

**ABD KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNA
KURAMSAL VE METODOLOJİK BİR BAKIŞ: ÇEŞİTLİ
TEORİ VE METOTLAR, II. RESTATEMENT VE SÖZLEŞMEYE
UYGULANACAK HUKUK**

Mesut AYGÜN*

ÖZET

Bu çalışma, ABD kanunlar ihtilâfi hukukunu etkileyen bazı kuramsal ve metodolojik gelişmeler ile II. Restatement'ta sözleşmeye uygulanacak hukuk üzerine odaklanmıştır. I. Restatement'a karakteristik özelliğini yansıtan (klâsik sistem olarak da ifade edilen) kazanılmış haklar kuramı incelendikten sonra, klâsik ABD kanunlar ihtilâfi hukukuna yöneltilen eleştiriler ve bu alandaki çağdaş eğilimler ile II. Restatement üzerinde durulacaktır. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin II. Restatement'ta yer alan düzenlemelerin, son dönem kanunlar ihtilâfi hukuku kuram ve metodolojisi açısından devrim niteliğinde olduğu söylenebilir.

Anahtar Kelimeler: Kanunlar ihtilâfi, Kanunlar ihtilâfi kuram ve metodolojisi, Kanunlar ihtilâfi hukukuna ilişkin II. Restatement, Sözleşmeye uygulanacak hukuk, Milletlerarası özel hukuk.

**A THEORETICAL AND METHODOLOGICAL OVERVIEW OF THE
USA CONFLICT OF LAWS: VARIOUS THEORY AND METHODS, II.
RESTATEMENT AND THE LAW TO BE APPLIED TO CONTRACTS**

ABSTRACT

This study has focused on some theoretic and methodological advancements having influences on the USA conflict of laws and applicable law to contract in II. Restatement. After the vested rights theory reflecting the characteristic features of I. Restatement (which is also called as classical system) is examined, the criticism directed to the USA classical conflict of laws and contemporary trends in the field and II. Restatement will be discussed. The regulations in the II. Restatement regarding the governing law of obligation relationships arisen from contracts can be suggested to be revolutionary with regards to the recent conflict of laws theory and methodology.

Keywords: Conflict of laws, Theory and methodology of conflict of laws, II. Restatement of the conflict of laws, The applicable law to contract, Private international law.

* Yrd. Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (maygun@anadolu.edu.tr).

GİRİŞ

Kanunlar ihtilâfî hukukunda kuramsal açısından bazı soruların cevabı her zaman aranmıştır. Örneğin, evrensel adaleti gerçekleştirme güdüsüne özgülenmiş üst normun veya normlar demetinin kaynağı nereden gelmektedir? Üst norm ile bağlama kuralları arasındaki rabıta nasıl sağlanacaktır, nasıl bir akıl yürütme uygulanacaktır? Milletlerarası özel hukuk, bütün milletleri bağlayıcı özelliğini nereden almaktadır? Kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarının oluşmasında rol oynayan kaynaklar nelerdir? Bu kaynaklar, salt akıl, eşyanın tabiatı veya uluslararası toplumda yaşanan gelişmelerin gözlemi olabilir mi?

Kuramsal içerik taşıyan bu soruların yanında, yabancı unsurlu uyuşmazlıklara hangi hukukun uygulanması gerektiği sorusu da metodolojik arayışların bir ürünü olmuştur. Bu hususlar tarihin eski dönemlerinden beri tartışılan bir konudur. Keza, Roma-Cermen İmparatorluğu döneminde glassatörlerin başlattığı bu süreç, beş asır hâkimiyet kuran statüler nazariyesini ortaya çıkarmış, gerek statüler teorisine yöneltilen eleştiriler, gerekse bu teoriden elde edilen çıkarsamalar, günümüz anlayışına ışık tutan farklı teorileri beraberinde getirmiştir.

Yabancı hukukun uygulanması sorununa çözüm arandığında, kanunların mülkîliği esası ile kanunların şahsiliği esası her zaman karşı karşıya gelmiştir. Her iki esas da kanunlar ihtilâfî hukuku alanında farklı kuramların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Elbette ki, bu kuramların ortaya atıldıkları dönemin egemenlik ve devlet anlayışının önemi göz ardı edilemez. Feodal düzenin hüküm sürdüğü Orta Çağ döneminde Fransız statücü *B. d'Argentre*'nin; ulus devletlerin ortaya çıkmaya başladığı on yedinci yüzyıl döneminde Hollandalı statücülerin, kanunlar ihtilâfî hukuku alanında ülkesel kuramların gelişmesinde önemli katkıları vardır. Kanunlar ihtilâfını uluslararası hukuk boyutunda inceleyen, başta *Ulrich Huber*, *Paul Voet* ve *Johannes Voet* gibi Hollandalı statücülerin görüşleri, önce İngiltere'ye, oradan da ABD'ye yayılmış, Anglosakson hukukunu derinden etkilemiştir.

Bu çalışmada öncelikle, ABD kanunlar ihtilâfî hukukunu etkileyen, statüler teorisi dâhil bazı kuramsal ve metodolojik gelişmeler genel hatlarıyla incelenecektir. Takiben ABD'nde *comity* teorisini ortaya atan *Joseph Story*'nin görüşleri ile *I. Restatement*'a karakteristik özelliğini yansıtan kazanılmış haklar kuramı değerlendirilecektir. Sonrasında klâsik ABD kanunlar ihtilâfî hukukuna yöneltilen eleştiriler, bu alandaki çağdaş eğilimler ve *II. Restatement* üzerinde durulacaktır. Bu çağdaş eğilimler içerisinde *Cavers*, *Ehrenzweig* ve

Currie’nin görüşlerine özellikle yer verilecektir. Daha sonra uyumsuzlukların en fazla ortaya çıktığı sözleşmeler hukuku alanında uygulanacak hukukun tespitine yönelik *II. Restatement* hükümleri değerlendirilecektir. Ayrıca çalışmada alana ilişkin mahkeme kararlarına da yer verilecek olup, ulaştığımız vargıları içeren sonuç kısmı ile çalışma son bulacaktır.

I. ABD KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNU ETKİLEYEN KURAMSAL VE METODOLOJİK GELİŞMELER

A) *B. d’Argentre* ve Ülkesellik Prensibi

Amerikan hukukundaki ülkesellik doktrininin temelleri, Hollandalı ünlü hukukçu *Ulrich Huber*’e kadar uzanmaktadır. Hollanda Okulu mensubu olan *Huber* üzerinde ise, *B. d’Argentre*’nin tesiri büyük olmuştur¹.

Kanunların ülkeselliği ve kişiselliği ilkelerinin esasları statücüler tarafından ortaya konulmuştur. İtalyan statücüler, bir hukuk düzeninin hangi hukuki ilişkiye uygulanacağı sorusundan ziyade, bir hukuk kuralının uygulama alanına giren olayların hangisi olduğu sorusuna cevap bulmaya çalışmışlardır. Bu nedenle, hareket noktaları, hukuki ilişkileri gruplandırmak değil, hukuk kurallarını gruplandırmak olmuştur². Statücü görüşe göre, hukuk kuralının uygulama alanı kendisindedir. Hukuk kuralı, niteliği gereği ya kişiyi izler, ya da ülkede uygulanır. Hukuk kuralının ülkesel mi yahut kişisel mi olduğu, onun

¹ **Wolff**, M. (1950), *Private International Law*, Second Edition, Oxford: The Clarendon Press, s. 27; **Menekşe**, A. M., “Devlet Menfaatinin Tahlihi Metodu (Haksız Fiiller Alanından Örneklerle)”, Ernst E. Hirsch’in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 511.

² Dogmatik inancın yansıması gereği, **yazılı akıl** olarak Justinyen kodunu seçen statücüler, üst Roma Hukuku normlarını somut olaya uygulamaları nedeniyle tümdengelim metodunu benimsemişlerdir. İtalyan statücüler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **De Nova**, R., “Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws”, 118 Rec. des Cours, (1966/II), s. 441-622: 441 vd.; **Yntema**, H. E., “The Historical Bases of Private International Law”, Selected Readings Conflict of Laws, St. Paul Minn. 1956, s. 30-46: 34 vd.; **Pillet**, A., “Kara Avrupası Hukukunda Kanunlar İhtilâfi Nazariyesi (Çeviren: Hicri Fişek)”, AÜHFĐ, 1950, C. VII, S. 1-2, s. 250-281: 250 vd.; **Cheshire**, G. C. (1961), *Private International Law*, Sixth Edition, London, s. 22 vd.; **Schmitthoff**, C. M. (1954), *The English Conflict of Laws*, Third Edition, London: Stevens & Sons Limited, s. 19 vd.; **Yörük**, A. K. (1950), *Nazarî ve Amelî Devletler Hususî Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul, s. 19 vd.; **Berki**, O. F. (1966), *Devletler Hususî Hukuku*, C. II: Kanun İhtilâfları, 6. Baskı, Ankara, s. 214 vd.; **Seviğ**, M. R./**Seviğ**, V.R. (1962), *Devletler Hususî Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, s. 319 vd.; **Seviğ**, V. R. (1974), *Kanunlar İhtilâfi (Yasama ve Yargılama Çatışmaları)*, 2. Baskı, İstanbul, s. 4 vd. (Kanunlar İhtilâfi); **Göğler**, E. (1977), *Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfi Hukuku)*, 4. Baskı, Ankara, s. 28 (Kanunlar İhtilâfi); **Altuğ**, Y. (1973), *Devletler Hususî Hukuku*, İstanbul, s. 134 vd. (DHH); **Nomer**, E. (2015), *Devletler Hususî Hukuku*, 21. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 50 vd.; **Çelikel**, A./**Erdem**, B. B. (2014), *Milletlerarası Özel Hukuk*, Yenilenmiş 13. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 49 vd. (MÖH).

içeriğine bakılarak belirlenir. Buna göre, hukuk kuralları ne mutlak olarak mülkî, ne de mutlak olarak kişiseldir. Bunların bir kısmı ülkesel, bir kısmı da kişiseldir.

İtalyan statücülere, İtalyan şehir devletlerinin kanunlarını (statutalarını) tek tek inceleyerek, niteliklerine göre, bir kanunlar tipolojisi oluşturmuşlardır. Buna göre, üç tür statü vardır: - *Statuta Personalia* (Kişisel Statü); - *Statuta Realia* (Aynî Statü) ve - *Statuta Mixta* (Karma Statü)³. Kişiyi takip eden kurallar (örneğin, taşınır mallara ilişkin kurallar) kişisel statüyü, ülkesel nitelik taşıyan kurallar (örneğin, taşınmaz mallara ilişkin kurallar) ise aynî statüyü oluşturmaktadır. Karma statü, üzerinde çok tartışılmasına rağmen, şahsî ve aynî statüye girmeyen kurallar (örneğin, haksız fiil, sözleşmelere ilişkin kurallar) için geçerli olup, ülkesel niteliktedir⁴.

En önde gelen Fransız statücülere şunlardır: *B. d'Argentre, Molinus (Dumoulin)* ve *Guy Coquille*⁵. Fransız statücülerinin İtalyan statücülere ile birleştikleri hususlar, Roma hukukunu yazılı akıl olarak almaları ve tümdengelim yöntemini benimsemeleridir. Aynı zamanda İtalyan statücülere ile başlayan kanunların ülkeselliği ve kişiselliği ayrımı, Fransız statücülere ile önemli bir boyut kazanmıştır. On altıncı yüzyıl Kıta Avrupasında feodalitenin hüküm sürmesi nedeniyle, Fransız statücülerinin bir kısmı kanunlar ihtilâfını, feodal bölgelerin düzenlemeleri arasındaki ihtilâflar olarak görmüşler⁶ ve doğal olarak ülkesellik-kışisellik kıstasından yola çıkmışlardır⁷. Buna karşılık *Dumoulin*, Roma hukuku yerine müşterek bir Fransız teamül hukukunu savunması, kanunların şahsiliği⁸ ilkesini benimsemesi ve feodalizme

³ Nygh, P. (1999), *Autonomy in International Contracts*, Oxford: Clarendon Press, s. 3; Wolff, s. 24.

⁴ Wolff, s. 24 vd.; Nomer, s. 51.

⁵ De Nova, s. 447; Seviğ, Kanunlar İhtilâfı, s. 6.

⁶ Aslında, kanunlar ihtilâfı kuramları, ortaya atıldıkları dönemin egemenlik ve devlet anlayışının etkisi altında kalmışlardır. Bu nedenle, kanunlar ihtilâfı kuramları incelenirken, ait oldukları dönemin koşulları göz önünde bulundurulmalıdır. Kanunlar ihtilâfı hukukunun kuramsal gelişim sürecinde evrenselci ve tikelci görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Göger, E., "Kanunlar İhtilâfını Etkileyen Kuramsal Akımlar", Osman Fazıl Berki'ye Armağan, Ankara 1977, s. 397-413: 400 ("Kuramsal Akımlar").

⁷ Schmitthoff, s. 21.

⁸ *Dumoulin*, sözleşmeye uygulanacak hukuk için sözleşmenin ifa edileceği yer hukukunun uygulanmasının doğru olmadığını, bu şekilde tespit edilecek hukukun tesadüfi olabileceğini belirtmiştir. O'na göre, örneğin Tübingen'den bir kişi, geçici bir süre bulunduğu İtalya'da Tübingen'deki evini satıyorsa, ona satışın gerçekleştiği yerin kanunu değil, Tübingen kanunu uygulanmalıdır: Lando, O., "On Some Writers on The Conflict of Laws of Contracts", *Essays in Honour of Sir Peter North: Reform and Development of Private International Law*, (Edited

karşı giriştiği mücadelesiyle ön plâna çıkmıştır. *Dumoulin*'in sözleşmeye uygulanacak hukuku tarafların tayin etmesi gerektiğine temas etmesi ile (tartışmalı olmakla birlikte) irade muhtariyeti ilkesinin kurucusu olduğu da ileri sürülmüştür⁹. Görüşlerini yeterince geliştiremeyen *Dumoulin*'in statüler teorisinin gelişmesine muhalifi *B. d'Argentre* kadar etkisinin olmadığı ifade edilmektedir¹⁰.

B. d'Argentre, kanunların mülkiliği prensibini benimsemiştir. Feodal bir çevrede yaşayan ve feodaliteyi savunan *d'Argentre*¹¹, mallar ile ilgili kuralları ele almış ve bu kuralları, taşınmaz mallar ile ilgili olanlar (*statuta realia*); hem taşınmaz mallar, hem de şahıslarla ilgili olanlar (*statuta mixta*) olarak ikiye ayırmıştır¹². Ve her ikisinin de malın bulunduğu yer kanununa (*lex rei sitae*) tâbi olacağını belirtmiştir. Ehliyet, vesayet gibi tamamen kişiyi ilgilendiren kuralları ise şahsî statü (*statuta personalia*) başlığı altında bir üçüncü grup olarak ele almıştır ki bunları, ikametgâh yeri kanununa (*lex domicili*) tâbi kılmıştır¹³. *D'Argentre*'nin mallarla ilgili uyuşmazlıklar için malın bulunduğu yer kanununu, şahsî statüler için ikametgâh yeri kanununu işaret etmesi çoğu uyuşmazlık bakımından *lex forin*in uygulanması sonucunu ortaya çıkardığı ve bu nedenle *lex forin*in uygulanma kabiliyetinin *D'Argentre* ile birlikte en üst seviyeye çıktığı ifade edilmiştir¹⁴. *D'Argentre*, beş asır boyunca hâkimiyetini sürdüren statü teorisi içinde ağırlıklı bir yer edinmiş ve *lex rei sitae* üzerine verdiği ağırlık, günümüz Fransız ve Anglosakson hukukunda ilgi uyandırmıştır¹⁵.

B) Hollanda Okulu ve *Comitas Gentium*

On yedinci yüzyıla girdiğimizde, yavaş yavaş ulus devletlerin oluşmaya başladığını görmekteyiz. Bu yüzyılda statü teorisini geliştirmede önceliği Hollandalı statücüler almıştır. *D'Argentre*'nin görüşleri Hollanda statücülerini üzerinde büyük etki uyandırmıştır. Bu nedenle Hollanda statücülerini de

by James Fawcett), New York: Oxford University Press 2002, s. 237-253: 240.

⁹ Crawford, E. B./ Carruthers, J. M. (2010), *Private International Law: A Scots Perspective*, Third Edition, London: W Green, s. 16 vd.; Nygh, s. 4; Çelikel/ Erdem, MÖH, s. 50.

