

Türk ve Çin Milletlerarası Özel Hukuk Sistemlerinde Sözleşmelere İlişkin Düzenlemeler

Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

*Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı*

Giriş

Bu çalışmada, Çin'de ve Türkiye'de yerleşim yeri/işyeri bulunan gerçek veya tüzel kişi tacirler arasında yapılan bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın, Türkiye'de veya Çin'de açılan bir davaya konu olması halinde, uygulanacak hukukun tespiti bağlamında Çin ve Türk kanunlar ihtilafı kuralları arasında bir karşılaştırma yapılacaktır.

Çin'de 1949'dan sonra, hukuki hâkimiyetin mutlak olduğu düşüncesiyle ve yabancı etkisinden duyulan korku yüzünden yabancı hukukun uygulanmadığı; bu korkunun da temelde iki gerekçesinin bulunduğu belirtilmektedir: İlki, her devletin ülkesindeki hukuk sisteminin münhasıran o ülkede uygulanacağı ve hiçbir mahkemenin yabancı hukuku doğrudan uygulamayacağı konusundaki inanç; ikincisi ise Çin'in batısında yer alan ülkelerin, bu ülkeyi komünizmin etkisinden kurtarma düşüncesinde olduğu yönündeki ön yargılardan kaynaklanan yabancı karşıtlığı¹.

1980'lerden itibaren Çin'in ekonomik ve sosyal olarak diğer ülkelerle daha yakın ilişkiler kurması bu yabancı sendromunun etkisini azaltmış, özellikle son yıllarda artan yabancı yatırımlar Çin ekonomisinin vazgeçilmez kaynağı haline gelmiş, bunun doğal sonucu olarak da yabancı unsurlu özel hukuk ilişkileri çoğalmıştır².

Çin'de 2004 yılında, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların sayısının, yaklaşık %8 artışla 17.066 olduğu belirtilmektedir³. Ancak 2006 yılında yazılan bir makalede, mahkemelerin henüz yabancılık unsuru taşıyan

¹ ZHANG Mo, *Choice of Law in Contracts: A Chinese Approach*, HeinOnline, Northwestern Journal of International Law and Business, 26:289 (2006), (s. 289-334), s.300-301.

² ZHANG, s.301.

³ WANG Faye Fangfei, *Internet Jurisdiction and Choice of Law, Legal Practices in the EU, US and China*, Cambridge University Press, New York 2010, s. 133.

uyuşmazlıkları çözmeye hazır olmadıkları, bu konuda deneyim ve bilgilerin yetersiz olduğu, yabancı unsurlu uyuşmazlıkların sayısının çok fazla olmadığı, bunların çoğunun da Hong Kong ve Macao ile bağlantılı uyuşmazlıklar olduğu ifade edilmektedir⁴.

Eski bir İngiliz sömürgesi olan Hong Kong 1997 yılında, Portekiz sömürgesi olan Macao ise 1999 yılında Çin hâkimiyetine girmesine rağmen, bu bölgeler Çin Anayasasına göre, Özel İdari Bölgeler (*Special Administrative Region*) olarak kabul edilmekte ve kendi hukuk sistemlerini muhafaza etmektedirler⁵. Dolayısıyla bugün Çin Halk Cumhuriyeti'nde tek bir hukuk sistemi bulunmamakta, Hong Kong'da, İngiliz hâkimiyetinin etkisiyle *common law* sistemi, Macao'da Portekiz Hukuku temeline dayanan bir sistem, Çin'de ise sosyalist sistem yürürlükte bulunmaktadır⁶. Bu nedenle, Özel İdari Bölgeler ile bağlantılı uyuşmazlıklar da kanunlar ihtilafı sorunlarına yol açmaktadır.

Türkiye'de ise yurt dışına Türk işçilerinin yoğun bir şekilde göç ettiği, işgücü transferinin yaşandığı, dolayısıyla yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının sayısının arttığı 1960' lı yılların sonları ve 1970' li yılların başlarından itibaren yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıkların sayısında bir artış görüldüğü söylenebilir. Diğer yandan 1980' li yıllardan itibaren Türkiye'ye yapılan yabancı sermaye yatırımlarının artması da bu uyuşmazlıkların sayıca artmasına yol açmıştır.

