, güvenlik, öngörülebilirliğin objektif bağlama kurallarının sağlamaması durumunda, sübjektif bağlama kurallarının uygulamaya girebileceği yönündeki düzenlemesine uygundur. Söz konusu halin akit dışı hukukî ilişkilere yansıtılmasında tarafların menfaati olması nedeniyle, hiçbir sakınca bulunmamaktadır[828] [829].

Kanaatimizce *Tüzük* kapsamında meydana gelen bir akit dışı hukukî ilişkide uygulanacak olan hukukun seçilmesinde bir *ülke, devlet hukukunun* uygulanması esas alınmalıdır. Bu görüşümüzün kaynağı *Tüzük'ün* toplu olarak, bir bütün şekilde incelenmesinin sonucudur. *Tüzük* m. 14/2'de gösterilen *ülke hukukundan bir başka ülke hukukundan* bahsedilmektedir. Yine *Tüzük* m. 25'te bölgesel kanunlar ihtilâfı kuralları yorumlanırken, federe devletin içindeki her federal devlet, özellikle bir ülke olarak belirtilmiştir. Şu hâlde düzenleme içinde *ülke, devlet* vurgusu yapılmaktadır. Bunun yanında doktrindeki diğer yazarların görüşleri önem ifade etmektedir. Akit dışı hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda zayıf tarafın korunması, hukuk seçimi esnasında her zaman mümkün olmayabilir. Bu nedenlerle *Tüzük'te* uygulanması gerekli olan hukuk bir Birlik üyesi veya Birlik üyesi olmayan herhangi bir *devlet hukuku* olacaktır[830].

---

[826] Graziano, 2008, a.g.k., s. 455.

[827] Voyager, 2008, a.g.k., 298'den aktaran, Kavşat, 2016, a.g.k., s. 81.

[828] Graziano, 2008, a.g.k., s. 455; Voyager, 2008, a.g.k., 298'den aktaran, Kavşat, 2016, a.g.k., s. 81.

[829] İngiltere Yüksek Mahkemesi tarafından *Roma Sözleşmesine* ilişkin verilen *Halpern v. Halpern* dâvasında mahkeme, tarafların Yahudi hukukunu seçmeleri ve Yahudi hukukundan kaynaklanan uygulama uyarınca izin verilenden fazla faiz talep edilemeyeceği düzenlemesinin net ve açık bir şekilde saptanabilmesi nedeniyle hukuk seçimini kabul etmiştir. Bu tür durumlarda tarafların, dini nitelikli bir kanun kararlaştırılması mümkünmümkündür. Mahkeme, seçilen bu dini hukukun, *lex contractus* olmayacağına karar vermiştir. Madem ki bu durum *lex contractus* olarak sayılmayacaktır, o ahlde sözleşmeye uygulanacak hukukun, *Roma Sözleşmesinin* objektif bağlama kuralları hükümleri uyarınca ayrıca tespit edileceği belirtilmiştir. Ayrıca, taraflar *incorporation* ile dini bir kanun ya da laik bir düzenleme olarak *Malların Uluslararası Satımına İlişkin Viyana Sözleşmesi* gibi bir düzenleme hükümlerini kararlaştırılabilecektir. *Halpern v. Halpern*, *Court of Appeal, Civil Division Halpern and Another v. Halpern and others (No 2) Note [2007] Ewca Civ 291, [2007] 3 All Er 478, [2007] 2 All Er (Comm) 330, [2007] 2 Lloyd's Rep 56*. <http://www.uniset.ca/other/cs6/2007EWCACiv291.html>, Erişim Tarihi: Erişim Tarihi: 17.11.2017.

[830] Graziano, 2008, a.g.k., s. 452; Bach, 2008, a.g.k., s. 328; De Boer, 2008, a.g.k., s. 29; von Hein, 2008, a.g.k., s. 1688.

Bu konuda son olarak belirtmek gerekir ki, tarafların laik olmayan dini kuralları veya *UNIDROIT* kuralları ile farklı uluslararası sözleşme, konvansiyon uygulamalarını aralarındaki akit dışı hukukî ilişkiye ekleyebileceklerdir. *İncorporation* olarak ifade edilen bu durum kanaatimizce *Roma II Tüzüğü* kapsamında geçerli olacaktır. Böylece tarafların aralarındaki hukuk seçimi sözleşmesine ülke hukuklarının uygulanmasını kararlaştırdıktan sonra, *incorporation* yolu ile çeşitli hukuk kurallarına ait maddi hükümleri ekleyebileceklerdir[831].

5.3.2.5. Hukuk Seçimine İlişkin Diğer Sorunlar

i. Açık-Zımni-Farazi hukuk seçimi

Tüzük akit dışı hukukî ilişkilerde hukuk seçiminin şekline dair çözüm sunmamıştır. Düzenlemenin 14. maddesinde tarafların açıkça veya makul bir kesinlikle anlaşılacak şekilde hukuk seçimini yapabileceklerini belirtmektedir. Bu açıklamadan da hukuk seçiminin açıkça veya yoruma yer vermeyen bir makul kesinlik ile zımni olarak tayin edilebileceği anlaşılmaktadır. Nitekim bu durum geçmişte farklı ülke mahkemelerince de tartışılmıştır. İngiltere mahkemelerinin vermiş olduğu *Dubai Electricity Co. and Others v. Islamic Republic of Iran Shipping Lines*[832] kararında tarafların seçtikleri hukukun makul bir kesinlikle anlaşılmadığı gerekçesiyle hukuk seçimi kabul edilmeyerek objektif bağlama kuralları tatbik edilmiştir[833]. Öte yandan *Tüzük, Roma I Tüzüğünde* olduğu gibi tarafların olası iradelerini irdelemek suretiyle hukuk seçiminin yapılıp yapılmadığına karar veren farazi hukuk seçimini, *makul bir kesinlik ile seçilen hukukun anlaşılması* ifadesinden hareketle reddetmiştir[834].

---

[831] *O.T. Africa Line v. Magic Sportswear Corporation*, davasında taraflar aralarındaki konişmento sözleşmesine *İngiliz* hukukunun uygulanması kararlaştırmışlardır. Bunun yanında aynı zamanda *Kanada-Malların Su Yoluyla Taşınmasına İlişkin 1936 Tarihli Yasa (The Canadian Carriage of Goods by Water Act 1936) da* belirtilen hükümleri sözleşmeye dâhil etmişlerdir. *OT Africa Line Ltd v Magic Sportswear Corporation* DMC/SandT/05/45 and Others English Court of Appeal: Laws, Rix and Longmore LJJ.: [2005] EWCA Civ 710: 13 June 2005. <http://archive.onlinedmc.co.uk/ot_africa_line_v__magic_sportswear.htm>, Erişim Tarihi: Erişim Tarihi: 17.11.2017. Plender/ Wilderspin, 2009, a.g.k., s. 136.

[832] İlgili olayda taraflar arasındaki akit uyarınca, taşıyıcı olan davalı tarafa *Alman, İran ya da İngiliz* hukuklarından birini sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçme hakkı getirilmiştir. Fakat sözleşmeye göre, hangi ülke hukukunun veya sözleşmenin hangi şartlar altında ve sözleşmenin hangi kısımlarına uygulanacağı kararlaştırılmamıştır. Mahkeme, bu belirsizlikler nedeniyle taraflar arasındaki hukuk seçimini kabul etmemiş, kararın verildiği taraihte yürürlükte olan Roma Konvansiyonunun 4. maddesi doğrultusunda objektif bağlama kurallarını uygulanacak hukuk olarak tespit etmiştir. *Dubai Electricity Co. and Others v. Islamic Republic of Iran Shipping Lines* (The "Iran Vojdan") [1984] 2 Lloyd's Rep. 380. I-Law, <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=148504>, Erişim Tarihi: 17.11.2017.

[833] Bayata-Canyaş, 2012, a.g.k., s. 21.

[834] Griziano, 2008, a.g.k., s. 452.

Hukuk seçiminin açık, zımni veya farazi olmasına ilişkin bir diğer durum da tarafların akit dışı hukukî ilişki sonrasında hukuk seçimi gösterir anlaşma veya şartı belirten emarelerin neler olacağıdır[835]. Özellikle tarafların yetki şartı belirtmesi, ancak uygulanacak hukuka ilişkin anlaşma yapmamaları durumunda, yetkli şartının veya yetki sözleşmesinin hukuk seçimi olarak kabul edilip edilemeyeceği doktrinde tartışılmıştır[836]. Bir görüş tarafların yetki anlaşması veya yetki şartı ile yetkili mahkemeyi belirlemesi, ancak uygulanacak hukuku tayin etmemeleri durumunda yargı yerinin, uygulanacak olan hukuka dair bir zımni beyan oluşturmadığını belirtmiştir[837]. Buna karşılık olarak yargı yerini gösteren anlaşma ve şartın aynı zamanda uygulanacak olan hukuku da tayin ettiğini belirten görüş de mevcuttur[838]. Azınlıkta kalan bu görüşe göre yetki anlaşmasının uygulanacak hukuk konusunda emare olarak kabul edilmesi ile hem mahkeme masraflarından tasarruf edilecek hem de tarafları uygulanacak hukuka dair araştırma yapma külfetinden kurtaraktır. Öte yandan bu durum ile mahkemenin daha nitelikli karar vermesi sağlanarak, yabancı yetkili mahkemenin aynı zamanda kendi hukukunu uygulaması ile hukukun yanlış uygulanması riski de bertaraf edilecektir[839]. Bu görüş öbür taraftan söz konusu yetki anlaşmasının zararın meydana gelmesinden önce var olan bir ticari ilişkiye kaynak olan sözleşme ile veya taraflar arasında yargılama başlamasından önce yapılması gerektiğini dile getirmektedir[840]. Bunun dışında, *Roma I Tüzüğü Gerekçesi* m. 12'de belirtilen sadece münhasır yetki sözleşmeleri veya şartları bakımından yetkili mahkemenin, hukuk seçimini göstereceği düşüncesi burada da kabul edilecektir[841].

ii. Şartlı hukuk seçimi

Tüzük içinde şartlı hukuk seçiminin yapılıp yapılamacağı konusunda doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumu engelleyen bir durum olmaması nedeniyle de

[835] Kavşat, 2016, a.g.k., s. 81.
[836] Zhang, 2006, a.g.k., s. 36.
[837] Bach, 2011, a.g.k., s. 331; Kavşat, 2016, a.g.k., s. 83 vd.
[838] Leible, S. (2008), Rechtswahl im IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse nach der Rom II-Verordnung, *Recht der Internationalen Wirtschaft, Heft 5*, s. 257-264, aktaran, Kavşat, 2016, a.g.k., s. 83 vd.
[839] Leible, 2008, a.g.k., s. 261, aktaran, Kavşat, 2016, a.g.k., s. 83 vd.
[840] Leible, 2008, a.g.k., s. 261, aktaran, Kavşat, 2016, a.g.k., s. 83 vd.
[841] Bu durumun lehinde görüş bildirenler için bzk. Boele-Woelki, K./ Lazić, V. (2007), Where Do We Stand on the Rome I Regulation? *The Future Of European Contract Law, Vol. 19*, s. 24-25; Lopez Rodriguez, A. M. (2003), The Revision of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations-A Crucial Role within the European Contract Law Project? *Nordic Journal of International Law Review (Nordic J. Int'l L.), Vol. 72*, s. 355.

taraflar akit dışı hukukî ilişkinin meydana gelmesi sonrasında veya ticari ilişkilerinden kaynaklanan nedenler ile hukuk seçimi yapacakları hallerde, şartın gerçekleşmesi ile hukuk seçimi yapabilecek veya ortadan kaldırabileceklerdir[842].

Şarta bağlı hukuk seçimi konusunda sessiz kalan *Tüzüğün,* yorum bakımından fikir vermesi için *Roma I Tüzüğü* açıklamalarından faydalanılabilir[843]. *Roma I Tüzüğü* sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından şarta bağlı hukuk seçiminin yapılması veya yapılmaması yönünde bir görüş belirtmemiştir. Ancak *Roma I Tüzüğü* m. 3'te tarafların hukuk seçimi yaptıktan sonra, bu hukuku değiştirebilecekleri belirtilmiştir. Bu durumunda da şarta bağlı olarak hukuk seçimi yapılabileceği, tarafların objektif olarak tayin edilen hukuktan bir başka hukuku seçebilecekleri yorumu yapılabilecektir[844].

Tüzük bakımından şartlı hukuk seçiminin gündeme geleceği asıl durum şudur: Tarafların akit dışı hukukî ilişkinin meydana gelmesinden önce veya en geç hukuk seçme şartı veya sözleşmesinin düzenlendiği sırada hukuk seçmeleri durumunda aralarında bir ticari ilişki olması şartıdır. Bu temel şartın sağlanması durumunda, tarafların tacir olması gerekli olup, tüketici hukukundan kaynaklanan bir nedenle hukuk seçimi yapmamaları gerektir. Görüldüğü üzere Tüzük şartlı hukuk seçimi hakkında açıkça olmak üzere belirtilen durumu gözetmiştir.

iii. Hukuk seçiminde şekil sorunu

Roma II Tüzüğü akit dışı hukukî ilişkilerde hukuk seçimi imkanını tanıması bakımından kayda değer bir yenilik getirmiştir. Bu yeniliğin önem arz eden bir diğer yanı da herhangi bir şekil şartı öngörülmemesidir. Diğer bir ifade ile *Tüzük* tarafların hukuk seçimi yapmaları durumunda herhangi bir şekli sınırlama getirmemiştir. Bu durum göstermektedir ki, tarafların serbestçe müzakare edecekleri hukuk seçimi klozunu, aynı serbest şekil kuralları ile yürürlüğe koyabileceklerdir[845].

Hukuk seçimi açısından şekli bir kısıtlama konulmamış olsa da seçilen hukukun makul bir açıklık ile anlaşılabilir olması esastır. Öte yandan hukuk seçimi anlaşması veya şartının yazılı veya sözlü olarak yapılması konusunda herhangi bir sınırlayıcı hüküm yoktur. Ancak, ispat açısından seçimin yazılı olarak yapılmasında tarafların menfaatleri

[842] Benzer yönde bkz. Plender/ Wilderspin, 2009, a.g.k., s. 136.
[843] Plender/ Wilderspin, 2009, a.g.k., s. 137.
[844] Plender/ Wilderspin, 2009, a.g.k., s. 137.
[845] Doktrinde bu durum "*tuhaf*" olarak nitelendirilmiştir. Leible, 2008, a.g.k., s. 261, aktaran, Kavşat, 2016, a.g.k., s. 83 vd.

vardır[846]. *Roma I Tüzüğü* bakımından da düzenlenmeyen bu durum hakkında doktrinde seçilen hukuka göre yorum yapılmasının uygun olduğu vurgulanmıştır[847]. Kanaatimizce de akit dışı hukukî ilişkinin kaderini tayin edecek hukuk seçimi anlaşmasının yazılı veya sözlü olarak yapılması yanında, tarafların iradelerini yansıtacak bir şekilde belirlenmesi gereklidir.

Şekil sorunu bakımından değinilmesi gerekli olan bir diğer durum da seçimin üçüncü kişilerin menfaatlerine ve haklarına herhangi bir halel getirip getirmeyeceğidir. Bu hüküm ile zararı karşılayacak olan sigorta şirketlerinin korunması esas alınmıştır. Zira sigorta şirketleri de taraflar arasındaki hukukî ilişkiye taraf olabileceklerdir. Böyle bir durumda üçlü bir akit dışı hukukî ilişki meydana gelecektir. Hukuk seçimi bakımından haklarının ve menfaatlerinin zarara uğratılamayacağından bahisle sigorta şirketleri de akit dışı hukukî ilişkide iradeleri aranacaktır[848].

iv. Kısmi hukuk seçimi

Roma II Tüzüğü kapsamında düzenlenmemiş ve cevabı aranan bir diğer sorun da kısmi hukuk seçiminin mümkün olup olmadığı tartışmasıdır. Düzenlemede kısmi hukuk seçiminden hiç bahsedilmediği görülmektedir[849]. Doktrinde ağırlık görüş, bu boşluğun kısmi hukuk seçiminin kabulü olarak yorumlanmaması gerektiği yönündedir[850]. Zira *Tüzük*'te uygulanacak olan hukukun bir bütün olarak tüm meseleleri bünyesinde barındırır şekilde uygulanacağını, uygulanmayacak olan konuların ise zaten *Tüzük* m. 15'ten hareketle tespit edilebileceği söylenmektedir[851]. *Tüzüğün* hazırlık safhasında Parlamentoda da etraflıca tartışılan bu durumun sonucunda, seçilen veya uygulanacak olan hukukun akit dışı borç ilişkisinin tümüne uygulanacak şekilde düzenleme yapılmıştır. Böylece kısmi hukuk seçimi kabul edilmemiştir[852].

Ancak bu durumun yerindeliği tartışılmıştır. Zira bugün irade muhtariyetinin söz konusu olduğu hemen her durumda kabul edilen bir uygulama olan kısmi hukuk seçiminin, tarafların serbest bir irade ile hukuk seçimi yapmasını teşvik eden ve şekil

---

[846] Leible, 2008, a.g.k., s. 261, aktaran, Kavşat, 2016, a.g.k., s. 83 vd.
[847] Zhang, 2006, a.g.k., s. S. 36 vd.
[848] Symeonides, 2008b, a.g.k., s. 21 vd.
[849] Bach, 2008, a.g.k., s. 329.
[850] Fentiman, R. (2009), *Significance of Close Connection, The Rome II Regulation on The Law Applicable to Non-Contractual Obligation: A New International Litigation Regime*, Ed. Ahern, J. / Binchy, W., s.89 vd.
[851] Symeonides, 2008b, a.g.k., s. 21 vd.
[852] Symeonides, 2008b, a.g.k., s. 21 vd.

şartları öngörmeyen *Roma II Tüzüğü'nde* düzenlenmemesi sürpriz bir durum olmuştur. Parlamentonun tatbik edilecek hukukun tüm olayı kapsaması gerektiği düşüncesinin temelinde akit dışı hukukî ilişkileri meydana getiren fiil, zarar, kusur, illiyet bağı gibi şartların bir bütün olarak ele alınması gerektiği düşüncesinin yattığını belirtmemiz gerekecektir.

Öbür tarafta doktrinde *Tüzük* düzenlemesinde yer alan boşluğun bilerek ve isteyerek tercih edildiğini belirten yazarlar da vardır[853]. Zira, *Roma II Tüzüğü Dibace 7.* maddesinde belirtildiği üzere *Tüzük, Roma I ve Brüksel I Tüzükleri* ile maddi kapsam ile uygulanabilirlik bakımından birlikte ve uyumlu olması gerekmektedir[854]. Bu yorum neticesinde düzenlenmeyen ve bilerek boş bırakılan konular hakkında maddi kapsam ve uygulama bütünlüğü sağlanması amacı çerçevesinde *Roma I ve Brüksel I Tüzüklerine* başvurulabicektir[855]. Bunun yanında *Roma II Tüzüğ*ü m. 15'te uygulanacak olan hukukun kapsamı belirlenmiştir. Buna göre sözleşme dışı hukukî ilişkiler bakımından ilişkinin türüne ve niteliğine belirlenen hukukun uygulanacağı, hangi hallerin bu durumu kapsayacağı belirtilmişken, kısmi hukuk seçiminin yer almaması yine örtülü bir onay sonucunu doğuran hukukî boşluk olarak kabul edilmelidir[856]. Bu nedenle de kısmi hukuk seçimi kabul edilmesi gerekli olan bir durumdur.

Bir görüş Tüzük'te yer alan bir ayrıntının aslında Tüzük'ün örtülü olarak kısmi hukuk seçimine izin verdiğini belirtmektedir[857]. Daha önce de belirttiğimiz üzere fikri haklar bakımından hukuk seçimi Tüzükte kabul edilmemiştir. Fikri haklardan doğan akit dışı borç ilişkilerinin yer aldığı Tüzük m. 8 ile Tüzük m. 27 ile birlikte değerlendirildiğinde Tüzük ile Birlik hukukunun fikri haklar bakımından beraber uygulanabileceğini belirtmektedir. O halde fikri haklar bakımından akit dışı borç ilişkisinin meydana gelmesi durumunda düzenlemenin bir kısmına Tüzük uygulanırken, bir kısmına AB hukuku ve direktifleri tatbik edilebilecektir. Bu yaklaşımın sonucu olarak

[853] Kavşat, 2016, a.g.k., s. 71 vd.
[854] Kavşat, 2016, a.g.k., s. 71 vd.
[855] Kavşat, 2016, a.g.k., s. 71 vd.
[856] Symeonides, 2008b, a.g.k., s. 21 vd.
[857] Symeonides, 2008b, a.g.k., s. 21 vd.

tarafların seçtikleri hukuk bakımından veya objektif bağlama kurallarının bölünerek uygulanması mümkündür[858].

Kanaatimizce *Tüzük Dibace 7*. maddesinde belirtilen yorumlara uygun olarak hem *Roma I ve Brüksel I Tüzüğü'ne* kıyas ile hem de örneği verilen fikri haklar konusunda görüldüğü üzere kısmi hukuk seçimi ve akit dışı hukukî ilişkinin bölünmesi mümkündür. Bu durum dikkate alınırken seçilen hukukların birbirleri ile çelişmemesine dikkat edilmelidir. Bu tür bir sonuç meydana gelmesi durumunda hukuk sçeiminin yapılmamış sayılacağı unutulmamalıdır[859].

5.4.3. Hukuk Seçimi ile Bertaraf Edilemeyecek Haller

Roma II Tüzüğünde her ne kadar hukuk seçimi kabul edilmiş olsa da her durumda taraflarca seçilen hukukun uygulama alanı bulmayacağı görülmektedir. Tüzük, özellikle belirli hallerde objektif bağlama kurallarının uygulanmasının kabul edildiği görülmektedir. Bu haller sınırlı olarak belirtilmiştir.

5.4.3.1. Hukuki İlişkinin Tüm Unsur ve Taraflarının Tek Bir Ülkede Bulunması

Roma II Tüzüğü'nde seçilen hukukun uygulanması bağlamında var olan engellerden biri meydana gelen haksız fiillin tüm unsurların bir başka devlet hukukunu göstermesi durumunda (*located in a country*), tarafların hukuk seçimi yapmalarının önünde bir engel yoktur. Ancak seçilen hukuk, haksız fiilin tüm unsurlarını gösteren devletin emredici hükümlerini bertaraf edici nitelikte olamaz (m. 14/2). Burada, zararın meydana gelmesi anında olayın bütün unsurlarının bir başka devleti göstermesi hali gösterilmiştir. Böylece, tesadüfi bir ilişki olan haksız fiil ilişkisinde, tarafların bağlantılı olduğu tüm unsurların tek bir devleti göstermesi durumunda, bu devletin emredici normlarının devre dışı bırakılması engellenmek istenmiştir.

Tüzük m. 14/2'ye göre tarafların tüm unsurları tek bir ülke hukukuna bağlantılı olan bir hukuku, bir başka devlet hukukunu seçerek, konuya salt milletlerarası özellik katmalarının önünün kesildiği görülmektedir[860]. Haksız fiillerin çoğunlukla tesadüfen meydana gelen hukuki ilişkiler oldukları düşünüldüğünde, düzenleme ile tarafların tüm

---

[858] Symeonides, a.g.k., 2008b, s. 185 vd.; Mills, A. (2009), *The Application of Multiple Laws under the Rome II Regulation" The Rome II Regulation on The Law Applicable to Non- Contractual Obligation: A New International Litigation Regime*, Ed. Ahern, J. / Binchy, W., s. 145 vd.; Kavşat, a.g.k., 2016, s. 71 vd.
[859] Benzer yönde görüşler için bkz. Bach, a.g.k., 2008, s. 331; Yasan, 2015, a.g.k., s. 151; Tarman, Z. Derya (2009), The Law Which is Applicable to Contractual and Non- Contractual Obligations Under Turkish Private International Law*, NIPR, Vol. 27,* s. 15.
[860] Kavşat, a.g.k., 2016, s. 95.

irtibat noktalarının tek bir hukuku göstermesi durumunda, konuya yabancılık unsuru olarak hukuk seçimi iradesi ekleyerek meselenin milletlerarası boyut kazandırmalarının engellenmesi istenmektedir[861]. Bu durum doktrinde de çokça tartışılmış, çeşitli görüşler ileri sürülmüştür[862] [863].

5.4.3.2. Birlik Hukukunun Emredici Hükümleri

Tüzük m. 14/3, bir önceki fıkrada belirtilen hususu genişleterek, Birlik hukukunun emredici düzenlemelerini esas almıştır. Buna göre, nasıl ki m. 14/2'ye göre haksız fiilin meydana gelmesi esnasında tüm unsurların tek bir ülke hukukunu göstermesi halinde, bu ülke hukukunun emredici hükümleri bertaraf edilemiyor ise, haksız fiilin unsurlarının bir veya birden fazla Birlik üyesi ülkeye dağılmış olması halinde, Birlik üyesi olmayan bir başka ülke hukuku seçilerek, Birlik nezdinde düzenlenen emredici hükümlerin bertaraf edilmesi engellenmek istenmiştir[864]. Özellikle bazı yazıların Danimarka örneğinde de olduğu gibi, Birlik üyesi olmasa dahi, Birlik sınırları içinde meydana gelen tüm olaylar bakımından Birlik emredici düzenlemelerinin esas olması gerektiği yönünde tespitlerinin olduğu da görülmektedir[865].

Bu noktada emredici kurallardan ne anlaşılması gerektiği hususu önem arz etmektedir. ABAD tarafından *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc.*[866]

---

[861] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, a.g.k., 2015, s. 5; Tekinalp/Uyanık, a.g.k., 2016; s. 1; Çelikel/Erdem, 2016, a.g.k., s. 7; Şanlı, 2013, a.g.k., s. 5 vd; Demirkol, a.g.k., 2014, s. 50 vd.; Esen, Emre (2010), Critique of a Turkish Court of Cassation Decision on the Validity of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in an Insurance Agreement, *Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul, vol. XLII, No. 59,* Y. 2010, s. 371; Tiryakioğlu, 1996, s. 212; Özdemir-Kocasakal, a.g.k., 2010, s. 33; Sargın, a.g.k., 2002, s. 184; Özel, Sibel (2016), Sözleşmesel İlişkide Yabancılık Unsuru ve Hukuk Seçimi, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Ed. Bilgin Tiryakioğlu/Mesut Aygün/Ali Önal/Cansu Kaya/A. Kübra Altıparmak, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 451 vd.

[862] Nomer, 2015, s. 5; Tekinalp/Uyanık, a.g.k., 2016; s. 1; Çelikel/Erdem, a.g.k., 2016, s. 7; Şanlı, a.g.k., 2013, s. 5 vd; Demirkol, a.g.k., 2014, s. 50 vd.; Esen, a.g.k., 2010, s. 371; Tiryakioğlu, a.g.k., 1996, s. 212; Özdemir-Kocasakal, a.g.k., 2010, s. 33; Sargın, a.g.k., 2002, s. 184; Özel, a.g.k., 2016, s. 451 vd.

[863] Hukuk seçiminin mahkemenin yetkilendirilmesi yoluyla veya sadece maddi hukuka ilişkin meydana gelmesi hakkında görüşler için bkz. Kavşat, a.g.k., 2016, s. 96.

[864] Bu noktada Roma II Tüzüğüne taraf olmayan Danimarka hakkında parantez açmak gereklidir. Haksız fiilin tarafları Danimarka hukukunu seçerler ise bu durumda seçim geçersiz olacak mıdır? Bu sorunun cevabı olumsuzdur. Danimarka Birlik hukukunun emredici hükümleri ile bağlı olması nedeniyle, Danimarka hukukunun seçilmesi durumunda, Birlik hukukunun emredici hükümleri bertaraf edilemeyeceğinden seçim geçerlidir ve Birlik hukuku emredici düzenlemeleri uygulanır. Garcimartín Alférez, F. J. (2007), The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code, *The European Legal Forum, Vol. 7 (3),* s. 79; Lookofsky, J./ Hertz, K. (2009), *EU-PIL European Union Private International Law in Contract and Tort,* Kopenhag, s.108.

[865] Garcimartín Alférez, a.g.k., s. 80.

[866] *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc.* C-381/98, [2000] ECR- I-09305. Eur Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0381>, Erişim Tarihi: 19.12.2018.

Verilen kararda, taraflar arasında uygulanan sözleşmede seçtikleri hukukun, milletlerarası özel hukukun emredici nitelikli unsurlarından olan hukuk seçimi ilkesi bağlamında yer aldığı, seçim ilkesinin ancak emredici hukuk kuralları ile çatışması halinde ortadan kalkacağı belirtilmiştir. Kararda taraflar arasındaki yönerge uyarınca seçilen hukukun hükümlerinin emredici kurallar ile çelişip çelişmediği hususunun yorum yoluyla bulunması gerektiği sonucuna varılmıştır.

5.4.3.3. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Tüzük m. 16'da haksız fiillerden kaynaklanan bir borç ilişkisinde tarafların hukuk seçmesi durumunda, seçilen ülkenin hukukunun emredici kurallarının bertaraf edilemeyeceğini düzenlemiştir. Tüzük m. 16'da doğrudan uygulanan kurallar olarak zikredilen bu durum, hâkimin hukukunun emredici hükümlerinin hukuk seçimi ile saf dışı bırakılmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. Söz konusu düzenleme önceisnde AB Komsiyonu tarafından hazırlanan Taslak Raporda[867] üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına da yer verilmişse de nihai metinde bu düzenleme kaldırılmış ve sadece hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması düzenlenmiştir[868]. Bu durumun nedeni hükmün gerekçesinde açıklanmıştır[869]. Buna göre, bu durumun Birlik menfaatlerini etkilemediği ve üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarının varlık nedenlerinin sadece *Roma I Tüzüğü* ile uyumlu olmak gayesi için olduğu[870], nihayetinde haksız fiiller alanında var olan *Roma II Tüzüğü* bağlamında üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarının düzenlenmesine gerek olmadığı dile getirilmiştir[871]. Bu karar tartışmaya açık olmakla birlikte, ABAD tarafından 2016 yılında

867 Taslak rapor için bkz. Öztekin-Gelgel, a.g.k., 2006, s. 252.
868 Çelen-Vural, Belkıs (2018), Üçüncü Ülkenin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Haksız Fiiller Alanında Uygulanmasının MÖHUK m. 31 ile Değerlendirilmesi, *Koç Üniversitesi Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık*, s. 230.
869 Statement of the Council's Reasons, Common Position adopted by the Council on 25 September 2006 with a view to the adoption of a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations, 2003/0168 (COD), s. 4, p. 7. Europarl, <http://www.europarl.europa.eu/commonpositions/2006/pdf/ c6-0317-06_en.pdf>, Erişim Tarihi: 19.12.2018.
870 Proposal for a Regulation of The European Parliament and The Council On The Law Applicable To Non-Contractual Obligatıons, Rome II, COM/2003/0427 final, s. 24-25. Euro Lex, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0427:FIN:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 19.12.2018.
871 Vural-Çelenk, a.g.k., 2018, s. 219.

verilen *Nikiforidis*[872] kararında da üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının sözleşme ilişkisinde dahi tartışmalı olduğu ve *Roma I Tüzüğü* m. 9[873]'da belirtilen özel hallerin varlığı halinde ancak uygulanacağı belirtilmiştir. Karara göre Yunanistan Hükümeti'nin ekonomik krizden çıkmak amacıyla almış olduğu tedbilerin iş hukuku üzerinde etkisi incelenmiştir. Yunan Hükümetinin krizden çıkma paketi olarak kamuoyunda bilinen tedbirlerden biri de işçilerin ücretlerinde kısıntıya gidilmesi ve işçi ücretlerinde vergilerin arttırılmasıdır. Bu bağlamda Alman hukuku uyarınca yönetilen ve Almanya'da kurulan Yunanistan Millî Eğitim Bakanlığı'na bağlı okulda, Yunan Hükümetinin tedbirlerinin uygulanması ABAD tarafından kabul edilmemiştir. Mahkeme gerekçesinde, sözleşmenin ifa edildiği ülkenin bir üçüncü ülke olduğu, dolayısıyla Yunan Hükümeti tarafından doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilen durumun bir başka ülkede uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.

Sonuç olarak, doğrudan uygulanan kurallar olarak belirtilen kuralların tarafların hukuk seçiminden etkilenmeyecekleri, her durumda emredici nitelik olarak uygulanacakları görülmektedir [874].

5.4.3.4. Emniyet ve Asayiş Kuralları ile Kamu Düzeni

Tarafların seçtikleri hukukun uygulanmasında bir diğer engel de hâkimin hukukunun emniyet ve asayiş kuralları ile kamu düzenine ilişkin hükümlerdir. Söz konusu kavramların nitelik ve tartışmalarını ileride ayrı bir başlık altında tartışacağımız için bu kapsamda sadece kavramların sübjektif hukuk seçimi açısından önemini tartışacağız.

Tüzükte emniyet ve asayiş kurallarının doğrudan uygulanan kurallardan daha geniş, ancak, kamu düzeni ifadesinden daha dar olarak uygulanacak şekilde anlaşılması

---

[872] *Republik Griechenland v Grigorios Nikiforidis,* C-135/15; ECLI:EU:C:2016:774, p. 54. Euro Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=ecli%3AECLI%3AEU%3AC%3A2016%3A774>, Erişim Tarihi: 19.12.2018.

[873] *Roma I Tüzüğü m. 9/3'e* göre, sözleşmeden doğan borçların ifa edildiği ya da ifa edilmesi gerektiği ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına, bu kuralların sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kılmaları hâlinde etki tanınacağından söz edilmektedir.

[874] *Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils Sarl v. Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage Sarl C-369/96, C-376/96 [1999] ECR-I 08453*. *Arblade* kararında ABAD, uyuşmazlıkta Belçika ülkesi sınırlarında mehydana gelen olayda var olan uygulamanın doğrudan uygulanan kural olup olmadığı hususunda, Birlik üyesi ülkenin sınırları içinde herkesçe ve her hukuki ilişkide, ülkenin sosyal, ekonomik ve bağdaştırıcılık içeren kuralların emredicilik testinde doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Euro Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:61996CC0369>, Erişim Tarihi: 19.12.2018.

gereklidir[875]. Örneğin mutad meskenleri İngiltere olan iki kişinin Almanya'da trafik kurallarını açık ve aleni bir şekilde ihlal etmesi durumunda, Tüzük kapsamında en sıkı irtibatlı hukuk olarak İngiliz hukukunun uygulanacağı düşünülse de Alman hukukunun trafik kuralları ihlal edileceğinden hareketle Alman hukukunun temel normları emniyet ve asayiş kuralı olarak uygulanabilecektir. Bu noktada m. 17'nin uygulanmasında hâkimin takdir yetkisinin bulunması kamu düzenine nazaran daha serbest bir yoruma tâbi olacağı düşüncesini oluşturmaktadır. Tarafların trafik kazası sonrasında İngiltere hukukunu olaya tatbik etmek istemeleri halinde ise Alman hukukunun emniyet ve asayiş kurallara olaya uygulanacak ve taraflarca sübjektif olarak seçilen İngiliz hukuku hükümleri kısıtlanarak uygulanacaktır.

Emniyet ve asayiş kurallarının uygulanması hem objektif hem de sübjektif bağlama kurallarının uygulanması esnasında gündeme gelebilecektir. Buna göre her devletin sosyal, ekonomik ve siyasî politikaları kapsamında muhafaza etme gayretinde olduğu çıkarları vardır. Bu menfaatler yasama faaliyetleri ile her zaman üstün menfaat olarak düzenlenmektedir. Bu durum sözleşmeler hukukunda olduğu gibi haksız fiilden kaynaklanan temel borç ilişkilerinde de uygulama alanı bulacaktır. Eğer taraflar uygulanacak olan hukuku kendileri seçmiş ise yasama menfaatleri içinde korunan devletin emniyet ve asayiş kuralları burada da uygulanacaktır.

Roma II Tüzüğü m. 26'da Tüzük bağlamında kamu düzeni kriteri ve bağlama esaslarını belirlemiştir. İlgili hüküm uyarınca Tüzük sübjektif bağlama kuralları esası çerçevesinde tespit edilen hukukun ve Tüzüğün 14. Maddesinin verdiği hukuk seçimi yetkisine dayanarak tarafların belirledikleri hukukun, *for* devleti hukukunun kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ediyorsa, bu hukukun uygulanmasından taraflarca sübjektif olarak belirlenen hukukun uygulanmasından vazgeçilir. Bir diğer ifade ile, hâkim Tüzük uyarınca uygulanması zorunlu olan hukukun uygulanmasından vazgeçerek, bunun yerine kamu düzeni kriteri uyarınca belirlenen hukuku uygular. Doktrinde bir görüş, Tüzüğün esasında hukuk seçimine azami önem verdiğini, ancak, bu durumun sadece kamu düzeninden kaynaklanan nedenler ile bertaraf edileceğini bildirmektedir[876]. İrade muhtariyetine verilen önemin bertaraf edilmesine sebep olacak kamu düzeni kriteri uyarınca, yabancı hukukun uygulanması ile *for* devletinin kamu düzenine açık olarak ihlal

[875] Benzer yönde görüş için bkz. Tarman, 2009, a.g.k., 201.
[876] Plender/Wilderspin, 2008, a.g.k, s. 752; Zhang, 2009, a.g.k. s. 895; Kavşat, 2016, a.g.k. s. 93-94.

edilmiş olmalıdır[877]. Bu noktada Tüzük, kamu düzenine ilişkin her durumda değil; açık ve esaslı ihlal durumunda uygulanacak hukuktan vazgeçileceğini bildirmektedir[878].

Tüzük kapsamında m. 26 uyarınca kamu düzeni kriterinin re'sen mi yoksa taraflarca mı dikkate alınacağı hususu önem arz etmektedir. Kamu düzenine aykırılık mahkemenin re'sen dikkate alacağı bir konudur. Kamu düzeninin zamana ve ülkeye göre değişkenlik arz etmesi, hâkimin kamu düzenini belirlerken Birlik Hukukuna göre mi, yoksa *for* devleti hukukuna göre mi tayin edileceği tartışmasına yol açmışsa[879] da hangi hallerin kamu düzeninden sayılacağı Birlik hukukuna göre değil, her bir ülkenin iç hukuk kuralları uyarınca belirleneceği düzenlenmiştir[880]. Tüzük çalışmalarına ilişkin oluşturulan Komisyon tasarısında yer alan "*Birlik kamu düzeni*" ifadesi Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilmemiştir[881]. Böylece Tüzüğün nihai metninde "*Birlik kamu düzeni*" ifadesi değil; *for* devleti kamu düzenine göre hareket edileceği kararlaştırılmıştır. Durum bu olmakla birlikte hâkimin Birlik kamu düzeninden etkilenerek hareket etmesinde bir engel de bulunmamaktadır[882] [883].

6. ROMA II TÜZÜĞÜ KAPSAMINDA HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN HUKUKÎ İLİŞKİLER VE OBJEKTİF GENEL BAĞLAMA KURALI

Tüzük kapsamında akit dışı hukukî ilişkilerine uygulanacak olan hukukun tespit edilmesinde objektif bağlama kuralları m. 4 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. İlk olarak belirtilmesi gereklidir ki, *Tüzük* sübjektif bağlama kurallarını da kabul ettiği için öncelikle hâkim bir hukuk seçiminin yapılıp yapılmadığını tespit edecektir. Taraflar arasında bir hukuk seçimi yapılmamış ise hâkim bu sefer *Tüzük* uygulama alanına giren bir olayda *Tüzük* objektif bağlama kurallarını inceleyecektir.

Objektif bağlama kurallarının uygulancağı bir diğer hal de hukuk seçiminin taraflarca yapılması ve geçersiz olması durumudur. Akit dışı hukukî ilişkileri bakımından genellikle sonradan yapılan hukuk seçiminin geçersiz olmasının mümkün olup olmadığı her olayın özellikleri bakımından değerlendirilecektir. Ancak böyle bir durumun var

[877] Plender/Wilderspin, 2008, a.g.k, s. 754; Zhang, 2009, a.g.k. s. 894.
[878] Plender/Wilderspin, 2008, a.g.k, s. 754; Zhang, 2009, a.g.k. s. 895.
[879] Hay, 2007, a.g.k., s. 167.
[880] Plender/Wilderspin, 2008, a.g.k, s. 754; Zhang, 2009, a.g.k. s. 895.
[881] Plender/Wilderspin, 2008, a.g.k, s. 752; Zhang, 2009, a.g.k. s. 895; Kavşat, 2016, a.g.k. s. 93-94.
[882] Plender/Wilderspin, 2008, a.g.k, s. 752; Zhang, 2009, a.g.k. s. 895; Kavşat, 2016, a.g.k. s. 93-94.
[883] Cezalandırıcı tazminat hakkında, bu hususun kamu düzenine aykırı olup olmayacağı hakkında bkz. Kavşat, 2016, a.g.k. s. 95.

olması halinde tarafların sübjektif iradesine dayalı olarak uygulanacak olan bir hukuk olmadığı için hukuk seçimi geçersizdir. Böyle bir durumda "*objektif kriterler*" göz önünde bulundurularak taraflar arasındaki akit dışı hukukî ilişkisinden kaynaklanan duruma uygulanacak hukuk saptanır[884].

Söz konusu objektif bağlama kuralları Tüzük kapsamına giren tüm haksız fiil türleri bakımından uygulanacak olan genel bir kuraldır. Bir diğer ifade ile Tüzüğün 5, 6, 7, 8, 9. maddelerinde belirtilen özel akit dışı hukukî ilişkileri dışında (*istisnai*), bunların uygulama alanına girmeyen veya söz konusu özel akit dışı hukukî ilişkileri kapsamında yer almakla birlikte Tüzükte belirtilen şartlar dışında kalan tüm akit dışı hukukî ilişkilerine genel kuralın uygulanması kabul edilmektedir.

6.1. Genel Olarak Tüzük m. 4 Düzenleme Sistematiği

Roma II Tüzüğü haksız fiillere ilişkin genel kuralı belirttiği 4. maddesinde üçlü bir mekanizma belirlemiştir. Tüzük ilk olarak zararın meydana geldiği yer hukukunu esas almıştır. Bu durum ika yeri kuralının terk edildiğini gösteren bir düzenlemedir. Böylece Tüzük geleneksel haksız fiil kurallarından vazgeçerek, yeni bir soluk getirmiştir[885]. Tüzük ikinci olarak akit dışı hukukî ilişkiyi meydana getiren fail ile zarar gören kişinin ortak bir yerde ikamet etmeleri durumunda, zararın meydana geldiği yerin bir önemi olmaksızın tarafların müşterek mutad meskenlerinin hukukunun uygulanmasını kabul etmiştir[886]. Nihayet Tüzüğün 4. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca halin icabı ile olayın tüm şartlarının birlikte değerlendirilmesi durumunda tarafların dâhil olduğu akit dışı hukukî ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı irtibatlı olduğu açıkça anlaşılır ise akit dışı hukukî ilişkisine 4. maddenin 1. ve 2. fıkralarında öngörülen hukuk değil; daha sıkı ilişkili olan ülkenin hukuku uygulanır. Bu noktada Tüzüğün 1. ve 2. fıkralarda belirtilen bağlama

---

[884] Doktrinde, özellikle sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkileri bakımından objektif olarak uygulanacak hukukun tespit edilmesi açısından üç farklı yöntem belirtilmiştir. Her ne kadar konumuz akit dışı hukukî ilişkileri olsa da objektif bağlama kurallarının devreye girdiği her durumda söz kurallar geçerli olacaktır. *Sentetik yöntem* olarak ifade edilen durum, tüm akit dışı hukukî ilişkileri için tek ve genel bir objektif bağlama kuralı belirlenmesi şeklinde tanımlanmaktadır. *Analitik yöntem ise* akit dışı hukukî ilişkisinde ortak ve genel olan kaidelerin belirlenmesi sonrasında uygulanacak hukukun her durumda ayrı bir akit dışı hukukî ilişkisi bakımından belirlenmesi gerekmektedir. Nihayet *ferdiyetçi yöntem* olarak ifade edilen durum hâkimin somut olayın özelliklerini esas alarak, olayın tüm şartlarının değerlendirilerek uygulanacak olan hukuku objektif olarak tayin etmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. N. Kocayusufpaşaoğlu (1957), Devletler Hususî Hukukunda Tarafların Sükutu Halinde Akidlere Tatbik Edilecek Hukuk, *İÜHFM, C. 2I, S. 1-4*, s. 370; Tiryakioğlu, a.g.k., 1996, s. 32-33.

[885] Aynı yönde bkz. Tarman, 2009, a.g.k., 198.

[886] Tüzük 23. maddesinde ise ticari şirketlerin de içinde bulunduğu tüzel kişiler açısından, tüzel kişilerin idare merkezlerinin bulunduğu yerin mutad mesken yer olduğu kabul edilmektedir.

noktalarını en sıkı irtibatlı olarak öngördüğü, nihayet daha sıkı irtibatlı bir hukukun olması durumunda üçüncü fıkrada belirtilen istisna ve kaçış kuralı niteliğine haiz kuralın uygulanmasının öngörüldüğü belirtilmektedir.

Roma II Tüzüğü 4. maddesi 1. ve 2. fıkraları uyarınca tespit edilen hukukun uygulanmasına 3. fıkrada değinilen durumdan ayrıca bir istisna daha kabul edilmiştir. Söz konusu durum 3. fıkrada kabul edilen istinai bağlama kuralı değil; akit dışı hukukî ilişkisinin meydana geldiği yerin asayiş ve güvenlik kurallarının dikkate alınacağıdır. Böylece doğrudan uygulanan kural niteliğini haiz olan kurallar ile emniyet ve asayiş kuralları, akit dışı hukukî ilişkisinin meydana geldiği an itibariyle öngörülebilir olmalı; nihayet zarar yeri ile tarafların müşterek mutad meskenleri ile bağlantılı olmamalıdır. Söz konusu hüküm Tüzük m. 17'de düzenlenmiştir. Öte yandan bu madde ile dikkat edilmesi gereken bir diğer durum da akit dışı hukukî ilişkisinin meydana geldiği yerin emniyet, asayiş kuralları doğrudan uygulanan kurallarının tespit edilmesi durumunda, bu kuralların uygulanacağı değil, dikkate alınacağıdır. Bir diğer ifade ile uygulanacak hukuk tarafların seçtikleri hukuk, zarar yeri hukuku, tarafların müşterek mutad mesken hukuku ya da daha sıkı irtibatlı bir hukuk olabilir. Bu hukukların uygulanması sırasında akit dışı hukukî ilişkisinin meydana geldiği yerin emniyet ve asayiş kuralları ile doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınacaktır[887]. Böylece akit dışı hukukî ilişkisinin meydana geldiği emniyet ve asayiş kuralı ile emniyet ve asayiş kuralları arasında eşitlik, uyum ve denge sağlanmaya çalışılacaktır[888].

6.2. Genel Bağlama Kuralı: Zararın Meydana Geldiği Yer Hukuku

Zarar yeri kavramı, haksız fiillerden kaynaklanan hukukî ilişkilerde her zaman tartışma konusu olmuştur. Zira zarar yerinin tespit edilmesindeki zorluk yanında ekonomik ve hukukî zarar kavramlarının farklı bağlama noktalarını işaret etmesi ve nihayet doğrudan zarar ve dolaylı zararın söz konusu olması durumunda zarar yerinin neresi olacağı önem arz edecektir. Bu durum özellikle tüm bağlantıları haksız fiil sonucunda meydana gelen zarar yerinin uygulanacak olan hukukta esas alınacağını kabul

[887] Tarman, 2009, a.g.k., 199; Özdemir-Kocasakal, Hatice (2001), *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 1 vd.

[888] Örneğin Kredi Derecelendirme Kuruluşları Hakkında Avrupa Birliği düzenlemeleri bu noktada hem Birlik hem de yerel emniyet ve asayiş kurallarını düzenleyen kurallar olması açısından, böyle bir durumdan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde dikkate alınacaktır. Euro Lex, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32009R1060>, Erişim Tarihi: 27.10.2017.

eden sistem bakımından önem ifade edecektir. Zarar yerinin tespit edilememesi veya birden fazla yer tespit edilmesi durumunda asıl zarar yerinin belirlenmesi uygulanacak olan hukuku tayin edecektir. Bu nedenle zarar yerinin tespit edilmesi kritik bir öneme sahiptir.

Zarar yerinin neresi olduğu konusunda farklı tartışmalar vardır. Söz konusu tartışmalar teorik açıdan değil, uygulanacak olan maddi hukukun tayin edilmesi bakımından pratik öneme sahiptir. Zarar yeri hukuka aykırı bir fiilin doğrudan bir sonucu olarak malvarlığında bir eksilmenin doğrudan meydana geldiği yer midir? Yoksa hukuken korunması gereken asıl menfaatin ihlal edildiği yer midir[889]?

Doktrindeki yazarların çoğunluğu zarar yeri ifadesi ile *hukuken korunması gereken bir menfaatin ihlal edildiği yer* olarak belirtmektedir. Bir diğer ifade ile zararın malvarlığı üzerinde ekonomik sonuçlarında eksilme meydana gelmesi önem arz etmemektedir. Hukuken korunması gereken menfaatlerin zedelendiği yerin zarar yeri olarak kabul edilmesi salt ekonomik zararlar dışında meydana gelen manevi zararları da kapsayıcı olması bakımından önemlidir[890]. Öte yandan zararın meydana geldiği yer ile kast olunanın *hukuka aykırı bir fiilin* sonuçlarının ortaya çıktığı yer olması bakımından önemlidir. Bu nedenle hukuken korunması gerekli olan menfaatin etkilendiği ve sonuçlarının ortaya çıktığı yeri *zarar yeri* olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır[891]. Hukuken korunan menfaatin zarar gördüğü yeri tespit etmek daha kolaydır. Ancak bir takım komplike akit dışı hukukî ilişkileri bakımından hukuken korunan menfaatin tespiti zorluğu ve geniş bir alana yayılması bakımından hukuken korunan menfaat sonucu zarar da geniş bir alanda görünecektir. O halde böyle durumlarda zarar yerinin tespit edilmesi ve uygulanacak hukukun belirlenmesi zorluk arz edecektir. Kişilik haklarının ihlali, fikri hakların ihlal edilmesi, haksız rekabet ve rekabetin ihlalinden kaynaklanan zararlar bu duruma örnektir.

Roma II Tüzüğü, yürürlük tarihine kadar geçen Komisyon ve taslak metin safhasında akit dışı hukukî ilişkilerinde uygulanacak hukuka ilişkin farklı bağlama kuralları tartışılarak oluşturulmuştur. 1972 yılındaki Taslak metnin 10. madddesinde eşyaya veya kişiye verilen zararlarda olaydan doğmuş olan akit dışı hukukî ilişkilerinde

[889] Turhan, 1989, a.g.k., s. 170.
[890] Turhan, 1989, a.g.k., s. 171; Tekinalp/ Uyanık, 2009, a.g.k., 458 vd.
[891] Aynı yönde görüş için bkz. Göğer, 1967, a.g.k., s. 500; Turhan, 1989, a.g.k., s. 171; Tekinalp/ Uyanık, 2009, a.g.k., 458 vd.

zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanacağı temel kural olarak kabul edilmiştir[892]. Öte yandan istisnai kural olarak da en sıkı irtibatlı hukukun kabul edilmesi Taslak metinde öngörülmüştür[893]. 1972 tarihli Tasarı sonrasında güncellenen metin 1998 yılında Komisyon tarafından tekrar ele alınmıştır. Bu metinde ciddi değişiklikler kabul edilmiş ve Tüzük genel bağlama kuralı olarak temelde hâkimin değerlendirmesi koşuluyla en sıkı irtibatlı hukukun uygulanması kabul edilmiştir[894]. 1998 tarihli Taslak metnin dünyadaki gelişmeler ile bağlantılı şekilde evrildiği, bu çerçevede yeniden yapılandırıldığı görülmektedir[895]. 1998 tarihli tasarı metninde akit dışı hukukî ilişkilerde uygulanaak hukuka dair bağlama kuralı en sıkı irtibatlı hukuk kuralının doğrudan kabul edileceği düzenlenmiştir. En sıkı irtibatlı hukuk fail ile mağdur ve zararın meydana geldiği yere göre karine şeklinde belirlenecektir. Zarar gören ile zarar veren aynı ülkede mutaden ikamet ediyor ise bu durumda tarafların mutad meskenleri hukuku uygulanacaktır. Fail ile mağdur ayrı ülkelerde ikamet ediyor ise bu durumda zarar yeri ile fiilin meydana geldiği yer en sıkı irtibatlı olarak kabul edilecektir. Tasarı nihayet, daha sıkı irtibatlı bir hukukun var olması durumunda bu hukukun uygulanmasını kabul etmektedir. Daha sıkı irtibatın tespit edilmesi ise tamamen tüm olayın özellikleri ve nitelikleri belirlenerek oluşturulacaktır[896]. Tasarı, zarar yeri kavramını belirtmemesi ve en sıkı irtibatlı hukuk ile daha sıkı irtibatlı hukuk yaklaşımlarının tespitinde yeterli düzeyde belirlilik tayin etmemesi nedeniyle eleştirilmiştir[897].

Roma II Tüzüğü zarar ve zarar yeri kavramları konusundaki yaklaşımını düzenlemenin en başında belirlemiştir[898]. Tüzüğün uygulanması bakımından zarar kavramı haksız fiiller, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme veya *culpa in contrahendo* sorumluluğundan kaynaklanan herhangi bir zarar sonucunun ortaya çıkması durumunda Tüzük kapsamında zarar meydana gelmiş sayılır (Tüzük m. 2). Bu açıdan

---

[892] İlgili dönemde ika yeri kuralının genel olarak kabul edilmesi, Taslak metinde de bu kuralın kabul edildiğini göstermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztekin-Gelgel, 2006, a.g.k., s. 88.

[893] Ayrıntılı bilgi için bkz. Siehr, Kurt, General Report on Non-Contractual Obligations, s. 241 vd. <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201212/20121220ATT58404/20121220ATT58404EN.pdf>, Erişim Tarihi: 25.10.2017.

[894] Siehr, Kurt (2000), Revolution and Evolution in Conflicts Law, *Louisiana Law Review- Comparative Law and Civil Law: A Tribute to Symeon C. Symeonides, Vol. 60, Num. 4*, s. 1356.

[895] 1998 tarihli taslak metinde en sıkı irtibatlı hukukun belirlenmesinde her ne kadar hâkimin etkinliği kabul ediliyor olsa da bu bakımdan hâkime tek başına bir yetki verildiği söylenemez.

[896] Siehr, Kurt, General Report on Non-Contractual Obligations, s. 241 vd.

[897] Eleştiriler için bkz. Öztekin-Gelgel, 2006, a.g.k., s. 93.

[898] Michaels, Ralf (2008), The New European Choice-of-Law Revolution, *Tulane Law Review (Tul. L. Rev)* 1607-1644.

Tüzüğün zarar kavramını olabildiğince geniş yorumladığı ve ortaya çıkabilecek akit dışı hukukî ilişkiden kaynaklanan hemen her durumu içine aldığını söylemek yanlış olmayacaktır[899]. Bu zararların içinde maddi zararlar olduğu gibi, manevi zararlar da dâhildir. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, Tüzük her türlü zarar kavramını değil; *doğrudan zararları* uygulama alanına almıştır. *Dolaylı zararlar* ise Tüzük uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Böylece doğrudan zararın sonucu olarak ortaya çıkan dolaylı zararlara uygulanacak olan hukuk Tüzük'te gösterilmemiştir. Zira dolaylı zararların kapsamının ve zararın meydana geldiği yer bakımından genişliğinin sınırlarının tayin edilmemesi bakımından söz konusu yaklaşım doğru bir yaklaşımdır[900].

Zarar yeri açısından ise Tüzük genel tanım ve anlayışı terk etmemiştir. Buna göre zarar yeri *hukuken korunması gereken bir menfaatin ihlal edildiği yerdir.* O halde Tüzük zarar tanımı doğrultusunda, bağlama kuralı olarak tercih ettiği zarar yeri kriterini doğrudan açıklamış görülmektedir. *Max Planck* Enstitüsünün, Tüzüğün tartışıldığı dönem içinde sunmuş olduğu taslak rapor, Tüzük'te zarar yeri kriterinin esas alınmasında etkin olmuştur. Enstitü tasarı teklifinde ika yerinin artık günümüz devletler özel hukukunda uygulamasını yitirdiği, akit dışı hukukî ilişkileri ve özellikle de haksız fiiller bakımından zarar yerinin esas alınması gerektiği, zarar yerinin de hukuken korunan menfaatlerin ihlal edildiği yer olduğunu belirtmiştir[901]. Bu anlayışın kabul edilmesindeki etken de ika yeri kuralına dönük eleştiriler bağlamında, ika yerinin tesadüfe açık ve belirsiz bir yer olması, akit dışı hukukî ilişkilerinde asıl olanın mağdurun haklarının korunması ve zarar verenin cezalandırılması, zararın ortaya çıktığı yerin hukukunun

[899] Dickinson, 2016, a.g.k., s. 297; Zhang, Mo (2009), Party Autonomy in Non-Contractual Obligations: Rome II and Its Impacts on Choice of Law, *Seton Hall Law Review (Set. L. Rev.), Vol. 39,* s. 855- 962.
[900] Aynı yönde görüş için bkz. Dickinson, 2016, a.g.k., s. 297.
[901] *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law (2010), Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession. Max Planck Institute,* <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201005/20100526ATT75035/20100526ATT75035EN.pdf>, Erişim Tarihi: 26.10.2017.

uygulanması ise ika yeri kuralına nispeten hukukî kesinlik, güvenlik, belirlilik ve öngörülebilirlik açısından uygun olduğudur[902] [903].

Nitekim ABAD tarafından *Brüksel Konvansiyonu* m. 5/3'ün uygulanması ile ilgili olarak verilen kararda zarar kavramının "*asıl zarardan kaynaklanan ekonomik kazanç kayıplarından farklı ve aşan bir kavram"* olduğu tespitinde bulunmuştur. Buna göre *Marinari v. Lloyd*[904] davasında, davacı *Mr. Marinari, Lloyd Bankası* tarafından adına düzenlenen poliçenin tahsili amacıyla davalı *Lloyd Bankasına* başvurmuş; davalı banka *İngiliz* polisine başvururak davacının tutuklanmasını ve poliçeye el konulmasını, zira poliçenin sahte olduğunu belirtmiştir. Polisin, davacıyı tutuklaması sonrasında, davacı *İtalyan* mahkemelerinde, ortaya çıkan zararının telafi edilmesi ve itibarının zedelendiğini belirterek maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Mahkeme zarar ve zarar yeri kavramının davacının talepleri doğrultusunda geniş yorumlanmayacağını, zararın davacının ilk talebi doğrultusunda tek bir ülkede gerçekleştiğine, zararın birden fazla ülkede itibarını zedeleyecek ölçüde meydana gelmemesi nedeniyle dolaylı zararların dikkate alınamayacağını belirtmiştir[905] [906].

---

[902] Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law (2005), Comments on The European Commission's Green Paper on The Conversıon of The Rome Convention of 1980 on The Law Applicable to Contractual Obligations Into a Community Instrument and Its Modernization, Max Planck Institute,<http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_i/contributions/max_planck_institute_foreign_private_international_law_en.pdf>, Erişim Tarihi: 26.10.2017.

[903] Tüzük özellikle zarar yeri kavramı ile kayıp yeri kavramını birbirinden ayırmıştır. Zira kayıp yeri ifadesi ile dolaylı zararları da kapsayan, geniş bir ifade tarzının gündeme geldiği, zarar yeri kavramının ise, kabul edilen doğrudan zararlar içinde yer alması nedeniyle asıl olanın zarar yeri olduğu vurgulanmıştır. Söz konusu tartışma için bkz. Öztekin-Gelgel, 2006, a.g.k., s. 99. Kayıp yeri ile dolaylı zararların Tüzük metninin tartışıldığı dönem içinde nerede yer aldığı da tartışılmıştır. Zira Hamburg Grubu olarak ifade edilen ve Max Planck Enstitüsünün içindeki akademisyenlerden oluşan grup, özellikle kayıp yeri kavramı ile birlikte dolaylı zararların da dikkate alınması gerektiğini, böylece uygulanacak hukukun belirlenmesinin kolaylaşacağını savunmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hamburg Group for Private International Law (2002) Comments on The European Commissıin's Draft Proposal For A Council Regulation On The Law Applicable to Non-Contractual Obligations, Hamburg Report, <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1987&context=faculty_scholarship>, Eerişim Tarihi: 26.10.2017.

[904] *Arret Marinari c. Lloyds Bank, affaire C-364/93, 19.09.1995*. Curia Law, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d5a0b3d64573e6442c8ff0bcaa73ca4297.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaNaTe0?text=&docid=99280&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1578004>, Erişim Tarihi: 26.10.2017.

[905] Clarkson/ Hill, 2011, a.g.k., s. 354; Hill, Jonathan/ Chong, Adeline (2010*), International Commercial Disputes: Commercial Conflict of Laws in English Courts* (Fourth Edition), Portland: Hart Publishing, s. 165; Ferrari, Franco/ Leible, Stefan (2009), *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Germany: Sellier Publishing, s. 154; Magnus, Ulrich/ Mankowski. Peter (2016), European Commentaries on Private International Law, Ottoschmidt Puslishers, s.341.

[906] Zarar yerinin tespiti bakımından verilmiş eski bir kararda da benzer değerlendirme yapılmıştır. Buna göre *Almanya'da* yaşayan ve *İngiltere'de* yapılan bir gazete haberi ile onuru zedelenen *Kroch*, İngiltere'de haysiyerinin ihlal edildiğinden bahisle dava açmıştır. Mahkeme *Kroch'ın İngiltere'de* saygınlığının zedelenmesi için *İngiltere'de* yaşaması gerektiğini veya tanınması gerektiğini, *İngiltere'de* ticari

ABAD 1990 yılında vermiş olduğu *Dumez v. Hessische*[907] kararında davacının yerine getirmeye çalıştığı inşaat projesinin tamamlanması amacıyla davalı bankadan kredi çektiği, daha sonra bankanın krediyi haksız bir biçimde sona erdirdiği, projenin durdurulmasına yol açması nedeniyle maddi ve manevi zarara maruz kaldığı gerekçesiyle tazmin edilmesini talep etmiştir. Mahkeme kararında zararın davacının ikametgâhından başkaca bir yerde meydana geldiğini, bu durumun da zararı aşan bir yönü olduğu, zarar yerinin sadece davacının ikametgâhı olduğuna karar vermiştir[908] [909].

Son olarak Tüzük genel kuralda belirtilen zarar yerine konusunda söylenmesi gereken husus şudur: Tüzük uygulanacak hukukun tespit edilmesinde zararın meydana geldiği ülke hukukunu esas almanın yanında zararın meydana gelmesi ihtimali olan yer hukukunu da kabul etmiştir. Böylece zarar yeri kriterini daha güçlü vurgulayan Tüzük, zararın daha sonradan ortaya çıkması durumunda, zararın ortaya çıktığı yer vurgusunu yaparak dolaylı zararın meydana geldiği yerin uygulanacak olan hukukta baz alınması gerektiği konusundaki görüşleri devre dışı bırakmıştır[910].

6.3. Tarafların Ortak Mutad Meskenleri Hukuku

Uluslararası özel hukukta bağlama kuralları tayin edilirken milli hukuk, ikametgâh, ika yeri, zarar yeri, sözleşmenin ifa yeri vb. dikkate alınan kavramlar dışında, özellikle 1900'lü yılların başında yeni bir bağlama noktası daha tesis edilmiştir[911]. Bu bağlama noktası mutad mesken olup, kişinin belirli bir yerde meskeninin olması ve bu meskeninde belirli bir süre bulunması gerekmektedir[912]. Mutad mesken bağlama noktasının tercih edilmesinin temel sebebi ise diğer bağlama noktalarının meydana gelen milletlerarası

---

ilişkilerinin olabileceğini, ancak bunların hiçbirinin olmaması nedeniyle İngiltere'de şeref ve haysiyetinin zedelenmesi ile ilgili talepte bulunamayacağını belirtmiştir. [1937] 1 All ER 725. Swarb Case, <http://swarb.co.uk/kroch-v-rossell-ca-1937/>, Erişim Tarihi: 26.10.2017.

907 *Dumez France and Tracoba v Hessische Landesbank (Helaba) and Others,* Case C-220/88, 11.01.1990. Lex Euro, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:61988CJ0220>, Erişim Tarihi: 26.10.2017.

908 Stone, 2007, a.g.k., s. 111; Sarıöz, 2012, a.g.k., 108.

909 Doktrinde bir görüş özellikle kişilik haklarından kaynaklanan zararlarda, zararın medya ve internet araçları ile meydana gelmesi durumunda meyda ve internetin özellikle yayım yaptığı yerin zarar yeri olduğunu, kişinin ikametgâhının burada olmadığı müddetçe doğrudan zarar yeri olarak ikametgâhının olamayacağını belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, 2004, a.g.k., s. 98.

910 Ayrıntılı bilgi için bkz. Köseyener, Ayşe (2003), Akit Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma II Tüzüğü Tasarısında Ürünlerden Doğan Sorumluluk, *Ankara Barosu Dergisi, Y. 2004, S. 1,* s. 161.

911 Özkan, Işıl (2003), *Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İş yeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Ankara, s. 48.

912 Arslan, İlyas (2014), *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 6; Tekinalp, Gülören (1979), Kişisel Statü-Millî Hukuk-İkametgâh Hukuku-Eğilimler-Düşünceler, *Hıfzı Timur' un Anısına Armağan (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü)*, 889-912.

olay ile ilgili bağlantısının zayıf olması durumunda en sıkı ilişkisi hukukun tesis edilmesi çabası olduğu söylenebilir[913]. Öte yandan insan göçü alan devletlerin, sınırlarında yaşayan insanların uluslararası özel hukuktan kaynaklanan sorunlarına kendi hukuklarını tatbik etmek istemesi nedeniyle ikametgâh bağlama kuralını kullanırken; göç veren devletlerin kendilerinden ayrılan vatandaşları ile hukuksal bağını sürdürmek amacıyla milli hukuklarını uluslararası özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklarda bağlama kuralı olarak tatbik etmek istemesi bir üçüncü orta yolun bulunmasını gerektirmiştir[914]. Özellikle de İkinci Dünya Savaşı öncesinde milli hukukun bağlama noktası olarak kullanılmasını isteyen devletlerin ikametgâh bağlama noktasını kabul eden *Lahey Konvansiyonlarına* taraf olmaktan çekinmesi, Konvansiyon'da da mutad mesken bağlama noktasının kabul edilmesini etkili hale getirmiştir[915].

Uluslararası özel hukukta kabul edilen mutad mesken bağlama kuralı, *Akdi Borç İlişkilerinden Kaynaklanan Hukukî İlişkilere Dair Roma Konvansiyonu*[916] ile *Roma I Tüzüğü*[917] içinde dâhil olduktan sonra, *Roma II Tüzüğü* bakımından da esaslı olarak uygulaması kabul edilmiştir. *Roma II Tüzük* m. 4/2, genel bağlama kuralı yanında failin ve zarar görenin ortak bir yerde bulunmaları durumunda zarar nerede meydana gelmiş

---

[913] Cavers, F. David (1972), "Habitual Residence": A Useful Consept?, *The American University Law Review, Vol. 21,* s. 475; Huysal, Burak (2003), Kanunlar İhtilâfı Alanında İkametgâh ve Doğurduğu Sorunlar, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fak. Dergesi 2003/2,* s. 173-207; Huysal, Burak (2005), *Devletler Özel Hukukunda Velâyet*, İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 7.

[914] Arslan, 2014, a.g.k., s. 8; Göğer, Erdoğan (1969), Devletler Hususî Hukuku Yönünden İkametgâh, *AÜHFD, C. 26, S. 3-4,* s. 242.

[915] Arslan, 2014, a.g.k., s. 8 vd.

[916] *Konvansiyon* düzenlemesi uyarınca gerçek kişiler bakımından, karakteristik edimi ifa edecek olan tarafın sözleşmenin kurulduğu andaki mutad meskeni, tüzel kişiliği olsun ya da olmasın kuruluşlar bakımından ise sözleşmenin kurulduğu andaki idare merkezinin mutad mesken olarak tanımlanacağı esas alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Canyaş-Bayata, Aslı (2012), *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural*, Ankara: Adalet Yayıncılık, s. 120 vd.; Demirkol, Berk (2014), *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 125 vd.

[917] *Roma I Tüzüğünün* 4. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının her ikisi de mutad meskeni bağlama noktasını kural olarak kabul eden düzenlemelere yer vermiştir. Ancak Tüzük, Konvansiyona nazaran daha belirginleşmiş bir düzenleme olması dolayısıyla Konvansiyonda yer almayan mutad mesken tanımını m. 19'da yapmıştır. Bu şekilde Konvansiyon'da herhangi bir açıklama yapılmamış bulunan mutad mesken vb. kavramlarının tanımlarının yapılması suretiyle belirlilik sağlanmıştır. Tüzük de mutad meskenin hangi anda dikkate alacağını da düzenlemiştir. Buna göre Tüzük m. 19/3 uyarınca mutad mesken kararlaştırılırken, sözleşmenin kurulduğu an esas alınacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bayata-Canyaş, s. 121 vd.; Canyaş-Bayata, Aslı (2011), Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1,* 110–121.

olursa olsun tarafların ortak mutad mesken yeri hukuku uygulanacağını düzenlemiştir[918]. Tüzük kapsamında tarafların ortak mutad mesken hukuklarının olaya uygulanmasının kabul edilmesi, genel bir bağlama kuralı olarak görülmeye başlayan mutad mesken bağlama kuralının, diğer AB hukuku düzenlemeleri gibi istisna kuralı olarak yer almasını sağlamıştır.

Roma II Tüzüğüne göre meydana gelen akit dışı hukukî ilişkisinin sonrasında tarafların ortak mutad mesken yeri hukuku ile zararın meydana geldiği yer hukukuna nazaran daha sıkı bir irtibat halindedir. Tüzük genel bağlama noktası olarak en sıkı ilişkili hukuku gösteren zarar yeri hukukundan, istisna kuralı olarak daha sıkı ilişkili ülke hukukunun uygulanmasını sağlamaktadır. Taraflar arasında ortak bir mutad mesken hukukunun varlığı mevcutken, zarar yeri hukukunun uygulanması tesadüfî bir durum yaratabilecektir.[919].

6.3.1. Tüzük Kapsamında Mutad Meskenin Tanımı: M. 23

Roma II Tüzüğü tıpkı, *Roma I Tüzüğünde* olduğu gibi mutad mesken yeri tanımı yaparak belirlilik sağlamıştır. Mutad mesken yerinin neresi olduğu Tüzüğün 23. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre şirket, dernek ve tüzel kişiler için kural olarak idare merkezi mutad mesken olarak olarak anlaşılacaktır. Ancak akit dışı hukukî sorumluluğunu meydana getiren fiil şirket, dernek veya tüzel kişinin şubelerinin veya diğer kuruluşlarının faaliyeti neticesinde işlenmişse, mutad mesken şubenin veya diğer kuruluşun olduğu yer olacaktır. Gerçek kişiler ile ilgili olarak ise m. 23/2-2'de gerçek kişinin iş aktivitelerinden kaynaklanan akit dışı hukukî ilişkilerinde mutad meskenin belirlenmesini düzenlemektedir. Tüzük kapsamında tanımlanan ortak mutad mesken kavramı sadece genel kuralı düzenleyen m. 4'te değil; diğer akit dışı hukukî ilişkilerini düzenleyen kurallar bakımından da kabul edilmiştir.

Roma II Tüzük m. 4/2, genel bağlama kuralı yanında failin ve zarar görenin ortak bir yerde bulunmaları durumunda zarar nerede meydana gelmiş olursa olsun tarafların ortak mutad mesken yeri hukukunun olaya uygulanacağından bahsetmiştir. Bu noktada

[918] Doktrinde Tarman, söz konusu hüküm ile Tüzüğün ABD hukukundan etkilenerek, takip ettiğini belirtmiştir. ABD New York Mahkemesi tarafından verilen *Babcock v. Jackson* kararına göre [*12 N.Y.2d 473, 191 N.E. 2d 279 (N.Y. 1963)*] trafik kazasının vuku bulduğu yer olan Kanada ülkesinin hukukunun değil; olaya ağırlığını koyan bağlantı noktaları doğrultusunda ortak mutad mesken yeri hukukunun uygulanmasını kabul etmiştir. Bu karar ile fiilin ika yeri ya da zararın meydana geldiği yer kuralları terk edilerek fiil ile en yakın ilişki içinde olan hukuk kuralı uygulanmıştır. Tarman, 2009, a.g.k., s. 200.
[919] Tarman, 2009, a.g.k., 201.