¹⁰ Nomer, s. 51.

¹¹ *B. d'Argentre* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: De Nova, s. 447 vd.

¹² Crawford/ Carruthers, s. 16.

¹³ Schmitthoff, s. 21; Nomer, s. 52.

¹⁴ Kegel, G., "The Crises of Conflict of Laws", 112 Rec. des Cours (1964/II), s. 95-263: 103 vd.

¹⁵ Nomer, s. 52; Çelikel/ Erdem, MÖH, s. 51.

kanunların ülkeselliği esasından hareket etmişlerdir¹⁶. Önde gelen Hollanda statücülere şunlardır: *Burgundus*, *Ulrich Huber*, *Paul Voet* ve oğlu *Johannes Voet*¹⁷.

Ancak, onlara geçmeden önce, onların düşüncelerini önemli ölçüde etkileyen *Hugo Grotius*'dan da söz etmek gerekir. Devletler genel hukukunun kurucusu kabul edilen *Grotius*, "egemenlik" kavramından bahseden ilk hukukçudur¹⁸. *Grotius*, kuramını devletlerin egemenliği ve açık denizlerin serbestliği üzerine kurmuştur. *Grotius*, bireyler arasındaki hukuki uyuşmazlıkların çözümünde yeni yöntemler önermiştir¹⁹. Hollanda statücülere, *Grotius*'un görüşlerinden yararlanarak, salt akıldan hareketle uluslararası nitelikli uyuşmazlıklara çözüm getirilemeyeceği; usa vurmanın, gözlem yoluyla belirlenen ilkelere hareket edildiği takdirde doğru sonuçlar vereceği sonucuna ulaşmışlardır. Hollanda statücülere, önceki İtalyan ve Fransız statücülerinden farklı olarak uluslararası kanunlar ihtilâfı ile ilgilenmişlerdir.

Hollanda ekolünün önde gelen temsilcisi, *Huber*'dir. Kanunların ülkeselliği esasından hareket eden *Huber*'e göre, bir ülkenin hukuku, o ülkenin sınırları içerisinde bulunan kişilere, vatandaş veya yabancı olmalarına ya da o ülkede daimî veya geçici olarak ikamet etmelerine bakılmaksızın uygulanır²⁰. Bir devletin hukukunun, başka bir devletin ülkesinde uygulanması bir mükellefiyet midir, neyin sonucudur sorusuna *Huber*, devletlerin yabancı bir ülkenin hukukunu uygulamakta yasal bir yükümlülüğünün olmadığı, ancak uluslararası ilişkilerin sağlıklı yürüyebilmesi için yabancı hukukun uygulanmasının, uluslararası mücamele (*comitas gentium*) esası uyarınca gerekli olduğunu ifade etmiştir²¹. Ancak, *comitas gentium* her zaman mutlak sonuç doğurmayabilir. Keza, yabancı hukukun uygulanması, uygulandığı

¹⁶ *Schmitthoff*, s. 22.

¹⁷ *Crawford/ Carruthers*, s. 17; *Seviğ*, Kanunlar İhtilâfı, s. 9.

¹⁸ *O'Brien*, J. (1999), *Conflict of Laws*, Second Edition, London: Cavendish Publishing Limited, s. 13; *Brilmayer*, Lea (1995), *Conflict of Laws*, Second Edition, USA: Little, Brown and Company, s. 16, (Conflict). *Grotius*'un egemenlik kavramını geliştirmesine dayanak olan husus, Hollandalıların 1648'de yapılan Vestfalya Antlaşması ile İspanya İmparatorluğundan bağımsızlıklarını kazanmış olmalarıdır: *Altuğ*, DHH, s. 137.

¹⁹ *Grotius*'a göre, uyuşmazlıklar sadece akıl yürütme yoluyla değil, aynı zamanda tabiat kanunları (eşyanın tabiatı) da incelenerek çözüme kavuşturulabilir. Sosyal tabiatın da kuralları vardır. Her somut olaydan hareketle (tüme varım yoluyla) soyut ilkelere ulaşılabilir.

²⁰ *Morris*, J. H. C./ *McClean*, D./ *Abou-Nigm*, V. R. (2012), *The Conflict of Laws*, Eighth Edition, London: Sweet & Maxwell, s. 536; *De Nova*, s. 448 vd.; *Yntema*, s. 38 vd.; *Crawford/ Carruthers*, s. 17.

²¹ *De Nova*, s. 450; *Lando*, s. 240; *Altuğ*, DHH, s. 137.

ülkenin toplum düzenine aykırı sonuç doğuracaksa, yabancı hukuk uygulanmayabilir. Böylelikle, kamu düzeni olgusunun temelleri ilk defa Hollanda statücülerini tarafından atılmıştır²².

II. ANGLO-AMERİKÂN ÜLKESELLİK DOKTRİNİ

A) Genel Olarak

Huber'in kabul etmiş olduğu *comitas gentium* prensibi, on sekizinci yüzyıldan itibaren önce İngiliz hukukunu, daha sonra ABD hukukunu derinden etkilemiştir²³. Hollandalı statücülerin görüşlerinin Anglo-Amerikan hukukunda önemli bir yeri vardır²⁴. Keza, *Huber*'in mücemele kuramı, Anglo-Amerikan hukukunda kazanılmış haklar kuramına (*vested rights*) kaynak teşkil ettiği gibi, ABD'nde *Joseph Story*'nin *comity* teorisine de zemin teşkil etmiştir²⁵.

İngiliz ve Amerikalı hukukçular Hollanda'dan kendilerine geçmiş olan ülkeselci görüşe bağlı kalmış ve uzun bir süre de yabancı kanunun uygulanmasını *comitas gentium* 'a dayandırmışlardır²⁶.

İngiltere ve Amerika'da kanunlar ihtilâfi aynı zamanda bölgelerarası bir kanunlar ihtilâfi olarak belirdiğinden aynı egemenliğe tâbi olan diğer

²² **Wolff**, s. 27 vd. İngiltere'de *Dicey*, kamu düzeni müdahalesini göz önünde bulundurarak, uluslararası alanda kazanılmış haklara saygı prensibini uygulayan ilk müellif olmuştur. Devletler özel hukukunda kamu düzeni konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Ökçün**, A. G. (1997), Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, 2. Baskı, Ankara.

²³ **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 536 vd.; **Çelikel**, A., "Devletler Hususî Hukukunda Bağlama Kaidelerinin Tespitinde Uygulanan Yeni Bir Metot", İÜHFİM, 1970, C. XXXV, S. 1-4, s. 231-248: 232 vd. ("Metot").

²⁴ On sekizinci yüzyılın başlarında Hollanda'da hukuk eğitimi çok gelişmiştir. Birçok ülkeden hukuk öğrencisi Hollanda'da hukuk eğitimi almaktadır. Başta *Grotius* ve *Huber* olmak üzere, dönemin ünlü Hollandalı hukuk düşünürleri, özellikle uluslararası hukuk açısından çok önemli tespitler yapmışlardır. Hollanda'da hukuk eğitimi alan İskoçyalı öğrenciler, Hollandalı hukukçuların uluslararası hukuka ilişkin yapmış oldukları bu tespitleri (özellikle *Huber*'in görüşlerini) İngiltere'ye taşımışlar ve görülmekte olan davalara uygulamışlardır. Böylece Hollanda statücülerinin görüşleri, özellikle *comitas gentium* prensibi, önce İngiltere'ye, oradan da ABD'ye yayılmıştır: **Ehrenzweig**, A. A. (1962), A Treatise on The Conflict of Laws, St. Paul, Minn.: West Publishing Com., s. 4 vd. (Treatise); **Yntema**, s. 38 vd.; **Göger**, E. (1971), Devletler Hususî Hukukunda Çağdaş Akımlar, Ankara, s. 26 (Çağdaş Akımlar).

²⁵ **Collins**, L. (2006), Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws, Fourteenth Edition, London: Sweet & Maxwell., s. 12 (Dicey, Morris and Collins); **Brillmayer**, Conflict, s. 16; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 536 vd.; **Crawford/ Carruthers**, s. 17; **Göger**, Kanunlar İhtilâfi, s. 31; **Menekşe**, s. 513.

²⁶ **Ehrenzweig**, Treatise, s. 5 vd.

bölgelere karşı gerekli saygıyı gösterebilmek için kanunlar ihtilâfi sistemi, kazanılmış haklara saygı prensibinden hareket etmek zorunda kalmıştır²⁷. Önceleri bölgesel plânda uygulanan bu prensip, sonraları uluslararası alana teşmil edilmiştir. Kazanılmış haklar (*vested rights*) kuramı, İngiltere’de *Dicey* tarafından ortaya atılmış, ABD’de *Beale* tarafından savunulmuştur²⁸.

B. Joseph Story ve Comity Teorisi

Gerçekte bu dönemde Amerika Birleşik Devletleri’nde kanunlar ihtilâfi hukuku alanına ilişkin ilk eseri *Samuel Livermore* yazmıştır. *Livermore*, 1828 yılında İtalyan, Fransız ve Hollandalı statücülerinin nazariyelerini *Dissertations on the Questions which arise from the Contrariety of the Positive Laws of Different States and Nations* (Değişik ülke ve milletlerin pozitif hukuklarının birbirine zıtlığından doğan meseleler üzerine incelemeler) adlı monografisinde anlatmıştır. *Livermore*, statücü doktrini ABD’nde tanıtmış, *Justinyen* Koduna göre çözüm önermiş ve yönlendirmelerde bulunmuştur²⁹.

Harvard Üniversitesi’nde hukuk profesörü ve aynı zamanda ABD Yüksek Federal Mahkeme hâkimi olan **Joseph Story** (1779-1845), devletler özel hukuku alanında önemli bir yeri olan müelliftir³⁰. *Story*’i önemli kılan hususlardan ilki, devletler özel hukukunun isim babasının pek muhtemelen kendisinin olmasıdır. Devletler özel hukuku (*private international law*) tâbirini ilk defa *Commentaries on the Conflict of Laws* adlı eserinde *Story* kullanmıştır³¹.

Joseph Story’i önemli kılan ikinci husus, kitabının Anglo-Amerikan hukukunun en önemli eserlerinden birisi olmasıdır. *Story*’nin 1834 yılında yayımlanan *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* (Sözleşmeler, haklar, tedbirler ve özellikle evlenmeler, boşanmalar, vasiyetler, miraslar ve hükümlere ilişkin

²⁷ **Seviğ**, Kanunlar İhtilâfi, s. 16 vd.

²⁸ Kazanılmış haklar kuramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 539 vd.; **Cheshire**, s. 31 vd.; **Yntema**, s. 39; **Collier**, J. G. (2001), Conflict of Laws (Third Edition), London: Cambridge University Press, s. 379 vd.; **Turhan**, T (1989), Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfi Alanında İka Yeri Kuralı, Ankara, s. 52 vd.; **Göger**, Kanunlar İhtilâfi, s. 38; **Göger**, Çağdaş Akımlar, s. 26 vd.

²⁹ **Altuğ**, Y., “Anglo-Amerikan Âleminin İlk Önemli Devletler Hususî Hukukçusu *Joseph Story*”, İÜHF, 1959, C. XXIV, S. 1-4, s. 63-75: 63 (“*Story*”).

³⁰ **Ehrenzweig**, Treatise, s. 7; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 538.

³¹ **Batiffol**, H.: Traité Élémentaire de Droit International Privé, Deuxieme edition, Paris 1955, s. 19; **Seviğ**, Kanunlar İhtilâfi, s. 10.

yabancı ve yerli kanunlar ihtilâfı şerhleri) adlı eseri, kanunlar ihtilâfı hukuku alanında on üçüncü yüzyıldan beri ortaya çıkmış olan en dikkat çekici ve nitelikli bir çalışma olarak değerlendirilmektedir³².

Huber'in mücemele kuramını kendi sisteminin temeli yapan *Story*'nin, İngiliz ve Amerikan hukuk düşüncesi üzerindeki etkisi büyük olmuştur³³. *Story*, görüşlerini uluslararası hukuka dayanarak açıklamış, kanunlar ihtilâfını bir uluslararası hukuk meselesi olarak ele almıştır. Kanunlar ihtilâfı, federe devletler arasında olsa bile, egemenlik esasına dayanılarak uluslararası hukukun esaslarına göre çözüme kavuşturulmalıdır. Bu yönüyle *Story*, tikelci ve pozitivist olmaktan çok, evrenselcidir. *Story*, statücülerin³⁴ yaklaşımlarını ABD'nde tanıtmış; yöntemlerini ve kuramsal esaslarını ortaya koymuştur³⁵. *Story*, mahkeme kararlarından hareketle, ayrıca bütün Kıta Avrupası hukuklarını da inceleyerek, soyut milletlerarası özel hukuk genel ilkelerine ulaşmıştır. *Story*, bu ilkeleri tümden gelim metodu ile somut olaya uygularken, kendisinden faydalanılan çözüm araçları olarak görmüştür. Aslında, bir nevi ilk ABD milletlerarası özel hukuk genel ilkelerini ortaya koymuştur, diyebiliriz. Bu ilkeler, Amerikan doktrininin yazılı aklını oluşturmaktadır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, *Story*, spesifik problemlerle meşgul olmadan önce, teorisini dayandığı birkaç genel kuraldan söz etmiştir. Bu genel kurallar üç tane olup, şu şekilde sıralanmaktadır:

(i) Her devletin ülkesel egemenliği (*territorial sovereignty of every nation*),

³² **Cheatham**, E. E./ **Goodrich**, H. F./**Griswold**, E. N./**Reese**, W.L.M. (1957), *Conflict of Laws Cases and Materials and 1961 Supplement*, Fourth Edition, Brooklyn: The Foundation Inc., s. 6; **Wolff**, s. 33; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 538. *Joseph Story*, sadece kanunlar ihtilâfı alanında değil, aynı zamanda *Commentaries on the Constitution of the United States* (ABD Anayasa Şerhleri) adlı önemli eseriyle anayasa hukuku alanında ve *Commentaries on Equity Jurisprudence* (Nesafet Hukuku Şerhleri) adlı eseriyle nesafet hukuku alanında şöhret yapmıştır: **Altuğ**, "Story", s. 63.

³³ **Schmitthoff**, s. 28; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 538.

³⁴ *Story*, Fransız statücülerden özellikle *Boullenois* ve *Bouhier*'nin; Hollanda statücülerinden de özellikle *Huber* ve *Rodenburg*'un görüşlerinden yararlanmışır.

³⁵ *Story*, statü nazariyesini izah etmekle birlikte, *statuta personalia*, *statuta realia* ve *statuta mixta* ayırımına taraftar olmamıştır. *Story*, yabancı hukukçuların, kanunların şahsiliğinden kişilerin ehliyetini ilgilendiren bütün kanunları; kanunların mülkiliğinden ise mülkiyete ve eşyaya ait kanunları anladıklarını yazmaktadır: **Story**, J. (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, s. 3 vd.

(ii) Egemenliğin ülkesel sınırları (*territorial limits of sovereignty*),

(iii) Bir devletin kanunlarının diğeri tarafından tanınması (*recognition of the laws of one state by another*)³⁶.

Story, kanunların ülkeselliği³⁷ prensibine sıkı sıkıya bağlı kalmıştır. Story, yukarıda ifade ettiğimiz kurallar çerçevesinde teorisini şöyle ifade etmektedir: Kanun koyucu ancak kendi tebaası için kanun yapar. Bir ülkenin kanunları, ancak ülkesel sınırlar ve bu ülkenin yargılama alanı içerisinde geçerlidirler. Kanunların ülke aşıcılığı, kendiliğinden mümkün olmayıp, mücemele yani uluslararası nezaketin gereği olarak ortaya çıkmaktadır³⁸. Ancak *Story*’e göre, yabancı kanunun tatbik sebebi, sadece mücemele esası ile açıklanamaz. Keza, uluslararası mücemele, devletlere mutlak olarak dayatılmış bir esas değildir. Aslında, kanunların ülke aşıcı etki doğurmasının temelinde, karşılıklılık esası önemli rol oynamaktadır. Devletler karşılıklı işlem esası gereğince, kanunlarının birbirlerinin ülkelerinde uygulanmasına imkân tanınalıdır³⁹.