Türkiye-Çin arasındaki ticaret hacminin son yıllarda gösterdiği artış, bu iki ülke ile bağlantılı uyuşmazlıkların sayısında da artışa yol açacaktır. Gerçekten de, dünyanın ikinci büyük ekonomisi olan Çin'in, Türkiye'nin Uzakdoğu Asya'daki en büyük ticaret ortağı ve dünyada üçüncü sırada ithalat yaptığı ülke olduğu; 2011 yılında Türk-Çin ticaret hacminin 24.16 milyar dolar olduğu; 2010 yılına kadar Çin'in Türkiye'deki yatırımlarının 390 milyon dolar olduğu, Türkiye'nin Çin'deki yatırım miktarının ise 120 milyon dolar olduğu ifade edilmektedir⁷. İki ülke arasındaki ticaretin ve karşılıklı yatırımların geldiği bu noktada, Türkiye-Çin bağlantılı uyuşmazlıkların da sayıca artacağı aşikârdır.

Uygulanacak hukukun tespiti sorunu, sözleşme ilişkisinde yabancılik unsurunun varlığı halinde karşımıza çıkar. Çin doktrininde, taraflardan en

⁴ ZHANG, s.332.

⁵ ZHANG, s. 298.

⁶ ZHANG, s. 299. Özel İdari Bölgeler'in kendilerine ait yüksek mahkemeleri (*Supreme Court*) bulunduğundan, Çin Yüksek Mahkemesinin bu bölgelerdeki mahkemeler üzerinde herhangi bir otoritesi bulunmamaktadır (ZHANG, s.299).

⁷ Türkiye-Çin İlişkilerinin 40 Yılı (1971-2011), s.19, [http://www.sde.org.tr/userfiles/file/Rapor_Turkiye-Cin_iliskilerinin_40_Yili_\(1971-2011\)_042012-son.pdf](http://www.sde.org.tr/userfiles/file/Rapor_Turkiye-Cin_iliskilerinin_40_Yili_(1971-2011)_042012-son.pdf) (08.06.2012).

az birisinin Çin vatandaşı gerçek veya tüzel kişi olmaması; sözleşme konusu malların Çin dışında bulunması veya sözleşmenin kuruluşu veya ifasının Çin dışında bir ülkede gerçekleşmiş olması gibi durumlarda, sözleşmenin yabancılık unsuru taşıyacağı ifade edilmektedir⁸. Türk Hukukunda ise genel olarak, tarafların vatandaşlığı, yerleşim yeri, sözleşmenin kurulduğu yer, sözleşme konusu malın bulunduğu yer, ifa yeri gibi unsurların Türkiye dışında bir ülke ile bağlantılı olduğu durumlarda sözleşmenin yabancılık unsuru taşıdığı kabul edilmektedir. Ancak bazı görüşlerde, sadece tarafların vatandaşlığı, yerleşim yeri veya sözleşmenin yapıldığı yer gibi kriterlerin yabancı ülke ile bağlantılı olmasının yeterli olmadığı, sözleşmenin farklı ülkeler arasında mal, hizmet veya para gibi ekonomik değerlerin transferini öngörmesi halinde yabancılık unsurunun varlığından bahsetmenin daha yerinde olacağı da ifade edilmektedir⁹.

I- Viyana Konvansiyonu'nun Uygulanabilirliği

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından 11 Nisan 1980 tarihinde kabul edilen, Uluslararası Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (Viyana Anlaşması), 1 Ocak 1988 itibarıyla Çin Halk Cumhuriyeti açısından¹⁰; 1 Ağustos 2011 itibarıyla de Türkiye Cumhuriyeti açısından yürürlüktedir¹¹.

Çin Hukukunda, uluslararası anlaşmaların iç hukuk kuralları karşısındaki konumu konusunda doktrinde farklı değerlendirmeler bulunmaktadır¹². Çin Medeni Kanunu (*Civil Law*)¹³ m. 142, Çin Halk Cumhuriyeti tarafından imzalanmış bir uluslararası anlaşmada özel hukuka ilişkin olarak kanunlarda yer alan hükümlerden farklı hükümlerin bulunması halinde uluslararası anlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiğini öngörmektedir¹⁴.

⁸ WANG, s. 133.

⁹ Bu görüşler hakkında bkz. ÖZDEMİR Hatice, *MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme ve Uluslararası Sözleşme Kavramları*, İstanbul Barosu Dergisi, cilt 73, S. 10-11-12, 1999, s. 926-941.

¹⁰ http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

¹¹ RG 07.04.2010-27545.

¹² Bu farklı görüşler hakkında bkz. ZHANG, s.328-329.

¹³ *General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China*. Kanun, 1 Ocak 1987 tarihinden itibaren yürürlüktedir.