"*failin ve zarar görenin ortak bir yerde bulunmaları durumu*" ifadesi açıklanmaya muhtaçtır. Sorumluluğa neden olan fiili gerçekleştiren fail ile zarar görenin ortak bir mutad mesken hukuklarının zarar yerine nazaran en sıkı irtibatlı hukuk olduğu kabul edilmiştir. Bu noktada doktrinde, esas olan ve dikkat çekilmesi gereken kısmın, tarafların ortak mutad meskenleri yoluyla en iyi bildikleri hukukun uygulanmasının istendiğidir[920]. Tarafların en iyi bildiği hukukun ortak mutad mesken hukuku olduğu varsayımdan hareketle, mademki taraflarca en iyi bilinen hukukun uygulanması istenmektedir, tarafların mutad meskenlerinin farklı bir ülke olması, ancak; zararın meydana geldiği ülke hukuku ile tarafların mutad meskenleri hukuklarının maddi hukuk hükümlerinin farklı ama birbirlerine benzer sonuçlar doğurması durumunda da Tüzük m. 4/2'den hareketle tarafların mutad meskenleri hukuklarının uygulanması kabul edilebileceği söylenmiştir[921]. Zira tarafların mutad meskenleri farklı ülkelerde olsa da hukukî sonuçlarının aynı veya benzer olacağından hareketle, hangi hukukun uygulanacağının çok da farketmeyeceği, asıl olanın tarafların en iyi bildiği hukukun tatbik edilmesi olduğu düşünülmüştür[922]. *Kanaatimizce* bu görüşün doğrudan kabul edilmesi hem Tüzüğün çok geniş biçimde yorumlanmasına yol açmaktadır, hem de Tüzük'te belirtilen kuralların dışına çıkıldığı için kabul edilemeyecek bir durumdur. Tüzük kapsamında bağlama kuralları ve bağlama noktaları çok kesin ve açık bir biçimde belirtilmiş olup, hâkimin hukukî ilişkiye uygulanacak olan hukukun sonuçlarının gözetilerek değerlendirilme yapması metodolojik açıdan uygun değildir. Öte yandan bu durum maddi anlamda milletlerarası özel hukuk kuralının yarattığı etkiyi yaratacak olup, Tüzük 4. maddesi gereği böyle bir hâlin söz konusu olmamasından dolayı kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterici niteliğini sona erdirecektir[923] [924].

[920] Von Bar, Cristian (2000), The Common European Law of Torts (Vol.1), Oxford Press, parg. 333.
[921] Stone, 2007, a.g.k., s. 109. Ayrıca tartışma için bkz. Sarıöz, 2012, a.g.k., s. 100 vd.
[922] Stone, 2007, a.g.k., s. 110.
[923] Benzer görüş için bkz. Kavşat, 2016, a.g.k., s. 70-dn. 281.
[924] Tüzük özel haksız fiil türleri bakımından, genel kural bakımından kısmen ayrılmıştır. Tüzük ürün sorumluluğu ve endüstriyel faaliyetlerden doğan akit dışı hukukî ilişkilerinde müşterek mutad mesken bağlama noktasını açıkça düzenlemiştir. Zira müşterek mutad mesken bağlama noktası belirtilen akit dışı hukukî ilişkileri türleri açısından uygulanması mümkün kurallardır. Ancak haksız rekabet ve rekabetin engellenmesinden kaynaklanan akit dışı hukukî ilişkileri bakımından Tüzük, ilgili türlerin de uygun olmamasından kaynaklı sebepler ile mutad mesken bağlama noktası tercih edilmemiştir.

6.3.2. Ortak Mutat Mesken Kuralı Bir İstisna Kuralı mıdır?

Ortak mutad kuralının Tüzük kapsamında düzenlemesi ile bağlama kuralı olarak niteliğinin tayin edilmesi önemlidir. Zira ortak mutad mesken kuralının istisna kuralı olması durumunda hâkim tarafından genel kurala istisna teşkil eden hallerde uygulanabilecekken; genel kural olarak kabul edilmesi durumunda ise yalın kural olarak, zarar yeri hukukunun sonrasında ikinci derece basamaklı kural şeklinde dikkate alınacak, uygulama alanı bulacaktır.

Doktrinde yazarların pek çoğu ortak mutad mesken kuralını bir istisna kuralı olarak nitelendirmişlerdir[925]. Bu durumu kabul eden yazarlara göre hâkim genel kural olarak zarar yeri kuralının uygulanmasına nazaran, tarafların ortak bir mutad meskenlerinin varlığını tespit etmesi durumunda, ortak mutad mesken hukukunun zarar yeri hukukuna göre olay ve taraflar ile daha sıkı ilişkili olduğundan hareketle istisnai bağlama kuralı olarak uygulanması gerektiğini söylemişlerdir[926].

Biz bu görüşe katılmamaktayız. Daha önce belirttiğimiz gibi istisnai bağlama kuralı, genel kurala istinaden taraflar ile daha sıkı ilişkili bir hukukun var olması ve tespit edilmesi durumunda uygulanacak olan kuraldır. Hâkim, akit dışı hukukî ilişkisinden kaynaklanan bir hukukî olay meydana geldiğinde metodolojik olarak öncelikle zarar yeri hukuku bağlantılarını değerlendirecektir. Zarar yeri bağlama noktası bir genel kural olarak sistematize edilmiştir. Eğer tarafların ortak bir mutad meskeni var ise bu durumda ortak mutad mesken hukuku uygulanacaktır. Ortak mutad mesken hukukunun uygulanması genel kurala istisna teşkil eden kural değil; ikinci basamak genel kuraldır. Zira Tüzük m. 4 hâkimin genel kuralı tespiti sonrasında, tarafların ortak mutad meskenlerinin var olduğu tespitini yapmasını, ikinci basamakta yer alan kuralın varlığı halinde daha önce tespit edilen sonucun bir kenara bırakılmasını istemektedir. Bu nedenle doğrudan zarar yeri kuralının istisnasını teşkil eden bir durumun varlığından bahsetmek güçtür. Öte yandan, Tüzük m. 4'te asıl istisna kuralı teşkil eden konu ise üçüncü fıkrada gösterilen en sıkı irtibatlı hukukun tespit edilmesi halidir.

---

[925] Tarman, 2009, a.g.k., 201; Öztekin-Gelgel, 2006, a.g.k., s. 100. Yine doktrinde Nomer tarafların ortak mutad mesken yerinin tek başına haksız fiil ika yeri kaidesini ötelemesinin kabul edilmesinin kolay olmadığı, ancak buna rağmen belirli şartlar altında tarafların ortak kişisel statülerini uygulanmasının gerekebileceğini belirtmiştir. Öte yandan Tekinalp ise milletlerarası uygulamada, doktrinde ve sözleşmelerde mutad mesken kriterinin genellikle birinci derecede bağlama kriteri olarak kabul edildiğini belirtmiştir. Tekinalp/Uyanık, 2009, a.g.k., s. 362; Nomer, 2015, a.g.k., s. 315-316.

[926] Tarman, 2009, a.g.k., 201; Öztekin-Gelgel, 2006, a.g.k., s. 104.

Sonuç olarak, ortak mutad mesken kuralı, hâkim tarafından tespit edildiğinde öncelikli olarak uygulanacaktır. Ancak bu uygulama geçmişten günümüze var olan tecrübeler doğrultusunda tespit edilmiş en sıkı bağlantı noktalarından biridir. Tüzük bağlamında bu durum genel kurala alternatif teşkil etmeyen, ancak genel kural ile birlikte uygulaması düşünülen ikinci basamak kuraldır. Tüzük istisna hükmü ise m. 4/3'te gösterilen daha sıkı ülke hukukudur[927].

7. BİR İSTİSNA HÜKMÜ OLARAK DAHA SIKI İLİŞKİLİ ÜLKE HUKUKU

7.1. Genel Olarak

Bir önceki başlıkta değerlendirdiğimiz üzere Tüzük kapsamında istisna kuralı olarak var olan hüküm m. 4/3 cümlesidir. Buna göre taraflar arasında daha önceden var olan bir hukuki ilişkiye istinaden uygulanması gereken bir hukuk var ise hâkim genel kuralı değil, istisna hükmünü uygulayacaktır. Bu durum, hâkime verilen bir yetkinin tecellisidir. Doktrinde belirtilen görüşlerde özellikle Tüzük'te ikinci istisna kuralı olarak düzenlendiği belirtilse de biz bu görüşe katılmadığımızı; ortak mutad meskene başvuru kuralının istisna kuralı olmadığını, istisna hükmünün hâkimin takdirinde olan bir kural olması nedeniyle sadece daha sıkı ilişkili bir hukukun tespit edilmesi halinde uygulanacağını belirtmiştik.

Tüzük m. 4/3 daha sıkı ilişkili hukukun tarafların aralarında sözleşme veya farklı şekillerde daha önceden bulunan bir hukuki ilişkiye bağlanabileceğini düzenlemiştir[928]. Öte yandan aile hukukundan kaynaklanan hukuki ilişkiler de daha sıkı irtibatlı hukuk olarak değerlendirilebilir[929]. Doktrinde belirtilen ve bizim de katıldığımız farklı bir görüşte, madde hükmünde doğrudan tarafların aralarında daha önceden var olan hukuki ilişkinin belirtilmediği, bu nedenle de hukuki ilişkinin akit dışı borç ilişkisinden veya başkaca bir hukuki ilişkinden kaynaklanabileceği belirtilmiştir[930]. Ancak özellikle trafik kazası gibi meydana geldiği yerin emniyet ve asayiş kurallarını ihlâl eden hukuki ilişkilerde daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması, tıbkı sübjektif bağlama kurallarında olduğu üzere ihlal edilebilecektir.

[927] Benzer görüş için bkz. Fentiman, 2009, a.g.k., s. 89 vd.
[928] Von Hein, 2009, a.g.k., s. 89; Fentiman, 2009, s.89 vd.
[929] Von Hein, 2009, a.g.k., s. 89.
[930] Von Hein, 2009, a.g.k., s. 90.

7.2. Daha Sıkı İlişkili Ülke Hukuk Kuralı Olarak m. 4/3 Düzenlenmesi

Tüzük m. 4/3'e göre taraflar arasında var olan hukuki ilişki sonucunda bir başka hukuk daha yakın ilişki içindeyse bu hukuk uygulanacaktır. Bu durum bir "*kaçış kuralı*" niteliğindedir. Zira hâkime açıkça bir yetki tanınarak 4. maddenin 1. ve 2. fıkrasında belirtilen hükümden daha yakın başka bir hukukun tespit edilmesi ve akabinde ise bu tespide istinaden hâkimin bu durumu uygulaması gerekecektir. Bir diğer ifade ile esasında taraflar arasında meydana gelen hukuki ilişki "*zarar yeri*" veya "*ortak mutad mesken*" kuralı kapsamına dahil olmasına rağmen, daha sıkı ilişkili bir durumun varlığı nedeniyle ve hâkimin takdir yetkisi içerisinde uygulamasından vazgeçilecektir. Bu durumda elbette somut olayın tüm şartları göz önüne alınarak bir karar verilecektir[931].

Amerikan hukukunda *Rest. II* ile başlamış olan esneklik fikrinin akit dışı borç ilişkileri bakımından göstergesi *Roma II'dir.* Zira *kaçış hükmü* olarak var olan m. 4/3 hâkime olayın nitelik ve özellikleri çerçevesinde esneklik sağladığı için yerinde bir düzenlemedir[932]. Aksi durumda, akit dışı borç ilişkisinde taraflar arasında var olan daha sıkı ilişkili bir hukukun uygulanması göz ardı edilmiş olacaktı. Bir diğer ifade ile hukuk seçimi dışında, objektif bağlama kuralları kapsamında m. 4'ün ilk fıkralarında belirtilen zarar yeri hukuku veya ortak mutad mesken hukuklarına başvurulacaktı. Örneğin, katı kural uyarınca akit dışı borç ilişkisinin meydana geldiği yerin veya tarafların ortak mutad meskeninin bulunduğu ülkeye göre, bir başka ülke hukuku açıkça daha sıkı ilişkili olması durumunda, kuralın kesin düzenleniş biçimi karşısında herhangi bir alternatif olanağa sahip olmayan hâkim, mecburen objektif kuralı uygulamak zorunda kalacaktı. Bu şekilde, daha kesin ve katı kurallar yoluyla hukuki kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik ile belirlilik sağlayan *Roma II Tüzüğüne*, esneklik getirerek, hâkime takdir yetkisi sağlamak yerinde bir düzenleme olmuştır[933]. Sonuç olarak Tüzük'te hâkim m. 4/1 ve m. 4/2 şartlarına nazaran bir başka hukukun daha sıkı ilişkili olduğunu tespit ettiği anca, bu hukuku uygulayacaktır[934].

---

[931] Hartley, T. C. (2008), The Proposed "Rome I" Regulation: Applicable Law in the Absence of Choice (Article 4), *Vers de Nouveaux Equilibres Entre Ordres Juridiques- Liber Amicorum Héléne Gaudemet-Tallon*, Paris, s. 726.
[932] E. Lein, (2008), The New Rome I/ Rome II/ Brussels I Synergy, *Yearbook of Private International Law 10*, s. 185-186.
[933] Lein, 2008, a.g.k., s. 189.
[934] Tang, 2008, a.g.k., s. 798.

7.3. Daha Sıkı İlişkili Ülke Hukuku Kuralı Uygulanma Şartları

7.3.1. Müspet Şart

Tüzük kapsamında daha sıkı ilişkili hukuka başvurulması hakkında zimni iki şartın öngörüldüğü söylenebilir[935]. Müspet (*olumlu*) şart olarak adlandırılan ilk duruma göre, daha sıkı ilişkili hukuka başvurulması için taraflar arasında daha önceden mevcut bir hukuki ilişkinin olması gerekmektedir. Ancak bu hukuki ilişkinin açık (*belirgin*) bir şekilde var olması gerekir. *Roma II Tüzüğü* burada açık ifadesini özellikle kullanmıştır. Zira, açık/belirgin hukuki ilişkinin ne şekilde adlandırılacağı ve nitelendirileceği önemlidir. Komisyonun *açık* olması şartının şekli olarak açıklık mı yoksa işin esasî bakımından bir açık hukuki ilişki aradığı hususu tartışmalıdır. Raporlarda ve *Tüzük* gerekçesinde bir açıklama yoktur. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre açık hukuki ilişkinin varlığının daha sıkı irtibatlı hukukun var olması ile kendiliğinden ortaya çıkacağıdır[936]. Buna göre daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabilmesi, ancak daha sıkı ilişkili hukukun tespiti ile olacaktır. Madem ki, genel kural zarar yeri hukukudur ve bu hukuk geçmiş tecrübeler sonucunda en sıkı ilişkili olarak tespit edilmiştir; o halde bundan daha sıkı ilişkili olan hukuk hiç şüphesiz taraflar arasında daha önceden var olan bir sözleşme veya farklı bir hukuki ilişkidir. Bu sözleşme veya farklı hukuki ilişkinin akit dışı borç ilişkisi ile bağlantısı önemlidir. Bu bağlantının belirgin ve açık olması gerekir. Burada açıklıkdaki mesele hukuki ilişkinin esasına dair bir belirginlik olmasıdır. Beliginliğin şekil olarak açıklıkla bir ilgisi yoktur. Bir diğer ifade ile taraflar arasında mevcut olan hukuki ilişki ile akit dışı borç ilişkisi açısından bir sebep sonuç ilişkisi olmalıdır. Bunun nihayetinde sebep-sonuç ilişkisi doğrultusunda taraflar arasındaki hukuki ilişki şüphe götürmeyecek bir şekilde açık olması yeterlidir[937].

7.3.2. Menfi Şart

Roma II Tüzüğü kapsamında taraflar arasında bir hukuki ilişkinin var olduğunda akit dışı borç ilişkisine uygulanacak hukuk, Tüzük kapsamında objektif olarak tayin edilen hukuktur. Bu durumdan Tüzük m. 4 açık ifadesi ile objektif kurallar ışığında uygulanacak hukuk dikkate alınmadan çözüme gidilemez. Ancak m. 4/3 uyarınca doğrudan daha sıkı ilişkili hukukun varlığı halinde diğer kurallarda belirtilen

[935] Öztekin-Gelgel, 2006, a.g.k., s. 105.
[936] Öztekin-Gelgel, 2006, a.g.k., s. 106.
[937] Öztekin-Gelgel, 2006, a.g.k., s. 105.

düzenlemeler dikkate alınmaz. Dikkate alınmayan hukuk ifadesinden anlaşılması gereken objektif bağlama kuralında belirtilen zarar yerim hukuku veya uygulanması gereken ortak mutad mesken hukukunun uygulanmasından vazgeçilmesidir. Bu durumda hâkim olayın tüm şartlarını birlikte değerlendirilerek daha sıkı ilişkili hukuku uygulanacaktır. Tüzükte genel kural olan zararı yeri hukuku ve ortak mutad mesken hukuku objektif bağlama kuralı olarak bertaraf edilemez. Ancak, bu bağlama noktasından, taraflar ile bir başka hukukun daha sıkı irtibatlı olması halinde vazgeçilir[938]. Bir diğer ifadeyle Tüzük m. 4/3 kapsamında belirtilen durum meydana geldiğinde zarar yeri hukuku veya ortak mutad mesken hukukundan, daha sıkı bir hukuk kuralının varlığı gerekçesiyle vazgeçilir. Burada hâkim objektif bağlama kurallarını hiçbir şekilde göz önünde almayacaktır. Bu durum olumsuz/menfi bir şart olarak 4. maddede kabul edilmiştir[939] [940].

7.4. Tüzüğün En Sıkı İlişkili Ülke Hukuku Kuralının Değerlendirilmesi

Roma II Tüzüğü kapsamında daha sıkı ilişkili hukuk düzenlemesini yerinde bulan doktrin yazarları oldukça fazladır[941]. Taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişki veya fiili bir ilişki var ise bu durumda uygulanacak hukuk, akit dışı borç ilişkisinden doğan ihtilaf ile de daha sıkı ilişkilidir. İlgili fıkranın gerekçesinde "*hukuki ilişki"* ve "*fiili durum*" ifadeleri birlikte kullanılmıştır. Hukuki veya fiili ilişki açık ve belirli olmalıdır. Böyle bir

---

[938] Bu duruma *Roma II Tüzüğü* kapsamı dışında kalsa da örnek teşkil etmesi bakımından *Roma I Tüzüğü* uyarınca örnek verilebilir. *Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin* tarafından karar verilen *Société Nouvelle des Papeteries de l'Aa v Machinefabriek BOA* davasında taraflar sözleşmeye göre Hollandalı davacı, Fransız davalıya kâğıt baskısı amacıyla kullanan bir makine satmış; taraflar arasındaki sözleşme Fransızca olarak hazırlanmış ve sözleşme görüşmeleri Fransa'da yapılmıştır. Aynı zamanda makinaın teslim yeri Fransa'dır. Davalı taraf, sözleşme bedelini ödememiş, bunun sonucunda davacı Hollanda mahkemelerinde dava açmıştır. Kararda Mahkeme, Tüzük m. 4/5'te belirtilen daha sıkı irtibatlı hukukun uygulanmasına ilişkin istisna kuralını uygulamaktan kaçınmış ve Hollanda hukukuna gönderme yapan, sözleşmeye karakteristik edimini veren Tüzük m. 4/2 uyarınca uygulanacak hukuku saptamıştır. Söz konusu kararda, Tüzük'te belirtilen daha sıkı irtibatlı hukuk kuralının esas olduğu ve ancak çok istisnaî hâllerde dikkate alınamayacağını belirtilmiştir. Ayrıca taraflar arasında karakteristik edim kararlaştırılsa dâhi, sözleşme koşullarından bir başka ülke ile daha yakın bağlantılı olduğu anlaşılıyorsa m. 4/5 gereği daha yakın bağlantılı ülke hukuku uygulanır. Karar künyesi: 25.91992, NJ (1992) No 750, RvdW (1992) No 207. Euro Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62008CC0133>, Erişim Tarihi: 25.12.2018. Ayrıca karar için bkz. J.J. Fawcett/ J.M. Carruthers/ P. North, 2008, s. 721; O. Lando/ P. A. Nielsen, 2008, a.g.k., s. 1701; C. M. V. Clarkson/ J. Hill, 2006, a.g.k., s. 191. Karar hakkında farklı görüşler için bkz. R. Plender/ M. Wilderspin, 2009, s. 173.

[939] Öztekin-Gelgel, 2006, a.g.k., s. 107.

[940] İngiliz Mahkemeleri tarafından verilen bir başka karar için bkz. Ennstone Building Products Ltd v Stanger Ltd (2002) EWCA Civ 916, Opthalmic Innovations Internatioal (United Kingdom) Ltd v Opthalmic Innovations International Inc (2004) EWHC 2948. Case Mine, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff86060d03e7f57ebef1f>, Erişim Tarihi: 25.12.2018. Kararlar için bkz. J.J. Fawcett/ J. M. Carruthers/ P. North, 2008, a.g.k., s. 721.

[941] Öztekin-Gelgel, 2006, a.g.k., s. 106; J.J. Fawcett/ J.M. Carruthers/ P. North, 2008, a.g.k., s. 721; O. Lando/ P. A. Nielsen, 2008, a.g.k., s. 1701; C. M. V. Clarkson/ J. Hill, 2006, a.g.k., s. 191.

durumda şekil şartı aranmaksızın, hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk daha sıkı ilişkili olarak tespit edilir. Bu nedenle hem açık ve belirli bir hukuki ilişki hem de hukuki ilişki ile fiili durumun birlikte kullanılması uygulanacak hukukta daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde şekil şartlarını ikinci dereceye bırakmıştır.

Daha sıkı ilişkili hukuku tespit ederken tüm ihtimaller dışında ilişkiyi kesin, öngörülebilir, belirlenebilir ve en önemlisi de yeknesak, bütün bir sonuç yaratılması aranmıştır. Bu durumun özellikle belirtilmesinin sebebi, Tüzük gerekçeli raporunda hâkimin önündeki uyuşmazlıkta tüm durumları ve tüm ihtimalleri değerlendirerek kanaat ettiği ilişkili hukukun reddedilmesini sağlama amacını taşımaktadır. Taraflardan biri ortak mutad mesken veya zarar hukuku teklif etse dahi hâkim olayda bu hukukun bağlama noktaları ile gerçekten sıkı ilişkili olmadığı gerekçesiyle objektif kuralları uygulamayacaktır.

Bilindiği üzere uluslararası özel hukukun amaçlarından bir tanesi hukuki kesinlik güvenlik ve öngörülebilirliktir. Avrupa Birliği nezdinde düzenlenen kanunlarda ve Adalet Divanı kararlarında bilhassa bu durum vurgulanmaktadır. Bunun sebebi Avrupa Birliği hukuki düzenlemelerinin yeknesaklaştırılması çalışmaları kapsamında Birliğin koyduğu hedeftir. Avrupa Birliği üyesi devletlerin çoğunun Kıt'a Avrupası hukuk sisteminin bir parçası olması nedeniyle ortak ve uyumlu kuralların oluşumunda fayda bulunmaktadır. Birlik bünyesinde birçok yönerge ve kanun bu birleşmeye hizmet vermektedir. Dolayısıyla daha sıkı irtibatlı hukuk anlayışı tüm benzer hukuki olaylarda kanun koyucunun yeknesaklaştırması çalışmasına hizmet etmektedir.

Bu konuda son olarak söylenmesi gereken husus hâkimin daha sıkı ilişkili hukuku tayin ederken tarafların kanuni beklentilerine uygun olan ve taraftarın ön görülebileceği bir hukuku tayin etmesidir. Bir diğer ifadeyle taraflar açısından en adil ve en iyi sonucu doğuran hukuk değil; tarafların sıkı ilişki içerisinde olduğu ve kendilerince'de öngörülebilen bir hukuk olması gereklidir.

8. DİĞER KURALLAR

8.1. Doğrudan Uygulanan Kurallar (m. 16)

Doğrudan uygulanan kurallar[942] "*devletin, ekonomik, sosyal veya siyasal alanda izlediği belirli politikaları özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanlarına giren tüm uyuşmazlıklara uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan kurallar*"[943] şeklinde tanımlamak mümkündür.

İrade muhtariyeti veya Tüzük uyarınca objektif bağlama noktası sonucunda varılan hukukun bertaraf edilmesine ilişkin düzenlenen hallerden biri de doğrudan uygulanan kurallardır. Doğrudan uygulanan kurallar bu bağlamda kamu hukuku ile özel hukukun kesiştiği alanda yer alır. Doğrudan uygulanan kural kapsamında yer alan bir düzenlemenin varlığı durumunda, hâkim tarafların irade muhtariyeti sonucunda ulaştığı hukuk veya objektif bağlama kuralları doğrultusunda ulaşılan hukuku bertaraf edecek ve ülkesinin ekonomik, sosyal ve kültürel şartlarına ilişkin kabul edilen hukuku uygulayacaktır.

Doğrudan uygulanan hukuka ilişkin düzenleme Birlik normu olarak Tüzük kapsamında da düzenlenmiştir. *Roma II Tüzüğü* m. 16'ya göre gerek tarafların seçtikleri hukuk gerekse Tüzük uyarınca tayin edilen objektif bağlama kuralları sonucunda tespit edilen hukuk *for* devletinin doğrudan uygulanan kurallarının önüne geçemeyecektir. Tüzük'e göre bu durum uygulanacak olan hukukun belirlenmesinde esas teşkil etmektedir. Bu husus ABAD'ın *Arblade*[944] kararına değinen Tüzük Komisyonu Açıklayıcı Raporuna da yansımıştır. Buna göre, uygulanacak kurallar devletin kültürel, ekonomik, pozitif koruyucu nitelik normlarından olması durumunda doğrudan uygulanan kural olarak uygulanacaktır[945].

---

[942] Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir-Kocasakal, 2001, a.g.k., s. 1 vd.
[943] Özdemir-Kocasakal, 2001, a.g.k., s. 1 vd.
[944] *Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils Sarl v. Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage Sarl [1999] ECR-I 08453, C-369/96, C-376/96*. Söz konusu davada Mahkemenin uygulayacağı kuralların Belçika devletinin doğrudan uygulanan kurallarının olup olmadığı hususu tartışılmıştır. Mahkemenin doğrudan uygulanan kural olarak tartıştığı husus özellikle Birlik üyesi ülkeler arasında, birden fazla ülkede faaliyet gösteren şirketlerde çalışan işçilere uygulanacak olan koruyucu hükümlerin, Birlik doğrudan uygulanan kuralları olup olmadığı hakkındadır. Makemeye göre Avrupa Topluluğu Anlaşmasının 59 ve 60 maddeleri kapsamında sağlanan işçilere yönelik korumalar, azami koruma sağlamak kaydıyla uygulanacaktır. Bu doğrultuda da Mahkeme bu kuralları doğrudan uygulanan kurallar olarak belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Curia, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d0f130de2bf631c0e4b3462ab05086bf331f76b9.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pb38Se0?text=&docid=44859&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=351694>, Erişim Tarihi: 9.4.2018.
[945] Explanatory Memorandum, s. 24-25; Candan, 2016, a.g.k., s. 90.

Roma II Tüzüğü, doğrudan uygulanan kuralların tanımlanmasından ziyade, kuralların tespit edilmesinden sonra ne şekilde hareket edileceğini hususunda da yol göstermektedir[946]. Tüzük Dibace m. 32 ise özellikle kamu hukukundan kaynaklanan menfaatlerin varlığı halinde, bu kuralların uygulanacağı haller doğrudan uygulanan kural olarak genişletilebilir[947].

Tüzük ilgili hükümlerinin doğrudan uygulanan kuralların sonuçlarını düzenlemesine rağmen, üçüncü ülke doğrudan uygulanan kuralları ile yabancı ülke doğrudan uygulanan kurallarının ne şekilde dikkate alınacağı hususunda bir belirlilik mevcut değildir. Böyle bir durumda mahkemelerin olayın ve durumun şartları ile üçüncü ülke ya da yabancı ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının niteliği ve olay ile öneminin gözetilmesi sonucunda bir karara varılacağı yorumu yapılmıştır[948].

8.2. Emniyet ve Asayiş Kuralları (m. 17) ile Kamu Düzeni Müdahalesi (m. 26)

Tüzük kapsamında öncelikle emniyet ve asayiş kurallarından ne anlaşılması gerektiğinin yorumlanması ve tespit edilmesi gerekmektedir. Zira benzer bir çok kavram ile karıştırılması mümkün gözüken bu kuralların kanunda özel olarak düzenlenmeside Tüzük yapıcının koruyucu ve salt olarak önemsediği bir menfaat bulunmalıdır. Bu nedenledir ki Tüzük'te belirtilen kavram kendisine yer bulmalıdır.

Emniyet ve asayiş kurallarından kastedilenin ne olduğu konusunda doğrudan bir açıklama Tüzükte bulunmamaktadır. Ancak Tüzük dibace 34. maddesinde bir ülkedeki kuralların başka bir ülke hukukunun uygulanması halinde dahi dikkate alınacağı belirtilmiştir[949]. Bu noktada özellikle emniyet ve asayiş kurallarından kastın kamu düzeni ve kamu menfaatleri olduğunun anlaşılması yerinde olacaktır. Ancak aşağıda değineceğimiz üzere Tüzük m. 26'da düzenlenen "*Kamu* Düzeni" başlığı ile Tüzük kapsamında ayrıca kamu düzeni müdahalesinin kabul edildiği de görülmektedir. Burada emniyet ve asayiş kuralları ile kamu düzeni kurallarının birbirinden ayrılması gerekmektedir.

Bir başka ülke hukukunun uygulanacağı hallerde dahi ilgili ülkenin emniyet ve asayiş kurallarının uygulanması demek kesin ve kat'i olarak ilgili ülkenin kamu düzenini ihlal etmemek ile birlikte, ilgili özellikle haksız fiilin meydana geldiği geldiği ülkenin

[946] Plender/Wilderspin, 2008, a.g.k, s. 752; Zhang, 2009, a.g.k. s. 895; Kavşat, 2016, a.g.k. s. 93-94.
[947] Plender/Wilderspin, 2008, a.g.k, s. 752.
[948] Leible, 2008, a.g.k., s. 261, aktaran, Kavşat, 2016, a.g.k., s. 90 vd.
[949] Tarman, 2009, a.g.k., 201.

kurallarının ihlal edilmesi ile oluşan ihlalin emniyet ve asayiş kuralları doğrultusunda telafi edilmesini gündeme getirecektir. Bu nedenledir ki Tüzük kapsamındaki emniyet ve asayiş kurallarının doğrudan uygulanan kurallardan daha geniş, ancak, kamu düzeni ifadesinden daha dar olarak uygulanacak şekilde anlaşılması gereklidir[950]. Örneğin mutad meskenleri İngiltere olan iki kişinin Almanya'da trafik kurallarını açık ve aleni bir şekilde ihlal etmesi durumunda, Tüzük kapsamında en sıkı irtibatlı hukuk olarak İngiliz hukukunun uygulanacağı düşünülse de Alman hukukunun trafik kuralları ihlal edileceğinden hareketle Alman hukukunun temel normaları emniyet ve asayiş kuralı olarak uygulanabilecektir. Bu noktada m. 17'nin uygulanmasında hakimin takdir yetkisinin bulunması kamu düzenine nazaran daha serbest bir yoruma tâbi olacağı düşüncesini oluşturmaktadır.

Emniyet ve asayiş kurallarının uygulanması hem objektif hem de sübjektif bağlama kurallarının uygulanması esnasında gündeme gelebilecektir. Buna göre her devletin sosyal, ekonomik ve siyasî politikaları doğrultusunda korumaya çalıştığı menfaatler vardır. Bu menfaatler yasama faaliyetleri doğrultusunda her zaman üstün menfaat olarak düzenlenmektedir. Bu durum sözleşmeler hukukunda olduğu gibi haksız fiilden kaynaklanan temel borç ilişkilerinde de uygulama alanı bulacaktır. Eğer taraflar uygulanacak olan hukuku kendileri seçmiş olmaları durumunda yasama menfaatleri içinde korunan devletin emniyet ve asayiş kuralları burada da uygulanacaktır.

Tüzük kapsamında emniyet ve asayiş kurallarının iki hâlde karşımıza çıktığını görmekteyiz. İlk olarak Tüzük m. 4'de haksız fiilin işlendiği yerin emniyet ve asayiş kuralları devreye girmektedir. Tüzük m. 4/1 ve m. 4/2'ye göre haksız fiile uygulanacak olan hukukun dışında, haksız fiilin meydana geldiği geldiği yerin emniyet ve asayiş kuralları uygulama alanı bulacaktır[951]. Bu noktada karşımıza çıkacak olan emniyet ve asayiş kuralları öngörülebilir olmalıdır. Bir diğer ifade ile zararın meydana geldiği yer veye tarafların müşterek mutad meskenleri olan hukuk ile doğrudan bağlantısı olmaması gerekecektir[952].

Tüzük kapsamında emniyet ve asayiş kurallarının karşımıza çıktığı ikinci durum da m. 17'dir. Tüzük 17. maddede belirtilen durum "*Emniyet ve Asayiş Kuralları"* başlığı

[950] Benzer yönde görüş için bkz. Tarman, 2009, a.g.k., 201.
[951] Benzer yönde görüş için bkz. Tarman, 2009, a.g.k., 201.
[952] Uluocak, 1971, a.g.k. s. 218. Ayrıca emniyet ve asayiş kurallarının zamansal ve ülke bazında çeşitli yorumları için bkz. Özdemir-Kocasakal, 2001, a.g.k., s. 1 vd.

altında düzenlenmiş ve genel olarak Tüzük'te yer alan tüm durumlara uygulanacağı kabul edilmiştir. Buna göre haksız fiille neden olan kişinin davranışlarının ele alınmasında, sorumluluğa neden olan olayın gerçekleştiği yer ve zamanda yürürlükte olan emniyet ve davranış kurallarının, olayın esasına uygun düştüğü ölçüde bir hukuksal vakıa olarak uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu kapsamda 17. maddede yer alan kuralın taraflar arasında meydana gelen olayın zararın ve kaybın değerlendirilmesi amacıyla kabul edilmiş bir kural değildir[953]. Tarafların davranışlarının emniyet ve asayiş kuralları bertaraf ettiği ülkenin kurallarını ihlal ettiğinden hareket edilerek uygulanması kabul edilecektir. Emniyet ve davranış kurallarının, yalnızca düzenlenen kuralların ihlal edilen düzenlemesi ve ele alması nedeniyle ülkesel nitelikli kurallar olması bu sonucu doğurmaktadır. Hâl böyle olunca bu kuralların uygulanmasında *for* devleti hakiminin geniş takdir yetkisi olmaktadır[954]. Hâkimin takdir yetkisinin de bu kurallarının uygulanmasının mutlak ve kesin olarak var olduğunu göstermeyen, durumun ve vaziyetin niteliği çerçevesinde değerlendirilmesi gerekli olan kurallar olduğu yönünde düzenlendiği görülmektedir. Bir başka ifade ile, Tüzük m. 17 uygulanması yabancı hukukun emniyet ve davranış kuralları bakımından özel bir bağlanmaya gerekçe gösterilemez[955]. Yine hukuk seçimi bu doğrultuda emniyet ve asayiş kurallarının uygulanmasını sınırlandırmayacaktır[956].

Bilindiği üzere kamu düzeni kavramının gelişimi sürecinde, niteliğine ilişkin olarak çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu bağlamda kamu düzeninin bağımsız bir bağlama kuralı olduğu[957] görüşü olduğu gibi yabancı hukukun uygulanmasının bir istisnası olduğu şeklinde de bir anlayış da belirtilmiştir[958]. Günümüz itibariyle uygulaması ortadan kalkmış olan kamu düzeninin bağımsız bir kanunlar ihtilafı kuralı niteliğinde olduğu anlayışına göre kamu düzeni kuralı uygulanacak hukuk ile bağlantılı ve kanunlar ihtilafı

---

953 Kavşat, 2016, a.g.k. s. 93-94.
954 Kavşat, 2016, a.g.k. s. 93-94.
955 Bogdan, M. (2009), The Treatment of Environmental Damage in Regulation Rome II, *The Rome II Regulation on The Law Applicable to Non-Contractual Obligation: A New International Litigation Regime, Ahern, J. / Binchy, W. (eds.), Leiden*, s. 220.
956 Bogdan, 2009, a.g.k. s. 221.
957 Timur, Hıfzı (1942), Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı, *Hukuk Fakültesi Mecmuasından ayrı bası, Kenan Basımevi ve Klişe Fabrikası, İstanbul*, s. 2; Ökçün, A. Gündüz (1997*), Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dış Münasebetler Enstitüsü, Ankara, s. 75. Ayrıca bkz. Yarg. HGK, E: 2000/ 2- 1051, K: 2000/ 1068, 21.06.2000.
958 Ökçün, 1997, a.g.k., s. 75 vd.

kuralını tamamlayıcı niteliğe sahiptir. Ancak günümüzde geçerli olan kamu düzeni anlayışına göre kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenen kuralın, kuralın uygulanacağı devlet tarafından tespit edilen yabancı hukuka gidilmeden, ilgili oldukları hukuki ilişkiye doğrudan doğruya uygulanması kabul edilmektedir. Böylelikle kamu düzeni mahkeme hukukunun uygulanması sonucunu doğuracak şekilde vücut bulmaktadır[959] [960].

Roma II Tüzüğü m. 26 Tüzük bağlamında kamu düzeni kriteri ve bağlama esaslarını belirlemiştir. İlgili hüküm uyarınca Tüzük objektif bağlama kuralları esası çerçevesinde tespit edilen hukukun veya Tüzüğün 14. Maddesinin verdiği hukuk seçimi yetkisine dayanarak tarafların belirledikleri hukukun, *for* devleti hukukunun kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ediyorsa bu hukukun uygulanmasından objektif bağlama kuralı uyarınca tespit edilen veya taraflarca sübjektif olarak belirlenen hukukun uygulanmasından vazgeçilir. Bir ifade ile, hâkim Tüzük uyarınca uygulanması zorunlu olan hukukun uygulanmasından vazgeçerek, bunun yerine kamu düzeni kriteri uyarınca belirlenen hukuku uygular. Doktrinde bir görüş, Tüzüğün esasında hukuk seçimine azami önem verdiğini, ancak, bu durumun sadece kamu düzeninden kaynaklanan nedenler ile bertaraf edileceğini bildirmektedir[961]. İrade muhtariyetine verilen önemin bertaraf edilmesine sebep olacak kamu düzeni kriteri uyarınca, yabancı hukukun uygulanması ile *for* devletinin kamu düzenine açık olarak ihlal edilmiş olmalıdır[962]. Bu noktada Tüzük, kamu düzenine ilişkin her durumda değil; açık ve esaslı ihlal durumunda uygulanacak hukuktan vazgeçileceğini bildirmektedir[963].

Tüzük kapsamında m. 26 uyarınca kamu düzeni kriterinin re'sen mi yoksa taraflarca mı dikkate alınacağı hususu önerm arz etmektedir. Kamu düzenine aykırılık mahkemenin re'sen dikkate alacağı bir konudur. Kamu düzeninin zamana ve ülkeye göre değişkenlik arz etmesi, hâkimin kamu düzenini belirlerken Birlik Hukukuna göre mi,

[959] Ökçün, 1997, a.g.k., s. 75 vd.
[960] Bugün Türk hukukunda kabul edilen genel anlayış uyarınca milletlerarası özel hukuk kamu düzeni yaklaşımının yeni bir ihtilaf kuralı meydana getirmeyip, Türk hukukunun vazgeçilmez kuralları gereğince yabancı hukukun uygulanmasına engel olan istisnai bir fonksiyona sahip olduğu kabul edilmektedir. Nomer, 2015, 201 a.g.k., s.158; Çelikel/ Erdem, 2016, a.g.k., s. 151; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, 2016, a.g.k., s. 71; Demir Gökyayla, Cemile (2001), *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.32- 33.
[961] Plender/Wilderspin, 2008, a.g.k, s. 752; Zhang, 2009, a.g.k. s. 895; Kavşat, 2016, a.g.k. s. 93-94.
[962] Plender/Wilderspin, 2008, a.g.k, s. 754; Zhang, 2009, a.g.k. s. 894.
[963] Plender/Wilderspin, 2008, a.g.k, s. 754; Zhang, 2009, a.g.k. s. 895.

yoksa *for* devleti hukukuna göre mi tayin edileceği tartışmasına yol açmışsa[964] da hangi hallerin kamu düzeninden sayılacağı Birlik hukukuna göre değil, her bir ülkenin iç hukuk kuralları uyarınca belirleneceği düzenlenmiştir[965]. Tüzük çalışmalarına ilişkin oluşturulan Komisyon tasarısında yer alan "*Birlik kamu düzeni*" ifadesi Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilmemiştir[966]. Böylece Tüzüğün nihai metninde "*Birlik kamu düzeni*" ifadesi değil; *for* devleti kamu düzenine göre hareket edileceği kararlaştırılmıştır. Durum bu olmakla birlikte hâkimin Birlik kamu düzeninden etkilenerek hareket etmesinde bir engel de bulunmamaktadır[967] [968].

8.3. Sigortacıya Karşı Sahip Olunan Talepler (m. 18)

Tüzük m. 18 zarar gören ile sigortacı arasındaki hukuki ilişkiyi düzenlemiştir. Buna göre zarar görenin sigortalı olması durumunda, sigortacıya karşı doğrudan bir başvuru veya dava hakkı olup olmadığı m. 18'de düzenlenmiştir. Meydana gelen akit dışı borç ilişkisinde uygulanacak olan hukuk veya sigorta sözleşmesine uygulanacak olan hukuk izin vermesi durumunda, zarar gören kişinin doğrudan karşı tarafın sigortacısına başvuruda bulunması mümkündür.

Bu hüküm zarar görene zararını doğrudan ve daha hızlı bir şekilde giderme imkânı tanıdığı gibi sigortacıyı da dış ilişkide zarar görene karşı korumaktadır. Zira hükmün uygulanmasının temel şartı hukuki ilişkiye uygulanacak olan hukukun veya sigorta ilişkisine uygulanacak hukukun buna izin vermesidir. Uygulanacak olan hukuk izin verdiği ölçüde doğrudan sigorta şirketine başvurarak zararını telafi etme imkanına sahip olan zarar gören, böylece usul ekonomisi yönünden oldukça avantajlı bir durum elde edecektir.

Öte yandan sigorta şirketi açısından da korunaklı bir durum söz konusudur. Normal şartlarda Tüzük m. 14 ifadesiyle zarar gören ile zarar veren arasında yapılacak olan hukuk seçimi ile zararın tüm sorumluluğunu sigortacıyı sorumlu tutan bir ülke hukuku seçilebilir. Ancak hukuk seçimi yazılı veya halin tüm şartlarından açıkça anlaşılmak üzere zımni olarak da seçilebileceğinden, seçilen hukukun üçüncü kişinin menfaatlerini

[964] Hay, 2007, a.g.k., s. 167.
[965] Plender/Wilderspin, 2008, a.g.k, s. 754; Zhang, 2009, a.g.k. s. 895.
[966] Plender/Wilderspin, 2008, a.g.k, s. 752; Zhang, 2009, a.g.k. s. 895; Kavşat, 2016, a.g.k. s. 93-94.
[967] Plender/Wilderspin, 2008, a.g.k, s. 752; Zhang, 2009, a.g.k. s. 895; Kavşat, 2016, a.g.k. s. 93-94.
[968] Cezalandırıcı tazminat hakkında, bu hususun kamu düzenine aykırı olup olmayacağı hakkında bkz. Kavşat, 2016, a.g.k. s. 95.

etkilememesi esastır. Bu çerçevede üçüncü kişi olan sigortacı taraflar arasındaki hukuk seçimi ilişkisinden korunmaktadır. Tüzük m. 14, bu bağlamda m 18'i sınırlandırmaktadır[969].

8.4. Tüzüğün Yorumlanması

Yorum, birçok alanda zihinsel faaliyet konusunu meydana getirir. Dinsel, hukuksal ve edebî metinler, anlamlarının ve yazılışlarının niteliği uyarınca yoruma oldukça sık başvurulan eserlerdir. Aynı şekilde özellikle hukukî metinler gibi normatif düzenlemeler de hukukî yorum biliminin konusunu oluşturmaktadır[970]. *Roma II Tüzüğü* içinde de zaman içinde ortaya çıkacak sorunlara dair Tüzük mevcut metninin doğrudan cevap veremediği konular hakkında yorum yoluna başvurulacaktır.

Tüzük kapsamında hükümlerin uygulanması halinde ortaya çıkması muhtemel olan yorum farklılıklarının ne şekilde hareket edilerek gidereceği konusu hakkında düzenleme yoktur. Muhtemel ki Komisyon bu konuyu yargı kararlarına ve özellikle de ABAD'ın verileceği kararlara bırakmıştır. ABAD'ın Tüzüğün yorumlanması hususunda verdiği *Deo Antoine Homawoo v GMF Assurances SA.*[971] kararı önem arz etmektedir[972].

Söz konusu karar Tüzüğün yorumlanması bakımından oldukça önemlidir. Zira Tüzüğün zaman bakımından uygulama alanına ilişkin kurallarına dair yorum yapmaktadır. Dava konusu olaya göre İngiltere vatandaşı Bay *Homawoo*, Fransa'da ikamet etmekteyken 29 Ağustos 2007 tarihinde, *GMF* Sigorta Şirketi tarafından sigortalanan araç ile trafik kazasına karışmıştır. Olay Fransa'da meydana gelmiştir. 8 Ocak 2009 tarihinde Bay *Homawoo*, başta GMF olmak üzere İngiliz Yüksek Adalet Divanı huzurunda trafik kazası nedeniyle kişisel yaralanma ve dolaylı zararlarından kaynaklanan kayıplara dair maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. Başvuran Bay *Homawoo* Mahkeme huzurunda tazminat değerlendirmesinin, İngiliz yasalarına tabi olduğunu iddia etmiştir. Bu duruma gerekçe olarak da hem vatandaşı olduğu ülkenin

---

[969] Kavşat, 2016, a.g.k. s. 85.
[970] Otacı, Cengiz, (2010), Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu, *TBB Dergisi, Sayı, 89, Y. 2010,* s. 442; Ravitch, Frank S. (2009) Interpreting Scripture/Interpreting Law, *Michigan State Law Review Vol. 2009*, s. 378; Marshall, Donald G. (1992), *Literary In-terpretation, Introduction to Modern Languages and Literatures*, (Edited Joseph Gi-baldi) 2. Edition, New York, s. 159-182 ; Alter, Robert (2002), Scripture, Commentary, and Challenge of Interpretation, On Interpretation: Studies in Culture, Law, and The Sacred (Edited by A.D Weiner and Leonardo V. Kaplan) Rawen Images, *Vol. 5, Y. 2002,* s. 20 vd.
[971] *Deo Antoine Homawoo v GMF Assurances SA. Case C-412/10. European Court Reports 2011 -00000 ECLI identifier: ECLI:EU:C:2011:747*. Euro Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62010CJ0412>, Erişim Tarihi: 25.12.2018.
[972] Briggs, 2014, a.g.k., s. 2180.

hukuku hem *lex fori* hukuku olarak İngiliz hukukunun uygulanmasını talep etmiştir. Öte yandan Bay *Homawoo Roma II Tüzüğü* 31. ve 32. maddelerinde yer alan düzenleme uyarınca olaya uygulanmayacağını belirtmiştir. Zira Tüzüğün 31[973]. ve 32[974]. maddesi uyarınca Tüzüğün uygulama zamanı tayin edilmektedir. Akit dışı hukukî ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkındaki *Roma II Tüzüğü* 31.7.2007 tarihinde *864/2007 EC* numaralı Avrupa Birliği Resmî Gazetesinde yayımlanmıştır[975]. Resmî Gazetede belirtildiği üzere Tüzüğün esasa ilişkin hükümleri 2009 yılında uygulanmaya başlayacaktır. Tüzük, yürürlüğe girdikten sonrasında meydana gelen hukukî ilişkilere uygulanacaktır. Bu bakımdan, Tüzük yürürlükte olmadığı dönemde yapılan işler sonrasında, Tüzük yürürlüğe girdikten sonra Tüzük'e dayanarak talepte bulunmak mümkün değildir. Bu nedenle başvuru sahibi, zararın gerçekleştiği tarihe bakılmaksızın, söz konusu işlemlerin bu tarihten önce başlaması nedeniyle Tüzüğün olayda geçerli olmadığını belirtmiştir.

Buna karşılık davalı *GMF*, başvuranın tazminat talebine itiraz etmemesine karşın, bu zararların değerlendirilmesinin, Tüzük m.4'te belirtilen objektif bağlama kurallarına göre zararın meydana geldiği yer hukuku olarak Fransız yasalarına tabi tutulması gerektiğini iddia etmiştir. Sonuç olarak *GMF*, bu tarihten sonra meydana gelen hasara yol açan olay hakkında dava tarihi olan Ocak 2009'da, Tüzüğün uyuşmazlığa uygulanacağını belirtmiştir.

Yüksek Adalet Divanı, ilk olarak Tüzüğün 32. maddesinin, işlemlerin yapıldığı tarihi veya kararın verildiği tarihi ifade etmediğini ve buna göre yorumlama emrinin bulunmadığı görüşüne varmaktadır. Tüzüğün, bu hükümde belirtilen tarihin ardından getirilen tüm işlemlere uygulanabileceği anlamına gelir. İkincisi, Tüzüğün 11 Ocak 2009'dan sonra meydana gelen hasara yol açan olaylara uyguladığı etkinin yorumlanmasının, farklı dava prosedürlerine bakılmaksızın sabit bir tarih alacağı için yasal kesinliği sağlayacağını gözlemlemektedir. Ancak, Tüzüğün 31. maddesinin ifadesi ışığında, böyle bir yorumun elde edilip edilemeyeceği belirsizdir ve tartışma da bu konuda çıkmaktadır.

---

[973] Madde 31*: Bu Tüzük, yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkan hasara yol açan olaylara uygulanır.*
[974] Madde 32: *Bu Tüzük, 11 Temmuz 2008 tarihinden itibaren geçerli olarak, 29. madde hariç olmak üzere, 11 Ocak 2009 tarihinden itibaren uygulanır.*
[975] *864/2007 EC, (L199, s. 40),* Official Journal of European Union, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2007:199:TOC>, Erişim Tarihi: 25.12.2018.

Mevcut davada, ön kararda belirtilen soruları cevaplamak için, Tüzüğün yürürlüğe girme tarihini ve Tüzüğün yürürlüğe gireceği tarihi belirlemek için 31. ve 32. madde hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Mevcut davada, Tüzük yürürlüğe girme tarihini açıkça belirtmemiş olsa da, "*Zaman Bakımından Uygulama*" başlıklı 31. maddesi, yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelen hasara neden olan olaylara uygulanmasını sağlar. Bu kapsamda genel kabul ve düzenleme gereği 31 ve 32. maddeler, Tüzüğün yürürlüğe girme tarihini belirlemez. Mevcut davada, Tüzüğün yazıldığı tüm dil versiyonlarında aynı olan hükmün içeriği ışığında, Tüzüğün 32. maddesinin yürürlüğe girme tarihini belirlemediğini; ancak, onun uygulama tarihini belirlediği belirtilmiştir. Tüzüğün yürürlüğe girme tarihini belirleyen özel bir hüküm bulunmadığından, özellikle Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen *Art. 297 TFEU; European Parliament and Council Regulation No 864/2007, Arts 31 and 32* uyarınca Tüzük uygulaması Resmî Gazetede yayımlanmasını takiben 21. günde uygulamaya başlanacaktır. Söz konusu tarihin *297 (1) TFEU'nun* üçüncü fıkrasında belirtilen genel kurala uygun olarak belirlenmesi ve *Avrupa Birliği Resmî Gazetesinde* 31.7.2007 tarihinde yayınlandığı, bunu takip eden yirmi birinci gün olan 20 Ağustos 2007 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

Söz konusu bulgu, Tüzüğün bu tarihten itibaren Üye Devletlere ve Komisyona belirli yükümlülükler getirmesi gerçeğiyle doğrulanmaktadır. Bu nedenle, bu Tüzüğün 29. maddesi uyarınca, Tüzüğü kabul eden üye Devletlerin taraf oldukları, bu alanda kabul edilen uluslararası sözleşmeleri Komisyona bildirmeleri ve Komisyon'un bu sözleşmelerin bir listesini yayınlaması istenmiştir. 29. Madde uyarınca üye devletler 11.7.2008 tarihinde bildirmeleri gerekir. Ayrıca, bu düzenlemeye göre Konsey ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi, Tüzük 30/2 maddesi uyarınca, Komisyonun, 31 Aralık 2008'den geç olmamak üzere, Avrupa Parlamentosu'na sözleşmeden doğan yükümlülükler için geçerli olan hukuk alanındaki durum hakkında bir çalışma sunması istenmiştir. Bu nedenle, bu yükümlülüklerin ilgili tüm kişilere uygulanması için Tüzüğün 32. maddesinde belirtilen tarih olan 11 Ocak 2009 tarihinden önce yerine getirilmesi gerekmekteydi.

Sonuç olarak, Yüksek Mahkemeye göre uyuşmazlık ile ilgili olan bu Tüzüğün 31. Maddesi uyarınca söz konusu düzenlemenin 32. maddesinde belirtilen başvuru tarihi dikkate alınmadan yorumlanamayacaktır. Bu çerçevede 11 Ocak 2009 tarihinden sonra

meydana gelen hasarlara ve olaylara uygulanacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere Yüksek Adalet Divanı verdiği kararda, Tüzüğün zaman bakımından uygulanmasına ilişkin şartları tüm şartlar ve düzenlemeler kapsamında serbestçe yorumlamış ve karar vermiştir.

8.5. Tüzükte Ihmal Edilen Kurallar

Roma II Tüzüğü kapsamında bazı hususların bilerek Tüzük Komisyonu tarafından boş bırakıldığı düşünülmektedir[976]. Bunlardan en dikkat çekici olanı ehliyet konusudur. Tüzük ehliyete ilişkin herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Bir diğer ifadeyle akit dışı borç ilişkilerine dair uygulanacak hukuku tespit ederken veya fiilin meydana gelmesine ilişkin tüm durumları değerlendirirken tarafların ehliyet olup olmadığı hususu veya ehliyetin hangi hukuka göre tayin edileceği düzenlenmemiştir. Kanaatimizce bu durum yerindedir. Zira kişilik hukuku ile ilgili olan ehliyet hususu olaydan bağımsız bir şekilde kişinin milli hukuku ile çözülecek bir hususdur. Bu durum genel kural olmamakla birlikte, her durumda ayrıca değerlendirilmesi gereken bir durumdur. Her olayın özellikleri ve nitelikleri değerlendirilecek ve tarafların ehliyeti tabi oldukları hukuka göre ayrıca değerlendirilecektir[977].

Roma II Tüzüğü'nde ehliyet konusunun boş bırakılmasının bir diğer nedeni de haksız fiil sorumluluğuna ilişkin yaş sınırı ve idrak kuvveti bakımından Birlik üyesi ülkelerin farklı düzenlemeleri gösterilmektedir. Bu nedenle ehliyet konusunun boş bırakılması, düzenlenmemesi yerinde olmuştur.

Tüzük'te düzenlenmesi ihmal edilen bir diğer konu da tazminat miktarının hesaplanmasında kayıp unsurudur. Bir fiil neticesinde meydana gelen zararın manevi etkilerine de bakılıyorsa, bu durumda zararın ötesinde bir kayıptan söz edilir. Söz konusu kayıp araştırılır ve karşılığı bir miktar tazminat olarak takdir edilir. Zarar kavramı tek başına haksız fiilin yarattığı etkiyi telafi edemeyecektir. Kayıp kavramı içinde manevi değerleri karşılayan haksız fiilin etkisini gerçekçi olarak tayin eden bir durum söz konusudur. Kayıp kavramı, Tüzük bünyesinde sıklıkla dile getirilse de fiilin manevi değerinin hesaplanması ve kayba ilişkin diğer hususlar ile uygulanması kabul edilen hukukun maddi hükümlerine bırakılmıştır. Bu sebeple bilhassa kişinin bedenine yönelmiş

[976] Von Bar, 2008, a.g.k., s. 333-334-335; Öztekin-Gelgel, 2006, a.g.k., s. 110.
[977] Örneğin Türk hukukuna göre, MÖHUK m. 9'a göre "*Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir*." Şeklinde düzenlenmiştir.

haksız fiil olaylarında manevi tazminatın hesaplanmasında dikkate alınması uygun olacaktır[978].

Tüzük kapsamında düzenlenmesi ihmal edilen bir diğer konu da yorum konusudur. Bu hususu bir önceki başlıkta değerlendirdiğimiz için ilgili bölüme atıf yapmaktayız.

8.6. Tüzük Kurallarının Topluluk Hukuku Karşısındaki Durumu (m. 27)

Avrupa Birliği düzenlemelerinin, milli hukuklar karşısındaki durumunu daha önce incelemiştik. Bu bağlamda *Roma II Tüzüğü'*nün özel ve ayrılır bir durumu söz konusu değildir. Pek çok Birlik hukuku ikincil mevzuatında yer alan düzenlemelerde üye devletlere kanunlar ihtilafı düzenlemesi yapma yükümlülüğü getiren uygulamalar mevcuttur[979]. Haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk belirlenirken, Birlik hukukunun milli hukuka nazaran özel bir kural içermesi durumunda Tüzük m. 27'ye göre Birlik kuralları öncelikli olarak uygulanacaktır[980]. Örneğin, haksız fiil veya çevre zararlarına ilişkin özel Tüzük düzenlemesinin varlığına istinaden milli hukuklar değil, özel Tüzük düzenlemesi olarak m. 7-8 uygulanacaktır[981]. Dolayısıyla Birlik hukukunun düzenlemeleri hâkim tarafından özel olarak incelenerek, varsa özel düzenleme doğrultusunda karar verilecektir[982].

Tüzük 28. maddesi Birlik üyeleri ile 3. ülkeler arasındaki hukuksal dengenin sağlanması ile uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin korunması amacıyla bir düzenleme getirmiştir. Buna göre *Roma II Tüzüğü*, üye ülkelerden birinin veya birkaçının içinde olduğu bir haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkisinde uygulanacak hukuka ilişkin uluslararası bir sözleşmeye taraf olunması durumunda uygulanmayacaktır (m. 28/1).Öte yandan, ilgili uyuşmazlıkta uluslararası sözleşmeye taraf olan ülkelerin tamamının[983] Birlik üyesi ülke olması durumunda, üçüncü bir ülkeye karşı uluslararası hukuktan ve uluslararası hukukun ihlalinden doğan bir yükümlülük söz konusu olmayacağı için *Roma II Tüzüğü* yine birincil olarak uygulanacaktır (m. 28/2)[984]. Tüzük

---

[978] Benzer görüş için bkz. Öztekin-Gelgel, 2006, a.g.k., s. 112.
[979] Tekinalp, Gülören (2003), AT Hukukunda Milletlerarası Özel Hukuka Ait Gelişmeler, Hukuk Seçiminin Kısıtlanması ve MÖHUK, *Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul*, s. 1099-1103.
[980] Mills, 2009, a.g.k,, s. 145 vd.
[981] Kozyris, P. J. (2008), Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides' "*Missed Oppotunity*", *AJCL, Vol. 56, Num. 186,* s. 373- 376.
[982] *Roma II Tüzüğünün* dar yorumlanması ve bu doğrultuda Birlik hukuku yeknesaklaştırılması amacıyla hareket edilmesine ilişkin bkz. Tarman, 2009, a.g.k., 218.
[983] Danimarka hariç olmak üzere.
[984] Tarman bu durumu "*Roma II Tüzüğü m. 28/f.1'e göre, örneğin imalatçının sorumluluğu alanındaki Lahey Sözleşmesi, Roma II Tüzüğünden öncelikli olarak uygulanacaktır. İmalatçının sorumluluğuna*

söz konusu hükmü, uyuşmazlığın tarafı olan Birlik üyesi ülkelerin Tüzük'e taraf olmalarından önce var olan sözleşmeler bakımından uygulanacaktır. Bir başka ifade ile Birlik üyesi olan ülkeler, Tüzük'ün yürürlüğe girmesinden itibaren Tüzük'ün uygulama konusuna ilişkin uluslararası sözleşme akdetme iradesini kaybetmişlerdir.

uygulanacak hukuk konusunda yeknesak bir düzenleme ancak Birlik'in bu sözleşmeye taraf olması ya da sözleşmeye taraf olan Birlik üyesi ülkelerin sözleşmeyi terk etmesi ile mümkün olacaktır." Şeklinde açıklamaktadır. Tarman, 2009, a.g.k., 218.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN HAKSIZ FİİLLERE UYGULANACAK HUKUK

Türk milletlerarası özel hukuk sistematiği içinde haksız fiillere uygulanacak olan hukuk sürecinin daha iyi anlaşılması için 3 döneme ayırmak gereklidir: İlk olarak 1915-1982 *Memalik-i Osmaniyye'de Bulunan Teb'ayı Ecnebiyenin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanunu Muvakkat (EHVK*)'ın yürürlükte olduğu dönem; ikinci olarak 1982-2007 yılları arasında 2675 sayılı MÖHUK dönemi ve 2007'den günümüze kadar geçerli olan 5718 sayılı MÖHUK dönemidir. Her dönemin kendi içinde uygulanacak olan metodoloji ile birlikte incelenmelidir.

1. TÜRK KANUNLAR İHTİLÂFI GELİŞİMİ, METODOLOJİSİ VE HAKSIZ FİİL DÜZENLEMELERİNİN ELE ALINMASI

Yaklaşık yedi yüzyıl boyunca pek çok ülke ve kıtada hüküm süren Osmanlı İmparatorluğunda, ilk zamanlar vatandaş kavramına yer verilmemiştir[985]. Bunun yerine temeline İslam hukuku bulunan, Osmanlı İmparatorluğu ile Müslüman teb'a arasında din esasına dayanan bir bağlılık kurulmuştur[986]. Müslüman olmayan teb'a ile devlet arasındaki bağ ise akdi nitelikte bir zimmet ilişkisine dayanmaktadır[987]. Bu durum Islahat Fermanına kadar devam etmiştir. Islahat Fermanı (1839) ile başlayan ve Tanzimat Fermanına kadar devam eden süreçte, Devlet ile teb'a arasındaki bağın laikleşerek, siyasi ve hukuki bir zemine yaslandığı görülmektedir[988]. Fermanlar ile sağlanmak istenen amaç teb'a ile devlet arasındaki bağın kuvvetlendirilmesidir[989]. Ancak yüzyıllar boyu süregelen alışkanlıklar sonrasında bu bağın, akdi ve zimmet ilişkisinden laik ve siyasi bir zemine oturması zaman alacaktır. Öte yandan özellikle Müslüman olmayan teb'anın bağlı olduğu kilise veya topluluğa tanınan kapitülasyonel ayrıcalıklar da Osmanlı İmparatorluğu ile teb'a arasında siyasi, laik ve herkese eşit uygulanan bir bağın varlığını sürdürmesini zorlaştırmıştır. Bu nedenle de dünyada kanunlar ihtilafı metod ve metodolojisine ilişkin

---

[985] Güngör, Gülin (2017), *Tabiiyet Hukuku,* 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 6 vd.
[986] Kaya, Ali (1998), İslam Hukukuna Göre Vatandaşlığın Temel Esasları, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 7, C. 7,* s. 339-351; Topçuoğlu, Ali Aslan (2012), Modern Hukuk ve İslam'da Vatandaşlık Kavramının Hukukî Temeli, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, S. 3,* s. 187.
[987] Topçuoğlu, 2012, a.g.k., s. 188.
[988] Güngör, 2017, a.g.k., s. 7.
[989] Güngör, 2017, a.g.k., s. 7.

tartışmalar Türk hukuk tarihinde kendine yer bulamamıştır. Belirtilen dönemde, Dünyada var olan *Staatücüler ve Savigny* metodları tartışmaları, Türk hukukunda henüz bahsedilmesi mümkün olmayan tartışmalardır. Türk kanunlar ihtilafı hukuku da sonraki dönemde dünyadaki bu tartışmalardan etkilenmiştir.

Osmanlı İmparatorluğunda teb'alar arasında eşit, siyasal ve laik bir sistemin sağlanması çabaları sonuç vermemiştir. Nihayet Birinci Dünya Savaşının meydana geldiği 1914 yılında Osmanlı Hükümeti tek taraflı olarak batılı devletlere vermiş olduğu kapitülasyonları sonlandırmıştır. Kapitülasyonların hukuki yönleri de vardır. Kapitülasyon ayrıcalığı tanınan ülkeler kendi teb'asına kendi hukuk sisteminin uygulanması için baskı oluşturmaktadır. Kapitülasyonların sonlanması ile yabancı unsurlu uyuşmazlıklara uygulanacak hukuka dair büyük bir belirsizlik meydana gelmiştir. Bu belirsizliğin kısmen de olsa kapatılması amacıyla Fransız Medeni Kanununun kanunlar ihtilafına ilişkin 3, 4 ve 15. Maddeleri Türkçeye tercüme edilerek 23 Şubat 1330 (1915) tarihli *Memalik-i Osmaniyye'de Bulunan Teb'ayı Ecnebiyenin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanunu Muvakkat* yürürlüğe girmiştir. Sınırlı bir düzenleme alanı bulan EHVK, özellikle *Statücüler* nazariyesinden etkilenerek kanunları konularına göre ayırmaktadır[990]. EHVK sadece ülkede bulunan yabancıların emniyet asayiş, taşınmaz, şahsi statü, hukuk ve ticaret davaları gibi sınırlı sayıda alanı düzenlemiştir. Kanun sistematiğinin acele biçimde tercüme edilmesinden kaynaklı olarak *Statü* nazariyesi kabul edilmiş olsa da Türk doktrin ve yargı kararları bu durumu benimsememiştir[991].

Türk doktrininin görüşlerinde ve yargı mercilerinin kararlarında özellikle ünlü Fransız devletler özel hukukçuları *Niboyet ve Pillet*'in görüşlerinin etkili oldukları görülmektedir[992]. Söz konusu hukukçular *Statüler Nazariyesini* değil, *Kazanılmış Haklar* nazariyesini kabul etmişlerdir. Bu kapsamda EHVK kapsamı dışında kalan alanlarda uygulanacak hukuk kazanılmış haklar nazariyesine göre tayin edilecektir. Örneğin EHVK kapsamında kabul edilmeyen bir düzenleme olan haksız fiiller, *Statü Nazariyesine* göre değil, *Kazanılmış Haklar* nazariyesine göre tayin edilecektir[993]. Ancak kazanılmış haklar

[990] Seviğ/Seviğ, 1967, a.g.k., s. 33; Göğer, 1970, a.g.k., s. 161.
[991] Göğer, 1970, a.g.k., s. 162.
[992] Ökçün, 1996, a.g.k., s. 109-111.
[993] Seviğ, Vedat Raşit (1964), Yabancı Mahkemelerin Yetkisi (Yabancı İlamların Tenfizi ve Tanınması Bakımından), S*abri Şakir Ansay'a Armağan, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 194*: s. 212-123.

nazariyesinin Türk kanunlar ihtilafı sistematiğine uygun olmadığı doktrinde dile getirilmiştir.[994] Zira, bu noktada kazanılmış haklar ile kazanılacak haklar arasında da bir ayrımın yapılması gerekmektedir. Bir hakkın kanuna uygun olarak kazanıldığının, kazanılacağının veya kazanılmadığının tespiti için kanunlar ihtilafı sistematiğine ihtiyaç vardır[995]. Öte yandan kazanılmış haklar nazariyesi, ülke içinde veya ülke dışında meydana gelen olaylara farklı hukukların uygulanmasını kabul etmesi nedeniyle kanunlar ihtilafı sistematiğine uygunluk arz etmemektedir. Bu durum milletlerarası özel hukukun varlık nedeni olan milletlerarası adaletin temin edilmesi ve milletlerarası karar ahenginin sağlanması prensiplerine aykırılık teşkil etmektedir[996]. Öte yandan *kazanılmış haklar, statü nazariyesi* yanında mevcut olan ülkesellik prensibi de bireylerin modern dünyada birlikte yaşama iradelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Türk kanunlar ihtilafı gelişimi, diğer hukuk dallarına nazaran daha yavaş gelişi seyri izlemiştir. Aynı dönemde ABD'de *Restatement,* Avrupa Topluluklarında ileri sürülen görüşler ile diğer modern dünyadaki kanunlar ihtilafı hukukunun gelişimi sürerken, Türk hukuku bu durumu doktrin ve yargı kararlarındaki gelişmeler ile desteklemiştir. Bunun yanında kanun koyucunun bir "*milletlerarası özel hukuk kanunu"* yapılması iradesi, mevcut kanundaki pek çok eksikliğe rağmen 80'li yıllara kadar fiiliyata dönüşmemiştir. Halbuki, 2. Dünya Savaşı sonrasında insanlığın ortak gelişiminin dünyadaki kaynakların dengeli şekilde kullanma fikrinin uygulanması ile mümkün olacağı anlaşıldığından, milletlerarası ekonomik, teknik, bilimsel kuruluşlar kurulmuştur. Bu kuruluşlar ile insanlığın ortak değerlerine sahip çıkılması, bunun yanında da bireylerin sahip oldukları haklar ve hürriyetlerin korunması için uygulanacak yöntemlerin belirlenmesi esas alınmıştır. Lahey Uluslararası Özel Hukuk Örgütü, Avrupa Ekonomik Topluluğu, Birleşmiş Milletler gibi örgütlerin kurulması bu anlayışın bir sonucudur. Milletlerarası özel hukukun amacının gerçekleşmesi için hayatın gerçeklerinin kavranmasının önemine inanan bu uluslararası örgütler, ülkeler arası etkileşimin artması sonucunda milletlerarası özel hukuk adaletinin tesisi için hukukun yeknesaklaştırılmasına ilişkin çözümler de üretmeye başlamışlardır. Bu doğrultuda özellikle Avrupa Ekonomik Topluluğu, Lahey Uluslararası Özel Hukuk Örgütünün çalışmalar, Birleşmiş Milletler ile

[994] Göğer, 1970, a.g.k., s. 163; Seviğ/Seviğ, 1967, a.g.k., s. 33.
[995] Göğer, 1970, a.g.k., s. 163.
[996] Göğer, 1970, a.g.k., s. 163; Seviğ/Seviğ, 1967, a.g.k., s. 33.

Uluslararası Adalet Divanının taslak çalışmaları önem arz etmektedir. Tüm bu gelişmelerin sonucu olarak 1960'lı yıllara kadar varlığını sürdüren sömürgeci ve hakim egemen devlet diplomasi kuralları, yerini daha yumuşak ve farkettirmeksizin müdahale imkanı getiren bir uluslararası diplomasi getirmiştir. Değişen diplomasi kuralları devletlerin ekonomik, teknik, bilimsel açıdan birbirleri ile daha sıkı ilişki içinde olmasının bir sonucudur. Geçmişte daha çok sömürgeci bir anlayış ile varlığını gösteren güçlü devletin, zayıf devletin iç işlerine doğrudan karışması diplomasisi, ortak kaynakların en verimli şekilde kullanılması amacı doğrultusunda teknik, bilimsel, ekonomik yardımlar yoluyla daha yumuşak bir diplomasi haline evrilmiştir. Böylece geçmiş dönemde var olan ülkesellik prensibinin artan bu etkileşim sonucunda uygulanması imkânı kalmamıştır[997].

Ülkesellik prensibinin etkisini kaybetmesi sonucu ile milletlerarası toplum hayatında meydana gelen gelişmeler yeni görüşlerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Ancak yeni anlayış, *Savigny* metodunu dışlayamamış, hatta bu metodu geliştirme yoluna gitmiştir. Yeni görüşler milletlerarası yeni düzenlemeler, artan bireyler arası etkileşim milletlerarası toplum hayatının kabul edilmesi, yeni diplomasi kuralları ışığında şekillenmiştir. Yeni görüşlerde *Savigny* tarafından ifade edilen kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı geliştirilerek, daha sistematik ve daha derin analizler ile her olayın nitelendirilmesi ve vasıflandırılması sonucunda karar verilmesi prensibi esas alınmışlardır. Yeni görüşler özellikle *Kıt'a Avrupası* hukukunda devletlerin iç hukuk kurallarının, milletlerarası karar ahenginin sağlanmasında eksik kaldığını ifade etmektedir. Bir diğer ifade ile milletlerarası karar ahengi anlayışının hem iç hukukta hem de dış hukukta sağlanması fikri esas alınmıştır. *Kıt'a Avrupasında* milletlerarası hukuk metodolojisinde temel anlayışı, devletlerüstü ve herkesi kapsayan bir maddi hukuk kaidesinin kabul edilmesidir. Bu kaideye göre klasik milletlerarası özel hukuk anlayışı atıf, ön sorun, kanunların uzlaştırılması gibi konulardaki sorunların giderilmesi amacıyla tüm yazarlar ortak bir maddi hukuk kaidesinin geliştirilmesi gerektiğini belirtmişler. Bu dönemdeki görüşlerde temel farklar ise bağlama kurallarının tespitinde faydalanılacak olan kuralların belirlenmesindeki ölçütler ile maddi hukuk kaidelerinin nitelikleri

[997] Göğer, 1970, a.g.k., s. 164; Seviğ/Seviğ, 1967, a.g.k., s. 34.

noktasında toplanmaktadır[998]. Böylece iç ve dış karar ahenginin sağlanacağı bir sistem dahilinde, yeknesak, milletlerarası yaşam gerçekliğinden uzaklaşmayan kurallar alınmasının yolunu açmak esastır. Bu genel kabul Türk kanunlar ihtilafı metodolojisinde de esas alınmıştır.