Story, bir devletin kendi ülkesinde, yabancı devletin kanunlarını, karşılıklı olmak kaydıyla uluslararası nezaketin gereği olarak, kendi kamu

³⁶ **Cheatham**, E., “American Theories of Conflict of Laws: Their Role and Utility”, Harvard Law Review, 1944-45, s. 361-394: 373; **O’Brien**, s. 13.

³⁷ Walter Wheeler Cook, kanunların ülkeselliğini şu şekilde açıklamaktadır: Her devletin ülkesel egemenliği, devletlerin eşitlik ve bağımsızlığından doğan tabii bir prensiptir. Egemen devletin esaslı vasfı, kendisinin üstünde emredici bir makam bulunmaması, kendi ülkesinde yegâne hukuk yaratıcısı olmasıdır. Her devlet kendi ülkesinde münhasır egemenlik ve yargılama hakkına sahiptir. Bu kuralın doğrudan doğruya sonucu her devletin kanunlarının kendi ülkesinde bulunan gayrimenkul ve menkul mallarla, ülkede ikamet eden vatandaş ve yabancı herkese ve ülkede akdedilen tüm sözleşmelerle, fiillere uygulanmasıdır. Egemenliğin ülkesel sınırları, bir devletin kanunlarının o devlet sınırları ve yargı yetkisi dışında bir tesirinin kendiliğinden olamayacağını ifade etmektedir. Hiçbir devlet, kanunlarıyla kendi ülkesi dışındaki malları veya ülkesinde ikamet etmeyen şahısları doğrudan doğruya bağlayamaz. Keza, devletler eşit olup egemenlikleri ülkelerine münhasırdır (**Cook**, W. W. (1949), *The Logical and the Legal Bases of the Conflict of Laws*, Second Edition, California: Harvard University Press, s. 49).

³⁸ Yabancı kanunun uygulanması hususunda *Story*, mücemele, milletlerarası nezaket esasına dayanmaktadır. Şüphesiz ki, *Story* mücemele esasını ifade ederken, Hollandalı statücülerden özellikle *Huber* ve *Voet*’lerin görüşlerinden faydalanmıştır. Bu bağlamda *Story*, *Huber*’in *comitas gentium* prensibinden etkilenecek, *international comity* teorisini geliştirmiştir: **Collins**, L., “Comity in Modern Private International Law”, *Essays in Honour of Sir Peter North: Reform and Development of Private International Law* (Edited by James Fawcett), New York: Oxford University Press 2002, s. 89-110: 93 (“Comity”); **Altuğ**, “Story”, s. 68.

³⁹ **Cheatham**, s. 373 vd.

düzenine aykırı düşmediği ölçüde uygulaması gerektiğini ifade etmiştir⁴⁰. *Story*, karşılıklılık esasına vurgu yaparak, *Huber*'in *comitas gentium* ilkesini hukuki bir prensip haline getirmiştir.

Story, şu soruya cevap aramıştır. Acaba, hangi olaya, kişiye, ilişkiye veya eşyaya, hangi şartlar altında, hangi ülkeyle ilişkili olması nedeniyle, hangi ülkenin hukuku uygulanmalıdır? Bağlama kuralları bu soruya cevap verecektir. *J. Story* kanunları analiz etmekten çok, olay ve ilişkileri analiz etmiştir⁴¹.

Story'i önemli kılan diğer bir husus, Avrupa'ya yapmış olduğu tesirde yatmaktadır⁴². *Story*'nin eseri, on dokuzuncu yüzyılın ilk yarısında Avrupalı müelliflere geçmişin kanunlar ihtilâfi alanındaki nazariyelerini nakleden tek doktrinal sentezdir. *Story*, özellikle Almanya'da *Savigny* ve *Von Bar*'ı, Fransa'da ise *Foelix*'i derinden etkilemiştir⁴³. *Story*'nin bağlama kurallarının tespitinde kanunlardan değil de, ehliyet, sözleşmeler, mülkiyet, evlenme, boşanma gibi maddi alanlardan hareketle tespit etmesi ve bu yoldaki çalışma tarzı özellikle *Savigny* üzerinde etkili olmuştur. *Savigny* sık sık *Story*'den takdirle bahsetmektedir⁴⁴.

Story'i önemli kılan başka bir husus da, mahkeme içtihatlarına olan tesiridir⁴⁵. *Story*'nin *Commentaries on the Conflict of Laws* adlı eseri uzun bir süre, İngiliz ve Amerikan mahkemeleri tarafından otorite olarak kabul edilmiştir. Bu eser yayınlandıktan sonra, Amerika ve İngiltere'de ve hatta kıta Avrupası'nda pek çok davada uyuşmazlıklar *Story*'nin söz konusu eserinden hareketle çözüme kavuşturulmuştur⁴⁶.

⁴⁰ **Story**, s. 29 vd.

⁴¹ **Nomer**, s. 54.

⁴² **Wolff**, s. 33 vd.

⁴³ **Wolff**, s. 34. *Foelix*, 1843'te yayımlanan "*Tratié de Droit International Privé*" adlı eserinin temel prensipler bahsinin başında "bu bahiste izah ettiğimiz doktrin *Story*'e aittir, bunu tamamen kabul ediyoruz" demektir. *Von Bar*'ın 1862 yayımlanan eserinde *Story*'nin şerhi çok övülmekte ve bunun "kanunlar ihtilâfi türleri üzerine gerçek bir milletlerarası vesaik modeli" olduğu yazılmaktadır: **Altuğ**, "Story", s. 66.

⁴⁴ Nitekim eserinin sekizinci cildinin dördüncü sayfasında açıkça "*Story*'nin mükemmel eseri malzeme bakımından çok zengin olup, aynı zamanda her bilgine çok faydalı olacaktır" demektir: **Altuğ**, "Story", s. 66.

⁴⁵ **Rabel**, E. (1958), *The Conflict of Laws: A Comparative Study* (Volume: I), Second Edition, Ann Arbor: Michigan Legal Studies, s. 12; **Lando**, s. 246; **Çelikel/ Erdem**, MÖH, s. 53.

⁴⁶ **Altuğ**, "Story", s. 67.

III. ABD KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNDA KURAMSAL GELİŞMELER

A. ABD Klâsik Kanunlar İhtilâfı Hukuku (Klâsik Sistem) ve I. *Restatement*

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, kazanılmış haklar kuramını geliştiren müellifler, önemli ölçüde *Huber*'in etkisi altında kalmışlardır. Kazanılmış haklar kuramını (*vested rights theory*), ilk olarak İngiltere'de *Dicey* ve daha sonra ABD'nde *Dicey*'den etkilenen *J. Beale* geliştirmiştir⁴⁷.

Kazanılmış haklar kuramı, insanoğlunun mutlak egemenlik anlayışı içinde yaşadığı on yedinci yüz yılın bir ürünüdür. Bu nedenle, kazanılmış haklar kuramının en belirgin özelliği, mutlak ülkesellik ilkesinden hareket etmesi olmuştur⁴⁸. Kazanılmış haklar kuramının temelini meydana getiren ülkesellik ilkesi, prensip olarak mutlaktır⁴⁹. Keza, *Dicey*'e göre, mahkeme kendi hukukuna izafe edilemeyecek bir nedenle, yabancı bir kanunu uygulamaya mecbur tutulamaz. Ancak, bazı hallerde, siyasi iktidarlar, yabancı bir kanuna göre doğmuş bulunan hakların ve borçların hâkimin ülkesinde hüküm ifade etmesine izin verebilirler. Yabancı bir kanuna göre hukuken ve tam olarak kazanılmış haklara, mahkemelerin riayet etmesi, her uygar devletin önde gelen vazifelerinden biri olmalıdır. Aksine bir düşüncenin kabulü halinde, milletlerarası ilişkilerin ve özellikle milletlerarası ticaret hayatının yürümeceği açıktır⁵⁰.

Bench, Holmes ve *Cordoza* gibi yargıçlar tarafından benimsenen kazanılmış haklar kuramının ABD'nde asıl gelişimi ve yasal bir çerçeveye oturması, *J. Beale* sayesinde olmuştur⁵¹.

Beale de, kanunların ülkeselliğinden hareket etmiştir. Mahkemenin yabancı kanunu uygulaması söz konusu olamaz. Yabancı kanunun tatbik sebebi, o kanuna göre bir hakkın doğmuş olması ve bu hakkın kazanılmış hak olarak adalet ilkesi gereği tanınmasıdır. Bununla aslında yabancı

⁴⁷ *Morris/ McClean/ Abou-Nigm*, s. 539; *Ehrenzweig*, s. 9.

⁴⁸ *Schmitthoff*, s. 33 vd.

⁴⁹ *Turhan*, s. 52 vd.

⁵⁰ *Fawcett, J. J./ Carruthers, J. M.* (2008), *Cheshire, North & Fawcett Private International Law, Fourth Edition*, New York: Oxford University Press; s. 24; *Morris/ McClean/ Abou-Nigm*, s. 539 vd; *Turhan*, s. 53.

⁵¹ *Harvard*'lı bir profesör olan *Beale* hakkında bkz.: *Rabel*, s. 13; *Morris/ McClean/ Abou-Nigm*, s. 540.

kanun tatbik edilmemekte, o kanuna göre doğmuş bir hakka hukuki himaye kazandırılmaktadır⁵².

J. Beale, Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute*)⁵³ tarafından 1934 yılında hazırlanan ve ABD kanunlar ihtilâfi hukukuna yönelik kuralları ihtiva eden, yarı resmî bir kod olan **I. Restatement**'ın baş raportörlüğünü yapmıştır. Bu nedenle, klâsik sistem olarak da ifade edilen kazanılmış haklar kuramı, *I. Restatement*'a ağırlığını vermiştir⁵⁴.

Beale'e göre, kazanılmış haklar kuramının işleyebilmesi için, öncelikle olayda söz konusu olan hakkın niteliğinin tespit edilmesi gerekir. Hakkın niteliği tespit edildikten sonra, bu hakkın geçerli olarak kazanılmış olup olmadığının belirlenmesi gereklidir. Bu ise, söz konusu hakkın vücut bulduğu kanunun saptanması sayesinde gerçekleşebilir, bunun için bağlama kurallarına ihtiyaç olacaktır⁵⁵. *Beale*, kanunlar ihtilâfi hukukunun hakları ele aldığını öne sürmüş ve hakların tipolojisini yapmıştır.

B. Klâsik Sistemin Eleştirisi ve ABD Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Çağdaş Eğilimler

I. Restatement tarafından benimsenerek, klâsik sistem olma vasfını kazanan kazanılmış haklar kuramı, özellikle ABD'nde Northwestern

⁵² **Audit**, B., "A Continental Lawyer Looks at Contemporary American Choice-of-Law Principles", 27 *The American Journal of Comparative Law* (1979), S. 4, s. 589-603: 590; **Çelikel**, "Metot", s. 233.

⁵³ **Amerikan Hukuk Enstitüsü**, "Hukuk İyileştirilmesi İçin Daimi Teşkilat Kurulması Hakkında Komite" olarak bilinen, Amerika'nın önde gelen yargıç, avukat ve öğretim üyelerinden oluşan bir grup tarafından yapılan çalışmanın neticesinde 1923 yılında kurulmuştur. Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün misyonu, ABD ortak hukukunun açıklığa kavuşturulması ve sadeleştirilmesi ile gelişen sosyal ihtiyaçlara daha iyi şekilde uyum sağlamasını teşvik etmek; adaletin daha iyi bir şekilde tecelli etmesini sağlamak ve hukuk alanında sürdürülebilir bilimsel çalışmaları cesaretlendirmek olarak açıklanabilir.

İşte, Amerikan Hukuk Enstitüsü ve hukuk uzmanları tarafından mülkiyet, sözleşme, haksız fiil gibi hukukun temel alanlarında dikkate alınması gereken ilkeler, açıklamalar ve emsal mahkeme kararlarını içeren, ciltler halinde toplanan ve bağlayıcı olmayan hukuk eserine **Restatement** adı verilmektedir. *Restatement*'ın ilk serisi 1923 ila 1944 yılları arasında yayınlanmıştır ve bu *Restatement* serisi, sözleşmeler, kanunlar ihtilâfi, haksız fiiller, mülkiyet, tazminat, şube, *trust* ve mahkeme kararlarına ilişkin eserlerden oluşmaktadır. Günümüzde, yine hukukun çeşitli alanlarına ilişkin olmak üzere, *Restatement*'ın III. Serisi yayınlanmaktadır. III. serinin ilk eseri, ABD'nin uluslararası ilişkiler hukuku alanına ilişkin olup, 1987 yılında çıkarılmıştır. *Restatement* çalışmaları hukukun çok daha özel alanlarını da kapsayacak şekilde devam etmektedir. Amerikan Hukuk Enstitüsü ve *Restatement*'lar hakkında detaylı bilgi edinmek için bkz.: "About ALI and Publications", American Law Institute (ALI): <<https://www.ali.org>>, (23.11. 2015).

⁵⁴ **Wolff**, s. 45 vd.; **Lando**, s. 249.

⁵⁵ **Menekşe**, s. 517.

Üniversitesi'nden **Walter Wheeler Cook** ve Yale Üniversitesi'nden **E. Lorenzen**, kıta Avrupa'sında Fransız hukukçu **Arminjon** tarafından eleştirilmiştir⁵⁶. I. *Restatement*'a yöneltilen eleştiriler, **W. W. Cook**'a ait «mahallî hukuk teorisini (*local-law theory*)» ortaya çıkartmış ve bu teori de kazanılmış haklar kuramını önemli ölçüde sarsmıştır⁵⁷. Mahallî hukuk teorisini incelemeye geçmeden önce, kanunlar ihtilâfı alanında kuramsal açıdan değişimleri ve kazanılmış haklar kuramına yöneltilen eleştirileri genel olarak inceleyelim.

Yirminci yüzyılın ikinci yarısında evrenselci görüşler yeniden canlanmış, kazanılmış haklar kuramı ve ülkesel kuramlar yeniden gerilemeğe başlamışlardır. Evrenselci görüşlerin canlanması, **Savigny** ve O'na bağlı Alman ekolünü kanunlar ihtilâfı alanında ön plâna çıkarmıştır. **Savigny**, yetkili hukukun tespit edilemediği hallerde, o hukuka göre bir hakkın kazanılıp kazanılmadığına karar vermenin imkânsız olduğuna dikkat çekerek, kazanılmış haklar kuramının yetersiz kalabileceğini belirtmiştir. Alman ekolünün etkisinin artması **Beale**'in kazanılmış haklar teorisini geriye itmiştir. **Beale**'in düşüncesi uygulamada biçim değiştirmiş ve “*lex fori*”nin üstünlüğüne dayanan milliyetçi bir uygulama yolunu tutmuştur⁵⁸.

Savigny'nin daha önce belirttiği gibi, kazanılmış haklar kuramının uygulanması, kendi etrafında dönen çıkmaz bir yola neden olmaktadır⁵⁹. Yabancı hukuka göre kazanıldığı iddia edilen bir hakkın gerçekten kazanılmış olup olmadığı nasıl anlaşılacaktır? Kazanıldığı iddia edilen hakkın milletlerarası alandaki geçerliliği ile ilgili olan bu sorunun cevaplandırılması, kazanılmış haklar teorisinin en zayıf yönünü oluşturmuştur. Nitekim kazanılmış haklar kuramını savunan hukukçular da bu soruya verilecek cevap konusunda görüş birliğine varamamışlardır⁶⁰.

Bazen, bir hakkın geçerli olarak kazanılıp kazanılmadığını belirlemek amacıyla kendisine başvurulmasının gerekli olduğu saptanan yabancı hukukun ilgili hükmü, *for* devletinin kamu düzenine aykırı olabilir. Bu durumda, davacı, söz konusu hakkı yabancı hukuka göre geçerli olarak kazanmış olsa bile, bu hak *for* devletinde hüküm ifade etmeyecektir, bu soruna da kazanılmış haklar kuramı tam bir çözüm getirememiştir⁶¹.

⁵⁶ **Cheatham/ Goodrich/ Griswold/ Reese**, s. 7; **Rabel**, s. 15; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 540 vd.; **Ehrenzweig**, *Treatise*, s. 13 vd.

⁵⁷ **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 541 vd.

⁵⁸ **Göğer**, “Kuramsal Akımlar”, s. 408.

⁵⁹ **Fawcett/ Carruthers**, s. 25; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 540.

⁶⁰ **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 541; **Cheshire**, s. 26; **Turhan**, s. 53.