¹⁴ Çin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da benzer bir hüküm bulunmaktadır. Kanun'un 238. maddesi uyarınca, Çin Halk Cumhuriyeti tarafından imzalanan bir uluslararası anlaşmada, bu Kanundan farklı hükümler bulunursa, Çin Halk Cumhuriyeti'nin çekince koyduğu hükümler dışında uluslararası anlaşma hükümleri uygulanır (*Article 238. If an international treaty concluded or acceded to by the People's Republic of China contains provisions differing from those found in this Law, the provisions of the international treaty shall apply, unless the provisions are the ones on which China has announced reservations*).

Uygulamada mahkemelerin, hukuki konularda uluslararası anlaşmaları doğrudan uyguladıkları; Çin Yüksek Halk Mahkemesi (*Supreme People's Court, SPC*)'nin de, mahkemelere, Viyana Anlaşması'nın uygulama alanına giren uyuşmazlıklarda, doğrudan bu Anlaşmada yer alan hükümleri uygulamaları yönünde açıklamada bulunduğu belirtilmektedir¹⁵.

Türk Hukuku açısından ise 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m.1/ f.2 '*Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır*' hükmü ile önceliği uluslararası anlaşmalara vermiştir. Diğer yandan Anayasa'nın m.90/f.5 hükmünde, "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir*" ifadesi yer almaktadır. Uluslararası anlaşmalar kanun hükmünde kabul edildiğinden, Viyana Anlaşması, gerek özel kanun (*lex specialis*), gerekse sonradan yürürlüğe giren kanun (*lex posterior*)¹⁶ olarak uygulama alanına giren konularda MÖHUK'a nazaran öncelikli olarak uygulanacaktır.

Dolayısıyla, bu Anlaşmanın kapsamına giren bir uyuşmazlık ister Türk, isterse Çin Mahkemelerinde görülsün, mahkemelerin öncelikle Anlaşma hükümlerini uygulaması gerekmektedir.

Anlaşmanın uygulama alanını belirleyen 1.maddesinde, Anlaşmanın, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmelerine; bu devletlerin Anlaşmaya taraf devletler olması veya kanunlar ihtilafı kullarına göre uygulanması gereken hukukun akit bir devletin hukuku olması halinde uygulanacağı kabul edilmiştir.

Çin Halk Cumhuriyeti ve Türkiye Cumhuriyeti Anlaşmaya taraf olduğundan, bir satım sözleşmesinin taraflarının, Çin ve Türkiye'de işyeri olan tacirler olması halinde, bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde öncelikle Anlaşma hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Dolayısıyla birinin işyeri Çin'de, diğerinin işyeri Türkiye'de bulunan taraflar arasında Anlaşmanın kapsamına giren bir satım sözleşmesi¹⁷ söz konusu ise ve uyuşmazlık Anlaşmanın düzenlediği konularla ilgili ise¹⁸, uyuşmazlık ister Çin isterse Türk mahkemelerinde

¹⁵ ZHANG, s.330.

¹⁶ MÖHUK 2007 yılında, Viyana Anlaşması ise 2011 yılında yürürlüğe girdiğinden, Viyana Anlaşması *lex posterior*'dur.

¹⁷ Anlaşma, 2.maddesinde, hangi satım sözleşmeleri açısından uygulanmayacağını belirtmiştir. Buna göre, tüketici sözleşmeleri, artırma ile satımlar, icra yoluyla satımlar, para, hisse senedi veya menkul kıymetlerin satımı, gemi, tekne, *hovercraft* ve *aircraft* satımları ve elektrik satımlarına Anlaşma hükümleri uygulanmaz.

¹⁸ Anlaşmanın 4.maddesine göre, Anlaşma sadece, sözleşmenin kuruluşu ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçlarının belirlenmesi konusunda uygulanır. Maddede, sözleş-

görölsün, mahkemenin öncelikle Anlaşma hükümlerini esas alması gerekecektir¹⁹.

Tarafların işyerlerinin bulunduğu devletlerin âkit olmaması halinde Anlaşma, kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuk âkit bir devletin hukuku ise bu hukukun bir parçası olarak yine de uygulama alanı bulabilir (m.1, b bendi). Ancak Çin Halk Cumhuriyeti bu maddeye çekince koyduğundan²⁰, taraflardan birinin işyeri Çin'de, diğerinin işyeri Anlaşmaya taraf olmayan bir devletin ülkesinde ise veya her iki tarafın işyeri de Anlaşmaya taraf olmayan devletlerde ise, Çin KİK göre uygulanması gereken hukuk Akit bir devletin hukuku olsa bile (örneğin, taraflar hukuk seçimi yoluyla akit bir devletin hukukunu seçmişlerse) Çin mahkemeleri, bu hukukun bir parçası olarak Viyana Konvansiyonu'nu uygulamayacaktır. Oysa aynı uyuşmazlık Türk mahkemeleri önüne geldiğinde, Türkiye Cumhuriyeti söz konusu çekinceyi kullanmadığından Türk hâkimi, yine de Konvansiyon hükümlerini uygulayabilecektir.