Rest. ve Kıt'a Avrupası hukukundaki gelişmeler Türk doktrininde de gelişmelere yol açmıştır. Özellikle *Savigny* metodunun Türk hukukuna uygulanması gerekliliği doktrinde vurgulanmıştır. Devletlerin egemenliğine azami saygı, milletlerarası ilişkilerin ihtiyaçların karşılanması, hukukun yeknesaklaştırılması ve milletlerarası karar ahenginin sağlanması yönteminin ancak *Savigny* metodunu kullanarak yapılacağı belirtilmiştir[999]. Doktrinde sıklıkla EHVK'nın bu süreçte yeterli olmadığı ve *Code Civil* tercümesinin pek çok noktayı boş bıraktığı, bu açıklığın ise yargı kararları ve doktrin tarafından doldurulmaya çalışıldığı, kanun koyucunun bir an evvel milletlerarası düzene uygun bir milletlerarası özel hukuk kanununu ele alması gerektiği belirtilmiştir[1000]. Bu durum 1982 yılında kabul edilen 2675 sayılı Kanun ve nihayet 2007 tarihli 5718 sayılı Kanun ile gelişim süreci devam etmiştir.

Kapitülasyonların kaldırılması sonrasında kabul edilen EHVK'da haksız fiillere ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Sınırlı bir düzenleme alanı olan EHVK'da haksız fiillere uygulanacak olan hukukun belirtilmemesi sonrasında Türk hukukunda iki farklı görüş meydana gelmiştir. Bu açıklamaları EHVK'yı ele aldığımız bölümde ele alacağız. Doktrin ve yargı kararlarında yer verilen görüşlerin yeknesak bir hukuki sistem sağlamayacağı açıktır. Bu nedenle 1982 yılında kabul edilen 2678 sayılı MÖHUK m. 25'te haksız fiillere ilişkin genel bir kurala yer verilmiştir. Bu kuralın amacı genel bir düzenleme getirmektir. Özel haksız fiil ilişkilerine uygulanacak hukuka dair sadece "*sebepsiz iktisap*" bahsine yer verilmiştir. Kanun koyucu özel haksız fiil türleri bakımından sınırlı bir düzenleme getirdiği görülmektedir. Nihayet 5718 sayılı Kanunda haksız fiiller ile akit dışı borç ilişkilerinden doğan borçlara uygulanacak olan hukukun tayin edilmesi güncel gelişmeler ışığında ele alınarak düzenlenmiştir.

---

[998] Werner F. Ebke (2002), The *"Real Seat"* Doctrine in the Conflict of Corporate Laws, *American Bar Association The International Lawyer, Vol. 36, No. 3, Foreign Law Year in Review*, pp. 1015-1037. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/40707697>, Erişim Tarihi: 3.10.2018.
[999] Seviğ/Seviğ, 1967, a.g.k., s. 32-33.
[1000] Göğer, 1970, a.g.k., s. 166.

2. EHVK DÖNEMİNDE HAKSIZ FİİLLERE İLİŞKİN KURALLARIN DÜZENLENİŞİ

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere EHVK sadece ülkede bulunan yabancıların emniyet asayiş, taşınmaz, şahsi statü, hukuk ve ticaret davaları gibi sınırlı sayıda alan düzenlemiş, haksız fiillere ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak haksız fiillere ilişkin bir düzenlemenin varlığı durumunda ne şekilde hareket edileceği kanunilik esasından hareketle karar verilecek bir durum değildir. Bu nedenle doktrin ve yargı kararları kendi yolunu çizerek karar vermiştir. 1960'lı yıllara kadar etkin olarak tartışılmayan[1001] haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin görüşler[1002], özellikle 1960'lı yıllarda en çok tartışılan konulardan biri olmuştur[1003]. Öyle ki EHVK döneminde Yargıtay kararlarında da yabancı unsurlu bir haksız fiil olayına rastlanmadığı görülmektedir[1004]. Zira ülkemiz 1980'li yıllara kadar yabancılık unsuru içeren ticari ve hukuki olaylara mesafelidir[1005]. Yabancılık unsuru içeren olayların şahsın hukukuna dahil olan konularda olduğu görülmektedir[1006]. EHVK'nın haksız fiillere ilişkin yarattığı boşluğu doldurmak amacıyla Türk hukukçuları iki görüş sunmuştur: İlk görüşe göre haksız fiillere ilişkin en temel düzenleme olan ika yeri kuralının, EHVK m. 2'nin yorumlanması sonucunda uygulanması gerektiğini öne sürmüşlerdir. İkinci olarak ise ika

---

[1001] Doktrinde bu durumun nedeninin hayat olayının azlığından kaynaklanmasını göstermektedir. Krüger, H (1968), Türk Devletler Hususi Hukukunda *Lex Loci Delicti Commissi* Kuralı Üzerine Düşünceler, Çeviri: Giritlioğlu, N. *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 1968, C. 1, S. 2.,* s. 253.

[1002] Haksız fiillere ilişkin ilk tartışmalar için bkz. Yörük, Abdülhak Kemal (1958), *Nazari ve Ameli Devletler Hususi Hukuku,* İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 436.

[1003] Bu konuda özellikle ABD Mahkemelerince verilen *Bobcock/Jackson* Kararının da etkisi olduğu hakkında bkz. Göğer, 1966, a.g.k., s. 469.

[1004] Göğer, 1966, a.g.k., s. 469.

[1005] Turhan, 1989, a.g.k., s. 340.

[1006] Turhan, 1989, a.g.k., s. 340. Yazara göre özellikle 1960'lı yıllardan sonra özellikle Almanya'ya yönelik işçi akımı sonrasında haksız fiil meydana getiren olayların meydana gelmediğini söylemek güçtür. Gurbetçilerin sadece yaz dönemlerinde Türkiye'ye gelip, giderken trafik kazalarının varlığı bilinmesine rağmen bu durumun Türk mahkemelerine yansımaması şaşırtıcıdır. Bu durumun nedeni olarak Türk kanunlar ihtilafının yetersizliğinden hareketle, genellikle ika yeri kuralı uyarınca kazanın meydana geldiği ülkede davaların açıldığı düşünülmektedir. Bu durumun bir taraftan da tanıma ve tenfiz prosedürleri bakımından kişilere zaman kazandıracağı düşünülmektedir. Bu duruma ilişkin meydana gelen nadir olaylardan birinde, Türk vatandaşının kullandığı ve içinde Türk hatır yolcusu bulunan bir araç, Bulgaristan'da trafik kazası geçirmiştir. Bulgar vatandaşı karşı taraf ile Türk vatandaşı olan taraflar ve sigorta şirketleri Almanya'da dava açmışlardır. Karar için bkz. Göğer, Erdoğan (1973), *Kanunlar İhtilafı (İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralları)*, Ankara, s. 215. Yine milletlerarası sigorta sertifikası olarak bilinen (yeşil kart) usul ile birçok sigorta şirketinin taraf olması neticesinde mahkemelere başvurmadan sigorta işlemlerinin gerçekleştirilmesi kabul edilmiştir. Bu kolaylık nedeniyle mahkemelere başvuru azalmıştır. Akın, Zeki (1973), Yeşil Kart ve Bununla İlgili Sorunlar, *V. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Trafik Sigortası, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları*, s. 464.

yeri düzenlemesinin doğrudan doğruya milletlerarası haksız fiil hukukunun ruhuna en uygun olan düzenleme olması amacından hareketle ika yeri kuralının uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir[1007].

2.1. Birinci Görüş

İlk görüşe göre, EHVK m. 2'nin dayanağı olan mehaz Fransız Medeni Kanun'u m. 3'e için Fransız Medeni Hukukçularının yorum tarzından hareket edilmiştir. Bu hareket tarzına göre Fransız Devletler Özel Hukukunun temelini teşkil eden Fransız Medeni Kanun'u haksız fiillere ilişkin açık bir kural getirmemiştir. Fransız Medeni Kanun'u *emniyet ve asayiş kurallarının ülkede bulunan herkes için geçerli* olduğunu düzenlemiştir[1008]. İşte bu anlayıştan hareket eden Fransız Medeni Hukukçuları *ika yeri* kuralını ileri sürmüşlerdir[1009]. Fransız Medeni Kanun'u m. 3/1'i aynen tercüme ile alan EHVK m. 2[1010], emniyet ve asayiş kurallarının herkes için geçerli olduğunu belirtmiştir. Bu görüşten etkilenen Türk doktrini, Türkiye'de meydana gelen haksız fiiller bakımından emniyet ve asayiş kurallarının ihlal edilmesinden hareketle Türk hukukunun uygulanacağını belirtmişlerdir[1011]. Yabancı bir memlekette haksız fiil meydana gelmiş ise bu durumda, ülkesellik prensibinin çift yönlü etkisinden hareket eden doktrin yazarları, haksız fiil ilişkisine yabancı hukukun uygulanacağına değinmişlerdir[1012]. Doktrin özellikle bu hükmün sadece ceza ve asayiş kanunları ve kurallarını kapsadığının düşünülmemesi gerektiğini, hükmün kamu düzenine ve ceza hukuku hükümlerine sıkı sıkıya bağlı olan özel hukuk hükümlerini de içine aldığını vurgulamıştır[1013]. Bunun yanında bazı istisnai görüşlerde ise emniyet ve asayiş kurallarının ika yeri kuralından hareketle uygulanmasının doğru olduğunu, ancak istisna bir bağlama kuralı olarak tarafların ortak vatandaşlıklarının bulunması durumunda, ortak vatandaşlık ülkesinin hukukunun olaya tatbik edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir[1014].

[1007] Uluocak, 1982, a.g.k, s. 181; Turhan, 1989, a.g.k., s. 332.
[1008] Krüger,1968, a.g.k., s. 253.
[1009] Krüger, 1968, a.g.k., s. 254.
[1010] EHVK m. 2: *Emniyet ve asayişi memlekete taalluk eden kaffei kavanin ve nizamatı Devlet Aliye, memaliki Osmaniye'de bulunan bilcümle ecanip hakkında dahi mer'idir.*
[1011] Berki, Osman Fazıl (1975), Türk Hukukunda Kanun İhtilaflarının Genel Esasları, *Mahmut Koloğlu'ya 70.Yaş Armağanı,* Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 602; Göğer, 1966, a.g.k., s. 470 vd.
[1012] Seviğ, 1967, a.g.k., s. 34-35; Berki, 1962, a.g.k., s. 201. Konunun özellikle işlem güvenliği bakımından istisnasız olarak kabul edilmesi gerektiği hakkında görüş için bkz. Dal, K. (1966), *Devletler Hususi Hukuku*, Ankara, 1966, s.113.
[1013] Seviğ, Muammer Raşit (1941), *Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilâfı Kaidelenin Sentezi*, İstanbul, s. 30-31; Okay, M. S. (1958), Çatmalarda Kanunlar İhtilâfı, *Ahmet Esat Arsebük'e Armağan, Ankara*, s. 484.
[1014] Uluocak, 1982, a.g.k., s. 123 vd.

Türk doktrini tarafından kabul edilen bu görüş iki temel esasa dayanmaktadır[1015]: İlk olarak, zamanın en önemli haksız fiil bağlama noktası kuralı olan ika yeri kuralıdır. Buna göre haksız fiil kurallarını ülkenin kamu düzeni ve dayanak noktası olarak gören emniyet ve asayiş kuralları olarak kabul etmiştir. İkincisi ise Türk maddi hukuk kurallarının tek yönlü olarak emniyet ve asayiş kuralları çizgisinde uygulanmasının yanında, ayrıca dışsal etki bağlamında gerektiğinde çift yönlü olarak uygulanması da kabul edilmiştir[1016]. Gerçekten de Türk doktrininde EHVK m. 2'nin emniyet ve asayiş kuralları bağlamında ika yeri kuralını haksız fiillere uygulanacak olan hukuk olarak kabul etmesinde, özellikle haksız fiil kurallarının hemen hepsinin Türk mevzuatının emniyet ve asayiş kuralları olduğunu kabul etmesinden kaynaklanmaktadır. Bir ülkede haksız fiil olarak kabul edilen fiiller kişilerin mal, can ve haklarına yönelmiş hareketlerdir. O halde kişilerin mal, can ve haklarına yönelmiş olan yasaklı bir fiili işleyen kişiyi cezalandıran kurallar emniyet ve asayiş kuralıdır. Bu hukuk kuralları objektif şekilde herkesin uyması gereken kurallardır. Dolayısıyla devlet içinde herkesin uyması gerekli olan kuralların ihlal edilmesi ile kamu düzeninin ihlal edileceği ve bu kamu düzeni ihlalinin ancak, kuralın ihlal edildiği ülkenin önleyici kuralları ile telafi edilebileceği düşünülmüştür[1017]. Fransız Medeni Kanun'undan hareketle tercüme edilen EHVK m. 2, tıpkı mehaz Kanun gibi ülkesellik prensibini uygulayarak Türkiye içinde meydana gelen bir haksız fiile, ülkesellik kuralının uzantısı olarak ika yeri hukukunu uygulamakta güçlük çekmemiştir. Zira bu kural tek yönlü olarak özellikle emniyet ve asayiş kurallarının ihlal edildiği ülke kuralını uygulamayı esas almaktadır[1018]. İşte bu nedenle Türk doktrini, soyut hukuki ilişki kategorisinde yer alan haksız fiillere, Fransız Medeni Hukukçularının Fransız Medeni Kanun'u m. 3/1 yorumundan hareketle, EHVK m. 2'yi emniyet ve asayiş kuralları olarak yorumlamış, meydana gelen yabancı unsurlu hukuki ilişkide ika yeri kuralının uygulanmasını önermiştir[1019]. İka yeri sonucunda uygulanacak olan Türk hukuku meselenin haksız fiil teşkil edip etmediğinden, tazminat miktarına, kusura ilişkin

[1015] Turhan, 1989, a.g.k., s. 333.
[1016] Turhan, 1989, a.g.k., s. 333; Krüger, 1968, a.g.k., s. 254; Uluocak, 1982, a.g.k., s. 123 vd.; Göğer, 1970, a.g.k., s. 164; Seviğ/Seviğ, 1967, a.g.k., s. 34.
[1017] Ökçün, a.g.k., s. 50 vd.; Göğer, 1966, a.g.k., s. 482-483.
[1018] Turhan, 1989, a.g.k., s. 333; Krüger, a.g.k., s. 254; Uluocak, a.g.k., s. 123 vd.; Göğer, 1970, a.g.k., s. 164; Seviğ/Seviğ, 1967, a.g.k., s. 34.
[1019] Turhan, 1989, a.g.k., s. 334.

beyanlara ve diğer her türlü hukuki ilişkinin çözümü açısından uygulama alanı bulacaktır[1020].

Doktrinin bu yönde görüş bildirmesinin diğer nedenleri de aynı dönemde ABD ve İngiliz Mahkemelerinde de benzer kararların verilmesidir. Amerikan Mahkemelerinde *Bobcock/Jackson* kararına kadar geçen süreçte ika yeri kuralı, ülkesellik prensibinin uzantısı olarak kat'i olarak uygulanmaktaydı[1021]. Yine İngiliz Mahkemelerinin meşhur *Szalatnay-Stacho v Fink* kararı tarafların vatandaşlıklarının, ikametlerinin farklı ülkeler olmasına rağmen haksız fiilin İngiltere'de meydana gelmesinden hareketle İngiliz hukukunun tatbik edileceğine karar vermiştir[1022] [1023].

Fransız Medeni Kanun'u m. 3/1ve EHVK m. 2 ülkesellik prensibini benimsemesi nedeniyle, tek yönlü bir bağlama kuralı sunmaktadır. Kural basittir, bir ülkenin içinde meydana gelen haksız fiile, o ülkenin hukuku uygulanır. Ancak, ülke dışında meydana gelen ve yabancılık unsuru olan bir olayın Türk mahkemesinin önüne gelmesi durumunda Fransız Medeni Kanun'u m. 3/1ve EHVK m. 2 sorunu çözümsüz bırakmaktadır. Zira ülkesellik prensibine ilişkin kaide sadece ika yeri kuralından kaynaklanmaktadır. Doktrin Türkiye dışında meydana gelen haksız fiillere ülkesellik prensibini çift yönlü olarak uygulamak ve yabancı ika yeri kuralını uygulayarak çözüm bulmuştur[1024]. Bu duruma gerekçe olarak ülkesellik prensibinin çift yönlü etkisinden kaynaklanarak nasıl ki Türkiye'de meydana gelen haksız fiile ika yeri kuralı olarak Türk hukuku uygulanacaktır, aynı gerekçeyle yabancı ülkede meydana gelen haksız fiile meydana geldiği ülke hukuku uygulanacaktır. Örneğin bir Türk ile bir yabancının Türkiye'de meydana gelen bir haksız fiilde, Türk hukukunun uygulanmasındaki gerekçe, fiilin Türkiye'de meydana gelmesidir. Aynı durum yabancı ülkede meydana gelir ve uyuşmazlık konusu olay Türk mahkemelerinde görülür ise Türk hâkimi ülkesellik prensibinin çift yönlü etkisinden kaynaklı olarak, ika yeri kuralını uygulayacaktır. Bu durumun dayanağı EHVK m. 2'dir. EHVK m. 2'de *lex fori'nin* Türkiye'deki haksız fiiller için uygulanmasını emrettiği gibi,

---

[1020] Göğer, 1966, a.g.k., s. 454.
[1021] Lorenzen, 1970, a.g.k., s. 373.
[1022] "*Szalatnay-Stacho v Fink" [1947] ResJud 26; (1946-1947) 3 Res Judicate 100,* Karar Metni için bkz. http://classic.austlii.edu.au/au/journals/ResJud/1947/26.html. Erişim Tarihi: 12.5.2019.
[1023] Benzer yönde Alman, Avusturya ve İtalyan mahkeme kararları yönünden değerlendirilmesi hakkında bkz. Göğer, 1966, a.g.k., s. 454.
[1024] Turhan, 1989, a.g.k., s. 333; Krüger, 1968, a.g.k., s. 254; Uluocak, 1982, a.g.k., s. 123 vd.; Göğer, 1970, a.g.k., s. 164; Seviğ/Seviğ, 1967, a.g.k., s. 34.

bunun aksi yönde düşüncesinden hareketle yurt dışında meydana gelen haksız fiillere fiilin meydana geldiği ülke hukuku uygulanacaktır. Diğer bir ifade ile EHVK m. 2'nin mefhumu muhalifinden, ülkesellik prensibinin çift yönlü etkisi nedeniyle yurt dışında meydana gelen haksız fiile, fiilin meydana geldiği ülke hukuku uygulanacaktır[1025]. Haksız fiil ve ülkesellik prensibinin çift yönlü etkisinden hareketle yorum getiren bazı yazarlar ise nasıl ki Türkiye'de meydana gelen bir haksız fiilde Türk emniyet ve asayiş kurallarının ihlal edilmesinden kaynaklanan nedenler ile Türk hukukunun uygulanarak haksız fiilin ihlalinin yarattığı olumsuzluk giderilmeye çalışmış ise aynı gerekçe ile yabancı ülke emniyet ve asayiş kurallarının ihlalinin yarattığı olumsuzluk da ancak ilgili ülkenin kuralları uygulanarak telafi edilecektir[1026] [1027].

Bu konuda bir diğer gerekçe de EHVK m. 4'e dayandırılmıştır. Buna göre yabancılara ait taşınmaz mallara ilişkin bütün davalar ile diğer hukuk, ticaret ve ceza davaları, Türklerle ilgili olmasalar dahi Türk mahkemelerinde, Türk kanunlarına uygun olarak görülür düzenlemesi mevcuttur. Bu düzenlemeye göre iki yabancı veya bir yabancı ve bir Türk arasında Türkiye veya Türkiye dışında meydana gelen her türlü uyuşmazlıkta, ika yeri kuralı ile ülkesellik kuralı sıfatıyla değil, hâkimin hukukun uygulaması (*lex fori*) yaklaşımı sıfatıyla Türk hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir[1028]. Zira haksız fiil ilişkileri Türk hukukunda hukuk davaları olarak sınıflandırılmaktadır. Madem ki EHVK m. 4 hukuk, ticaret ve ceza davalarında *lex foristçi* yaklaşımdan kaynaklı olarak hakimin hukukunun uygulanmasını kabul etmiştir, haksız fiillerin de hukuk davası olması nedeniyle EHVK m. 4 gereği Türk hukuku uygulanacaktır. Doktrinde bu görüş eleştirilmiş ve kabul edilmemiştir[1029].

2.2. İkinci Görüş

Doktrinde ikinci görüş ika yeri düzenlemesinin doğrudan doğruya milletlerarası haksız fiil hukukunun ruhuna en uygun olan düzenleme olması amacından hareketle ika

---

[1025] Turhan, 1989, a.g.k., s. 337; Uluocak, 1982, a.g.k., s. 181 vd.; Göğer, 1966, a.g.k., s. 483; Göğer, 1970, a.g.k., s. Seviğ/Seviğ, 1967, a.g.k., s. 34; Göğer, 1977b, a.g.k., s. 333.
[1026] Göğer, 1966, a.g.k., s. 483; Sevig, 1967, a.g.k., s. 115.
[1027] Doktrinde bu konuda pek çok farklı görüş ileri sürüldüğü görülmektedir. Buna göre haksız fiilin meydana geldiği yer ile davanın açıldığı yer farklı ise *Savigny* tarafından *lev fori* uygulanması; *Beale* tarafından *Borç Kanunu Nazariyesi,* ika mahalli iradesi; nihayet ika yeri ile *lex forinin* birlikte olması nazariyesi görüşleri vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Göğer, 1966, a.g.k., s. 459.
[1028] Seviğ, 1967, a.g.k., s. 34-35; Berki, 1962, a.g.k., s. 201; Ökçün, 1996, a.g.k., s. 51-52; Uluocak, 1971, a.g.k., s. 181-182; Göğer, 1972, a.g.k., s. 236; Turhan, 1989, a.g.k., s. 335.
[1029] Eleştiriler için bkz. Seviğ, 1967, a.g.k., s. 34-35; Berki, 1962, a.g.k., s. 201; Ökçün, 1996, a.g.k., s. 51-52; Uluocak, 1971, a.g.k., s. 181-182; Göğer, 1972, a.g.k., s. 236; Turhan, 1989, a.g.k., s. 335.

yeri kuralının uygulanması gerektiğini belirtmiştir[1030]. Yine bu görüş haksız fiilin ruhundan hareket etmeyi ve farklı bağlama noktalarını da haksız fiilin meydana geldiği olayın özelliklerine göre belirlenmesini ileri sürmüştür. Doktrinde özellikle *Uluocak* tarafından ileri sürülen bu görüş temelini, ilk görüşün dayanağı olan EHVK m. 2'nin yanlış yorumlanmasından hareket etmiştir[1031]. Zira her ne kadar emniyet ve asayiş kurallarının düzenlenmesinden hareketle ika yeri kuralını esas alan m. 2 uygulanacak olsa da EHVK'da doğrudan bu konuya dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla Kanunda yer almayan bir düzenleme kıyas ve yorum metoduyla genişletilmiştir. Bu görüşe göre haksız fiilin amacından hareket edilmelidir. Haksız fiilde esasen korunması gereken bir emniyet ve asayiş kuralı varsa da esas olan failin cezalandırılmasından öte zarar görenin maddi ve manevi zararını tazmindir. Bu nedenle bozulan denge, tek bir objektif bağlama kuralı ile değil, her münferit olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir[1032]. Zarar görenin maddi ve manevi kişiliğinin telafi edilmesi amacıyla en uygun bağlama noktası münferit olayın özelliklerine göre bazen zarar görenin milli hukuku, bazen tarafların müşterek milli hukuku, bazen de ika yeri kuralı olabilecektir. O halde her durumun fiili özellikleri çerçevesinde karar verilmeli, özellikle mağdurun maddi ve manevi kişiliğinin telafisi esas alınmalıdır.

Doktrinde *Sakmar* da benzer görüşü, farklı gerekçe ile kabul etmiştir. Buna göre haksız fiil sorumluluğu tarafların iradelerinden bağımsız olarak, bir kurala bağlanmış, kanundan doğmuştur[1033]. Dolayısıyla kanundan doğan bir kuralın ihlali hangi ülkede meydana gelmiş, hangi ülke kanunları ihlal edilmiş ise o halde o ülkenin hukuku uyarınca telafi edilmelidir[1034].

Sonuç olarak, EHVK'da düzenlenmeyen bir konu olan haksız fiillere ilişkin doktrinde farklı gerekçeler ile olsa da özellikle ika yeri kuralına önem verildiği görülmektedir. Özellikle *Uluocak* tarafından dile getirilen yorum, zamanının ilerisinde bir yorum olarak karşımıza çıkmakta ve farklı bağlama noktalarını esas almaktadır. Bunun dışında yazarların Fransız Medeni Kanun'u ve Fransız doktrininde belirtilen

[1030] Uluocak, 1971, a.g.k., s. 181-182.
[1031] Uluocak, 1971, a.g.k., s. 183.
[1032] Uluocak, 1971, a.g.k., s. 183.
[1033] Seviğ, Vedat Raşit/ Nomer, Ergin/ Tekinalp, Gülören/ Sakmar, Ata (1976), *Devletler Hususi Hukuku Pratik Çalışmaları,* İstanbul, s. 256.
[1034] Sevig/ Nomer/ Tekinalp/ Sakmar, 1976, a.g.k., s. 257.

görüşleri esas alarak yorum getirdiği görülmektedir. Tüm bunlara rağmen Kanun'da var olan boşluğun doldurulduğu görülmektedir.

3. 2675 SAYILI MÖHUK KAPSAMINDA HAKSIZ FİİLLERE UYGULANACAK HUKUK

3.1. Kanun'u Ortaya Çıkaran Nedenler

EHVK'nın yetersizliği ve diğer ülkelerde milletlerarası özel hukuka dair sunulan yeni yaklaşımların incelenmesi sonucunda 1975-1980 yılları arasında çeşitli kanun tasarılarının hazırlandığı görülmektedir. İlk olarak Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesini temsilen Prof. Dr. *Göğer'in* hazırladığı tasarı, Adalet Bakanlığınca hazırlanan tasarı ve nihayet İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tasarısı olmak üzere farklı metinler tartışılmıştır[1035]. Tüm bu sürecin sonucunda İstanbul Tasarısı geliştirilmek üzere tartışılmış ve Meclise sevk edilerek Kanunlaşmıştır.

Kanun Raportörü *Prof. Dr. Tekinalp* temel bir milletlerarası özel hukuk mevzuatının elzem bir ihtiyaç olduğunu vurgulamıştır[1036]. Zira EHVK Osmanlı döneminde kapitülasyonların kaldırılması sonucunda Fransız Medeni Kanununun sınırlı şekilde tercümesi sonucunda oluşmuştur. EHVK metninde Kanunun "*Devlet-i Aliyye'de bulunan ecnebiler"* hakkında uygulanacak oluşu en başta Kanunun uygulanmasını şahıs bakımından sınırlandırmaktadır. Sınırlı alanı kapsayan bu tercüme metin, İkinci Dünya Savaşı oluşan yeni dünya düzeni karşısında eksik kalmaktadır. Öte yandan milletlerarası özel hukuka dair düzenlemeler çeşitli kanunlarda dağınık olarak yer almaktadır[1037]. Dünyada meydana gelen gelişmelerin sınırlı biçimde tercüme edilen bir Kanunda düzenlenmesi zordur. Bunun yerine yeni dünya düzenine uygun olarak Türk milletinin ve hukuk sisteminin de ruhuna uygun bir metin hazırlanmalıdır. Tüm bu nedenler ile mevzuatın toparlanması ve sistematik olarak milletlerarası özel hukukun mahiyetine

[1035] Tekinalp, Gülören (1980), Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* s. 93 vd.; Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanun Tasarısı Öntasarı Sempozyumu (1978), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 22-24 Kasım 1976, s. 7.

[1036] Tekinalp, 1980, a.g.k., s. 93.

[1037] Yazar özellikle 1956 yılında kabul edilen 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nın çekle ilgili hükümleri ile Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Kanun (FSEK) örnek vermiştir. Bu Kanunlardaki yabancı unsurlu ilişkilere uygulanacak hukuku gösteren düzenlemelerin tek hüküm olarak meydana geldiğini, bu durumun da atıf, kamu düzeni, bağlama kurallarının uygulanması bakımından eksiklikler yarattığını belirtmiştir. Tekinalp, 1980, a.g.k., s. 93.

uygun atıf, kamu düzeni, doğrudan uygulanan kurallar, şekil gibi ayrıntılı konuların düzenlendiği sistematik bir kanun düzenlenmesi gerekmiştir[1038].

2675 sayılı MÖHUK m. 25'te "*Haksız Fiiller*" başlığı altında haksız fiil nedeniyle meydana gelecek hukuki ilişkilere uygulanacak olan hukuk gösterilmiştir. Öncelikle belirtmek isteriz ki Kanun Koyucunun madde başlığı olarak "*Haksız Fiiller*" ifadesini tercih etmesi, 2675 sayılı Kanun döneminde var olan 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu[1039] (*eBK*) sistematiği ile bağlantılı, benzer yönlü olarak tanımlanmıştır. Zira eBK m. 41, 6098 sayılı TBK m. 49 denk düştüğü şekli ile tıpkı bugünkü gibi kasten veya hukuka aykırı bir fiil ile başkasına verilen zararın giderilmesini düzenlemekteydi. Buradan varmak istediğimiz sonuç şudur: 2675 sayılı Kanun m. 25'te akit dışı borç ilişkileri ifadesini kullanmayarak, haksız fiil ifadesi ile dar anlamda hukuka aykırı bir fiil ile zarar verilen durumu tanımlamıştır. Kanun Koyucu borca aykırılık kavramlarının dışında, akit dışı hukukî ilişkilerinin genişliğinin ve sınırlarının uzantısının gereği olarak, konuyu bir çerçeve içine almak için sadece eBK m. 41'e uygun olarak tüm akit dışı hukukî ilişkilerini değil, yalnızca hukuka aykırı bir fiil ile bir başkasına kusurlu veya kusursuz olarak zarar verilmesi suretiyle ortaya çıkan halleri haksız fiil olarak tanmlamıştır.

Haksız fiiller 2675 sayılı Kanun m. 25'te düzenlenmiştir. Buna göre m. 25;

Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabidir.

Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanır.

Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha yakın irtibatlı olması halinde bu ülke hukuku uygulanabilir.

şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm tüm haksız fiil durumlarına uygulanacak genel bir düzenlemedir.

Bunun yanında Kanun'da tek özel haksız fiil türü m. 26'da düzenlenen "*Sebepsiz İktisap*" halidir. Buna göre m. 26;

Sebepsiz iktisap hukuki bir ilişkiye dayanıyorsa bu ilişkinin tabî olduğu hukuk, diğer hallerde sebepsiz iktisabın gerçekleştiği yer hukuku uygulanır.

şeklindedir.

[1038] Tekinalp, 1980, a.g.k., s. 99.
[1039] RG: T. 29.4.1926, S. 359.

Görüldüğü mülga MÖHUK sınırlı şekilde bir düzenleme ile haksız fiiller alanında var olan boşluğu doldurmuştur. Çalışmamızda mülga MÖHUK ayrıntılı olarak incelenmeyecektir. Dönem içinde verilen Yargıtay kararları ile birlikte Kanun metodolojisi üzerinde yorum yapılacaktır.

3.2. MÖHUK m. 25 Çerçevesinde Kabul Edilen Bağlama Kuralları

Metodoloji, bilimsel araştırmalarda, bilimsel gerçeklere ulaşmak amacıyla izlenmesi gereken usulleri, hayatın içinden tecrübeler ile birlikte araştırma yöntemidir. Türk kanunlar ihtilafı metodolojisinin sonucu olarak ortaya çıkan düzenleme mülga 2675 sayılı MÖHUK'tür. EHVK döneminde izlenen yöntemler, hukuki ilişkilere uygulanan metodlar, yargı kararlarının sonuçları, dünyadaki gelişmeler ile birleşip, sonuçlarını 2675 sayılı Kanun olarak sunmuştur. Bu doğrultuda daha önceden var olmayan bir kural olarak haksız fiillere uygulanacak hukuka dair bağlama kuralları getirilmiştir. Bu bölümde MÖHUK m. 25/'te yer verilen bağlama kuralları incelenecektir[1040].

3.2.1. Genel Bağlama Kuralı: İka Yeri Hukukunun Uygulanması

Daha önce de bahsettiğimiz üzere ika yeri kuralının uygulanması, kanunlar ihtilafı hukukunda haksız fiillere ilişkin var olan en eski bağlama kuralıdır. Mülga MÖHUK m. 25/1 "*Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabidir"* şeklinde düzenleme ile bu en eski kuralı kabul etmiştir. Kanun koyucu gerek MÖHUK Genel Gerekçesinde, gerek m. 25 gerekçesinde ika yeri kuralını neden kabul ettiğini izah etmemiştir[1041]. MÖHUK m. 25 gerekçesinde ika yeri kuralının tercih edilmesindeki neden, ika yerinin en eski kural olarak var olması ve haksız fiillerde uygulanmasının kabul edilmesi gösterilmiştir[1042]. Ancak ika yeri bağlama kuralının en eski kural olması tercih için yeterli bir gerekçe değildir[1043]. İka yeri kuralı her ne kadar haksız fiiller alanında en eski uygulanan bağlama kuralı olsa da tercih edilmesinde temel gerekçe hukuki kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirliktir. Gerek dünya üzerinde yapılan araştırmalar gerek Türk kanunlar ihtilafı hukukçularının özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında ele aldıkları çalışmalarda[1044] ika yeri kuralının haksız fiiller için hukuki

[1040] MÖHUK m. 25/3'te düzenlenen en sıkı irtibatlı hukuk kuralı daha ayrıntılı olarak 5718 sayılı MÖHUK ile birlikte incelenmiştir.
[1041] Bkz. 2675 sayılı Kanun genel gerekçe.
[1042] Bkz. Mülga MÖHUK m. 25 gerekçesi.
[1043] Bkz. Aynı yönde Turhan, 1989, a.g.k., s. 346.
[1044] Özellikle ika yeri kuralının vurgulandığı çalışmalar, Turhan, 1989, a.g.k., s. 350; Çelikel, 1970, a.g.k., s. 235; Göğer, 1970, a.g.k., s. 61 vd; Seviğ, 1967, a.g.k., s. 114 vd.; Göğer, 1966, a.g.k., s. 484 vd.

kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik açısından en uygun kural olduğu belirtilmiştir[1045]. Hukuki güvenliğin ilk kuralı hukuki ilişkinin taraflarının, hukuki ilişkiye giriştikleri takdirde hangi kurallar ile karşılaşacaklarını bilmesidir. Bu nedenledir ki, haksız fiilin tarafları haksız fiilin meydana geldiği yerin kurallarını bilecek, sonuçlarını önceden öngörebileceklerdir. Her ne kadar haksız fiilin meydana gelmesi tesadüfi olaylara dayanmaktaysa da olayın meydana gelmesi sonrasında, tatbik edilecek olan hukuk belirsiz değildir. Taraflar haksız fiilin meydana gelmesi sonrasında tatbik edecekleri hukuku ve sonuçlarını öngörerek hareket edeceklerdir[1046].

MÖHUK'te ika yeri kuralının tercih edilmesindeki bir diğer gerekçe ise karar ahengi ve yeknesaklığının sağlanması isteğidir. Hukuki öngörülebilirliğin bir diğer sonucu olan karar yeknesaklığının sağlanması düşüncesi, Türk Kanun Koyucusu için ika yeri kuralını seçmede bir diğer gerekçe olarak görülmüş olabilir. Hukuki güvenlik bakımından, hukuk kurallarının birleştirilmesi ve yeknesaklaştırılması önem arz etmektedir. Ancak bu durum daha kollektif bir örgütlenme sonucu meydana gelecektir. Kanun koyucular her ne kadar kollektif bir örgütleme etrafında, yeknesak kurallar bütünü meydana getiremese de benzer kuralları ülkelerinde meydana gelecek benzer hukuki olaylara tatbik edilmesini sağlamak suretiyle, hukuki yeknesaklık ve güvenliği bir noktada temin edebilmektedirler. Türk Kanun Koyucusu da dünya üzerinde en çok tercih edilen haksız fiil bağlama kuralı olarak ika yeri kuralını tercih ederek, hukuki yeknesaklık ve öngörülebilirlik açısından düzenleme yapmış olduğu söylenebilir[1047].

İka yeri kuralının tercih edilmesindeki bir diğer etken ise ika yeri kuralının haksız fiilin taraflarının haklı çıkar ve beklentileri açısından en uygun bağlama kuralı olduğudur1048. Doktrinde ika yeri kuralının tarafların haklı çıkar ve beklentileri açısından en uygun kural olduğu belirtilmiş; ancak bunun fonksiyonları üzerinde durulmamıştır. Kanaatimizce tarafların haklı çıkar ve beklentilerinin üç yönü vardır: İlk olarak mağdur açısından değerlendirildiğinde, mağdur haksız fiilin meydana geldiği ülke hukuku açısından uygulanacak hukuku öngörebilecektir. İkinci olarak fail açısından değerlendirildiğinde, fail maruz kalacağı yaptırımı görebilecektir. Nihayet meselenin

[1045] Turhan, 1989, a.g.k., s. 350; Çelikel, 1970, a.g.k., s. 235; Göğer, 1970, a.g.k., s. 61 vd; Seviğ, 1967, a.g.k., s. 114 vd.; Göğer, 1966, a.g.k., s. 484 vd.
[1046] Çelikel, 1970, a.g.k., s. 235.
[1047] Benzer yönde görüş için bkz. Çelikel, 1970, a.g.k., s. 39.
[1048] Turhan, 1989, a.g.k., s. 353-354.

üçüncü yönü fiilin meydana geldiği yer devletinin emniyet ve asayiş kurallarının ihlal edilmesi sonrasında bu devletin kamu düzeninin yeniden tesis edilmesi açısından devletin haklı beklenti ve çıkarı tesis edilecektir[1049]. Tüm bunların neticesinde mağdur, fail ve devletin haklı çıkar ve beklentilerinin tesis edilmesi açısından ika yeri kuralının bağlama noktası tercih sebebidir.

İka yeri kuralının tercih edilme nedenlerinin hukuki kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlikten kaynaklanan nedenler olduğu görülmektedir. Ancak ika yerinin tespit edilmesi her zaman kolay değildir. Zira doktrinde de isabetle vurgulandığı üzere Kanun Koyucunun ika yeri kuralının uygulanmasına ilişkin, metni ele alış ve ifade ediş şekli karışıklığa yol açacak biçimdedir[1050]. Ne yazık ki, ileride ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere 5718 sayılı Kanun da aynı şekilde ele alınmıştır. Mülga MÖHUK m. 25/1 ika yeri kuralını tercih ederken "*haksız fiilin işlendiği yer*" ifadesini kullanmıştır. Bu ifade kanunlar ihtilafı metodolojisi açısından kesin ve net bir durum ortaya koyamamaktadır. Zira bu ifade hareketin yapıldığı, fiilin meydana geldiği yeri ifade etmektedir. Ancak haksız fiil olarak ifade edilen borç kaynağı, hukuka aykırı bir fiil ile bir başkasına yönelik olarak zarar veren davranış ile birlikte, hareketsiz kalma sonucunda meydana gelen zararları da düzenlemektedir. Bir diğer ifade ile hareketsiz kalma sonucunda bir zarar meydana gelirse bu zarar da haksız fiildir. O halde MÖHUK m. 25/1'de ifade edilen *haksız fiilin işlendiği yer* düzenlemesi hareketsiz kalma sonucunda meydana gelen zararları ele almamaktadır. Türk Dil Kurumu tarafından hazırlanan *Büyük Türkçe Sözlükte* de *"işlemek*" sözcüğünün pek çok anlamından birinin de *durağan durumdan harekete geçmek, çalışmak* olduğu belirtilmiştir[1051]. Dolayısıyla Kanun ifadesinden hareketle sadece yapma eylemi sonucunda meydana gelen *haksız fiilin işlendiği yer* bağlama noktası ile hareketsiz kalma sonucunda meydana gelecek olan haksız fiiller dışlanmaktadır.

Doktrinde farklı gerekçeler ile aynı sonuca ulaşıldığı görülmektedir[1052]. *Turhan, haksız fiilin işlendiği yer* ifadesinin zarar yerinin karşılığı olan ve hareketin yapıldığı yeri

[1049] Benzer yönde görüş için bkz. Aybay/ Dardağan, a.g.k., s. 235 vd.
[1050] Benzer yönde bkz. Turhan, 1989, a.g.k., s. 347.
[1051] Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu İnternet Sitesi, <http://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 30.5.2019.
[1052] Turhan, 1989, a.g.k., s. 347 vd.

ifade eden dar bir anlam içerdiğini belirtmektedir[1053]. Yazar, Kanun Koyucunun amacının haksız fiilin, *fiilin işlendiği yer, hareketin meydana geldiği yeri* bağlama noktası olarak önermediğini, *fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yer* arasında bir ayrım gözetmeksizin, her durumda haksız fiilin *vuku bulduğu, hareketin meydana geldiği* yeri haksız fiile uygulanacak olan hukuk olarak kabul ettiğini belirtmektedir[1054]. Bu nedenle de metnin ele alış biçiminin sakıncalı olduğunu vurgulamıştır. Yine yazara göre, metnin kaleme alınış şeklinin, sanki iki her iki fıkrada farklı bağlama noktalarının ele alındığı, iki ayrı durumu düzenlendiği izleniminin yaratıldığını belirtmektedir. Yazara göre, her iki fıkra birlikte ele alındığında m. 25/1'in *fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin* aynı yer olması durumunda fiilin işlendiği yer hukukunun uygulanmasını, m. 25/2'de ise *zararın meydana geldiği yer* ifadesinin, ika yeri ile zarar yerinin farklı ülkelerde olması halinde zarar yerini ika yeri olarak gördüğünü belirtmektedir. Kanaatimizce bu düşünce ika yeri ile zarar yeri ayrımını yapmamakta, haksız fiil ile ilgili olarak tüm hükmü tek bir bağlama noktası olarak ika yeri şeklinde görmektedir[1055]. Biz bu görüşe katılmamaktayız[1056].

Doktrinde bu anlayışın ortaya çıkmasındaki sebep ika yerinin neresi olduğu tartışmadır. Buna göre ika yeri fiilin işlendiği yer midir, yoksa fiilin sonuçlarının doğduğu yer midir? Bir diğer ifade ile kurşunun namludan çıktığı yer midir, kurşunun hedefe saplandığı ve zararın ortaya çıktığı yer midir?1057 Örneğin Avusturya Borçlar Kanunu açısından fiilin işlendiği yer ika yeri iken, İsviçre Borçlar Kanunu zarar yerini haksız fiilin ika yeri olarak tercih etmiştir1058. Maddi hukuk bakımından bu ayrımın bir önemi olmamakla birlikte, gösterici nitelikteki milletlerarası özel hukuk açısından bu ayrım önem taşır. Hangi maddi hukuk kuralının uygulanacağı bu ayrımın hangisinin kabul edildiği ile ilgili olacaktır. Mülga MÖHUK bu konuda her iki görüşü bütünleştirerek kabul etmiştir. Kanun hükmü her iki durumda da sonucun ika yerine vardığını hem fiilin gerçekleştiği hem de zararın meydana geldiği yerin ika yeri olduğu yorumunu esas almıştır. Doktrinde Turhan da tam olarak bu durumu eleştirmekte, esasında zarar yerinin

[1053] Turhan, 1989, a.g.k., s. 347 vd.
[1054] Turhan, 1989, a.g.k., s. 347 vd.
[1055] Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Turhan, 1989, a.g.k., s. 348; Tekinalp/Uyanık, a.g.k., s. 451.
[1056] Söz konusu hüküm 5718 sayılı Kanun'da da benzer şekilde düzenlendiğinden hareketle, bu konudaki düşüncelerimizi 5718 sayılı Kanun metodolojisini incelerken ayrıntılı olarak ele alacağız.
[1057] Nomer, 2015, a.g.k., s. 355.
[1058] Nomer, 2015, a.g.k., s. 355.

ika yeri olarak kabul edilmesi gerekliyken, ikinci fıkranın bu anlamda yanlış anlaşılmaya sebebiyet vermesi nedeniyle karışıklığa yol açtığını belirtmektedir[1059].

3.2.2. Madde 25/2: Zarar Yeri Kuralı

MÖHUK m. 25/2 Türk hukukunda nispeten yeni sayılan bir düzenleme getirmiştir. Doktrinde daha tartışılan bağlama noktalarından bir diğer olan zarar yeri kuralı, Kanun'da kabul edilmiştir. Ancak m. 25/1'e ilişkin açıklamalarımızda yer aldığı üzere burada Kanun Koyucunun amacının yeni bir bağlama kuralı yaratmak olmadığı, hatta kafa karışıklığı yarattığı, asıl olanın ika yeri düzenlemesi olduğu ve ika yeri düzenlemesinin sonucu olarak zararın ortaya çıktığı yerin de ika yeri olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir[1060].

MÖHUK m. 25/2'de yer verilen kuralın esas amacı 1. fıkradan kaynaklı olarak, ika yerinin tespit edilmesindeki zorlukların giderilmesidir. Bir diğer ifade ile ika yerinin tespit edilememesi halinde ne şekilde davranılması gerektiğini düzenlemiştir. Buna göre "*Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanır"* şeklinde ifade ederek ika yerinin saptanması sorununu çözmeye çalışmıştır. MÖHUK m. 25/2'de Kanun Koyucunun güttüğü amaç fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı yerlerde olması durumunda ika yerinin neresi olduğunun tespit edilmesidir[1061]. Yani temel mesele zarar yerinden kaynaklı olarak yeni bir bağlama noktası oluşturmak değil, ika yeri kuralından hareketle, ika yerinin tespit edilmesindeki zorlukları gidermektir. Bu nedenle zarar yeri bağlama noktası Kanun Koyucu ifadesi ve doktrin görüşü nedeniyle yeni bir bağlama noktası olarak karşımıza çıkmamıştır. Türk hukukunun İsviçre Borçlar Kanunu sistematiğinden hareket ettiği görülmektedir. Öte yandan bu ifadenin sadece "*zararın meydana geldiği yer ifadesinin karşılığı*" anlamına geldiği de doktrinde vurgulanmıştır[1062]. Ancak *fiilin işlendiği yer* ifadesinin "*zararın meydana geldiği yer ifadesinin karşılığı*" olacak şekilde anlaşıldığı yönündeki görüşe katılmamaktayız. Bu düşünce haksız fiil sonucunda meydana gelen *zararın oluştuğu yeri* de ika yeri olarak gören bir anlayışın sonucudur. Bir diğer ifade ile bu görüş, her durumda hem fiilin işlendiği yeri hem de zarar yerini ika yeri olarak kabul etmektedir. Az önce belirttiğimiz

[1059] Turhan, 1989, a.g.k., s. 355.
[1060] Turhan, 1989, a.g.k., s. 354.
[1061] Turhan, 1989, a.g.k., s. 347; Tekinalp/Uyanık, a.g.k., s. 451.
[1062] Benzer yönde bkz. Turhan, 1989, a.g.k., s. 347.

üzere esas amaç zararın meydana geldiği yerlerin farklı yerler olması halinde, bunlardan hangisinin ika yeri olduğunun tespit edilmesidir. Nitekim bu görüşün savunucularından doktrinde *Turhan,* m. 25'e dair önerdiği metinde, "*Haksız fiilden doğan borçlar zararın meydana geldiği yer hukukuna tâbi olacaktır*" şeklinde tek bir cümle ile ifade edilmesinin doğru olacağını belirtmiştir[1063] [1064].

4. 5718 SAYILI MÖHUK KAPSAMINDA HAKSIZ FİİLLERE UYGULANACAK GENEL KURAL

Türkiye Cumhuriyeti 1980 askeri müdahalesinin hemen öncesinde "*24 Ocak Kararları*" olarak bilinen ekonomide liberalleşme ve uluslararası piyasalar ile entegrasyon sürecine dahil olma kararı almıştır. Bu anlayışla hazırlanan 1982 Anayasası özellikle ekonomik ve ticari konularda daha özgürlükçü bir yaklaşım getirmiştir. Öte yandan Avrupa Ekonomik Topluluğu bu süreçte "*Birlik*" halini almıştır. Avrupa Birliği, üye ve aday ülkelere hayatın her alanında bir takım ortak standartlar getirme gayreti içinde olmuştur. Türkiye de 1999'da *Helsinki Kararları* ile "*Avrupa Birliği Aday Ülke*" statüsüne getirilmiştir. Böylece Avrupa Birliği ekonomik, sosyal ve kültürel başta olmak üzere hayatın her alanında başlayan bir etkileşim olmuştur. Bu etkileşim kendisini en çok da hukuki alanda göstermiştir. Avrupa Birliği tarafından kabul edilen pek çok hukuki kural Türk iç hukukuna aktarılmak amacıyla pek çok çalışma yapılmıştır.

Bu dönemde Rekabetin Korunması Hakkında Kanun[1065] (RKHK), Türk Medeni Kanunu[1066] (TMK), Türk Ticaret Kanunu Komisyonu gibi pek çok Kanun hazırlanması süreci başlatılmıştır. Bunlardan biri de MÖHUK'un değiştirilmesi ve yenilenmesi çalışmalarıdır. Kanunun genel gerekçesinde 2675 sayılı Kanunun dilinin eski olması, TMK, RKHK gibi yeni Kanunlara dayanarak yabancı unsurlu ilişkileri de bu çerçevede düzenlemek ile uyumun sağlanması, Türkiye'nin taraf olduğu pek çok uluslararası özel hukuk anlaşmasına uyum gibi pek çok nedenin varlığı nedeniyle[1067] 5718 sayılı Kanun hazırlanmış ve Mecliste kabul edilmiştir. Bu gibi genel gerekçeler yanında bir takım özel gerekçeler de vardır. Örneğin yabancı unsurlu sözleşme tiplerinde meydana gelen

---

[1063] Benzer yönde bkz. Turhan, 1989, a.g.k., s. 357.
[1064] Bu düşünce Öntasarının tartışıldığı Sempozyumda Prof. Dr. Hatemi ve Prof. Dr. Alangoya tarafından da dile getirilmiştir. Bkz. Sempozyum, a.g.k., s. 179-181.
[1065] RG: 13.12.1994, S: 22140.
[1066] RG: 8.12.2001, S: 24607.
[1067] 5718 sayılı Kanun gerekçesi, TBMM Kanun Teklifleri, <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>, Erişim Tarihi: 1.6.2019.

çeşitlilik ile özel haksız fiil ilişkilerine dair ulusal ve uluslararası doktrinde öne sürülen yeni görüşler 2675 sayılı Kanunun değiştirilmesindeki diğer gerekçelerdir.

5718 sayılı Kanun mülga 2675 sayılı Kanunun belirsiz ve boş bıraktığı pek çok hususu aydınlatma amacıyla daha kesin ve net düzenlemeler getirmiştir. Bu noktada Kanun sistematiği olarak *hâkime geniş takdir tanıyan, ülke menfaatleri açısından lex forist* bir yaklaşımın hâkim olduğu belirtilmiştir[1068]. Kanun özellikle en sıkı irtibatlı hukuk yaklaşımı ile hâkime geniş bir yetki verirken, Türk hukukunu yakından ilgilendiren olaylar ile vasıflandırma tespitleri için *lex forist* bir yaklaşım sergilemiştir. Öte yandan özellikle haksız fiiller açısından irade muhtariyetine de yer verilmesi bakımından taraflara da olaya uygulanacak olan hukuku yönlendirme imkânı vermesi nedeniyle geniş bir takdir yetkisi verdiği, liberal anlayış ile Kanunun hazırlandığı söylenebilir. Böylece tarafların karşılıklı menfaatlerini, ekonomik ilişkilerin düzeninin de korunduğu belirtilebilir[1069].

4.1. 5718 Sayılı MÖHUK'ün Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuka İlişkin Sistematiği

5718 sayılı MÖHUK genel sistematiğine uygun olarak haksız fiillere ilişkin genel ve özel kuralları bünyesine alacak şekilde bir düzenleme getirmiştir. Buna göre MÖHUK m. 34'te genel kural ve sınırları belirtilirken, 35 ile 39. Maddeler arasında özel haksız fiil türlerine uygulanacak olan hukuk kuralları açıklanmıştır. Kanun'un böylece aynı dönem içinde taslak halinde var olan *Roma II Tüzüğü* ile benzer şekilde hareket ettiği görülmektedir.

Konumuz açısından ele alacağımız MÖHUK m. 34, 2675 sayılı Kanun dönemi ile benzer bir düzenleme getirmiş, zamanın ruhuna uygun bazı eklemeler yapmıştır. Buna göre;

1. *Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tâbidir.*
2. *Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması hâlinde, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır*
3. *Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması hâlinde bu ülke hukuku uygulanır.*
4. *Haksız fiile veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukuk imkân veriyorsa, zarar gören, talebini doğrudan doğruya sorumlunun sigortacısına karşı ileri sürebilir.*

[1068] Güngör-Güneysu, 2007, a.g.k. s. 202 vd.
[1069] Güngör-Güneysu, 2007, a.g.k. s. 203.

5. *Taraflar, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler*

şeklindedir.

Kanunun haksız fiillere ilişkin uygulanacak olan genel kuralı belirttiği MÖHUK m. 34/1, m. 34/2, m. 34/3 hükümlerinin, mülga 2675 sayılı Kanun ile benzerlik gösterdiği görülmektedir. Bunun yanında iki yeni düzenleme eklenmiştir: İlk olarak haksız fiilde zarar göreni koruyucu nitelikte bir düzenleme ile sigorta şirketlerine başvuru yolunu kabul etmiştir. Buna göre eğer haksız fiile veya sigorta sözleşmesinde bulunan hüküm çerçevesinde imkân var ise, zarar gören doğrudan zarar verenin sigortacısına başvurarak konunun çözümlenmesini isteyebilir. Böylece zarar gören açısından zararın telafisi için daha kolay bir imkân getirildiği görülmektedir.

Kanunun getirdiği ikinci düzenleme ise oldukça radikal bir yenilik getirmiştir. Karşılaştırmalı hukukta da halen tartışılan bir kavram olan haksız fiillerde irade muhtariyetinin kabul edilip edilmeyeceği konusunda Türk hukuku taraf olmuştur. Türk Kanun Koyucusu özellikle *Roma II'*den etkilenerek haksız fiillerde irade muhtariyetinin kabul edilmesi yönünde tercihte bulunmuştur. Akit dışı borç ilişkileri bakımından hukuk seçiminin açıkça kabul edildiği *Roma II Tüzüğünde* akit dışı borç ilişkilerinde açıkça taraf iradelerinin uygulanabilmesine imkân tanınmıştır. 5718 sayılı MÖHUK bakımından dikkate değer ve güncel gelişmelere uygun olarak hazırlanan hükümlerden biri olan m. 34/5 fıkrası haksız fiiller alanında tarafların irade muhtariyeti ile seçecekleri hukukun uygulanmasının kabul edilmesini öngörmüştür. Sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerinin gölgesinde kalan MÖHUK m. 34/5'e ilişkin irade muhtariyeti prensibinin ne şekilde uygulanacağı, metodolojik olarak kurallarının tayin edilmesi, irade muhtariyetinin geçerliliğinin belirlenmesi gibi hususlar tartışılmaya değer konulardır. Ayrıca, m. 34'ün niteliği gereği, genellikle tesadüfî şekilde meydana gelen hukukî ilişkilerin sonrasında irade muhtariyetinin tarafların gündemine gelmesi, hükmün uygulanabilirliğini ve somut faydasını düşünülmeye değer kılmaktadır. Nihayet, MÖHUK m. 34 "*Haksız Fiiller*" başlığını taşırken, buradaki düzenlemenin sınırlı olarak haksız fiil halleri mi kapsadığı; yoksa geniş manada akit dışı borç ilişkilerini kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği de tartışılacaktır. Bu bağlamda m. 34/5 yanında, özel haksız fiil türleri bakımından irade muhtariyeti düzenlemelerine yer verilmemesinin, bu konudaki mukayeseli düzenlemeler ile incelenmesi yapılacaktır.

4.2. Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuka Dair Bağlama Kuralları

MÖHUK düzenlemesine ilişkin genel açıklamalardan sonra MÖHUK m. 34'ün bağlama kurallarını ele alacağız. Çalışmamızı ele alırken, uluslararası özel hukukun maddi hukukla ilişkilerini ihmal etmeden açıklama yapacağız. Her ne kadar kanunlar ihtilafı kuralları gösterici nitelikte olsa da Kanun lafzında kullanılan ifadelerin bir bütün olarak ele alınması gerekmektedir. Bir diğer ifade ile Türk kanunlar ihtilafı hukukundaki ifadeler ile TBK'da düzenlemelerine ilişkin ifadelerin aynı yönde olması gerekmektedir. Örneğin, MÖHUK m. 34 her ne kadar haksız fiile uygulanacak olan hukuku gösterse de Kanun metninde haksız fiile karşılık gelen anlamdan, TBK'da da benzer ifadelerin yer alması gerekmektedir. Belirtmek istediğimiz husus konunun esasına ilişkin olmayıp, lafzi olarak benzer ifadelerin kullanılması gerektiğini belirtmekteyiz.

TBK'da bir kimsenin hukukî sorumluluğundan bahsetmek için öncelikle kendisinin iradi bir fiilinin, eyleminin olması gerektiği belirtilmiştir (TBK m. 49)[1070]. Fiil sözlük anlamı itibariyle bir kimsenin olumlu bir davranışı meydana getirecek şekilde hareket etmesi olarak tanımlanırken, hukuken bu durum bununla sınırlı değildir. Zira hukuk, bazı hâllerde yapmama, hareketsiz kalma durumlarına da sonuç bağlamış, eylemsizliği, zarara sebebiyet veren bir hâl olarak vasıflandırmıştır.

"*Sorumluluk*" başlığı altında, TBK'nın 49. maddesinde "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür*" şeklinde belirtilmiştir. Hukukî sorumluluk çeşitli şekillerde doğar. Hukukî sorumluluğun taraflar arasında mevcut olan hukukî bir ilişkiden veya daha önceden mevcut olmayan bir hukukî ilişkiden doğmasına göre borcun kaynağı da çeşitlenmektedir[1071]. Borcun kaynağı denildiğinde taraflar arasındaki alacaklı-borçlu ilişkisinin sebebine gitmek gereklidir. Taraflar arasındaki alacaklı-borçlu ilişkisi geçmişte var olan hukukî ilişkiye dayanmakta ise bu noktada akdi bir borç ilişkisi vardır. Adında belirtildiği üzere buradaki borç ilişkisinin kaynağı da taraflar arasında geçmişte var olan bir akittir. O halde borcun kaynağı da sözleşmedir. Öte yandan taraflar arasındaki hukukî ilişki geçmişte meydana gelen bir hukukî ilişkiden, akitten veya akit benzeri bir işlemden meydana gelmemiş ise bu durumda akit dışı bir hukukî ilişkiden bahsedilmektedir. Taraflar arasındaki hukukî sorumluluğun kaynağı geçmişte var olmayan bir hukukî ilişkiye, başka bir deyişle

[1070] Oğuzman/Öz, 2014, a.g.k., s. 12 vd.
[1071] Eren, 2015, a.g.k., s. 115; Oğuzman/Öz, 2014, a.g.k., Cilt II, s. 2.

ansızın, tesadüfen ve beklenmedik bir şekilde ortaya çıkan bir sorumluluk ilişkisine dayanmakta ise bu durumda akit dışı hukukî ilişkisinden kaynaklanan bir sorumluluk ilişkisi vardır[1072].

Akit dışı hukukî ilişkisi kendi içerisinde birçok hususu barındırmaktadır. Kural olarak taraflar arasında daha önce tasarlanmayan borç ilişkilerini belirten ve düzenleyen kavram olan akit dışı hukukî ilişkileri, bu tanımı içerisinde hayat ilişkisinde çok geniş bir alanı içine alır. Öyle ki, taraflar arasında akdi olmayan her hukukî ilişki akit dışı sayılır. Hâl böyle olunca akit dışı hukukî ilişkisinin mahiyeti ve sınırları genişlemektedir. Bu durum ileride açıklanacağı üzere milletlerarası özel hukuk açısından da önem arz etmektedir. Zira milletlerarası özel hukukta vasıflandırma ile niteliği tayin edilecek olan bir kavramın doğrudan akit dışı bir borçtan doğması sonrasında, akit dışı hukukî ilişkileri içinde yer verilmesi ve uygulanacak hukuku belirtilmesi akit dışı hukukî ilişkilerinin mahiyetini genişletecek, niteliği gereği farklı hukukî ilişkiler içinde yer verilecek bir kavramı, akit dışı olarak nitelendirilmesine sebebiyet verecektir. Akit dışı hukukî ilişkileri içerisinde *culpa in contrahendo*, vekaletsiz iş görme, fiili sözleşme ilişkileri, sözleşme dışı koruma ve benzeri kavramların yer alması belirtmiş olduğumuz geniş hukukî nitelendirmeye örnek teşkil etmektedir[1073].

Biz, borca aykırılık kavramlarının dışında, akit dışı hukukî ilişkilerinin genişliğinin ve sınırsızlığının bir gereği olarak, konuyu bir çerçeve içine almak amacıyla sadece TBK m. 49'a uygun olarak tüm akit dışı hukukî ilişkileri değil, yalnızca hukuka aykırı bir fiil ile bir başkasına kusurlu veya kusursuz olarak zarar verilmesi suretiyle ortaya çıkan halleri haksız fiil olarak nitelendiriyoruz. Bu noktada TBK ifadesi ile MÖHUK m. 34 başlığı birbirine uygunluk arz ettiğini görüyoruz.

4.2.1. Genel Kural: Haksız Fiilin İşlendiği Ülke Hukuku

4.2.1.1. Hüküm Lafzının Değerlendirilmesi

MÖHUK m. 34/1 "*Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tâbidir*" şeklindedir. Bilindiği üzere yabancı unsurlu haksız fiillerde, haksız fiilin meydana geldiği yer hukukunun uygulanması kuralı, bu konudaki en eski bağlama kuralıdır. Kuralın sistematiği ve amacı basittir: Haksız fiil nerede meydana gelmiş ise o ülkenin hukuku uygulanmalıdır. Yine, bu kuralın uygulanmasının nedenlerinden diğeri

[1072] Oğuzman/ Öz, 2014, a.g.k., s. 2.
[1073] Eren, 2015, a.g.k., s. 115.

de haksız fiilin meydana gelmesi ile ihlal edilen kamu zararının ve düzeninin, fiilin meydana geldiği yer hukukunun uygulanması ile telafi edilmek istenmesidir. Tüm bunlar nedeniyle Türk kanunlar ihtilafı hukukunda haksız fiillere uygulanacak olan genel kural değişmemiş, aynı kalmıştır.

Kanun koyucunun bu iradesi daha önce de belirttiğimiz üzere doktrinde eleştirilmiştir. Mülga 2675 sayılı Kanunda eleştirilen husus olan "*haksız fiilin işlendiği ülke*" ifadesini kullanmakta ısrar etmiştir. Haksız fiilin işlendiği ülke kuralının tercih edilme nedenlerinin hukuki kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlikten kaynaklanan nedenler olduğu belirtilse de *işlendiği ülke* ifadesindeki muğlaklığın yarattığı belirsizlik haksız fiiller açısından iş bu Kanun döneminde de devam edeceğe benzemektedir. "*Haksız fiilin işlendiği yer*" ifadesi kanunlar ihtilafı metodolojisi açısından kesin ve net bir durum ortaya koyamamaktadır. Zira bu ifade hareketin yapıldığı, fiilin meydana geldiği yeri ifade etmektedir. Ancak haksız fiil olarak ifade edilen borç kaynağı, hukuka aykırı bir fiil ile bir başkasına yönelik olarak zarar veren davranış ve hareketsiz kalma sonucunda meydana gelen zararları da düzenlemektedir. Bir diğer ifade ile hareketsiz kalma sonucunda bir zarar meydana gelirse bu zarar da haksız fiildir. O halde MÖHUK m. 34/1'de ifade edilen *haksız fiilin işlendiği ülke* düzenlemesi hareketsiz kalma sonucunda meydana gelen zararları veya zararın görünüm şekillerinin farklı olduğu konuları ele almamaktadır. Daha önce de belirttiğimiz üzere Türk Dil Kurumu tarafından hazırlanan *Büyük Türkçe Sözlükte* de *"işlemek*" sözcüğünün pek çok anlamından birinin de *durağan durumdan harekete geçmek, çalışmak* olduğu belirtilmiştir[1074]. Dolayısıyla Kanun ifadesinden hareketle sadece yapma eylemi sonucunda meydana gelen *haksız fiilin işlendiği yer* bağlama noktası ile hareketsiz kalma sonucunda meydana gelecek olan haksız fiiller dışlanmaktadır.

Doktrinde farklı gerekçeler ile aynı sonuca ulaşıldığı görülmektedir[1075]. *Turhan, haksız fiilin işlendiği yer* ifadesi ile zarar yerinin karşılığı olan ve hareketin yapıldığı yeri ifade eden dar bir anlam içerdiğini belirtmektedir[1076]. Yazar, Kanun Koyucunun amacının haksız fiilin, *fiilin işlendiği yer, hareketin meydana geldiği yeri* bağlama noktası olarak önermediğini, *fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yer* arasında bir ayrım

[1074] Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu İnternet Sitesi, <http://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 30.5.2019.
[1075] Turhan, 1989, a.g.k., s. 347 vd.
[1076] Turhan, 1989, a.g.k., s. 347 vd.

gözetmeksizin, her durumda haksız fiilin *vuku bulduğu, hareketin meydana geldiği* yeri haksız fiile uygulanacak olan hukuk olarak kabul ettiğini belirtmektedir[1077]. Bu nedenle de metnin ele alış biçiminin sakıncalı olduğunu vurgulamıştır. Yine yazara göre, metnin kaleme alınış şeklinin, sanki her iki fıkrada farklı bağlama noktalarının ele alındığı, iki ayrı durumu düzenlendiği izleniminin yaratıldığını belirtmektedir. Yazara göre, her iki fıkra birlikte ele alındığında m. 34/1'in *fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin* aynı yer olması durumunda fiilin işlendiği yer hukukunun uygulanmasını, m. 34/2'de ise *zararın meydana geldiği yer* ifadesinin, ika yeri ile zarar yerinin farklı ülkelerde olması halinde zarar yerini ika yeri olarak gördüğünü belirtmektedir. Kanaatimizce bu düşünce ika yeri ile zarar yeri ayrımını yapmamakta, haksız fiil ile ilgili olarak tüm hükmü tek bir bağlama noktası olarak ika yeri şeklinde görmektedir[1078].

Yine *fiilin işlendiği yer* ifadesinin hukuken eksik olduğunu 2675 sayılı Kanun tasarısının tartışıldığı dönemde *Prof. Dr. Hatemi* de dile getirmiştir[1079]. Yazar, haksız fiilin tamamlanması için esas olanın zarar unsuru olduğu, dolayısıyla sadece *işlendiği yer* ifadesinin kullanılması durumunda, zararın meydana gelip gelmediğinin göz ardı edileceği, fiil ile zararın farklı ülkelerde meydana gelmesi durumunda işlendiği yer hukukunun esas alınmasının haksız fiiller açısından belirsizlik meydana getireceğini belirtmiştir[1080]. Bu nedenle Yazar, "*haksız fiilin tamamlandığı yer*" ifadesinin Kanunda tek cümle ile ifade edilmesinin uygun olacağını belirtmiştir[1081].

4.2.1.2. Görüşümüz

Fiil, sözlük anlamı itibariyle "*olumlu veya olumsuz olarak çekimli durumda zaman kavramı taşıyan veya zaman kavramı ile birlikte kişi kavramı veren kelime, eylem*" olarak tanımlamaktadır[1082]. Fiil haksız fiil hukukunda geniş bir ifade taşır. Olumlu olarak bir şeyi yapmak anlamına geldiği gibi aynı zamanda, bir şeyi yapmamak anlamına da gelir. Şu hâlde fiil, bir insanın bir şeyi iradi olarak yapma veya yapmama şeklindeki davranışıdır[1083]. Hareketsiz kalmanın bir fiil olarak sonuç doğurabilmesi için failin

[1077] Turhan, 1989, a.g.k., s. 347 vd.
[1078] Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Turhan, 1989, a.g.k., s. 348; Tekinalp/Uyanık, a.g.k., s. 451.
[1079] Sempozyum, a.g.k. s. 180.
[1080] Sempozyum, a.g.k. s. 180.
[1081] Tartışmalar için bkz. Sempozyum, a.g.k. s. 180 vd.
[1082] Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu İnternet Sitesi, <http://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 10.6.2019.
[1083] Oğuzman/Öz, 2014, a.g.k., Cilt II, s. 13 vd; Tandoğan, 1977, a.g.k., s. 12.

zorunlu olarak bir davranışta bulunmaması, hareketsiz kalması gereklidir[1084]. Bir diğer ifade ile failin davranışının sorumluluk meydana getirmesi için, failin zarara uğrayan kişiye karşı kaçınılan davranışta bulunması gereklidir. Hareketsiz kalmak suretiyle meydana gelecek olan haksız fiillerin ihmal suretiyle icra edildikleri söylenebilir[1085].

MÖHUK m. 34 lafzi hükmünde belirtilen ve ika yeri bağlama noktasının ifade edildiği *fiilin işlendiği yer* ifadesi ile TBK m. 49 ve devamında düzenlenen haksız fiil tanımı birbiri ile örtüşmemektedir. Daha önce de belirttiğimiz üzere Türk Dil Kurumu tarafından hazırlanan *Büyük Türkçe Sözlükte* de "*işlemek*" sözcüğünün pek çok anlamından birinin de *durağan durumdan harekete geçmek, çalışmak* olduğu belirtilmiştir[1086]. Dolayısıyla Kanun ifadesinden hareketle sadece yapma eylemi sonucunda meydana gelen *haksız fiilin işlendiği yer* bağlama noktası ile hareketsiz kalma sonucunda meydana gelecek olan haksız fiiller dışlanmaktadır.

Kanunu düzenleyen hukukçular muhtemeldir ki *işlendiği yer* ifadesini aynı zamanda, hareketsiz kalma olarak nitelendirilen ihmal suretiyle meydana gelen haksız fiilleri de içine alacak şekilde düşünerek hareket etmişlerdir. Bu durum pek tabi makul ve anlaşılabilir. Ancak ileride ele alacağımız üzere m. 34/1, m. 34/2 ve m. 34/3 hükümlerini değerlendirecek olan hâkim, uygulanacak hukuku tespit ederken söz konusu hükümleri sırasıyla değil, olayın tüm unsurlarını niteliksel olarak ele alarak uygulanacak hukuka karar verecektir. Hâkim tüm irtibat noktalarını değerlendirecektir. Bu nedenle fiilin işlendiği yer bağlama noktası kuralının uygulanması iki nedenle daha zordur: İlk olarak fiilin işlendiği yer ifadesinden sadece hukukun ihlal edildiği ve sonu zarar olan olayın meydana geldiği hareket veya hareketsiz kalma iradesi anlaşılacak ise bu durumda sorun yoktur. Ancak haksız fiilin sürekli olarak devam ettiği, fiilin veya hareketsiz kalmanın kesilmediği bir durumda fiilin işlendiği yer neresidir? Bu durumda hareket için ilk hamlenin yapıldığı veya hareketsiz kalındığı yer midir? Bir diğer yön ile de hareketin tamamlandığı yerde fiil de tamamlandığı için tamamlanan yer hukuku mu

[1084] Oğuzman/Öz, 2014, a.g.k., Cilt II, s. 13 vd; Tandoğan, 1977, a.g.k., s. 12.
[1085] Yargıtay 4. HD. T. 13.6.1989.
[1086] Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu İnternet Sitesi, <http://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 10.6.2019.

uygulanacaktır? Bu gibi belirsizlikler fiilin işlendiği yer hukuku kuralının eksik yanlarıdır[1087]. Bu nedenle de alternatif bağlama kuralları önerilmiştir.