⁶¹ **Cheshire**, s. 26; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 541; **Menekşe**, s. 518.

Mahkemenin usule ilişkin olarak değerlendirdiği ve yabancı hukuka göre kazanılmış olan veya hâkimin hukukunun usule ilişkin bazı kuralları nedeniyle icra edilemeyen bir hakkın yerine getirilmesi mümkün değildir. Bu durumda, yabancı hukukun usuli nitelikte kabul edilen hükmüne göre kazanılmış hak, kendisine vücut veren hukukun, davaya bakan mahkeme tarafından dikkate alınmaması sonucunu doğuracaktır ki bu husus, kazanılmış haklar kuramının temel mantığına ters düşmektedir⁶².

Bütün unsurlarının bir devlette meydana geldiği ve fakat davanın başka bir devlette açılmış olduğu basit olaylarda kazanılmış haklar kuramı olumlu sonuç verebilir. Fakat unsurlarının birkaç devlet arasında dağılmış olduğu daha karmaşık bir olayda, kazanılmış haklar kuramı, gerçek anlamda kanunlar ihtilâfi “*true conflict*” sorunu ile karşı karşıya olup, bu sorunu aşmada yetersiz kalmaktadır⁶³.

Kazanılmış haklar kuramının, uyuşmazlığa sebebiyet veren fiilin veya hukuki ilişkinin herhangi bir devletin hâkimiyet alanına girmeyen bir yerde örneğin, açık denizde gerçekleşmesi halinde nasıl hareket edileceğini açıklamaktan uzak olması da eleştirilmektedir⁶⁴.

Uyuşmazlığa uygulanacak hukukun seçiminde, kanunların ruhuna temas edilmeden, ilgili sosyal ve ekonomik mülâhazalar göz önünde bulundurulmadan, geniş ve analitik kurallar yelpazesine başvurulması, kazanılmış haklar kuramının eleştirilen diğer bir yönüdür⁶⁵.

I. Restatement'da yer alan bağlama kurallarının yetersizliğini vurgulayan bütün bu eleştiriler, «en adil çözüme» ulaşacak yeni arayışları ortaya çıkarmıştır. Kazanılmış haklar kuramının katı normatif yapısını eleştiren *W. W. Cook*, klâsik sistemi geliştirmek için mahallî hukuk kuramını (*the local law theory*) ileri sürmüştür⁶⁶. Hemen şunu ifade edelim ki *Cook* da

⁶² **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 541. Örneğin, *Slater v. Mexican Railroad C.* davasında, davacı taraf olan Slater, Meksika'da kusurlu bir hareket neticesinde meydana gelen ölüm olayından dolayı tazminata hak kazanamadı. Çünkü davaya bakan Texas mahkemesi, Meksika hukukunun periyodik dönemler için ödeme hükmünü, usulden sayarak, uygulamaktan kaçındı. Zararın türüne göre toptan bir ödemeyi öngören kendi devletinin hukukunu uyguladı: **Currie, D. P./ Kay, H. H./ Kramer, L./ Roosevelt, K.** (2006), *Conflict of Laws: Cases-Comments-Questions*, Seventh Edition, USA: Thomson/West, s. 5; 13.

⁶³ **Cheatham**, s. 379; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 541.

⁶⁴ **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 541.

⁶⁵ **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 541.

⁶⁶ **Graveson, R. H.** (1960), *The Conflict of Laws*, Fourth Edition, London: Sweet & Maxwell Limited, s. 30; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 542.

ülkesellik prensibinden hareket etmiş olup, aynı zamanda pragmatik felsefe anlayışından ve özellikle Amerikan Realist Hukuk Okulu⁶⁷ düşünürlerinden etkilenmiştir⁶⁸.

Cook'un mahallî hukuk teorisine göre, mahkeme gerçekte yabancı kanunu tatbik etmemekte ve fakat ona uygun, model bir kanun yaratmakta ve onu uygulamaktadır⁶⁹.

Cook, mahkemenin yabancı bir unsur taşıyan bir olay ile karşılaştığı zaman, daima kendi hukukunu uygulayacağını söylemiştir. Mahkeme bunu yaparken, ya yabancı kanunun ilgili hükümlerinin aynısını ya da çok benzerlerini kendi hukukunda yaratacak ve bunun sonucunda ortaya çıkan hakları da koruyacaktır. Keza mahkeme yabancı hukuka uygun olarak kazanılmış bir hakka değil, sadece kendi hukuku tarafından yaratılmış bir hakka geçerlik tanıyabilir⁷⁰.

Cook tarafından ileri sürülen ve *Lorenzen*'in de desteklediği mahallî hukuk teorisi, daha sonra önemini yitirmiş olsa bile, I. *Restatement*'ın katı normatif yapıya bürünen klâsik kanunlar ihtilâfî sistemini sarsmış ve ABD kanunlar ihtilâfî hukuku alanındaki çağdaş görüşler üzerinde önemli tesiri olmuştur.

Hukuki pozitivizm akımının tesiri altında kalan klâsik ABD kanunlar ihtilâfî hukuku sistemi, hızla gelişen ve değişen ekonomik ve toplumsal yapı karşısında yetersiz kalmıştır. Buna bağlı olarak Sosyolojik Hukuk Okulu

⁶⁷ I. *Restatement*'tan sonra ortaya çıkan yeni arayışların önemli ölçüde etkilendiği iki hukuk okulu ön plânda olmuştur. Bu okullar, Realist Hukuk Okulu ile Sosyolojik Hukuk Okulu'dur. **Realist Hukuk Okulu**'nun (Almanya'da – Serbest Hukuk Okulu olarak anılır) en önemli temsilcisi *FRANK* olup, O'nun görüşleri ABD'nde kanunlar ihtilâfî hukuku düşünürlerini etkilemiştir. Bu Okul, normu reddedip, hukukun düzenleyici fonksiyonunu değil, somut olay adaletine göre uyumsuzluğu çözücü fonksiyonunu öne çıkarmıştır. Diğer okul, **Sosyolojik Hukuk Okulu** olup, en önemli temsilcisi *LARENZ*'dir ve O'nun görüşleri ABD'nde *ROSCOE POUND*'u etkilemiştir. Amerikan pragmatik felsefesinin rol oynadığı bu Okul anlayışına göre, olaylara, biçimsel şekilde ortaya konan kuralların uygulanması doğru değildir. Norm, hukukun tek aracı değildir, aynı zamanda sosyolojik açıdan hayat ilişkilerinin de dikkate alınması gereklidir. Sosyolojik Hukuk Okulu anlayışına göre, norm yorumlarken salt lafzi, sistematik yoruma değil, aynı zamanda amaçsal yoruma da başvurulmalıdır: **Aygün, M.**, "ABD Kanunlar İhtilâfî Hukukunda Akde Uygulanacak Hukuka İlişkin Currie'nin Devlet Menfaatinin Tahlili Teorisi ve En Sıkı İrtibatlı Hukuk", Mahmut Tefvik Birsal'e Armağan, İzmir 2001, s. 443-460: 449.

⁶⁸ **Collier**, s. 382.

⁶⁹ **Cook**, s. 20; **Fawcett/ Carruthers**, s. 26; **Graveson**, s. 63; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 542; **Collier**, s. 382; **Çelikel**, "Metot", s. 233 vd.

⁷⁰ **Cook**, s. 20 vd.; **Menekşe**, s. 522.

önem kazanmaya başlamıştır. Sosyolojik Hukuk Okulu cephesinde yaşanan gelişmeler, Amerikan hukuki realizm akımını doğurmuştur. Hukuki realizm akımı, pozitivist, sosyolojik, ampirik ve fonksiyonel nitelikler taşımaktadır⁷¹. Fonksiyoncu bir görüş açısına sahip olan realistler, artık kâğıtlarda kalan kaidelerle değil, sosyal vakıalarla karşılaşmak istemektedirler⁷².

I. Restatement'a hâkim olan kazanılmış haklar kuramına karşı, gerek mahkemeler vasıtasıyla tatbikattan, gerek *Cook, Lorenzen, Arminjon* gibi müellifler aracılığıyla doktrinden yoğun eleştiriler gelmiştir. Öte yandan 1930'lu yıllardan beri gelişmekte olan hukuki realizm akımı ile sosyolojik hukuk okulu cephesinde yaşanan gelişmeler, klâsik sistemin hâkimiyetini sarsmış ve ABD kanunlar ihtilâfi hukuku alanında çağdaş görüşlerin öncüsü olmuştur.

Klâsik sistemin karşısında yer alan ve ABD kanunlar ihtilâfi hukuku alanındaki çağdaş görüşlerin en başta gelen temsilcileri olarak kabul edilen *Cavers, Ehrenzweig* ve *Currie* üzerinde özellikle durmak gerekir. Bu müellifler ülkesellik esasını benimsemekle birlikte, ileri sürdükleri görüşlerde sonuçta *lex fori*'nin uygulanmasına ağırlık vermişlerse⁷³ de sosyolojik akımları görüşlerine yansıtarak, *I. Restatement*'ta ifadesini bulan ABD kanunlar ihtilâfi hukukunun klâsik sistemini yerle bir etmeleri nedeniyle, Amerikan anarşist kuramcılarını olarak anılmaktadırlar.

Cavers'a göre, kanunlar ihtilâfi hukuku, uyuşmazlığa uygulanacak olan yabancı ülkenin hukukunu, içeriğine bakmadan, gözü kapalı yetkilendirmekle görevli değildir⁷⁴. Bir devletin hukukunun içeriğine bakılmadan, “*a priori*” yetkili olduğunun kabul edilmesi, somut bir olayda adaletsiz sonuçlar doğurabilir. *Cavers*, yabancı unsur taşıyan olayda, olaya uygulanacak normun önceden belirlenemeyeceğini, mahkeme tarafından, o olayla ilgili devletlerin kanunları arasından, en âdil sonucu doğuracak normun seçilmesinin gerektiğini belirtmektedir (*Jurisdiction-selecting rules /Rule-selecting approach*)⁷⁵. *Cavers*, mahkemenin yetkili hukuku seçerken, uyuşmazlığın özelliklerini göz önünde bulundurması gerektiğini, aksi halde yapılacak seçimin, rasyonel olamayacağını ifade etmiştir⁷⁶.

⁷¹ Gürkan, Ü. (1967), Hukukî Realizm Akımı, Ankara, s. 147.

⁷² Gürkan, s. 148.

⁷³ Aygün, s. 453.

⁷⁴ Nomer, s. 58.

⁷⁵ Cavers, D. F., “Contemporary Conflicts Law in American Perspective”, 131 Rec. des Cours, (1970/III), s. 75-357: 151 vd.; Fawcett/ Carruthers, s. 28; Turhan, s. 73 vd.

⁷⁶ Felix, R. L./ Whitten, R. U. (2011), American Conflicts Law, Sixth Edition, Durham, North

Cavers yaklaşımında, “somut olay adaleti” kavramını ön plâna çıkartmaktadır. Geliştirdiği “*tercih prensipleri (principles of preference)*” metoduyla *Cavers*, hâkime, söz konusu uyuşmazlığı en ince ayrıntısına kadar inceleme görevini yüklemiştir⁷⁷. İnceleme sonunda hâkim, söz konusu uyuşmazlığın ilgili olduğu devletlerden birisi lehine tercih yapacak ve o devletin hukukunu uygulayacaktır. Zaman içerisinde hâkimler tarafından bu şekilde yapılacak tercihler “*tercih prensipleri*”nin ortaya çıkmasını sağlayacak ve belli bir süre sonra hâkimler bu prensiplere dayanmak suretiyle kararlarını verebileceklerdir.

Ehrenzweig ise, kural olarak *lex fori* 'nin uygulanmasından hareket eder, yabancı hukuka başvurulması istisnai durumlarda ortaya çıkar⁷⁸. O'na göre, yabancı hukukun uygulanabileceği durumlar, önce uluslararası anlaşmalarda, ulusal kanunlarda ve kararlarda yer alan kanunlar ihtilâfî kurallarından, sonra mahkeme kararlarının yorumu yoluyla üretilen kurallardan ve nihayet, *for* devletinin maddi hukukunun yorumu suretiyle ortaya çıkarılabilir. Bu üç aşamada da bir sonuç elde edilemezse, mahkeme kendi maddi hukukunu yani *lex fori* 'yi uygulayacaktır⁷⁹.

Ehrenzweig, uygulanacak hukukun tespitinde somut olay ile mahkeme arasındaki irtibatın (*forum convenient*) araştırılması gerektiğini ifade etmektedir. O'na göre yetkili mahkeme doğru tespit edildiyse hâkimin hukukunun uygulanmasında hiçbir sakınca yoktur. *Ehrenzweig*, başta vasıflandırma olmak üzere, ön sorun, atıf, kanuna karşı hile ve kamu düzeni gibi genel esasları usulî nitelikte görmekte ve *lex fori* 'nin uygulanmasına yarayacak şekilde ele almaktadır⁸⁰.

Ehrenzweig'in görüşleri pek çok noktadan eleştirilmiştir. *Lex fori* 'ye gereğinden fazla önem vermesinin, hem *forum shopping*⁸¹ tehlikesine yol

Carolina: Carolina Academic Press, s. 192 vd.; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 543 vd.; **Fawcett/ Carruthers**, s. 28 vd.; **Lando**, s. 250 vd.

⁷⁷ **Cavers**, s. 151 vd.; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 544 vd.;

⁷⁸ **Ehrenzweig**, Treatise, 152 vd.; **Whincop**, M. J./ **Keyes**, M. (2001), Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws, Aldershot: Ashgate, s. 16 vd.

⁷⁹ **Ehrenzweig**, Treatise, 308 vd; **Fawcett/ Carruthers**, s. 32; **Nomer**, s. 59; **Menekşe**, s.526.

⁸⁰ **Ehrenzweig**, A. A., “The Lex Fori, Basic Rule in The Conflict of Laws”, 58 Mich. L. Rev. (1960), s. 637-688: 671 (“Basic Rule”); **Menekşe**, s.526.

⁸¹ Tarafların kendi menfaatlerine en çok yaklaşan hukuka sahip devletin mahkemelerine başvurmak istemeleri şeklinde açıklayacağımız *forum shopping*, uyuşmazlığın tüm tarafları için adaletli sonuç ortaya çıkarmadığı müddetçe hukuk düşünürleri tarafından eleştirilen bir müessese olmuştur: **Fawcett/ Carruthers**, s. 32.

açacağı, hem de hâkimlerin milletlerarası toplum hayatına ve milletlerarası adalete uygun kararlar vermelerini güçleştireceği ifade edilmiştir⁸². Öte yandan *Ehrenzweig*'in geleneksel kanunlar ihtilâfi kuralları yerine, en uygun yer mahkemesi doktrinini önermesi, ABD hukuku bakımından uygulanma kabiliyeti taşısaya bile, kıta Avrupası hukuk çevresi bakımından uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir⁸³.

Currie'nin görüşlerini incelemeden önce, teorisini oluştururken faydalandığı ABD Federal Anayasası'nın temel prensiplerine değinmek gerekir⁸⁴. Bu anayasal prensipler; «*the full faith and credit clause*», «*the due process of law clause*», «*the equal protection of laws clause*», «*the privileges and immunities clause*» larıdır⁸⁵. Bu prensipler, ABD'yi oluşturan federe devletler arasındaki ilişkiler açısından önem taşır. Ancak bunlardan özellikle «*The due process of law clause*» ve «*The equal protection of laws clause*» prensipleri,

⁸² Menekşe, s. 526.

⁸³ Kegel, s. 236.

⁸⁴ ABD'nde kanunlar ihtilâfi meselesine anayasal düzeyde önem verilmektedir. Bilindiği gibi ABD, federal bir devlettir. Federal devleti oluşturan her federe devletin özel hukuka ilişkin farklı düzenlemeleri olabileceğinden, bir federe devletin hukukunun diğer bir federe devlette uygulanmasında sorunlar çıkması mümkündür. İşte ABD Federal Anayasası'nda, bu tür sorunların aşılmasında kullanılan ve aynı zamanda federe devletlerin haklarını tayin eden bir takım temel prensipler vardır.