Viyana Konvansiyonu'nun uygulama alanı dışında kalan satım sözleşmeleri veya satım sözleşmesi dışında diğer sözleşmesel ilişkiler söz konusu olduğunda, davanın açıldığı devletin iç hukukunda yer alan kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde uygulanması gereken hukukun belirlenmesi gerekecektir.

II- Türk ve Çin Mevzuatında Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun (Lex Contactus) Tespitine İlişkin Hükümler

Çin Hukukunda, sözleşmelerle ilgili ilk kanunlar ihtilafı kuralının, 1985 yılında kabul edilen ve 1999 yılında yürürlükten kalkan, *Foreign Economic Contract Law* (Yabancı Ekonomik Sözleşme Kanunu) m.5/f.1 hükmünde yer aldığı belirtilmektedir. Bu hüküm, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmelerine imkân tanımakta, hukuk seçimi yapılmayan durumlarda ise sözleşmenin en yakın bağlantılara sahip olduğu ülke hukukunun uygulanmasını öngörmekteydi²¹. Bu hükmün Çin Millet-

menin veya bir hükmünün geçerli olup olmadığının, sözleşmenin sözleşme konusu malın mülkiyeti üzerindeki etkisinin anlaşmanın kapsamı dışında kalacağı açıkça belirtilmiştir.

¹⁹ Bunun için ayrıca tarafların, Anlaşma'nın uygulanmasını bertaraf etmemiş olmaları gerekmektedir. Zira Anlaşmanın 6.maddesi taraflara, Anlaşmanın uygulanmasını tamamen veya bazı hükümleri açısından bertaraf etme imkânı tanımaktadır.

²⁰ Çin Halk Cumhuriyeti, Anlaşma'nın 1b maddesi ile bağlı olmadığını beyan etmiştir (http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html).

²¹ "Contracting parties can choose the law for the settlement of contractual disputes. In the absence of such choice, the law of the state which the contract has its closest connection is applicable"

lerarası Özel Hukukunda sözleşmeler açısından bir dönüm noktası olduğu belirtilmektedir²².

Bu Kanundan bir yıl sonra (1986) kabul edilen ve 1 Ocak 1987 tarihinde yürürlüğe giren, *Medeni Hukukun Genel Prensipleri Hakkında Kanun'un* (Medeni Kanun) Yabancılarla Kurulan Medeni Hukuk İlişkilerinde Uygulanacak Kanun Başlıklı 8. Bölümünde yer alan 145.maddede de aynı hüküm tekrarlanmıştır:

*"Kanunda öngörülen istisnalar dışında, yabancılık unsuru içeren sözleşmelerde, taraflar uygulanacak hukuku seçebilirler. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, sözleşmenin en yakın bağlantılara sahip olduğu hukuk uygulanır."*²³

1 Nisan 2011 Tarihinde yürürlüğe giren, Yabancılık Unsuru İçeren Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Kanun²⁴ ("*Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu-MÖHK*") m. 41 hükmünde ise konuya ilişkin şöyle bir düzenleme bulunmaktadır:

*"Sözleşmenin tarafları, sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilirler. Eğer hukuk seçimi yapılmamışsa, sözleşmenin karakteristik edimini üstlenen tarafın mutlak meskeninin bulunduğu yer hukuku veya sözleşme ile en yakın bağlantılara sahip diğer bir hukuk uygulanabilir."*²⁵

Kanun hükümlerinin çok genel olması ve birçok boşluk içermesi karşısında Çin Yüksek Mahkemesi, kanunların uygulanmasından kaynaklanabilecek sorunlarla ilgili olarak rehberler hazırlamıştır. Bunlardan ilki, 1987 yılında Yabancı Ekonomik Sözleşme Kanununun Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlara Yüksek Mahkemenin Cevapları (Rehber)²⁶ adı altında hazırlanmıştır²⁷. Bu rehber ile kanunda düzenlenmeyen ve uygulamada

²² GUOJIAN Xu, *Contract in Chinese Private International Law*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 38, July 1989, (s. 648-653), s. 648.

²³ "The parties to a contract involving foreign interests may choose the law applicable to settlement of their contractual disputes, except as otherwise stipulated by law. If the parties have not made a choice, the law of the country to which the contract is most closely connected shall be applied."