Kanaatimizce m. 34/1 kuralı sadece temel düzenleme olarak Kanunda uygulanması öngörülen bir hüküm olarak kalmıştır. Zira özellikle m. 34/2 ve m. 34/3 düzenlemeleri sonrasında fiilin işlendiği yer kuralının eski önemi kalmamıştır. MÖHUK m. 34'ün yabancılık unsuru içeren hukuki ilişkilere uygulanacağı düşünüldüğünde, Türkiye'de meydana gelecek bir haksız fiilde fiilin işlendiği yer kuralının uygulanması için zararın da Türkiye'de meydana gelmesi ve tarafların başkaca irtibat noktalarının var olmaması gereklidir[1088]. Bilinçli ve kanunlar ihtilafı hukukunu bilen Türk hâkimi tarafların irtibatlarının olmaması, yani daha yakın irtibatın var olmaması, zararın fiilin meydana geldiği yerde oluşması ve aynı zamanda tarafların haksız fiilin meydana gelmesinden

[1087] Bu sorular Kanunda yer alan diğer bağlama kurallarının varlığı nedeniyle günümüzde eskisi kadar önem arz etmemektedir. Ancak soruların cevaplarını da belirtmek gerekir. Haksız fiilin fiil unsuru, hukuka aykırılık ile birlikte ortaya çıkması durumunda gerçekleşmiş kabul edilir. O halde hukuka aykırı bir fiilin meydana getirilme düşüncesi ilk olarak nerede meydana gelmiş ise ve bu düşünceye paralel olarak fiil veya hareketsiz kalma iradesi ortaya konmuş ise bu durumda haksız fiili meydana getirecek fiil de var olmuş demektir. O halde haksız fiilin işlendiği yer yer hukuku bu iradenin fiili olarak ortaya çıktığı yerdir. Fiilin sürekli olarak devam etmesi kanaatimizce konunun maddi hukuk açısından ele alınarak zamanaşımı bakımından önem taşıdığı noktadır. Fiil ne zaman kesilir ise zamanaşımı da işlemeye başlayacaktır. Elbette, zamanaşımının maddi hukuk veya usul hukukuna dahil olmasının sonuçları bu görüşümüz dışındadır.

[1088] Yargıtay bir kararında bu yönde karar vermiştir. Buna göre "*Taraflar arasında görülen davada İstanbul Asliye 6. Ticaret Mahkemesi'nce verilen 05.07.2005 tarih ve 2002/1150-2005/501 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi Figen Y. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü: Karar: Davacı vekili, müvekkilinin Almanya'nın Münih kentinde Outset GmbH isimli firmayı kurduğunu, kurulan bu firmanın %90 hissesini 17.08.1997 tarihinde şu andaki ismi ile Özlenir Giyim Sanayi Ticaret A.Ş'ye sattığını, Özlenir A.Ş'nin İstanbul'da Özlenir A.Ş'nin Levis yetkili bayilerinden olduğunu ve Batı Avrupa'daki diğer bayiler ile toptan mal alım satımına izin verildiğini, ancak Levis Almanya'nın pazarının azalacağı kaygısı ile hukuka aykırı faaliyetleri ile Outset'in faaliyetlerini köstekleyici girişimlerde bulunduğunu, Türkiye'deki bazı bayilerin Levis 501 marka pantolonların gümrükte henüz açılmadan pamuklu dokuma pantolon şeklinde fatura ederek, İtalya, Almanya, İsviçre ve Avusturya'daki diğer Levis bayilerine ve bayi olmayan tüccarlara daha düşük fiyatlarla sattığını ve Levis'in buna göz yumduğunu, bu şekilde Outset'in iflasına yol açtığını ileri sürerek 50.000.000.000 TL tazminatın davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalılar vekilleri; davacının aktif husumet ehliyetinin bulunmadığını, Münih Almanya mahkemelerinin yetkili olduğunu ve davanın zamanaşımına uğradığını savunarak davanın reddini istemişlerdir. Mahkemece iddia, savunma, sunulan kanıtlar değerlendirilerek; davacının dava dışı ortağı Outset GmbH'ın Münih/Almanya'da kurulu bir şirket olduğu ve bu şirketin Münih/Almanya mahkemeleri tarafından iflasına karar verildiği, haksız fiilin işlendiği yerin Münih/Almanya olduğu gerekçesi ile MÖHUK. nun 25 ve 27. maddeleri gereğince mahkemenin yetkisizliğine karar verilmiştir. Karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillere gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir*." Yargıtay 11. HD. E. 2005/ 13470, K. 2007 / 1321, T. 05.02.2007. Sinerji İçtihat Bankası. Benzer bir karar için bkz. Yargıtay 19. HD. E. 1995/2452, K. 1995/9769, T. 16.11.1995. Şanlı/Esen/Figenmeşe, 2015, a.g.k., s. 296.

sonra başkaca bir hukuk seçmemeleri durumunda doğrudan fiilin işlendiği yer hukukunun uygulanmasına karar vereceği söylenebilir[1089].

O halde hukukun temel kaidelerinden biri olan *kanun koyucu abesle iştigal etmez* anlayışından hareketle, günümüzde MÖHUK m. 34/1'de belirtilen fiilin işlendiği yer hukuku kuralına gerek olmadığını düşünmekteyiz. Haksız fiilin tamamlanması için zarar unsurunun zorunlu olması, zarar unsurunun tamamlandığı yerin haksız fiilin tamamlandığı yer olması, bu nedenle de zararın meydana geldiği yerin öneminin artması haksız fiilin işlendiği yer hukukunun uygulanmasını doğrudan bertaraf etmektedir[1090]. Daha sıkı irtibatlı hukuk anlayışının kabul edilmesi ile nitelik arz eden irtibat noktalarının

---

[1089] Yargıtay bir kararında MÖHUK m. 34/1'e göre karar vermeyen ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Buna göre, "*davacılar davalılar tarafından Almanya başta olmak üzere birçok ülkede yüksek faiz garantisi ve paraların her istediği an geri çekilebileceği sözü verilerek adeta bir banka gibi binlerce insandan cami, kahvehane gibi yerlerde mevduat toplandığı ve bu paralar karşılığında yüksek oranlarda faiz dağıtılacağı vaad edildiğini, müvekkilinin de davalı şirket ve çalışanları tarafından verilen bu garantilere inanarak davalı şirkete 9.600 DM tutarında bir yatırım yaptığını, bu para karşılığında üzerinde R. I. A. Holding ibaresi bulunan teslim tesellüm belgesi adlı makbuz niteliğinde bir belge verildiğini, müvekkilinin yatırdığı parayı çekmek istediğinde paranın iade edilmediğini, davanın davalı şirket adına yurt dışında yapılan para toplama faaliyetine ilişkin olup bu nedenle milletlerarası niteliğe sahip olduğunu, açılan davanın bir yanı ile haksız fiile dayanan tazminat davası olup MÖHUK. 34/1 maddesi uyarınca Alman Hukuku'nun uygulanması gerektiğini, yürütülen faaliyetler Alman kanunlarına aykırı olduğunu, Alman Kanunları uyarınca davacının kandırılması sonucu davalıların sebepsiz zenginleştiklerini, davalı şirket ve yetkilileri tarafından yürütülen faaliyetlerin usulsüz olduğu resmi kurumlar tarafından yayınlanan belgeler ile sabit olduğunu, davalı şirket yönetim kurulu başkanı davalı Y.. Y..'in de davacının zararından doğrudan doğruya kendi malvarlığı ile sorumlu olduğunu, ileri sürerek 12.147,31 TL'nin tahsilini, talep ve dava etmiştir.*

Davalılar, davanın zamanaşımına uğradığını, müvekkili O. 'a husumet yöneltilemeyeceğini, davacının teslim ve tesellüm belgesi ile pay senetlerini teslim alıp davalı şirkete ortak olduğunu, davacının şirketlerinden hamiline yazılı hisse senedi alıp bu hisse senedi ortaklık pay defterine kaydedildiğini, davacının kötüniyetli olduğunu, savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, söz konusu para davacı tarafından davalıya 13.11.2000 tarihinde verildiği, davanın ise 30.12.2011 tarihinde açıldığı, davacı tarafın eski BK'nın 60. maddesi kapsamında, zararı öğrendiğinden itibaren 1 yıl her halükarda 10 yıl içerisinde sözkonusu davayı açması gerektiği, oysa ki davacı taraf söz konusu davasını 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde açmadığı, ayrıca davacı tarafından ibraz edilen belgelerden de görüldüğü üzere davalı şirketin kendilerini dolandırmaya yönelik faaliyet içerisinde bulunduklarını 2001 yıllarına ait deliller de sunması dikkate alınarak süresi içerisinde dava açmadığı, gerekçesi ile davanın zamanaşımı nedeni ile reddine karar verilmiştir…Şu halde, yüksek faiz garantisi ve paraların her istediği an geri çekilebileceği garantisi ile inandırılıp, güven telkin edilen ve yatırdığı parasını alamayacağının anlaşılması üzerine işbu davayı açtığı ileri sürülen davacıya karşı paranın yatırılış tarihine göre zamanaşımı süresinin dolduğunu belirterek zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralı ile bağdaşır bir tutum olmadığının kabulü gerekir.

Bu itibarla, mahkemece davalı tarafın yerinde bulunmayan zamanaşımı def'inin reddiyle uyuşmazlığın esasına girilmek gerekirken, anılan hususlar gözden kaçırılarak davanın zamanaşımı yönünden reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir". Yargıtay 11. HD., E. 2013/10351, K. 2014/48, T. 6.1.2014. Kazancı İçtihat Bankası. Benzer yönde bir karar için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2015/7246 K. 2016/1658 T. 17.2.2016; Yargıtay 11. HD. E. 2013/2087 K. 2013/6370, 10.5.2013.

[1090] *Turhan*, haksız fiilin meydana geldiği yer ile zarar yerini birlikte ika yeri olarak kabul ettiği için bu anlayışa muhaliftir. Turhan, 1989, a.g.k., s. 357.

zararın meydana geldiği yerden bir başka yeri göstermesi durumunda her durumda daha sıkı irtibatlı hukuk uygulanacaktır. O halde m. 34/1 olmaksızın "*Haksız fiilden doğan borçlar zararın meydana geldiği ülke hukukuna tabidir*" şeklindeki düzenlemeyle hükmün sadeleştirilmesi mümkündür[1091].

4.2.2. Zararın Meydana Geldiği Yer Kuralı

Mülga 2675 sayılı MÖHUK'te de mevcut olan ve aynen korunan bir diğer hüküm de MÖHUK m. 34/2'dir. Buna göre, "*Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması hâlinde, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır*" düzenlemesi ile haksız fiilin meydana geldiği yer hukukunun dışında ikinci bir bağlama noktası olarak zarar yerinin hukukunun uygulanması kabul edilmiştir.

Zarar yeri hukukunun uygulanmasının kabul edilmesinin nedeni, haksız fiilin meydana geldiği yerin tespit edilmesindeki zorluklar ve zarar unsurunun tamamlanması gerekliliğidir[1092]. Zira sadece haksız fiilin işlendiği yer hukukunun olaya tatbik edilmesi durumunda, zarar unsurunun dışlanması halinde haksız fiilin tamamlanamayacağı belirtilmiştir[1093]. Bunun yanında süreklilik arz eden haksız fiillerde fiilin meydana geldiği yeri tespit etmedeki sorunlar da zarar yeri kavramının önemini göstermiştir[1094].

Zarar yeri hukukunun uygulanması önerisi 2675 sayılı Kanun tasarısında gündeme gelmiş, tartışılmış, kabul edilmiştir[1095]. Ancak sonrasında zarar yerinden ne anlaşılması gerektiği ve zarar yerine ilişkin doktrinde yapılan yorumlar, konuya farklı bir noktaya taşımıştır[1096]. Bu yaklaşımlar sadece teorik açıdan değil, pratik açıdan da önem arz etmektedir. Zira zarar yerinin tanımının eksik yapılması, hâkimin uygulanacak olan hukuku yanlış tespit etmesi sonucunu doğuracaktır[1097]. Meselenin diğer bir yönü de zarar kavramı ile maddi hukuk ve kanunlar ihtilafı hukuku açısından aynı hususun anlaşılması gerekliliğidir. Yani zarar kavramının Türk hukuk sisteminde tek bir tanımla anılması gereklidir.

[1091] Benzer yönde görüş için bkz. Turhan, 1989, a.g.k., s. 357.
[1092] Turhan, 1989, a.g.k., s. 364.
[1093] Sempozyum, 1976, a.g.k., s. 183.
[1094] Turhan, 1989, a.g.k., s. 364.
[1095] Tartışmalar için bkz. Sempozyum, 1976, a.g.k., s. 183.
[1096] Turhan, 1989, a.g.k., s. 364.
[1097] Sempozyum, 1976, a.g.k., s. 183.

4.2.2.1. Zarar Yeri Neresidir?

Zarar yerinin neresi olduğuna değinmeden önce, neden zarar yeri hukukunun uygulanmasına ilişkin görüşler gündeme geldi bunları belirtmek gerekmektedir. Özellikle Amerikan hukukunda zarar yeri hukukunun uygulanmasına ilişkin yaklaşım, ika yeri yaklaşımına nazaran daha fazla benimsendiği görülmektedir. Zira Amerikan kanunlar ihtilafı hukukunun gelişiminde temel kaynaklardan biri olan kazanılmış haklar teorisine göre, bir hakkın kazanılmasını sağlamak için, *en son olay (last even)'ın* meydana geldiği yere bakmak gereklidir. Olayın meydana geldiği yere göre bir hakkın kazanılması veya kaybı söz konusu olacaktır. Buna göre madem ki bir haksız fiilin meydana gelmesi, ancak zarar unsurunun tamamlanması ile mümkündür, o halde kazanılmış hakkın da meydana gelebilmesi için zararın meydana geldiği yere bakmak gereklidir. Bu doğrultuda haksız fiiller için hakkın kazanıldığı yerin haksız fiilin tamamlandığı yer olan zarar yeri olduğu belirtilmiştir.

Kazanılmış haklar teorisi dışında zarar yeri hukukunun kabul edilmesinin, sorumluluk hukukunun *koruyucu ve tazmin edici* anlayışı ile daha örtüştüğünü belirtmektedir. Modern haksız fiil hukuku anlayışı haksız fiili meydana getireni *cezalandırma ve haksız fiilin meydana gelmesini önlemek* anlayışını terk etmiştir. Bunun yerine haksız fiilin meydana getirdiği zararın *tazmin edilmesini kolaylaştırmak ve mağduru korumak* anlayışı yolunda evrilmiştir[1098]. Bu nedenle haksız fiillerde zararın doğduğu yer hukukunun uygulanması, ika yeri hukukunun uygulanmasına nazaran daha koruyucu ve mağdurun lehinedir. Bu durum aynı zamanda mağdurun haklı çıkar ve beklentilerine de uygundur.

Haksız fiilin modern zaman tanımından hareketle koruyucu ve tazmin edici yanının zarar yeri hukuku olduğunu belirttikten sonra zarar yerinin neresi olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu konuda doktrinde farklı görüşler vardır. Bu görüşler özellikle, zarar yerinin hukuka aykırı fiilin doğrudan bir sonucu olarak malvarlığında veya kişilik haklarında bir zedelenmenin meydana geldiği yer mi yoksa hukuken korunan menfaatin ihlal edildiği yer mi olduğu noktasında toplanmıştır[1099]. Türk kanunlar ihtilafı hukukçularına göre zarar yeri, hukuken korunan menfaatlerin ihlal edildiği yer olarak

[1098] Doktrin görüşleri için bkz. Turhan, 1989, a.g.k., s. 172.
[1099] Görüşler için bkz. Tekinalp/Uyanık, a.g.k., s. 451.

anlaşılmaktadır[1100]. Yazarlar bu konudaki görüşlerini şu örnekleme üzerinden anlatmaktadır: X Devletinde ikamet eden A, Y devletinde ikamet eden B'ye bir kutu zehirli şeker göndermiş; bunları X devletinde tüketen A, Z devletinde hastalanmış ve W devletinde vefat etmiştir. O halde meydana gelen haksız fiilde zarar yeri, hukuka aykırı olayın sonuçlarının görülmeye başladığı Z devletidir[1101]. Burada zarar yeri ölümün meydana geldiği ve malvarlığına ilişkin sonuçlarını doğurduğu W devleti değildir. Yazarların verdikleri bir diğer örnekte ise İsviçre'den Almanya'ya hareket eden bir trende, İsviçre'de çıkan kavga sonucunda yaralanan A'nın Almanya'da vefat etmesi sonrasında, hukuka aykırı sonucun çıktığı ve tarafların etkilendiği yer olarak Alman hukukunun uygulanması önerilmiştir[1102].

Doktrinde *Turhan, haksız fiilin işlendiği yer* ifadesi ile zarar yerinin karşılığı olan ve hareketin yapıldığı yeri ifade eden dar bir anlam içerdiğini belirtmektedir[1103]. Yazar, Kanun Koyucunun amacının haksız fiilin, *fiilin işlendiği yer, hareketin meydana geldiği yeri* bağlama noktası olarak önermediğini, *fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yer* arasında bir ayrım gözetmeksizin, her durumda haksız fiilin *vuku bulduğu, hareketin meydana geldiği* yeri haksız fiile uygulanacak olan hukuk olarak kabul ettiğini belirtmektedir[1104]. Yine yazara göre, metnin kaleme alınış şeklinin, sanki her iki fıkrada farklı bağlama noktalarının ele alındığı, iki ayrı durumu düzenlendiği izleniminin yaratıldığını belirtmektedir. Yazara göre, her iki fıkra birlikte ele alındığında m. 34/1'in *fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin* aynı yer olması durumunda fiilin işlendiği yer hukukunun uygulanmasını, m. 34/2'de ise *zararın meydana geldiği yer* ifadesinin, ika yeri ile zarar yerinin farklı ülkelerde olması halinde zarar yerini ika yeri olarak gördüğünü belirtmektedir. Kanaatimizce bu düşünce ika yeri ile zarar yeri ayrımını yapmamakta, haksız fiil ile ilgili olarak tüm hükmü tek bir bağlama noktası olarak ika yeri şeklinde görmektedir[1105].

Örneklerde görüldüğü üzere Türk kanunlar ihtilafı doktrininde yapılan yorumlarda zarar yerinden anlaşılması gerekenin, hareketin meydana geldiği yer olduğu yönünde

[1100] Turhan, 1989, a.g.k., s. 170; Tekinalp/Uyanık, a.g.k., s. 451.
[1101] Turhan, 1989, a.g.k., s. 170; Tekinalp/Uyanık, a.g.k., s. 451
[1102] Turhan, 1989, a.g.k., s. 365; Tekinalp/Uyanık, a.g.k., s. 451.
[1103] Turhan, 1989, a.g.k., s. 347 vd.
[1104] Turhan, 1989, a.g.k., s. 347 vd.
[1105] Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Turhan, 1989, a.g.k., s. 348; Tekinalp/Uyanık, a.g.k., s. 451.

anlayış mevcuttur. Zarar yerinin hem hukuka aykırı sonuçların ortaya çıktığı yer hem de ika yeri ile birlikte, tek bir bağlama noktası üzerinden tespit edilmesi gerektiği üzerine yorum yapılmıştır. Ancak biz bu görüşlere katılmamaktayız. Şöyle ki:

Görüşümüzü açıklamadan önce zarar kavramının tanımını yapmak isteriz. Kanaatimizce zarar, hukuka aykırı haksız fiilin yapılması sonrasında ortaya çıkan eksilme ile hiç yapılmasaydı mevcut durum arasındaki farktır[1106]. Doktrinde yapılan dar/geniş anlamda zarar tanımlarından bağımsız olarak maddi ve manevi zararı da içine alacak şekilde en geniş anlamı ile tanımladığımız zarar kavramı, haksız fiilin en önemli unsurunu oluşturmaktadır. Zarar olmadan haksız fiil olmaz, hukuki sorumluluk da doğmaz[1107]. Bu nedenle mal veya kişilik haklarında eksilmenin meydana geldiği yer zararın meydana geldiği yerdir. Bu yer hareketin yapıldığı veya hukuka aykırılığın meydana geldiği yerden bağımsız ve ayrıdır. Hukuka aykırı bir fiil sonucunda meydana gelen sonucun ortaya çıktığı yer zarar yeridir[1108]. Dolayısıyla zarar olmadan madem ki haksız fiil olmamaktadır, o halde haksız fiilin tamamlandığı yer olan zarar yeri hukukunun uygulanması pek çok açıdan kolaylık sağlayacaktır[1109].

Kanaatimizce bu görüş daha uygundur. Zira daha önce *Prof. Dr. Turhan ve Prof. Dr. Tekinalp* tarafından belirtilen örneklerde görüldüğü üzere zarar yerinin belirlenmesi noktasında iki hususta çelişki mevcuttur: İlk olarak zarar yeri ile ika yeri tek bir yer olarak algılanmaktadır. Yazarlara göre *fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yer* arasında bir ayrım gözetmeksizin, her durumda haksız fiilin *vuku bulduğu, hareketin meydana geldiği* yeri haksız fiile uygulanacak olan hukuk olarak kabul edildiği görülmektedir[1110]. Bu durumda zarar yeri ile ika yerinin mahiyet itibariyle aynı sonuca ulaştıkları görülmektedir. İkinci olarak ise yazarların görüşlerini açıkladıkları örnekler bakımından değerlendirildiğinde, İsviçre'den hareket eden trende meydana gelen haksız fiilde, İsviçre'de haksız fiil işlenmiş, hukuka aykırı davranış belirtilmiştir. Ancak bu davranışın sonucu olan ölüm olayı Almanya'da doğmuştur. Bu nedenle zarar yeri de Almanya'dır. Yine, X Devletinde ikamet eden A'nın, Y devletinde ikamet eden B'nin

[1106] Oğuzman/Öz, 2014, a.g.k., C. II, s. 38; Eren, 2014, a.g.k., s. 520 vd.; Antalya, 2015, a.g.k., s. 38.
[1107] Oğuzman/Öz, 2014, a.g.k., C. II, s. 38; Eren, 2014, a.g.k., s. 520 vd.; Antalya, 2015, a.g.k., s. 38.
[1108] Sempozyum, 1976, a.g.k., s. 179.
[1109] Benzer düşünce 2675 sayılı Kanuna ilişkin tartışmalar esnasında *Prof. Dr. Hatemi* tarafından da dile getirilmiştir. Sempozyum, 1976, a.g.k., s. 179.
[1110] Turhan, 1989, a.g.k., s. 347 vd.

gönderdiği zehirli şeker ile ölmesi sonucunda, zarar yerinin Z devleti olduğu yönündeki örneklemede belirtilen hususlara katılmadığımızı belirtmek isteriz. Zira örneklemede haksız fiilin sonucu olan hukuka aykırılık her ne kadar Z devletinde meydana gelmiş olsa da zarar da Z devletinde doğmuş olmalıdır. Yazarlar görüşlerini dile getirirken, Z devletinin zarar yeri olarak kabul edilmesindeki gerekçenin, zehirli şekerlerin yenmesi sonucunda hukuken korunan menfaatin hukuka aykırı fiilden etkilenmeye başladığı yer olmasını göstermektedir.

Örnek 1:

İsviçre → Tren hareket yeri ve fiilin ve yaralanmanın gerçekleştiği yer.

Almanya → Ölümün meydana geldiği yer.

Yazarların görüşü → Zarar yeri Almanya.

Örnek 2:

A → X devletinde ikamet etmekte. Zehirli şekerleri X devletinde tüketmekte.

→ Z devletinde hastalanmakta.

→ W devletinde vefat etmektedir.

Yazarların görüşü → Hukuken korunan menfaatin hukuka aykırı fiilden etkilenmeye başladığı yer olarak zarar yeri Z devletidir.

Görüldüğü üzere yazarlar ilk örnekte hukuka aykırı fiilin meydana geldiği ve yaralanma sonucunun oluştuğu yer olarak İsviçre'yi zarar yeri olarak kabul etmezken; ikinci örnekte şekerin zararlı sonuçlarının ortaya çıktığı Z devletini hukuken korunan menfaatin etkilenmeye başladığı ve zararın ortaya çıktığı yer olarak görmektedirler. Madem ki, hukuken korunan menfaatin etkilendiği yer önem arz etmektedir, o halde örnek 1'de zarar yeri olarak kabul edilmesi gereken yer İsviçre'dir. Zira haksız fiil sonucunda ilk olarak yaralanmanın gerçekleştiği yer İsviçre'dir. Almanya ise zararın sonucunun değişkenlik arz etmesi, zararın arttığı yer olarak gözükmektedir. Bu nedenle belirtmek isteriz ki, haksız fiil sonucu zararlı sonucun ilk olarak ortaya çıktığı ve hukuken korunan menfaatin ihlal edildiği yerde haksız fiil tamamlanmış olur. Bu nedenle haksız fiilin tamamlandığı yer de zarar yeridir.

2675 sayılı Kanun Taslağının tartışıldığı toplantılarda *Prof. Dr. Tekinalp* tarafından haksız fiilin tamamlandığı yerin zarar yeri olarak kabul edilmesi görüşü

eleştirilmiştir[1111]. Kanun Raportörü olan *Prof. Dr. Tekinalp* zararın meydana gelmesi sonrasında sonuçlarının artarak büyümesi durumunda, zarar yerinin neresi olacağını sormuştur. Kanaatimizce bu durumda zararın büyümesinin haksız fiilde zararın meydana geldiği yerde bir değişiklik meydana getirmemesi gereklidir. Zira önemli olan haksız fiilin tüm unsurları ile tamamlanmasıdır. Bir diğer ifade ile madem ki haksız fiilin meydana gelmesi için tamamlanması gerekli olan unsur zarar unsurudur, o halde zarar unsurunun, hukuken korunan menfaati ihlal etmesinin sonuçlarının görüldüğü yer neresi ise zarar yeri de orası olacaktır. Zararın daha sonra büyümesinin, zarar yerinin değiştiğine yönelik bir yorum, zarar yerinin tespitinde belirsizlik meydana getirecektir.

Konu hakkında kendi örneğimizi şu şekilde belirtmek isteriz:

→ İngiliz vatandaşı ve 5 aylık hamile olan Bayan İ, İtalya seyahati sırasında yüksek ateşle hastaneye kaldırılmış, doktorun verdiği ilaçlar ile tedavi edilmiştir.

→ Seyahatin devamı sırasında Bayan İ Türkiye'ye gelmiş ve çocuğunun hamileliğinin tehlikeye girdiğini, çocuğunun İtalya'da verilen ilaçlardan etkilendiğini öğrenmiştir.

→ İngiltere'ye dönen Bayan İ, çocuğunun tedavi edilemez bir biçimde etkilenmesi nedeniyle gebeliği doktor raporu doğrultusunda sonlandırmak zorunda kalmıştır.

Kanaatimizce verdiğimiz örnekte zarar yeri Türkiye'dir. Bayan İ'ye İtalya'da yanlış tedavi uygulanmış, bu tedavi sonucunda gebeliği tehlikeli bir hal almıştır. Ancak hukuka aykırılığın meydana geldiği, illiyet bağı doğrultusunda zararlı sonucun kesinleştiği yer Türkiye'dir. Zira Türkiye'de bulunduğu sırada tedavinin etkilerinin olumsuz olduğunu ve fiziksel, ruhsal açıdan tehlikeli durumun gerçekleştiğini öğrenmiştir. Dolayısıyla zarar yeri Türkiye'dir ve zarar yeri hukuku uyarınca uygulanacak hukuk da Türk hukuku olacaktır. İngiltere ise zararın sonuçlarının arttığı yerdir.

Örneğimizden hareketle, zararlı fiilin sonuçlarının arttığı yer olan İngiltere hukuku hem zararın arttığı yer hem de Bayan İ'nin İngiliz vatandaşı olması nedeniyle uygulanabilir mi? Şüphesiz bu durum olayın tüm şartlarına ilişkin nitelikli bir araştırma sonucunda tespit edilebilir. Ancak kanaatimizce İngiliz hukukunun uygulanması iki açıdan mümkündür: İlk olarak olay önüne gelen Türk hâkimi daha sıkı irtibatlı hukuk

[1111] Sempozyum, 1976, a.g.k., s. 179.

anlayışından kaynaklı olarak zararın neticelerinin artması ve zararın farklı bir boyut kazanması ile Bayan İ'nin İngiliz vatandaşı olması gibi gerekçeler ile İngiliz hukukunun uygulanmasına karar verebilir.

İkinci olarak doktrinde tartışılan ve kısmen kabul edilen *alternatif sistem* uyarınca İngiliz hukukunun uygulanması mümkündür. *Alternatif sisteme* göre haksız fiil sonucunda uygulanacak olan hukuk fiil veya zararın meydana geldiği yere göre belirlenecektir. Bu yerin seçimi fail veya hâkim tarafından yapılacaktır. Bu sistem içinde bizzat mağdur veya mahkeme, mağdurun lehine olan hukuku seçecek, olaya tatbik edecektir[1112]. *Alternatif sistemin* özellikle fiil ile zarar arasında eşit bir yaklaşım sergilediği ve mağduru koruyucu bir yaklaşım sergilemesi nedeniyle önerildiği bilinmektedir[1113] [1114]. Ancak, *alternatif sistem* doğrudan ika yeri ile zarar yerini eşit tutması, bunların ikisi arasında bir tercih imkânı getirmesi, yürütülmesinin sübjektif gerekçeler ile zor olması, mağdur lehine bir durum sergilemesi gibi gerekçeler ile uygulanması zordur.

Sorduğumuz sorunun cevabında *alternatif sistem,* zararın artması durumunda veya zararın birden fazla ülkeye dağılması halinde, bu ülkelerden failin lehine olan hukukun tercih edilmesi gibi gerekçeler ile kabul edilebilir[1115]. Doktrinde bu görüş her ne kadar kabul edilebilir olarak da ileri sürülse de kanaatimizce alternatif sisteme başvurmaya da gerek bulunmamaktadır. Zira *alternatif sistem* kanunlar ihtilafının metodolojisi ile çelişmektedir. Kanunlar ihtilafı hukukunun en temel özelliği bu kuralların gösterici nitelikli olmasıdır. *Alternatif sistemde* ise mağdurun lehine olan kural

---

[1112] Lorenzen, a.g.k., s. 370.

[1113] Konunun Alman, İngiliz ve İsviçre hukukunda ele alınışına ilişkin yaklaşımlar için bkz. Turhan, 1989, a.g.k., s. 186 vd.

[1114] Alternatif sisteme ilişkin en önemli karar Avrupa Adalet Divanı tarafından verilen karardır. Divanın 1977 yılında verdiği *Handelskwekerij G.J. Bier und Stiching Reinwater c. Mines de Potasse d'Alsace* kararında *Fransız* taşıma şirketinin *Rhine* nehrine *kloride* dökmesi sonrasında, nehrin *Hollanda* tarafında balık ve tavuk yetiştiriciliği yapan bir şirket önemli bir miktarda zarar görmüştür. Şirket nehir suyunun kirliliği nedeniyle arıtma tesisine yatırım yapmak zorunda kalmış ve kirlilik nedeniyle ciddi şekilde zararı oluşmuştur. Mahkeme, haksız fiilin kirliliğin asıl olarak zararlarının görüldüğü ve mağdur şirketin de yer aldığı *Hollanda'da* meydana geldiğini belirtmiştir. Mahkeme haksız fiil bakımından uygulanacak olan hukuka dair fiil ve zararın eşit derece öneme haiz olduğu; ancak, asıl kanunlar ihtilafı bakımından uygulanacak olan hukukun mağdurun tercihine göre ve mağdurun lehine olan hükümler gözetilmek suretiyle seçilmesi gerektiğini vurgulamıştır. *Judgment of the Court of 30 November 1976. Handelskwekerij G. J. Bier BV v Mines de potasse d'Alsace SA. European Court Reports 1976 -01735 ECLI identifier*: ECLI: EU: C: 1976: 166 Eurolex, <https://eur-lex.europa. eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A 61976CJ0021>, Erişim Tarihi: 10.6.2019.

[1115] Sempozyum, a.g.k. s. 183 vd. Sempozyumda bu görüş Prof. Dr. Özsunay tarafından ileri sürülmüştür.

aranmak suretiyle gösterici nitelikten uzaklaşarak, maddi hukukun inceleme alanına başvurulmaktadır. Bu nedenle *alternatif sistem*, zararın biden fazla ülkeye dağıldığı veya zararın meydana gelmesi sonrasında artması durumunda başvurulacak bir sistem değildir. Kanaatimizce bu noktada olayın tüm unsurları değerlendirilerek olayın niteliksel bağlantı noktaları tespit edilmesi sonrasında daha sıkı irtibatlı hukukun tespit edilmesi mümkündür. Örneğimizde olay önüne gelen Türk hâkimi, *İngiliz* vatandaşı olan Bayan İ hakkında hem *İngiliz* olması hem de zararın *İngiltere'de* artması nedeniyle daha sıkı irtibatlı hukuk prensibinden hareketle İngiliz hukukunu uygulayabilir.

Sonuç olarak, gerek 2675 sayılı mülga Kanun, gerek 5718 sayılı Kanuna göre zarar yeri bağlama noktası Kanun koyucu tarafından tercih edilmiştir. Ancak zarar yerinden ika yerinden bağımsız olmayan, zarar yerini ika yeri kabul eden bir sistem anlaşılmıştır. Zarar yeri, hukuka aykırı fiil sonucunda meydana gelen maddi ve manevi eksilmedir. Dolayısıyla zararın açıkça ortaya çıktığı yer zarar yeridir. Zararın sonuçlarının arttığı yerin ise kanaatimizce doğrudan bir önemi yoktur. Her ne kadar bu durumda doktrinde zarar yerinde belirsizliğin meydana geleceği ifade edilse de zararın artmasının uygulanacak hukukun belirlenmesinde doğrudan etkisi bulunmamaktadır. Verdiğimiz örnekte görüldüğü üzere daha sıkı irtibatlı hukukun tespit edilmesi noktasında niteliksel bir irtibat noktası vasfını taşıyacaktır. Bu nedenle açık bir şekilde zarar yeri bağlama noktasına üstünlük tanımak zamanımızın milletlerarası özel hukuk anlayışına da uygun olacaktır. Yabancı unsurlu özel haksız fiil türleri bakımından da son gelişmelerde zarar yeri hukukuna üstünlük tanındığı görülmektedir. Örneğin vekaletsiz iş görme[1116], sebepsiz zenginleşme[1117], kitle iletişim araçları ile gerçekleşen haksız fiiller[1118], haksız rekabet[1119], rekabetin ihlali[1120] gibi haksız fiilin özel görünüm şekillerinde de zararın meydana geldiği yer irtibat noktasına dayanılmaktadır.

4.2.2.2. Hüküm Lafzının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

MÖHUK m. 34/2 zarar yerine ilişkin bağlama kuralını "*Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması hâlinde, zararın meydana*

[1116] Önal, 2016, a.g.k., s. 2158; Süzel Baş, Ece/ Yasan, Candan (2017), Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk, *MÜHFHAD, C. 22, S. 2,* s. 366.
[1117] Özel, 1999, a.g.k., s. 721.
[1118] Özel, 2004, a.g.k., s. 76.
[1119] Sarıöz, 2012, a.g.k., 112; Tarman, 2011, a.g.k., s. 101; Kayış, Bengül (2012), *Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafı,* Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 114 vd.
[1120] Tiryakioğlu, 1997, a.g.k., s. 57 vd.

geldiği ülke hukuku uygulanır" şeklinde düzenlemiştir. Düzenleme 2675 sayılı Kanun m. 25 ile aynıdır. Kanun koyucu burada zarar yeri ile fiilin meydana geldiği yerin farklı yerlerde olması durumunda zararın meydana geldiği ülke hukukuna üstünlük tanımıştır. Kanunun lafzından anlaşılan budur.

Türk hukukunda MÖHUK m. 34/2'de, haksız fiilin meydana gelmesi sonrasında uygulanacak olan hukukun tespitinde zararın meydana geldiği yer hukuku tercih edilmiştir[1121]. Zararın meydana geldiği yerden kasıt, zararın meydana geldiği anda hakkın konusu olan ve eksilen malvarlığı ile kişilik hakkının bulunduğu yerdir. Zararın niteliği önemli değildir. İster yapma ister yapmama veya tehlike sorumluluğu, kusur veya kusursuz sorumluluk olsun, zarar nerede meydana gelmiş ise bu tarif uyarınca zarar yeri orası olacaktır. Özellikle basın ve yayın yoluyla meydana gelen veya internet yoluyla işlenilen haksız fiiller bakımından zarar yerinin tespit edilmesindeki zorluk nedeniyle[1122] ika yeri kuralının tercih edildiği doktrinde vurgulansa da son yıllarda özellikle basın, yayın, internet ve sosyal medya yoluyla meydana gelen haksız fiillere ilişkin yeni bağlama noktalarının gündeme gelmesi, diğer haksız fiil türlerinde olduğu gibi burada da ika yeri kuralının bertaraf edilmesi sonucuna yol açmıştır[1123].

Kanunda her ne kadar zararın meydana geldiği yer hukukuna üstünlük tanınmışsa da zararın meydana geldiği yerden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere zarar yeri, maddi zararın ve fiili zararın ortaya çıktığı, hakkın konusunun bulunduğu yerdir. Sorumluluğun belirleyicisi olan konu, hukuki değer taşıyan malvarlığı konusunun zarara uğramasıdır[1124]. Haksız fiilin konusunu belirleyen zarar, haksız fiilin meydana geldiği anda oluşacak olan zarardır. Bu zarar maddi zarar olup,

---

[1121] Nomer, 2015, a.g.k., s. 356.

[1122] Mozaik teorisi uyarınca, burada zarar birden çok ülkeye dağılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, 2015, a.g.k., s. 356.

[1123] Nomer, 2015, a.g.k., s. 356. Örneğin sosyal medyada meydana gelen haksız fiillerde uygulanacak hukuku belirlerken MÖHUK m. 35 hükmünün uygulanacağı görülmektedir. Buna göre "*Kişilik haklarının, basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlâlinden doğan taleplere, zarar görenin seçimine göre; a) Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zarar görenin mutad meskeni hukuku, b) Zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku veya c) Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zararın meydana geldiği ülke hukuku, uygulanır*" şeklindedir. Sosyal medya yoluyla yapılan hakaretler internet yoluyla yapılan hakaretlerdir. Kanun koyucu burada *alternatif sisteme* üstünlük verdiği görülmektedir. Zarar görenin seçiminin üstün tutulduğu, bu seçim çerçevesinde uygulanacak olan hukukun tayin edileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla ika yeri kuralından açıkça vazgeçildiği bir başka durum söz konusudur.

[1124] Nomer, 2015, a.g.k., s. 356.

manevi zarar değildir; yine fiili zarar olup, mahrum kalınan kâr değildir; müstakbel zarar değil, mevcut zarardır[1125]. Bu durum savunduğumuz görüşün sonucudur. Zira, yukarıda verdiğimiz örnekte görüldüğü gibi zararın farklı ülkelere dağılması durumunda, ilk zararın oluştuğu yerin hukukunun uygulanması gereklidir. Örneği bu kapsamda tekrar belirtmek gerekirse;

→ İngiliz vatandaşı ve 5 aylık hamile olan Bayan İ, İtalya seyahati sırasında yüksek ateşle hastaneye kaldırılmış, doktorun verdiği ilaçlar ile tedavi edilmiştir.

→ Seyahatin devamı sırasında Bayan İ Türkiye'ye gelmiş ve çocuğunun hamileliğinin tehlikeye girdiğini, çocuğunun İtalya'da verilen ilaçlardan etkilendiğini öğrenmiştir.

→ İngiltere'ye dönen Bayan İ, çocuğunun tedavi edilemez bir biçimde etkilenmesi nedeniyle gebeliği doktor raporu doğrultusunda sonlandırmak zorunda kalmıştır.

Örnekte zarar yeri Türkiye'dir, zira ilk olarak ve zararın maddi, doğrudan sonuçları Türkiye'de görülmüştür. Hukuka aykırılığın meydana geldiği, illiyet bağı doğrultusunda zararlı sonucun kesinleştiği yer Türkiye'dir. Türkiye'de bulunduğu sırada tedavinin etkilerinin olumsuz olduğunu ve fiziksel, ruhsal açıdan tehlikeli durumun gerçekleştiğini öğrenmiştir. Dolayısıyla zarar yeri Türkiye'dir ve zarar yeri hukuku uyarınca uygulanacak hukuk da Türk hukuku olacaktır. İngiltere ise zararın sonuçlarının arttığı, manevi, müstakbel ve dolaylı zararların ortaya çıktığı yerdir[1126].

Yargıtay kararlarında da zarar yeri ile ika yeri kavramlarının ayrıldığı ve zarar yerinin ika yeri olarak kabul edilmediği görülmektedir. Yargıtay'ın verdiği bir karar hem metodolojik olarak hem de varılan sonuç açısından örnek bir karardır. İlgili karara göre[1127]: Davacılar davalıların işleteni ve zorunlu trafik sigortacısı bulundukları araçların çarpışması sonucunda müvekkil kurum sigortalısının vefat ettiğini ileri sürerek, toplam (158.896) Avusturya Şilini'nin temerrüt faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı üç sigorta şirketi davanın reddini savunmuştur. İlk derece mahkemesi toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, 2675 sayılı kanununun 25/2. maddesine göre olaya uygulanması gereken hukukun zarar yeri hukuku olması uyarınca Avusturya Hukuku olacağına ve Avursturya hukuku uyarınca yıllık %4

[1125] Nomer, 2015, a.g.k., s. 356.
[1126] Daha sıkı irtibatlı hukukun uygulanması hali saklıdır.
[1127] Yargıtay 11. HD., E. 2004/5829 K. 2005/2562 T. 21.03.2005. Kazancı İçtihat Bankası.

faiz yürütülmesi gerekeceğine gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Yargıtay 11. HD., ilk derece mahkemesinin kararını olay yerinin Sulusaray/Yeşilyurt olması, MÖHUK m. 25/1 uyarınca haksız fiilden doğan borçların, haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabi olacağı, dolayısıyla olaya haksız fiilin işlendiği yer hukukunun uygulanması gerektiğini belirterek bozmuştur. Böylece Yargıtay açık şekilde ika yeri kuralı ile zarar yeri kuralına ilişkin ayrım yapmış, ilk derece mahkemesinin kararını öncelikle ika yeri hukukunun uygulanması gerektiği gerekçesiyle bozmuştur[1128].

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin yakın zamanda verdiği bir başka kararında ise[1129] şirket yönetiminin haksız ele geçirilmesi ve zararın oluşması sonrasında bunun tazmin edilmesi hakkında ika yeri ve zarar yerinin birlikte değerlendirilmesine karar vermiştir. Davaya göre özel bir şirketin İstanbul şubesini temsilen 6 adet Libya vatandaşı tarafından açılmış; şirket yönetiminin haksız yollarla ele geçirilmesi, şirket yönetimine kayyım atanması gerektiği, davalıların verdikleri zarar ve haksız kazançların tespiti ile tahsiline karar verilmesi istenmiş; davalılar ise davanın Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde çözümlenmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. İstinaf Mahkemesi yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda yargılama yetkisinin hangi ülkeye ait olacağı ve hangi ülke kanunlarının uygulanacağının MÖHUK'de sarih olarak kayıt altına alındığını, "Haksız Fiil" başlıklı MÖHUK 34. maddesinde düzenlendiğini, bu çerçevede karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kanaatimizce de MÖHUK hükümlerine atıfla şirket yönetim kurulunun haksız ele geçirilmesinin yabancılık unsuru taşıması durumunda MÖHUK m. 34 kapsamında değerlendirilmesi, ika yeri ve zarar yerinin birlikte değerlendirilerek uygulanacak olan hukukun tayin edilmesinde isabeet bulunmaktadır.

4.2.3. Daha Sıkı İrtibatlı Ülke Hukuku Kuralının Uygulanması

Kanun koyucu, hayat tecrübeleri ve mahkeme içtihatlarından kaynaklanan kararları toplar ve değerlendirir. Bu değerlendirme sonrasında yabancı unsurlu hukukî ilişkilerde uygulanacak hukukun tespitinde en çok karşılaşılan irtibat noktalarını tespit eder.

[1128] Yargıtay bir kararında Irak Hava Yollarına ait uçak ile Irak'a çalışmaya giden işçilerin uçaklarının Irak'ta düşmesi sonucunda meydana gelen ölümlü uçak kazasında ika yeri kuralının değil, zarar yeri hukukunun uygulanmasını ve özel düzenleme olarak iş hukukundan kaynaklanan hükümlerin geçerli olacağına karar vermiştir. Yargıtay HGK., E. 2013/102, K. 2013/1456, T. 9.10.2013. Yargı Dünyası. Benzer yönde karar için bkz. HGK., E. 2013/586, K. 2014/95, T. 12.2.2014.

[1129] İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi E. 2019/601, K. 2019/498, T. 03.04.2019. Sinerji İçtihat Bankası.

Sonrasında ise bu irtibat noktalarını sistematik bir düzen halinde kanunlaştırır. Bu noktada kanun koyucuların tespit ettiği bağlama kuralları hukuk düzeninde meydana gelen birçok olayın sistematik olarak sunulmasıdır. Ancak, pek tâbidir ki kanun koyucu tüm halleri ve hayatta karşılaşılacak tüm durumları, kanunlar ihtilafı hukuku bakımından bağlama noktası olarak kanun ile sistematize edemez. Böyle bir durum kazuistik düzenlemelerin yapılmasına sebebiyet vermekle birlikte, gereksiz pek çok kurumun da kanun sistematiği içinde yer alması anlamına gelecektir. İşte, kanunlar ihtilâfı çerçevesinde hâkimin uygulanacak hukuku tespit ederken yapacağı araştırmada, kanun koyucunun tespit ettiği bağlama noktalarından hiç birine uymayan bir durum ile karşılaşılması halinde ya da tespit edilen bir bağlama kuralına uymakla birlikte, hukukî kesinlik, güvenlik, öngörülebilirlik içinde, uluslararası özel hukuk menfaati, taraf menfaati gibi menfaatlerin tesis edilmesi noktasında tatmin sağlanamaması durumunda ne yapılacağı soruna ilk olarak Amerikan mahkemeleri cevap vermiştir. *Babcock/Jackson* kararında görüldüğü üzere Amerikan hâkimi, bağlama noktalarında tespit edilen karardan daha yakın irtibatlı bir başka hukuk ile irtibat var ise bu irtibata haiz hukukun uygulanmasını kabul etmiştir. Böyle bir durumun meydana gelmesi halinde en sıkı irtibatlı hukuk anlayışı ile hâkim, uyuşmazlık içinde tarafların tüm irtibatlarını ve durumlarını değerlendirmek suretiyle, taraf menfaati çerçevesinde taraflar ile en sıkı irtibata haiz olan hukuku tespit edip uyuşmazlığa tatbik edecektir.

En sıkı irtibata haiz hukuk anlayışı içinde hâkimin takdir yetkisi mevcuttur. Ancak bu takdir yetkisi tam bir serbestiyet içermemektedir. Hâkim, uyuşmazlığa ilişkin tüm durumları değerlendirerek, uyuşmazlığın niteliği ve tarafların irtibatlarını tespit ederek nitelikli bir durum meydana getirecektir. Haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklar bazında değerlendirildiğinde ika yeri, zarar yeri ile birlikte, tarafların tâbiiyetleri, mutad meskenleri, haksız fiil teşkil eden olayın niteliği değerlendirilmesi sonucu, olayın kanun koyucunun tespit ettiği bağlama noktalarından birine dâhil olmaması veya bu bağlama noktasından daha sıkı irtibatlı başka bir bağlama noktasına dayanması halinde en sıkı irtibata haiz hukuk olarak hâkimin tespit ettiği bu hukuk uygulanacaktır[1130].

En sıkı irtibata haiz hukuk anlayışı ile kanun koyucunun belirlediği bağlama kurallarının sınırlandırılması amaçlanmaktadır[1131]. Bir diğer ifade ile hâkime geniş takdir

[1130] Nomer, 2015, a.g.k., s. 346; Göğer, 1969, a.g.k., s. 458.
[1131] Çelikel, 1970, a.g.k., s. 235.

yetkisi tanınmak suretiyle, daha sıkı bir irtibat tesis edilmesi halinde bu hukukun uygulanması ve nihayet uluslararası özel hukuk hakkaniyeti ve taraf menfaati gibi olguların bu surette tesis edilmesi sağlanmaktadır. Zira belirli bir kategoriye dâhil olan tüm hukukî ilişkileri, her olayda, olayın özellikleri dikkate alınmadan uygulanması, gösterici niteliği haiz olan uluslararası özel hukuk kurallarının adaletsiz maddi hukuk sonuçlarına götürmesine sebep olabilir. Bu nedenle esnek ve değişken bir yapıya sahip olan uluslararası özel hukuk kurallarının tek ve değişmez kurallar ile hizmet vermesinin önüne geçilmek suretiyle, hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde taraflar ve olayla daha ilişkili hukuka bağlayarak hakkaniyetli bir kararın önü açılmak istenmektedir[1132] [1133].

Peki, kanunlar ihtilafı hukukunda, kanunu uygulamak ile mükellef olan hâkimin, nasıl bir takdir yetkisi vardır ki, kanunda belirtilen dışında bir başka bağlama noktası ile olayı nihayete erdirmektedir? Bir diğer ifade ile hâkimin takdir yetkisi ile anlatılmak istenen nedir? Bu noktada hâkimin takdir yetkisine ilişkin düşüncemizi çok kısa ifade etmek istiyoruz: Hukukun uygulanması ve hâkimin hukuku bilmesi ilkesi, hukuk kurallarının somut olaylara uygulanabilmesi, bununla yükümlü olan hâkimlere geniş yetkiler tanınmasını zorunlu kılar. Kanun koyucunun iradesi ile oluşturulan hukuk kuralı, yayımlandıktan ve yürürlüğü başladıktan sonra artık onun denetiminden çıkar ve bağımsız bir nitelik kazanır. Bu durumda somut olaya uygulanacak nitelikte bir kuralın her durumda aynen uygulanması mümkün değildir. Bu nedenledir ki kanun koyucu bu tür durumlarda somut hakkaniyeti sağlamak amacıyla bilerek ve isteyerek boşluk bırakmıştır. Bu boşluk durumu kimi zaman örf adet hukuku ile doldurulması gerekli olan bir kanunda boşluk durumu meydana getirirken, kimi zaman da tamamıyla hiçbir düzenlemenin yer almadığı hukukta boşluk hali meydana getirir. Böyle durumlarda hâkim yine kanun koyucunun kendisine tanıdığı yetki ve usul ile hukuk ve kanun yaratarak boşluğu doldurur ve ihtiyaca cevap verir.

Uluslararası özel hukukta en sıkı irtibata haiz hukuk kuralı anlayışı acaba hâkimin hukuk/kanun yaratmasının bir yansıması olarak telaffuz edilebilir mi? Kanaatimizce, hâkimin hukuk yaratması ile uluslararası özel hukuk kapsamında en sıkı ilişkili hukukun tespit ve tayini arasında bir bağlantı yoktur. Uluslararası özel hukukta hâkimin hukuk

[1132] Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel, 1970, a.g.k., s. 235.
[1133] En sıkı irtibata haiz hukuk kuralı anlayışında hâkime geniş takdir yetkisi verilmesinin sakıncaları hakkında bakınız: Turhan, 1989, a.g.k., s. 378 vd.; Tekinalp/ Uyanık, 2016, a.g.k., s. 452.

yaratarak, uluslararası özel hukuk kurallarının boş bıraktığı bir alanda düzenleme yapması elbette mümkündür. Ancak, en sıkı irtibata haiz hukuk kuralının tespiti aşamasında hâkim, olmayan veya boşluk bırakılan bir alanda bir hukuk/kanun yaratmaktan uzak bir şekilde, uyuşmazlığa uygulanacak olan hukukun tespitine ilişkin bir çalışma yapmaktadır. Hâl böyle olunca, hâkimin hukuk yaratması ile en sıkı irtibata haiz hukuk kuralının tespit edilerek en sıkı irtibatlı hukuku bulmak hukuk yaratmak değil, var olan uyuşmazlığa, kanaat kullanmak suretiyle var olan bir hukuk ile buluşturmaktır. Böylece uluslararası özel hukukun amaçlarından biri olan milletlerarası özel hukuk adaletinin tesis edilmesi, taraf menfaatlerinin gözetilmesi mümkün olacaktır.

Mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 25/3 "*haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha yakından irtibatlı olması halinde bu ülke hukuku uygulanabilir*" şeklinde getirdiği düzenleme ile ika yeri kuralı ile zarar yeri kuralı bağlama noktası dışında bir başka ülke hukuku ile taraflar arasında bağlantı bulunması halinde hâkime uygulanacak hukuku tespit etme yetkisi vermektedir. Bu yetkinin kaynağı milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti ve taraf menfaatidir. 5718 sayılı MÖHUK m. 34/3'te, mülga MÖHUK'te kabul edilen düzenlemeyi aynen kabul etmiştir. Bu nedenle MÖHUK'ün haksız fiillere ilişkin hükümlerinin esnek, hâkime geniş takdir yetkisi tanıyan bir karaktere sahip olduğu söylenebilir.

4.2.4. Daha Sıkı İrtibatlı Hukuk

Haksız fiillere uygulanacak olan hukuku gösteren ve objektif bağlama noktası olarak nitelendirilen ika yeri, zarar yeri hukuku gibi bağlama noktaları en sıkı irtibatlı hukuku gösterir. Taraf menfaati ve milletlerarası özel hukuk menfaati gereği, eğer ki taraflar arasında objektif bağlama noktasının gösterdiği hukuktan daha öte, başka bir hukuk işaret ediliyor ise bu durum daha sıkı irtibatlı hukuku göstermektedir. Daha sıkı irtibatlı hukuk, tüm olayın bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda varılacak olan hukuktur. Bu değerlendirmeyi yapacak olan da hâkimdir. Hâkim, önünde bulunan olayın tüm unsurlarını niteliksel bir değerlendirme sonucunda taraflar arasındaki uyuşmazlığa uygulanacak olan hukuku tespit edecektir.

Gerek 2675 gerek 5718 sayılı MÖHUK daha sıkı irtibatlı hukukun metodolojik olarak tespit edilmesi amacıyla bir kural, yöntem ve sistem kabul etmemiştir. Hukukun tespit edilmesi ve uygulanmasında tüm süreç hâkime bırakılmıştır. Burada hâkimin milletlerarası özel hukuk bilgisinin var olduğu varsayımından hareket edilmiştir. Ancak,

milletlerarası özel hukukun bir bütün olarak ele alınması ve özel hukukun, hatta kamu hukukunun pek çok kavramını bünyesinde barındırmasının bir sonucu olarak ihtisaslaşmanın oldukça önemli olduğu bir hukuk dalıdır. Yabancı unsurlu uyuşmazlığın konusuna göre asliye hukuk, asliye ticaret, aile mahkemesi gibi ihtisas mahkemelerinde görülmekte olan milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıkları, dava yükü ve özel hukukun sınırlarının genişliği karşısında yeterli noktada aydınlatılamamaktadır. Özellikle olayın tüm unsurları ve niteliksel irtibat noktalarının derlenerek daha sıkı irtibatlı hukukun tespit edilmesi gibi oldukça karmaşık bir sürecin çözülmesini beklemek, mevcut iş yükü ve olay çeşitliliği karşısında hâkimler için oldukça mesai gerektiren bir iştir. Bu nedenle salt milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarını ele alacak, yabancı unsurlu hukuki ilişkileri inceleyecek ihtisas mahkemelerinin kurulması ihtiyacı son yıllarda kendisini daha fazla hissettirmektedir.

Hâkimlerin, daha sıkı irtibatlı hukuku tespit etmede yararlanacağı ilk kaynak olan MÖHUK'te metodolojik bir sistemin gösterilmemesi, dikkatleri doktrin ve yargı kararlarına çevirmektedir. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, Türk hukukunda daha sıkı irtibatlı hukukun uygulandığı bir olay mevcut değildir. Bazı mahkeme kararlarında hâkimlerin yabancı unsurlu bir hayat olayında, yabancı unsuru dâhi tespit etmeden, doğrudan Türk hukukunu uyguladıkları görülmektedir[1134]. Türk hâkiminde bu yönde bir temel eksiklik mevcutken, daha sıkı irtibatlı hukukun uygulanmasını, Kanun'da bir metodolojik sistem de gösterilmemişken beklemek oldukça

[1134] Yargıtay 11. HD., E. 2009/5134 K. 2010/11350 T. 08.11.2010. "*Mahkemece yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, hüküm yeterli araştırma ve incelemeye dayanmadığı gibi temel alınan bilirkişi raporu da uyuşmazlığı çözmeye elverişli değildir. Davacı anonim şirketin, Rusya Federasyonu'nda faaliyet göstermek üzere bu yer hukukuna göre kurulan '000 F1' unvanlı şirketin tek ortağı .../... bulunduğu, davalının da bu şirketin müdürü olarak tayin edildiği hususları uyuşmazlık konusu değildir. Davacı vekili, davalı müdürün kendisine verilen yetkileri kötüye kullanarak müvekkili şirketten dosyada fotokopileri bulunan 'tahsilat makbuzu' açıklamalı beş ayrı belge ile paralar çektiğini ve zimmetine geçirdiğini iddia etmiştir. Ayrıca, faturalar düzenleme dahil olmak üzere anılan şirketin tüm ticari faaliyetlerinin müvekkili tarafından yerine getirildiğini, tüm kayıtların yine müvekkilince tutulduğunu ve davalıya yapılan ödemelerin de müvekkilince yapıldığını açıklamıştır. Ancak, davacı dayanağı belgelerin tamamı dava dışı firmanın kaşesi ile davalıya ait olduğu iddia edilen imzaları içermekte olup, davacı şirkete dair bir açıklamaya yer vermemiştir. Davalı taraf bu belgelerin sıhhati konusunda asılları ibraz edildiğinde beyanda bulunacağını belirtmiş, ancak, mahkemece kasaya alınan belge asılları davalıya gösterilerek imzaların kendisine ait olup olmadığı hususu sorulmamıştır.*
Öte yandan, uyuşmazlık, Rusya Federasyonu Hukukuna göre kurulmuş, orada faaliyet gösteren ve tek ortaklı yapıya sahip dava dışı şirket ile ilgilidir. Davacı taraf, bu şirketin tek ortağı olup, davalı anılan şirketin müdürü konumundadır. Türk Hukukunda tek ortaklı ticaret şirketi düzenlemesi bulunmamaktadır. Bu bakımdan dava konusu olaya uygulanacak hukuk bakımından MÖHUK hükümlerine göre bir değerlendirme yapılmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir." Kazancı İçtihat Bankası.

lükstür. Bu nedenle daha sıkı irtibatlı hukukun tespit ve tayini hakkında doktrin görüşleri oldukça önem arz etmektedir.

4.2.4.1. En sıkı irtibatlı hukuk bağlama noktasından hareket edilmesini ileri süren görüş

Doktrinde *Turhan* daha sıkı irtibatlı hukukun uygulanmasını öncelikli olarak iki şarta tâbi tutmuştur[1135]: İlk olarak en sıkı irtibatlı hukuku gösteren bağlama noktaları olan ika yeri bağlama noktası ile olayın doğrudan bağlantısı olmaması gereklidir. İkinci olarak ise olayın bir başka ülke hukuku ile daha sıkı irtibatlı olması gereklidir. *Turhan* söz konusu görüşünü açıklarken sert ve mekanik bir yapıda olan ika yeri kuralının uygulanmasından, sadece meydana gelen olay ile ika yeri ülkesinin bağlantısının zayıf olması aranmaktadır. Eğer bu bağlantı zayıf ise hâkim daha sıkı irtibatlı hukuk araştırması yapacaktır. Burada hâkimin sınırsız bir takdir yetkisi olmayıp, daha önceden Kanun tarafından belirlenen irtibat noktalarından hareket ederek bir sonuca varması gerektiği üzerinde durulmuştur[1136].

Hâkim daha sıkı irtibatlı hukuku tayin ederken özellikle zararın meydana geldiği yer, fiilin işlendiği yer, tarafların vatandaşlığı, tarafların ikametgâh ve mutad meskenleri, haksız fiil öncesinde tarafların arasında var olan hukuki ilişki gibi irtibat noktaları arasında görece değerlendirme yapacaktır. Bu sıralama kesin ve kat'i değildir. Hâkim, bu irtibat noktaları arasında var olan bir veya birkaç irtibat noktasını değerlendirecek ve daha sıkı irtibatlı hukuku tayin edecektir. Yazara göre Türk hukukunda daha sıkı irtibatlı hukukun tayin edilmesinde hâkimin sınırsız tayin yetkisi bulunmadığından, Kanun koyucu tarafından kabul edilmiş olan irtibat noktaları önem arz etmekte, hâkim bu sınırlar çerçevesinde daha sıkı irtibatlı hukuku tayin etmektedir.

Bu görüşe göre irtibat noktalarından en önemlileri ika yeri hukuku ve zarar yeri hukukudur. Görüşe göre, zarar yerinden kastedilen de ika yeridir. Bir diğer ifade ile zarar yerinin ika yeri olduğunu savunmaktadır. Haksız fiilden kaynaklanan bir uyuşmazlık, olay ve taraflar bakımından ika yeri hukuku ile mesafeli ise bu durumda daha sıkı irtibatlı hukukun uygulanması gündeme gelecektir. Haksız fiilin kurucu unsurları kendisini ika yeri hukuku ile birlikte göstermekteyken, sosyolojik açıdan ika yeri ile bağlantının söz konusu olmaması durumunda, olay ve kişilerin ika yeri hukuku bağlantı içinde olmadığı

[1135] Turhan, 1989, a.g.k., s. 381 vd.
[1136] Turhan, 1989, a.g.k., s. 383.

savunulmaktadır[1137]. Fiil yerinin tesadüfi olması durumunda, fiilin ika yeri ile geçici bağlantısı olduğu kabul edilmektedir[1138].

4.2.4.2. Kanunlar ihtilafı hukukunun menfaatinden hareket eden görüş

Haksız fiil genellikle ika yerinin tesadüfi olduğu bir hukuk kaynağıdır. Bu nedenle tarafların mağduriyetlerinin önlenmesi ve tesadüf sonucu doğan hukuki ilişkide uygulanacak olan hukukun tespit edilmesi gerekliliği sıkı irtibat noktaları ile bağlantı kurulduğu söylenebilir[1139]. Ancak katı ve sert biçimde sadece mevcut bağlama noktaları ile hareket etmek, özellikle milletlerarası özel hukuk menfaatinin gerçekleşmesini engellemektedir. Bu nedenle ika yeri ve zarar yeri bağlama noktalarının dışında bağlama noktaları ile uygulanacak olan hukukun tespit edilmesi gereklidir. Bir haksız fiil olayında birden fazla kişinin bir arada olması nedeniyle her bir kimse için ayrı ayrı uygulanacak olan hukukun tayin edilmesi[1140] gerekliliği bu durumu ortaya çıkaran bir diğer olgudur. Bu nedenle kanunlar ihtilafı hukukunun menfaatleri gereğince uygulanacak olan hukukun araştırılmasında daha sıkı irtibatlı hukuk yaklaşımının kabul edilmesi ve hâkime bu konuda takdir yetkisi verilmesi gerekmektedir.

Bu görüşün ortaya çıkmasındaki temel neden haksız fiilin meydana geldiği yer hukuku hareket noktasının sıkı şekilde kabul edilmesidir. Bir önceki başlıkta incelediğimiz üzere, ika yeri kuralı haksız fiillerde her durumda kabul edilen ve zarar yerini dahi ika yeri olarak kabul eden bir anlayışa sahiptir. Bu anlayış kat'i ve sert bir çözüm sunmakta, alternatif bağlama noktalarına kapıları kapatmaktadır. İka yeri ve zarar yeri dışındaki, olayla bağlantılı sosyolojik bağlama noktaları olaya ilişkin yardımcı unsurlar olarak görülmektedir[1141]. Ancak olayın niteliği gereği sosyolojik unsur olarak kabul edilen vatandaşlık, ikametgâh, mutad mesken gibi bağlama noktalarının, yardımcı unsur değil, hayat olayının taraflar ile en sıkı irtibat arz edecek şekilde kilit bir noktada olduğu durumlar ile karşılaşılabilir. Bu nedenle özellikle kanunlar ihtilafı hukukunun menfaatleri gereğince ika yeri kuralı yumuşatılmalı, sosyolojik unsurları da esas alan ve hâkime geniş bir takdir/değerlendirme yetkisi vererek çalışma imkânı sunulması gereklidir. Daha sıkı irtibatlı hukukun araştırılması hususundaki temel felsefe budur.

[1137] Turhan, 1989, a.g.k., s. 382.
[1138] Tekinalp/Uyanık, a.g.k., s. 317-318.
[1139] Nomer, 2015, a.g.k., s. 358 vd.
[1140] İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku IPRG m. 140.
[1141] Nomer, 2015, a.g.k., s. 358.

Nomer'e göre bu görüşten hareketle haksız fiiller için birkaç bağlama noktasından hareketle bir sonuca varılmak yerine, her olay bakımından değerlendirme yapılarak sonuca gidilmesi daha isabetlidir. Görüş, her müstakil olay için değişik bağlama noktalarını referans alan bir eğilimdedir. Bu eğilim özellikle tarafların vatandaşlıklarının veya mutad meskenlerinin aynı olduğu haksız fiillerde, şahsın hukukundan kaynaklanan sosyolojik bağlama kurallarının kullanılması ile kanunlar ihtilafı hukukunun adaletinin gerçekleştirilmesine daha iyi hizmet etmektedir[1142]. Aynı zamanda taraf menfaatinin tesisi de bu yol ile mümkündür. Bu nedenle haksız fiilin meydana gelmesi sonrasında hâkime geniş bir takdir yetkisi tanıyarak objektif bağlama noktaları, sosyolojik bağlama noktaları gibi olayın tüm yönleri esas alınması gereklidir. Kanunlar ihtilafı menfaati ile taraf menfaatinin tesis edilmesi ancak bu şekilde esnek bağlama noktalarına vurgu yapmak suretiyle gerçekleşecektir.

4.2.4.3. Muhtemel ve meşru beklentilerden hareket eden görüş

Haksız fiiller her ne kadar tesadüfen meydana gelen bir olay sonucunda oluşan hukuki ilişki olsa da taraflar arasında geçmişte veya olay sırasında bir hukuki ilişkinin var olması ihtimali de her zaman mümkündür. Haksız fiil sonucu meydana gelen zarar, zarar gören ile zarar veren arasında zaten var olan bir hukuki ilişkinin ihlalini de oluşturmuşsa, hukuki ilişkiye hâkim olan ve uygulanacak olan hukukun haksız fiil bakımından da geçerli olabileceği sonucunu da doğurabilmektedir. Bu durum haksız fiilin *fer'i bağlanma noktası* olarak ifade edilmektedir[1143].

Haksız fiilin *fer'i bağlanma noktası* her hayat olayında ayrıca değerlendirilecek olan bir durumdur. Bu durum bakımından önceden var olan bağlama noktaları bir hüküm ifade etmemektedir. Örneğin, yabancı unsurlu evlilik ihtilaflarında taraflar arasında var olan fiziksel şiddet, haksız fiil teşkil ederken aynı zamanda evliliğin genel hükümleri bakımından da anlam ifade etmektedir[1144]. Evliliği genel hükümlerine uygulanacak olan hukuk tarafların vatandaşlıkları, mutad meskenleri ve diğer sosyolojik özelliklerinin önüne geçebilmektedir. Bir diğer örnek olarak iş hukukundan kaynaklanan hukuki ilişkiler gösterilebilir. Taraflar arasında daha önceden var olan bir iş ilişkisi mevcut ise iş ilişkisi sırasında meydana gelen iş kazalarına uygulanacak hukuk da iş sözleşmesine

[1142] Nomer, 2015, a.g.k., s. 358.
[1143] Nomer, 2015, a.g.k., s. 359.
[1144] Nomer, 2015, a.g.k., s. 359.

uygulanacak olan hukuk olabilir. Haksız fiil açısından önem arz eden ika yeri, zarar yeri kurallarının uygulanması, iş ilişkisine uygulanacak olan hukukun gölgesinde kalmaktadır. Örnekler çoğaltılabilir.

Bu görüşün temelinde yatan unsur taraflar arasında daha önce var olan hukuki ilişkidir. Taraflar arasında daha önceden bir hukuki ilişki olması durumunda, bu hukuki ilişkiye uygulanan hukukun, taraflarca en iyi bilinen hukuk olduğu varsayımı vardır[1145]. Bu varsayım sonucunda tarafların haklı beklentileri, haksız fiil sonucunda uygulanması gündeme gelen fiil ve zarar yeri hukuklarının uygulanması değil, daha önce aralarında var olan hukuki ilişkiye uygulanan hukukun uygulanmasıdır. Bu durum tarafların haklı ve meşru menfaatleri bakımından uygun olmakla birlikte, hukuki ilişkilerin nitelikleri bakımından vasıflandırma sorunlarını da gündeme getirebilir. Zira her zaman taraflar arasında geçmişte var olan hukuki ilişkiye uygulanacak olan hukukun, haksız fiiller bakımında da uygulanacak olması haklı bir durum meydana getirmez. Gösterici nitelikte olan kanunlar ihtilafı hukukunun, tarafların geçmişteki hukuki ilişkilerinin sonucunda gösterdiği hukuk haksız fiil olayının mahiyetine aykırı olabilir. Böyle bir durumda kanunlar ihtilafı adaleti ile taraf menfaatlerinin gerçekleşmesi her zaman mümkün olmayabilecektir. Bu nedenle görüşün temel amacı olan tarafların meşru ve haklı beklentilerinin karşılanması mümkün olmayacaktır.

4.2.4.4. Zarar göreni korunması gerektiğinden hareket eden görüş

Hukuka aykırı bir fiil ile bir başkasına zarar veren kimse, verdiği zararın sonuçlarına katlanır. Haksız fiilin, hukuka aykırı olarak zarar vermek isteyen kimseleri ürkütmek, kamu düzenini tesis etmek üzere var olduğu söylenebilir. Bu nedenle zarar vermek isteyenleri ürkütmek istenirken, zarar göreni de korumak bir gerekliliktir. Zarar görenin korunmasından ve uygulanacak olan hukukun tayin edilirken de zarar görenin menfaatini düşünen görüşe göre, daha sıkı irtibatlı hukuk tespit edilirken temel konu zarar görenin menfaatidir[1146]. Özellikle ika yeri ile zarar yerinin farklı ülkelerde olması ve taraflar arasında daha sıkı irtibatlı bir hukukun tesis edilmesi gerektiği hallerde zarar göreni koruyan hukuk hangi hukuk ise bu bağlantılar doğrultusunda olaya koruyucu hukukun uygulanması kabul edilmektedir[1147].

[1145] Sarıöz, a.g.k., s. 170.
[1146] Sempozyum, a.g.k., s. 180.
[1147] Sempozyum, a.g.k., s. 180.

Bu görüşün hareket noktası maddi haksız fiil hukukunun modern dünyadaki gelişimidir. Modern sorumluluk hukukunda haksız fiil sonucunda zarar gören tarafın korunması esastır[1148]. Bu görüş uyarınca hâkim ika yeri, zarar yeri ve diğer sosyolojik bağlama noktalarından hangisi tarafından zarar göreni korunduğunu tespit etmişse ilgili hukuku uygulayacaktır. Amerikan hukukunda var olan ve *Leflar* tarafından da dile getirilen "*better law approach*" doktrininden etkilenen bu görüş, daha sıkı irtibatlı hukukun zarar görenin menfaatine olan hukuk olduğunu belirtmektedir[1149]. *Leflar'dan* hareketle ortaya çıkan bu mülahaza daha iyi hukuk kuralının uygulanmasını esas almaktadır[1150]. Yazara göre mahkemelerin uygulanacak hukukun seçiminde yapacakları ilk iş, eyalet seçiminin yapılması (*yer bakımından*), seçilen eyaletin hukuk kurallarının seçimi olmayıp, yarışan hukuk kuralları içinden birini seçmek olması gerektiğidir. Yani uygulanacak hukukun araştırılması, sadece somut olayı idare edecek hukuk düzeninin tayinine yönelik bir süreç değildir. Bu süreç kısmen de olsa farklı kurallar içindeki bir seçimi ihtiva etmektedir. Dolayısıyla *Leflar'ın* daha iyi hukuk kuralının uygulanmasından kastı, daha lehe maddi hukuk sonucunu sunan hukukun uygulanması değil, daha iyi olduğu için tercih edilen hukuk kuralıdır. Dolayısıyla daha iyi hukuk kuralının seçimi hukuk kuralları arasındaki seçimdir. Daha iyi hukuk kuralı ise zarar göreni koruyan hukuk kuralıdır. Amerikan mahkemeleri ise, ihtilâfın en başından itibaren uygulanacak hukuku değil, aslında uygulayabilecekleri kuralları seçtikleri için somut taraf menfaatlerine aykırı davranmaktadırlar[1151].