⁸⁵ **The full faith and credit clause**, ABD. Anayasası'nın m. IV/ 1. fıkrasında yer almaktadır (“Full Faith and Credit shall be given in each State to the Public Acts, Records and Judicial Proceedings of every other State”). Bu ilkeye göre, her federe devlet, diğer tüm federe devletlerin kamu faaliyetlerine, resmî kayıtlarına ve adli yargı usullerine tam güven ve geçerlik tanıyacaktır. Buna göre, bir devletin kendi yetkisi dâhilinde yapmış olduğu tasarruflar ile mahkemelerinin vermiş olduğu kararlara, diğer devletlerin gerekli saygıyı göstermek ve aynı etkiyi tanımak yönünde yükümlülükleri vardır.

The due process of law clause, ABD. Anayasası'nın m. XIV/ 1. fıkrasının ikinci cümlesinde yer almaktadır (“nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”). Bu ilkeye göre, hiçbir devlet, yürürlükte bulunan hukuk kuralları dışında bir kimseyi hayat, özgürlük ve mülkiyet hakkından mahrum bırakamaz. Bu prensip gereği, kişilerin dâva edebilme ve yargılanma (savunma) hakkına riayet edilmelidir.

The equal protection of laws clause, ABD. Anayasası'nın m. XIV/1. fıkrasının son cümlesinde yer almaktadır (“nor shall any states deny to any person within its jurisdiction the equal protection of laws”). Bu ilkeye göre, hiçbir devlet, hiçbir kimseyi yargı önünde, kanun hükümlerinin himayesinden eşit olarak faydalanma hakkından mahrum bırakamaz. Bu ilke gereği herkes kanun önünde eşit olup, bireyler arasında, hukukî ve kanunî himayeden faydalanma konusunda fark yaratılamaz.

The privileges and immunities clause, ABD Anayasası'nın m. IV/2. fıkrasının ilk paragrafında yer almaktadır (“The citizens of each state shall be entitled to all privileges and immunities of citizens in the several states”). Bu ilkeye göre, her federe devletin vatandaşı, diğer federe devletlerde vatandaşlara tanınan bütün imtiyaz ve muafiyetlerden yararlandırılmalıdır.

sadece ABD federe devletlerinin değil, dünya üzerindeki tüm devletlerin bağlı kalması gereken evrensel hukuk ilkeleri niteliğinde olmasından dolayı, ABD dışında (yabancı) devlet vatandaşlarına da uygulanması mümkündür⁸⁶.

Bu anayasal prensipler, *Currie*'nin anladığı manada, uygulanacak hukukun tespitinde devletlerin aşırı egoist tutumlarını kontrol altına alma işlevini yerine getireceklerdir. *Currie*'ye göre, anayasal ilkelere hareketle bir olayda *for* devleti hukukunun ya da yabancı bir devletin hukukunun uygulanmasına karar verilirken mutlaka ilgili devletlerin menfaatleri araştırılmak gerekir. Sonuçta, kendi maddi hukukunun uygulanmasında meşru bir menfaati olan devletin hukukuna başvurulması doğru olacaktır⁸⁷.

Klâsik sistem olarak adlandırılan kazanılmış haklar kuramına, en ağır eleştirileri *Currie* getirmiştir. *Currie*, 1963 yılında yayımlanan *Selected Essays on The Conflict of Laws* adlı eserinde klâsik sisteme karşı ağır bir tutum sergilemiş ve sistem hakkında çok sert ifadeler kullanmıştır⁸⁸. O'nun düşüncesine göre, bağlama kuralları olmasa çok daha iyi olacaktır⁸⁹. *Currie*, klâsik sistemin kavramcı, akıl dışı, katı, faydasız, suni, saçma, keyfî, gizemli, mekanik ve safsata olduğunu, adilane işlemediğini ve işleminin de mümkün olamayacağını ifade etmiştir⁹⁰. *Currie*'ye göre, kazanılmış haklar kuramının en önemli eksikliği, millî mahkemede tanınması ve korunması istenen hakkın, yabancı ülkede kazanılmış hak olduğunun tayininde, (yetkili) yabancı kanunun tespit edilmesinde nasıl bir yol izleneceği hususuna, kuramın tatmin edici bir cevap bulamamasıdır⁹¹.

Klâsik sistemin mekanik ve suni olmasının nedenlerini soyut bağlama kurallarından hareket etmesinde gören *Currie*, bağlama kuralları reddedildiği takdirde, vasıflandırma, atıf, kamu düzeni gibi genel esaslara gerek kalmayacağından, bunların varlığını kabul etmemektedir⁹². O'na göre, vasıf ihtilâflarının bizatihi kendisi, halledilmesi gereken bir sorundur; atıf da gereksiz ve değeri olmayan bir müessesedir. Öte yandan devlet, çıkarı olan her

⁸⁶ Menekşe, s. 538.

⁸⁷ Menekşe, s. 539.

⁸⁸ Morris/ McClean/ Abou-Nigm, s. 546; Lando, s. 252.

⁸⁹ Currie, B. (1963), *Selected Essays on The Conflict of Laws*, Durham, North Carolina, s.183 (Selected).

⁹⁰ Currie, Selected, s. 138-140, 161, 178-180, 185-187; Morris/ McClean/ Abou-Nigm, s. 546.

⁹¹ Göğer, Çağdaş Akımlar, s. 31.

⁹² Göğer, Çağdaş Akımlar, s. 33 vd.; Morris/ McClean/ Abou-Nigm, s. 547.

yerde kendi kanunlarını bir bütün olarak uygulayacağına göre, kamu düzeni ve ön sorun kavramlarına da ihtiyaç yoktur.

Amerikan pragmatizminin ve sosyolojik akımların etkisi altında kalan *Currie*'nin ileri sürmüş olduğu devlet menfaatinin tahlili metodu, kanunlar ihtilâfi alanındaki problemleri, klâsik sistemde yer alan bağlama kurallarına başvurmaksızın çözebileceğini öngören radikal bir metottur⁹³. *Currie*'nin nazariyesi, devlet menfaatini “*govermental interest*”i esas almaktadır. Devletler, hukuk kurallarını belli bir amacı veya siyaseti gerçekleştirmek için vaz'ederler. Devletin hedeflediği bu siyaset veya amaç, ekonomik, toplumsal ve hatta yönetsel olabilir. Devletin, hukuk kuralları ile hedeflediği siyaseti veya amacı gerçekleştirebilmesi için, mevcut hukuk kurallarının, kapsamlarına giren her olayda, bu olay yabancı unsur içerse bile, uygulamasında menfaati vardır⁹⁴.

Currie'nin teorisinin anlaşılabilmesi bakımından, *Currie*'nin yoğun şekilde eleştirdiği 1961 tarihli *Haag v. Barnes* davası⁹⁵ üzerinde ayrıca durmak gerekir. Keza bu davada *Currie*, uyumsuzlukla ilgisi olan devletlerin nafaka konusundaki yasama siyasetlerinin karşılaştırılmasına vurgu yapmıştır.

⁹³ Felix/Whitten, s. 188 vd.

⁹⁴ Currie, Selected, s. 62; Whincop/Keyes, s. 17 vd.; Hay, P. (2005), Conflict of Laws (Black Letter Outlines), Fifth Edition, St. Paul, Minn.: Thomson/West, s. 202 vd.; Symeonides, S. C., “General Report”, Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?, London: Kluwer Law International 1998, s. 3-79: 13 vd. (“General Report”).

⁹⁵ Söz konusu davada, davalı ile davacı kadın aralarında yaptıkları bir sözleşme ile davalı, evlilik dışı çocuğu için ayda 275 dolarlık bir nafaka ödemeyi taahhüt etmiştir. Davacı kadın ve çocuğu *New York*'ta ikamet etmekte iken, davalı, *Illionis*'de ikamet etmekte olup, sözleşme *Illionis*'de kurulmuştur. İlgili *New York* kanununa göre davalı daha fazla nafaka ödemekle yükümlü olup, kamu düzeni müdahalesi nedeniyle *Illionis*'de imzalanmış olan bu anlaşma geçersiz olmalıdır. Davaya bakan mahkeme elindeki verilere göre, olayın en sıkı şekilde bağlılığının *Illionis* ile olduğunu kabul ederek, *Illionis* kanununu uygulamış ve sözleşmeyi geçerli kabul etmiştir. Mahkeme, *Illionis* kanununa göre geçerli olan sözleşmenin, *New York*'da icra edilmesinin *New York* kamu düzenini ihlâl etmediğini, çünkü sözleşmede yeterli miktarda bir nafakanın taahhüt edilmiş olduğunu kabul etmiştir. *New York* mahkemesinin bu kararını, *Currie*, kendi kuramından hareketle eleştirmiştir. *Currie*, bu davada *New York* kanununun uygulanması gerektiğini, iki federe devletin kanunlarının siyaset yaklaşımının farklı olduğunu, evlilik dışı çocukların korunması politikasının *Illionis* kanununun uygulanmasına engel olacağını belirtmiştir. Zira *Currie*'nin kuramına göre, her iki devletin de aynı türden menfaati çatıştığında, davaya bakan mahkemenin tabi olduğu devletin (*for* devletin) kanunu uygulanacaktır. *Currie*, sözleşmenin geçerliliğini, her iki devletin güttükleri siyasetlerinin karşılaştırılması neticesine bağlamıştır. Dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Currie/ Kay/ Kramer/ Roosevelt, s. 225-226; Çelikel, “Metot”, s. 242.

Currie 'ye göre, bir devletin kanununu uygulamakta menfaati olduğunun söylenebilmesi için, bu kanun ile devletin güttüğü amaç veya siyasetin meşru ve makul olması gereklidir⁹⁶. Zira devletin, milletlerarası anlayışa göre makul ve meşru olmayan amacını veya siyasetini gerçekleştiren kanunlarını, yabancı unsur içeren olaylara uygulamak doğru olmaz⁹⁷.

Currie 'ye göre, kanunlar ihtilâfı alanındaki temel sorun, farklı devletlerin çatışan menfaatlerinin telifi veya bu menfaat çatışmasının çözümüdür⁹⁸. *Currie* 'nin metodu temel başlıklarla şöyledir:

➤ Mahkemenin, yabancı unsur içeren davalar da dâhil, mutad olarak *for* kanunlarında yer alan maddi hukuk kurallarını uygulaması beklenmelidir.

➤ Mahkemeden yabancı bir devletin kanununa başvurusu istendiğinde, mahkeme, öncelikle *for* kanunlarındaki devletin siyasetini tespit etmelidir. Daha sonra, olay ile *for* devleti arasındaki ilişkiye, devletin, tespit edilen siyasetini uygulamakta meşru bir çıkarının bulunup bulunmadığı, alışlagelen yorum metotlarıyla araştırılmalıdır.

➤ Mahkeme, gereken hallerde, aynı yöntemle yabancı kanunda ifadesini bulan siyaseti ve yabancı devletin bu siyaseti uygulamada çıkarının bulunup bulunmadığını tespit etmelidir.

➤ *For* devletinin kendi siyasetini uygulamakta çıkarı olmadığını ve fakat yabancı devletin çıkarı bulunduğunu tespit eden mahkeme, yabancı kanunu uygulayacaktır.

➤ Yabancı devletin çıkarının bulunmaması halinde ise mahkeme, kendi kanunlarını uygulayacaktır⁹⁹.

Bu sıralamada açıkça görülmektedir ki, *for* devleti dışında iki yabancı devletin kanunları arasında meydana gelen çatışmada nasıl bir yol takip edileceği hususu eksik kalmaktadır. *Currie* bu eksikliği, sonradan yazdığı bir makalesinde özel olarak teklif ettiği *Restatement* projesinde açıkça hükme bağlayarak gidermektedir¹⁰⁰. *Currie* 'nin bu teklifindeki düşüncesi

⁹⁶ *Currie*, Selected, s. 153, 167, 183; *Göğer*, Çağdaş Akımlar, s. 36.

⁹⁷ Ancak, *Currie* 'nin meşru çıkar "*legitimate interest*" ve makul sebep "*reasonable basis*" olarak ifade ettiği bu kavramların, kanunlar ihtilâfı yönünden ifade ettiği anlam belirsiz olup, *Currie* tarafından açıklığa kavuşturulamamıştır. Keza bu belirsizlik, milletlerarası arenada hangi kanunların uygulanma kabiliyetine haiz olduğunun bilinmesine engel olmaktadır. *Göğer*, Çağdaş Akımlar, s. 36.

⁹⁸ *Currie*, Selected, s. 163.

⁹⁹ *Göğer*, Çağdaş Akımlar, s. 38.

¹⁰⁰ *Currie*, B., "Comments on *Babcock v. Jackson*", Col. L. Rev., Vol. 63, 1963, s. 1233-

ve sıralaması öncekilerin tekrarı olmakla beraber, yenilik şu yönde kendini göstermektedir:

➤ Mahkeme, iki devlet arasındaki açık çatışmayı tespit ettiğinde, durumu tekrar gözden geçirmelidir. Devletlerden her birinin politikası veya çıkarımı daha sınırlı ve ölçülü yorumlama suretiyle ihtilâfi bertaraf etmelidir. Şayet mahkeme, yeniden tetkik sonunda iki devletin çıkarları arasındaki çatışmayı kaçınılmaz bulursa *for* kanunlarını uygular.

➤ *For* devletinin çıkarı bulunmadığı ve farklı iki yabancı devlet kanunları arasındaki çatışma bertaraf edilemediği hallerde mahkeme, davaya bakmaktan kaçınmayacağına göre, *for* kanunu, daha isabetli bir yol ileri sürülmediği sürece uygulamalıdır.

Currie 'nin görüşleri gerek doktrinde, gerek uygulamada önemli ölçüde dikkate alınmakla beraber, Amerikalı ve Avrupalı müellifler tarafından şiddetli bir şekilde eleştirilmiştir¹⁰¹. *Currie* 'nin teorisini eleştiren hukukçuların üzerinde en çok durdukları husus, kanunlar ihtilâfi hukukunun aslında devletlerin menfaati ile değil, kişilerin menfaatleri ile ilgilendiği yönünde olmuştur¹⁰². Devlet menfaatinin tahlili metodu, devletlerin egemenliği ilkesine gereğinden fazla önem verirken, bireyler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın tarafı ve aynı zamanda adaletin gerçekleşmesi yönünde güçlü menfaatleri olan bireyleri göz ardı etmektedir¹⁰³.

Currie 'nin metodunda bir şekilde hâkimin hukuku (*lex fori*) hep ön plâna çıkmaktadır¹⁰⁴. Özellikle, bir devletin kendisinin taraf olmadığı uyuşmazlıklarda, kendi kanununa başvurulmasında bir menfaatinin olmasını anlamak mümkün değildir¹⁰⁵. Gerçek anlamda bir kanunlar ihtilâfi sorununun söz konusu olduğu durumlarda uygulanacak kanunun tespiti tamamen davacının inisiyatifine kalmaktadır. Davacı uyuşmazlığa uygulanmasını istediği kanunun yürürlükte olduğu devlette dava açarak bu sonucu elde edebilir. Doğaldır ki bu da *forum shopping* sorununu gündeme getirir¹⁰⁶.

1243: 1242 vd. ("Comments"); **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 548; **Göçer**, Çağdaş Akımlar, s. 38.

¹⁰¹ **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 548.

¹⁰² **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 548 vd.

¹⁰³ **Kegel**, s. 183 vd.

¹⁰⁴ **Reese**, W. L.M., "Discussion of Major Areas of Choice of Law", 111 Rec. des Cours, (1964/I), s. 315-417: 332 ("Discussion"); **Aygün**, s. 455.

¹⁰⁵ **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 549.

¹⁰⁶ **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 549; **Menekşe**, s. 551.

Currie, Metodunu Federatif Sisteme Sahip Olan Amerika'daki Federe Devletler Arasında Çıkan Uyuşmazlıklardan Hareket Ederek Geliştirmiştir. Bu Nedenle Currie'nin Metodunun Uluslararası Düzeyde Uygulanması Güç Olmakla Birlikte Karmaşık Milletlerarası Özel Hukuk Problemlerine Çözüm Getirmekten De Uzak Olduğu Söylenbilir¹⁰⁷.