²⁴ *Law Of The People's Republic Of China On The Laws Applicable To Foreign-Related Civil Relations*, Adopted at the 17th session of the Standing Committee of the 11th National People's Congress, 28 October 2010.

²⁵ ARTICLE 41 *The parties may by agreement choose the law applicable to their contract. Absent any choice by the parties, the law of the habitual residence of a party whose performance of obligation is most characteristic of the contract or the law that most closely connected with the contract shall be applied.*

²⁶ *Responses of the People's Supreme Court to Questions Arising out of the Application of the Foreign Economic Contract Law.*

²⁷ GUOJIAN, s. 648.

sorunlara yol açabilecek bazı konulara açıklık getirilmiştir²⁸.İkincisi ise 2007 yılında, Çin Yüksek Mahkemesinin, Yabancılık Unsuru İçeren Hukuki ve Ticari Sözleşmesel Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuka İlişkin Bazı Kuralları adı altında hazırlanmıştır²⁹.

Bu çalışmada, şu an yürürlükte olan 2011 tarihli Kanun ve 2007 yılında hazırlanan Rehber çerçevesinde inceleme yapılacaktır.

Türk Hukukunda ise, 1982-2007 yılları arasında yürürlükte olan 2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun 24.maddesinde sözleşmelere uygulanacak hukuku şu şekilde belirlemiştir:

“Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir.

Tarafların açık olarak bir kanun seçmemiş olmaları halinde borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edilemediği hallerde ise, sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır.”

2007 yılında yürürlüğe giren ve halen yürürlükte bulunan 5718 Sayılı MÖHUK m.24 hükmünde ise bu konu şu şekilde düzenlenmiştir:

(1) *Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.*

(2) *Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.*

(3) *Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.*

(4) *Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim*

²⁸ Bu rehberlerin, Çin Yüksek Mahkemesi'nin inisiyatifi ile ve Mahkeme'nin Çin mevzuatını yorumlama yetkisinden hareketle hazırlandığı belirtilmekte, Mahkeme'nin bu yetkisinin sınırları içinde mi hareket ettiği, yoksa yetkisini aşarak kanun koyucu gibi mi hareket ettiğinin tartışılması gereken bir husus olduğu vurgulanmaktadır (GUOJIAN, s.653).

²⁹ *Rules of the SPC on the Relevant Issues concerning the Application of Law in Hearing Foreign-Related Contractual Dispute Cases in Civil and Commercial Matters.* Yüksek Mahkeme tarafından 11 Haziran 2007 tarihinde kabul edilmiş, 8 Ağustos 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir (ONG Allan Verman Yap, *Issues in the Application of Dépeçage in Chinese Private International Law*, Chinese Journal of International Law (2009), Vol.8, No.3,(s. 637-655), s. 642, dipnot 25).

borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.”

Görüldüğü gibi yeni madde bir yandan hukuk seçimini daha ayrıntılı bir şekilde düzenlemiş, diğer yandan hukuk seçimi yapılmayan durumlarda sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde kullanılacak kriteri değiştirmiştir.

Aşağıda gerek Çin, gerekse Türk kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde öncelikle hukuk seçimine (sübjektif kriter) ilişkin esaslar, daha sonra hukuk seçimi yapılmayan durumlarda uygulanması gereken hukukun nasıl belirleneceği (objektif kriter) karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

A- Hukuk Seçimi

Çin Hukukunda, özel kişilerin pazara girişine izin vermeyen ve tüm ekonomik sektörün devlet tarafından kontrol edildiği planlı ekonomik modelin hâkim olduğu yakın bir tarihe kadar, kapitalist sisteme özgü olarak görülen, sözleşme özgürlüğü veya irade serbestisi gibi kavramlar söz konusu değildi³⁰. Hatta 1985 yılında kabul edilen Yabancı Ekonomik Sözleşme Kanunu (“YESK” *Foreign Economic Contract Law*), hukuk seçimi yapma yetkisini Çin vatandaşlarına tanımıyordu. 1986 yılında Medeni Kanun (m. 145) taraflara hukuk seçimi yapma yetkisi tanınmasına rağmen, Çin vatandaşlarının yabancılarla sözleşmesel ilişki kurması YESK ile yasaklanmıştı³¹.