Sonuç olarak, bu görüşün olayı tüm yönleri ile değerlendirerek, hâkime işin maddi hukuk sonuçları bakımından zayıf tarafı koruyan kuralların uygulanmasını önerdiği görülmektedir. Zayıf tarafı koruyan hukuk, daha iyi hukuk kuralı olarak, daha sıkı irtibatlı hukuku işaret etmektedir.

[1148] Sempozyum, a.g.k., s. 181.
[1149] Ayrıntılı bilgi için bkz. Leflar, 1966a, a.g.k., s. 1588.
[1150] Daha iyi hukuk kuralı yorumu hakkında Avrupalı hukukçuların görüşleri ve anlayışları için bkz. Güngör, 2006, a.g.k., s. 80.
[1151] *Leflar*'a göre makul bir mahkeme, seçeceği hukuk kuralının kendi hukuk kuralı veya diğer devletin hukuk kuralı olup olmadığına bakmaksızın, kararın verildiği zaman sosyo-ekonomik duyarlılığı iyi olan, çağa uygun ve doğrulara işaret eden kuralları tercih etmelidir. Daha iyi hukuk kuralının uygulanmasının en tartışmaya açık mülahazalarından biri, diğer mülahazalar tartışılırken, daha iyi hukuk kuralının zaman zaman göz ardı edildiği, net bir açıklamasının olmadığıdır. Oysaki daha iyi hukuk kuralının tespit edilmesi mülahazasının davalarda önemli yer tuttuğu, dolayısıyla makalesinde bu mülahaza için daha çok yer ayırdığını belirtmiştir. Leflar, 1966a, a.g.k., s. 1589.

4.2.4.5. Değerlendirme ve görüşümüz

Kanunlar ihtilafı hukukunun amacı milletlerarası özel hukuk adaleti ile taraf menfaatlerinin tesis edilmesidir. Gösterici nitelikte olan kanunlar ihtilafı kuralları da en iyi sonucu verecek olan maddi hukuk kuralları ile ilgilenmez. Bunun yerine taraflar ile bağlantısı dolayısıyla kendilerine en yakın olan ülke hukukunu bulmaya çalışır. Bu doğrultuda yüzyıllardır süregelen davranışlar sonucu oluşan objektif bağlama noktaları en sıkı irtibatlı hukuku göstermektedir. Ancak en sıkı irtibatlı hukuku gösteren bağlama noktaları dışında, taraflar ve olay ile daha sıkı irtibat noktalarının olması mümkündür. Bu nedenle zamanla daha sıkı irtibatlı hukuka ulaşmak amacıyla çeşitli yöntemler önerilmiştir.

MÖHUK m. 34/3 daha sıkı irtibatlı hukuk anlayışını kabul etmiştir. Ancak kanunda, daha sıkı irtibatlı hukuku tespit ederken hâkime yol gösterecek metod ve metodoloji kurallarının gösterilmediği bir gerçektir. Bu nedenle hâkim, olay ve taraflar arasındaki tüm unsurları dikkate alarak daha sıkı irtibatlı hukuku tespit edecektir. Bu noktada hâkime yardımcı olacak doktriner görüşler ele alınmıştır.

En sıkı irtibatlı hukuk bağlama noktasından hareket edilmesini ileri süren görüşün temelde kabul ettiği irtibat noktası ika yeridir. Bu görüşe göre ika yeri hem zararın meydana geldiği yer hem de fiil yeridir. Hâkim daha sıkı irtibatlı bir hukukun araştırmasını her durumda, derhal yapamayacaktır. Daha sıkı irtibatlı hukukun araştırılmasının yapılması iki temel şartın varlığına bağlıdır: İlk olarak en sıkı irtibatlı hukuku gösteren bağlama noktaları olan ika yeri bağlama noktası ile olayın doğrudan bağlantısı olmaması; ikinci olarak ise olayın bir başka ülke hukuku ile daha sıkı irtibatlı olması gereklidir. Görüşün temel amacı daha sıkı irtibatlı hukukun, haksız fiillerde en temel irtibat noktası olan ika yeri kuralından kopmasını engellemektir. Bu görüş kanunlar ihtilafı hukuku kurallarının sert, mekanik olmasını savunan bir mekanizma önermektedir. Kanaatimizce bu görüşün felsefesi özellikle 20. YY. kanunlar ihtilafı hukukçuları tarafından dile getirilen sistemin sonucudur. Özellikle irade muhtariyetinin kanunlar ihtilafı hukukunun her alanında savunulduğu günümüzde, haksız fiillerde ika yeri ve zarar yeri merkeziyetinden hareket eden bir sistem önerilmesi, daha sıkı irtibatlı hukukun tespitini bu perspektiften ele alarak sunulması günümüz kanunlar ihtilafı felsefesi ile bağdaşmayacaktır. Günümüz kanunlar ihtilafı kurallarının temel felsefesi, taraf menfaatini öne çıkaran ve taraf iradelerinin olay içinde etkisinin arttırıldığı bir sistem

kurmaktır. Bu nedenle söz konusu görüş daha sıkı irtibatlı hukukun tespiti noktasında metodolojik olarak hâkimi belirli sınırlar içine hapseden bir sistem önermektedir.

Daha sıkı irtibatlı hukukun tespitinde tarafların meşru ve muhtemel beklentilerini esas alan görüş ise taraflar arasında daha önceden var olan bir hukukiyi irtibat noktalarının tespitinde öne çıkarmaktadır. Bu görüşün temelinde yatan unsur taraflar arasında daha önce var olan hukuki ilişkidir. Taraflar arasında daha önceden bir hukuki ilişki olması durumunda, bu hukuki ilişkiye uygulanan hukukun, taraflarca en iyi bilinen hukuk olduğu varsayımı vardır. Bu varsayım sonucunda tarafların haklı beklentileri, haksız fiil sonucunda uygulanması gündeme gelen fiil ve zarar yeri hukuklarının uygulanması değil, daha önce aralarında var olan hukuki ilişkiye uygulanan hukukun uygulanmasıdır. Bu durum tarafların haklı ve meşru menfaatleri bakımından uygun olmakla birlikte, hukuki ilişkilerin nitelikleri bakımından vasıflandırma sorunlarını da gündeme getirebilir. Zira her zaman taraflar arasında geçmişte var olan hukuki ilişkiye uygulanacak olan hukukun, haksız fiiller bakımında da uygulanacak olması haklı bir durum meydana getirmez. Gösterici nitelikte olan kanunlar ihtilafı hukukunun, tarafların geçmişteki hukuki ilişkilerinin sonucunda gösterdiği hukuk haksız fiil olayının mahiyetine aykırı olabilir. Böyle bir durumda kanunlar ihtilafı adaleti ile taraf menfaatlerinin gerçekleşmesi her zaman mümkün olmayabilecektir. Bu nedenle görüşün temel amacı olan tarafların meşru ve haklı beklentilerinin karşılanması mümkün olmayacaktır.

Daha sıkı irtibatlı hukukun tespitinde zarar görenin menfaatini koruyan görüş ise özellikle İsviçre hukukundan hareket ederek, zayıf tarafın korunması algısı ile hareket etmektedir. Bu görüş, kanunlar ihtilafı hukukunun temel prensibi olan gösterici nitelik arz eden hukuk kuralı olması görüşünden sapmaktadır. Zira kanunlar ihtilafı hukuku kamu düzeni, doğrudan uygulanan kurallar, maddi milletlerarası özel hukuk kuralları gibi istisnai haller saklı kalmak kaydıyla maddi hukuk kuralları ile ilgilenmez. Milletlerarası özel hukuk kuralları taraflar ile en sıkı ve daha sıkı irtibatlı hukuku araştırır; bu hukukun tarafları ne derece koruyup korumadığı ile ilgilenmez. Bu nedenle milletlerarası özel hukuk kurallarının mahiyetine aykırı olan bu görüşün daha sıkı irtibatlı hukukun tespitinde esas alınması mümkün değildir.

Kanaatimizce daha sıkı irtibatlı hukukun tespit edilmesinde hâkime yol gösterecek olan metodolojik yöntem *kanunlar ihtilafının amaç ve menfaatinden hareket eden görüştür.* Bu görüşün ortaya çıkmasındaki temel neden kanunlar ihtilafı hukukunun kat'i

ve sert yapısının yumuşatılmasıdır. Olayın niteliği gereği sosyolojik unsur olarak kabul edilen vatandaşlık, ikametgâh, mutad mesken gibi bağlama noktalarının, yardımcı unsur değil, hayat olayının taraflar ile en sıkı irtibat arz edecek şekilde kilit bir noktada olduğu durumlar ile karşılaşılabilir. Bu nedenle özellikle kanunlar ihtilafı hukukunun menfaatleri gereğince ika yeri kuralı yumuşatılmalı, sosyolojik unsurları da esas alan ve hâkime geniş bir takdir/değerlendirme yetkisi vererek çalışma imkânı sunulması gereklidir. Daha sıkı irtibatlı hukukun araştırılması hususundaki temel felsefe budur. Kanunlar ihtilafı hukuku günümüzde taraf iradelerinin mümkün olduğunca kabul edildiği, her müstakil olay için değişik bağlama noktalarını referans alan bir eğilimdedir. Bu nedenle haksız fiilin meydana gelmesi sonrasında hâkime geniş bir takdir yetkisi tanıyarak objektif bağlama noktaları, sosyolojik bağlama noktaları gibi olayın tüm yönleri esas alınması gereklidir. Günümüz kanunlar ihtilafı hukuku felsefesi, kanunlar ihtilafı menfaati ile taraf menfaatinin tesis edilmesi ancak bu şekilde esnek bağlama noktalarına vurgu yapmak suretiyle gerçekleşecektir[1152].

Nihayet olay ve sosyolojik bağlama noktaları yanında taraflar arasındaki geçmiş hukuki ilişkiler de haksız fiil bakımından daha sıkı irtibatlı hukuk olarak uygulanabilecektir. Yargıtay HGK verdiği bir kararında[1153] taşıma sözleşmesi sırasında meydana gelen zararın sigorta şirketi tarafından karşılanması sonrasında, sigorta şirketinin açtığı rücu davasında, taşıma sözleşmesine uygulanan hukukun, sigorta şirketinin açmış olduğu rücu davasında da geçerli olacağını hükme bağlamıştır[1154]. Görüldüğü üzere daha sıkı irtibatlı hukukun tespit edilmesinde, olayın tüm unsurları değerlendirilerek hâkim tarafından hukukun uygulanmasına karar verilmelidir.

[1152] Yargıtay 10. HD. E. 1994/2751, K. 1997/5439, T. 10.7.1997 kararında Rusya'da meydana gelen trafik kazasında, mağdur Türk vatandaşının Türkiye'de fail Rus vatandaşı hakkında açtığı davada, daha sıkı irtibatlı hukuk araştırılmaksızın Türk hukukunun uygulanmasına karar verilmesi eleştirilmiştir. Eleştiri için bkz. Şanlı/Esen/Figenmeşe, 2015, a.g.k., s. 297.

[1153] Yargıtay HGK E. 1979/11-1775, K. 1981/563, T. 3.7.1981 kararı. Kazancı İçtihat Bankası. Karar hakkında açıklamalar için bkz. Çörtoğlu-Koca, Sema (2015), Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yer Alan Düzenlemeler Uyarınca Halefiyete Uygulanacak Hukuk, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 1,* s. 61.

[1154] Yargıtay'ın verdiği bir başka kararında çatma sonucunda meydana gelen zararın sigorta şirketi tarafından karşılanması sonrasında, sigorta şirketinin açmış olduğu rücuen tazminat davasında haksız fiile uygulanan hukukun rücuen tazminat davasında da uygulanmasına karar vermiştir. Yargıtay HGK E. 1991/40, K. 1991/127, T. 13.3.1991. Kazancı İçtihat Bankası.

5. SİGORTACIYA BAŞVURU

5718 sayılı MÖHUK m. 34/4 "*Haksız fiile veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukuk imkân veriyorsa, zarar gören, talebini doğrudan doğruya sorumlunun sigortacısına karşı ileri sürebilir.*" şeklinde bir düzenleme ile Türk hukukunda daha önce var olmayan bir yenilik getirmiştir. MÖHUK m. 34/4'te zarar gören tarafın, zarar verene başvurmaksızın doğrudan zarar verenin sigortacısına başvuruda bulunmasını kabul etmiştir. İlgili hüküm bu başvuruyu haksız fiile uygulanan hukuka veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukuka tâbi tutmuştur. MÖHUK m. 34/4 düzenlemesi *Roma II m. 18*[1155] ve İsviçre MÖH m. 141'den esinlendiği görülmektedir.

Kanuna göre sigortacıya başvuru hakkı zarar görene tanınmıştır. Zarar gören, haksız fiil veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukukun imkân vermesi durumunda zarar verenin sigortacısına[1156] başvurabilecektir. Kanun maddesinde "*haksız fiil uygulanan hukuk veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukuk"* olarak iki farklı bağlama kuralına dayanılarak hangi hukuk kuralının uygulanması imkân veriyor ise o hukuk kuralı uyarınca sigorta şirketine başvuru[1157] yapılabileceği düzenlenmiştir[1158]. Düzenleme özellikle haksız fiile uygulanan hukukun sigortacıya başvuru imkânı vermemesi; ancak, sigorta şirketine uygulanan hukukun sigorta şirketine başvuru imkânı verdiği durumlarda önem arz ettiği savunulmuştur[1159].

Haksız fiil sonucunda zarar gören ile zarar veren arasında meydana gelen zararın telafi edilmesi amacıyla bir tazminat ilişkisi doğmaktadır. Taraflar arasında tazminat sürecinin bir an önce tamamlanması ve zarar görenin zararının telafi edilmesi esastır.

[1155] Roma II m. 18: "*Akit dışı borç ilişkisine veya sigorta akdine uygulanan hukukun izin vermesi koşuluyla zarar gören kişinin doğrudan failin sigortacısına başvuruda bulunabilme imkânı vardır."* Roma II m. 18 hakkında açıklamalar için bkz. Altenkirch, Markus (2011), *Chapter V- Common Rules, Art. 18 Rome II*, *Rome II Regulation Pocket Commentary*, (Ed. Peter Huber), Munich: Sellier European Law Publishers, (*Art. 18 Rome II*), s. 374 vd.; Gruber, Urs Peter (2011), *Article 18 Direct Action Against The Insurer of The Person Liable*, Calliess Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws, (Ed. Gralf-Peter Calliess), Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, s. 589.

[1156] Bu ifadenin "*sigorta şirketi*" olarak değiştirilmesi hakkında öneri için bkz. Nomer, 2015, a.g.k., s. 361.

[1157] Sigorta şirketinin, zarar görenin zararını karşıladıktan sonra, zarar veren sigortalı ile arasındaki rücu ilişkisine uygulanacak olan hukukun, zarar gören ile sigorta şirketi arasındaki uyuşmazlığa uygulanan hukuk olacağı hakkında bkz. Ekşi, Nuray (2012), *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 51. Bu durumun nedeni olarak ise sigorta şirketinin, zarar görenin zararı karşılaması sonrasında onun halefi sıfatıyla hareket ederek, zarar gören yerine geçeceği ve daha önce taraflar arasında uygulanan hukukun bu sefer halefiyet ilişkisinde geçerli olacağı savunulmuştur. Turhan, 1989, a.g.k., s. 281.

[1158] Tiryakioğlu, 2010, a.g.k., s. 214.

[1159] Tiryakioğlu, 2010, a.g.k., s. 214.

Hükmün amacı, sigorta şirketlerinin global gücünden ve örgütlenmesinden zarar görenin faydalanacağı bir sistem kurmaktır. Zira global şekilde örgütlenen sigorta şirketleri, müşterilerinin zararlarını karşıladığı ölçüde, zarar görenin zararının telafi edilmesi imkânı doğacaktır[1160]. Bu nedenle MÖHUK m. 34/4'ün zarar görenin lehine ve zararın telafisi açısından oldukça kolaylaştırıcı bir sistem kurduğu söylenebilir.

Zarar görenin zararının telafi edilmesi amacıyla sigortacıya başvuru imkânının olup olmadığı ve bu zararın ne şekilde karşılanması gerektiği, hangi hukukun uygulanacağı sorunu uzunca bir süre tartışılmıştır. Bir görüş sigorta akdine uygulanan hukukun, mağdurun sigorta şirketine başvuru imkânı olup olmadığını düzenlemesi gerektiğini belirtmiştir[1161]. Zarar görenin zararının karşılanması amacıyla sigorta şirketine açılacak olan davanın temelini teşkil eden hukuki düzenleme sigorta ilişkisine dayanacaktır. Bu nedenle mağdur, sigorta sözleşmesine uygulanacak olan hukukun elverdiği ölçüde sigorta şirketine başvuru yapabilecektir[1162].

Turhan mağdurun sigorta şirketine başvuru imkânına sahip olması süresini idare edecek hukukun ika yeri hukuku olduğunu belirtmiştir[1163]. Yazara göre mağdurun sigortacıya doğrudan başvuru imkânının olup olmadığı konusu, sigortacı ile zarar veren arasında yapılmış olan sigorta sözleşmesi ile yakından ilişkilidir. Ancak, buna rağmen sigorta şirketine başvuru imkânını, sigorta şirketinin, mağdura karşı sorumlu olduğunu düzenleyen ika yeri hukuku tesis edecektir[1164]. Bu nedenle sigorta şirketine başvuru imkânı ancak ika yeri hukukunun izin verdiği ölçüde mümkün olacaktır. Kanaatimizce yazarın görüşünde, ika yeri hukukunun izin verdiği ölçüde başvuru imkânı tanınmasını, haksız fiili idare eden hukukun izin verdiği sürece şeklinde anlamak gereklidir. Zira, mevcut MÖHUK m. 34/4 uyarınca da kabul edilen bu durum, Kanun sistematiğine daha uygundur. Sigorta şirketine başvuru imkânını tek bir bağlama noktası kriteri ile sınırlamamak gereklidir. O halde MÖHUK m. 34/4'te ifade edildiği üzere haksız fiile

[1160] Özellikle Amerikan mahkemeleri, ika yeri hukukunun uygulanmasının olumsuz yönlerini bertaraf etmek amacıyla sigorta ilişkisine uygulanan hukukun tercih ettiği söylenebilir. Zira, ika yeri hukuku sigorta şirketine başvuru imkânı vermiyor ise bu durumda sigorta ilişkisini idare eden hukuka başvuru imkânı getirilmesi, zarar görenin mağduriyetini daha hızlı şekilde giderecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, 1989, a.g.k., s. 285.
[1161] Turhan, 1989, a.g.k., s. 283.
[1162] Bu görüşün *Kıt'a Avrupasında* kabul edilmediği ve tamamen alakasız, mağdur ile sigorta şirketi arasında bir bağlantı olmadan başvuru imkânı veren düzenlemenin hukuki sakıncaları hakkında bkz. Turhan, 1989, a.g.k., s. 284.
[1163] Turhan, 1989, a.g.k., s. 288.
[1164] Turhan, 1989, a.g.k., s. 285.

uygulanacak olan hukuk izin verdiği ölçüde sigorta şirketine başvuru imkânı kabul edilmiş sayılır.

Son olarak hükümde ifade edilen bağlama noktaları arasında bir öncelik/sonralık ilişkisi yoktur. Mağdurun sigorta şirketine başvurması imkânını hangi hukuk tanıyor ise sıralamasının önemi olmadan o hukuka göre sigorta şirketine doğrudan başvuru imkânı olacaktır.

6. TÜRK HUKUKU KAPSAMINDA AKİT DIŞI HUKUKÎ İLİŞKİLERDE İRADE MUHTARİYETİ[1165]

Türk hukukunun kanunlaşma sistematiği göz önüne alındığında hukuk seçimi gibi liberal bir düzenlemenin kanun koyucunun gündemine *Kıt'a Avrupası* ve *Anglo Amerikan* hukuk sistemi ülkelerine nazaran geç geldiği söylenebilir. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak olan hukukun taraflarca seçilmesi anlayışının kabul edilmesi 2675 sayılı MÖHUK m. 24'de kabul edilmiştir. Bu dönemde dahi hukuk seçiminin taraflarca açıkça belirlenen "*kanun*" olduğu vurgulanmak suretiyle sınırlı bir hukuk seçiminin kabul edildiği görülmektedir[1166]. Zamanla Türk hukukunda meydana gelen liberalleşme ile irade muhtariyeti prensibinin akit dışı borç ilişkilerini de içine alacak şekilde genişletildiği görülmektedir.

6.1. Kavram

Türk hukukunda Türk kanun koyucusu 5718 sayılı Kanunun 34. maddesinin başlığında "*haksız fiiller*" ifadesini kullanmaktadır. Bu kavramın yerindeliği ve yeterliliği kanaatimizce tartışılmalıdır. Zira kanun başlığı olarak belirtilen "*haksız fiil*" ifadesi genel maddi hukuk tanımı kapsamında *hukuka aykırı bir fiil ile bir başkasına zarar vermek olarak tanımlanmaktadır.* Ancak hukuka aykırı olmayan fiiller sonucunda zararın

[1165] Bu bölüm tarafımızca Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 1.6.2018 tarihinde düzenlenen Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansında sunulmuş ve basılmıştır. Önal, Ali (2018), Akit Dışı Borç İlişkilerinde İrade Muhtariyeti Prensibi: II. Restatement-Roma II-MÖHUK Uygulaması, *Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferansı Serisi No-8, Milletlerarası Özel Hukuk,* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 273-289.

[1166] Mülga MÖHUK'te kabul edilen bu düzenleme sonucunda adı geçen "*tarafların seçtikleri kanun*" ifadesi kullanılmıştır. 5718 sayılı Kanunda ise bu kavram yerine yerine "*tarafların seçtikleri hukuk*" ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. "*Kanun*" ifadesinin yetersiz olması ve bunun yerine daha geniş olarak mahkeme kararları, örf ve adet hukuku, hatta doktrin görüşlerini içeren hukuk düzeninin bir bütün şekilde göz önünde tutulması anlayışının doğru olduğu hakkında bkz: Bkz. Ziya Akıncı (1992), *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, İzmir 1992, s. 49; Fügen Sargın (2002), *Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 188.

meydana gelmesi ve vasıflandırma sorunları bakımından hüküm başlığı ne derece yerindedir, bunun tartışılması gereklidir.

Sorumluluğu, "*uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme; tazminatla yükümlü tutulma, işlenmiş olan bir suçun gerektirdiği cezayı çekme*" olarak tanımlamak mümkündür[1167]. Genel anlamıyla yaptığımız bu sorumluluk tanımı, açık bir şekilde hem hukukî hem de cezaî sorumluluğu kapsamaktadır. Devletin sorumluluğu hukukî sorumluluk olarak ortaya çıkarken, milletlerarası hukukta devletin süjesi olduğu bir cezaî sorumluluk olup olmadığı tartışma konusudur. Roma borçlar hukuku sistematiğinde haksız fiil bir borç kaynağı olarak zikredilmiştir. Bu noktada borcun kaynağının esas nedeni taraflar arasındaki hukukî sorumluluk ilişkisidir. Hukukî sorumluluk denildiğinde ise bir kimsenin başkasına vermiş olduğu zararı tazmin etmesi gayesi akla gelir[1168]. Bir diğer ifade ile hukukî sorumluluğun kaynağını bir kimsenin bir başkasına verdiği zararın telafi edilmesi mantığı oluşturur. Nitekim bu durum "*Sorumluluk*" başlığı altında, TBK'nın 49. maddesinde "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür*" şeklinde belirtilmiştir.

Hukukî sorumluluk çeşitli şekillerde doğar. Hukukî sorumluluğun taraflar arasında mevcut olan hukukî bir ilişkiden veya daha önceden mevcut olmayan bir hukukî ilişkiden doğmasına göre borcun kaynağı da çeşitlenmektedir[1169]. Borcun kaynağı denildiğinde taraflar arasındaki alacaklı-borçlu ilişkisinin sebebine gitmek gereklidir. Taraflar arasındaki alacaklı-borçlu ilişkisi geçmişte var olan hukukî ilişkiye dayanmakta ise bu noktada akdi bir borç ilişkisi vardır. Adında belirtildiği üzere buradaki borç ilişkisinin kaynağı da taraflar arasında geçmişte var olan bir akittir. O halde borcun kaynağı da sözleşmedir. Bu durum TBK'da 1-48 maddeler arasında düzenlenmiştir.

Öte yandan taraflar arasındaki hukukî ilişki geçmişte meydana gelen bir hukukî ilişkiden, akitten veya akit benzeri bir işlemden meydana gelmemiş ise bu durumda akit dışı bir hukukî ilişkiden bahsedilmektedir. Taraflar arasındaki hukukî sorumluluğun

---

[1167] Ejder Yılmaz (2013), *Hukuk sözlüğü*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 813.
[1168] Fikret Eren (2015), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 520 vd.; Ahmet Kılıçoğlu (2011), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Turhan Yayıncılık, s. 276 vd.; Hüseyin Hatemi/ Emre Gökyayla (2012), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm,* 2. Baskı, İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 115; Kemal Oğuzman/ Turgut Öz (2014), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* Cilt 1, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Bası, İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 446 vd. Aksi görüş için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu (1979), *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler*, 1. Fasikül, İstanbul, s. 80 vd.
[1169] Eren, 2015, a.g.k., s. 115; Oğuzman/Öz,2014, a.g.k., s. 2.

kaynağı geçmişte var olmayan bir hukukî ilişkiye, başka bir deyişle ansızın, tesadüfen ve beklenmedik bir şekilde ortaya çıkan bir sorumluluk ilişkisine dayanmakta ise bu durumda akit dışı hukukî ilişkisinden kaynaklanan bir sorumluluk ilişkisi vardır[1170].

Akit dışı hukukî ilişkisi kendi içerisinde birçok hususu barındırmaktadır. Kural olarak taraflar arasında daha önce tasarlanmayan borç ilişkilerini belirten ve düzenleyen kavram olan akit dışı hukukî ilişkileri, bu tanımı içerisinde hayat ilişkisinde çok geniş bir alanı içine alır. Öyle ki, taraflar arasında akdi olmayan her hukukî ilişki akit dışı sayılır. Hâl böyle olunca akit dışı hukukî ilişkisinin mahiyeti ve sınırları genişlemektedir. Bu durum ileride açıklanacağı üzere milletlerarası özel hukuk açısından da önem arz etmektedir. Zira milletlerarası özel hukukta vasıflandırma ile niteliği tayin edilecek olan bir kavramın doğrudan akit dışı bir borçtan doğması sonrasında, akit dışı hukukî ilişkileri içinde yer verilmesi ve uygulanacak hukuku belirtilmesi akit dışı hukukî ilişkilerinin mahiyetini genişletecek, niteliği gereği farklı hukukî ilişkiler içinde yer verilecek bir kavramı, akit dışı olarak nitelendirilmesine sebebiyet verecektir. Akit dışı hukukî ilişkileri içerisinde culpa *in contrahendo*, vekâletsiz iş görme, fiili sözleşme ilişkileri, sözleşme dışı koruma ve benzeri kavramların yer alması belirtmiş olduğumuz geniş hukukî nitelendirmeye örnek teşkil etmektedir[1171]. Bu bağlamda düşünüldüğünde, MÖHUK m. 35, 36, 37, 38, 39 hükümlerinde belirtilen özel haksız fiil türleri dışında kalan akit dışı borç ilişkileri bakımından MÖHUK m. 34 uygulanacağı düşünüldüğünde hükmün başlığının "*akit dışı borç ilişkileri*" olarak değiştirilmesinde fayda bulunmaktadır[1172] [1173].

[1170] Oğuzman/ Öz, 2014, a.g.k., s. 2.

[1171] Eren, 2015, a.g.k., s. 115.

[1172] TBK'da borcun kaynakları bu şekilde düzenlenmekle birlikte, doktrin bu konuda farklı görüşler de ileri sürmektedir. Bu kapsamda *Eren*'e göre, borcun kaynakları ikiye ayrılmaktadır: İlk olarak hukukî ilişkiden doğan borç kaynaklarıdır. Yazarın, TBK'da geçen sözleşmeden doğan borç ilişkileri yerine bu ifadeyi kullanması, terminoloji farklılığı veya görüş ayrılığından ziyade, borç ilişkilerinin iki veya çok taraflı nitelik arz eden sözleşme ilişkileri dışında vasiyetname, ilân yoluyla ödül vaadi gibi tek taraflı borç ilişkilerinden doğabilmesi nedeniyledir. İkinci olarak ise doğrudan doğruya kanundan borç ilişkileri mevcuttur. Doğrudan doğruya kanundan doğan borç ilişkilerinde hukukî sonuç, tarafların böyle bir hukukî sonucu açık veya örtülü beyanları ile istedikleri için değil; doğrudan doğruya kanun yolu ile meydana gelmektedir. Borç ilişkilerinin doğumu ile irade sahiplerinin açık iradeleri arasında doğrudan doğruya bir hukukî sonuç yoktur. Yazara göre kanundan doğan borç ilişkileri denilince haksız fiilden doğan borç ilişkileri, sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri, fiili sözleşmeden doğan borç ilişkileri anlaşılmaktadır. Bunun yanında haksız fiilden doğan borç ilişkileri kavramı da tek başına yetersiz kalmaktadır. Keza teknik anlamdaki dar haksız fiil kuralı, hukuka aykırı işlem ve kusurlu davranış ile üçüncü kişilere verilen zararı ifade eder. Bunun yanında kusursuz sorumluluktan doğan borç ilişkilerini de eklemek gereklidir. Eren, 2015, a.g.k., s. 489.

[1173] Bu konuda özellikle vekâletsiz iş görme örneğinin verilmesi konuyu anlaşılır yapacaktır. Bilindiği üzere yabancı unsurlu vekâletsiz iş görme hükümlerine uygulanacak hukuka dair özel bir düzenleme MÖHUK'te yer almamaktadır. Vekâletsiz iş görmenin hukukî niteliğine uygun olarak bazı hallerde sebepsiz

6.2. Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuka Dair Genel Kural Kapsamında Tarafların Hukuk Seçimi İmkânı

6.2.1. Genel Olarak

2675 sayılı MÖHUK döneminde çok sınırlı biçimde düzenlenen haksız fiil düzenlemesi, 5718 MÖHUK kapsamında genişletilerek ve ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Bu değişikliğin ardındaki neden özellikle *Roma II* düzenlemesinin taslağının AB Parlamentosu Komisyonlarına sevk edilmesi ve yine İsviçre MÖH kurallarından etkileşimdir[1174]. *Roma II* ve İsviçre MÖH etkisinde hazırlanan MÖHUK, haksız fiiller alanında hukuk seçimini de ilgili düzenlemelerden etkilenerek sınırlı şekilde kabul etmiştir[1175].

6.2.2. Hukuk Seçimi Görüşüne Neden Olan Sebepler

Sözleşmeler hukuku alanında serbestçe ve hızlı şekilde var olan ve kabul edilen tarafların hukuk seçimi ilkesi haksız fiiller alanında aynı hızda ve serbestlikte kabul görmemiştir. Bu durumun pek çok etkisi olmakla birlikte, özellikle mukayeseli hukuk ve Türk hukuku bakımından haksız fiiller alanında var olan sınırlı hukuk seçimine yol açan sebeplerin en çok kabul görenlerini değineceğiz.

6.2.2.1. Haksız fiillerin niteliğinden kaynaklanan sebepler

Haksız fiillerde hukuk seçimine kuşkuyla yaklaşılmasındaki en büyük sebep, sözleşmesel sorumlulukta var olan taraflar arasındaki dengenin korunması ve taraf menfaatlerine en yakın hukukun tercih edilmesi gerekçelerinin aksine, haksız fiillerin kamu düzeni tesisine hizmet etmesidir[1176]. Haksız fiilden kaynaklanan hukuksal düzenlemelerin toplumsal düzeni koruma görevine hizmet etmesi ile birlikte, haksız fiili

---

zenginleşmeden doğan borçlara uygulanacak olan hukuk önerilse de genel olarak MÖHUK m. 34 düzenlemesine uygulanacak olan hukukun tespit edileceği belirtilmektedir. Bu doğrultuda vekâletsiz iş görmenin haksız fiilin bir türü olarak her durumda vasıflandırılmadığı gerçeği ile birlikte, MÖHUK m. 34 başlığındaki dar kavram vekâletsiz iş görme açısından uygulanamamaktadır. Benzer durum *culpa in contrehendo* bakımından da geçerlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Önal (2016), Türk Hukuku ve AB Düzenlemeleri Çerçevesinde Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan Sayısı*, Y. 2016, S. 3, s. 2151-2181.

[1174] Öztekin-Gelgel, 2006, a.g.k., s. 291.

[1175] İlgili düzenlemelerden sınırlı bir etkilenme olduğu ve özellikle *Roma II* kapsamında düzenlenen özel haksız fiil türlerinin, MÖHUK kapsamında düzenlenmemesi ve bu durumun kısmen eleştirisi hakkında bkz. Öztekin-Gelgel, 2006, a.g.k., s. 291.

[1176] Peter E. Nygh (1995), *The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort*, Receuil des Cours de l'Académie de Droit International, C. 251, Dordrecht- Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, s. 298; Tarman, Akit Dışı Borç İlişkileri, s. 8; Tarman, Haksız Rekabet, 2012, a.g.k., s. 123; Yasan, 2015, a.g.k., s. 140; de Boer, 2007, a.g.k., s. 27..

meydana getiren hukuksal ilişkiyi meydana getiren tarafların, hukukî ilişki öncesinde birbiri ile çoğunlukla hukukî geçmişi olmaması, nihayet tarafların hukukî menfaatlerinin farklı yönde olması nedeniyle hukuk seçimi ilkesinin haksız fiiller nazarında kabul edilmesi önemli ölçüde gecikmiştir. Bu noktada özellikle taraf menfaatleri arasında haksız fiilin zayıf tarafının korunmasına hizmet edilmesinin, hukuk seçimi yapılması ile tehlikeye düşebilecek bir nitelik arz etmesi de etki etmiştir[1177].

Öte yandan haksız fiil borç kaynağının temel dayanağı olan sorumluluk hukukunun amacı çerçevesinde düşünüldüğünde önemli olan, ortaya çıkan zararın telafi edilmesidir. Zarara uğrayan tarafın, meydana gelen zarar üzerinde şahsi bir menfaatinin olduğu düşünüldüğünde, hukuk seçiminde bulunma hakkı ve bu konuda serbestçe tasarrufta bulunma yetkisi söz konusudur. Bundan hareketle pek çok yazarın haksız fiilin zarar gören tarafının hukuk seçiminde bulunma yetkisi olduğu yönünde görüş bildirdiği görülmektedir[1178].

6.2.2.2. Taraf kavramından kaynaklanan sebepler

Haksız fiilde hukuk seçimi yapacak olan taraflar haksız fiilin taraflarıdır. Bu doğrultuda zarar gören ile kusurlu veya kusursuz olarak zarar veren arasında haksız fiilden kaynaklanan bir borç ilişkisinde, taraf menfaatleri gözetilerek tarafların hukuk seçimi yapacakları düzenlenmiştir. Haksız fiillerde sözleşmeden kaynaklanan borçlardan farklı olarak, tarafların birbirlerini daha önceden görmediği, tesadüfen haksız fiil ilişkisi çerçevesinde bir araya geldiği durum söz konusudur. Öte yandan tesadüfen bir araya gelen taraflardan birisi zarar gören sıfatına haizdir. Bu durumun özelliği, söz konusu tarafın korunmaya muhtaç ve zayıf bir taraf olmasının mümkün olmasıdır. Hâl böyle olunca hukuk seçimi konusunun haksız fiillerde gündeme gelmesi sözleşmeler hukukuna nazaran gecikmeli olmuştur.

Haksız fiillerde hukuk seçiminin sınırlanması özellikle zayıf tarafın korunması düşüncesinden kaynaklanabilir. Bu doğrultuda tarafların eşit pazarlık gücüne sahip olması, zayıf tarafın ölçülü biçimde korunması, her iki tarafın da menfaatlerini dengeli bir biçimde koruyan hukukun tespit edilmesi mülahazası ile hareket edilmesi gerekmektedir. Özellikle haksız fiilde güçlü tarafın kendi menfaatlerinin korunmasına

[1177] Tarman, 2009, a.g.k., Akit Dışı Borç İlişkileri, s. 8; Tarman, 2012, a.g.k., Haksız Rekabet, s. 123; Yasan, s. 140; de Boer, 2007, a.g.k., s. 27.
[1178] Tarman, 2009, a.g.k., Akit Dışı Borç İlişkileri, s. 8; Tarman, 2012, a.g.k., Haksız Rekabet, s. 123; Yasan, 2015, a.g.k., s. 140; de Boer, 2007, a.g.k, s. 27.

hizmet edecek hukuku karşı tarafa kabul ettirme gayretinin söz konusu olması ihtimali unutulmamalıdır[1179]. Bu noktadaki zayıflığın kaynağı ise taraflardan birinin bilgi eksikliği, hukuk bilgisine ulaşmada zorluğu, seçimlerinin sonuçlarını değerlendirmedeki zayıflığı, zarar verene karşı ekonomik ve sosyal bağımlılık olarak sıralanabilir[1180] [1181].

Bu noktada özellikle zayıf taraf kavramının tanımı yapılırken tüketici, iş sözleşmeleri gibi sosyal akit kriterlerinden faydalanılması yönündeki görüşe katılmadığınızı belirtmek isteriz[1182]. Zira sosyal akitler olarak nitelendirilen tüketici ve iş sözleşmelerinde zayıf tarafın korunmasındaki amaç, tamamı ile bağımlılık veya maddi olarak güçsüzlük nedeniyle diğer tarafın zorlamasından korunması gereken bir tarafın varlığıdır. Diğer yanda, haksız fiillerde hukuk seçiminde korunması gereken taraf ise her zaman hukukî ilişkinin zayıfı olmamaktadır. Haksız fiil ilişkisinde korunması gereken tarafın esasen zarar gören olması nedeniyle, zarar görenini zararının giderilmesi amacıyla menfaati mevcuttur. Söz konusu menfaat de sosyal nitelikli bir korunma değil, zararın giderilmesi ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla korunması gereken bir menfaattir. Şu durumda haksız fiillerde hukuk seçimindeki taraf kavramından, korunması gereken taraf menfaati ile sosyal akitlerde korunması gereken taraf menfaati tamamı ile farklıdır.

6.2.2.3. Üçüncü kişinin menfaatlerinin zedeleneceği kaygısı

Haksız fiillerde, meydana gelen hukukî ilişki her zaman iki taraf arasında meydana gelmemektedir. Bazı durumlarda haksız fiil ilişkisinden dolaylı olarak etkilenen taraflar olabileceği gibi, özellikle sigortacı ilişkisinin de devreye gireceği doğrudan etki halleri de gündeme gelebilecektir. Bu gibi durumlarda sigortacının hukukî varlığı hukuk seçimi ile iki şekilde etkilenmektedir: İlk olarak sigortacının riziko sonrasında ödemek zorunda kalacağı rakam ve tazminat miktarı sigortacı aleyhine değişebilecektir. İkinci olarak ise hukuk seçimi sonrasında uygulanacak olan maddi hukuk, sigortacıya başvuru imkânını düzenlememiş olabilir. Hâl böyle olunca da hem sigortacıya başvuru imkânının ortadan

[1179] Rühl, G., (2014), 'The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union, *Journal of Private International Law, N. 10*, s. 341.
[1180] Kavşat, 2016, a.g.k., s. 126.
[1181] Roma II Tüzüğü kapsamında doğrudan zayıf tarafın korunmasından bahsedilmese de Tüzük Dibace m. 31'de zayıf tarafın korunmasına değinmiştir. Öte yandan yine AB kanun koyucusu da zayıf taraf düşüncesinin tanımının yapılırken tüketici, işçi, sigortalı gibi sosyal akit taraflarının düşünülmemesini, haksız fiilde zarar gören olan zayıf tarafın farklı refleksler gösterebileceğini belirtmiştir. Kavşat, 2016, a.g.k.s. 127; Vahit Doğan (1995), Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması (Zayıf Taraf), *MHB, 1995, Sayı 1-2*, s. 27.
[1182] Kavşat, 2016, a.g.k., s. 127.

kalkması ihtimaline binaen zarar görenin menfaatleri zedelenebilecek hem de sigortacının seçilen hukuk çerçevesinde ödemesi gerekecek olan tazminat miktarı artış gösterebilecektir. Ancak ikinci ihtimalde, sigortacının zarar verene rücu hakkı düşünüldüğünde etkilenmenin daha düşük bir düzeyde olduğu söylenebilir[1183].

Haksız fiil sonrasında üçüncü kişilerin menfaatlerinin zedelenmesi bağlamında hukuk seçiminin kabul edilmemesinde tereddüt oluşturmasının sebebi, hukuk seçimi yapılması ile bir belirsizlik durumunun ortaya çıkabileceği endişesidir. Zira hukuk seçiminden beklenen menfaat, esasında hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirliktir. Ancak haksız fiilin meydana gelmesinden sonra seçilen hukukun özellikle üçüncü kişilerin menfaatleri bakımından zararlara sebebiyet verecek bir duruma yol açması ihtimali, hukuk seçimi yapılmasının önünde tereddüt oluşturmaktadır. Örneğin yabancı unsurlu bir trafik kazası sonrasında hayatını kaybeden mağdurun mirasçılarının, Türk hukuku kapsamında zarar verene başvuru hakkı bulunurken, Türk hukukunun uygulanacağının varsayıldığı bir ihtimalde, hukuk seçimi ile bu tür bir başvuru imkânını tanımayan bir devlet hukukunun yetkilendirilmesi durumunda mirasçıların en temel hakkı olan başvuru hakkının sona erdirilmesi geri dönülmez zararlara sebebiyet verecektir[1184].

6.2.2.4. Hukuk seçiminin zamanlaması bakımından değerlendirme

Gerek *Roma II* düzenlemesi gerekse de MÖHUK m. 34/5 bağlamında hukuk seçimi, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra yapılacaktır[1185]. Doktrinde *Şanlı,* bu düzenlemenin esasında fayda arz etmeyeceğini, zira haksız fiil meydana geldikten sonra hukuk seçmek amacıyla bir araya gelme ve hukukî sorunlarını çözme iradesine sahip tarafların hukukî sorunlarını da çözebileceğini belirtmektedir[1186]. Bu nedenle de hukuk seçimi anlaşmasının zamanlama açısından pratik bir öneminin olmadığının dile getirilmesi haksız fiillerde hukuk seçimine mesafeli yaklaşılmasının bir diğer nedeni olmuştur.

[1183] Sigortacıya rücu ve karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortası bağlamında değerlendirme için bkz. Rauf Karasu (2016), *Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası*, Ankara, s. 113 vd; Rayegan Kender (2016), *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku- Sigorta Müessesesi Sigorta Sözleşmesi*, İstanbul, s. 275-276; Mertol Can (2007), *Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 276 vd.

[1184] Kavşat, 2016, a.g.k., s. 128.

[1185] Hukuk seçiminin haksız fiilin meydana gelmesi sonrasında yapılmasının eleştirisi için bkz. Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, 2015, a.g.k., s. 293.

[1186] Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, 2015, a.g.k., s. 293.

Doktrinde *Şanlı'nın* görüşüne katılmamak mümkün değildir. Zira gerçekten de tarafların haksız fiil sonrasında bir araya gelerek hukuk seçme iradesini ortaya koymaları, öte yandan aynı hukukî sorunları çözme iradesine de sahip oldukları anlamını taşıyabilecektir. Elbette bu durum her hâl ve şartta aynı etki ve sonucu doğurmayabilir. Taraflar hukuk seçiminde anlaşsalar dâhi haksız fiillerin fer'i sonuçlarında nihayete varamayan konular bakımından hâkimin kararına başvurulabileceklerdir. Kanun koyucunun da bilhassa bu tür durumları göz önüne alarak düzenleme yaptığı söylenebilir.

İkinci olarak, kanaatimizce haksız fiillerde hukuk seçimi her zaman haksız fiil sonrasında yapılmaz. Örneğin, dünyaca takip edilen bir motor sporu olan *Formula 1* yarışları esnasında meydana gelecek bir zararda uygulanacak hukuk, taraflarca zarar meydana gelmeden önce kararlaştırılabilir. Bir diğer örnekte ise kayak tatili yapan misafirlerin, haksız fiil sonucunda meydana gelecek zararlara uygulanacak hukuku, zararın meydana gelmesinden önce belirlemeleri mümkündür.

Her iki örnekte de haksız fiile uygulanacak hukukun sözleşme ile tayin edildiği, dolayısıyla haksız fiilin meydana gelmesinden önce hukuk seçimi yapılması durumunda sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı düzenlemelerinin uygulanabileceği ileri sürülebilir. Şüphesiz bu durum mümkündür. Ancak, tarafların haksız fiil öncesinde yaptıkları sözleşmede, uyuşmazlığın niteliğini haksız fiil olarak nitelendirmeleri ve haksız fiile uygulanacak hukuka göre tercih yapmalarının önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır. O halde, her durumda haksız fiilin meydana gelmesinden sonra hukuk seçiminin yapılacağı yönünde bir kaide söz konusu değildir.

6.3. MÖHUK m. 34'e Göre Hukuk Seçiminin Şartları

Mülga 2675 sayılı MÖHUK'e nazaran daha geniş, kör olmayan, objektif bağlama kuralları yanında sübjektif bağlama kuralları ile sorunun çözümüne hizmet etmeği amaçlayan 5718 sayılı MÖHUK'un 34. maddesi, yenilik olarak taraflara hukuk seçme imkânı tanımaktadır. Buna göre taraflar, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler. (md. 34/5). Bu noktada görüldüğü üzere kanun koyucunun hukuk seçimine ilişkin çok sert ve bu durumu zorlaştırıcı şartlar kabul etmeden kısa ve açık bir düzenleme ile konuyu hüküm altına aldığı görülmektedir. Bu durumda haksız fiillerde hukuk seçiminin şartlarını şu şekilde açıklamak uygun olacaktır:

6.3.1. Hukuk Seçimini Tarafların Birlikte Yapması

MÖHUK m. 34/5'e göre haksız fiilin meydana gelmesinden sonra taraflar bir araya gelerek, açık bir şekilde hukuk seçimi iradelerini ortaya koyabilirler. Bu noktada Kanun, tarafların bir araya gelmesini, birlikte ve aynı yönde karar verebilecekleri şekilde hukuk seçimi yapmalarını öngörerek düzenleme yapmıştır.

Bunun yanında hukuk seçiminde tarafların birlikte yer almasının bir diğer açıdan önemi de haksız fiilde zarar gören ile zarar veren arasında meydana gelecek olan olası uyuşmazlıkların giderilmesidir. Bu anlamda usul ekonomisinin sağlanması amacıyla tarafların mahkemede hukuk seçimi şartının veya anlaşmasının geçersiz olduğu yönünde taleplerinin bertaraf edilmesi amaçlanmaktadır.

6.3.2. Hukuk Seçiminin Haksız Fiilin Meydana Gelmesinden Sonra Olması

Haksız fiillerde hukuk seçimine ilişkin zaman sınırının tayin edildiği söz konusu şartta, hukuk seçiminin haksız fiilin meydana gelmesinden sonra tarafların bir araya gelmesi ile yapılacağı ön görülmüştür. Bu noktada hukuk seçimi iradesinin neden ve niçin haksız fiilin meydana gelmesinden sonra yapılacağına ilişkin bir şart koyulduğu doktrinde de etraflıca eleştirilmiştir[1187].

MÖHUK m. 34/5'te yer alan kural taraflara haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra hukuk seçimi yapma imkânı getirmiştir. Bu konuyu düzenlerken Kanun Koyucunun, haksız fiilin tesadüfî ve genellikle taraflar arasında daha önceden bir hukukî ilişki olmaması ihtimaline binaen düzenlendiği düşünülebilecektir. Bu nedenle tamamen tesadüfî bir şekilde bir araya gelen tarafların, önceden hukuk seçimi yapmaları mümkün olmaması nedeniyle, haksız fiilin meydana gelişi sonrasında hukuk seçimi yapabilecekleri öngörülmüştür. Ancak, bu şekilde zamansal açıdan sınırlama kanaatimizce uygun değildir. Zira, "*Kanun Koyucu abesle iştigal etmez*" kuralı nedeniyle, Kanun Koyucunun iradesinden hareketle hukuk seçiminin zamansal açıdan sadece haksız fiilin meydana gelmesinden sonra yapılacağı kabul edilmektedir. Ancak tesadüfî olmayan haksız fiil halleri bakımından durum değerlendirildiğinde, tarafların daha önce aralarında var olan bir sözleşmede veya başkaca bir hukukî ilişkide hukuk seçimi veya irade beyanını ortaya koyan bir seçim var ise o halde bu seçim nazara alınabilecek midir? Kanaatimizce bu durumu engelleyen bir hâl söz konusu değildir. Zira her ne kadar m. 34

[1187] Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, 2015, a.g.k., s. 296-dn. 446.

lafzında hukuk seçiminin zamansal açıdan sadece haksız fiilin meydana gelmesinden sonra yapılacağı kabul edilse de esas olan, hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik olması nedeniyle daha önce var olan bir hukuk seçiminin, meydana gelen haksız fiil ilişkisinde de uygulanabileceği kabul edilebilecektir. Ancak, doğrudan taraflar arasındaki geçmişte var olan hukuk seçiminin haksız fiil için de uygulanacağının kararı yine taraflarca haksız fiilin meydana gelmesinden sonra kararlaştırılacaktır. Bu durumun nedeni de belirtildiği üzere, 34. maddede belirtilen zamansal sınırlamadır. Söz konusu sınırlamanın pratik faydasının olmaması nedeniyle düzeltilmesi ve kanun hükmünde yer alan "*haksız fiilin meydana gelmesinden sonra*" ifadesinin kaldırılması gerekecektir. Bu durum mevcut düzenlemede zaman yönünde var olan sınırlamanın kaldırılarak, madde hükmünün daha işler hâle getirilmesinde yardımcı olacaktır.

Doktrinde, haksız fiillerde uygulanacak olan hukukun taraflarca, haksız fiilin meydana gelmesinden önce belirlendiği durumlara örnek olarak tehlike sorumluluğu olarak nitelendirilen haller belirtilmiştir[1188]. Sportif ve kültürel faaliyetlerin meydana getirilmesi öncesinde yapılan sözleşmeler ile alt yapı tesislerinin kurulmasına yönelik yapılan sözleşmelerde işin nitelik ve mahiyetinden kaynaklanan tehlikeli iş kategorisi kapsamında yer alan işlerde haksız fiil meydana gelmeden, hukuk seçiminin yapılması söz konusu olabilecektir[1189]. Yine büyük çaplı inşaat işlerinin yapılmasından kaynaklı olası haksız fiiller de tehlike sorumluluğu kapsamında yer alacağından buna dair uygulanacak olan hukuk da haksız fiilin meydana gelmesinden önce taraflarca seçilebilecektir.

Hukukî niteliği tartışmalı olmakla birlikte, haksız fiil veya diğer borç ilişkileri içinde değerlendirilen *culpa in contrahendo* sorumluluğu bakımından, vasıflandırmanın yapılması sırasında meselenin haksız fiil olarak ele alındığı ülkeler hukuku bakımından uygulanacak hukuk da sözleşme görüşmeleri öncesinde belirlenebilir. Bu gibi durumlar

[1188] Kavşat, 2016, a.g.k., s. 133 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, 2015, a.g.k., s. 296-dn. 446.

[1189] Örneğin, birçok ülkeden sporcunun katıldığı kış olimpiyatlarının organizasyon işinin yabancı bir organizasyon şirketine verilmesi durumunda, şirketin sporculara ilişkin olası haksız fiillerden kaynaklanacak hukukî uyuşmazlıklara dair uygulanacak hukuku tespit etmesine yarayacak sözleşmeler bu duruma örnektir. Bu durum işlerin sigortalanmasını da kolaylaştıracağı için avantaj meydana getirecektir. Benzer örnek ve yorum için bkz. Kavşat, 2016, a.g.k., s. 134 vd

açısından yine hukuku seçimi, sözleşme görüşmeleri öncesinde belirlenecek ve seçilecek hukuk da olası haksız fiil ilişkilerine uygulanacaktır[1190].

6.3.3. Hukuk Seçimine İlişkin Diğer Şartlar

6.3.3.1. Açık-Zımni-Farazi Hukuk Seçimi

Milletlerarası özel hukukta hukuk seçimine ilişkin en önemli konularından biri hukuk seçimi anlaşmasında tarafların iradesinin açıklık derecesinin ne şekilde olacağıdır. Bilindiği üzere hukuk seçimi anlaşmasının açık, zımni ve farazi şekillerde yapılması mümkündür. Açık hukuk seçimi sözleşmede tarafların açıkça anlaştığı ve görünen bir uygulanacak hukukun var olduğunu gösterirken; zımni hukuk seçimi ise tarafların ve sözleşme kayıtlarında geçen ifadelerden makul bir kesinlik içinde anlaşılan hukuktur[1191]. Yani tarafların aslında bir hukuk seçimi iradesi söz konusudur. Ancak bu durum sözleşme içinde veya haksız fiil ilişkisinden makul bir kesinlik doğrultusunda anlaşılmaktadır[1192]. Farazi hukuk seçimi ise tarafların eğer ki bir hukuk seçmiş olsalardı hangi hukuku seçebilecekleri konusunda, tarafların farazi iradelerini göz önüne alarak hukuk seçimini karara bağlayan seçim usulüdür[1193]. Burada esas olan taraf iradeleri değil, hâkimin iradesidir. Bu nedenle de tam olarak taraf iradelerini yansıtmaması nedeniyle eleştirilmektedir[1194]. Türk hukukunda farazi hukuk seçimi sözleşme ilişkileri de dâhil olmak üzere kabul edilmemektedir[1195].

Hukuk seçiminin, tarafların iradelerini yansıtması ve uygulanacak hukukun objektif hukuk düzenlemelerini bertaraf etmesi nedeniyle şeklinin ve seçimin anlaşılırlığının

---

[1190] Kazım Sedat Sirmen (2016), *Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini,* Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 84; Hayriye R. Demircioğlu (2009), *Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk* (*Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*), Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 9.

[1191] Gülören Tekinalp (1985), Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk, MÖHUK m. 24 ve Zımnî Hukuk Seçimi, *MHB, Y. 5, S. 1, 1985*, s. 28; İlyas Arslan (2013), 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi, MH*B, Y. 33, S. 2, 2013*, s. 1-41.

[1192] Arslan, 2013, a.g.k., s. 5.

[1193] Arslan, 2013, a.g.k., s. 14.

[1194] Nomer, 2015, a.g.k., s. 318; Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, 2011, a.g.k.,, s. 358-359; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, 2015, a.g.k., s. 251; Vahit Doğan (1995), *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti (İş akdi)*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 24; Fügen Sargın (2002), Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara: Turhan Yayıncılık, s. 198; Özdemir-Kocasakal, 2001, a.g.k., s. 44; Yusuf Çalışkan (2014), *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilâfı Meseleleri,* İstanbul: Beta Yayıncılık, , s. 63; Turgut Turhan (1989), İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku, *AÜHFD, C.41, S.1-4, 1989-1990*, s. 126.

[1195] Turhan, 1989, a.g.k., s. 126 vd.; Nomer, 2015, a.g.k., s. 318; Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, 2011, a.g.k., s. 358-359.

önemi büyüktür. Zira hukuk seçiminin yapılması ile üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin de zedelenmesi ihtimalinin gündeme gelmesi nedeniyle hukuk seçiminin anlaşılabilirliği oldukça önem arz etmektedir. MÖHUK kapsamında tarafların hukuk seçimi yapmalarına ilişkin düzenleme açık bir şekilde ve oldukça sade düzenlenmiştir. MÖHUK m. 34/5'e göre bu seçimin haksız fiilin gerçekleşmesi sonrasında, tarafların açık bir biçimde seçilecek hukuku belirlemesi ile gerçekleşeceği karara bağlanmıştır. MÖHUK m. 34/5'te sade bir şekilde yer verilen bu düzenleme doktrinde oldukça eleştirilmiştir[1196]. Söz konusu eleştirilerin temel noktasında, MÖHUK'ün esasında dayanağı olan *Roma II Tüzüğü* düzenlemelerinden farklı olarak, sadece açık hukuk seçimine yer verilmesi belirtilmektedir. Buna göre sözleşmeler hukukunda ve *Roma II Tüzüğü*nde yer verildiği üzere açık hukuk seçimi yanında, halin şartlarından makul bir kesinlikle anlaşılabilecek, bir diğer ifade ile, zımni hukuk seçimine, MÖHUK kapsamında yer verilmemiştir[1197]. Uygulamada, haksız fiil taraflarının açık bir biçimde hukuk seçimi yapmaları hususuna rastlanması hemen hemen imkânsızdır[1198]. Öte yandan tarafların somut olayda bir hukuk seçimi problemi imkânının varlığından habersiz olmaları mümkündür.

Doktrinde bir görüş, haksız fiillerde hukuk seçiminin yapılması hususunda, kanun koyucunun şekil serbestisi öngördüğü, bu nedenle de kanundaki açık hukuk seçimi ifadesinin varlığı yanında, şekli bir durum öngörülmemesi nedeniyle Türk hukuku lehine yapılacak ve tereddüte yer vermeyecek bir zımni bir hukuk seçiminin yapılmasının önünde engel olmadığını savunmaktadır[1199]. Özellikle Alman ve İsviçre hukukundan hareketle, tarafların birtakım iradelerinin ve hareketlerinin zımni hukuk seçimi olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu noktada taraflar arasındaki bir başka sözleşme ilişkisinde hukuk seçiminin varlığı, öte yandan tarafların bir mahkemenin iç hukuku uyarınca işlemler gerçekleştirmesi, sözleşme veya haksız fiil ilişkisinde ödeme yeri veya ödemeye ilişkin para birimi gibi etkenler tarafların zımni olarak hukuk seçimi yaptıklarına delalet edebilir[1200]. Böylece tarafların bu tür iradelerini yorumlayan hâkim, tarafların zımni

[1196] Doğan, 2015, a.g.k., s. 405.
[1197] Doğan, 2015, a.g.k., s. 405.
[1198] Kavşat, 2016, a.g.k., s. 140.
[1199] Doğan, 2015, a.g.k., s. 405; Kavşat, 2016, a.g.k., s. 140.
[1200] Doğan, 2015, a.g.k., s. 405.

olarak bir hukuk seçtiklerini, haksız fiil ilişkisine de bu hukukun uygulanması gerektiği yorumunu yapacaktır[1201].

Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Bunun üç nedeni vardır: İlk olarak hukukun temel ilkelerinden olan "*kanun koyucu abesle iştigal etmez*" ilkesi uyarınca kanun koyucunun yasa metinleri düzenlerken her bir hareket ve düzenlemesinin bir hikmeti vardır. Bu noktada Türk kanun koyucusunun haksız fiillerde irade muhtariyeti hususundaki politikası, hukuk seçiminin açık bir şekilde yapılması yönündedir. Bu derece açık bir durumun da yorum ile değiştirilmesi kanun sistematiğine aykırıdır.

İkinci olarak haksız fiillerde, genellikle tarafların daha önce aralarında bir hukukî ilişki olmaması, tesadüfen bir sözleşme birlikteliği kurdukları varsayıldığında hukuk seçimini de haksız fiilin meydana gelmesinden sonra gündemlerine alacakları aşikardır. Tarafların bu yönde açık iradeleri yok ise hâkimin de tarafların aralarındaki ilişkiden yorum yoluyla, tereddüte yer vermeyecek bir şekilde çıkarım yapması nasıl ve ne şekilde mümkün olacaktır? Bu durum belirsizlik meydana getirmesinin yanında, farazi hukuk seçimini gündeme getirecek, hâkimin bu hususstaki yorumu, tarafların zımni hukuk seçimi yaptıklarına ilişkin yorum olmayacak; farazi hukuk seçimi hususunda bir tercih olacaktır[1202]. Hâl böyle olunca da MÖHUK m. 34 ifadesinde hiç yer almayan bir durum uygulanacaktır.

Nihayet meselenin zayıf tarafın korunması ve hâkimin aydınlatma görevine ilişkin usulî yorumu açısından da aykırılık söz konusudur. Zira zayıf tarafın korunması kaygısı daha önce değerlendirildiği üzere zaten haksız fiillerde hukuk seçiminin gündeme gelmemesinin temel argümanlarından biri olmuştur. Bu nedenle zayıf tarafın korunması maksadıyla, tarafların Türk hukukuna yaptıkları atıfların, Türk hukukunun maddi hükümlerinin uygulanması hususunda zımni iradelerinin var olduğu yönünde yorumlanması aşırı yorum olabilecektir. Örneğin, Türk hukuku ile ilgili herhangi bir bağlantısı olmayan tarafların, sadece haksız fiilin Türkiye'de olmasından hareketle, ika yeri kuralına nazaran yaptıkları usulî işlemlerin, Türk hukukunun seçimi yönündeki iradelerinin var olduğunu göstermeyecektir. Öte yandan hâkimin aydınlatma usulî görevi doğrultusunda mesele değerlendirildiğinde, MÖHUK m. 2 "*hâkim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular*" hükmü bize

[1201] Doğan, 2015, a.g.k., s. 405.
[1202] Aynı yönde bkz. Kavşat, 2016, a.g.k., s. 141.

yön gösterecektir. Buna göre yabancı hukukun uygulanmasının niteliği hususunda doktrin görüşlerinden *vakıa*[1203] ve *hukuk*[1204] olarak değerlendirilmesi noktasında Türk hukuku yabancı hukukun uygulanmasının "*hukuk*" olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirterek, bu durumun taraflarca ileri sürülecek bir *vakıa* olmadığını belirtmiştir[1205]. Bu durumun sonucu olarak hâkim hukuku re'sen uygulayacak ise tarafların kanuna uygun olarak açık bir seçim yapmamasından hareketli tarafların zımni veya farazi iradelerini araştırmayacak, kanunun verdiği yetkiye dayanarak objektif ölçütler ile uygulanacak olan hukuku tespit edecektir. Böylece ortada bir hukuk seçiminden bahsetmek yine mümkün olmayacaktır. Hâkim, Türk kanun koyucusunun koyduğu sınırlar çerçevesinde uyuşmazlıkta aydınlık olmayan konuları verilen yetki ile aydınlatacaktır.

6.3.3.2. Kısmî Hukuk Seçimi

MÖHUK m. 34/5 ifadesinden hareketle tarafların kısmî hukuk seçimi yapmasının önünde bir engel olmadığını görmekteyiz. Kanun koyucu, bu hususta boşluk bırakmak suretiyle esas olarak kısmî hukuk seçiminin tarafların iradeleri doğrultusunda mümkün olduğu kanaati de doktrinde pek çok yazar tarafından ifade edilmiştir[1206]. Öte yandan özellikle MÖHUK m. 24/4'ün bu noktada genel MÖHUK sistematiği ve politikasını ifade etmesi açısından burada kıyasen uygulanacağı öne sürülmüştür[1207]. Ancak özellikle sözleşme ilişkilerinde bölünebilir edimlerden hareketle kabul edileceği varsayılan kısmî hukuk seçiminin haksız fiillerde ne şekilde yapılabileceği tartışılabilir. Buradaki görüşümüz özellikle tazminat hesaplanması ve tazminata konu olabilecek edimler bakımından genel olaydan ayrılabilen ve bölünen bir durumun var olması nedeniyle genel hukukî uyuşmazlıkta ayrı bir hukuk, tazminat hesaplanmasında ise ayrı bir hukukun

[1203] Faruk Kerem Giray (2012), Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, Yıl 2011-2012, Cilt VIII-IX, Sayı 1-2*, s. 555-577; Ergin Nomer (1972), *Davada Yabancı Kanun*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 7; Tuğçe Nimet Yaşar (2013), Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması, *MHB, Y. 33, S. 2, 2013*, s. 75-114.
[1204] Şanlı/ Esen/Ataman-Figenmeşe, 2015, a.g.k., s. 59-61; Baki Kuru (1980), Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, 4. Bası, Ankara, s. 1173 ve 1272.
[1205] Giray, 2012, a.g.k., s. 558; Yaşar s. 84.
[1206] Tarman, Contractual and non-contractual obligations, s. 15; Yasan, 2015, a.g.k., s. 151.
[1207] Yasan, 2015, a.g.k., s. 152; Özdemir Kocasakal, 2001, a.g.k., s. 42; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 354, 369; Doğan, 1996, a.g.k., İş akdi, s. 353; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, 2015, a.g.k., s. 251-252, par. 232; Tarman, 2009, a.g.k., Akdi Borç İlişkileri, s. 151.

uygulanabileceği ileri sürülebilir[1208]. Bunun yanında bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıklarda bir hukuk; sözleşme dışı meydana gelecek uyuşmazlıklarda ise başka bir hukukun seçilmesi de mümkündür. Bu durumda da farklı hukukî ilişkiler açısından bölünme olması nedeniyle kısmî hukuk seçimi mümkündür[1209].

Kısmî hukuk seçiminde belirtilmesi gereken bir diğer durum ise bölünme ile anlamsız bir hukukî durumun ortaya çıkmaması hususunda gayret edilmesi gerekliliğidir. Zira haksız fiil ilişkisinde kısmî hukuk seçimi yapılırken, haksız fiil ilişkinin bölünmesine, çelişkili ve hukuk güvenliğini zedeleyecek uygulamalara sebebiyet verilmemesi gerekecektir[1210].

6.3.3.3. Şartlı Hukuk Seçimi

Şart kavramı, bir hukukî işlemin etkilerinin ileride meydana gelmesi ve gerçekleşip, gerçekleşmeyeceği belirsiz olan bir olguya bağlanması olarak ifade edilmektedir[1211]. Bu anlamda haksız fiillerde hukuk seçiminin şarta bağlanmasından kasıt, hukuk seçiminin ileride gerçekleşmesi mümkün olan bir olaya bağlanmasıdır. Hukuk seçiminin hüküm ifade etmesi, gelecekte gerçekleşmesi mümkün olan bir olaya bağlanmışsa geciktirici şart; eğer ki hukuk seçiminin sona ermesi bir olayın meydana gelmesi şartına bağlanmışsa bozucu şarta bağlı hukuk seçimi söz konusudur[1212].

Mülga MÖHUK ve 5718 sayılı MÖHUK'te gerek sözleşme ilişkilerinde gerekse de haksız fiillerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda şarta bağlı hukuk seçimi yapılmasına yönelik bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle hukuk seçiminin özellikle sözleşmeler hukuku alanında şarta bağlı olarak yapılacağı yönünde pek çok görüş ileri sürülmüştür[1213]. Yargıtay'ın da bu yönde çeşitli kararlar verdiği görülmektedir[1214].

[1208] Yasan, 2015, a.g.k., s. 152; Özdemir Kocasakal, 2001, a.g.k., s. 42; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 2011, a.g.k., s. 354, 369; Doğan, 1996, a.g.k., İş akdi, s. 353; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, 2015, a.g.k, s. 251-252, par. 232; Tarman, 2009, a.g.k., Akdi Borç İlişkileri, s. 151.

[1209] Yasan, 2015, a.g.k., s. 152; Özdemir Kocasakal, 2001, a.g.k., s. 42; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 2011, a.g.k., s. 354, 369; Doğan, 1996, a.g.k., İş akdi, s. 353; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, 2015, a.g.k, s. 251-252, par. 232; Tarman, 2009, a.g.k., Akdi Borç İlişkileri, s. 151.

[1210] Yasan, 2015, a.g.k., s. 152; Özdemir Kocasakal, 2001, a.g.k., s. 42; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 2011, a.g.k., s. 354, 369; Doğan, 1996, a.g.k., İş akdi, s. 353; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, 2015, a.g.k, s. 251-252, par. 232; Tarman, 2009, a.g.k., Akdi Borç İlişkileri, s. 151.

[1211] A. Lale Sirmen (1992), *Türk Özel Hukukunda Şart*, Ankara, s. 51; Oğuzman/ Öz, 2014, a.g.k., s. 875.

[1212] Sirmen, 1992, a.g.k., s. 53-54; Bayata-Canyaş, 2012, a.g.k., s. 70.

[1213] Cemile Demir Gökyayla (2013), *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri),* 2. Baskı, İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 292.

[1214] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), 7.6.1989, (E. 89/10-316, K. 89/411): "*Sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin olarak Suudî hukukunun uygulanacağı; bu mümkün olmazsa Türk hukukunun uygulanacağı*"

Kanaatimizce doktrindeki görüş uyarınca haksız fiillerde şartlı hukuk seçiminin yapılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Kanunun lafzî ifadesinin bu konuda bir yasaklamaya yer vermemesi, MÖHUK m. 24'ün kıyasen uygulanması ve ilgili hükümde de şartlı hukuk seçiminin önünde herhangi bir engel olmaması; şartın, hukukî sonuçlarının hukuk düzeninin taraf iradesine yetki tanıdığı durumlara etki etmesi[1215] ve haksız fiillere uygulanacak olan hukukun açıkça ve haksız fiilin sona ermesi ile irade özerkliğinin esas oluşu gerekçeleriyle tarafların şartlı hukuk seçiminde bulunmasının önünde engel bulunmamaktadır. Ancak, kısmî hukuk seçiminde olduğu gibi belirtilen şartın haksız fiil ilişkisinin anlaşılmasını ve uygulanacak olan hukukun uygulanmasında çelişki ve yorum farklılıklarına yol açmaması gerekecektir. Şart geciktirici ise şartın meydana gelmesi ile haksız fiilde kararlaştırılan hukuk seçimi geçerli olacaktır. Tarafların ayrıca ve başkaca irade açıklamasına gerek yoktur. Tarafların seçtikleri hukuk ileriye etkili olarak şartın gerçekleşmesi ile uygulanacaktır[1216]. Yine doktrinde şartın gerçekleşmesi ile uygulanacak olan hukukun devreye girmesinin, geçmişe de etkili olacak modelde genişletici bir şekilde yorumlanmasının önünde herhangi bir engel olmadığı söylenmiştir[1217]. Kanaatimizce böyle bir durumda hukuk seçimi, şartın gerçekleşmesi ile geçmişe etkili olarak yürüyecek ise tarafların bunu ayrıca kararlaştırmaları, yazılı ve açık şekilde belirtmeleri gerekecektir.

Haksız fiillerde her ne kadar hukuk seçimi şarta bağlanmışsa da şartın gerçekleşmesine kadar ilişkiyi idare edecek bir hukukun var olması gerekecektir. Bu hukuk objektif bağlama kuralları uyarınca tespit edilecek olan hukuktur. Bu durumda da MÖHUK m. 34/1, 34/2 ve 34/3 uygulaması gündeme gelecektir. Ancak böyle bir durumda şartın gerçekleşmesi sonrasında seçilen hukuk geçmişe etkili olarak uygulanamayacaktır. Bunun yanında tarafların şartlı hukuk seçimi ile kısmî hukuk seçimlerini birleştirmek suretiyle, şartın gerçekleşmesine kadar geçen sürece kadar örneğin, A devleti hukukunu, şartın gerçekleşmesinden sonra ise B devletinin hukukunun uygulanacağını kararlaştırmaları mümkündür[1218]. Bu durum geciktirici şartsa ilişkin

yönündeki hukuk seçimi uygun bulunmuştur. Karar için bkz. Aysel Çelikel/ Ergin Nomer (2002), *Devletler Hususi Hukuku- Örnek Olaylar- Mahkeme Kararları,* 7. Baskı, Beta Yayıncılık: İstanbul, s. 398-401.

[1215] Bayata-Canyaş, 2012, a.g.k., s. 71.

[1216] Benzer yönde görüş ve sözleşmeler bakımından inceleme için bkz. Bayata-Canyaş, 2012, a.g.k., s. 71.

[1217] Bayata-Canyaş, 2012, a.g.k., s. 71.

[1218] Bayata-Canyaş, 2012, a.g.k., s. 71.

örnektir. Taraflar bozucu şart kararlaştırmış olmaları durumunda şartın gerçekleşmesine kadar geçen süre zarfında belirli bir hukuku seçmiş ise şart gerçekleşince bu hukukun uygulanması sona erecek, bunun yerine objektif bağlama kurallarının uygulanması söz konusu olacaktır. Böylece yine MÖHUK m. 34/1, 34/2 ve 34/3 uygulaması gündeme gelecektir.