C. Wilis L. M. Reese ve II. Restatement

ABD kanunlar ihtilâfi hukuku doktrininde çağdaş akım olarak değerlendirdiğimiz, *Currie*, *Cavers* ve *Erenzweig*'in esasta aynı, ancak, farklı gerekçelere dayanan görüşleri, kazanılmış haklar kuramını esas alan *I. Restatement*'in otoritesini tamamen yıkmıştır. Öte yandan mahkemelerde de tek tek her olayın analizi yoluyla, bu yeni akıma paralel, emsal kararlar¹⁰⁸ ortaya çıkmaya başlamıştır. Kanunlar ihtilâfi alanındaki sorunlar, gerektiğinde somut olayın özellikleri de dikkate alınarak çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Ancak bu gelişme, gittikçe karmaşık bir hâl almıştır. İşte bu karmaşıklığın önüne geçmek ve yeni gelişmeye yol gösterici bir metin için 1965 yılında Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından *II. Restatement*'in¹⁰⁹ hazırlıklarına başlanmış ve çalışmaların baş raportörlüğüne de **Willis L. M. Reese** getirilmiştir¹¹⁰.

II. Restatement ile tarafların uygulanacak hukuku seçmelerine sıcak bakmayan *I. Restatement*'in anlayışı yıkılmıştır¹¹¹. Aynı zamanda *II.*

¹⁰⁷ Kegel, s. 196; Morris/ McClean/ Abou-Nigm, s. 549; Menekşe, s. 557.

¹⁰⁸ Bu kararlar içerisinde en önemlilerinden biri, *Babcock v. Jackson* davasında New York temyiz mahkemesinin vermiş olduğu karardır. Bu karar ile *I. Restatement*'da ifadesini bulan haksız fiiller alanındaki *lex loci delicti* (ika yeri) klasik bağlama kuralı mutlak olarak uygulanan kural olmaktan çıkmıştır: Symeonides, S. C. (2008), American Private International Law, The Netherlands: Kluwer Law International (American PIL), s. 108 vd.; Felix/Whitten, s. 430, dn. 2; Turhan, s. 68-72. *Hagg v. Barnes*; *Tooker v. Lopez*; *Neumeier v. Kuehner*; *Schultz v. Boy Scouts of America, Inc.*; *Pritchard v. Noron*; *Siegelman v. Cunard White Star Ltd.*; *Chesny v. Marek*; *Lilienthal v. Kufman*; *Wood Bros Homes, Inc. v. Walker Adjustment Bureau*; *Phillips v. General Motors Corp.* gibi davalarda verilen kararlar başta olmak üzere çağdaş akımı temsil eden bu kararlar için bkz.: Currie/ Kay/ Kramer/ Roosevelt, s. 91 vd.; Brilmayer, L./ Goldsmith, J. (2002), Conflict of Laws: Cases and Materials, Fifth Edition, New York: Aspen Law & Business, s. 181 vd. (Cases and Materials).

¹⁰⁹ Şunu ifade edelim ki, yarı resmî kod niteliğinde olan *Restatement*, yargıçlar açısından yol gösterici bir metin olup, bağlayıcılığı yoktur. Önüne gelen olayda yargıç, *Restatement*'in çözüm tarzını benimseyip, gerekçesinde gösterebileceği gibi, *Restatement*'dan farklı bir sonuca da ulaşabilir, ancak bu durumda gerekçesi doğal olarak daha ayrıntılı olacaktır.

¹¹⁰ Felix/Whitten, s. 205.

¹¹¹ Blom, J.: "Choice of Law Methods in the Private International Law of Contract (Part II)", The Canadian Yearbook of International Law, 1979, s. 206-246: 228.

Restatement'ın kuramsal çatısını oluşturan *Reese*'in geliştirmiş olduğu en sıkı ilişkili kanun (*the law of the most significant relationship*) metodu, hem Anglosakson, hem de kıta Avrupası hukuk sistemlerini özellikle sözleşmeler alanında olmak üzere önemli ölçüde etkilemiştir¹¹².

Reese'e göre, kanunlar ihtilâfi hukuku alanında hâkimlere yardımcı olmak amacıyla açık, kesin ve objektif bağlama kuralları yaratılmalıdır¹¹³. Bu bağlama kurallarının elde edilmesi birbirini takip eden aşamalarda mümkün olup, öncelikle belli bir hukuki uyumsuzluk kategorisinin altında yatan (amaç, sosyal fonksiyon, devlet menfaati gibi) yasama siyasetlerinin değerlendirilerek söz konusu uyumsuzluk kategorisi hakkında belli bir yaklaşıma ulaşımlası gerekmektedir¹¹⁴.

Reese, hukuki uyumsuzluk kategorilerinin temelinde yatan yasama siyasetlerinin değerlendirilmesinde hâkimlerin dikkate almak zorunda olduğu kanunlar ihtilâfi hukuku değerlerini **II. Restatement**'ın 6. paragrafında yer vermiş bulunmaktadır¹¹⁵. Bu değerler, söz konusu paragrafın 2. fıkrasında 7 bent halinde sıralanmış olup, bunlar arasında öncelik sonralık ilişkisi bulunmamaktadır¹¹⁶. Ancak burada önem arz eden husus, hâkimlerin her daim, olayla ve taraflarla en sıkı ilişki içinde olan kanunu tespit etmek zorunda olmalarıdır¹¹⁷. Paragrafın metni aşağıda yer almaktadır:

II. Restatement § 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,*

¹¹² **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 555; **Çelikel**, MÖH, s. 57 vd.

¹¹³ **Reese**, W.L.M., "Conflict of Laws and the Restatement Second", 28 Law and Contemporary Proplems (1963), s. 679-699: 681 ("Restatement Second").

¹¹⁴ **Reese**, W.L.M., "General Course on Private International Law", 150 Rec. des Cours, (1976/ II), s. 1-193: 50 vd. ("General Course").

¹¹⁵ **Blom**, s. 226 vd.; **Güngör**, G. (2007), Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 45 (Yakınlık Yaklaşımı); **Turhan**, s. 78.

¹¹⁶ **Hay**, P. (2005), Conflict of Laws (Black Letter Outlines), Fifth Edition, St. Paul, Minnesota: Thomson/West, s. 210.

¹¹⁷ **Reese**, "General Course", 50-51; **Turhan**, s. 79.

(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 hukuki alanın altında yatan temel yasama siyasetlerinin dikkate alınması,

(f) Hukuki kesinlik, öngörülebilirlik ve milletlerarası karar uyumunun sağlanması,

(g) Uyuşmazlığa uygulanacak kanunun saptanmasının ve bu kanunun uygulanmasının kolaylaştırılması rol oynayacaktır¹¹⁸.

Altıncı paragraftaki bu ilkeler, uygulanacak hukuka ilişkin mahkemenin kendi devletinin hukuki düzenlemeleri başta olmak üzere takip etmek durumunda kalacağı bir ana metni ifade etmektedir¹¹⁹. Bu ilkeler ile hâkime, kanunlar ihtilâfi meselelerini çözüme kavuştururken ilkelerin bir kısmını ya da tamamını göz önünde bulundurarak uyuşmazlığa uygulanacak bağlama kurallarını tespit etme serbestliği sağlanmıştır¹²⁰.

Reese'e göre, bağlama kurallarının elde edilmesi süreci içinde bir sonraki aşama, belli bir uyuşmazlık kategorisi hakkında genel bir ilkeye ulaşılması evresidir. Bu ilkeler birer bağlama kuralı niteliğinde olmayıp, belli bir konuda açık ve kesin bir bağlama kuralı elde edilinceye kadar hâkimlere yol gösterecek olan kurallardır. Nihayet, son aşama, bağlama kurallarının elde edildiği aşamadır. Daha önceki aşamalardan elde edilen verilerden hareketle, sadece belli bir uyuşmazlık kategorisinin tümü için değil, fakat bu uyuşmazlık kategorisine dâhil olan belli bazı özel uyuşmazlık türleri için bile açık ve kesin bağlama kuralları getirebilmek mümkündür¹²¹.

Herhangi bir kategorideki hukuki uyuşmazlığa uygulanacak bağlama

¹¹⁸ *II. Restatement*'in 6. paragrafında yer alan temel ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **Brilmayer/ Goldsmith**, *Cases and Materials*, s. 263; **Currie/ Kay/ Kramer/ Roosevelt**, s. 204 vd.; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 551-552; **Fawcett/ Carruthers**, s. 33; **Blom**, s. 226 vd.; **Brilmayer**, s. 74 vd.; **Güngör**, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 45 vd.; **Turhan**, s. 78; **Aygün**, 456 vd.

¹¹⁹ **Blom**, s. 227.

¹²⁰ **Güngör**, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 45.

¹²¹ **Reese**, "General Course", s. 52; **Fawcett/ Carruthers**, s. 35; **Turhan**, s. 79.

kuralı ile en âdil sonuca ulaşmayı amaç edinen en sıkı ilişkili kanun metodu, 1971 yılında yayınlanmış bulunan *II. Restatement*'ın kuramsal çatısını oluşturmuştur. Bu metod, klâsik kanunlar ihtilâfi hukuku metodu ile sosyolojik hukuk akımı yanlısı *Currie, Cavers* ve *Ehrenzweig* gibi hukukçuların metotları arasında bir denge, uzlaşma sağlamış bulunmaktadır¹²². Keza, en sıkı ilişkili kanun metodunun, klâsik bağlama kurallarına karşı katı bir tutum sergilemeyerek hukuki kesinliği ve güvenliği sağlamaya çalıştığı, diğer yandan sosyolojik hukuk akımı yanlısı hukukçuların görüşlerinin de dikkate alınmasının neticesinde klâsik metoda nazaran somut olayı da tahlil eden, yumuşak ve esnek bir metod olarak karşımıza çıktığını söyleyebiliriz¹²³. *Reese*, kanunlar ihtilâfi hukukunun normatif yapısını esnekletmiştir.

En sıkı ilişkili kanun metodunun, haksız fiillerde “ıka yeri”, akitlerde “ıfa yeri”, “ı’nikad yeri” gibi klâsik bağlama kurallarının uygulama alanını sınırlandırması bakımından kıta Avrupası hukuk çevresini de önemli ölçüde etkilemiştir. Bu etki, özellikle 20. yüzyılın son çeyreğinde had safhaya ulaşmış olup, günümüzde varlığını devam ettirmektedir. *Reese*'ın metodu, Avrupa Birliği düzenlemeleri dâhil pek çok ülkenin yeni kodifikasyonunda benimsenmiş bulunmaktadır¹²⁴.

D. II. Restatement'ta Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemeler, *II. Restatement*'ın sekizinci kısmında yer almaktadır. Bu düzenlemeler içerisinde özellikle tarafların hukuk seçimini düzenleyen 187. paragraf ile hukuk seçimi yokluğunda en sıkı ilişkili hukuku düzenleyen ve aynı zamanda sözleşmeler için genel nitelikte bir kural olan 188. paragraf üzerinde durmak gerekmektedir¹²⁵:

II. Restatement § 187. Tarafların Seçtiği Hukuk – Sübjektif Bağlanma

(1) *Tarafların sözleşmelerinde yer verdikleri açık bir hükümden hareketle çözüme kavuşturulabilecek bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, bu*

¹²² Turhan, s. 79 vd.

¹²³ Turhan, s. 80.

¹²⁴ Hatta İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun, *II. Restatement*'ın Kıta Avrupası versiyonu olarak görüldüğünü söyleyebiliriz: **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 555; **Fawcett/ Carruthers**, s. 35; **Turhan**, s. 80; **Nomer**, s. 62 vd.; **Çelikel**, MÖH, s. 60.

¹²⁵ **Little**, Laura E. (2013), *Conflict of Laws: Cases, Materials and Problems*, New York: Wolters Kluwer Law & Business, s. 412 vd.; **Symeonides**, *American PIL*, s. 225-226.

uyuşmazlığa ilişkin sözleşmelerinden doğan hak ve yükümlülükler, tarafların seçmiş oldukları devletin hukuku uygulanır.

(2) Tarafların sözleşmeden doğan haklarını ve yükümlülükleri için seçmiş oldukları devletin hukuku, somut olay tarafların sözleşmelerinde o konuya yönelik açık bir hükümle çözüme kavuşturulabilecek bir olay olmasa bile,

(a) seçilen devletin hukuku ile işlem veya taraflar arasında esaslı bir ilişki bulunmuyor ve tarafların seçiminin başka bir makul nedeni bulunmuyor veya

(b) seçilen hukukun uygulanması, somut olaya ilişkin, seçilen hukuktan daha önemli bir menfaate sahip olan ve 188. paragrafta göre, tarafların geçerli bir hukuk seçiminin bulunmaması halinde hukuku uygulananacak devletin temel politikasına aykırı olmadıkça uygulanacaktır.

(3) Aksi yönde bir ifade açıkça kullanılmadığı müddetçe gönderme, hukuku seçilen devletin maddi hukukudur¹²⁶.

Görülüyor ki, sözleşmeler alanında *II. Restatement*, sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlığa ilişkin olarak tarafların hukuk seçimine öncelikli olarak yer vermektedir¹²⁷. Elbette bu öncelik, sözleşmelerin temel karakteristiği olan irade serbestisi ilkesinin bir uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır. Hemen belirtelim ki, bu paragraf uyarınca seçilen hukuk, söz konusu hukuki olayın tümüne değil, tarafların sözleşmelerinde yer verdikleri kayıtlara ilişkin olarak ortaya çıkan hukuki sorun veya sorunlara uygulanacaktır. Hukuk seçimi açık veya örtülü olabilir, fakat farazi hukuk seçimi kabul edilmemiştir¹²⁸.

II. Restatement § 187/2, tarafların sözleşme serbestisinin sınırlarını aştığı durumları düzenlemektedir. Bu hüküm çerçevesinde değerlendirilebilecek hususlara örnek olarak, sözleşmenin şekli veya ehliyete ilişkin sorunlar verilebilir, taraflar bu konuları sözleşme ile kararlaştıramazlar. *II. Restatement* § 187/2 hükmünün, uyuşmazlık konusu hukuki işlem veya olay ile iki ya da daha fazla devletin, hukuklarının tatbik edilmesinde menfaatler arasında bir çatışma varsa uygulanacağı ifade edilmiştir. Aksi halde, tüm irtibat noktalarının tek bir devlette yerleştiği ve tek bir devletin menfaatinin bulunduğu durumlarda §

¹²⁶ Richman, W. M./ Reynolds, W. (2002), *Understanding Conflict of Laws*, Third Edition, USA: LexisNexis, s. 222 vd.; Brilmayer/ Goldsmith, *Cases and Materials*, s. 280; Güngör, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 32.

¹²⁷ Richman/ Reynolds, s. 223; Nygh, s. 12.

¹²⁸ Güngör, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 33.

187/2 hükmünün uygulanmayacağı kabul edilmektedir¹²⁹.

Taraflar sözleşme serbestisinin sınırlarını aşarak, sözleşmeleri bakımından çözüme kavuşturabilecekleri bir konu olmamasına rağmen, o konu hakkında hukuk seçimi yoluna gitmiş olabilirler. Buna rağmen seçtikleri hukukun uygulanabilmesi, bazı hususların gerçekleşmesini gerektirmektedir¹³⁰. Bunlardan ilki, seçilen hukukun taraflar ve işlem ile maddi yönden ilişkili olması gerekliliğidir. Maddi yönden ilişki, seçilen hukukun taraflar ve sözleşme ile yeterince yakın ilişki halinde bulunması olarak ifade edilmiştir. Ancak tarafların hukuk seçiminde makul bir temeli bulunuyorsa bunun da kabul edilebileceği belirtilmektedir (§ 187/2-a). Seçilen hukukun taraflar ve işlem ile esaslı yönden bir ilişkisi yoksa uygulanma kabiliyetini yitireceği açıktır. Bu durumda *II. Restatement*'ın sözleşmelerde objektif bağlanmaya ilişkin (§ 188 ve diğerleri) hükümlerine göre uygulanacak hukuk tespit edilecektir¹³¹.

Seçilen hukukun ayakta tutulabileceği diğer bir durum, § 187/2-b'de yer almaktadır. Buna göre, hukuk seçiminin, 188. paragrafa göre tespit edilen objektif sözleşme statüsü niteliğinde ve aynı zamanda tarafların seçtiği hukuka nazaran daha yüksek bir menfaati bulunan en sıkı ilişkili hukukun tâbi olduğu devletin temel politikalarını yansıtan kurallara (örneğin, tüketici sözleşmesinde zayıf tarafı korumayı amaçlayan kurallara¹³²) aykırı olmamalıdır¹³³. Bu durumda tarafların münferit konuya ilişkin seçmiş oldukları hukuk uygulanabilecektir. Eğer bu hususlar sağlanamıyorsa, bu defa tarafların seçtiği hukuk değil, 188. paragrafta düzenlenen ve çeşitli noktalardan hukuki ilişki ile en sıkı irtibatın bulunduğu hukukun uygulanması söz konusu olacaktır¹³⁴.