Ekonomik reform ile birlikte, planlı ekonomi yerine piyasanın yönlendirdiği ve birçok sektörde devlet planları yerine piyasa gücünün etkili (yönlendirici) olduğu bir sisteme geçildi ve ilk kez 1999 yılında kabul edilen Sözleşme Kanunu (*Contract Law*)³² ile tam anlamıyla hukuk seçimine imkân tanıyan sözleşme serbestisi kabul edilmiş oldu³³. Yabancı Ekonomik Sözleşme Kanununu yürürlükten kaldıran³⁴ bu Kanun ile Çin vatandaşlarının yabancılarla sözleşme ilişkisine girmeleri mümkün hale gelmiştir.

³⁰ ZHANG, s.314.

³¹ ZHANG, s.313- 314.

³² *Contract Law of the People’s Republic of China. Adopted at the Second Session of the Ninth National People’s Congress on March 15, 1999.*

³³ ZHANG, s.314.

³⁴ YU Shuhong- XIAO Yongping- WANG Baoshi, *The Closest Connection Doctrine in the Conflict of Laws in China*, Chinese Journal of International Law (2009), Vol.8, No.2, (s. 423-439), dipnot 3.

Sözleşme Kanunu (*Contract Law*) m. 126³⁵, kanunda öngörülen istisnai durumlar dışında, yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmede, tarafların uygulanacak hukuku seçmelerine imkân tanımaktaydı. Tarafların sözleşme kurup kurmama veya sözleşmeden doğan hak ve borçları belirleme konusunda irade serbestilerinin bulunmasının bir sonucu olarak yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde tarafların hangi hukukun uygulanacağını kararlaştırabilecekleri kabul edilmektedir³⁶.

2011 yılında yürürlüğe giren Çin MÖHK m. 41 hükmünde de, öncelikle taraflara uygulanacak hukuku seçme serbestisi tanınmıştır. Ancak bu maddede hukuk seçiminin nasıl yapılacağı konusunda ayrıntılı bir düzenleme bulunmadığından, bu konudaki boşluklar doktrin ve Yüksek Halk Mahkemesi tarafından doldurulmaktadır.

Türk Hukukunda ise, gerek 1982- 2007 yılları arasında yürürlükte olan 2675 Sayılı Kanun, gerekse 2007 yılından beri yürürlükte olan 5718 Sayılı Kanun, hukuk seçimi yapma yetkisi tanımaktadır. Hatta 1982 yılından önceki dönemde de, doktrinde tarafların hukuk seçimi yapabilecekleri, Borçlar Hukuku alanında kabul edilen irade serbestisi prensibinin bir yansıması olarak kabul edilmekteydi³⁷.

1- Hukuk Seçiminin Şekli

Çin MÖHK m. 41 hükmünde, hukuk seçiminin nasıl yapılacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Yüksek Halk Mahkemesi'nin 1987 yılında verdiği bir karardan bu yana, hukuk seçiminin açık olması gerektiği kabul edilmekte, sözleşme hükümlerinin yorumlanmasından veya taraflar arasındaki müzakere sürecinden onların bu konuya ilişkin iradelerinin ortaya konulmaya çalışılması istenmemektedir³⁸. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin aynı yıl hazırladığı Rehberde de, hukuk seçiminin taraflar arasında yazılı olarak yapılan bir anlaşma ile tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir³⁹.

Türk Hukukunda ise MÖHUK m. 24, açık hukuk seçimi yanında, Avrupa Birliği mevzuatına uygun olarak⁴⁰, sözleşme hükümlerinden veya ha-

³⁵ "The parties to a contract involving foreign interests may choose the law applicable to the settlement of their contract disputes, except as otherwise stipulated by law. If the parties to a contract involving foreign interests have not made a choice, the law of the country to which the contract is most closely connected shall be applied."

³⁶ ZHANG, s.313.

³⁷ NÖMER Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, Yenilenmiş 19.Bası, İstanbul 2011, s. 306.

³⁸ ZHANG, s.317.

³⁹ GUOJIAN, s.650.

⁴⁰ Avrupa Birliği'nde 19 Haziran 1980 tarihinde Roma'da kabul edilen ve 1991 yılında yürürlüğe giren Roma Konvansiyonu (*Convention 80/934/CEE sur la loi applicable aux*

lin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılabilen hukuk seçimini de geçerli olarak kabul etmektedir⁴¹.

2- Hukuk Seçiminin Zamanı

Çin MÖHK m. 41 hükmünde hukuk seçiminin ne zaman yapılabileceği konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde, hukuk seçiminin sözleşmede bir hüküm olarak veya ayrı bir sözleşme ile uyumsuzluk ortaya çıktıktan sonra da yapılabileceği, hatta dava açıldıktan sonra da hukuk seçiminin yapılabileceği, ancak en geç duruşma öncesinde hukuk seçiminin yapılmış olması gerektiği kabul edilmektedir⁴². Uygulamada mahkemelerin taraflara duruşma öncesinde hukuk seçimi yapmak isteyip istemediklerini sordukları belirtilmektedir⁴³.