Şartın geçerliliğine veya tarafların hukuk seçimini şarta bağlı olarak yapmalarının hangi hukuka göre olacağına da değinmek gereklidir. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde bu konu üzerine öne sürülen görüşlerde şartın gerçekleşmesi ile uygulanacak olan hukuk, objektif bağlama kuralı uyarınca tespit edilen hukuk, ya da *lex fori'nin* izin vermesi gibi farklı alternatifler öne sürülmektedir[1219]. Kanaatimizce bu doğrultuda tarafların seçtikleri hukukun şartın geçerliliğine ve şarta izin verip vermediği hususunun değerlendirilmesinde uygulanması gerekmektedir[1220]. Zira şartın gerçekleşmesi ile uygulanacak olan hukuk haksız fiil ilişkisinde tüm süreci idare edeceğinden şartın geçerli veya şarta bağlı olarak hukuk seçiminin yapılması yönünde düzenleme içerip içermediği de bu kapsamda ele alınmalıdır. Nihayet şartlı hukuk seçimi ile uygulanacak olan hukuk, üçüncü kişilerin menfaatlerini etkilememeli, yine zayıf tarafın haklarını bertaraf etmemelidir. Örneğin tarafların tazminata ilişkin olarak, ölüm veya bedensel bütünlüğün ağır derecede zarar görmesi şartıyla seçecekleri hukuk mirasçılara veya bakım yükümlülüğü sahiplerine ücret, maaş ve tazminat alacağı hususunda engeller çıkarıyor ya da sigortacıya başvuruyu ortadan kaldırıyor ise şartlı hukuk seçimi geçersiz sayılabilecektir. Yine şartın taraflar arasındaki haksız fiil ilişkisini sonlandırıcı bir özelliği olmamalıdır[1221]. Tüm bu hususların göz önüne alınarak karar verilmesi tarafların ağır zararlara maruz kalmasını engelleyecektir.

6.3.3.4. Hukuk Seçiminde Şekil Sorunu

Roma II Tüzüğü m. 14'te olduğu gibi MÖHUK m. 34'te de hukuk seçiminden ne anlaşılması gerektiği belirtilmiş; ancak hukuk seçiminin şekli konusunda bir değerlendirmeye yer verilmemiştir. Bu tutum doğrultusunda kanun koyucunun bir şekil

[1219] Bayata-Canyaş, 2012, a.g.k., s. 72.
[1220] Aksi görüş için bkz. Bayata-Canyaş, 2012, a.g.k., s. 72.
[1221] Şart haksız fiili hukukî ilişkisini sonlandırmakla birlikte, niteliğini değiştiriyor; örneğin sözleşme ilişkisi meydana getiriyor ise bu durumda şartın geçersizliğinin doğrudan söylenmesi mümkün değildir. Yeni durumun hukukî ilişki üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi gerekecektir.

sınırlandırması içine girmediği görülmektedir. O halde hukuk seçiminin yazılı veya sözlü olarak yapılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Ancak hukuk seçiminin "*açık*" bir şekilde yapılmasından anlaşılması gerekenin seçilen ve uygulanması istenilen hukukun kesin olmasının yanında, ispata elverişlilik bakımından da ele alınması yönünde bir düşünce ileri sürülebilir. Bir diğer ifade ile "*açık*" olarak seçim yapmanın ispat kuralı olarak, hukuk seçiminin yazılı bir biçimde yapılmasını kapsıyor olması şeklinde genişletici bir yorum yapılabilir. Bu durum, esasında hukuk seçimi gibi önemli bir konunun taraflar arasında ihtilafa yer vermeyen bir kesinlikte anlaşılması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Öte yandan hukuk seçimi gibi uyuşmazlığı etkileyecek önemli bir konunun, yazılı olması ve tarafların asıl uyuşmazlık yanında bir de hukuk seçimi ihtilâfı ile meşgul olmamaları açısından önemlidir. Dar yorum bakımından bakıldığında da kanun lafzının sözlü olarak hukuk seçimine imkân sağladığı da savunulabilir.

6.3.3.5. Hukuk Seçiminde Konu Sınırı

Kanunlar ihtilâfı hukuk sistematiğinde metodolojik olarak genel ve özel kanunlar ihtilâfı kuralları mevcuttur. Kanun koyucu birtakım düzenlemeler bakımından genel nitelikli kurallara atıf yaparken, pek çok kural bakımından, düzenlenmesinde özel menfaat bulunan veya hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik gibi uygulaması sık gündeme gelen kuralları özel olarak ayrıca düzenlemiştir. Önceleri sadece sözleşmeler hukukunda var olan bu düzenleme, 5718 sayılı MÖHUK'te *Roma II* ve İsviçre MÖH uygulamalarından hareketle haksız fiillerde de kabul edilmiştir. Bu noktada haksız fiillerde *Roma II* düzenlemesinden daha çok İsviçre MÖH düzenlemesi dikkate alınmak suretiyle özel haksız fiil türlerine ilişkin düzenlemeler yapıldığı söylenebilir[1222]. Zira *Roma II* kapsamında düzenlenen *culpa in contrahendo,* çevresel zararlar, vekâletsiz iş görme gibi özel haksız fiil türleri bakımından düzenlemeye Türk hukukunda yer verilmemiştir.

Çalışma konumuzun MÖHUK m. 34/5 olması nedeniyle özel haksız fiil türleri bakımından hukuk seçimi konuları incelenmeyecektir. MÖHUK m. 34 özel olarak düzenlenmeyen ve vasıflandırma uyarınca akit dışı borç ilişkisi nitelendiren tüm durumlar bakımından uygulanacaktır. Bu noktada daha önce belirttiğimiz, m. 34 başlığının "*haksız*

[1222] Öztekin-Gelgel, 2006, a.g.k., s. 289 vd.

fiil" olarak değil de; "*akit dışı borç ilişkileri*" olarak isimlendirilmesi gerekliliğini tekrar hatırlatmak istiyoruz. Zira madde şu hâli itibariyle sadece hukuka aykırı fiille, bir başkasına zarar verenin zararının giderilmesi amacıyla düzenleme yapılmış izlenimi yaratmaktadır. Bilindiği üzere Türk hukukunda özellikle vekâletsiz iş görme, *culpa in contrahendo* gibi sözleşmeden kaynaklanmayan, ancak beri tarafta doğrudan da haksız fiil olarak vasıflandırılmayan hukukî ilişkiler bakımından uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edileceği sorun arz edebilmektedir. Akit dışı borç ilişkilerinin, esasında haksız fiil olarak nitelendirilmemesine rağmen doktrinde pek çok yazar *culpa in contrahendo*[1223], vekâletsiz iş görmeden[1224] kaynaklanan uyuşmazlıklar özel bir düzenleme olmaması nedeniyle genel kural içine dâhil ederek soruna çözüm buldukları görülmektedir[1225].

Sonuç olarak varılmak istenen sonuç şudur: Akit dışı borç ilişkisi olarak nitelendirilen hukukî uyuşmazlıklardan kaynaklanan sorunlar MÖHUK kapsamında özel haksız fiil türü olarak vasıflandırılmadığı müddetçe MÖHUK m. 34/5 çerçevesinde değerlendirilerek, irade muhtariyeti ilkesi uygulama alanı bulacaktır.

[1223] Sirmen, 2016, a.g.k., Culpa in Contrahendo, s. 34.

[1224] Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş sahibi ile iş gören arasında daha önceden var olan, örneğin temsil, vekâlet, hizmet akdi türünde akitlerden kaynaklı hukukî ilişki ve iş gören kimse bu ilişkiden kaynaklanan yetkisinin sınırlarını aşarak kendi menfaatine olmak üzere vekâletsiz iş görüyor ise şu halde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan uyuşmazlığı sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde, asıl sözleşmeye tatbik edilen hukuk uygulanacaktır. Gerçekten de çoğu kez taraflar arasında önceden meydana gelmiş bir sözleşme var olup, iş gören kimse bu sözleşmeden kaynaklanan yetkilerini aşmak suretiyle kendi menfaatine vekâletsiz iş görmektedir. MÖHUK md. 39'a göre eğer taraflar hukuk seçimi yapmamış ve daha önceden de kendi aralarında geçerli bir sözleşme ilişkisi mevcut değil ise şu halde uygulanacak hukuk zenginleşmenin meydana geldiği yer hukuku olacaktır (md. 39/1). Doktrin bu duruma karışma, birleşme gibi fiili bir duruma bağlı olarak sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesini örnek vermektedir. Belirtilen fiili durumdan kaynaklı sebepsiz zenginleşmeler, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hâlleri bakımından uygulaması mümkün görülmeyen bir durumdur. Zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görme fiili bir durum değildir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş göre unsurlar itibariyle hem haksız fiil hem de sebepsiz zenginleşme kapsamında değerlendirilmektedir. Aradaki illiyet bağının uygun illiyet bağı olması halinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme haksız fiil niteliği taşımakta ve MÖHUK md. 34 kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak aradaki illiyet bağının şart illiyet bağı olması ihtimâlinde vekâletsiz iş görmenin niteliği sebepsiz zenginleşme olarak vasıflandırılmakta ve MÖHUK md. 39 uyarınca uygulanacak olan hukuk tayin edilmektedir. Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, 2015, a.g.k., s. 306; Önal, 2015, a.g.k., s. 2177; Sibel Özel (1999), Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilâfı Meselesi, *Aysel Çelikel'e Armağan, MHB, C. 19, S. 2*, s. 713-731.

[1225] Önal, 2015, a.g.k., s. 2178.

6.3.3.6. Anasyonel Hukuk Seçimi

Haksız fiillerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda hukuk seçiminde bulunacak olan tarafların, seçim haklarını kullanırken ulusal hukuklar ile mi sınırlı olduğu; yoksa bir devlete ait olmayan kuralları da seçip seçemeyecekleri hususu doktrinde tartışılmıştır[1226].

Türk hukuku bakımından mesele ele alındığında MÖHUK m. 34/5'te "*hukuk*" ifadesine yer verildiğini görmekteyiz. Kanunun ifadesi ile tarafların seçecekleri hukukun bir "*devlet hukuku*" olması gerekmediği üzerinde durulmuştur. Bu doğrultudan bakıldığında taraflar bir devletin hukukunu seçebilecekleri gibi örneğin 1971 tarihli *Trafik Kazalarında Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Sözleşmesi* gibi düzenlemelere atıf yapabileceklerdir[1227].

MÖHUK m. 24 kapsamında sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkileri açısından yapılan değerlendirmeler göz önüne alındığında, bu durum diğer yandan da belirli bir devletin hukuku olmayan, ancak devletin sözleşmeye taraf olması itibariyle bütünlük oluşturacak şekilde devletin iç hukukunda değerlendirilen düzenlemelere atıf yapılmasıdır[1228]. Konunun MÖHUK m. 34/5 uyarınca değerlendirildiğinde taraflar, belirli bir devlette uygulamada olan ve kendi içinde bir bütün oluşturan bir devletin hukukunu, uygulanacak hukuk olarak seçebilirler[1229] [1230].

Son olarak belirtilmesi gereken bir diğer konu da seçilen hukuklar ile taraflar arasında bağlantı olup olmayacağı sorunsalıdır. Bu konuda yine MÖHUK m. 24'ten hareketle ve kıyasen doktrinde sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerinde hukuk seçimi yapılırken, seçilen hukuk ile taraflar arasında bir bağlantı olmasının şart olmadığı, tarafların kendilerinden ve olaydan bağımsız olarak başka bir hukuku seçebilecekleri

[1226] *Roma II* Tüzüğü kapsamında seçim hakkına sahip olan tarafların sadece anasyonel hukuk seçiminde de bulunabilecekleri kabul edilmektedir. Graziano, 2009, a.g.k., s. 455.
[1227] Türkiye Sözleşmeye taraf değildir. Bkz. "https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=81", Erişim Tarihi: 21.5.2018.
[1228] Yasan, 2015, a.g.k., s. 150.
[1229] Bu görüşte bkz. Cemal Şanlı (2016), *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları,* 6. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 46; Nomer, 2015, a.g.k., s. 307; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 2011, a.g.k., s. 356; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, 2015, a.g.k., s. 253, par. 236; Özdemir Kocasakal, 2001, a.g.k., s. 37; Doğan, 2015, a.g.k., Milletlararası Özel Hukuk, s. 352; Demir Gökyayla, 2013, a.g.k., s. 316; Tarman, 2009, a.g.k., Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi, s. 152; Farklı görüşte bkz. Sargın, 2002, a.g.k., s. 194.
[1230] Doğan, 1996, a.g.k., İş Akitleri, 1996, s. 37. Örneğin, taraflarca *incoterm* düzenlemelerinin seçilmiş olması, MÖHUK m. 24 bağlamında bir hukuk seçimi olarak kabul edilmemiştir. B. Bahadır Erdem (1990), Incoterms'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukukî Niteliği, *MHB, 1990, Sayı: 1-2,* s. 70.

belirtilmiştir[1231]. Keza bu durum anosyanel hukuk seçiminin kabul edilmesinin en doğal sonucudur. Aksi durumda tarafların anosyanel olarak hukuk seçimi yapmalarının kısıtlanması durumunda kendileri ile bağlantılı bir hukuku seçecekleri aşikârdır. Bu durumda taraflar ile seçilen hukuk arasında doğrudan bir bağlantı aramak zorunlu değildir.

6.4. Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun Seçiminin Sınırları

6.4.1. Kamu Düzeni

Bilindiği üzere milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramı, *ülkelerarası hukukî uygulamaların farklılaşması sonucunda, uygulanacak olan yabancı hukukun, hâkimin hukukunun temel normları ile çelişmesi durumunda, yabancı hukukun uygulamasından vazgeçilmesi ve nihayet yerel hukukun uygulanması olarak tanımlanmaktadır*[1232]. Bu nedenle de kamu düzeni yer bakımından ülkeden ülkeye, kültürden kültüre değişkenlik gösterirken; aynı ülke içinde de zamandan zamana göre dâhi değişkenlik arz edebilir[1233]. Bu nedenle kamu düzenine başvuru çok istisna teşkil eden, her durumda başvurulmaması gereken bir uygulamadır[1234].

[1231] Yasan, 2015, a.g.k., s. 150.

[1232] Farklı tanımlar için bkz. "*...amme intizamı tabiri hukuk ilminin belki en çok kullanılan ve fakat aynı zamanda mana ve mahiyeti ve şümul sahası hakkında kolaylıkla sarih bir fikir edinilemeyen büyük bir mefhumudur*", Hıfzı Timur, (1941), Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı, *İHFM, S. 4,* 1941, (s.866-905), s. 867; Erdoğan Göğer (1971), *Devletler Hususi Hukuku (Amme),* Ankara, s. 100; Berki, 1966, a.g.k., s. 82; Ökçün, 1996, a.g.k., s. 14; Cemile Demir-Gökyayla (2001), *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni,* Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 23.

[1233] Kamu düzeni kavramının tanımı her ne kadar değişkenlik gösterse de bu konuda yapılan pek çok tanım da mevcuttur. Anayasa Mahkemesi bir kararında kamu düzeninden şu şekilde bahsetmektedir: *"Toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, Devletin ve Devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, başka bir deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır".* Anayasa Mahkemesi, E. 63/128, K. 64/8, T. 28.01.1964.

Bir Yargıtay kararında; *"Yabancı ilâmın anayasa ile düzenlenen temel hak ve hürriyetlere, milletlerarası hukukta kabul edilen temel prensiplere, adil yargılama ve savunma hakkına, genel ahlaka, Türk Hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve devletin vazgeçemeyeceği ilkelerine aykırı olması halinde kamu düzenine aykırılıktan söz edilebilir."* denmektedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2006/2773, K. 2006/9267, T. 12.6.2006.

Bir başka Yargıtay kararında ise, "*Kamu düzenine aykırılığın saptanmasında esas alınması gereken kıstas, yabancı ilâmın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejime bakmak olmalıdır"* denmektedir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012.

[1234] Özdemir-Kocasakal, 2001, a.g.k., s. 22.

Haksız fiillerde irade muhtariyetinin doğrudan kamu düzenine engel bir durumunun olmadığı artık doktrin ve uygulamanın kabul ettiği bir gerçekliktir. Bir dönem haksız fiillerde, yukarıda çok farklı nedenler ile belirtildiği üzere irade muhtariyetinin kabul edilmesi, bir nebze olsun kamu düzeni müdahalesini akla getirse de günümüz itibariyle bu tür sorunun varlığından söz etmek kamu düzeni müdahalesi ile bağdaşır bir eylem değildir[1235]. Öyle ki kamu düzeni Türk hukuku gibi liberal ve özgürlükçü olmayı kendisine ilke edinmiş bir hukuk sistemi için uygulama alanı dar olması gereken bir kavramdır. Zira ne kadar çok kamu düzeni müdahalesi gerçekleşir ise o derece devletin ve toplumun vazgeçilmez olarak kabul ettiği vargının hukuk içine yerleştirilmesi demek olacaktır. Bu durum da liberal ve özgürlükçü bir hukuk sistemi ile bağdaşmamaktadır. O halde kamu düzeni müdahalesi ancak ve kat'i olarak vazgeçilmez ilkelerin esas olması durumunda uygulama alanı bulacak bir emniyet kuralı olacaktır[1236].

İrade muhtariyeti uygulamasının haksız fiiller ve daha geniş bir çerçeveyi içine alacak şekilde akit dışı borç ilişkileri bakımından bir kamu düzeni müdahalesi ile karşı karşıya kalmaması gereklidir. Ancak irade muhtariyeti ile seçilen hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanması, bir kamu düzeni müdahalesini gerektirebilecektir. Örneğin, Türkiye'de özellikle Arap coğrafyasına ait ülke vatandaşlarının turistik ziyaretleri esnasında, Suudi Arabistan vatandaşı bir kadının kullandığı otomobil ile Suudi Arabistan vatandaşı bir erkeğin kullandığı otomobil trafik kazası yapmış olduğunu varsayar isek, tarafların haksız fiil sonrasında Suudi Arabistan hukukunu seçmeleri durumunda, ilgili hukukta kadınların otomobil kullanmaları yakın bir döneme kadar yasak olması nedeniyle, böyle bir durumda erkek sürücü lehine bir karar çıkması muhtemel olacaktır. Haliyle bu durum, Türk kamu düzenini kadın-erkek eşitliği noktasında ihlâl etmektedir. Öyleyse, bu gibi bir durumda haksız fiil sonrasında irade muhtariyeti ile seçilen hukukun maddi hukuk kurallarının uygulaması kamu düzenini ihlâl edecektir.

Doktrinde haksız fiillere ilişkin irade muhtariyetinin kamu düzeni müdahalesi gerektirdiği bir durum olarak eşlerin evlilik öncesi yapılan sözleşme ile mutlak boşanma sebeplerini sınırlandırarak, bunun ispatının yalnızca kamera, sesli kayıt cihazı vb. olacağı ve kısmî bir hukuk seçimi ile fahiş tazminat miktarını gündeme getirecek Amerikan

[1235] Çelikel/ Erdem, 2016, a.g.k., s. 150; Şanlı/Esen/Ataman-Figenmeşe, 2015, a.g.k., s. 80; Nomer, 2015, a.g.k., s. 151.
[1236] Benzer yönde bkz. Çelikel/ Erdem, 2016, a.g.k., s. 150; Şanlı/Esen/Ataman-Figenmeşe, 2015, a.g.k., s. 80; Nomer, 2015, a.g.k., s. 151.

hukukunun seçilmesinin kamu düzeni müdahalesini gündeme getirecek bir durum olarak örneklenmektedir[1237]. Kanaatimizce söz konusu örnekleme kısmî olarak yerindedir. Zira mutlak boşanma sebeplerinin eşlerin seçtiği hukuk bakımından sınırlandırılması durumu kamu düzeni müdahalesi açısından değerlendirilebilir olsa da; Amerikan hukukunun seçilerek fahiş bir tazminat miktarını ortaya çıkarabilecek bir durum meydana getirilmesi kamu düzeni açısından sorun teşkil etmeyecektir. Zira tarafların caydırıcılık, cezalandırıcılık ve manevi tazminat açısından karşılıklı irade beyanlarının örtüştüğü görülmektedir[1238] [1239]. Bu nedenle verilen örneklemeye tamamı ile katılmamız mümkün değildir. Elbette her durum kendi içinde şartları değerlendirilmek suretiyle uygulama alanı bulacaktır.

6.4.2. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Hukuk düzenlerinde, özellikle devlet mekanizması tarafından yerine getirilmesi gereken ve bu doğrultuda önemli siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik menfaatlerin korunmasına hizmet edecek olan maddi hukuk kuralları bulunmaktadır[1240]. Bu kurallar devlet menfaatleri açısından önem arz etmesi nedeniyle muhakkak uygulanması gerekmektedir. Devlet üstün menfaatinin bir göstergesi olarak uygulanan bu kurallar, aynı zamanda devletin egemenlik haklarının da bir gerekliliğidir. Doğrudan uygulanan kural olarak adlandırılan bu kurallar, "*devletin, ekonomik, sosyal ve siyasal alanda izlediği*

[1237] Kavşat, 2016, a.g.k., s. 169.

[1238] Aynı yönde görüş için bkz. Yasan, 2015, a.g.k., s. 305. *Yasan* somut olay çerçevesinde haksız fiilde tazminat miktarının değerlendirileceğini de belirtmektedir.

[1239] Türk hukukunda cezalandırıcı tazminat açısından mahkeme kararlarına rastlanmasa da bu durumun doktrin değerlendirmeleri için bkz. Yasan, 2015, a.g.k., s. 301; Nomer, 2015, a.g.k., s. 490; Doğan, 2015, a.g.k., Milletlerarası Özel Hukuk., s. 106; Şanlı, 2016, a.g.k., Uluslararası Ticari Akitler, s. 198; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, 2015, a.g.k., s. 474, par. 204; Demir Gökyayla, 2001, a.g.k, Kamu Düzeni, s. 179. Öte yandan üç misli tazminatın rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi ve bu durumun kamu düzenine aykırı olmaması hakkında bkz. Tiryakioğlu, 1997, a.g.k., Rekabet, s. 98.

[1240] Mustafa Erkan (2011), MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, S. 2*, s. 81-121; Mehmet Kösoğlu (2008), Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması, MH*B, Y. 28, S. 1-2, 2008,* s. 148; Özdemir Kocasakal, 2001, a.g.k., Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 11-12; Nomer, 2015, a.g.k., s. 181; Çelikel/Erdem, 2016, a.g.k., s. 155, 397; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 2011, a.g.k., s. 58, 379; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, 2015, a.g.k., s. 7, par. 5; Akıncı, 1992, a.g.k., s. 56; Turgut Turhan (1997), *Milletlerarası Sözleşmeler Yabancı Para Kayıtları (Yabancı Para Kayıtları),* Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, s. 201-202; Sargın, 2002, a.g.k., s. 246; Doğan, 2015, a.g.k., Milletlerarası Özel Hukuk s. 229; Feriha Bilge Tanrıbilir (2010), Milletlerarası Özel Hukukta Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallara Genel Bakış', (Tazminat), *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu,* s. 191; Feriha Bilge Tanrıbilir, 'Akit-Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu' (Ürün Sorumluluğu), *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, S. 2*, s. 121-140; Öztekin Gelgel, 2006, a.g.k., s. 80-81; Demir Gökyayla, 2013, a.g.k., Tek Satıcılık, s. 400.

belirli politikaları, özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanlarına giren tüm uyuşmazlıklara uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan kurallar" olarak tanımlanır[1241]. Doğrudan uygulanan kurallar iç hukuk kuralları olarak hâkimin devletinin hukuk kuralları şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi, özellikle 5718 sayılı MÖHUK sonrasında Türk hukukunda uygulama alanı bulan üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları olarak da karşımıza çıkabilir[1242]. Bu noktada doğrudan uygulanan kuralların bir özel hukuk kuralı şeklinde karşımıza çıkabilmesi mümkün olduğu gibi, kamu hukukundan kaynaklanan sebepler ile de karşımıza çıkabilir.

Kamu düzeni bahsinde açıkladığımız üzere doğrudan uygulanan kurallar da ülkeden ülkeye değişkenlik gösterebilecektir. Doğrudan uygulanan kuralların da zamansal ve yersel yönlerden ayrıldığı, değişkenlik gösterdiği sabittir. Bir ülkede, devletin ekonomik, sosyal, kültürel vazgeçilmez değerleri bağlamında pek çok doğrudan uygulanan niteliğine haiz kural olduğu belirtilebilir. Bu noktada tüm doğrudan uygulanan kurallar değil, MÖHUK m. 34/5 bağlamında haksız fiillerden kaynaklanan irade muhtariyeti çerçevesinde tarafların seçmiş oldukları hukukun doğrudan uygulanan kurallar bağlamında etkisi incelenecektir. Öte yandan haksız fiiller açısından ele alındığında tarafların hukuk seçiminin bir anlaşma olduğu, bu doğrultuda bu anlaşma kapsamının da doğrudan uygulanan kurallara etkisi şeklinde değerlendirileceği unutulmamalıdır. Tarafların irade muhtariyeti sonucu ortaya çıkan durumun doğrudan uygulanan kural süzgecinde değerlendirileceği belirtilmesi gereklidir[1243].

[1241] Özdemir Kocasakal, 2001, a.g.k., Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 11-12; Yasan, 2015, a.g.k., s. 311.

[1242] Erkan, 2011, a.g.k., s. 83; Köseoğlu, 2008, a.g.k., s. 148; Özdemir Kocasakal, 2001, a.g.k., Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 11-12; Nomer, 2015, a.g.k., s. 181; Çelikel/Erdem, 2016, a.g.k., s. 155, 397; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 2011, a.g.k., s. 58, 379; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, 2015, a.g.k., s. 7, par. 5; Akıncı, 2002, a.g.k., s. 56; Turhan, 1997, a.g.k., Yabancı Para Kayıtları, s. 201-202; Sargın, 2002, a.g.k., s. 246; Doğan, 2015, a.g.k., Milletlerarası Özel Hukuk s. 229; Tanrıbilir, 2010, Ürün Sorumluluğu, s. 121-140; Öztekin Gelgel, 2006, a.g.k., s. 80-81; Demir Gökyayla, 2013, a.g.k., Tek Satıcılık, s. 400; B. Bahadır Erdem (2010), 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk (Sözleşme), *Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler Ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri,* İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 102; Zeynep Derya Tarman, (2010), Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, *AÜHFD, C. 59, S. 3, 2010*, (İş Sözleşmeleri), s. 541.

[1243] Erkan, 2011, a.g.k., s. 83; Köseoğlu, 2008, a.g.k., s. 148; Özdemir Kocasakal, 2001, a.g.k., Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 11-12; Nomer, 2015, a.g.k., s. 181; Çelikel/Erdem, 2016, a.g.k., s. 155; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 2011, a.g.k., s. 58, 379; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, 2015, a.g.k., s. 7, par. 5; Akıncı, 1992, a.g.k., s. 56; Turhan, 1997, a.g.k., Yabancı Para Kayıtları, s. 201-202; Sargın, 2002, a.g.k., s. 246; Doğan, 2015, a.g.k., Milletlerarası Özel Hukuk s. 229; Tanrıbilir, 2010, a.g.k., Ürün Sorumluluğu,

Doğrudan uygulanan kurallar, kanunlar ihtilâfı kurallarından bağımsız olarak uygulanır. Bunlar yerel hukukun emredici niteliğinden öte, uluslararası bağlamda sınır aşıcı bir emredici etkiye sahiptir[1244]. Bu nedenle tarafların daha iyi ve koruyucu, kendilerine daha çok imkân sağlayan bir hukuk seçmeleri durumunda, uygulanacak hukukta bir değişiklik meydana gelmeyecektir. Zira burada esas olan uluslararası düzeyde emredici bir etkiye sahip olan ve devletin ekonomik, sosyal, kültürel menfaatlerini ilgilendiren bir düzenlemedir[1245]. Örneğin, bir tarafın tüketici olduğu bir sözleşmede taraflar, sözleşmeden kaynaklanacak bir haksız fiil halinde uygulanacak olan hukuku, nispeten daha fazla tazminat hakkı sağlayan Amerikan hukuku seçmeleri halinde, bu durum Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ile çelişebilecektir[1246]. Yine bir diğer örnekte, her ne kadar MÖHUK m. 36 bağlamında imalatçının haksız fiil sorumluluğu kapsamına dahil olsa da bir sözleşmede, imalatçının haksız fiil sorumluluğuna ilişkin tarafların sözleşme ile imalatçı lehine düzenlemeler içeren İsviçre hukukunu seçmeleri bu bağlamda Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları olarak zikredilen "*tüketici ve zayıf tarafı tarafı koruma*" amacı ile zıt düşebilecektir[1247].

Bir başka örnekte ise 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununa[1248] göre yurt içinde korunması gereken antika bir vazoyu, hukuka aykırı şekilde bir şekilde elde eden ve bunu bir sözleşme ile yurt dışında satışa konu eden tarafların, daha sonra meydana gelecek bir uyuşmazlıkta hukuk seçimi yapmaları durumunda, devlete karşı özel hukuktan kaynaklanan bir haksız fiil meydana geleceğinden bahisle, seçilen hukukun değil, yine doğrudan uygulanan kurallar ile Türk

s. 121-140; Öztekin Gelgel, 2006, a.g.k., s. 80-81; Demir Gökyayla, 2013, a.g.k., Tek Satıcılık, s. 400; Erdem, 2010, a.g.k., Sözleşme, s. 102; Tarman, 2010, a.g.k., İş Sözleşmeleri, s. 541; Kavşat, 2016, a.g.k., s. 163-164.

[1244] Kavşat, 2016, a.g.k., s. 163.

[1245]Erkan, 2011, a.g.k., s. 83; Köseoğlu, 2008, a.g.k., s. 148; Özdemir Kocasakal, 2001, a.g.k., Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 11-12; Nomer, 2015, a.g.k., s. 181; Çelikel/Erdem, 2016, a.g.k., s. 155; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 2011, a.g.k., s. 58, 379; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, 2015, a.g.k., s. 7, par. 5; Akıncı, 1992, a.g.k., s. 56; Turhan, 1997, a.g.k., Yabancı Para Kayıtları, s. 201-202; Sargın, 2002, a.g.k., s. 246; Doğan, 2015, a.g.k., Milletlerarası Özel Hukuk s. 229; Tanrıbilir, 2010, a.g.k., Ürün Sorumluluğu, s. 121-140; Öztekin Gelgel, 2006, a.g.k., s. 80-81; Demir Gökyayla, 2013, a.g.k., Tek Satıcılık, s. 400; Erdem, 2010, a.g.k., Sözleşme, s. 102; Tarman, 2010, a.g.k., İş Sözleşmeleri, s. 541; Kavşat, 2016, a.g.k., s. 163-164.

[1246] Örnek için bkz. Kavşat, 2016, a.g.k, s. 164. Kavşat bunun gerekçesi olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının ilgili hükümlerinde (m. 173) tüketicilerin korunması gereken kimseler olduğu, sözleşmeler kapsamında zayıf, bilgisiz olabileceklerini bu nedenle de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun kabul edildiğini, bu Kanunun da doğrudan uygulanan kural olduğunu belirtmektedir.

[1247] Yasan, 2015, a.g.k, s. 311.

[1248] Resmi Tarihi: 23/07/1983, Sayısı: 18113.

hukukunca denetleneceği aşikârdır. Bunun yanında aynı örnekten devam edilecek olur isek Nijerya'da korunan bir tarihi eserin, Türkiye'ye yasa dışı yollar ile getirilmesi durumunda, söz konusu tarihi eserin legal görünüm verilerek satılması halinde, yabancılık unsuru uyarınca, Nijerya devletinin üçüncü ülke olarak doğrudan uygulanan kuralları devreye girebilecektir. Nihayet, yine haksız fiiller bağlamında, devletin sigorta yükümlüsü olduğu bir durumda, sigortacı ve garanti eden konumunda bulunan devletin tarafların seçtikleri hukuk ile yükümlülüklerinin ağırlaştırılması ve sorumluluğunun genişletilmesi durumunda, üçüncü kişinin menfaatlerinin etkileneceğinden bahisle doğrudan uygulanan kurallar yine devreye girebilecektir.

Doktrinde Maden Kanunu[1249] açısından yapılan değerlendirmede, bir maden sahasında meydana gelen haksız fiilde, tarafların uygulanacak hukuk olarak bir başka devletin hukukunu seçmeleri durumunda, Maden Kanunu "*İrtifak, İntifa ve Kamulaştırma*" başlıklı 46. maddesi[1250] uyarınca, doğrudan uygulanan kural olarak söz konusu hükmün uygulanacağı örneği verilmiştir[1251]. Bunun yanında, yine ekonomik ve doğal kaynaklar bakımından önem arz eden 6491 sayılı Petrol Kanunu[1252] bakımından da, tarafların petrol sahası içinde meydana gelecek haksız fiile ilişkin hukuku seçiminin, Petrol Kanununun amaç ve kapsamı[1253] doğrultusunda doğrudan uygulanan kurallar bazında değerlendirileceğini ve Türk hukukunun uygulanacağı yorumu yapılmıştır[1254]. Kanaatimizce bir diğer doğrudan uygulanan kural da Tohumculuk Kanunu[1255]'dur. Ülkemiz açısından ekonomik değer ifade eden tarım politikalarının önemli bir unsuru olan Tohumculuk Kanunu kapsamında meydana gelen uyuşmazlıklarda doğrudan Türk hukuku uygulanacaktır.

[1249] Resmî Gazete Tarihi: 15/06/1985, Sayısı: 18785.

[1250] Madde 46: *Maden arama dönemi içerisinde arama sahası özel mülkiyete konu gayri- menkul üzerinde kullanma amacına münhasır olmak üzere belli süreler için madenci, Bakanlığa müracaat ile irtifak ve/veya intifa hakkı tesisi isteyebilir.*
(2) İrtifak ve/veya intifa hakkı karşılığı, Kamulaştırma Kanununa uygun olarak seçilecek bi- lirkişiler tarafından tespit edilir. (…)

[1251] Örnek için bkz. Kavşat, 2016, a.g.k, s. 164.

[1252] Resmî Gazete: 11/06/2013, Sayısı: 28674.

[1253] Amaç ve Kapsam Madde 1: *Bu Kanunun amacı, Türkiye Cumhuriyeti petrol kaynaklarının millî menfaatlere uygun olarak hızlı, sürekli ve etkili bir şekilde aranmasını, geliştirilmesini ve üretilmesini sağlamaktır.*
(2) Bu Kanun; Türkiye'de petrol arama ve üretim faaliyetlerinin düzenlenmesi, yönlendirilmesi, teşvik edilmesi, denetlenmesi, arama ve üretim için gerekli bilgilerin ve verilerin toplanması, değerlendirilmesi ve kullanıma sunulmasına ilişkin usul ve esasları kapsar.

[1254] Örnek için bkz. Kavşat, 2016, a.g.k, s. 164.

[1255] Resmî Gazete: 8/11/2006, Sayısı: 26340.

Roma II Tüzüğü aksine MÖHUK'te hakkında düzenlemeye yer verilmeyen çevresel zararlar bakımında, Türkiye Cumhuriyeti devletinin kabul ettiği 2872 sayılı Çevre Kanunu'nda[1256] doğrudan uygulanan kurallara yer verildiği görülmektedir[1257]. Buna göre yine Kanun amaç ve kapsamı[1258] esas alınarak yapılan yorum dikkate değerdir[1259]. Çevre Kanunun "*Tehlikeli Kimyasal ve Atıklar*" başlıklı m. 13/6'ya göre "*Tehlikeli kimyasalların üretimi, satısı, depolanması, kullanılması ve taşınması faaliyetleri ile tehlikeli atıkların toplanması, taşınması, geçici ve ara depolanması, geri kazanımı, yeniden kullanılması ve bertaraf faaliyetlerinde bulunanlar, bu Kanun ile getirilen yükümlülükleri açısından müteselsilen sorumludurlar. Sorumlular bu Kanunda belirtilen meslekî faaliyetleri nedeniyle oluşacak bir kaza dolayısıyla üçüncü şahıslara verebilecekleri zararlara karsı tehlikeli kimyasal ve tehlikeli atık malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorunda olup, faaliyetlerine başlamadan önce Bakanlıktan gerekli izni alırlar. Sigorta yaptırma zorunluluğuna uymayan kurum, kuruluş ve işletmelere bu faaliyetler için izin verilmez.*" hükmü getirmiştir. Bu doğrultuda zehirli atıklar ve çevresel zararlar doğrultusunda verilen zararlar bakımından hukuk seçimi dikkate alınmayacaktır. Öte yandan yine sigorta yapılması zorunluluğu ve sigortacıya başvuru konuları değerlendirildiğinde Kanunun amaç ve kapsamı bakımından devletin ekonomik, mali ve çevresel menfaatlerinin dikkate alındığı ve bu nedenle açık bir doğrudan uygulanan kuralın tarafların irade muhtariyeti üzerine etkisinin görüldüğü yorumu yapılabilir[1260].

Sonuç olarak, örnekler çoğaltabileceği üzere, haksız fiillerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tarafların irade muhtariyeti ile belirlenen hukukun her durumda kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği; ancak, kamu düzenini ihlâl etmesi veya bunun yanında doğrudan uygulanan kuralların kapsamına girmesi durumunda seçilen hukukun değil de hâkimin milli hukukunun uygulanacağı unutulmamalıdır.

[1256] Resmî Gazete: 11/8/1983, Sayısı: 18132.
[1257] Örnek için bkz. Kavşat, 2016, a.g.k, s. 164.
[1258] Amaç Madde 1: *Bu Kanunun amacı, bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamaktır*.
[1259] Kavşat, 2016, a.g.k, s. 165.
[1260] Benzer yorum için bkz. Kavşat, 2016, a.g.k, s. 165.

7. HAKSIZ FİİLLERE İLİŞKİN GENEL KURALIN UYGULAMA ALANI ve KAPSAMI

7.1. Uygulama Alanı ve Kapsamı

Türk mahkemeleri önüne gelen bir uyuşmazlıkta *lex fori uyarınca* bir vasıflandırma yapılacağı kabul edilmektedir. Böylelikle uyuşmazlık kapsamındaki hukuki ilişki ve talepler Türk hukuku uyarınca yorumlandırılacak, Türk hukukunun imkân verdiği ölçüde bir niteliğe kavuşturulacak, böylece yetkili bağlama kuralları tespit edilecektir[1261]. Bununla birlikte, Türk hukuku uyarınca vasıflandırmanın esnek bir şekilde ele alınması, her somut olayın özelliklerine göre vasıflandırma yaparak, olayın nitelendirilmesi kabul edilmiştir[1262]. Haksız filler bakımından da Türk hukukunda ağırlıklı görüş *lex fori* yönüyle bir vasıflandırma yapılması yönündedir[1263]. Böylece haksız fiillere ilişkin hukuki kategori ve kavramların, yabancı hukuk da esas alınarak, Türk hukukunda benimsenen anlamdan daha geniş çapta bir yorum ile çözüme ulaşılacaktır[1264].

MÖHUK m. 34'te yer verilen düzenlemede haksız fiiller ile ilgili olarak tespit edilecek yetkili hukuk kurallarının, haksız fiilin hangi konularını ele alacağı ve çözüme kavuşturacağı düzenlenmemiştir. Doktrinde özellikle haksız fiillere uygulanacak olan hukukun fiil ehliyeti, kusurlu/kusursuz sorumluluk[1265] ile üçüncü kişinin fiillerinden sorumluluk halleri, fiilin manevi unsurları olarak kast, ihmal ve nihayet haksız fiil sonucunda telafiye konu olabilecek olan tazminat talepleri[1266] ile bu taleplerin kapsamı hakkında uygulanması gerektiği dile getirilmiştir[1267].

[1261] Yargıtay'ın haksız fiillerde vasıflandırma sırasında olayın tüm özelliklerinin dikkate alınması hakkındaki kararı için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2013/2087 K. 2013/6370 T. 29.03.2013. Aynı yönde Yargıtay 11. HD., E. 2013/196 K. 2013/6364 T. 29.03.2013.

[1262] Yasan, 2015, a.g.k., s. 251; Çelikel/Erdem, 2016, a.g.k., s. 90 vd.; Tiryakioğlu, 1996, a.g.k., s. 84; Doğan, 2015, a.g.k., s. 174; Elçin, a.g.k., s. 14 vd. Haksız rekabet için *lex causa* vasıflandırma yapılması hakkında bkz. Sarıöz, 2012, a.g.k., s. 195.

[1263] Bu konudaki ayrıntılı yorum ve görüşler için bkz. Yasan, 2015, a.g.k., s. 251.

[1264] Önreğin Türk hukukunda rekabet hukukundan kaynaklanan cezalandırıcı tazminat uygulamasının *lex fori* vasıflandırılma suretiyle çözümü mümkün değildir. Ancak genişletilmiş vasıflandırma yapılarak, konunun mukayeseli hukuktaki karşılıkları da dikkate alınır ve çözüme ulaşılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel/Erdem, 2016, a.g.k., s. 84-87; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 2011, a.g.k., s. 43; Tiryakioğlu, 1997, a.g.k. s. 85; Yasan, 2015, a.g.k., s. 253.

[1265] Doktrinde *Turhan,* kusurlu/kusursuz sorumluluk kapsamı bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapıp, her durumda kusurlu/kusursuz sorumluluğun ika yeri hukuku uyarınca tespit edileceğini belirtmiştir. Turhan, 1989, a.g.k., s. 402.

[1266] Maddi ve manevi tazminat talepleri, zararın boyutları, kısmi zarar, mahrum kalınan kâr ve diğer zarar kalemlerinin bu bağlamda haksız fiili idare eden hukuk tarafından idare edileceğini savunmaktayız. Benzer görüş için bkz. Turhan, 1989, a.g.k., s. 402.

[1267] Sarıöz, 2012, a.g.k., s. 195; Şanlı/Esen/Figenmeşe, a.g.k., s. 302 vd.; Turhan, 1989, a.g.k., s. 254 vd; Çelikel/Erdem, a.g.k., s. 84-87; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 2011, a.g.k., s. 43.

Haksız fiil olayına uygulanacak olan yetkili hukuk haksız fiilin şartlarının tespit edilmesinde esas alınacaktır. Bu bağlamda, fiilin hukuka aykırı şekilde haksız fiil meydana getirip getirmediği; failin sorumluluğun doğması bakımından kusurlu olup olmaması hakkında yetkili hukukun maddi hukuk kurallarına bakılacaktır. Öte yandan tüzel kişilerin haksız fiil sorumlulukları hakkında, tüzel kişiliğin sorumluluğu esnasında fail sıfatına ilişkin şartlar yine yetkili hukukça tayin edilecektir[1268].

Haksız fiil, her olay bağlamında çok geniş çaplı değerlendirilmesi gereken bir borç kaynağıdır. Her hukuka aykırı fiil sonucunda meydana gelen zarardan sorumluluk doğmayacaktır. Haksız fiil sonucunda hukuka aykırılık hallerini ortadan kaldıran ve sorumluluğu sona erdiren hallerin neler olacağı hususu ile sorumluluğu kısıtlayan kayıtların geçerli olup olmayacağı konusu yetkili hukuk tarafından düzenlenecektir[1269]. Buna göre haksız fiil sonucunda zarar tehlikesinin sorumluluk oluşturup oluşturmayacağı, zarar fiil ile zarar arasındaki illiyet bağının varlığı ile zararın türüne dair bütün sonuçlar yetkili hukukun uygulanması ile değerlendirilecektir[1270].

Haksız fiil olayında failin ehliyeti konusunun değerlendirilmesi hakkında ayrıca bir başlık açmak gereklidir. Failin, fiili işlerken ehliyetli olup olmadığının tayini genel hükümlerde MÖHUK m. 9'a göre mi değerlendirilmelidir, yoksa MÖHUK m. 34 uygulanacak mıdır? Kanaatimizce MÖHUK m. 34'ün işaret ettiği ülkenin maddi hukuk hükümleri haksız fiilin şartlarını da tayin edecektir. Haksız fiilin şartlarından biri failin olması ve failin hukuka aykırı fiili işlemesidir. Bu nedenle failin vasfında, ehliyet konusu da değerlendirilecektir. Madem ki fail konusu MÖHUK m. 34 uyarınca değerlendirilecektir, o halde ehliyet konusu da MÖHUK m. 34 uyarınca tayin edilecektir[1271].

Haksız fiil sonucunda uygulanacak olan hukukun maddi hukuk düzenlemeleri haksız fiile ilişkin tüm süreç içine dahil olacaktır. Bu kapsamda en önemli konu da tazminata dair hususlardır. Kanaatimizce, haksız fiili idare eden yetkili hukuk, maddi ve manevi tazminat davası açılıp açılamayacağı hakkında da söz sahibidir. Zira söz konusu haller netice-i talebe ilişkin olup, maddi hukukun ayrılmaz bir parçasıdır. Tazminat

[1268] Ayrıntılı bilgi için bkz. Esen, Emre (2012), *Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması,* İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 56 vd.
[1269] Göğer, 1966, a.g.k., s. 333; Uluocak, 1971, a.g.k., s. 183.
[1270] Benzer yönde görüş için bkz. Sarıöz, 2012, a.g.k., s. 196.
[1271] Benzer görüş için bkz. Uluocak, 1971, a.g.k., s. 182; Turhan, 1989, a.g.k, s. 403.

taleplerinin içerikleri, sınırları, kapsamları da yetkili hukukun uygulama alanı içindedir. Burada önem arz eden konu ise davacı sıfatına kimlerin haiz olduğudur. Örneğin haksız fiil sonrasında mağdur yaşamını yitirmiş[1272] veya fiil ehliyetini[1273] kaybetmiş ise manevi tazminat davası tarafları ile destekten yoksun kalma tazminatı davasının taraflarının kimler olduğu MÖHUK m. 34 uyarınca uygulanacak olan hukukun maddi hukuk hükümlerince belirlenecektir[1274]. Ancak ölen mağdurun mirasçılarının kim olduğuna dair bir uyuşmazlık var ise bu durum haksız fiil ilişkisinin dışında bir durum olması nedeniyle mirası idare eden hukuka göre değerlendirilecektir[1275]. Bunların yanında zarar görenin muhtemel tazminat hakkını temlik edip edemeyeceği[1276], talebin zamanaşımı[1277] ve hak düşürücü süreleri, ispat yükü[1278], munzam zarar[1279] gibi konular da uygulanacak hukukun

---

[1272] Haksız fiil sonrasında mağdurun ölüm halinin tespiti veya bazı ülkelerde geçerli olan medeni ölüm hali gibi özellikli durumların varlığı şahsın hukukundan kaynaklanan sorunlar olması nedeniyle ayrıca şahsın hukukuna uygulanacak olan hukuk uygulanacaktır. Doğan, 2015, a.g.k., s. 241 vd.; Nomer, 2015, a.g.k., 220 vd; Şanlı/Esen/Figenmeşe, 2015, a.g.k., s. 108 vd.

[1273] Fiil ehliyetinin hangi hukuka tâbi olduğu konusu da şahsın hukukundan kaynaklanan özel bir durum olması nedeniyle ön sorun teşkil etmesi halinde şahsın hukukuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır. Doğan, 2015, a.g.k., s. 241 vd.; Nomer, 2015, a.g.k., 220 vd; Şanlı/Esen/Figenmeşe, 2015 a.g.k., s. 108 vd.

[1274] Benzer görüş için bkz. Uluocak, 1971, a.g.k., s. 182; Turhan, 1989, a.g.k, s. 403.

[1275] Mirasçılık sıfatının belirlenmesi hakkında bkz. Altıparmak, a.g.k., s. 130 vd.; Ekşi, Nuray (2013), *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 47 vd.; Tanrıbilir, Feriha Bilge (2000), *Kanuni Mirasçılıktan Doğan Kanunlar İhtilafı,* Ankara: Gazi Üniversitesi Yayınları, s. 98; Baran Çelik, Neşe (2011), *Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarrfularda Uygulanacak Hukukun Tayini,* Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 109.

[1276] Uluocak, 1971, a.g.k., s. 182; Turhan, 1989, a.g.k, s. 403.

[1277] Turhan, 1989, a.g.k, s. 404. Konunun maddi hukuk arz eden yönü itibariyle farklı görüşler için bkz. Aygün Mesut/Önal, Ali (2016), Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukukta Zamanaşımı, *Legal Hukuk Dergisi, C. 14, S. 165,* s. 4907-4947, s. 4910.

[1278] Nomer, 2015, a.g.k., s. 364; Turhan, 1989, a.g.k., s. 411.

[1279] "*Yabancı para olarak tespit edilen munzam zararın karar tarihindeki kur üzerinden Türk lirasına çevrilmesinin hatalı olduğu sebebine dayalı karar düzeltme isteğine gelince; Hemen belirtmek gerekirki, dava Türk hukukuna göre açılmış bir tazminat davasıdır. Mahkeme Türk Kanunları mucibince hüküm verecektir. (HUMK. md. 76) 2675 sayılı, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanunun 25/1. maddesinde de ayrıca bu husus açıkça vurgulanmaktadır. Türk Usul Hukukuna göre her dava açıldığı tarihteki maddi ve esaslar çerçevesinde hükme bağlanır. Dava açıldığı tarihte var alacaklar hüküm altına alınabilir. Dava tarihinden sonra doğacak haklar için açılmış davada karar verilmesi mümkün değildir. Türk Usul Hukukunun gereği olan bu yön ayrıca 28.11.1956 gün ve 15/15 sayılı içtihadı birleştirme kararı ile de teyid edilmiş bulunmaktadır. İçtihadı birleştirme kararları ise Yargıtay Dairelerini ve tüm mahkemeleri bağlar (Yargıtay K. md. 20) Tekrarlanacak edimleri ihtiva eden dava türlerinde (Nafaka, kira irat şeklinde tazminat gibi) ileriye dönük olarak hüküm verilebilmesi, bu ilkeyi zedeleyecek nitelikte değildir. Zira bu tür davalarda da içtihadı birleştirme kararına uygun olarak dava tarihindeki şartlar göz önüne alınarak sonuca varılacaktır. Borçlar Kanunu'nun 105/2. maddesinin hüküm tarihine göre karar vermeye olanak tanıdığı ve içtihadı birleştirme kararının bu hükmün (B.K. 105/2)'nin uygulanmasına engel teşkil etmediği şeklindeki mahkeme görüşü yukarıdaki açıklamalar ne usul hukukumuzda ne de içtihadı birleştirme kararında Borçlar Kanunu'nun 105/2. maddesinin istisna edildiğine dair bir kayıt bulunmaması karşısında kabul edilemez. Borçlar Kanunu'nun 105/2. maddesi hakkında İsviçre uygulamasının hüküm tarihine göre karar vermeye imkân tanıdığı kabul edilecek olsa dahi memleketimizde uygulanması gereken Türk Usul Hukuku ve içtihadı birleştirme kararı buna cevaz vermemektedir. Hüküm tarihindeki kur farkına*

maddi hukuk hükümlerince çözülecektir. Elbette, tüm bu süreç zarfında, taleplerin ileri sürüldüğü ülkenin kamu düzeni halleri ile kamu düzeni müdahalesi hakkının olabileceği unutulmamalıdır[1280].

7.2. Yargıtay Kararlarında Haksız Fiillerin Kapsamına İlişkin Metodoloijk Sorunlar ve Kapsamı Hakkında Değerlendirmeler

Görüldüğü üzere haksız fiil ilişkisine uygulanacak olan hukukun maddi hukuk hükümleri, uyuşmazlığın esasına ilişkin tüm sürece uygulanacaktır. Ancak buna rağmen Türk mahkemelerinin uygulamada çelişkili, metodolojik olarak yanlış usul izledikleri kararlar verdikleri görülmektedir. Yargıtay'ın önüne gelen yabancı unsurlu haksız fiillerde yetkili hukukun tespitinde ve yetkili hukukun esasa ilişkin hangi süreçleri idare edeceği konusunda istikrarlı bir varlık gösteremediği görülmektedir. Hukuk Genel Kurulu'nun (*HGK*) verdiği yakın tarihli bir kararında bu durum göze çarpmaktadır[1281]: İlgili karara göre, davacının Federal Almanya Cumhuriyeti plakası yaşıyan aracı, Türkiye'de 10.08.2010 tarihinde meydana gelen kaza sonucunda, davacının kusursuz olduğu, diğer araç sürücüsünün ise şerit değiştirme ihlali yaptığı, bu durumun bilirkişi incelemesiyle belirlendiği; kazanın davacı aracına verdiği zararın kaza tarihinde parça ve işçilik toplam maliyetinin yurtdışı şartlarında 5.028,14 Euro olacağı, Türkiye şartlarında ise 2.123,00 TL olacağı yerel mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda bildirildiği; Almanya'da ikamet eden ve geçici olarak getirdiği aracı Türkiye'de trafik kazası sonucunda hasara uğrayan davacının, aracının onarımını Türkiye'de yapması konusunda zorlanamayacağı; araç malikinin aracını Türkiye'de veya ikamet ettiği ülkede tamir ettirmek konusunda seçimlik hakka sahip olduğu; araç sahibinin bu seçimlik

---

göre sonuca gidilmesinin ard arda dava açılmasını önleyeceği ve dava ekonomisi sağlayacağı görüşü de ilkeyi bozmak için bir neden olamayacağı gibi, temyiz ve karar düzeltme yollarının mevcudiyeti hükmün kesinleşmesi için belli sürelerin geçmesine ve binnetice yeni davalara her zaman yol açabileceğine göre bir dava ekonomisinden söz etmek de mümkün bulunmamaktadır. Her ne kadar Medeni Kanun'un bazı maddelerinin değiştirilmesine, bu kanuna bazı maddeler eklenmesine dair 23.11.1990 günü yürürlüğe giren 3678 sayılı kanunla değişik Borçlar Kanunu'nun 83. maddesinde yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklı, bu borcu vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parasına göre isteyebilir, hükmü getirilmişse de geçici 1. madde bu hükmün görülmekte olan davalarda uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu durumda yerel mahkemece karar tarihinin esas alınması suretiyle kur farkının hesaplanması doğru değildir. Yerel mahkeme direnme kararının bu sebeple bozulması gerekirken onanmasının yanılgıdan kaynaklandığı bu kez yeniden yapılan inceleme üzerine anlaşıldığından bu konudaki karar düzeltme isteği yerinde olup kabul edilmelidir." Yargıtay HGK E. 1991/40, K. 1991/127, T. 13.3.1991. Kazancı İçtihat Bankası.

[1280] Bu kapsamda haksız fiiller bakımından ihtiyati tedbir alınması gibi olağanüstü hallerde uygulanacak hukukun tespit edilmesi hakkında bkz. Sarıöz, 2012, a.g.k., s. 200.

[1281] HGK, E. 2014/703, K. 2016/497, T. 06.04.2016. Sinerji İçtihat Bankası.

hakkını ikamet ettiği ülkede tamir ettirme yönünde kullanması durumunda, yurt dışı tamirine ilişkin gerçek hasar bedelinin tespit edilerek bu bedelin Türk Lirası karşılığının tazminine karar verilmesi gerektiği ilk derece mahkeme kararında belirtilmiştir[1282]. HGK

[1282] Aynı yaklaşım HGK'nın 24.06.2015 gün ve 2014/17-28 E., 2015/1745 K. sayılı ilamında da benimsenmiştir. HGK kararında özetle, "*Davacı vekili; 18.07.2007 tarihinde Nevşehir'de davalıların da içinde bulunduğu bir trafik kazası meydana geldiğini, kazada, davalıların sahibi ve sürücüsü oldukları 50 ... 850 plakalı aracın P... 787 sayılı yabancı plakalı araca çarpması sonucu meydana gelen hasarın, yabancı plakalı araca 12.573,72 Euro olarak ödendiğini, fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla 9.598,72 Euro'nun kur üzerinden değeri olan 16.893,75 TL'nin rücuan tahsili için Nevşehir 2.İcra Müdürlüğü'nün 2008/6042 E. sayılı dosyası ile icra takibi başlatıldığını, davalıların böyle bir borçlarının olmadığını bildirerek takibe itiraz ettiklerini belirterek itirazın iptali ile %40'dan aşağı olmamak üzere inkar tazminatına mahkum edilmelerini talep etmiştir. Davalılar vekili; kazanın davacı şirkete sigortalı olan aracın kusurlu davranışı sonucu meydana geldiğini, kazadan bir gün sonra yetkili servis tarafından yapılan ekspertiz raporunda hasarın 6.930,28TL olarak belirlendiğini, buna rağmen araç sahibinin aracını Türkiye'de tamir ettirmeyerek kazadan uzunca bir süre sonra yurt dışında tamir ettirdiğini, yurt dışında yapılan tamir giderlerinin kazadan hemen sonra yapılan tespit giderlerinden fazla olduğunu, hasarla ilgili olmayan tamir ve tadilatların yapıldığını, yurt dışında belirlenen hasar miktarından 6.000,00 TL'nin sigorta şirketi tarafından ödenmiş olduğunu, müvekkillerinin ancak 930,28TL ile sorumlu tutulabileceklerini belirterek davanın reddini savunmuştur. Yerel mahkemece, davacı sigorta şirketinin yabancı olduğu, teminat altına alınan zararın haksız fiilden doğduğu, talebin ise sigorta ve halefiyet ilişkisinden kaynaklandığı, edim borçlusunun yerleşim yerinin Türkiye olduğu, haksız fiil ve zararın Türkiye'de gerçekleştiği, bu durumda davada MÖHUK 'un 24,34. maddeleri gereğince Türk Hukukunun uygulanması gerektiği, aracın değiştirilmesi için gerekli tüm parçaların orjinalinin ülkemizde mevcut olduğu gibi üretici ve satıcı firmanın yetkili servislerinin bulunduğu, bu nedenle sigorta ettirenin aracı yurt dışında onarmayı tercih etmesinin haklı bir sebebinin olmadığı, BK'nın 44. maddesine göre zarar görenin zararın artmasını önleyecek tedbirleri almakla yükümlü olduğu, buna göre sigortalının zararının Türkiye'de yapılacak onarım giderinden ibaret olduğu gibi sigortalının haklı bir neden olmaksızın sırf tercih hakkına dayanarak bu zararın artmasına yol açacak şekilde aracını yurt dışında tamir ettirmesi nedeniyle oluşan fazla zararın davalıya yükletilmesinin adil ve hakkaniyete uygun olmayacağı, aracın Türkiye'de onarılması halinde tamir giderinin 8.030,00 TL olduğu, davacı sigorta şirketinin 1.155,00 TL indirim yaparak sigortalısına ödeme yaptığını, zararın 6.000,00 TL'sinin ise davalı tarafın sigortasınca ödendiği, bu durumda giderilmesi gereken zarar miktarı 874,50 TL olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne dair verilen karar davacı vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde yazılı gerekçeyle bozulmuş; mahkemece, önceki gerekçeler genişletilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; geçici olarak Türkiye'de bulunan ve davacı sigorta şirketinin sigortalısı olan P... 787 plakalı araca, 18.07.2007 tarihinde Nevşehir'de davalıların işleten ve sürücüsü olduğu 50 ... 852 plakalı aracın arkadan çarpması sonucunda, P... 787 plakalı araçta maddi hasar meydana geldiği, trafik kazası tespit tutanağına göre 50 ... 852 aracın asli kusurlu olduğu, kazadan bir gün sonra 19.07.2007 tarihinde yetkili servis tarafından düzenlenen ön ekspertiz raporunda araçtaki hasarın belirlendiği, ancak sigortalı araç sürücüsünün aracını Türkiye'de tamir ettirmeyi tercih etmeyerek Almanya ülkesine döndüğü ve aracını Almanya'da tamir ettirdiği, dosyada bulunan faturalara göre aracın onarım bedelinin 13.237,80 Euro olduğu, davacı sigorta şirketi tarafından sigortalıya 12.573,72 Euro ödeme yapıldığı, ödenen bu bedelin tahsili için davacı sigorta şirketi tarafından davalılar aleyhine icra takibi başlatıldığı, icra müdürlüğü tarafından gönderilen ödeme emrine davalılar tarafından itiraz edildiği, bunun üzerine davacı vekilinin itirazın iptali istemini içeren eldeki davayı açtığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, her ne kadar aracın değiştirilmesi için gerekli tüm parçaların orjinalinin ülkemizde mevcut olduğu gibi üretici ve satıcı firmanın yetkili servislerinin bulunduğu, bu nedenle sigorta ettirenin aracı yurt dışında onarmayı tercih etmesinin haklı bir sebebinin olmadığı, BK'nın 44. maddesine göre zarar görenin zararın artmasını önleyecek tedbirleri almakla yükümlü olduğu, buna göre sigortalının zararının Türkiye'de yapılacak onarım giderinden ibaret olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmişse de, mahkemenin gerekçesi yerinde değildir. Almanya'da ikamet eden, tatilini geçirmek üzere Türkiye'de bulunan ve geçici olarak getirdiği aracı trafik kazası sonucunda hasara uğrayan sigortalının, aracının onarımını Türkiye'de yapması konusunda zorlanamayacağının kabulü gerekir. Sigorta ettiren,*

görüşmelerde Kurul çoğunluğunca, haksız fiilde gerçek zararın tazmin edilmesinin esas olduğu, somut olayda da davacı zararının, aracını tamir ettirmek istediği ikameti olan ülke (*Almanya*) şartlarında oluştuğu açıklanarak davacının aracının onarımını Türkiye'de yaptırmaya zorlanamayacağına yönünde olmuştur.

Söz konusu karar pek çok yönden milletlerarası özel hukuk uygulamasına aykırıdır. Her ne kadar kararın sonucunda varılan netice Türk maddi hukukunda düzenlenen kuralların bir sonucu ise de HGK'nın Türk hukukunun uygulanmasına ilişkin izlediği metodoloji hatalıdır. Öncelike HGK, haksız fiil teşkil eden ve yabancı unsur içeren olay hakkında MÖHUK unsurlarını uygulamaktan imtina etmiştir. HGK kararında konunun yabancılık unsuru teşkil ettiğinden bahsedilmemiştir[1283]. İlgili kararda öncelikle trafik kazasının Türkiye'de meydana gelmesi ve Almanya Cumhuriyeti tâbiiyetli aracın zarar görmesi nedeniyle yabancılık unsuru bulunmaktadır. MÖHUK'nun 34. maddesine göre haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna, fiil ile zarar farklı ülkelerde ise zarar yeri hukukuna, taraflar ile daha sıkı irtibatlı bir hukukun olması durumunda daha sıkı irtibatlı olan hukuk uygulanacaktır. Haksız fiili idare eden hukuk, haksız fiilin tüm sürecine uygulanacaktır. Bu belirlemede zarara uğrayan aracın yurt dışından geçici süre gelip gelmemesinin önemi yoktur. Aksi düşünce Türk yargı yetkisinin devri sonucunu ortaya çıkarır. Haksız fiili idare eden hukukun zararın miktarına ve giderilme şekline de uygulanacağından hareketle, MÖHUK m. 34/1, m. 34/2, m. 34/3 uyarınca Türk hukuku yetkili hukuk olarak uygulanacaktır. Türk hukukunun maddi hukuk hükümleri, tamir masraflarının ne şekilde karşılanacağını tayin edecektir. HGK'nın tamir masraflarının hangi ülke hukukunca tayin edileceği araştırmasını yaparken, zarar görenin doğrudan seçim hakkına sahip olduğundan hareketle yapmış olduğu yorum hatalıdır[1284]. Sonuç olarak bakıldığında, ilgili olayda

---

aracını Türkiye'de veya ikamet ettiği ülkede tamir ettirmek konusunda seçimlik hakka sahiptir. Sigorta ettirenin bu seçimlik hakkını ikamet ettiği ülkede tamir ettirme yönünde kullanması durumunda, yurt dışı tamirine ilişkin gerçek hasar bedelinin tespit edilerek bu bedelin Türk Lirası karşılığının rücuen tazminine karar verilmelidir". Sinerji İçtihat Bankası.

[1283] HGK kararının muhalefet şerhinde karşı oy gerekçesinde bir üyenin MÖHUK hükümlerinden kaynaklı olarak Türk hukukunun uygulanmasını belirttiği görülmektedir.

[1284] Romanya'da meydana gelen bir gemi kazası sonrasında, sigortacı tarafından yapılan ödenin rücu davasında, sigorta ilişkisine Türk hukuku uygulanmış, Euro üzerinden hesaplanan tazminatın ve 3095 Sayılı Yasanın 4/a maddesi uyarınca fiili tahsil tarihine kadar işlemiş faizi toplamının, fiili ödeme tarihinde T. C. Merkez Bankası'nın efektif satış kuru üzerinden belirlenecek TL karşılığının tahsiline karar verilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Yargıtay 17. HD, E. 2009/4357, K. 2010/5732, T. 21.06.2010. Sinerji İçtihat Bankası.

metodolojik olarak izlenen yöntem hatalı da olsa yetkili hukukun tazminatın miktarını, nasıl tazmin edileceğini, fatura usulü ve sigortadan rücu gibi pek çok hususta söz sahibi olduğu görülmektedir[1285].

Haksız fiile uygulanacak olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin tazminat isteminin geçerli olacağı zaman[1286] ve faiz miktarına da uygulanacağı Türk mahkemelerince kabul edilmiştir[1287]. Yargıtay'ın verdiği bir karar hem metodolojik olarak hem de varılan sonuç açısından örnek bir karardır. İlgili karara göre[1288]: Davacılar davalıların işleteni ve zorunlu trafik sigortacısı bulundukları araçların çarpışması sonucunda müvekkil kurum sigortalısının vefat ettiğini ileri sürerek, toplam (158.896) Avusturya Şilini'nin temerrüt faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsilini talep ve dava etmiş, Davalı üç sigorta şirketi davanın reddini savunmuştur. İlk derece mahkemesi toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, 2675 sayılı kanununun 25/2. maddesine göre olaya uygulanması gereken hukukun zarar yeri hukuku olması uyarınca Avusturya Hukuku olacağına ve Avursturya hukuku uyarınca yıllık %4 faiz yürütülmesi gerekeceğine gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Yargıtay 11. HD. Dairesi uygulanacak olan hukukun ika yeri hukuku olduğuna hükmederek her ne kadar ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş olsa da tazminata işleyecek olan faiz oranının uygulanacak olan hukukun maddi hukuk hükümlerine göre tayin edileceğini kabul etmiştir.

Haksız fiillere ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda vasıflandırma ve metodolojik hataların oldukça fazla yapıldığı görülmektedir. Türk mahkemelerinde hâkimlerin özellikle "*usul esastan önce gelir*" prensibinden hareketle önlerine gelen yabancı unsurlu davalarda, işin esasına girmeksizin, usulî yönleri incelemektedir. Bu nedenle Yargıtay'ın pek çok kararında, örneğin teminat yükümlülüğünün ihlal edilmesi nedeniyle, dava şartlarının eksikliğinden kaynaklı bozma kararları verildiği

[1285] Kanaatimizce Türk hukukunda milletlerarası özel hukuka ilişkin mahkeme kararlarının, diğer hukuk dallarına ilişkin daha az olmasının sebebi, Türk hâkimlerinin yabancılık unsuru mevcut olan hukuki ilişkilere doğrudan Türk hukukunu uygulamalarıdır. Bir takım mahkeme kararlarında izlenen yöntem yanlış olsa da varılan sonuç, yöntemin doğru izlenmesi halinde de varılan sonuç olabilmektedir. Ancak bu durum milletlerarası özel hukuk metodolojisinin var olma nedeni olması açısından kabul edilebilir değildir. Pek çok Yargıtay kararında yabancı unsurun tespit edilmeden doğrudan sonuca gidildiği görülmektedir.

[1286] Yargıtay verdiği bir kararında Türkiye'de meydana gelen haksız fiillerde yabancı para birimleri üzerinden karar verilemeyeceğini belirtmiştir. Yargıtay 17. HD. E. 2004/8861, K. 2004/10987, T. 18.10.2004. Şanlı/Esen/Figenmeşe, 2015, a.g.k., s. 299.

[1287] Yargıtay 17. HD, E. 2009/4357, K. 2010/5732, T. 21.06.2010. Sinerji İçtihat Bankası.

[1288] Yargıtay 11. HD., E. 2004/5829 K. 2005/2562 T. 21.03.2005. Kazancı İçtihat Bankası.

görülmüştür[1289]. Ancak konuyu sadece usulî bir sorun olarak gören bu yaklaşım hatalıdır. Zira, HMK m. 369'e göre "*Yargıtay, tarafların ileri sürdükleri temyiz sebepleriyle bağlı olmayıp, kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilir*" şeklinde olup, kanunun açık hükmüne aykırı teşkil eden konular da incelenmelidir. Yabancılık unsuru içeren davalarda hâkimlerin yabancılık unsuru içeren tüm konuları incelemesi gereklidir. Taraflarca ileri sürülen bir durum olmasa da yabancılık unsurunun hukuki bir durum olması nedeniyle hukukî maddi vakıa niteliğinde hâkimin hukuku resen uygulama yükümlülüğünün bir parçası olmasından kaynaklanmaktadır[1290]. Bir diğer deyişle dava şartı olmasa da yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Bu durum davanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı olarak değerlendirilemez[1291]. Tüm bu açıklamalarımızın sonucunda Yargıtay bir olayda usulî bir eksiklik olarak teminat göstermeme nedeniyle kararı bozmuş ise bozma nedenlerinde yabancılık unsuru taşıyan diğer sebeplerin de gösterilmesi gereklidir. Bu durum tekrar yargılama yapacak olan ilk derece mahkemesi açısından değerlendirilmesi gerekli bir usulî müktesep durum yaratacaktır. Bu durum yabancılık unsuru taşıyan pek çok olayda taraf menfaatleri açısından daha isabetli kararlar verilmesinin de önünü açacaktır[1292].

Benzer yaklaşım istinaf mahkemeleri için de geçerlidir. HMK m. 355 uyarınca *"İnceleme, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır. Ancak, bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen gözetir*" şeklindedir. Bu düzenleme sonrasında yabancı hukukun uygulanmasının gözden

---

[1289] "*…takip yapılan yabancı alacaklı kurumun teminat tutarını döviz olarak Merkez Bankasına depo etmesi gerekmektedir.*" Yargıtay 12. HD. E. 2004/5408, K. 2004/9048, T. 13.4.2004. "*...davacıdan mahkemenin takdir ettiği döviz veya yabancı bir banka kontragarantisi taşıyan ulusal bir bankadan alınacak teminat mektubu biçiminde teminat istenmesi davanın görülebilmesi için ön koşuldur…*" Yargıtay 4. HD. E. 1985/2461, K. 1985/2708, T. 25.3.1985. Aynı yönde kararlar için bkz. Şanlı/Esen/Figenmeşe, 2015, a.g.k., s. 422, dipnot 186. "*… Mahkeme dava veya takibin niteliğine ve duruma göre davacıyı, davaya katılanı veya takip isteğinde bulunanı karşılıklılık esasına göre teminat göstermekten muaf tutabilir. Yasada öngörülen (mahkeme) teriminin icra takipleri için (icra dairesi olarak) anlaşılması gereklidir…*" şeklinde karar verilmiştir. Yargıtay 12. HD, E. 2012/16820, K. 2012/23886, T. 09.07.2012. Kazancı İçtihat Bankası. Acun-Mekengeç, Merve (2018), Türk Hukuku'nda Teminat Gösterme Yükümlülüğü, *MHB, C. 38, S. 1-2*, s. 1-33; Tütüncübaşı, Uğur (2012), Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2*, s. 214-242; Kıyak, Emre (2012), Türkiye'de Mutad Meskeni Olmayan Türk Vatandaşları İçin Teminat Gösterme Yükümlülüğü, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S. 1-2, s. 225-251.

[1290] Ayrıntılı bilgi için bkz. Aygün, Mesut (2015), Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, C. 16, Özel Sayı*, s. 1065.

[1291] Aygün, 2015, a.g.k., s. 1065.

[1292] Benzer yaklaşım Nomer, Ergin (1972), *Davada Yabancı Kanun,* İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 152.

kaçırılması *kamu düzeni* müdahalesi olarak değerlendirilebilir mi? Kanaatimizce bu durum tartışılabilmelidir. Kamu düzeninin tanımı ve mahiyeti gereği, yabancı hukukun uygulanması bakımından çekilmez bir durum yaratılmış olmasa da MÖHUK m. 2/1 "*Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular*" hükmü gereğince Kanun'un uygulanmaması kamu düzeninin ihlâli sonucunu doğurabilir. Bu nedenle istinaf mahkemesinde yabancılık unsurunun değerlendirilmesi yapılabilmelidir. Bölge adliye mahkemelerinin sadece istinaf sebepleri ile bağlı olması düzenlemesi bu araştırmanın yapılmasına engel olmamalıdır.