§ 187/3, taraflarca seçilen hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarını bertaraf ederek, olası atıf problemlerinin önüne geçmektedir. Buna göre, taraflar aksini kararlaştırmadıkları müddetçe, seçtikleri hukuka ilişkin gönderme, hukuku seçilen devletin sadece maddi hukuk hükümlerini işaret etmektedir.

¹²⁹ **Güngör**, Yakınlık Yaklaşımı, s. 34; **Richman/ Reynolds**, s. 223-224.

¹³⁰ **Little**, s. 430 vd.

¹³¹ **Blom**, s. 229; **Güngör**, Yakınlık Yaklaşımı, s. 34; **Richman/ Reynolds**, s. 224.

¹³² **Güngör**, G. (2000), Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 91, (Tüketici).

¹³³ **Hay**, s. 242; **Richman/ Reynolds**, s. 224-225; **Kocasakal**, H. Ö. (2001), Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, s. 99.

¹³⁴ **Güngör**, Yakınlık Yaklaşımı, s. 34; **Richman/ Reynolds**, s. 226; **Blom**, s. 229 vd.

Objektif sözleşme statüsüne gelecek olursak, bu yönde temel hüküm, 188. paragrafta yer almaktadır. Etkili hukuk seçimi bulunmayan hallerde, 188. paragrafta düzenlenen en sıkı ilişkili hukukun uygulanması söz konusu olacaktır¹³⁵. 188. paragraf, bütün sözleşmeler ile *II. Restatement*'ın sözleşmelere ilişkin kısmında düzenlenmeyen hususlar bakımından genel nitelikte ve nihai bir hükümdür. *II. Restatement*'ta sözleşmelere ilişkin tüm kısım için dayanak noktasıdır, denilebilir¹³⁶. Şimdi söz konusu paragrafı tahlil edelim:

II. Restatement § 188. Tarafların Geçerli Seçimi Bulunmadığı Hallerde Uygulanacak Hukuk – Objektif Bağlanma

(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 ikâmetgâhi, 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 uygulanacaktır¹³⁷.*

Restatement II'de sözleşme ile ilgili bazı hukuki sorunların çözümü için § 188'e gönderme yapılmıştır. Buna göre, sözleşme ehliyeti ve şekil dışında sözleşmenin geçerliliği ile ilgili tüm hukuki sorunlar (§ 200); hata, hile, ikrah (§ 201); hukuka aykırılık (§ 202); sözleşme terimlerinin yorumu (§

¹³⁵ **Güngör**, Tüketici, s. 91.

¹³⁶ **Symeonides**, American PIL, s. 226.

¹³⁷ **Brilmayer/ Goldsmith**, Cases and Materials, s. 281; **Richman/ Reynolds**, s. 228.

204); sözleşmeden doğan borçların niteliği ve kapsamı (§ 205) ve tazminatın hesaplanması (§ 207), § 188 uyarınca tespit edilen en sıkı ilişkili hukuka tâbidir¹³⁸.

187 ve 188. paragraflar ile *II. Restatement*'ın sözleşmeler kısmındaki diğer paragrafları birlikte değerlendirerek, 188. paragrafa ilişkin bir yol haritası belirleyelim. Taraflar aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmemiş olabilirler veya seçmiş oldukları hukuk, § 187/2'ye göre hüküm ifade etmiyor olabilir veya sözleşmeden doğan borç ilişkisine § 188'de öngörülen en sıkı ilişkili hukukun uygulanması zarureti ortaya çıkabilir. İşte tüm bu hallerde, 6. paragrafta yer alan rehber ilkelerin ışığında, sözleşme ve taraflarla ilgili çeşitli irtibat noktalarının, uyumsuzlıkla olan ilgi derecelerine göre değerlendirilmesiyle en sıkı ilişkili hukuk bulanacaktır¹³⁹.

§ 188/2'de sözleşme ve taraflar ile en sıkı ilişki içerisinde bulunan hukukun araştırılmasında dikkate alınabilecek yer ve şahıs bakımından irtibatlar yer almaktadır. Bunlar, sözleşmenin yapıldığı yer, sözleşmenin müzakerelerinin yapıldığı yer, ifa yeri, sözleşmenin konusunun bulunduğu yer, tarafların ikametgâhı, meskeni, vatandaşlığı, tüzel kişilik kazandığı yer ve işyeridir¹⁴⁰. Bu irtibatlar muhtemelen sözleşme ve tarafları bakımından en önemlileri olup, sınırlı sayıda değildir. Bunlar asgari irtibatlar olup, sözleşme ve taraflarla ilgili diğer irtibatlarla birlikte, hukuki sorun bakımından sahip oldukları önem derecelerine göre değerlendirmede dikkate alınacaklardır. Dolayısıyla asgari irtibatların § 188/2'de anılma sıralaması bunların önem derecelerine işaret etmez¹⁴¹.

§ 188'de düzenlenen en sıkı ilişkili hukuk metodu, iki yanlı, tarafsız ve objektif bir yöntemdir. Bu yöntem, gerek sözleşmeye, gerek sözleşmenin taraflarına ilişkin § 188/2'de yer alan irtibatların uyumsuzluk bakımından taşıdıkları önemin, 6. paragrafta yer alan rehber ilkelerin ışığında, tarafsızca değerlendirilmesi esasına dayanmaktadır. Aynı zamanda metot, taraflardan

¹³⁸ Ancak § 188'e gönderme yapılmadığı halde, sözleşmeden doğan hakların temliki (§ 208), temlik eden ile temlik alanın karşılıklı hak ve yükümlülükleri (§ 209), temlikin borçlu üzerindeki hukuki sonuçları (§ 210), birden fazla temlikte öncelik sorunu (§ 211), taraflardan birinin veya her ikisinin fiiliyle ifadan başka sebeplerle ibra (§ 212/1) ve teminatın serbest bırakılmasına ilişkin bazı hukuki sorunlar (§ 213/1) da yine § 188'e göre tespit edilen en sıkı ilişkili hukuka tâbi olacaktır: **Güngör**, Yakınlık Yaklaşımı, s. 35-36.

¹³⁹ **Symeonides**, American PIL, s. 226; **Blom**, s. 231; **Richman/ Reynolds**, s. 230; **Güngör**, Yakınlık Yaklaşımı, s. 36.

¹⁴⁰ **Güngör**, Tüketici, s. 91.

¹⁴¹ **Güngör**, Yakınlık Yaklaşımı, s. 38.

birinin menfaatinin diğerine üstün tutulmasını amaç edinmez. Keza hâkimin yapacağı değerlendirme sonucunda en sıkı ilişkili hukuk olarak tespit edilen hukuk, hem sözleşmenin tarafları, hem de sözleşme ile en yakın ilişkili olduğu düşünülen hukuktur¹⁴².

En sıkı ilişkili hukukun tespiti bakımından örnek olması amacıyla, ABD’nde bir davaya konu olan ve *II. Restatement* § 188’e göre çözüme kavuşturulan uyuşmazlığı tahlil edelim: *A.M. Capen’s Co. v. American Trad. & Prod. Corp.* (1996) davasında, davacı distribütör şirket, bir *New Jersey* ortaklığı olup, davanın diğer tarafı olan üreticinin distribütörlük sözleşmesinin münhasır (tek satıcı) niteliğine son vermesinin, Porto Riko Satıcı Kanununu ihlal ettiği iddiasıyla açmış olduğu davada tazminat talep etmiştir. Taraflar aralarındaki uyuşmazlık için hukuk seçimi yoluna gitmemişlerdir. Davacı, Porto Riko’da işyeri, deposu, çalışanları olmamasına rağmen, müşteri siparişlerini almak üzere çalışanlarını düzenli olarak oraya göndermektedir. Davaya bakan mahkeme, söz konusu uyuşmazlığın hem sözleşme, hem de haksız fiil niteliğinin bulunduğu, davacının tek satıcı olarak dağıtıcılık faaliyeti nedeniyle sözleşmenin konusunun Porto Riko’da yerleşmiş bulunduğu kanaatine ulaşmıştır. Davacının tek satıcı olarak dağıtıcılık faaliyetinin Porto Riko’da sonlandırılmış olması, bu yerin aynı zamanda ihlal yeri olduğunu göstermektedir. Öte yandan mahkeme, Porto Riko hukukunun olaya uygulanmasında kamu düzenine ilişkin yüksek menfaati bulunduğunu da tespit etmiştir. Netice olarak mahkeme, bu dava bakımından Porto Riko hukukunu baskın ve en sıkı ilişkili hukuk olarak tayin etmiştir¹⁴³. Görülmektedir ki mahkeme, bu davada öncelikle *II. Restatement*’ın 6. paragrafında yer alan, dava konusu uyuşmazlıkla ilgisi bulunan diğer devletlerin çıkarlarının korunması rehber ilkesini tahlil ederek, Porto Riko devletinin söz konusu uyuşmazlık alanına ilişkin temel politikalarını araştırmıştır. Mahkeme aynı zamanda § 188/2’de yer alan sözleşmenin konusunun bulunduğu yer irtibat noktasına yoğunlaşarak, yüksek menfaate sahip olan Porto Riko hukukunu, sözleşme ve taraflarla en sıkı ilişkiye sahip hukuk olarak tayin etmiş ve bu hukukun maddi hükümlerini olaya uygulamıştır.

Restatement II § 188/3’te en sıkı ilişkili hukuka yönelik olarak bir genel karine yöntemine yer verilmiştir. Söz konusu karineye göre, sözleşmenin müzakere edildiği yer ile ifa edileceği yer aynı devletin ülkesi içinde ise, *II. Restatement*’ın 189-199 ve 203. paragraflarında yer alan özel hükümler saklı kalmak üzere, bu devletin hukuku genellikle en sıkı ilişkiye sahip hukuk olduğu

¹⁴² Güngör, Tüketici, s. 92.

¹⁴³ Güngör, Yakınlık Yaklaşımı, s. 42.

kabul edilmektedir¹⁴⁴. § 188/3'teki genel karine adi nitelikte olup, aksi her zaman ispat olunabilir. § 188/3 uyarınca çakışma yeri devletinin hukukunun uygulanması ile elde edilecek amaç somut olayda gerçekleşmiyor ve sözleşme ile taraflarla yeterince ilgili değil ise, söz konusu adi karinenin çürütüldüğü kabul edilmektedir. § 188/3'te belirtilen irtibat noktalarının (sözleşmenin müzakere edildiği yer ile ifa yeri) somut olay bakımından önemini kaybettiği hallerde de genel karineden ayrılmak gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁵.

Restatement II'de § 188/3'teki genel karine dışında, bazı sözleşme tiplerine ilişkin özel karinelere de yer verilmiştir. II. *Restatement*'ın sözleşmelere ilişkin kısmında 188. paragrafı, dokuz farklı sözleşme tipi bakımından uygulanacak hukuku tayin eden ve özel bağlama kuralları olarak ifade edilen dokuz paragraf daha takip etmektedir (§ 189 - § 197)¹⁴⁶. Karine niteliğini taşıyan bu bağlama kurallarının ortak özelliği, göndermede bulunulan hukukun, kural olarak, düzenlenen konu ile en sıkı ilişkiye sahip hukuk olduğunun kabul edilmesidir¹⁴⁷. § 189 - § 197 arasında düzenlenen bağlama kuralları uyarınca tespit edilen hukuk, 6. paragrafta yer alan bağlama ilkelerinden hareketle, belirli bir konuya ilişkin başka bir devletin daha sıkı ilişkisinin bulunmadığı durumlarda uygulanacaktır. Eğer başka bir devletin sözleşme ile daha sıkı ilişkili olduğu tespit edilirse, söz konusu karine bertaraf edilecek, olay ile daha sıkı ilişkiyi sahip devletin maddi hukuku uygulanacaktır¹⁴⁸.

Bu özel bağlama kuralları arasında yer alan ve § 196'da düzenlenen hizmet verme sözleşmesine ilişkin ABD'nde mahkeme önüne gelen *Wood Brothers Homes, Inc. v. Walker Adjustment Bureau*¹⁴⁹ davasını inceleyelim: Kaliforniya'da ikamet eden davalı ile *Colorado*'lu yüklenici firma, davalının *New Mexico*'da sahibi bulunduğu apartman inşaatının marangozluk işlerinin yapılması hususunda anlaşmışlardır. Üç federe devlette süren müzakerelerin ardından sözleşme *Colorado*'da imzalanmış ve yüklenici firma işe başlamıştır. Yüklenici firmanın *New Mexico* için geçerli iş yapım ruhsatı

¹⁴⁴ Hay, s. 242; Symeonides, American PIL, s. 226; Güngör, Yakınlık Yaklaşımı, s. 43.

¹⁴⁵ *Restatement II*'nin § 198 (sözleşme ehliyeti), § 199 (şekil) ve § 203 (faiz)'e ilişkin hükümleri, *Restatement II* § 188/3'te istisna tutulmuş olmakla birlikte, bu hükümlerde yer alan bağlama kuralları, adi karine niteliğinde değildir: Güngör, Yakınlık Yaklaşımı, s. 43; dn. 116.

¹⁴⁶ Richman/ Reynolds, s. 226-227; Symeonides, American PIL, s. 226.

¹⁴⁷ Güngör, Yakınlık Yaklaşımı, s. 43; 62.

¹⁴⁸ Symeonides, American PIL, s. 226; Güngör, Yakınlık Yaklaşımı, s. 62.

¹⁴⁹ Dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Currie/ Kay/ Kramer/ Roosevelt, s. 221-228; Richman/ Reynolds, s. 227-228.

bulunmadığından, *New Mexico* 'lu yetkililer projeyi durdurmuştur. Sonrasında davalının sözleşmeyi iptal etmesi üzerine, yüklenici firma mahkemeye müracaat etmiştir. Mahkeme öncelikle *Restatement II* § 196'da yer alan özel karine niteliğindeki bağlama kuralını tahlil etmiştir.

§ 196'ye göre, hizmet vermeye ilişkin sözleşmenin geçerliliği ve bu sözleşmeden doğan haklar, belirli bir konuya ilişkin başka bir devletin daha sıkı ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, sözleşmeye göre hizmetin veya hizmetlerin büyük bir kısmının gerçekleştiği yer devletin hukukuna tâbidir.

Olaya tatbik edecek olursak, 196. paragrafta yer alan özel karine, yüklenici firmanın geçerli bir ruhsatı olmamasının haklı bir fesih nedeni olup olmadığı konusunda *New Mexico* hukukunu işaret etmektedir. Bu özel karine, ancak *Colarado* 'nun konuya ilişkin daha sıkı bir ilişkisinin bulunduğu durumda bertaraf edilebilir. Mahkeme özel karineyi kabul etmiştir. Mahkemeye göre, *Colarado* 'nun sözleşmeler hukuku bakımından çok önemli görülen ve aynı zamanda § 6. paragrafta yer alan, işlemin geçerliliği ve sonuçlarıyla alakalı tarafların haklı ve meşru beklentilerinin gözetilmesini öneren temel bağlama ilkesi açısından olayla güçlü bir ilgisinin bulunduğu söylenebilir. Ancak bu ilgi, 196. paragrafta düzenlenen özel karineyi bertaraf etmeye yetecek kadar güçlü değildir. Mahkeme, *New Mexico* 'nun kaliteli ve emniyetli inşaat yapılması yönündeki politikasına yoğunlaşmış ve onu, sözleşmede tarafların haklı beklentilerini korumayı amaçlayan *Colarado* 'nun politikasına üstün tutmuştur¹⁵⁰.

Mahkemenin kararını değerlendirecek olursak, eğer mahkeme *New Mexico* 'nun konuya ilişkin politikalarını doğru şekilde tespit ettiyse, bu karar haklı bir sonucu işaret edebilir. Keza bir devletin inşaat güvenliğiyle ilgili düzenleyici politikaları, diğer devletlerin daha genel nitelikte olan çıkarlarını sınırlayıcı niteliktedir. İnşaat yapımında ruhsat gerekliliği, aynı zamanda yabancı yüklenicilerden kaynaklanan rekabeti sınırlamak için tasarlanmış basit bir önlemdir. Her ne kadar sözleşme *Colarado* 'da imzalanmış olsa da, *Colarado* dışında icra edileceğinden, *Colarado* 'nun sözleşmeye ilişkin çıkarı, *New Mexico* 'nun çıkarına nazaran daha sınırlıdır. Ancak mahkemenin kararını verirken gerekçenin sağlam dayanaklara sahip olmaması eleştirilmiştir. Mahkeme, kararında her bir devletin ilgisinden bahsettikten sonra, onları sanki bir denge üzerine yerleştirmiş gibi görünerek ve yetersiz dayanak ile 196. paragrafta yer alan karinenin çürütülemeyeceğini tespit etmiştir¹⁵¹.