Türk Hukukunda ise MÖHUK m. 24/f. 3 hükmünde açıkça, hukuk seçiminin her zaman yapılabileceği veya değiştirilebileceği kabul edilmiştir. Doktrinde de, hukuk seçiminin yargılama aşamasında dahi yapılmasına imkân tanınması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁴. Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde, tarafların hukuk seçimine dair anlaşmalarını ön inceleme aşamasında (HMK m. 137) gerçekleştirmelerini beklemek, sonradan yapılacak hukuk seçimine kural olarak imkân tanımamak yerinde olacaktır.

3- Seçilen Hukukun Maddi Hükümlerinin Uygulanması

Çin MÖHK'nun genel hükümleri arasında yer alan 9.maddesi, uygulanacak hukukun, kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınmayacağını belirttiğinden, taraflarca seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır. Bu

obligations contractuelles) ve 2008 yılında kabul edilen Roma I Tüzüğü (*Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*) hukuk seçiminin açıkça veya sözleşmenin diğer hükümlerinden veya somut olayın koşullarından kesin olarak anlaşılacak şekilde yapılabileceğini kabul etmektedir (m. 3).

⁴¹ 2007 yılından önce yürürlükte olan 2675 Sayılı MÖHUK sadece açık hukuk seçimine imkân tanımakta, üstü kapalı hukuk seçimini kabul etmemekteydi. Bu husus doktrinde eleştirilmekteydi (ÇELİKEL Aysel- ERDEM Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11. Bası, İstanbul 2012, s. 331-332). Bu eleştirileri bertaraf etmek ve Avrupa Birliği mevzuatına da uyum sağlamak amacıyla, 5718 Sayılı yeni MÖHUK' da üstü kapalı hukuk seçimine de imkân tanınmıştır (TEKİNALP Gülören, *The Turkish Code Concerning Private International Law and International Civil Procedure*, Yearbook of Private International Law, Vol. 9 (2007), (s. 313- 341), s. 329).

⁴² ZHANG, s.317; GUOJIAN, s.650. Yazarlarca, 1987 yılında Yüksek Mahkeme'nin hazırladığı Rehberde bu yönde görüş beyan edildiği belirtilmektedir.

⁴³ ZHANG, s.324.

⁴⁴ ÇELİKEL- ERDEM, s. 323; NOMER, s. 313; TEKİNALP Gülören- UYANIK ÇAVUŞOĞLU Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, Genişletilmiş 11.Bası, İstanbul 2011, s. 355.

Kanundan önce Yüksek Halk Mahkemesi de, hukuk seçiminin, seçilen hukukun maddi kurallarına yönelik olduğunu, kanunlar ihtilafı ve usul kurallarını kapsamadığını kabul etmekteydi⁴⁵.

Türk Hukuku'nda da uygulanacak hukukun taraflarca seçildiği hallerde atıf teorisinin uygulanmayacağı (MÖHUK m. 2/f.4) açıkça hükme bağlanmıştır. Kaldı ki Kanunda, atıf teorisinin sadece şahsın hukuku ve aile hukuku uyumsuzluklarında uygulanacağı kabul edildiğinden (MÖHUK m. 2/f.3), sözleşmeye uygulanacak hukukun objektif kriterlere göre belirlendiği durumlarda da, bu hukukun maddi hükümleri uygulanacak, kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmayacaktır.

4- Seçilen Hukukun Sözleşme ile Bağlantılı Olması

Seçilen hukukun sözleşme veya taraflar ile objektif bağlantılara sahip olmasına gerek olup olmadığı konusunda Çin Hukukunda, Kanunda veya Yüksek Mahkeme kararlarında herhangi bir sınırlama bulunmamakta; ancak doktrinde, her iki yönde de görüşler bulunmaktadır⁴⁶. Türk doktrininde de, MÖHUK m. 24'de bu konuda herhangi bir sınırlamaya yer verilmemesinden hareketle, tarafların menfaatleri doğrultusunda diledikleri hukuku seçebilecekleri, bu hukukun sözleşme ile objektif bağlantılara sahip olmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir⁴⁷.