Yargıtay kararlarında yabancı unsurlu haksız fiil uyuşmazlıklarının en çok rastlanıldığı ve seri olarak karar verilen uyuşmazlıklar "*Yimpaş Verwaltungs GmbH*" olarak bilinen ve Avrupa'da yüksek faizle geri ödeme yapılacağı vaadi ile para toplayan şirket nedeniyle mağdur olduğunu iddia eden pek çok Türk vatandaşının açtığı davada Alman mahkemelerinin ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ile Alman veya Türk hukukunun uygulanması noktasında tartışmalar yapılarak pek çok seri karar verilmiştir. Söz konusu seri davalarda özetle, davalıların her istendiği an geri ödeneceği ve yatırılan paralar karşılığı yüksek faiz verileceği garantisiyle binlerce kişiden para topladıklarını, bu kapsamda müvekkilinden de *Yimpaş Verwaltungs GmbH* şirketine ait makbuz karşılığında para alındığını, yabancı şirketin Türkiye'de kurulu olan davalı şirketlerin ortağı olduğunu ve doğrudan bu şirketlerin kontrolü altında bulunduğunu, yabancı şirkete ait makbuzlarla toplanan paraların Türkiye'deki şirketlere aktarıldığını, yönetim kurulu başkanları dahi aynı olan bu şirketler arasında organik bağ olduğunu, MÖHUK'un 40. maddesi uyarınca Türk Mahkemesi'nin milletlerarası yetkiye sahip bulunduğunu, ayrıca söz konusu eylem haksız fiil niteliğinde olduğundan olaya anılan Kanun'un 34. maddesi uyarınca Alman Hukuku'nun uygulanmasının gerektiğini, davalıların faaliyetlerinin Alman Borçlar ve Ceza Kanunları'na aykırılık teşkil ettiğini, tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi gözetildiğinde davalı şirketlerin sorumluluklarına gidilebileceğini, ayrıca davalı yönetim kurulu başkanının da zarardan sorumlu olduğunu ileri sürmüşlerdir. Söz konusu kararlarda özetle Yargıtay 11. HD. Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin olduğunu, konunun bu yönüyle değerlendirilmesi gerektiği, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi olmaması

nedeniyle işin esasına girilmeksizin karar verileceğini 11. HD. 11.10.2013 gün ve 2013/2833- 2013/18125 sayılı ilke kararı ile onanmıştır[1293].

Antalya Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen bir kararda belirtilen durum yaşanmıştır[1294]. Bir otelde meydana gelen kaza sonrasında ayağı yaralanan mağdur, ülkesi Almanya'ya döndükten sonra zararın artması sonrası Türkiye'de dava açmış, Alanya Asliye Hukuk Mahkemesi, konuyu sadece yabancının teminat yatırma yükümlülüğünü yerine getirmemesi açısından ele almıştır. Oysa ki, dosyadaki tüm unsurlar ele alındığında MÖHUK m. 34/2 uyarınca zararın sonuçlarının Almanya'da ortaya çıkmasından hareketle Alman hukukunun uygulanması mümkün olabilecekti. İstinaf Mahkemesi tarafından eksik inceleme sonucunda, yabancı hukukun uygulanmaması MÖHUK m. 2/1'den hareketle, HMK m. 355 uyarınca kamu düzeni müdahalesi gerektiren bir durum yaratabilecektir[1295].

Yakın zamanda verilen ve temeli haksız fiile dayanan bir Yargıtay kararında, devletin haksız fiilden sorumluluğuna ilişkin yerinde bir karar vermiştir. Bu karara göre[1296] davacı taraf, müvekkilinin, yardım gönüllülerini taşıyan Mavi Marmara isimli gemide gemi adamı olarak çalışanın eşi olduğunu, anılan gemi ile Gazze'ye insani yardım götürmek amacıyla uluslararası sularda seyrederken İsrail Devleti silahlı güçleri tarafından gemiden indirildiğini, 3 gün tutuklu kaldığını, şahsi eşyalarını almasına izin verilmediğini, olaydan sonra Türkiye ye gönderildiğini ancak iş bulamadığını, maddi sıkıntı çektiğini, olayın üzüntüsü ile öldüğünü belirterek maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Davalı Maliye Hazine vekili, davanın idari yargıda görülmesi gerektiğini, manevi tazminat istemlerinde fazlaya ilişkin hakların saklı tutulamayacağını, manevi tazminat isteminin sebepsiz zenginleşmeye yol açmaması gerektiğini belirterek davanın reddi gerektiğini savunmuştur. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi tarafından incelenen olayda, dava konusu uyuşmazlığın hangi yargı yolunun caiz olduğu noktasında toplandığını, 28/6/2016 tarihinde imzalanan ve Türkiye Cumhuriyeti ile İsrail Devleti

[1293] Benzer yönde Yargıtay 11. HD. E. 2013/2086 K. 2013/19491, 4.12.2013; Yargıtay 11. HD. E. 2014/35 K. 2014/2117, 14.2.2014; Yargıtay 11. HD E. 2013/196, K. 2013/6364, T.2.5.2013.
[1294] Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi E. 2017/511, K. 2017/734, T. 26.10.2017. Sinerji İçtihat Bankası.
[1295] Benzer yönde YHGK T. 12.2.2014, E. 2013-21-586/2014-95, Akın, Levent (2007), İş Kazalarından Doğan Hukuksal Sorumlulukta Uygun Nedensellik Bağı, *İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu*, Ankara, s. 37.
[1296] Yargıtay 4. HD., E. 2019/2934 K. 2020/236 T. 23.1.2020. Yargıtay Kararları Dergisi, Mayıs 2020, C. 46, S. S. 5, s. 1287 vd.

Arasında Tazminata İlişkin Usul Anlaşması uyarınca; Türkiye ve İsrail Devletleri'nin Mavi Marmara olayı olarak bilinen olayda meydana gelen zararların giderilmesi, tazmina edilmesi hususularında anlaştıklarını; anlaşmanın onaylanmasının uygun bulunduğuna dair 6743 sayılı Kanun 20/08/2016 tarihinde kabul edilerek 01/09/2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlandığını ve aynı anlaşma Bakanlar Kurulu tarafından 07/09/2016 tarihinde onaylanarak 09/09/2016 tarihinde bu kararın Resmi Gazete'de yayımlanması ile yürürlüğe girdiğini; Anayasanın 90. Maddesi uyarınca; *Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmünde olduğu, Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz* (Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7.md); Anayasanın 142. ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1. maddesi mahkemelerin görevinin kanunla düzenleneceği hükmüne amir olduğu; HMK'nun 2/1 maddesi gereğince, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın mal varlığı haklarına ve şahıs varlığı haklarına ilişkin davalarda görevli mahkeme aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesi olduğu; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesine göre idari dava türleri ise; "a) İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları, b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları, c) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar" olarak sayılacağı, tüm bu nedenlerle ilk derece mahkemesi tarafından dava konusunun idari yargıda çözülecek davalardan olduğundan bahisle yargı kolu bakımından dosyayı reddetmesinin hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır.

Dava konusu olay her ne kadar doğrudan konumuz ile ilgisi olmasa da önem arz etmektedir. Şöyle ki, özellikle kamuoyunda "Mavi Marmara" saldırısı olarak bilinen olayda devletin haksız fiiline (İsrail Devletinin) maruz kalan mağdur yolcuların, adli yargıda devlete karşı talepte bulunacakları kabul edilmiştir. Devletin özel hukuk kişilerine karşı işledikleri fiillerden dolayı yargı bağışıklığı bulunmamaktadır. Şu durumda mağdur vatandaşlar, Türkiye ile İsrail devletleri arasında yapılan 28/6/2016 tarihinde imzalanan Tazminata İlişkin Usul Anlaşmasının elverdiği ölçüde MÖHUK m. 34'e dayanarak tazminat talebinde bulunabileceklerdir. Kanaatimizce bu durumda haksız

fiilin uluslararası sularda meydana gelmesi nedeniyle Mavi Marmara gemisinin bayrak[1297] ülkesi (ika yeri) ya da zarar görenlerin milli hukukları uyarınca Türk hukukunun uygulanması gündeme gelecektir.

[1297] Mavi Marmara gemisi KOMOR Adaları bayrak siciline kayıtlıdır.

SONUÇ

Milletlerararası özel hukukta haksız fiillere ilişkin genel kuralları Amerikan Hukuku, Avrupa Birliği düzenlemeleri ve Türk hukuku kapsamında ele aldığımız çalışmamızda varmış olduğumuz sonuçları şu şekilde sıralamamız mümkündür:

1- Amerikan hukuku, kanunlar ihtilâfı hukukunun gelişimine ve metodolojisinin oluşmasında en ciddi katkı sağlayan hukuk sistemidir. Gerek mahkeme kararlarından hareketle gerekse de doktrindeki görüş zenginliği dikkate alındığında özellikle haksız fiillerin gelişimine en çok katkı Amerikan hukuk sistemi tarafından sağlanmıştır. İka yeri hukukunun öneminin belirtilmesi yanında, en sıkı irtibatlı hukuk yaklaşımının tespit edilmesi, görece irtbatların değerlendirilmesi, farklı irtibat noktalarına dayanan mahkeme kararlarının verilmesi ve nihayet tüm bunların bir kanun ve düzenleme altında sistematik olarak belirtilmesi ilk olarak Amerikan hukukunda görülmüştür.

2- Amerikan mahkeme kararlarına baktığımızda pek çok irtibat noktasının kararların özünde yer aldığını görmek mümkündür. İka yerinden, zarar yerine; ikametgâh, vatandaşlık, mutad mesken bağlama noktalarından, şirket kuruluş ve işleyiş yerine olayın akışı ve çeşitliliği içinde farklı irtibat noktalarının Amerikan mahkeme kararlarında yer aldığı görülmektedir. Bu doğrultuda Amerikan mahkeme kararlarının geneli incelendiğinde haksız fiiller alanında hâkimlerin halen en çok tercih ettiği irtibat noktası ika yeri kuralıdır. Amerikan hâkimlerinin, haksız fiillerde genellikle en sıkı irtibatlı bağlama noktasının ika yeri olması ve geleneksel olarak ika yeri kuralının uygulanmasının kolaylığı nedeniyle ika yeri kuralının uygulanmasını tercih ettikleri söylenebilir. Ancak son yıllarda Amerikan mahkemelerinde ika yeri yanında zarar yeri bağlama noktasının da ikinci olarak tercih edildiği görülmekle birlikte, hemen her mahkeme kararında ika yeri ile zarar yeri arasındaki farklar ve zarar yerinin olaydaki üstün yönünün tespiti noktasında mahkemelerin açıklama gayreti göze çarpmaktadır. Hatta son yıllarda (2016-2017-2018-2019) Amerikan Mahkemelerinde ika yeri kuralından vazgeçilme eğiliminin arttığı, geçmiş yıllara nazaran ika yeri kuralının uygulanmasının azaldığı görülmektedir. Mahkemelerin günümüzde halen öncelikle ika yeri kuralını uyguladığı, ancak; zarar yeri kuralını ise vatandaşlık, mutat mesken, sigortacının tabiiyeti, ticari işletme ile bağlantılı ve haksız fiili meydana getiren fiil ile doğrudan bağlantılı olmasa da tarafların şahsı ile bağlantılı benzer irtibat noktalarının varlığı durumunda gündeme aldığı görülmektedir. İka yeri kuralının uygulandığı

mahkeme kararlarının bir çoğunda Rest. paragraf 6'da belirtilen genel ilkeler ile yorum yapıldığı; ancak, zarar yeri ve diğer bağlama kurallarının uygulanması noktasında genel ilkelerin yanında paragraf 145/2'deki diğer irtibat noktalarına başvurularak, daha sıkı irtibatlı hukuk anlayışının uygulanacak hukukta ne için esas alındığını ayrıntılı olarak açıklandığı görülmektedir.

3- Amerikan haksız fiil hukukunda önem arz konulardan bir diğeri de haksız fiiller alanında hukuk seçimi tartışmalarıdır. Hem Rest. I hem de Rest. II'de haksız fiil ilişkisinin taraflarının haksız fiili meydana getiren olayın öncesinde veya sonrasında hukuk seçimi yapmasını kabul etmemiştir. Amerikan doktrininde bu konuya ilişkin mesafeli yaklaşanların temel gerekçesi, genellikle tesadüfi ve şansa bağlı bir durum olan haksız fiillerin, bu öngörülemez durum için, hukukî kesinlik ve güvenlik ile öngörülebilirlik amacıyla kabul edilen hukuk seçimi kavramının ne şekilde sağlıklı olarak uygulanacağı noktasındaki tereddütler olduğudur. Bu tereddüdün bir diğer nedeni, hukuk seçimi unsurunun taraf menfaatlerinin sağlanması ile en sıkı irtibata haiz hukuka ulaşma arasındaki dengenin sağlamadaki zorluktur. Hukuk seçimi ile taraflar arasında menfaatin sağlanması, dengenin korunmasının gerekliliği; ancak tarafların eşit olmaması durumunda bunun sağlanmasındaki zorluk, haksız fiil ilişkisinde hukukun seçimine endişeyle yaklaşılması sonucunu doğurmuştur.

Amerikan hukukunda hukuk seçimine ilişkin görüşler dışında, ilginç söylemler de dile getirilmiştir. Buna göre hukuk seçiminin asıl özü, yasaların dogmatik yapılarını kırmak, ülkelerin ve hâkimlerin her durumda *lex forist* yaklaşımlarının önüne geçmeyi temin etmektir. Hukuk seçiminin hemen her alanda kabul edilmesinin gerekliliği vurgulanırken, sadece sözleşmeler veya haksız fiiller değil; hukukun hemen her alanında tarafların seçim yapmasını temin etmek, devletlerin egemenlik haklarının bir ihlali olarak yorumlanmaması gerektiği belirtilmiştir. Yazarların hukuk seçiminin yaygınlaştırılmasındaki önerilerinin temel nedeni öncelikle haksız fiiller, sonrasında ise tüm milletlerarası özel hukuk bünyesinde teorik veya ideolojik bir yaklaşımdan öte; gerçek tarafsızlığı yansıtan, farklı hukuk ailelerine ait hukuk sistemlerine izin vermek, nihayet hukuk seçimi üzerine doktrinler ve yeni yöntemler üreterek kültürler arası iş birliği sağlamak, milletlerarası karar ahenginin eşgüdüm çerçevesini derinleştirmek, küresel hukuk barışını bu yolla sağlamaktır. Tüm bu söylemler sonucunda Amerikan haksız fiil yargı kararlarında tarafların hukuk seçimi yapmalarının mümkün olacağına

ilişkin kanaat artmıştır. Nihayet hukuk seçimi, Amerikan kanunlar ihtilâfı hukukunda uyuşmazlıklarda, "*kesinlik*" ve "*öngörülebilirlik*" sağlamasına yardımcı olacak bir enstrüman olacaktır.

4- Avrupa Birliği hukuk sisteminde kabul edilen Tüzük sistematiği sonrasında yürürlüğe giren *Roma II Tüzüğü* haksız fiillerde uygulanacak hukuku tespit ederken (m. 4) üçlü bir sistem kabul etmiştir: İlk olarak sistem objektif bağlama noktalarını belirlenmiş, ikinci olarak daha sıkı irtibatlı hukukun tespitine çalışılmış, nihayet üçüncü olarak subjektif bağlama kurallarının sınırları çizmiştir. Bu noktada m. 4, 1. ve 2. fıkralarda belirtilen bağlama noktalarını en sıkı irtibatlı olarak öngördüğü, nihayet daha sıkı ilişkili bir hukukun olması durumunda üçüncü fıkrada belirtilen istisna ve kaçış kuralı niteliğine haiz kuralın uygulanmasının öngörüldüğü belirtilmektedir.

5- *Roma II Tüzüğü* kapsamında daha sıkı ilişkili hukuk düzenlemesi, taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişki veya fiili bir ilişki var ise bu durumda uygulanacak hukuk, akit dışı borç ilişkisinden doğan ihtilaf ile de daha sıkı ilişkilidir. İlgili fıkranın gerekçesinde "*hukuki ilişki"* ve "*fiili durum*" ifadeleri birlikte kullanılmıştır. Hukuki veya fiili ilişki açık ve belirli olmalıdır. Böyle bir durumda şekil şartı aranmaksızın, hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk daha sıkı ilişkili olarak tespit edilir. Bu nedenle hem açık ve belirli bir hukuki ilişki hem de hukuki ilişki ile fiili durumun birlikte kullanılması uygulanacak hukukta daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde şekil şartlarını ikinci dereceye bırakmıştır.

Bilindiği üzere uluslararası özel hukukun amaçlarından bir tanesi hukuki kesinlik güvenlik ve öngörülebilirliktir. Avrupa Birliği nezdinde düzenlenen kanunlarda ve Adalet Divanı kararlarında bilhassa bu durum vurgulanmaktadır. Bunun sebebi Avrupa Birliği hukuki düzenlemelerinin yeknesaklaştırılması çalışmaları kapsamında Birliğin koyduğu hedeftir. Avrupa Birliği üyesi devletlerin çoğunun Kıt'a Avrupası hukuk sisteminin bir parçası olması nedeniyle ortak ve uyumlu kuralların oluşumunda fayda bulunmaktadır. Birlik bünyesinde birçok yönerge ve kanun bu birleşmeye hizmet vermektedir. Dolayısıyla daha sıkı irtibatlı hukuk anlayışı tüm benzer hukuki olaylarda kanun koyucunun yeknesaklaştırması çalışmasına hizmet etmektedir.

6- *Roma II Tüzüğü*, sübjektif bağlama kurallarını düzenlemenin başında değil, objektif bağlama noktasına ilişkin konuların sonrasında ve nihayetinde özel akit dışı hukukî ilişkilerin ardından düzenlemiştir. *Tüzük* Dibacesinin 31. maddesinde irade

muhtariyeti prensibinin *Tüzük* için asli bir başvuru aracı olduğu vurgulanmıştır. Nihayet metodolojik sıralamanın bir diğer gerekçesi olarak akit dışı hukukî ilişkiler bakımından derhal uygulanması gereken bir durumun varlığında hâkimin, tarafların hukuk seçimi yapmamış olması veya hukuk seçiminin geçersiz olması nedeniyle genel kuralın uygulanacağının öncelikle vurgulaması sayılabilir. Ancak sistematik ve metodolojik açıdan, düzenlemenin yer aldığı bölümden hareketle irade muhtariyetinin ikincil derecede önemli olduğuna hükmedilmesi uygun olmayacaktır.

Roma II Tüzüğü metodolojisi bakımından Tüzük m. 14'te hukuk seçimi ile Tüzük m. 4/3'te belirtilen en sıkı irtibatlı hukuk bağlama kuralı arasındaki ilişkiyi sorguladığımızdı özellikle hukuk seçiminin bağımsız bir bağlama kuralı olmadığı ve en sıkı irtibatlı hukuka nazaran daha sıkı irtibatlı hukuk bağlama kuralı olduğunu belirtmek gerekir. Bu kıyaslama sonucunda tarafların seçtikleri hukuku değil, daha sıkı irtibatlı hukukun uygulanması görüşü kabul edilmiştir. Kanaatimizce bu kıyaslama yerinde değildir. Esasında irade muhtariyeti ile tayin edilen hukuk da bir bağlama noktası olup, en sıkı irtibatlı hukuk ve daha sıkı irtibatlı hukuk bağlama noktaları ile kıyaslanması mümkün gözükmemektedir. Hukuk seçimi ile hem objektif kanunlar ihtilâfı kuralları bertaraf edilir, hem de en sıkı irtibatlı ve daha sıkı irtibatlı hukuklara başvurulması engellenir.

Milletlerarası özel hukukta son yıllarda sübjektif bağlama kurallarına yönelik sınırlar kaldırılmaktadır. Bunun sonucu olarak öncelikle taraf iradelerine üstünlük tanındığı, bu üstünlüğün de her durumda esnek bir biçimde uygulanmasının önünün açıldığı söylenebilir. *Roma II Tüzüğü* de bu doğrultuda hukuk seçiminin geçerliliğini etkileyecek sınırlamaları işlem menfaatleri, kamu düzeni, doğrudan uygulanan kurallarla sınırlayarak hukuki işlemi ayakta tutacak tedbirler alarak kurmuştur. Hal böyle olunca hukuk seçimi Tüzüğün ruhu ve ulaşmak istediği sonuç demek doğru olacaktır.

7- Türk hukuku da haksız fiillere ilişkin uygulama bakımından özellikle *Tüzük'ten* etkilenmiştir. *Tüzük* çalışmaları devam ederken 5718 sayılı MÖHUK m. 34, *Tüzük* taslağından esinlenerek hazırlanmıştır. Bu doğrultuda m. 34 genel kural, m. 35, 36, 37, 38, 39 özel haksız fiil kuralları sistematiği *Tüzük* sistematiği ile benzerdir. Öte yandan m. 34 düzenlemesi objektif, sübjektif ve irade muhtariyeti prensibini de düzenlemesi bakımından yine *Tüzük* doğrultusunda hazırlanmıştır. MÖHUK m. 34 ika yeri ve zarar yeri bağlama kuralları bakımından 2675 sayılı Kanun metodolojisini sürdürürken, daha

sıkı irtibatlı hukuk, sigortacıya başvuru ve irade muhtariyeti kuralları bakımından yenilikler getirmiştir. Bu yönü itibariyle MÖHUK m. 34'ün güncel, uygulayıcılar açısından dinamik şekilde yardımcı olan bir yapısının olduğunu söylemek gerekir.

MÖHUK 34. maddenin başlığı olan *"Haksız Fiiller*" başlığı ihtiyaca cevap vermekten uzaktır. Zira, sözleşme ilişkileri dışında kalan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuka cevap vermek amacıyla düzenlenen m. 34, bu haliyle sadece hukuka aykırı bir fiille, bir başkasına zarar vermek anlamını taşıyan haksız fiilleri ele almaktadır. Genel kural olan m. 34, daha geniş bir kavram olarak, sözleşme dışında kalan her türlü hukuki ilişkiyi kapsayan "*akit dışı borç ilişkileri*" ifadesi ile kastedilen tüm hukuki unsurları kapsamaktan uzaktır. Milletlerarası özel hukukta vasıflandırma ile niteliği tayin edilecek olan bir kavramın doğrudan akit dışı bir borçtan doğması sonrasında, akit dışı hukukî ilişkilerin içinde yer verilmesi ve uygulanacak hukukun belirtilmesi akit dışı hukukî ilişkinin mahiyetini genişletmesi, niteliği gereği farklı hukukî ilişkiler içinde yer verilecek bir kavramı, akit dışı olarak nitelendirilmesine sebebiyet verecektir. Akit dışı hukukî ilişkileri içerisinde culpa *in contrahendo*, vekâletsiz iş görme, fiili sözleşme ilişkileri, sözleşme dışı koruma ve benzeri kavramların yer alması belirtmiş olduğumuz geniş hukukî nitelendirmeye örnek teşkil etmektedir. Bu bağlamda düşünüldüğünde, MÖHUK m. 35, 36, 37, 38, 39 hükümlerinde belirtilen özel haksız fiil türleri dışında kalan akit dışı borç ilişkileri bakımından MÖHUK m. 34 uygulanacağı düşünüldüğünde hükmün başlığının "*akit dışı borç ilişkileri*" olarak değiştirilmesinde fayda bulunmaktadır. Böylece MÖHUK m. 35, 36, 37, 38, 39 hükümleri dışında kalan ve kural olarak da haksız fiil olarak nitelendirilemeyen "*akit dışı borç ilişkilerinin"* tümünün genel hüküm olarak MÖHUK m. 34 çatısı altında ele alınması daha uygun ve doğru olacaktır.

8- MÖHUK m. 34/1 klasik haksız fiil kanunlar ihtilafı kuralı olarak *lex loci delicti* kuralını kabul etmiştir. Esasında daha sıkı irtibatlı hukuk kurallarının varlığı sonrasında m. 34/1 kuralı sadece temel düzenleme olarak Kanunda uygulanması öngörülen bir hüküm olarak kalmıştır. Zira özellikle m. 34/2 ve m. 34/3 düzenlemeleri sonrasında fiilin işlendiği yer kuralının eski önemi kalmamıştır. MÖHUK m. 34'ün yabancılık unsuru içeren hukuki ilişkilere uygulanacağı düşünüldüğünde, Türkiye'de meydana gelecek bir haksız fiilde fiilin işlendiği yer kuralının uygulanması için zararın da Türkiye'de meydana gelmesi ve tarafların başkaca irtibat noktalarının var olmaması gereklidir. Bilinçli ve kanunlar ihtilafı hukukunu bilen Türk hâkimi tarafların irtibatlarının olmaması, yani daha

yakın irtibatın var olmaması, zararın fiilin meydana geldiği yerde oluşması ve aynı zamanda tarafların haksız fiilin meydana gelmesinden sonra başkaca bir hukuk seçmemeleri durumunda, fiilin işlendiği yer hukukunun uygulanmasına karar verecektir. Böylece m. 34/1'in uygulama alanının oldukça daraldığı görülmektedir.

Güncel haksız fiil anlayışında zararın meydana gelmesinde yalnızca hareket değil, hareketsiz kalma da esastır. Hareketsiz kalma, bir fiil olarak değerlendirilemez. Hareketsiz kalma, bir durumu ifade eder. İka yeri kuralının uygulanması ise bir fiili durumun sonucunda ortaya çıkacağına göre, ika yeri kuralının geniş bir uygulama alanı bulamayacağı aşikârdır.

O halde hukukun temel kaidelerinden biri olan *kanun koyucu abesle iştigal etmez* anlayışından hareketle günümüzde MÖHUK m. 34/1'de belirtilen fiilin işlendiği yer hukuku kuralına ilişkin var olan düzenlemenin gerekli olmadığını düşünmekteyiz. Haksız fiilin tamamlanması için zarar unsurunun zorunlu olması, zarar unsurunun tamamlandığı yerin haksız fiilin tamamlandığı yer olması, bu nedenle de zararın meydana geldiği yerin öneminin artması haksız fiilin işlendiği yer hukukunun uygulanmasını doğrudan bertaraf etmektedir. Daha sıkı irtibatlı hukuk anlayışının kabul edilmesi ile nitelik arz eden irtibat noktalarının zararın meydana geldiği yerden bir başka yeri göstermesi durumunda her durumda daha sıkı irtibatlı hukuk uygulanacaktır. O halde m. 34/1 olmaksızın "*Haksız fiilden doğan borçlar zararın meydana geldiği ülke hukukuna tabidir*" şeklindeki düzenlemeyle hükmün sadeleştirilmesi mümkündür.

9- MÖHUK m. 34'te kilit bağlama kuralı *zarar yeridir.* Modern haksız fiil hukuku felsefesi, haksız fiili meydana getireni *cezalandırma ve haksız fiilin meydana gelmesini önlemek* anlayışını terk etmiştir. Bunun yerine haksız fiilin meydana getirdiği zararın *tazmin edilmesini kolaylaştırmak ve mağduru korumak* anlayışı yolunda evrilmiştir. Bu nedenle haksız fiillerde zararın doğduğu yer hukukunun uygulanması, ika yeri hukukunun uygulanmasına nazaran daha koruyucu ve mağdurun lehinedir. Bu durum aynı zamanda mağdurun haklı çıkar ve beklentilerine de uygundur.

Zarar yerinin tanımının kesin ve şüpheden uzak olarak yapılması gereklidir. Kanaatimizce zarar, hukuka aykırı haksız fiilin yapılması sonrasında ortaya çıkan eksilme ile hiç yapılmasaydı mevcut durum arasındaki farktır. Zarar kavramı, haksız fiilin en önemli unsurunu oluşturmaktadır. Hareketli veya hareketsiz kalınarak zarar meydana gelebilir; ancak, zarar olmadan haksız fiil olmaz, hukuki sorumluluk da doğmaz. Bu

nedenle mal veya kişilik haklarında eksilmenin meydana geldiği yer zararın meydana geldiği yerdir. Bu yer hareketin yapıldığı veya hukuka aykırılığın meydana geldiği yerden bağımsız ve ayrıdır. Hukuka aykırı bir fiil sonucunda meydana gelen sonucun ortaya çıktığı yer zarar yeridir. Dolayısıyla zarar olmadan madem ki haksız fiil olmamaktadır, o halde haksız fiilin tamamlandığı yer olan zarar yeri hukukunun uygulanması pek çok açıdan kolaylık sağlayacaktır.

2675 sayılı MÖHUK m. 25 ve 5718 sayılı MÖHUK m. 34'te, zarar yerini ika yerinden bağımsız olmayan, zarar yerini ika yeri ile birlikte kabul eden bir sistem üzerine kurulmuştur. Zarar yeri, hukuka aykırı fiil sonucunda meydana gelen maddi ve manevi eksilmedir. Dolayısıyla zararın açıkça ortaya çıktığı yer zarar yeridir. Zararın sonuçlarının arttığı yerin ise kanaatimizce doğrudan bir önemi yoktur. Fiil olmaksızın da zararın meydana gelmesi nedeniyle açık bir şekilde zarar yeri bağlama noktasına üstünlük tanımak zamanımızın milletlerarası özel hukuk anlayışına da uygun olacaktır. Yabancı unsurlu özel haksız fiil türleri bakımından da son gelişmelerde zarar yeri hukukuna üstünlük tanındığı görülmektedir. Örneğin vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme, kitle iletişim araçları ile gerçekleşen haksız fiiller, haksız rekabet, rekabetin ihlali gibi haksız fiilin özel görünüm şekillerinde de zararın meydana geldiği yer irtibat noktasına dayanılmaktadır. O halde hem haksız fiillerin oluşumu bakımından zarar unsurunun temel taş olması hem de uygulanacak hukukun tespiti bakımından zarar yerinin belirlenmesindeki kolaylık nedenleri ile MÖHUK metodolojisi bakımında zarar yeri bağlama noktasının ika yerinin önünde ve öncelikle uygulama alanı olması gerektiğini düşünüyoruz. Kanunun "*Haksız fiilden doğan borçlar zararın meydana geldiği ülke hukukuna tabidir*" şeklindeki sadeleştirme önerimizi bu noktada yineliyoruz.

10- MÖHUK m. 34/3 daha sıkı irtibatlı hukuk anlayışını kabul etmiştir. Ancak kanunda, daha sıkı irtibatlı hukuku tespit ederken hâkime yol gösterecek metod ve metodoloji kurallarının gösterilmediği bir gerçektir. Bu nedenle hâkim, olay ve taraflar arasındaki tüm unsurları dikkate alarak daha sıkı irtibatlı hukuku tespit edecektir. Daha sıkı irtibatlı hukukun tespit edilmesinde hâkime yol gösterecek olan metodolojik yöntem *kanunlar ihtilafının amaç ve menfaatinden hareket eden görüştür.* Bu görüşün ortaya çıkmasındaki temel neden kanunlar ihtilafı hukukunun kat'i ve sert yapısının yumuşatılmasıdır. Olayın niteliği gereği sosyolojik unsur olarak kabul edilen vatandaşlık, ikametgâh, mutad mesken gibi bağlama noktalarının, yardımcı unsur değil, hayat olayının

taraflar ile en sıkı irtibat arz edecek şekilde kilit bir noktada olduğu durumlar ile karşılaşılabilir. Bu nedenle özellikle kanunlar ihtilafı hukukunun menfaatleri gereğince ika yeri kuralı yumuşatılmalı, sosyolojik unsurları da esas alan ve hâkime geniş bir takdir/değerlendirme yetkisi vererek çalışma imkânı sunulması gereklidir. Daha sıkı irtibatlı hukukun araştırılması hususundaki temel felsefe budur. Kanunlar ihtilafı hukuku günümüzde taraf iradelerinin de mümkün olduğunca kabul edildiği, her müstakil olay için değişik bağlama noktalarını referans alan bir eğilimdedir. Bu nedenle haksız fiilin meydana gelmesi sonrasında hâkime geniş bir takdir yetkisi tanıyarak objektif bağlama noktaları, sosyolojik bağlama noktaları gibi olayın tüm yönleri esas alınması gereklidir. Günümüz kanunlar ihtilafı hukuku felsefesi, kanunlar ihtilafı menfaati ile taraf menfaatinin tesis edilmesi ancak bu şekilde bağlama noktalarının tespitinde esnek şekilde hareket suretiyle gerçekleşecektir. Taraf iradelerinin olmadığı bir durumda da en iyi şekilde bu durum daha sıkı irtibatlı hukukun araştırılmasında hakime geniş takdir yetkisi verilmesi ile mümkündür.

11- 5718 sayılı MÖHUK m. 34/5'in en dikkat çeken yeniliği taraflara haksız fiilin meydana gelmesinden sonra, birlikte hukuk seçimi yapma imkanının tanınmasıdır. Bu durum MÖHUK açısından esaslı bir yenilik olmakla birlikte, Kanun koyucunun zamansal olarak bir sınırlama getirmesi nedeniyle tartışmalı bir durum almıştır. Haksız fiillerde hukuk seçimine ilişkin zaman sınırının tayin edildiği söz konusu şartta, hukuk seçiminin haksız fiilin meydana gelmesinden sonra tarafların bir araya gelmesi ile yapılacağı ön görülmüştür. MÖHUK m. 34/5'te yer alan kural taraflara haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra hukuk seçimi yapma imkânı getirmiştir. Bu konuyu düzenlerken Kanun Koyucunun, haksız fiilin tesadüfî ve genellikle taraflar arasında daha önceden bir hukukî ilişki olmaması ihtimaline binaen düzenlendiği düşünülebilecektir. Bu nedenle tamamen tesadüfî bir şekilde bir araya gelen tarafların, önceden hukuk seçimi yapmaları mümkün olmaması nedeniyle, haksız fiilin meydana gelişi sonrasında hukuk seçimi yapabilecekleri öngörülmüştür. Ancak, bu şekilde zamansal açıdan sınırlama kanaatimizce uygun değildir. Zira, "*Kanun Koyucu abesle iştigal etmez*" kuralı nedeniyle, Kanun Koyucunun iradesinden hareketle hukuk seçiminin zamansal açıdan sadece haksız fiilin meydana gelmesinden sonra yapılacağı kabul edilmektedir. Ancak tesadüfî olmayan haksız fiil halleri bakımından durum değerlendirildiğinde, tarafların daha önce aralarında var olan bir sözleşmede veya başkaca bir hukukî ilişkide hukuk seçimi veya irade

beyanını ortaya koyan bir seçim var ise o halde bu seçim nazara alınabilecek midir? Kanaatimizce bu durumu engelleyen bir hâl söz konusu değildir. Zira her ne kadar m. 34/5 lafzında hukuk seçiminin zamansal açıdan sadece haksız fiilin meydana gelmesinden sonra yapılacağı kabul edilse de esas olan, hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik olması nedeniyle daha önce var olan bir hukuk seçiminin, meydana gelen haksız fiil ilişkisinde de daha sıkı irtibatlı hukukun varlığı olarak uygulanabileceği kabul edilebilecektir. Ancak, doğrudan taraflar arasındaki geçmişte var olan hukuk seçiminin haksız fiil için de uygulanacağının kararı yine taraflarca haksız fiilin meydana gelmesinden sonra kararlaştırılacaktır. Bu durumun nedeni de belirtildiği üzere, 34/5'te belirtilen zamansal sınırlamadır. Söz konusu sınırlamanın pratik faydasının olmaması nedeniyle düzeltilmesi ve kanun hükmünde yer alan "*haksız fiilin meydana gelmesinden sonra*" ifadesinin kaldırılması gereklidir. Bu durum mevcut düzenlemede zaman yönünde var olan sınırlamanın kaldırılarak, madde hükmünün daha işler hâle getirilmesinde yardımcı olacaktır. Örnek olarak da sportif ve kültürel faaliyetlerin meydana getirilmesi öncesinde yapılan sözleşmeler ile alt yapı tesislerinin kurulmasına yönelik yapılan sözleşmelerde işin nitelik ve mahiyetinden kaynaklanan tehlikeli iş kategorisi kapsamında yer alan işlerde haksız fiil meydana gelmeden, hukuk seçiminin yapılması söz konusu olabilecektir. Yine büyük çaplı inşaat işlerinin yapılmasından kaynaklı olası haksız fiiller de tehlike sorumluluğu kapsamında yer alacağından buna dair uygulanacak olan hukuk da haksız fiilin meydana gelmesinden önce taraflarca seçilebilecektir.

Örnek olarak verilen durumlarda sözleşme ilişkisi nedeniyle sözleşme ve haksız fiil kurallarının yarışacağı bir gerçektir. Hatta, bu durumda hukuk seçiminin sözleşmesel bir ilişki çerçevesinde tanındığı ve konunun haksız fiil meselesinden uzak olduğu varsayımına dayanılabilir. Bu durum kanaatimizce bir sorun yaratmaz. Zira, hâkim her olayın mahiyetini, niteliğini yorumlayarak sonuca ulaşacaktır. Öte yandan, taleple bağlılık ilkesi gereği, davacı taraf talebini haksız fiil ilişkisine dayandırması durumunda, hâkim de durumu bu açıdan değerlendirebilir. Böylece taraflara daha geniş bir uygulama alanı tanınmış olabilir. Uyuşmazlık bir sözleşme ilişkisinden kaynaklansa da niteliği itibariyle haksız fiil meydana gelmiş olması durumunda haksız ve sözleşme ilişkisi yarışacaktır.

KAYNAKÇA

Acun-Mekengeç, Merve (2018), Türk Hukuku'nda Teminat Gösterme Yükümlülüğü, *MHB, C. 38, S. 1-2,* s. 1-33.

Adal, Erhan (1970), *Akit Öncesi Sorumluluk,* İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Adıgüzel, S. (2012), Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, *Adalet Akademisi Dergisi, Y. 3, S. 9,* s, 281-312.

Akçura-Karaman, Tuğba (2008), *Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu*, İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Akkayan-Yıldırım, A. (2012), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İstanbul, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM), C. LXX, S. 1*, s. 203-220.

Akın, Levent (2007), İş Kazalarından Doğan Hukuksal Sorumlulukta Uygun Nedensellik Bağı, *İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu,* Ankara.

Akın, Zeki (1973), Yeşil Kart ve Bununla İlgili Sorunlar, *V. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Trafik Sigortası, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları,* s. 461-474.

Akıncı, Ziya (1992), *Tarafların Yetkili Hukuk Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk,* Ankara.

Akıncı, Ziya/ Demir Gökyayla, Cemile (2010). *Milletlerarası Aile Hukuku*, İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Akyıldız, H. (2008), Tartışılan Boyutlarıyla "*Homo Economıcus*", Isparta, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2008, S. 2, C. 13*, s. 29-40.

Allen David, K./Hartshorne John T./Bartin Robyn M. (2000), *Damages in Tort*, London: Sweet&Maxwell.

Altenkirch Markus (2011), Ch*apter VI- Other Provisions, Art. 23 Rome II, Rome II Regulation Pocket Commentary*, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers.

Altıparmak, A. Kübra (2017), *İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Alter, Robert (2002), Scripture, Commentary, and Challenge of Interpretation, On Interpretation: Studies in Culture, Law, and The Sacred (Edited by A.D Weiner and Leonardo V. Kaplan) Rawen Images, *Vol. 5, Y. 2002,* s. 1-31.

Altenkirch, Markus (2011), *Chapter V- Common Rules, Art. 18 Rome II, Rome II Regulation Pocket Commentary*, (Ed. Peter Huber), Munich: Sellier European Law Publishers, (*Art. 18 Rome II*).

Anton, A.E. (1967), *Private International Law*, Edinburg.

Altop, A. (2008), Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Göre Hakkaniyet Sorumluluğu, *MÜHFD, C. 14, S. 4,* s. 85-97.

Altuğ, Yılmaz (1959), Anglo-Amerikan Âleminin İlk Önemli Devletler Hususî Hukukçusu Joseph Story, *İÜHFM, C. XXIV, S. 1-4*, s. 63-75.

Altuğ Yılmaz (1982), Türk Pozitif Milletlerarası Özel Hukukunda Haksız Fiile Uygulanacak Kanun, *MHB, S. 1.*

Antalya, Osman Gökhan (2008), Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.14, S.4,* s. 63-83.

Antalya, Osman Gökhan (2015), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II,* İstanbul: Legal Yayıncılık.

Anthony Gray (2000), Forum Non Conveniens in Australia: A Comparative Analysis Article in Common Law, *World Review Vol. 38, Num. 3,* s. 207-244.

Arsava, Füsun (2018), AB'den Çıkma – Brexit'in Nedenleri ve Hukuki Çerçeve, *Hukuki, Siyasi Ve İktisadi Yönleriyle Avrupa Bütünleşmesinde Son Gelişmeler ve Türkiye-AB İlişkileri, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma Ve Uygulama Merkezi (ATAUM),* s. 3-27.

Arslan, İlyas (2014), *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Ataman-Fıganmeşe, İnci (2011), Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar, *MHB, Y. 31, S. 1,* s. 91-152.

Atamer, Yeşim M. (1992), *Haksız Fillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuralları*, İstanbul: Beta Yayınevi.

Atamer, Yeşim M. (1996), Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması, *İÜHFM, S. 1-2, C. 5, 1995-1996*, s. 420-442.

Atamer, Kerim (2004), Brüksel Sözleşmesinde ve Ticaret Kanunu Tasarısında Çatma, *İstanbul: Beta Yayıncılık, MHB, Y. 24, S. 1-2*.

Atamer, Yeşim M. (2005), *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, İstanbul: Beta Yayınevi.

Atamer, Yeşim M. (2006), Tüketici Hukukunun Gelişimi, Dünü, Bugünü, Yarını, *Tüketicilerin Korunması Semineri, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ed: Ebru Ceylan*, s. 20-31.

Audit, Bernard (1979), A Continental Lawyer Looks at Contemporary American Choice-of-Law Principles, *27 The American Journal of Comparative Law, S. 4*, s. 589-603.

Aybay, Rona (1988), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Pozitif Hukuku*, Birleşmiş Milletler Topluluğu, Türk Derneği Armağanı, Ankara: Doğan Basımevi.

Aybay, Rona/ Dardağan-Kibar, Esra (2006), *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması*, 2. Baskı, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Aygün, Mesut (2001), ABD Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Akde Uygulanacak Hukuka İlişkin Currie'nin Devlet Menfaatinin Tahlili Teorisi ve En Sıkı İrtibatlı Hukuk, *Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan*, s. 443-460.

Aygün, Mesut (2015), Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, C. 16, Özel Sayı*, s. 1025-1066.

Aygün, Mesut (2016a), ABD Kanunlar İhtilâfı Hukukuna Kuramsal ve Metodolojik Bir Bakış: Çeşitli Teori ve Metotlar, *II. Restatement ve Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX, Y. 2016, S. 2*, s. 129-171.

Aygün, Mesut (2016b), *Milletlerarası Özel Hukukta Nafakaya İlişkin Yeni Sistem*, Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Aygün, Mesut (2016c), Nafaka Yükümlülükleri Konusunda Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ve Söz Konusu Kararların Tanınması ve Tenfizine

İlişkin Konsey Tüzüğü, I. Özkan/ C. Süral/ U. Tütüncübaşı (Editörler), *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 595-618.

Aygün, Mesut/ Altıparmak, A. Kübra (2016d), 650/2012 Sayılı Avrupa Birliği Miras Hukuku Tüzüğünde Mirasa Uygulanacak Hukukun Tespiti, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 143-144,* s. 29-57.

Aygün Mesut/Önal, Ali (2016e), Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukukta Zamanaşımı, *Legal Hukuk Dergisi, C. 14, S. 165,* s. 4907-49.

Azarkan, E. (2003), Bireyin Uluslararası Cezai Sorumluluğu ve Miloseviç Davası, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 3-4, s. 265-287.*

Bach, Ivo (2011), *Scope of Regulation, Rome II Regulation Pocket Commentary*, Ed: Huber, Peter, Munich: European Law Publishers.

Bach Ivo (2011), *Chapter II- Torts/Delicts, Art. 4 Rome II, Rome II Regulation Pocket Commentary,* Ed. Peter Huber Munich: Sellier European Law Publishers.

Bach Ivo (2011), C*hapter IV- Freedom of choice, Art. 14 Rome II, Rome II Regulation Pocket Commentary,* Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers.

Bach Ivo (2011), *Chapter V- Common rules, Art. 15 Rome II, Rome II Regulation Pocket Commentary*, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers.

Baetge Dietmar (2011), *Article 23- Habitual Residence, Calliess Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Ed. Gralf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International.

Bal, S. (2002), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Taraf Ülke Hukuklarındaki Yeri ve Taraf Ülke Hukuklarına Etkisi, *Sayıştay Dergisi, S. 1,* s. 214-235.

Baran Çelik, Neşe (2011), *Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarrfularda Uygulanacak Hukukun Tayini,* Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Başoğlu, Başak (2015), Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku Ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.:6, S. 2,* s. 29-56.

Bayata-Canyaş, Aslı (2011), Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1,* 110–121.

Bayata-Canyaş, Aslı (2012), *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural*, Ankara: Adalet Yayıncılık.

Bayata-Canyaş, F. Aslı (2015), Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Hukuk Seçimi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015*, S. 3, s. 2-24.

Baykal, Sanem/ Göçmen, İlke (2016), *Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Bayraktar-Özçelik, Gülüm (2012), Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması, *AÜHFD, S. 61, C. 2,* s. 505-539.

Behr, Volker (2003), Punitive Damages in American and German Law- Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconciliable Concepts, *Kent L. Rev., C. 78.*

Benjamin Shmueli (2015), Legal Pluralism in Tort Law Theory: Balancing Instrumental Theories and Corrective Justice, *University of Michigan Journal of Law Reform, C. 48, Sa. 3,* s. 745-812.

Bennett, W. T. (1990), Choice of Law Rules in Claims of Unjust Enrichment, *The International and Comparative Law Quarterly (Int. Comp. L. Q.), Vol. 39, No. 1*, s. 136-168.

Bennington, Andrew A. (2005), Tort Law: Statutory Stalemate: Strict Products Liability and Comparative Negligence in South Carolina, *S. C. L. Rev., C. 56.*

Berch Jessica J. (2010), The Need for Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards by the European Union, *Minnesota Journal of International Law, C. 19, S. 1.*

Berki, Osman Fazıl (1966), *Devletler Hususî Hukuku, C. II: Kanun İhtilâfları*, 6. Baskı, Ankara.

Berki, Osman Fazıl (1975), Türk Hukukunda Kanun İhtilaflarının Genel Esasları, *Mahmut Koloğlu'ya 70.Yaş Armağanı,* Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları.

Bernet Martint/Ulmer Nicolas C. (1993), Recognition and Enforcement of Foreign Civil Judgments in Switzerland, *Int'l L., C. 27.*

Bertoli Paolo (2009), *Choice of Law by the Parties in the Rome II Regulation*, Rivista di diritto Internazionale, C. 3.

Bertoli Paolo (2009), Party Autonomy and Choice-Of-Law Methods in the "Rome II" Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, *in II Diritto dell'Unione Europea, pp.* 229-264.

Betsy J. Grey (2011), *Neuroscience and Emotional Harm in Tort Law: Rethinking the American Approach to Free-Standing Emotional Distress Claims*, Oxford University Press.

Bilgiç, Haluk (2004), İnternet Üzerinden İşlenen Yabancı Unsurlu Haksız Fiillerden Doğan Davalarda Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi, *Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Ankara, s. 207-271.

Bilgin, A. Aslı (2014), Avrupa Birliğinden Çekilme Hakkı: Sonun Başlangıcı Mı?, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 3-44*, s. 205-253.

Birinci Uzun, Tuba (2014), Avrupa Birliği'ne Üye Devletler Arasında Mahkeme Kararlarının Serbest Dolaşımı, *TAAD, Yıl:5, Sayı:19 (Ekim 2014),* s. 997-1037.

Black, R. (1993), Delict and Conflict of Laws, *The Juridical Review, C. 13*.

Black, Vaughan (1998), *Crash: The Ontario Court of Appeal Bumps into Tolofson,* Canadian Cases on the Law of Torts.

Blom, Joost (1979), Choice of Law Methods in the Private International Law of Contract (Part II), *The Canadian Yearbook of International Law*, s. 206-246.

Bogdan, M. (2009), The Treatment of Environmental Damage in Regulation Rome II, *The Rome II Regulation on The Law Applicable to Non-Contractual Obligation: A New International Litigation Regime, Ahern, J. / Binchy, W. (eds.), Leiden*.

Boele-Woelki, K./ Lazić, V. (2007), Where Do We Stand on the Rome I Regulation?, *The Future Of European Contract Law, Vol. 19*, s. 21-42.

Briggs, Adrian (1995), Choice of Law in Tort and Delict, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly (L.M.C.L.Q.), Vol. 1,* s. 515-532.

Briggs, Adrian (2014), *The Conflict of Laws*, New York: Oxford Publishing.

Brilmayer, Lea (1995), *Conflict of Laws*, Second Edition, USA: Little, Brown and Company.

Brilmayer, Lea/ Goldsmith, Jack (2002), *Conflict of Laws: Cases and Materials*, Fifth Edition, New York: Aspen Law & Business.

Burri, Thomas (2017), Brexit Addendum: Why the 'Great Repeal Bill' Will Not Be So Great, s. 2, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2966683>, Erişim Tarihi: 10.07.2018.

Büyüksağiş, E. (2007), *Yeni sosyo-ekonomik boyutuyla maddi zarar kavramı*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Can, C. (1982), *Hukuk Sosyolojisi ve Tarih Açısından Resepsiyon* (Basılı Olmayan Doçentlik Tezi), Ankara.

Carruthers, Elizabeth B./ Carruthers, Janeen M. (2014), Connection and Coherence Between and Among European Instruments in the Private International Law of Obligations, *International and Comparative Law Quarterly, Vol. 63,* s. 9. Cambridge Law Review, <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative - law quarterly /article/connection-and-coherence-between-and-among-european-instruments-in-the-private-international-law-of-obligations/6AFDF14F97ACA5A E1C0FA51227A136C2>, Erişim Tarihi: 15.10.2017.

Castel, J-G. (1995), Back to The Future! Is the 'New' Rigid Choice of Law Rule for Interprovincial Torts Constitutionally Mandated?, *Osgoode Hall Law Journal, Vol. 33,* s. 32-60.

Cavers, D. F. (1966), *Procedure for and in the Choise of Law Process,* Ann Arbor.

Cavers, D. F. (1970), Contemporary Conflicts Law in American Perspective, *Rec. des Cours, s. 75-307.*

Cavers, F. David (1972), "Habitual Residence": A Useful Consept?, *The American University Law Review, Vol. 21*. s. 475-490.

Cecilia Fresnedo de Aguirre, Diego Fernandez Arroyo, (1993), A Quick Latin American Look at the Rome II Regulation, *Yearbook of Private International Law, Vol. 9.*

Cheatham, E. E. (1945), American Theories of Conflict of Laws: Their Role and Utility, *Harvard Law Review, s. 361-394.*

Cheatham, E. E./ Goodrıch, H. F./Grıswold, E. N./ Reese, W.L.M. (1957), *Conflict of Laws Cases and Materials and 1961 Supplement, Fourth Edition,* Brooklyn: The Foundation Inc.

Cheshire, G. C. (1979) *Private International Law,* 10. Edition, London.

Cheshire-North, P.M.-Favvcett, J.J. (2008), *Private International Law,* B. ll, London.

Cheshire, North & Fawcett (2008), *Private İnternational Law,* 14th. Ed., Oxford.

Chilenye Nwapi (2013), Tort Choice of Law and International Fundamental Norms: A Case Study of Canada and the United States, *Afe Babalola University: Journal of Sustainable Development Law and Polg Vol. 1 Iss. 1*, p. 54-721.

Chong, Adeline (2008), Choice of Law for Unjust Enrichment/Restitution and the Rome II Regulation, *International and Comparative Law Quarterly, Vol. 57, Issue 4.*

Christa, Roodt (2007), Reflections on Theory, Doctrine and Method in Choice of Law, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 40, No. 1*, s. 76-102.

Clarkson, Christopher M. V./ Hill, Jonathan (2011), *The Conflict of Laws*, Fourth Edition, Oxford: Oxford University Press.

Collier, J. G. (2001), *Conflict of Laws,* Third Edition, London: Cambridge University Press.

Collins, L. (2002), *Comity in Modern Private International Law*, Essays in Honour of Sir Peter North: Reform and Development o Private International Law, (Edited by James Fawcett), New York: Oxford University Press, s. 89-110.

Collins, L. (2006), *Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws*, Fourteenth Edition, London: Sweet & Maxwell.

Collins, L./ Morris/ Dicey (2012), *Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws*, Fourteenth Edition, London: Sweet & Maxwell.

Collison. P.D./ Tatum, F.M. (1972), Most Significant Contracts Method: An Ampirical Analysis, *25 Vanderbilt Law Review,* s. 575-612.

Cook, Walter Wheeler (1949), *The Logical and the Legal Bases of the Conflict of Laws*, Second Edition, California: Harvard University Press.

Consultation on a Preliminary Draft Proposal For a Council Regulation on The Law Applicable to Non-Contractual Obligations Response of The Government of The United Kingdom, <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_ii/contributions/govern_uk_en.pdf>, Erişim Tarihi: 11.10.2017.

Crawford, E. B. /Carruthers, J. M. (2010), Connection and Coherence Between and Among European Instruments in the Private International Law of Obligations, *International and Comparative Law Quarterly, Vol. 63.*

Crawford, E. B./ Carruthers, J. M. (2010), *Private International Law: A Scots Perspective*, Third Edition, London: W Green.

Cristian, Von Bar (2000), The Common European Law of Torts (Vol.1), Oxford Press.

Currie, B. (1963), *Selected Essays on The Conflict of Laws*, Durham, North Carolina.

Currie, B. (1963), Comments on Babcock v. Jackson, C*ol. L. Rev., Vol. 63*, s. 1233-1243.

Currie, David P./ Kay, Herma Hill/ Kramer, Larry/ Roosevelt, Kermit (2006), *Conflict of Laws: Cases-CommentsQuestions*, Seventh Edition, USA: Thomson/West.

Çağa, S. (1973), Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukların Birleştirilmesi, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Seminer Yarışması Yayını,* Ankara.

Çalışkan, Yusuf (2006), Türk tabiiyetinde olan kişiler ile ilgili davalar ışığında Amerikan milletlerarası yargılama hukukundaki bazı temel kavramlar, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2006, S. 62,* s. 62-83

Çalışkan, Zeynep (2008), 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 26. Maddesine göre tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk, *MHB, Y. 8, S. 1-2,* s. 27-51.

Çamlıca, Ferhat (2012), Avrupa Birliği ve Ekonomik Parasal Birlikten Ayrılmanın Lizbon Antlaşması Çerçevesinde Değerlendirilmesi, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt 11, S. 1,* s. 25-40.

Çavuşoğlu, Ayfer (2002) İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk, *MHB, Y. 22, S. 2, 2002*, s. 967-997.

Çelen-Vural, Belkıs (2018), Üçüncü Ülkenin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Haksız Fiiller Alanında Uygulanmasının MÖHUK m. 31 ile Değerlendirilmesi, *Koç Üniversitesi Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık*, s. 205-243.

Çelik, Edip (1984), *Milletlerarası Hukuk*, İstanbul.

Çelikel, Çelikel (1970), Devletler Hususi Hukukunda Bağlama Kaidelerinin Tespitinde Uygulanacak Yeni Bir Metod, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 35, S. 1-4-, s. 231-248.*

Çelikel, Aysel/ Erdem, B. Bahadır (2014), *Milletlerarası Özel Hukuk,* Yenilenmiş 13. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi.

Çörtoğlu-Koca, Sema (2015), Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yer Alan Düzenlemeler Uyarınca Halefiyete Uygulanacak Hukuk, *GÜHFD, C. XIX, S. 2*, s. 53-86.

Dal, K. (1966), *Devletler Hususi Hukuku,* Ankara.

Daniel B. Dobbs (2002), *The Law of Torts,* Minnesota: West Publishing.

Dardağan Kibar, Esra (2000), *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfı*, Ankara: Betik Yayıncılık.

Dardağan-Kibar, Esra (2016), Fikri Haklar Alanında Uygulancak Hukuk Sorunu, *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Sorunlar Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 439-454.

David, Rene (1968), The Methods of Unification, *American Journal of Comparative Law, Vol. 16,* s. 13-27.

David, Rene (1971), The International Unification of Private Law, *Int. Ene. Comp. L. II: The Legal Systems of the World, Their Comparison and Unification Vol. 5*, s. 67 vd.

David G. Owen (2007), The Evolution of Product Liability Law, *Rev. Litig., C. 26, S. 4*, s. 951-978.

Dayınlarlı, Kemal (2006), Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri, *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Ankara: Yetkin, 327-396.

De Nova, Rodolfo (1966), *Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws,* Rec. des Cour, s. 443-622.

De Boer, Th. M. (1987), *Beyond Lex Loci Delicti: Conflicts Methodology and Multistate Torts in American Case Law*, Kluwer, Deventer, XV.

De Boer, T. M. (2007), Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation, *YPIL, 9*, s. 19-29.

Demir-Gökyayla, Cemile (2001), *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Demir-Gökyayla, Cemile (2013), *Milletlararası Özel Hukukta Tek Satıcılık*, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Demircioğlu, Huriye Reyhan (2009), *Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk* (*Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*), Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Demirkol, Berk (2014), *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Dhingra, Swati/ Sampson, Thomas (2017) Life after BREXIT: What are the UK's options outside the European Union?, *London School of Economics and Political Science*.

Diamond, Aubrey L. (1986), Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations, *Receuil des Cours de l'Académie de Droit International, C. 199, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publisher*s.

Dickinson, Andrew (2008), The *Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, London: Oxford Publishing.

Dickinson, Andrew (2016), Back to The Future: The UK's EU Exit and The Conflict of Laws, *Journal of Private International Law, Vol. 12, Is. 2*, 195-210.

Dirk H. Bliesener (1994), Fairness Choice of Law: A Critique of the Political Rights-Based Approach to the Conflict of Laws, *Am. J. Com. L., Vol. 42*.

Donald G. Gıfford/ Chrıstopher J. Robınette (2004), Apportıoning Liability in Maryland Tort Cases: Time to End Contrıbutory Negligence and Joint and Several Liability, *Maryland Law Review, Vol. 73, Num. 3*, s. 701-769.

Doğan, Vahit (1995), Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması, İstanbul: *MHB. Y. 15, S. 1-2,* s. 21-42.

Doğan, Vahit (1996a), Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti, Konya: *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Berki Armağanı*, s. 153-179.

Doğan, Vahit (1996b), *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının Ve Sınırlarının Tespiti*, Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Doğan, Vahit (2015), *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Baskı, Ankara: Savaş Yayıncılık.

Doğangün, Temel (1996), *Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk,* Ankara: Yetkin.

Ehrenzweig, Albert A. (1960), The Lex Fori, Basic Rule in The Conflict of Laws, *Michigan Law Review., Vol. 58,* s. 637-688.

Ehrenzweig, Albert A. (1962), *A Treatise on The Conflict of Laws, St. Paul,* Minn.: West Publishing Com.

Ekşi, Nuray (2006), *Cases and Materials on the EU Private International Law*, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Ekşi, Nuray (2012), *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, İstanbul: Beta Yayınevi.

Ekşi, Nuray (2013), *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Elçin, Doğa (2011), Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), Ata Sakmar'a Armağan Sayısı*, *C. 2011/1,* s. 329-355.

Erdem, B. Bahadır (1999), Fikri Haklarda Ülkesellik Prensibi, MHB *Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan*, İstanbul, s. 39-55.

Erdem, B. Bahadır (2001), *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkından Kaynaklanan Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk,* İstanbul: Beta Yayıncılık.

Erdoğan, İ. (2006), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* Ankara: Gazi Yayınevi.

Eren, Fikret (1975), *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi,* Ankara.

Eren, Fikret (2015), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Ergüne, M. Serkan (2008), *Olumsuz Zarar,* İstanbul: Beta Yayınları.

Erhan, Ç. (1996), Ortaya Çıkışı Ve Uygulanışıyla Marshall Planı, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi, C. 51, S. 1,* S. 275-287.

Erkan, Mustafa (2013), *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, Ankara: Yetkin Yayınları.

Ernest, G. Lorenzen (1947), *Selected Articles on the Conflict of Laws, New Haven,* Yale University Press.

Esen, Emre (2010), Critique of a Turkish Court of Cassation Decision on the Validity of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in an Insurance Agreement,

Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul, vol. XLII, No. 59, Y. 2010, s. 360-401.

Esen, Emre (2012), *Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması,* İstanbul: Beta Yayıncılık.

Esener, Turhan (1954), Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi, *AÜHFD, C. 11, S. 1*., S. 478-512.

Fawcett, J. J./ Carruthers, J. M. (2008), *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, Fourth Edition, New York: Oxford University Press.

Felix, Robert L./ Whitten, Ralph U. (2011), *American Conflicts Law*, Sixth Edition, Durham, North Carolina: Carolina Academic Press.

Ferrari, Franco/ Leible, Stefan (2009), *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Germany: Sellier Publishing.

Fentiman, R. (2009), *Significance of Close Connection, The Rome II Regulation on The Law Applicable to Non-Contractual Obligation: A New International Litigation Regime*, Ed. Ahern, J. / Binchy, W.

François Rigau (2000), Codification of Private International Law: Pros and Cons, *Lou. L. Rev. Vol. 60, Is. 4*, s. 1321-1330.

Friedrich K. Juenger (1982), American and European Conflict Law, *Am. J. Com. L, Vol. 30,* s. 117-133.

Friedrich K. Juenger (1984), Conflict of Laws: A Critique Of Interest Analysis, *Am. J. Com. L. Vol. 32, I. 1*, s. 30-88.

Friederich K Juenger (1993), *Choice of Law And Multistate Justice.*

Friedrich K. Juenger (2000), The Lex Mercatoria and Private International Law, *Lou. L. Rev. Vol. 60, Is. 4*, s. 1133-1150.

Garcimartín Alférez, F. J. (2007), The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code, *The European Legal Forum, Vol. 7 (3),* s. 77-91.

Gary T. Schwartz (1997), Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice, *Tex. L. Rev.,* s. 1801-1804

Gerek, Nüvit (2004)*, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği*, Eskişehir: T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 1569.

Gezder, Ümit (2009), *Türk/İsviçre hukukunda culpa in contrahendo sorumluluğu*, İstanbul: Beta.

Goldberg, John C. P. (2003), Twentieth-Century Tort Theory, *The Georgetown Law Journal*, *C.91*, s.502-535.

Gómez, K. F. (2004), The Law Applicable to Cross-Border Environmental Damage: From the European National Systems to Rome II, *Yearbook of Private International Law* (*YPIL*), *C. 6.*

Gordley J./von Mehren A. T. (2006), *An Introduction to the Comparative Study of Law*, London: Cambridge Press.

Göğer, Erdoğan (1966), Haksız Fiilden Doğan Borçların Tabi Olduğu Kanun, *AÜHFD, C. 22-23, S. 1-4, Y. 1965-1966, s. 451-506.*

Göğer, Erdoğan (1966), Denizde Çatmadan Doğan Kanunlar İhtilafı, *Adalet Dergisi, C. 57*, s. 628-668.

Göğer, Erdoğan (1969), Devletler Hususi Hukuku Yönünden İkametgâh, *AÜHFD, C. XXVI, S. 3-4, s. 237-252*.

Göğer, Erdoğan (1970), *Devletler Hususi Hukukunda Çağdaş Akımlar*, Sevinç Matbaası, Ankara.

Göğer, Erdoğan (1970), Kanunlar İhtilafının Temel İlkeleri, *Oğuzoğlu Armağan, Ankara, s. 225-248.*

Göğer, Erdoğan (1973), *Kanunlar İhtilafı (İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralları),* Ankara.

Göğer, Erdoğan (1977a), Kanunlar İhtilafını Etkileyen Kuramsal Akımlar, *O. Fazıl Berki'ye Armağan, Ankara, s. 397-413.*

Göğer, Erdoğan (1977b), *Devletler Hususi Hukuku- Kanunlar İhtilafı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Graveson, R. H. (1960), *The Conflict of Laws*, Fourth Edition, London: Sweet & Maxwell Limited.

Gray, A. (2009), Reform of Rules of Private International Law in Manitoba: A Comparative Perspective, *Journal of Politics and Law Vol. 2,* s. 1-32.

Graziano, T. Kadner (2009), *Freedom to Choose the Applicable Law in Tort, Article 14 and 4/3 of the Rome II Regulation*, The Rome II Regulation on the Law

Applicable to Non-Contractual Obligations (*Ed. John Ahern and William Binchy*), s.113-132.

Greene, Janey (2007), Inflexibly Inflexible: Why Choice Of Law In Tort Questions Still Won't Go Away, *Monash Universiry Law Rev. Vol. 33, No. 2*, s. 246-263.

Gruber, Urs Peter (2011), *Article 18 Direct Action Against The Insurer of The Person Liable, Calliess Rome Regulations*, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws, *(Ed. Gralf-Peter Calliess)*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International.

Gül, İbrahim (2015), *ABD Hukukunda Medeni Ceza*, Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Gümüş, A. (2012), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt 2*, İkinci Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Güneysu, Gökhan (2012), Askeri Gereklilik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk, *Ankara Barosu Dergisi, Y. 2012, S. 4*. S. 83-108.

Güngör, Gülin (1992), İngiliz Hukukunda Haksız Fiilden Kaynaklanan Kanunlar İhtilafı, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1991-1992/ S. 1-4*, s. 181-200.

Güngör, Gülin (2000), *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması,* Ankara: Yetkin Yayınları.

Güngör, Gülin (2006), *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*, Ankara: Yetkin Yayınları.

Güngör, Gülin (2008), Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku "Düşünsel Temeller", *AÜHFD, C. 52, S. 2*, s. 115-132.

Güngör, Gülin (2017), *Tabiiyet Hukuku,* 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Gürkan, Ülker (1961), *Sosyolojik Hukuk İlmi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları

Gürkan, Ülker (1967), *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Gwynne, Richard (2011), Rome II Regulation, *Business Law International, Vol. 12, Issue 3*, pp. 293-316.

Hamburg Group For Private International Law (2003), Comments On The European Commission's Draft Proposal For A Council Regulation On The Law

Applicable To Non-Contractual Obligation, *RabelsZ, 67,* s. 3-4 ve http://www.mpipriv.de/de/data/pdf/ commentshamburggroup.pdf.

Hancock, M. (1949), *Torts in the Conflict of Law*, Michigan Legal Studies.

Harold G. Maier (1991), Baseball And Chicken Salad: A Realistic Look At Choice of Law, *Vand. L. Rev., Vol. 44*.

Harris, J. (2001) The Brussels Regulation, *Civil Justice Quarterly, Vol. 20, July, 2001*.

Hartley, Trevor C. (2008), Choice of Law for Non-Contractual Liability: Selected Problems under the Rome II Regulation [article] *International and Comparative Law Quarterly, Vol. 57, Issue 4, pp. 899-908.*

Hartley, Trevor C. (2008), The Proposed "Rome I" Regulation: Applicable Law in the Absence of Choice (Article 4), *Vers de Nouveaux Equilibres Entre Ordres Juridiques- Liber Amicorum Héléne Gaudemet- Tallon*, Paris.

Hatemi, Hüseyin (1994), *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre (2012), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm,* 2. Baskı, İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Hay, Peter (1978), Unjust Enrichment in the Conflict of Laws-A Comparison of German Law and the Restatement Second, *American Journal of Comparative Law, Vol. 26, Num. 1,* s. 1-49.

Hay, Peter (2005), *Conflict of Laws (Black Letter Outlines)*, Fifth Edition, St. Paul, Minn.: Thomson/West.

Hay, Peter (2007), Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations in Private International Law (Conflict of Laws) and the European Community's "Rome II" Regulation", *The European Legal Forum, Vol.7, Num. 4,* s. 130-157.

Hill, Jonathan/ Chong, Adeline (2010), *International Commercial Disputes: Commercial Conflict of Laws in English Courts (Fourth Edition)*, Portland: Hart Publishing.

Hohloch, Gerhard, (2007), Place Of Injury, Habitual Residence, Closer Connection And Substantive Scope: *The Basic Principles, Yearbook Of Private International Law, Vol. 9, s. 18.*

Hook, Maria (2014), The Choice of Law Agreement as as Reason for Exercisining Jurisdiction, *International and Comparative Law Quarterly, Vol. 63, October 2014,* pp. 963–975.

Huysal, Burak (2003), Kanunlar İhtilafı Alanında İkametgâh ve Doğurduğu Sorunlar, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fak. Dergesi 2003/2,* s. 173-207.

Huysal, Burak (2005), *Devletler Özel Hukukunda Velâyet*, İstanbul: Legal Yayıncılık.

Illmer, Martin (2009), The New European Private International Law of Product Liability- Steering Through Troubled Waters, *RabelsZ, Vol. 73*.

Illmer, Martin (2009), *Introduction Rome II, Rome II Regulation Pocket Commentary*, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers.

Illmer Martin/Huber, Peter (2009), International Product Liability- A Commentary on Article 5 of the Rome II Regulation, *YPIL, Vol. 9.*

Imhoff-Scheier Anne-Catherine/Patocchi Paolo Michele (1990), *Torts and Unjust Enrichment in the New Swiss Conflict of Laws*, Zürich: Schulthess Polygraphischer.

Ingrim, C. (1995), Choice of Law Clauses: Their Effect on Extraterritorial Analysis-A Scholar's Dream, A Practitioner's Nightmare, *Creighton L. Rev. Is. 663, Vol. 3*, s. 670-691.

International Law, (Edited by James Fawcett) (2002), New York: Oxford University Press, s. 237-253.

İmre, Zahit (1949), *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Hâlleri*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.

İmre, Zahit (1968), *Türk Hususi Hukukuna Göre Tehlikeli Şeylerden Doğan Mesuliyet*, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, Ankara.

İmre, Zahit (1979), Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, C. 45, S.* 1-4, İstanbul, s.402-420.

Jaffey, A.J.E. (1997), Introduction to the Conflict of Laws, London.

Janeen, M. Carruthers/ Elizabeth, B. Crawford (2005), Variations on a Theme of Rome II: Reflections on Proposed Choice of Law Rules for Non-contractual Obligations, *Edinburgh (Edi.) L. Rev. Vol. 65, Is. 9*, s. 232-250.

Jansen, Nils (2010), The Concept of Non-Contractual Obligations: Rethinking the Division of Tort, Unjustified Enrichment, and Contract Law, *Journal of European Tort Law, Vol. 16, Num. 1,* s. 1-33.

Kado, T. (2001), *Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku*, İstanbul: Filiz Yayınları.

Kahn-Freund, Otto (1968), Delictual Liability and the Conflict of Laws, *Rec.des Cours, Vol.* II.

Kahveci, N. (2002), Sorumluluk Hukuku Açısından Zarar Görenin Kusurunun Hukuki Sonuçları, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, *C. 2, S. 3*, s.131-142.

Kaminsky, Clay H. (2010), Rome II Regulation: A Comparative Perspective on Federalizing Choice of Law, The [article] *Tulane Law Review*, Vol. 85, Issue 1, pp. 55-108.

Kaneti, Selim (1980), Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, *Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, 1980 s.29-66.*

Kaneti, Selim (2007), *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru,* İstanbul: Kazancı Yayınları.

Karahasan, Mustafa Reşit (1981), *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku,* Ankara.

Karan, Y. (2013), Haksız Fiil Sorumluluğu ile Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması, İstanbul, *Mustafa Dural'a Armağan,* s. 723-749.

Karayanni, Michael (2003), The Myth and Reality of a Controversy: "Public Factors" and the Forum Non Conveniens Doctrine', *Wisconsin International Law Journal, Vol. 3,* s. 327.

Karadeniz-Çelebican, Özcan (2004), *Roma Hukuku,* 10. Bası, Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Kaplan, Yavuz (2004), *Internet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk,* Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Katia Fach Gómez, (2004), The Law Applicable to Cross-Border Environmental Damage: From the European National Systems to Rome II, *YPIL, C. 6.*

Kavşat, Fatma Candan (2016), Kanunlar İhtilafı Hukukunda Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinde İrade Muhtariyeti Prensibi: MÖHUK ve Roma II Tüzüğü, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*.

Kaya, Ali (1998), İslam Hukukuna Göre Vatandaşlığın Temel Esasları, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 7, C. 7,* s. 339-351.

Kaye, P. (1991), *Private International Law of Tort and Product Liability: Jurisdiction, Applicable Law and Extraterritorial Protective Measures*, Aldershot: Dartmouth Publishing Company Limited

Kayış, Bengül (2012), *Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafı,* Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Kegel, Gerhard (1964), The Crises of Conflict of Laws, *112 Rec. des Cours*, s. 95-263.

Keith H. Beyler (2012), Illinois Venue Reform: Not Tort Reform Rants, *Loyola University Chicago Law Journal (Loy. U. Chi. L.J.*), I. 43, p. 757-832.

Kennedy, P. (1989), *Büyük Güçlerin Yükseliş ve Düşüşleri*, (Çev. Birtane Karanakçı), İstanbul: İş Bankası Yayınları.