¹⁵⁰ Currie/ Kay/ Kramer/ Roosevelt, s. 221-222.

¹⁵¹ Currie/ Kay/ Kramer/ Roosevelt, s. 222.

SONUÇ

Kanunlar ihtilâfı hukukunda temel amaç, uyuşmazlıkla ilgisi bulunan hukuklardan, uyuşmazlığı en iyi ve en âdil şekilde çözecek hukuku tespit etmektir. Tarihi süreç içerisinde bu olguya yönelik oldukça farklı öneriler getirilmiştir. ABD kanunlar ihtilâfı doktrini de bu hususa gereğinden fazla önem vermiştir. Nitekim bu çalışmada *J. Story*'nin *comity* teorisi ile I. *Restatement*'ta ifadesini bulan ve her hukuki ilişki için soyut bağlama kurallarından hareket etmeyi öngören (klâsik sistem olarak da ifade edilen) kazanılmış haklar kuramı incelenmiştir. Keza, klâsik sistem yoğun eleştirilere maruz kalmış ve eski önemini kaybetmiştir.

Klâsik sisteme karşı gerek doktrinden ve gerekse tatbikattan gelen eleştiriler, ABD kanunlar ihtilâfı hukuku alanında yeni, çağdaş görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu görüşlerin üç önemli etkisinin olduğu kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, artık kazanılmış haklar kuramı ölmüştür. İkincisi, sözleşmenin yapıldığı yer, haksız fiilin gerçekleştiği yer gibi I. *Restatement*'in mekanik bağlama kuralları yumuşatılmıştır. Nihayet üçüncüsü, kanunlar ihtilâfı problemleri gerektiğinde somut olayın özellikleri de dikkate alınarak esnek bir şekilde çözüme kavuşturulması anlayışı yerleşmiştir. Nitekim bu yenilikçi akım, II. *Restatement*'in genel yapısına ve anlayışına yansımıştır.

W.L.M. Reese'in en sıkı ilişkili hukuk metodu, 1971 yılında yayınlanmış bulunan II. *Restatement*'in temel yapısını oluşturmuştur. Bu metot, herhangi bir kategorideki uyuşmazlığa uygulanacak bağlama kuralı ile en âdil sonuca ulaşmayı amaç edinmiştir. Bunun için, bağlama kuralının altında yatan unsurlar (amaç, sosyal fonksiyon, devlet politikası, vs.) tahlil edilmiş, bazı genel ilkelere ulaşılmıştır. Bu metodun klâsik ABD kanunlar ihtilâfı hukuku metodu ile sosyolojik hukuk akımı yanlısı *Currie, Cavers ve Ehrenzweig*'in metotları arasında bir denge, uzlaşma sağladığını söyleyebiliriz. Bu metodun etkisi sadece ABD ile sınırlı olmamıştır. Metodun getirmiş olduğu yakınlık yaklaşımı, başta kıta Avrupası ülke hukukları (özellikle İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu), AB hukuku düzenlemeleri ve Türk hukuku olmak üzere, kanunlar ihtilâfı hukukuna ilişkin pek çok ülkenin düzenlemesinde yerini almıştır.

II. *Restatement*'ta sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde subjektif bağlanmaya, başka bir ifadeyle tarafların hukuk seçimine (§ 187) öncelikli olarak yer verilmiştir. Bu düzenleme, sözleşmeler alanındaki irade muhtariyetinin karşılanması bakımından arzu edilen bir sonuçtur. Tarafların

sözleşme serbestisi sınırlarını aştığı durumları düzenleyen § 187/2’de, en sıkı ilişkili hukuk yaklaşımından faydalanılmıştır. Keza, taraflar § 187/1’de öngörülen sınırı aşarak hukuk seçimi yapmış olsalar bile, seçilen hukukun taraflar ve sözleşme ile yeterince yakın ilişki halinde olması gerekmektedir.

En sıkı ilişkili hukuk yaklaşımı esas itibariyle tarafların hukuk seçiminde bulunmadığı, objektif bağlanmada kendini gösterir. Bu yaklaşımın sözleşmelerden kaynaklananlar başta olmak üzere çeşitli uyumsuzluk tipleri bakımından uygulanacak hukuku tespit etmede metodolojik yönü bulunmakla birlikte, kuramsal yönünün de olduğu unutulmamalıdır. Keza uyumsuzluğa uygulanacak hukukun uyumsuzlukla en yakın ilişkili hukuk olduğu yönünde genel bir inanç bulunmaktadır. Kanunlar ihtilâfının hukukunun temel amacı, yabancılık unsuru taşıyan uyumsuzluğu adil şekilde çözüme kavuşturacak hukukun bulunması ve uygulanmasıdır. Ancak bu şekilde milletlerarası özel hukuk adaletine ulaşılabilecektir. Bu noktada bağlama kurallarının bir takım menfaatleri gözeterek oluşturulması gerekmektedir. ABD kanunlar ihtilâfı hukukunda II. *Restatement*’ın 6. paragrafı bu ihtiyacı karşılamaktadır. Çünkü 6. paragraf, uyumsuzluğun taraflarının menfaatlerini, uyumsuzluk konusu işlem ile alakalı menfaatleri, hukuki istikrar, düzen ve güvenlikle ilgili menfaatler ile uyumsuzlukla ilgili devletlerin menfaatlerini dikkate alarak çeşitli bağlanma (rehber) ilkelerini ortaya koymaktadır. Tarafların hukuk seçiminde bulunmadığı sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin olarak, uyumsuzluğun önüne geldiği mahkeme, gerek genel nitelikte bağlama kuralı (§ 188), gerekse karine niteliğindeki özel bağlama kuralları (§ 189 - § 197) söz konusu olsun, 6. paragrafta yer alan bağlanma ilkelerini dikkate almak zorundadır. 6. paragrafta yer alan rehber ilkelerin ışığında, § 188/2’de yer alan yer ve şahıs bakımından irtibat noktalarının uyumsuzlukla olan ilgi derecelerine göre değerlendirilmesiyle en sıkı ilişkili hukuk bulunacaktır. Eğer mahkeme önüne gelen uyumsuzluk, bazı özel sözleşme tipleri bakımından 189 ila 197. paragraflarda yer alan özel bağlama kurallarının kapsamına giriyorsa, 6. paragrafta yer alan bağlanma ilkeleri dikkate alınarak, bu defa söz konusu özel karinelerin çürütülüp çürütülemeyeceğini araştırılıp, uygulanacak hukuk tespit edilecektir.

KISALTMALAR

§	: Paragraf (madde)
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ALI	: American Law Institute
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz. (bkz.)	: Bakınız
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	: Cilt
Can. YIL.	: Canadian Yearbook of International Law
Col. L. Rev.	: Columbia Law Review
dn.	: Dipnot
DHH	: Devletler Hususi Hukuku
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
Mich. L. Rev.	: Michigan Law Review
MÖH	: Milletlerarası Özel Hukuk
n.	: Numara
PIL	: Private International Law
Rec. des Cours	: Recueil des Cours
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
USA	: United States of America
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume (Cilt)
vs.	: Ve saire

KAYNAKÇA^{152*}

ALTUĞ, Yılmaz, “Anglo-Amerikan Âleminin İlk Önemli Devletler Hususî Hukukçusu Joseph Story”, İÜHF.M., 1959, C. XXIV, S. 1-4, s. 63-75 (Story).

ALTUĞ, Yılmaz (1973), Devletler Hususî Hukuku, İstanbul (DHH).

AUDIT, Bernard, “A Continental Lawyer Looks at Contemporary American Choice-of-Law Principles”, 27 The American Journal of Comparative Law (1979), S. 4, s. 589-603.

AYGÜN, Mesut, “ABD Kanunlar İhtilâfî Hukukunda Akde Uygulanacak Hukuka İlişkin Currie’nin Devlet Menfaatinin Tahlili Teorisi ve En Sıkı İrtibatlı Hukuk”, Mahmut Tevfik Birsel’e Armağan, İzmir 2001, s. 443-460.

BATIFFOL, Henri (1955), Traité Élémentaire de Droit International Privé, Deuxieme Edition, Paris.

BERKİ, Osman Fazıl (1966), Devletler Hususî Hukuku, C. II: Kanun İhtilâfları, 6. Baskı, Ankara.

BLOM, Joost, “Choice of Law Methods in the Private International Law of Contract (Part II)”, The Canadian Yearbook of International Law, 1979, s. 206-246.

BRILMAYER, Lea (1995), Conflict of Laws, Second Edition, USA: Little, Brown and Company (Conflict).

BRILMAYER, Lea/ **GOLDSMITH**, Jack (2002), Conflict of Laws: Cases and Materials, Fifth Edition, New York: Aspen Law & Business (Cases and Materials)

CAVERS, David F., “Contemporary Conflicts Law in American Perspective”, 131 Rec. des Cours, (1970/III), s. 75-307.

CHEATHAM, E. E., “American Theories of Conflict of Laws: Their Role and Utility”, Harvard Law Review, 1944-45, s. 361-394.

CHEATHAM, E. E./ **GOODRICH**, H. F./**GRISWOLD**, E. N./**REESE**, W.L.M. (1957), Conflict of Laws Cases and Materials and 1961 Supplement, Fourth Edition, Brooklyn: The Foundation Inc.

¹⁵² Aynı yazara ait birden fazla eserden faydalanılmışsa, ayırt etmek için, esere ait künye metninin sonunda parantez içinde eserle ilgili anlamlı kısaltmaya yer verilmiştir.

CHESHIRE, G. C. (1961) Private International Law, Sixth Edition, London.

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, Lawrance, “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 2002, s. 89-110 (“Comity”).

COLLINS, Lawrance (2006), Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws, Fourteenth Edition, London: Sweet & Maxwell (Dicey, Morris and Collins).

COOK, Walter Wheeler (1949), The Logical and the Legal Bases of the Conflict of Laws, Second Edition, California: Harvard University Press.

CRAWFORD, E. B./ **CARRUTHERS**, J. M. (2010), Private International Law: A Scots Perspective, Third Edition, London: W Green.

CURRIE, Brainerd (1963), Selected Essays on The Conflict of Laws, Durham, North Carolina (Selected).

CURRIE, Brainerd, “Comments on Babcock v. Jackson”, Col. L. Rev., Vol. 63, 1963, s. 1233-1243 (“Comments”).

CURRIE, David P./ **KAY**, Herma Hill/ **KRAMER**, Larry/ **ROOSEVELT**, Kermit (2006), Conflict of Laws: Cases-Comments-Questions, Seventh Edition, USA: Thomson/West.

ÇELİKEL, Aysel, “Devletler Hususî Hukukunda Bağlama Kaidelerinin Tespitinde Uygulanan Yeni Bir Metod”, İÜHFİM, 1970, C. XXXV, S. 1-4, s. 231-248 (“Metot”).

ÇELİKEL, Aysel/ **ERDEM**, B. Bahadır (2014), Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 13. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi (MÖH).

DE NOVA, Rodolfo, “Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws”, 118 Rec. des Cours (1966/II), s. 443-622.

EHRENZWEIG, Albert A., “The Lex Fori, Basic Rule in The Conflict

of Laws”, 58 Mich. L. Rev., 1960, s. 637-688 (“Basic Rule”).

EHRENZWEIG, Albert A. (1962), *A Treatise on The Conflict of Laws*, St. Paul, Minn.: West Publishing Com. (Treatise).

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.

GÖĞER, Erdoğan (1971), *Devletler Hususî Hukukunda Çağdaş Akımlar*, Ankara (Çağdaş Akımlar).

GÖĞER, Erdoğan (1977), *Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfî Hukuku)*, 4. Baskı, Ankara (Kanunlar İhtilâfî).

GÖĞER, Erdoğan, “Kanunlar İhtilâfını Etkileyen Kuramsal Akımlar”, Osman Fazıl Berki’ye Armağan, Ankara 1977, s. 397-413 (“Kuramsal Akımlar”).

GRAVESON, R. H. (1960), *The Conflict of Laws, Fourth Edition*, London: Sweet & Maxwell Limited.

GÜNGÖR, Gülin (2000), *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Ankara: Yetkin Yayınları (Tüketici).

GÜNGÖR, Gülin (2007), *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*, Ankara: Yetkin Yayınları (Yakınlık Yaklaşımı).

GÜRKAN, Ülker (1967), *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara.

HAY, Peter (2005), *Conflict of Laws (Black Letter Outlines)*, Fifth Edition, St. Paul, Minn.: Thomson/West.

KOCASAKAL, Hatice Özdemir (2001), *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları.

KEGEL, Gerhard, “The Crises of Conflict of Laws”, 112 Rec. des Cours (1964/II), s. 95-263.

LANDO, Ole, “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 2002, s. 237-253.

LITTLE, Laura E. (2013), Conflict of Laws: Cases, Materials and Problems, New York: Wolters Kluwer Law & Business.

MENEKŞE, Ayhan M., “Devlet Menfaatinin Tahlili Metodu (Haksız Fiiller Alanından Örneklerle)”, Ernst E. Hirsch’in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 501-561.

MORRİS, J. H. C./ **MCCLEAN**, D./ **ABOU-NIGM**, V. R. (2012), The Conflict of Laws, Eighth Edition, London: Sweet & Maxwell.

NOMER, Ergin (2015), Devletler Hususî Hukuku, 21. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi.

NYGH, Peter (1999), Autonomy in International Contracts, Oxford: Clarendon Press.

O'BRIEN, J. (1999), Conflict of Laws, Second Edition, London: Cavendish Publishing Limited.

ÖKÇÜN, A. Gündüz (1997), Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, 2. Baskı, Ankara.

PILLET, Antoine, “Kara Avrupası Hukukunda Kanunlar İhtilâfi Nazariyesi (Çeviren: Hicri Fişek)”, AÜHFD., 1950, C. VII, S. 1-2, s. 250-281.

RABEL, Ernst (1958), The Conflict of Laws: A Comparative Study (Volume: I), Second Edition, Ann Arbor: Michigan Legal Studies.

REESE, Willis L.M., “Conflict of Laws and the Restatement Second”, 28 Law and Contemporary Proplems (1963), s. 679-699 (“Restatement Second”).

REESE, Willis L.M., “Discussion of Major Areas of Choice of Law”, 111 Rec. des Cours, (1964/I), s. 315-417 (“Discussion”).

REESE, Willis L.M., “General Course on Private International Law”, 150 Rec. des Cours, (1976/II), s. 1-193 (“General Course”).

RICHMAN, William M./ **REYNOLDS**, William (2002), Understanding Conflict of Laws, Third Edition, USA: LexisNexis.

SCHMITTHOFF, Clive M. (1954), The English Conflict of Laws, Third Edition, London: Stevens & Sons Limited.

SEVİĞ, M. R./**SEVİĞ**, V.R. (1962), Devletler Hususi Hukuku, 3. Baskı, İstanbul.

SEVİĞ, V. R. (1974), Kanunlar İhtilâfi (Yasama ve Yargılama Çatışmaları), 2. Baskı, İstanbul (Kanunlar İhtilâfi).

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.

SYMEONIDES, Symeon C., “General Report”, Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?, London: Kluwer Law International 1998, s. 3-79 (“General Report”).

SYMEONIDES, Symeon C. (2008), American Private International Law, The Netherlands: Kluwer Law International (American PIL).

TURHAN, Turgut (1989), Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfi Alanında İka Yeri Kuralı, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları.

WHINCOP, Michael J./**KEYES**, Mary (2001), Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws, Aldershot: Ashgate.

WOLFF, Martin (1950), Private International Law, Second Edition, Oxford: The Clarendon Press.

YNTEMA, Hessel E., “The Historical Bases of Private International Law”, Selected Readings Conflict of Laws, St. Paul Minn. 1956, s. 30-46.

YÖRÜK, Abdülhak Kemal (1950), Nazarî ve Amelî Devletler Hususî Hukuku, 2. Baskı, İstanbul.

_____ “About ALI and Publications”, American Law Institute (ALI): <<https://www.ali.org>>, (23.11. 2015).