Kenneth W. Simons (2011), The Restatement (Thırd) of Torts And Traditional Strict Liability: Robust Rationales, Slender Doctrines, *Wake Forest Law Rev., Vol. 44*, s. 1355-1382.

Kessedjian, C. (2008), Party Autonomy and Characteristic Performance in the Rome Convention and the Rome I Proposal, *Japanese and European Private International Law in Comperative Perspective, Ed. Basedow, J./Baum, H./Nishitani, Y., Tübingen*.

Kılıçoğlu, Ahmet (2011), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi.

Kılıçoğlu, M. (2002), *Sorumluluk Hukuku, Cilt I, Sözleşme Dışı Sorumluluk*, Ankara: Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara.

Kıyak, Emre (2012), Türkiye'de Mutad Meskeni Olmayan Türk Vatandaşları İçin Teminat Gösterme Yükümlülüğü, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S. 1-2, s. 225-251.

Kirk, Jeremy (2003), *Conflicts and Choice of Law Within The Australian Constitutional Context*, *Federal Law Review Volume 31, N. 2*, s. 247-298.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip (1957), Devletler Hususî Hukukunda Tarafların Sükutu Halinde Akidlere Tatbik Edilecek Hukuk, *İÜHFM, C. 2I, S. 1-4*, s. 365-381.

Kocayusufpaşaoğlu, N. (1978), *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, 1. Fasikül*, İstanbul.

Kocayusufpaşaoğlu, N. / Hatemi, H./ Serozan, R./ Arpacı, S. (2006), *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Cilt, 4*. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Koçhisarlıoğlu, C. (2004), Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi, *AÜHFD, C. 53, S. 4*, s. 1-17.

Korkusuz, Refik (2008), Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında Tehlike Sorumluluğu Düzenlemesi, Diyarbakır, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12-13, Y. 2007-2008,* s. 23-44.

Korkusuz, Refik (2009), Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Ankara, 2009, s.147-207.

Koshaker, P./ Ayiter, Kudret (1975), *Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları*.

Kozyris, P. J. (2008), Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides' "*Missed Oppotunity*", *AJCL, Vol. 56, Num. 186,* s. 369- 384.

Köseyener, Ayşe (2003), Akit Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma II Tüzüğü Tasarısında Ürünlerden Doğan Sorumluluk, *Ankara Barosu Dergisi, Y. 2004, S. 1,* s. 149-174.

Krüger, H (1968), Türk Devletler Hususi Hukukunda *Lex Loci Delicti Commissi* Kuralı Üzerine Düşünceler, Çeviri: Giritlioğlu, N. *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 1968, C. 1, S. 2.,* s. 252-264.

Kunda, Ivana (2007), *Internationally Mandatory Rules of a Third Country in the European Contract Conflict of Laws*–The Rome Convention and the Proposed Rome I Regulation, Rijeka.

Kurt, H. Nadelmann (1971), The Benelux Uniform Law on Private International Law, *Am. J. Comp. L. Vol. 18, Is. 40*, pp. 420-425.

Kurt, Siehr (2000), Revolution and Evolution in Conflicts Law, *Louisiana Law Review-Comparative Law and Civil Law: A Tribute to Symeon C. Symeonides, Vol. 60, Num. 4,* s. 1354-1370.

Kuru Baki/ Yılmaz, Ejder/ Arslan, Ramazan (2014), *İcra ve İflas Hukuku Dersleri,* 28. Baskı, Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Küçükyalçın, Arzu (2004), Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, *AÜHFD, Y. 2004, S. 53, C. 4,* s. 100-124.

Küçükyalçın, Arzu (2004), Brüksel I. Tüzüğü'nde Tüketici Akitlerine İlişkin Milletlerarası Yetki Kuralları, *TBB Dergisi, S. 55*, s. 332-359.

Lando, Ole (1976), The Substantive Rules in the Conflict of Laws: Comparative Comments from the Law of Contracts, *Tex. Int'l L.J., Vol: 11*, s.505-526.

Lando, Ole (1982), New American Choice of Law Principles and the European Conflict of Laws of Contracts, *AJCL, Vol. 30*, s. 19-35.

Lando, Ole (1987), The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, *Common Market Law Review, Vol. 24*, s.159-214.

Lando, Ole (2002), *On Some Writers on The Conflict of Laws of Contracts, Essays in Honour of Sir Peter North: Reform and Development on Private International Law*, (Edited by James Fawcett), New York: Oxford University Press, s. 237-253.

Lazar, Leonard (1968), Phillips v. Eyre Revisited, *The Modern Law Review, Vol. 32, No. 6 (Nov., 1969*), s. 638-647 Modern Law Review Stable, <http://www.jstor.org/stable/1093640>, Erişim Tarihi: 20.04.2017.

Leflar, R. (1966a), More on Choice Influencing Considerations, *California Law Review, Vol. 54*, s. 1584-1598.

Leflar, R. (1966b), Choice Influencing Considerations in Conflict Law, *New York University Law Review, Vol. 41*, s. 267-278.

Leflar, R. (1971), The "New" Choice of Law, *The American University Law Review, Vol. 21*, s. 457-474.

Leible, S. (2008), Rechtswahl im IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse nach der Rom II-Verordnung, *Recht der Internationalen Wirtschaft, Heft 5*, s. 257-264, aktaran, Kavşat, 2016, a.g.k., s. 83 vd.

Lein, E. (2008), The New Rome I/ Rome II/ Brussels I Synergy, *Yearbook of Private International Law 10*, s. 179-201.

Little, Laura E. (2013), *Conflict of Laws: Cases, Materials and Problems*, New York: Wolters Kluwer Law & Business.

Lookofsky, J./ Hertz, K. (2009), *EU-PIL European Union Private International Law in Contract and Tort*, Kopenhag.

Lopez Rodriguez, A. M. (2003), The Revision of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations-A Crucial Role within the European Contract Law Project?, *Nordic Journal of International Law Review (Nordic J. Int'l L.), Vol. 72*, s. 345-361.

Lothar W. Baum (1998), *Forum Shopping in Products Liability Actions: A Comparison Between the United States, France and Germany,* LL.M. Theses and Essays, Paper 117, Alexander Campbell King University Law Center, http://digitalcommons.law.uga.edu/stu_llm/117, (Erişim tarihi: 12.02.2017).

Magnus, Ulrich/ Mankowski. Peter (2016), European Commentaries on Private International Law, Ottoschmidt Puslishers.

Mann, F. Alexander (1978), *"Contracts: Effect of Mandatory Rules" in Harmonization of Private International Law by the E.E.C.*, Ed. by. Lipstein, Kurt, London.

Marshall, Donald G. (1992), *Literary In-terpretation, Introduction to Modern Languages and Literatures*, (Edited Joseph Gi-baldi) 2. Edition, New York, s. 159-182.

Maurice Rosenberg (1981), The Comeback of Choice-of-Law Rules, *Columbia Law Rev*. *Vol. 15*.

McGuinness, Gina M. Rome Convention: The Contracting Parties' Choice, The [comments] *San Diego International Law Journal, Vol. 1,* pp. 127-174.

Menekşe, Ayhan (1986), Devlet Menfaatinin Tahlili Metodu, *Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara, s. 501-561*.

Meral, Nevin, (2014), Türk Borçlar Kanunu ve Ole Lando İlkelerinde Sözleşmenin Devri, *İÜHFD, S.1, C. 5,* 327-349.

Meray, S. L. (1985), *Devletler Umumi Hukuku El Kitabı*, İstanbul.

Meray, S. L. (1996), *Devletler Hukukuna Giriş, I. Cilt,* Ankara.

Merhacı, S. Ö. (2012), Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller, *Ankara Barosu Dergisi, Y. 2012, C. 4,* s. 179-2006.

Michael Wilderspin (2008), *The Rome II Regulation: Some Policy Observation*, Netherlands International Privaatrecth.

Michaels, Ralf (2008), The New European Choice-of-Law Revolution, *Tulane Law Review (Tul. L. Rev)* 1607-1644.

Michael D. Green (2011), Symposium, Flying Trampolines and Falling Bookcases: Understanding the Third Restatement of Torts, *William Mitchell Law Review, Vol. 37, Iss. 3, Art. 10*, s.1011-1044.

Michael E. Solimine (1989) An Economic and EmpiricalAnalysis of Choice of Law, *Ge. L. Rev. Vol. 49,* s. 49- 71.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı Sempozyumu (22-24 Kasım 1976, İstanbul.

Mills, A. (2009), *The Application of Multiple Laws under the Rome II Regulation The Rome II Regulation on The Law Applicable to Non- Contractual Obligation: A New International Litigation Regime*, Ed. Ahern, J. / Binchy, W.

Morris, J.H.C. (1950), The Proper Lavv of A Tort, *Harv. L. Rev., C. 64 (1950-1951),* s. 881-885.

Morris, J.H.C-North, P.M. (1984), *Cases and Materials on Private International Law*, London.

Morris, J. H. C./ Mcclean, D./ Abou-Nigm, V. R. (2012), *The Conflict of Laws*, Eighth Edition, London: Sweet & Maxwell.

Morse, C.G. J. (1979), *Torts in Private International Law*, Oxford.

Morse, C.G. J. (1984), Choice of Law in Tort: A Comparative Survey, *Am. J. Com. L., Vol. 32, 1984,* s. 85-110.

Mortensen, Reid (2006), Homing Devices in Choice of Tort Law: Australian, British, and Canadian Approaches, *The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, No. 4,* s. 839-878.

Muir, Watt (2003), Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets: A Matter of Political Economy, *Columbia Journal of European Law Vol. 383*.

Nygh, Peter (1999), Autonomy in International Contracts, Oxford: Clarendon Press.

Nishitani, Yuko (2007), The Rome II Regulation From a Japanese Point of View, *YPIL, Vol. 9*.

Nomer, Ergin (1972), *Davada Yabancı Kanun,* İstanbul: Fakülteler Matbaası.

Nomer, Ergin, (1998), Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu, *Oğuz İmregün'e Armağan*, İstanbul s. 685-730.

Nomer, Ergin (2015), *Devletler Hususî Hukuku*, 21. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi.

Nomer, Haluk (1996), *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi*, İstanbul.

Oğuz, Arzu (2000), Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi, *AÜHFD, C. 49, S.1*, s. 31-65.

Oğuz, H. (2016), Sorumluluk Hukukunda Kusur, *Türkiye Adalet Akademisi Yayınları,* Y. 7, S. 28, s. 272-286.

Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut (2014), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Bası, İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut (2014), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Bası, İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Okay, M. S. (1958), Çatmalarda Kanunlar İhtilâfı, *Ahmet Esat Arsebük'e Armağan, Ankara,* s. 480-495.

Oren Bar-Gill/ Omri Ben-Shahar (2003), The Uneasy Case for Comparative Negligence, *American Law and Economics Review Vol. 5,* s. 434-469.

O'Brien, J. (1999), *Conflict of Laws, Second Edition,* London: Cavendish Publishing Limited.

O'Conell, Jeffrey / Robinette, Christopher J. (1999), The Role of Compensation in Personel Injury Tort Law, A Response to the Opposite Concerns of Gary Schwartz and Partick Atiyah, *Connecticut Law Rev., Y. 1999, C. 32,* s. 142-189.

Otacı, Cengiz, (2010), Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu, *TBB Dergisi, Sayı, 89, Y. 2010,* s. 435-461.

Ökçün, A. Gündüz (1997), *Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, 2. Baskı, Ankara.

Önal, Ali (2016), Türk Hukuku ve AB Hukuku Çerçevesinde Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan, C.3*, s. 2151-2180.

Önal, Ali (2018), Akit Dışı Borç İlişkilerinde İrade Muhtariyeti Prensibi: II. Restatement-Roma II-MÖHUK Uygulaması, *Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferansı Serisi No-8, Milletlerarası Özel Hukuk,* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 273-389.

Özdemir-Kocasakal, Hatice (2001), *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Özdemir-Kocasakal, Hatice (2003), *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Özdemir Kocasakal, Hatice (2010), Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, *MHB, C. 30, S. 1-2,* s. 24-48.

Özel, Çelik (2001), Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* s. 81-106.

Özel, Sibel (1999), Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilâfı Meselesi, *Aysel Çelikel'e Armağan, MHB, C. 19, S. 2, s. 713-731*.

Özel, Sibel (2001), Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçının Sorumluluğu, *Nuri Çelik'e Armağan, Cilt 1, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 874-953*.

Özel, Sibel (2002), Sözleşmesel İlişkide MÖHUK md. 24/2 Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi (Sözleşme), *MHB, C. 22, S. 2, Y. 2002,* s. 577-617.

Özel, Sibel (2004), *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Özel, Sibel (2007), Basın Yolu ile Kişilik Haklarının İhlali Davalarında Yetkili Mahkemenin Tesisinde Ele Alınan Haksız Fiilin İka Yeri Kuralına Avrupa Adalet Divanı Tarafından Getirilen Yorum: Fiona Shevill ve Diğerleri v. Press Alliance SA Davası, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Ergun Önen'e Armağan,* s. 261-281.

Özel, Sibel (2010), Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Haksız Fiiller, *Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Nüsret Semahat Arsel Uluslararası Ticaret ve Uygulama Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi.*

Özel, Sibel (2016), *Sözleşmesel İlişkide Yabancılık Unsuru ve Hukuk Seçimi, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu*, Ed. Bilgin Tiryakioğlu/Mesut Aygün/Ali Önal/Cansu Kaya/A. Kübra Altıparmak, Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Özkan, Ahmet Fatih (2016), "*BREXİT*" Sonrası İngiliz Rekabet Hukukunu Neler Bekliyor? *Rekabet Forumu S. 104,* s. 5-15.

Özkan, Işıl (2003), *Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İş yeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Ankara.

Özkan, Işıl (2016), AB Hukukunun Üye Devletler Özel Hukukuna Etkisi, I. Özkan/ C. Süral/ U. Tütüncübaşı (Editörler), *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku,* s. 1-25, Ankara: Adalet Yayınevi.

Özkan, Zehra (2017), Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması, *AÜHFD, C. 66, S. 1,* s. 157-199.

Öztekin-Gelgel, Günseli (2006), *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki AB Düzenlemesi*, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Öztürk, Berna (2016), Sözleşmenin Devri, *TBB Dergisi, S. 125*, s. 264-296.

Patrick J. Borchers (1992) The Choice-of-Law Revolution: An Empirical Study, *Washington & Lee Law Rev. Vol. 49, Is. 357,* s. 383-384.

Pazarcı, Hüseyin (2014), *Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap*, 12. Bası, Ankara: Turhan Yayıncılık.

Pillet, Antoine, (1950), Kara Avrupası Hukukunda Kanunlar İhtilâfı Nazariyesi (Çeviren: Hicri Fişek), Ankara *Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 1-2,* s. 250-281.

Pitel, Stephen G. A, (2004), *Characterisation of Unjust Enrichment in the Conflict of Laws, Understanding Unjust Enrichmen*t, Ed. Jason W. Neyers/ Mitchell McInnes/ Stephen G. A. Pitel, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, s. 331-358.

Pitel, Stephen G. A, (2009), *Rome II and Choice of Law for Unjust Enrichment, The Rome II Regulation on the Law Applicable to NonContractual Obligations* (Ed. J. Ahern, W. Binchy), Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, s. 231-255.

Pitel, Stephen G.A./ Harper, Jesse R. (2013), Choice of Law For Tort in Canada: Reasons for Change, *Journal of Private International Law, Vol. 9, Nu. 2,* s. 289-308.

Plender, Richard/ Wilderspin, Michael (2009), *The European Private International Law of Obligations*, Ed. 3, Londra: Sweet & Maxwell.

Private International Law (1990)- *Choice of Law in Tort and Delict, The Law Commission (No. 193) and The Scottish Law Commission (No. 129), London (The Law Commission (No. 193) and the Scottish Lavv Commission (No. 129) Report*.

Pryles, Michael Charles (1991), Tort and Related Obligations, *Rec. des Cours, 1991/II, Vol. 227*, s. 9-32.

Rabel, Ernst (1958), *The Conflict of Laws: A Comparative Study* (Volume: I), Second Edition, Ann Arbor: Michigan Legal Studies.

Ravitch, Frank S. (2009) Interpreting Scripture/Interpreting Law, *Michigan State Law Review Vol. 2009*, s. 371-392.

Reed, Allen (2001), The Anglo-American Revolution In Tort Choice of Law Principles: Paradigm Shift Or Pandora's Box?, *Arizona Journal of International and Comparative Law Vol. 18, No. 3*, s. 867-930.

Reed, Allen (2001), The Anglo-American Perspectives of Private International Law, The Edwin Mallen Press.

Reese, Willis L.M., (1963), Conflict of Laws and the Restatement Second, *28 Law and Contemporary Proplems*, s. 679-699.

Reese, Willis L.M. (1964), Discussion of Major Areas of Choice of Law, *Rec. des Cours, Vol. 111*, s. 315-417.

Reese, Willis L.M. (1972), Choice of Law: Rules or Approach?, *Cornell Law Review, Vol. 57*, s.315-334.

Reese, Willis L.M. (1976), General Course on Private International Law, *Recueil des Cours de I'Academie de Droit International de La Haye, Vol. 150*, s. 1-199.

Reese, W.L.M. (1977), Choice of Law in Torts and Contracts and Directions For the Future, *Columbia Journal Transnat'l Law, Vol. 16*, s. 1-44.

Reese, Willis L.M. (1980), American Trends in Private Internatioanl Law: Academic and Judicial Manipulation of Choice of Law Rules in Tort Cases, *Vanderbilt Law Review, Vol. 33*, s. 717-739.

Reimann, M. (1989), The Historical School against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code, *Source: The American Journal of Comparative Law, Vol. 37, No. 1 (Winter, 1989)*, s. 95-119.

Reimann, M. (1999), Savigny's Triumph? Choice of Law in Contracts Cases at the Close of the Twentieth Century, *Virginia Journal of International Law,* (Va. J. İntt L.), s. 571-606.

Reimann, M. (2000), Codifying Torts Conflicts: The 1999 German Legislation in Comparative Perspective, *Louisiana Law Review* (*La. L. Rev.*) *Vol. 30, s. 1291-1315.*

Restatement of the Law Second (1969), *Comflict of Laws, Volume I,* Washington D.C.: ALI.

Reynolds, William L. (1997), Legal Process and Choice of Law, *Maryland Law Review, Volume. 56, Issue 4,* p. 1371-1410.

Richman, William M./ Riley, David (1997), The First Restatement of Conflict of Laws on the Twenty-Fifth Anniversary of Its Successor: Contemporary Practice in Traditional Courts, *Maryland Law Review, Volume. 56, Issue 4,* p. 1196-1231.

Richman, William M./ Reynolds, William (2002), *Understanding Conflict of Laws*, Third Edition, USA: LexisNexis.

Robert A. Sedlar (1972), The Contracts Provision of The Restatement (Second): An Analysis and A Critique, *Colombia Law Rev. Vol. 72,* s. 279-328.

Robert A. Sedlar (1981), Reflections on Conflict of Laws Methodology, *Hasting Law Journal, Vol. 32,* s. 1628-1643.

Robert A. Sedlar (1983), Choice of Law in Michigan: Judicial Method and The Policy-Centered Conflict of Laws, *Wayne Law Rev. Vol. 29,* s. 1193-1983.

Robert A. Sedlar (1997), A Real World Perspective on Choice of Law, *Mercer Law Rev., Vol. 48,* s. 781-821.

Robert A. Sedler (2000), Choice of Law in Conflicts Torts Cases: A Third Restatement or Rules of Choice of Law?, *Indiana Law Journal Vol. 75, Is. 2 Art.15,* s. 615-633.

Robert Pietriche (2015), The Ascendancy of The *Lex Loci Delicti:* The Problematic Role of Theory in Australian Choice of Tort Law Rules, *Melbourne Journal of International Law, Vol. 16,* s. 87-123.

Russell J. Weintraub, (1997), At Least, to Do No Harm" Does the Second Restatement of Conflicts Meet the Hippocratic Standard?, *Maryland Law Review, Volume. 56, Issue 4*, p. 1284-1315.

Russell J. Weintraub (2005), Rome II and the Tension Between Predictability and Flexibility, 19 Riv. dir. int'le priv. e process.

Rühl, G. (2014), The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union, *Journal of Private International Law*, 2014, N. 10.

Sakmar, Ata (1970), Devletler Hususi Hukukunda Kara Trafiği Kazalarından Doğan Akit Dışı Hukuki Sorumluluk Hallerine Uygulanacak Kanunun Tayini Meselesi, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 35, s. 1-4*, s. 301-319.

Sanlı, K. Cem (2007), *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi Hukuk ve Ekonomi Öğretisi,* İstanbul: Arıkan Yayıncılık.

Sargın, Fügen (2002), *Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Turhan Yayıncılık.

Sargın, Fügen (2005), *İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk,* Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Sarıöz, A. İpek (2012), *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Sasse, Christoph (1966), The Common Market: Between International and Municipal Law, *Yale Law Journal, Vol. 75*, s. 695-754.

Saymen, H./ Elbir, H.K. (1958*), Türk Borçlar Hukuku I-II*.

Schmitthoff, Clive M. (1954), *The English Conflict of Laws,* Third Edition, London: Stevens & Sons Limited.

Schwartz, Lan/ Scott, Robert (2006), Precontractual Liability and Preliminary Agreements, *Harv. L. Rev., Vol. 120,* s. 652-671.

Scott, Andrew (2009), "*The Scope of Non-Contractual Obligation", The Rome II Regulation on The Law Applicable to Non-Contractual Obligation: A New International Litigation Regime,* Ed. Ahern, J. / Binchy, W., Leiden: Martinus Nijholf Publishing.

Sebok, Anthony J. (2003), The Fall and Rise of Blame in American Tort Law, *Brooklyn Law Rev., Y.2003, C.68, Sa. 4,* s. 1012-1059.

Seviğ, Muammer Raşit (1941), *Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilâfı Kaidelenin Sentezi*, İstanbul.

Seviğ, Muammer Raşit (1956), Türkiye'de Hangi Hallerde Yabancı Kanun Tatbik Edilir?, *TTA.*

Seviğ, Muammer Raşit/ Seviğ, Vedat Raşit (1962), *Devletler Hususi Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul.

Seviğ, Vedat Raşit (1964), Yabancı Mahkemelerin Yetkisi (Yabancı İlamların Tenfizi ve Tanınması Bakımından), S*abri Şakir Ansay'a Armağan, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 194*: s. 198-238.

Seviğ, Muammer Raşit/ Seviğ, Vedat Raşit (1967), *Devletler Hususi Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul.

Seviğ, Vedat Raşit/ Nomer, Ergin/ Tekinalp, Gülören/ Sakmar, Ata (1976), *Devletler Hususi Hukuku Pratik Çalışmaları,* İstanbul.

Shulman Harry/ James Fleming Jr./ Gray Oscar S. / Gıfford Donald G. (2003), *Cases and Materials on The Law of Torts*, 4th ed., New York.

Sirmen, K. Sedat (2010), Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunda Zarar Sigortaları Kapsamına Gören Milletlerarası Unsurlu Sigorta Akitlerine Uygulanacak Hukuk, *BATİDER, C. XXVI, Sa. 31, Y. 2010*, s. 41-68.

Sirmen, K. Sedat (2016a), *Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini,* Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Sirmen, K. Sedat (2016b), Mirasa İlişkin Meselelerde Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile Mirasa İlişkin Resmi Belgelerin Kabulü ve Avrupa Miras Belgesinin Oluşturulmasına Dair Tüzük, I. Özkan/ C. Süral/ U. Tütüncübaşı (Editörler), *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 456-512.

Smith, Steven D. (1987), The Critics And The "Crisis": A Reassessment of Current Conceptions of Tort Law, *Cornell Law Rev., C. 72,* s. 768-780.

Stapleton, J. (1999), Product Liability in the United Kingdom: The Myths of Reform, *Texas International Law Journal, C. 34*, s. 41-60.

Staudinger, Ansgar (2005), Rome II and Traffic Accidents, *European Legal Forum Vol. 61*.

Stefan Koos (2009), *Rome II and the International Economic Law-Possible effects of the market place rule as Provided in the Amended Proposal of the Rome II Regulation on the Dogmatic Position of the Conflict of Law Rule Concerning Unfair Competition*, s. II-73.

Stefan Leible & Michael Müller (2013), The Idea of a Rome Regulation, *Yearbook of Private International Law, Vol. 12.*

Stewart E. Sterk (1994), The Marginal Relevance of Choice of Law Theory, *University of Pennsylvania. Law Review, Vol. 142, Is. 949*, s. 951-970.

Stone, Peter (2005), The Rome II Proposal on the Law Applicable to Non-contractual Obligations, *European Legal Forum Vol. 4*, (4-2004).

Stone, Peter (2007), The Rome II Regulatıon on Choice of Law in Tort, *Ankara Law Review, Vol. 4, No. 2 (Winter 2007*), pp. 95-130.

Strömholm, S. (1961), *Torts in the Conflict of Laws*, Stochkolm.

Story, Joseph (1834), *Commentaries on The Conflict of Laws: Foreign and Domestic in Regard to Contracts, Rights and Remedies and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions and Judgements*, Boston: Hilliard, Gray and Company.

Süzel, Cüneyt (2008), Çatmadan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk, *MHB, S. 1-2, Y. 28*, s. 173-199.

Süzel Baş, Ece/ Yasan, Candan (2017), Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk, *MÜHFHAD, C. 22, S. 2,* s. 365-396.

Symeonides, Symeon C. (1993), Private International Law Codification in a Mixed Jurisdiction: The Louisiana Experience, *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, Vol. 57. Is. 3,* s. 460-507

Symeonides, Symeon C. (1994), Exception Clauses in American Conflicts Law, *Am. J. Comp. L., Vol. 42*, s. 813-825.

Symeonides, Symeon C. (1997), The Judicial Acceptance of the Second Conflicts Restatement: A Mixed Blessing, *Maryland Law Review, Volume. 56, Issue 4, p. 1249-1279*.

Symeonides, Symeon C. (1998), General Report, Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?, London: Kluwer Law International, s. 3-79.

Symeonides, Symeon C. (2000), The Need for a Third Conflicts Restatement (And a Proposal for Tort Conflicts), *Indiana Law Journal Vol. 75, Is. 2 Art.15,* s. 437 vd.

Symeonides, Symeon C. (2004), Tort Conflicts and Rome II; A View from Across, in Festschrift für Erik Jayme (H-P. Mansel et al eds. 2004).

Symeonides, Symeon C. (2006), *The American Choice of Law Revolution: Past, Present and Future-The Hague Academy of International Law*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

Symeonides, Symeon C. (2008a), *American Private International Law,* The Netherlands: Kluwer Law International.

Symeonides, Symeon C. (2008b), Rome II and The Tort Conflicts: A Missed Opportunity, *AJCL, Vol. 56,* s. 1-46.

Symeonides, Symeon C. (2010), Codifying Choice of Law for Tort Conflicts: The Oregon Experience in Comparative Perspective, *Yearbook Of Private International Law, Vol. 10.*

*S*ymeonides, Symeon c. (2012), *Choice Of Law İn The American Courts İn 2013: Twenty-Seventh Annual Survey American Journal of Comparative Law*, Vol. 60, *1-76.*

Symeonides, Symeon C. (2014), Choice of Law in the American Courts in 2013: Twenty-Seventh Annual Survey, *Am. J. Comp. L., C. 62, 1-106.*

Symeonides, Symeon C. (2015), The Choice-of-Law Revolution Fiftiy Years after Currie: An End and a Beginning, *University of Illinois Law Review, vol. 2015, no. 5, 2015*, p. 1847-1922. HeinOnline.

Symeonides, Symeon C. (2016), Choice of Law in the American Courts in 2015: Twenty-Ninth Annual Survey, *American Journal of Comparative Law, vol. 64, no. 2, Summer 2016,* p. 221-312. HeinOnline.

Symeonides, Symeon C. (2017), Choice of Law in the American Courts in 2016: Thirtieth Annual Survey, *American Journal of Comparative Law, Vol. 65, 1-76.*

Symeonides, Symeon C. (2017), Choice of Law in the American Courts in 2016: Thirtieth Annual Survey. *American Journal of Comparative Law, vol. 65, no. 1, Spring 2017,* p. 1-82. HeinOnline.

Symeonides, Symeon C. (2017), The Third Conflicts Restatement's First Draft on Tort Conflicts. *Tulane Law Review, vol. 92, no. 1, November 2017,* p. 1-52. HeinOnline.

Symeonides, Symeon C. (2018), Choice of Law in the American Courts in 2017: Thirty-First Annual Survey, *American Journal of Comparative Law, vol. 66, no. 1, Spring 2018,* p. 1-88. HeinOnline.

Symeonides, Symeon C. (2019), Choice of Law in the American Courts in 2018: Thirty-Second Annual Survey, *American Journal of Comparative Law, vol. 67, no. 1, 2019,* p. 1-98. HeinOnline.

Şakar, Müjdat (1982) Türk Devletler Hususi Hukukunda Locus Regit Actum Kuralı, *Yargıtay Dergisi*, Y. 1982, C. 4, s. 536-549.

Şanlı, Cemal (1986), Devletler Özel Hukukunda Lahey Konferansı Tarafından Trust"a ve Trust'ın Tanınmasına Uygulanacak Hukuka Dair Konvansiyon Üzerine Bir İnceleme, *MHB, C. I, s*. 24-29.

Tahiroğlu, Bülent (2005a), *Roma Borçlar Hukuku,* İstanbul: Der Yayıncılık.

Tahiroğlu, Bülent (2005b), *Roma Hukuku Dersleri*, İstanbul: Der Yayıncılık.

Tandoğan, Haluk (1957), *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme*, İstanbul: Ankara Hukuk Fakültesi Yayını No:109.

Tandoğan, Haluk (1981), *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara.

Tanrıbilir, Feriha Bilge (2000), *Kanuni Mirasçılıktan Doğan Kanunlar İhtilafı,* Ankara: Gazi Üniversitesi Yayınları.

Tanrıbilir, F. Bilge (2010), Akit-Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu Ürün Sorumluluğu, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, Sa. 2* s. 121-140.

Tarman, Z. Derya (2007), Devletler Özel Hukuku Bakımından İmalatçının Sorumluluğu, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi S. 73, Kasım-Aralık 2007,* s. 25-46.

Tarman, Z. Derya (2009), Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S.2, s. 193-221*.

Tarman, Z. Derya (2009b), Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü, *BATİDER, C. 25, S. 2*, s. 299-332.

Tarman, Z. Derya (2009c), The Law Which is Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations Under Turkish Private International Law, *NIPR, Vol. 27*, s. 11-25.

Tarman, Z. Derya (2010), Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, *Prof. Rona Serozan'a Armağan, C. II*, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, s. 1655-1680.

Tarman, Z. Derya (2011), *Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamdan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk*, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Tekinalp, Gülören (1979), Kişisel Statü-Millî Hukuk-İkametgâh Hukuku-Eğilimler-Düşünceler, *Hıfzı Timur' un Anısına Armağan (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü)*, 889-912.

Tekinalp, Gülören (1980), Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* s. 91-121.

Tekinalp, Gülören (2003), AT Hukukunda Milletlerarası Özel Hukuka Ait Gelişmeler, Hukuk Seçiminin Kısıtlanması ve MÖHUK, *Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul*, s. 1099-1103.

Tekinalp, Gülören (2010), Yeni Kanun Hakkında Temel Açıklamalar, *Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunun Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayımları Dizisi.*

Tekinalp, Gülören / Çavuşoğlu, Ayfer (2016), *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Bası, İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Terzian, Sandra (1966), The Aftermath of Babcock, *California Law Review, Vol. 54, Num. 3,* s. 1298-1315.

Tetley, William (1996), New Development in Private International Law: Tolofson v. Jensen and Gagnon v. Lucas, *The American Journal of Comparative Law, Vol. 44, No. 4 (Autumn)*, s. 647- 668.

Tiftik, M. (2005), *Tehlike Sorumluluğunun Ayırıcı Özellikleri Ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Timur, Hıfzı (1942), Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı, *Hukuk Fakültesi Mecmuasından ayrı bası, Kenan Basımevi ve Klişe Fabrikası*, İstanbul.

Tiryakioğlu (1996), *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk,* Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları.

Tiryakioğlu, Bilgin (1997), *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları.

Tiryakioğlu, Bilgin (2010), Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Haksız Fiiller, *Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Nüsret Semahat Arsel Uluslararası Ticaret ve Uygulama Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi.*

Topaloğlu, Gökçe (2018), Avrupa Birliğinden Ayrılma Hakkı ve Brexit Süreci, *TAAD, Y. 9, S. 34,* s. 341-365.

Topçuoğlu, Ali Aslan (2012), Modern Hukuk ve İslam'da Vatandaşlık Kavramının Hukukî Temeli, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, S. 3,* s. 185-216.

Topuz, T. (2011), *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Turhan, Turgut (1990a), Literatürden Hareketle Haksız Fiilden Kaynaklanan Kanunlar İhtilafı Alanına İlişkin Bazı Gözlemler, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1989-1990/ S. 1-4, s. 181-200.*

Turhan, Turgut (1989), *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı*, Ankara.

Turhan, Turgut (1990b), İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1989-1990/ S. 1-4, s. 119-149*.

Tütüncübaşı, Uğur (2012), Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2*, s. 214-242.

Uluocak, Nihal (1971), *Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları),* İstanbul.

Uluocak, Nihal (2002), Milletlerarası Haksız Fiil İhtilaflarında Fransız İçtihadındaki Yeni Gelişmeler, *MHB, Ergin Nomer'e Armağan, Y. 22, S. 2*.

Uluocak, Nihal (2003), Milletlerarası Haksız Fiiller Konusunda Avrupa Birliğinde Son Gelişmeler ve Birleşik Krallığın Yeni Düzenlemesi, *Ünal Tekinalp'e Armağan,* İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 1119-1130.

Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer (2012) Avrupa Birliği'nde Aile Hukukunu Birleştirme Çalışmaları, *Prof. Dr. Ata Sakmar Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları,* s. 213-241.

Üstündağ, Saim (2004), *İcra Hukukunun Esasları,* 8. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Valdhans, Jiri (2009), The Pitfall of Interpreting Rome II Regulation Consistently with Brussels I Regulation, *Jurisprudencija, Num. 2, Vol. 116,* s. 238-239 (University of Wroclaw, <https://www.mruni.eu/upload/iblock/a90/valdhans.pdf>, Erişim Tarihi: 15.10.2017).

Vandali, Frank J. (2000), A Critique of the Restatement (Third), Apportionment As It Affects Joint and Several Liability, *Emory Law Journal, Vol. 49,* s. 565-622.

Vischer, Fischer (1992), General Course on Private International Law, *Recueil des Cours-Collected Courses of The Hague Academy of International Law (Res. Des. Cours)*, 1992/I.

Vitta, E. (1982), The Impact in Europe of the American Conflict Revolution, *Am. J. Com. L. Vol. 30,* s. 1-18.

Vogeler, A. (2013), Die freie Rechtswahl Im Kollisionsrecht der Außervertraglichen Schuldverhältnisse, Tübingen, s. 70, aktaran, Kavşat, 2009, a.g.k., s. 80.

Von Bar C. (1998), *The Common European Law of Torts Vol. I,* London: Oxford Press.

Von Hein, Jan (2000), Rechtswahlfreitheit im Internationalen Deliktsrecht, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/ The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, Vol. 65, (*RabelsZ), pp. 595-601.

Von Hein, Jan (2009), Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, Vol. 73, Iss.. 3, The Communitarisation of Private International Law (Juli 2009*), pp. 461-508.

Von Mehren, Arthur Taylor (1975), Recent Trends in Choice-Of-Law Methodology, *Cornell Law Review Vol. 60, Is. 6*, s. 927-968.

Von Overbeck, A.E. (1982), *Contracts: The Swiss Draft Statute Compared With the E.E.C. Convention, Contract Conflicts, The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, Amsterdam: (Edt.P.M. North).

Von Tuhr, A. (1983), *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Çev. C. Edege, C.1-2, Ankara.

Xandra E. Kramer (2008), The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued-Introductory Observations, *General Rules Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR), Vol. 4*, pp. 414-424.

Wachter, C.G. (1964), Wachter's Essay on the Collision of Private International Laws of Different States (Çeviri: Nadelmann, K.H.), *AJCL*, s. 425-427.

Walker, Janet (2000), "Are We There Yet?": Towards a New Rule for Choice of Law in Tort, *Osgoode Hall Law Journal Vol. 38, Is. 2*, 331-367.

Wengler (1961), The General principles of Private International Law, *Recueil Law Review, Vol. 104, No. 3*, s. 273-469.

Werner F. Ebke (2002), The *"Real Seat"* Doctrine in the Conflict of Corporate Laws, *American Bar Association The International Lawyer, Vol. 36, No. 3, Foreign Law Year in Review*, pp. 1015-1037. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/40707697>, Erişim Tarihi: 3.10.2017.

White, G. Edward (2003), *Tort Law in America, An Intellectual History*, ABD.

Whincop, Michael J./ Keyes, Mary (2001), *Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws*, Aldershot: Ashgate.

William A. Reppy, Jr. (1982), Eclecticism In Choice of Law: Hybrid Method or Mishmash?, *Mercer L. Rev. Vol. 34.*

William Tetley (1996), New Development in Private International Law: Tolofson v. Jensen and Gagnon v. Lucas, *The American Journal of Comparative Law, Vol. 44, No. 4 (Autumn, 1996)*, pp. 647-668.

Willibald Posch (2004), The Draft Regulation Rome II in 2004: Its Past and Future Perspectives, *YPIL. Vol. 6.*

Wolff, Martin (1950), *Private International Law*, Second Edition, Oxford: The Clarendon Press.

Yağcı, Salim Serdar (2017), Milletlerarası Özel Hukukta Vasıflandırma, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017*, s. 2633-2646.

Yasan, Candan (2015), *İmalatçının Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Yavuz, Cevdet (2008), Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri, *MÜHFD, C. 14, S. 4,* s. 29-61.

Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak (2014), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Yılmaz, Ejder (1992), *Hukuk sözlüğü,* Ankara: Yetkin Yayınları.

Yılmaz, S. (2010), Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler, *AÜHFD, C. 59, S. 3*, Ankara, s.551-578.

Yılmaz, Gizem (2016), Türk Milletlerarası Özel Hukuku ve Roma II Tüzüğü Kapsamında Haksız Fiilden Doğan Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Mukayeseli Olarak İncelenmesi, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı, C. 22, S. 3*, s. 3111-3143.

Yörük, Abdülhak Kemal (1950), *Nazari ve Ameli Devletler Hususi Hukuku,* 2. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Yntema, H. (1953), The Historical Bases of Private International Law, *American Journal of Legal History, V. 2,* s. 297-317.

Yntema, Hessel E., (1956), *The Historical Bases of Private International Law*, Selected Readings Conflict of Laws, St. Paul Minn, s. 30-46.

Zanettin, B. (2002), *Cooperation between Antitrust Agencies at the International Level*, Oregon: Oxford and Portland: Hart Publishing.

Zekoll, J. (1989), The German Products Liability Act, *Am. J. Com. L., C. 37, S. 4, Autumn,* s. 817; Borghetti, a.g.e., s. 19 vd.

Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, K. Emre (2014), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 14. Bası, Ankara: Turhan Yayıncılık.

Zhang, Mo (2006), Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law, *Emory International Law Rev. Vol. 11*, s. 543-544.

Zhang, Mo (2009), Party Autonomy in Non-Contractual Obligations, Rome II and Its Impacts on Choice of Law, *Seton Hall Law Review (Set. L. Rev.), Vol. 39, Issue 3*, pp. 861-918.

AMERİKAN MAHKEME KARARLARI

1. *American Banana Co. v. United Fruit Co., 213 U.S. 347 (1909),* Amerikan Yüksek Mahkemesi İnternet Sitesi, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/213/347/case.html>, Erişim Tarihi: 01.01.2017.
2. *Babcock v Jackson.: Court of Appeals of New York Argued January 23, 1963 Decided May 9, 1963 12, NY2d 473.*
3. *Cipolla v. Shaposka, 47 Pa. D. & C. 2d 176 (1969), Jr. Common Pleas Court of Delaware County, Pennsylvania. April 7, 1969*, Leagle Law Site, <http://www.leagle.com/decision/196922347PaDampC2d176_1187/CIPOLLA%20v.%20SHAPOSKA,%20JR>. Erişim Tarihi: 07.03.2017.
4. *Continental Ore Co. v. Union Carbide Corp., 370 U.S. 690 (1962)*. Kararın tümü için bkz. Amerikan Yüksek Mahkemesi İnternet Sitesi, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/370/690/>, Erişim Tarihi: 01.01.2017.
5. *Greenman v. Yuba Power Products, Inc., 59 Cal. 2d 57, 377 P. 2d 897, 27 Cal. Rptr. 697 (1962).*

6. *Grant v. Mcaulıffe, Supreme Court of California.In Bank.·41 Cal.2d 859 (Cal. 1953)*, Case Law: <https://casetext.com/case/grant-v-mcauliffe>, Erişim Tarihi: 07.03.2017.
7. *George v. Jordan Marsh Co., 268 N.E.2d 915 (Mass. 1971), Supreme Judicial Court of Massachusetts, Middlesex* (Duygusal Zararlar).
8. *Hunter & Derby Foods, U.S. Court of Appeals for the Second Circuit*-110 F.2d 970 (2d Cir. 1940). <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/110/970/1505 380/≥, Erişim Tarihi: 23.02.2017.
9. *James Coleman v. Soccer Association of Columbia.No. 9, Sept. Term, 2012, Decided: July 09, 2013*. (Sorumluluğun dağıtılması). http://caselaw.findlaw.com/md-court-of-appeals/1638145.html
10. *Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, No. 89-1279. *Argued October 3, 1990 — Decided March 4, 1991, Suprime Court of Alabama*.
11. *Schmidt, v. Driscoll Hotel, Inc., d.b.a.,* Supreme Court of Minnesota. April 12, 1957, 249 Minn. 376 (1957) 82 N.W. (2d) 365. Justia US Law, <http://law.justia.com/cases/minnesota/supreme-court/1957/36-973.html>, Erişim Tarihi: 07.03.2017.
12. *Titanic v. Anderson U.S. Supreme Court 233 U.S. 718 (1914)* Case Law, <https://casetext.com/case/the-titanic>, Erişim Tarihi: 07.03.2017.
13. *Travelers Ins. Co. v. Smith, 991 S.W.2d 591 (Ark. Supr. Cour. 1999)* <https://www.courtlistener.com/opinion/1534043/travelers-ins-co-v-smith/>, Erişim Tarihi: 4.12.2017.
14. *United States v. Aluminum Co. of America, (148 F.2d 416 (2d Circ. 1945).*
15. *Whitford v. Panama Raidroad Corp (1861),* Court of Appeals of the State of New York. 23 N.Y. 465 (N.Y. 1861) <https://casetext.com/case/whitford-v-the-panama-railroad-company>, Erişim Tarihi: 4.12.2017
16. *Lillian Clark V. Albert Clark. No. 5475, Supreme Court of New Hampshire, 107 New Hampshire, 351 (1966)* <http://law.justia.com/cases/new-hampshire/supreme-court/1966/5475-0.html>, Erişim Tarihi: 16.03.2017.
17. *WILCOX, Appellant, v. WILCOX and another, Respondents.* No. *26 Wisconsin 2d 617 (1965) Supreme Court of Wisconsin. November 27, 1964,*

<http://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/1965/26-wis-2d-617-6.html>, Erişim Tarihi: 17.03.2017.

18. *Sturiano v. Brooks, 523 So. 2d 1126* (*Fla. 1988),* Karar için bkz. <http://www.leagle.com/decision/19881649523So2d1126_11481/STURIANO%20v.%20BROOKS>, Erişim Tarihi: 17.03.2017.
19. *Pounders / Enserch E & C, Inc,* No. CV–12–0173–PR, Supreme Court of Arizona, Decided: August 21, 2013. Karar metni için bkz. <http://caselaw.findlaw.com/az-supreme-court/1642287.html>, Erişim Tarihi: 18.03.2017.
20. *Sutherland v. Kennington Truck Service, Ltd., Supreme Court of Michigan, 562 N.W.2d 466, 470,* Case Law, <http://caselaw.findlaw.com/mi-supreme-court/1290860.html>, Erişim Tarihi: 11.04.2017.
21. *Kuehn v. Children's Hosp., Los Angeles Suprime Court, 119 F.3d 1296 (7th Cir. 1997). <https://casetext.com/case/kuehn-v-childrens-hospital>,* Erişim Tarihi: 11.04.2017.
22. *Schultz v. Boy Scouts of America, Inc. N.Y. Ct. App., 65 N.Y.2d 189, 480 N.E.2d 679 (1985).* <http://www.casebriefs.com/blog/law/conflicts/conflicts-keyed-to-currie/cho ice-of-law-modern-approaches/schultz-v-boy-scouts-of-america-inc/>, Erişim Tarihi: 15.04.2017.
23. *Dillon v. Dillon No. 20857. Supreme Court of Idaho, Pocatello, September 1994 Term., 886 P.2d 777 (1994) 126 Idaho 472,* <http://www.leagle.com/decision/19941663886P2d777_11661/DILLON%20v.%20DILLON>, Erişim Tarihi: 15.04.2017.
24. *Collins v. Trius, INC. 663 A.2d 570 (1995) Carl K. Collıns et al. v. Trius, INC. Supreme Judicial Court of Maine.* <http://www.leagle.com/decision/19951233663A2d570_11211/COLLINS%20v.%20TRIUS,%20INC.>, Erişim Tarihi: 15.04.2017.
25. *Atson By Kehoe v. Anctil, 979 F. Supp. 1031 (D. Vt. 1997) U.S. District Court for the District of Vermont-979 F. Supp. 1031 (D. Vt. 1997) October 1, 1997. <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/979/1031/1447266/>,* Erişim Tarihi: 15.04.2017.

26. *Cıpolla Et Al. v. Shaposka, Supreme Court of Pennsylvania, 439 Pa. 563 (Pa. 1970)* <*https://casetext.com/case/cipolla-et-al-v-shaposka*>, Erişim Tarihi: 15.04.2017.
27. *Adam v. J.B. Hunt Transp., Inc., 130 F.3d 219 (6th Cir. 1997),* <http://caselaw.findlaw.com/us-6th-circuit/1075413.html>, Erişim tarihi: 17.04.2017.
28. *Kennedy v. Dixon, Supreme Court of Missouri, En Banc., 439 S.W.2d 173 (1969) [Lillian KENNEDY, (Plaintiff) Respondent, v. Paul E. DIXON, Administrator of the Estate of Mary Towey, Deceased, (Defendant) Appellant.No. 52970.],* Justia Law Cases, <http://law.justia.com/cases/missouri/supreme-court/1969/52970-0.html>, Erişim Tarihi: 1.6.2017.
29. *Access Telecom, Inc., Plaintiff-Appellant, v. Mci Telecommunications Corporation; MCI International, Inc.; SBC Communications, Inc.; SBC International, Inc.; SBC International Latin America; Telefonos De Mexico, Defendants-Appellees, United States Court of Appeals, Fifth Circuit, No. 98-50881,* <http://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1082113.html>, Erişim Tarihi: 01.06.2017.
30. *MH Segan Ltd. Partnership v. Hasbro, Inc., 924 F. Supp. 512 (S.D.N.Y. 1996)U.S. District Court for the Southern District of New York-924 F. Supp. 512 (S.D.N.Y. 1996) May 2, 1996,* <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/924/512/1472 033/>, Erişim Tarihi: 01.06.2017.
31. *M. Capens Co. v. American Trading & Production, 892 F. Supp. 36 (D.P.R. 1995), U.S. District Court for the District of Puerto Rico-892 F. Supp. 36 (D.P.R. 1995) June 16, 1995,* <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/892/36/229 5010/>, Erişim Tarihi: 01.06.2017.
32. *Bertram v. Norden, Court of Appeals of Ohio, Third District, Defiance County, Bertram, Appellant, v. Norden, Appellee, et al. No. 4-04-0*9, *D. 15.11.2004.* Case Law, <http://caselaw.findlaw.com/oh-court-of-appeals/1259515.html> Erişim Tarihi: 7.9.2017.
33. *Spinozza v. Sheraton, United States Court of Appeals, Seventh Circuit, Thomas SPINOZZI and Linda Spinozzi, Plaintiffs-Appellants, v. ITT SHERATON CORPORATION, et al., Defendants-Appellees, No. 97-4076, Decided: April*

01, 1999. Case Law, <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1068977.html>, Erişim Tarihi: 7.9.2017.

34. *P.V. v. Camp Jaycee Superior Court of New Jersey, Appellate Division, 393 N.J. Super. 19 (N.J. Super. App. Div. 2007)*, Justia Law Document, <http://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/2008/a-31-07-doc.html>, Erişim Tarihi: 11.09.2017.
35. *Jacob Townsend et al., Appellees, v. Sears, Roebuck And Company, Appellant, Supreme Court of Illinois, No. 103858, Decided: November 29, 2007*. Case Law, <http://caselaw.findlaw.com/il-supreme-court/1484463.html>, Erişim Tarihi: 11.9.2017.
36. *Carole FOSTER, Administratrix of the Estate of Helen Louise Stringer, Deceased, Appellant v. John I. LEGGETT, Court of Appeals of Kentucky, June 9, 1972, Harward Law Review,* <https://h2o.law.harvard.edu/collages/4019*>, Erişim Tarihi: 14.09.2017.*
37. *Rhoda Dym, Appellant, et al., Plaintiff, v. Morris Gordon, Respondent, Court of Appeals of the State of New York. 16 N.Y.2d 120 (1965), Argued March 11, 1965, Decided July 9, 1965.* <https://www.leagle.com/decision/196513616ny2d1201123>, Erişim Tarihi: 14.09.2017.
38. *Hubbard Manufacturıng Co., Inc., Appellant (Defendant below), v. Elizabeth Greeson, As Administratrix of the Estate of Donald F. Greeson, Deceased, Appellee (Plaintiff below). Supreme Court of Indian, 515 N.E.2d 1071 (1987). No. 68S01-8712-CV-1109.* Justia Law Case, <http://law.justia.com/cases/indiana/supreme-court/1987/68s01-8712-cv-1109-2.html>, Erişim Tarihi: 20.09.2017.
39. *Young v. Masci, United States Supreme Court, (1933) No. 643 Argued: March 24, 1933 Decided: April 24, 1933.* Case Law, <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/289/253.html>, Erişim Tarihi: 20.09.2017.
40. *Supreme Court of New Jersey Ginsberg v. Quest Diagnostics, Incorporated (A-33/34/53-15), (076288), Argued September 13, 2016 -- Decided October 26, 2016. Justia Law Case:* <http://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/2016/a-33-34.html>, Erişim Tarihi: 21.09.2017.

41. *Schultz v. Boy Scouts of Am., 65 N.Y.2d 189, 480 N.E.2d 679, 491 N.Y.S.2d 90, 1985 N.Y. LEXIS 14675 (N.Y. Apr. 30, 1985).* Case Briefs, <https://www.casebriefs.com/blog/law/conflicts/conflicts-keyed-to-currie/choice-of-law-modern-approaches/schultz-v-boy-scouts-of-america-inc/>, Erişim Tarihi: 20.09.2017.
42. *Edwards v. Erie Coach Lines Company, Court of Appeals of New York 952 N.E.2d 1033 (N.Y. 2011). Quimbee Law,* <https://www.quimbee.com/cases/edwards-v-erie-coach-lines-company>, Erişim Tarihi: 20.09.2017.
43. *K. Mart Corp. v. Cartier, Inc., U.S. Supreme Court, 485 U.S. 176 (1988) K Mart Corp. v. Cartier, Inc. No. 86-495* Argued October 6, 1987. *Justia Law Case:* <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/485/176/>, Erişim Tarihi: 20.09.2017.
44. *Palmisano v. News Syndicate Co., 130 F. Supp. 17 (S.D.N.Y. 1955) U.S. District Court for the Southern District of New York-130 F. Supp. 17* (S.D.N.Y. 1955) April 18, 1955. *Justia Law Case:* <https://law.justia.com/cases /federal/districtcourts/FSupp/130/17/1380935/>, Erişim Tarihi: 20.09.2017.
45. Supreme Court of Pennsylvania, *Mike v. Lian,* 185 A. 775 (Pa. 1936). Case Law, <https://www.courtlistener.com/opinion/4090978/mike-v-lian/?>, Erişim Tarihi: 7.9.2017.
46. *United States District Court, D. Kansas, Second DivisionAug 1, 1949 85 F. Supp. 182 (D. Kan. 1949), La Prelle v. Cessna Aircraft Co*. Case Law, <https://casetext.com/case/la-prelle-v-cessna-aircraft-co>, Erişim Tarihi: 7.9.2017.
47. *Arap Monetary Fund v. Hashim, Court of Appeals of Arizona, Division 1, Department E. Arab Monetary Fund, Plaintiff/Appellee, v. Jafar Hashim and Maryam Hashim, husband and wife, Defendants/Appellants. No. 1 CA-CV 07-0550*. Decided: August 12, 2008. Findlaw, <http://caselaw. findlaw.com/az-court-of-appeals/1238184.html>, Erişim Tarihi: 19.11.2017.
48. Texas Court of Appeals, Third Dıstrıct At Austin, *Texas Mutual Insurance Company, Appellantv.Hofer Builders, Inc. and Hartford Underwriters Insurance Company, Appellees,* NO. 03-17-00741-CV,

<https://law.justia.com/cases/federal/district courts/FSupp/130/17/1380935/>, Erişim Tarihi: 20.09.2019.

49. Unıted States Court Of Appeals For The Tenth Circuit, *Lopez - Stanley Black & Decker, No. 18-2055 (10th Cir. 2019),* <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca10/18-2055/18-2055-2019-02-27.html>, Erişim Tarihi: 20.09.2020.
50. In The Supreme Court Of California Hairu Chen et al., *Plaintiffs and Appellants, v. Los Angeles Truck Centers, LLC, Defendant and Respondent.* NO. BC469935 July 22, 2019, Stanford Uni. <https://scocal.stanford.edu/opinion/chen-v-los-angeles-truck-centers-llc-34637>, Erişim Tarihi: 20.07.2020.
51.]in The Court Of Appeals Of Ohio Tenth Appellate District, *Cite as Estate of Sample v. Xenos Christian Fellowship, Inc., 2019-Ohio-5439.* <https://law.justia.com/cases/federal/districtcourts/FSupp/130/17/1380935/> , Erişim Tarihi: 20.07.2020.
52. Commonwealth Court Of Pennsylvanıa, *Silbaugh v. Workers' Comp. Appeal Bd. (Penn Line Corp.),* No. 57 C.D. 2019 (Pa. Cmmw. Ct. Nov. 25, 2019), Erişim Tarihi: 10.10.2020.
53. Court of Appeals of The State of Washıngton Division, *Hoffman v. Ketchikan Pulp Co. No. 51162-2-II (Wash. Ct. App. Aug. 20, 2019),* <https://casetext.com/case/hoffman-v-ketchikan-pulp-co>, Erişim Tarihi: 10.10.2020.
54. Supreme Court of Mississippi Decisions, 2019, *Hinton v. Sportsman's Guide, Inc. IN 2018-CA-00043-*<https://law.justia.com/cases/mississippi/supreme-court/2019/2018-ca-00043-sct.html>, Erişim Tarihi: 20.07.2020.
55. Eighth Circuit, *Hale v. Emerson Electric Co., Hale v. Emerson Electric Co., No. 18-1585 (8th Cir. 2019),* <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca8/18-1585/18-1585-2019-11-01.html>, Erişim Tarihi: 20.07.2020.

AVUSTURALYA MAHKEMESİ KARARLARI

1. *High Court of Australia, John Pfeiffer Pty Limited v Rogerson [2000] HCA 36 203 CLR 503; 74 ALJR 1109; 172 ALR 625 21 Jun 2000,* <http://eresources.hcourt.gov.au/showCase/2000/HCA/36>, Erişim Tarihi: 17.04.2017.
2. *Court of Australia, Regie Nationale des Usines Renault SA v Zhang [2002] HCA 10 210 CLR 491; 76 ALJR 551; 187 ALR 1 14 Mar 2002 Case Number: S9/2001,* <http://eresources.hcourt.gov.au/showCase/2002/HCA/10>, Erişim Tarihi: 17.04.2017.
3. Case Note (2002), Regie National Des Usines Renault Sa. v. Zhang, Choice of Law In Torts and Another Farewell to Phillips v. Eyre But The Voth Test Retained For Forum Non Conveniens In Australia, *Melbourne Journal of International Law, Vol 3.* <http://www.austlii.edu.au/au/journals/ MelbJIL/2002/16.pdf>, Erişim Tarihi: 17.04.2017.
4. *High Court of Australia, JJ. Breavington v. Godleman and Others (1988) 169 CLR 41 18 August 1988,* <https://jade.io/article/67443>, Erişim Tarihi: 17.04.2017.

KANADA MAHKEMELERİ KARARI

1. Manitoba Law Reform Commission, <http://www.manitobalawreform.ca/>, Erişim Tarihi: 19.04.2017.
2. *Court of Appeal for British Columbia Tolofson v. Jensen, 1992 CanLII 931 (BC CA),* <https://www.canlii.org/en/bc/bcca/doc/1992/1992canlii931/1992canlii931. html>, Erişim Tarihi. 19.04.2017.
3. *Judgments of the Supreme Court of Canada Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon, [1994] 3 S.C.R. 1022,* <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scccsc/en/item/1209/index. do>, Erişim Tarihi. 19.04.2017.
4. *Supreme Court Of Canada Citation: Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp., 2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636,* Case Law, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8005/index.do>, Erişim Tarihi. 19.04.2017.

5. Suprime Court of Canada *Morguard Investments Ltd v De Savoye* [1990] 3 SCR 1077. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/700/index.do>, Erişim Tarihi. 19.04.2017.

İNGİLTERE YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARI

1. *Court of Common Pleas, Phillips v Eyre (1870) LR 6 QB 1.*

2. *Boys v. Chaplin, HL ([1971] AC 356, [1969] 3 WLR 322, [1969] 2 All ER 1085),* <http://swarb.co.uk/boys-v-chaplin-ca-1968/>, Erişim Tarihi: 11.04.2017.

3. *Kroch v. Rossell, [1937] 1 All ER 725*, <http://swarb.co.uk/kroch-v-rossell-ca-1937/>, Erişim Tarihi: 26.10.2017.

4. *Szalatnay-Stacho v Fink" [1947] ResJud 26; (1946-1947) 3 Res Judicate 100,* Karar Metni için bkz. <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/Res Jud/1947/26.html> Erişim Tarihi: 26.10.2017.

AVRUPA ADALET DİVANI KARARLARI

1. *Kalfelis v Schröder:* C-*189/87 Kalfelis v Schröder Münchmeyer, Hengst and Co. and others, ECRI 1988- 05565,* Curia Europe, <http://curia.europa.eu/juris/liste. jsf?language=en&jur=C,T,F&num=189/87&td=ALL>, Erişim Tarihi: 15.10.2017.
2. *Frahuil SA v Assitalia SpA., C-265-02 Frahuil SA v Assitalia SpA [2004] ECR-I 01543]*, Eur. Lex., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri= CELEX%3A62002 CJ0265>, Erişim Tarihi: 15.10.2017.
3. *Dumez France and Tracoba v Hessische Landesbank (Helaba) and Others,* Case C-220/88, 11.01.1990. Lex Euro, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri =CELEX:61988 CJ0220>, Erişim Tarihi: 26.10.2017.
4. *Arret Marinari c. Lloyds Bank, affaire C-364/93, 19.09.1995*. Curia Law, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d5a0b3d6457 3e6442c8ff0bcaa73ca4297.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaNaTe0?text=&do cid=99280&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1 &cid=1578004>, Erişim Tarihi: 26.10.2017.

5. *GmbH & Co. KG c. Eurocontrol, C.* 29/76, 14.10.1976, Eurolex, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976J0029:FR:HTML.>, Erişim Tarihi: 15.10.2017.
6. *Patrick Grehan v. Medical Incorporated and Valley Pines Associates* (1986) I.L.r.M. 627, Irlanda Yüksek Mahkemesi.
7. C-334/00 Fonderie Officine Meccaniche *Tacconi SpA v Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH* (HWS) ECR-I 7357. Curia, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d692ca809588ab4efa43185c5a9949647.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMc3r0?text=&docid=47666&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2041788>, Erişim Tarihi: 15.11.2017.
8. *Dubai Electricity Co. and Others v. Islamic Republic of Iran Shipping Lines* (The "Iran Vojdan") [1984] 2 Lloyd's Rep. 380. I-Law, <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=148504>, Erişim Tarihi: 17.11.2017.
9. *OT Africa Line Ltd v Magic Sportswear Corporation* DMC/SandT/05/45 and Others English Court of Appeal: Laws, Rix and Longmore LJJ.: [2005] EWCA Civ 710: 13 June 2005. <http://archive.onlinedmc.co.uk/ot_africa_line_v__magic_sportswear. htm>, Erişim Tarihi: Erişim Tarihi: 17.11.2017.
10. *Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils Sarl v. Bernard Leloup, Serge Leloup C-369/96, C-376/96, Sofrage Sarl [1999] ECR-I 08453*. Curia, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d0f130de2bf631c0e4b3462ab05086bf331f76b9.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pb38Se0?text=&docid=44859&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=351694>, Erişim Tarihi: 9.4.2018.
11. *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc.* C-381/98, [2000] ECR- I-09305. Eur Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0 381>, Erişim tarihi: 19.12.2018.
12. Statement of the Council's Reasons, Common Position adopted by the Council on 25 September 2006 with a view to the adoption of a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations, 2003/0168 (COD), s. 4, p. 7. Europarl,

<http://www.europarl.europa.eu/common positions/2006/pdf/ c6-0317-06_en.pdf>, Erişim Tarihi: 19.12.2018.

13. Proposal for a Regulation of The European Parliament and The Council On The Law Applicable To Non-Contractual Obligatıons, Rome II, COM/2003/0427 final, s. 24-25. Euro Lex, <https://eurolex.europa.eu/LexUriServ/ LexUriServ.do?uri=COM:2003:0427:FIN:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 19.12.2018.
14. *Republik Griechenland v Grigorios Nikiforidis*, C-135/15; ECLI:EU:C:2016:774, p. 54. Euro Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=ecli %3AECLI %3AEU% 3AC%3A2016%3A774>, Erişim Tarihi: 19.12.2018.
15. *Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils Sarl v. Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage Sarl C-369/96, C-376/96 [1999] ECR-I 08453.* Euro Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:61996CC0369>, Erişim Tarihi: 19.12.2018.
16. *Société Nouvelle des Papeteries de l'Aa v Machinefabriek BOA,* 25.91992, NJ (1992) No 750, RvdW (1992) No 207. Euro Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62008CC0133>, Erişim Tarihi: 25.12.2018.
17. Ennstone Building Products Ltd v Stanger Ltd (2002) EWCA Civ 916, Opthalmic Innovations Internatioal (United Kingdom) Ltd v Opthalmic Innovations International Inc (2004) EWHC 2948. Case Mine, <https://www.casemine.com/ judgement/uk/5a8ff8 6060d03e7f57ebef1f>, Erişim Tarihi: 25.12.2018.
18. *Deo Antoine Homawoo v GMF Assurances SA. Case C-412/10. European Court Reports 2011 -00000 ECLI identifier: ECLI:EU:C:2011:747*. Euro Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62010CJ0412>, Erişim Tarihi: 25.12.2018.
19. *Judgment of the Court of 30 November 1976. Handelskwekerij G. J. Bier BV v Mines de potasse d'Alsace SA. European Court Reports 1976 -01735 ECLI identifier*: ECLI: EU: C: 1976: 166 Eurolex, <https://eur-lex.europa. eu/legal-content/EN/TXT/?uri= CELEX%3A61976CJ0021>, Erişim Tarihi: 10.6.2019.
20.

YARGITAY KARARLARI

1. Yargıtay HGK., T. 01.10.2011, E. 2001/6-653, K. 2001/672. (Ahlaka aykırılığın tazmin edilmesi hakkında)
2. Yargıtay HGK., E. 2014/77, K. 2015/1712, T. 19.06.2015 (Kusurun tanımı hakkında)
3. Yargıtay HGK., E. 2013/21-2215 K. 2015/1487 T. 5.6.2015 (Manevi Tazminatın amacı hakkında)
4. Yargıtay HGK., E. 2014/21-818 K. 2016/764 T. 8.6.2016 (Manevi Tazminatın amacı hakkında)
5. Yargıtay 4. HD. E. 1958/3355, K. 1958/2984, T. 5.5.1958 (Haksız fiillerin niteliği hakkında)
6. Yargıtay 4. HD. E. 9779, K. 13899, T. 12.12.1979 (Haksız fiillerin tazmini hakkında)
7. Yargıtay 4. HD. E. 1997/8707, K. 1998/444, T. 16.2.1998 (İlliyet bağı teorisi hakkında)
8. Yargıtay 17. HD. E. 2014/9119, K. 2016/8517, T. 04.10.2016 (Manevi Tazminatın amacı hakkında)
9. Yargıtay 21. HD. E. 2016/6801, K. 2016/10188, T. 20.6.2016 (Manevi Tazminatın amacı hakkında)
10. Yargıtay 21. HD. E. 2015/14949 K. 2016/10363 T. 21.6.2016 (Manevi Tazminatın amacı hakkında)
11. Yargıtay HGK, E: 2000/ 2- 1051, K: 2000/ 1068, 21.06.2000. (Milletlerarası Kamu Düzeni)
12. Yargıtay 4. HD. T. 13.6.1989, E. 4164, K. 5352. (Haksız Fiil Tanımı Hakkında)
13. Yargıtay 4. HD. T. 13.2.1976, E. 1117, K. 1477. (Haksız Fiil İka Yeri Hakkında)
14. HGK, E. 2014/703, K. 2016/497, T. 06.04.2016. (Uygulanacak hukukun kapsamı hakkında)
15. HGK E. 2014/17-28, K. 2015/1745, T. 24.06.2015. (Uygulanacak hukukun kapsamı hakkında)
16. Yargıtay 11. HD., E. 2004/5829 K. 2005/2562 T. 21.03.2005. (İka yeri hukukunun uygulanması hakkında)
17. Yargıtay 11. HD., E. 2009/5134 K. 2010/11350 T. 08.11.2010. (Yabancı hukukun tespiti hakkında)

18. Yargıtay 11. HD., E. 2013/2087 K. 2013/6370 T. 29.03.2013. (MÖHUK m. 34/1 uygulanması hakkında)
19. Yargıtay 11. HD., E. 2013/196 K. 2013/6364 T. 29.03.2013. (MÖHUK m. 34/1 uygulanması hakkında)
20. Yargıtay 11. HD., E. 2013/10351, K. 2014/48, T. 6.1.2014. (MÖHUK m. 34/1 uygulanması hakkında)
21. Yargıtay 11. HD., E. 2015/7246 K. 2016/1658 T. 17.2.2016. (MÖHUK m. 34/1 uygulanması hakkında)
22. Yargıtay HGK., E. 2013/102 K. 2013/1456 T. 9.10.2013. (İş kazasından kaynaklanan haksız fiiller)
23. Yargıtay HGK., E. 2013/586, K. 2014/95, T. 12.2.2014. (İş kazasından kaynaklanan haksız fiiller)
24. Yargıtay HGK E. 1991/40, K. 1991/127, T. 13.3.1991. (Daha önceki hukuki ilişkinin daha sonraki hukuki ilişkiye uygulanması hakkında)
25. Yargıtay HGK E. 1979/11-1775, K. 1981/563, T. 3.7.1981. (Daha önceki hukuki ilişkinin daha sonraki hukuki ilişkiye uygulanması hakkında)
26. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi E. 2019/601, K. 2019/498, T. 03.04.2019. (MÖHUK m. 34/1 uygulanması hakkında)
27. Yargıtay HGK E. 1991/40, K. 1991/127, T. 13.3.1991. (MÖHUK m. 34/1 uygulanması hakkında)
28. Yargıtay 11. HD., E. 2004/5829 K. 2005/2562 T. 21.03.2005. (MÖHUK m. 34/1 uygulanması hakkında)
29. Yargıtay 12. HD. E. 2004/5408, K. 2004/9048, T. 13.4.2004. (Yabancıların teminat yatırmaları hakkında)
30. Yargıtay 4. HD. E. 1985/2461, K. 1985/2708, T. 25.3.1985. (Yabancıların teminat yatırmaları hakkında)
31. Yargıtay 12. HD, E. 2012/16820, K. 2012/23886, T. 09.07.2012. (Yabancıların teminat yatırmaları hakkında).
32. Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi E. 2017/511, K. 2017/734, T. 26.10.2017. (Yabancı hukukun uygulanmaması hakkında)
33. Yargıtay 17. HD, E. 2009/4357, K. 2010/5732, T. 21.06.2010. (Uygulanacak hukukun kapsamı hakkında)

34. Yargıtay 11. HD. E. 2005/ 13470, K. 2007 / 1321, T. 05.02.2007. (Mülga MÖHUK m. 25/1 uygulanması hakkında)
35. Yargıtay 19. HD. E. 1995/2452, K. 1995/9769, T. 16.11.1995. (Yabancı hukukun uygulanmaması hakkında)
36. Yargıtay 10. HD. E. 1994/2751, K. 1997/5439, T. 10.7.1997. (Daha sıkı irtibatlı hukukun gözetilmemesi hakkında)
37. Yargıtay 17. HD. E. 2004/8861, K. 2004/10987, T. 18.10.2004. (Haksız fiillerde yabancı para birimi üzerinden karar verilemeyeceği hakkında)
38. Yargıtay 11. HD. E. 2013/2087 K. 2013/6370, T. 10.5.2013. (Uygulanacak hukukun kapsamı hakkında)
39. Yargıtay 4. HD., E. 2019/2934 K. 2020/236 T. 23.1.2020. (Uygulanacak hukukun kapsamı hakkında)
40. Yargıtay 11. HD. E. 2020/252, K. 2020/1572, T. 9.4.2020. (Uygulanacak hukukun kapsamı hakkında)
41. Yargıtay 11. HD. E. 2013/2086 K. 2013/19491, T. 4.12.2013. (Uygulanacak hukukun kapsamı hakkında)
42. Yargıtay 11. HD. E. 2014/35 K. 2014/2117, T. 14.2.2014. (Uygulanacak hukukun kapsamı hakkında)
43. Yargıtay 11. HD. E. 2013/196, K. 2013/6364, T. 2.5.2013. (Uygulanacak hukukun kapsamı hakkında)
44. Yargıtay 11. HD. E. 2013/193 K. 2013/6363, T. 15.5.2013. (Uygulanacak hukukun kapsamı hakkında)
45. Yargıtay 11. HD. E. 2012/12421 K. 2013/11191, T.25.6.2013. (Uygulanacak hukukun kapsamı hakkında)
46. Yargıtay 11. HD. E. 2020/252, K.2020/1572, T. 9.4.2020. (Uygulanacak hukukun kapsamı hakkında)

Breixt Hakkında:

5. Independent Post, <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/after-brexit-1000-new-laws-will-be-passed-with-no-parliamentary-scrutiny-a7656981.html>, Erişim Tarihi: 20.04.2017.

6. Express Daily, <http://www.express.co.uk/news/politics/709857/EU-laws-Brexit-What-will-change-Britain-leave-EU-migration-trade-farmers>, Erişim Tarihi: 20.04.2017.
7. British Reuters, <http://uk.reuters.com/article/uk-britain-eu-lawmaking-idUKKBN17037I > , Erişim Tarihi: 20.04.2017.
8. BBC Türkçe İnternet Sitesi Haberi bkz. <http://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-39417140>, Erişim Tarihi: 20.04.2017.
9. Jean Pisani-Ferry, Norbert Röttgen, André Sapir, Paul Tucker, Guntram B. Wolff (2016) Europe after Brexit: A Proposal for a Continental Partnership, Harward Business School Science, s. 1-12. <https://ces.fas.harvard.edu/uploads/files/Reports-Articles/Europe-after-Brexit.pdf >, Erişim Tarihi: 20.04.2017.
10. Hunt, Alex ve Wheeler, Brian, Brexit: All you need to know about the UK leaving the EU, 30 Mart 2017, BBC, <http://www.bbc.com/news/uk-politics-32810887>, Erişim Tarihi: 03.07.2018.
11. Legislating for the United Kingdom's Withdrawal from the European Union, Secretary of State for Exiting the European Union by Command of Her Majesty, 2017, https://www. gov.uk/government/uploads/system/uploads/ attachment_data/file/604516/Great_repeal_bill_white_paper_accessible.pdf, Erişim Tarihi: 07.07.2018.

İNTERNET KAYNAKLARI VE SÖZLÜKLER

Black’s Law Dıctıonary (2004), 8. Bası, ABD.

Ovacık, M. (1986), İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, Ankara.