5- Kısmi Hukuk Seçimi

Kısmi hukuk seçimi (*dépeçage*) de Çin MÖHK'da açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, doktrinde, tarafların sözleşmenin farklı kısımlarına farklı hukukların uygulanmasını kararlaştırabilecekleri kabul edilmektedir⁴⁸. Türk Hukukunda ise MÖHUK m. 24/f. 2 hükmü ile tarafların sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanmak üzere hukuk seçimi yapabilecekleri kabul edilmiştir. Ancak doktrinde, sözleşmenin hukuki veya ekonomik açıdan birbirinden ayrılabilen kısımları açısından kısmi hukuk seçimine imkan tanınması gerektiği⁴⁹, satım sözleşmesi gibi basit sözleşmelerde, kısmi hukuk seçiminin edimler arası dengeyi bozacağı ifade edilmektedir⁵⁰.

⁴⁵ ZHANG, s.318; GUOJIAN, s.652; ONG, s.645.

⁴⁶ Bu görüşler hakkında bkz. ZHANG, s.321; GUOJIAN, s.650.

⁴⁷ ÇELİKEL-ERDEM, s. 339; TEKİNALP- UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 352- 353.

⁴⁸ ZHANG, s.322; ONG, s.647 vd.

⁴⁹ TEKİNALP- UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 354.

⁵⁰ TİRYAKİOĞLU Bilgin, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1996, s. 25.

B- Hukuk Seçimi Yapılmayan Durumlarda Uygulanması Gereken Hukuk (Objektif Kriter)

1- En Sıkı İlişkili Hukuk

Taraflar, sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçmemişlerse veya yapılan hukuk seçimi geçerli değilse, uygulanacak hukukun mahkeme tarafından objektif kriterlere göre belirlenmesi gerekmektedir.

ABD'de II.Restatement, taraflarla ve sözleşme ile *en yakın bağlantılara sahip olan* ülkenin hukuku olarak belirlemiştir. Avrupa Birliği Roma Konvansiyonu da, hukuk seçimi yapılmayan durumlarda sözleşmeye *en yakın bağlantılara sahip olduğu* ülke hukukunun uygulanmasını öngörmektedir (m. 4/f.1). İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.117 hükmünde de benzer şekilde, hukuk seçimi bulunmayan hallerde sözleşmenin en sıkı ilişkili ülkenin hukukuna tabi olacağı belirtilmiştir.

Çin Hukukunda da bu eğilime uygun olarak Sözleşme Kanunu (*Contract Law*) m. 126 hükmünde, taraflarca hukuk seçimi yapılmayan durumlarda sözleşmeye uygulanacak hukuk *en yakın bağlantı (the closest connection)* kriterine göre belirlemiştir. Medeni Kanun m. 145 hükmünde de, objektif kriter olarak, sözleşmenin en yakın bağlantılara sahip olduğu ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir⁵¹. Ancak bu hükümlerde, hangi hukukun yakın bağlantıyı sağladığı konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. 2011 yılında yürürlüğe giren MÖHK m. 41 hükmünde ise, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu ülke veya sözleşme ile en sıkı bağlantılara sahip olan diğer bir ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir.

Türk Hukukunda, hukuk seçimi yapılmayan durumlarda sözleşmeye uygulanması gereken hukuk MÖHUK m. 24/f.4 hükmünde belirlenmiş ve ilk cümlede, sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukukun uygulanacağı kabul edilmiştir.

2- Karakteristik Edim Teorisi

“En sıkı ilişkili hukuk” veya “en yakın bağlantılara sahip olunan hukuk” kriterleri, hâkime uygulanacak hukuku belirleme konusunda çok geniş bir takdir yetkisi tanıdığından, uygulanacak hukukun önceden tespiti pek mümkün olmamakta, bu da öngörülebilirliği ortadan kaldırmakta ve taraflar açısından belirsizliğe yol açmaktadır.

⁵¹ “The law of the country to which the contract is most closely connected”

Bu nedenle, en sıkı bağlantı kriterini kabul eden mevzuatlarda genellikle bu bağlantının hangi objektif kriterlerle sağlanabileceğini tespit etmeye yarayan karinelere de yer verilmekte ve bu amaçla karakteristik edim kriterine başvurulmaktadır⁵². Karakteristik edim, sözleşmenin sosyo-ekonomik fonksiyonunu ve ağırlık merkezini oluşturan ve genellikle para ediminin karşılığında üstlenilen edimdir⁵³.

Karakteristik edim teorisi, bir yandan, hakimin uygulanacak hukuku belirlemedeki takdir yetkisini sınırlandıracak ve daha objektif kriterlere göre bu hukukun belirlenmesine olanak tanıyacak⁵⁴; diğer yandan, öngörülebilirliği, belirliliği ve yeknesaklığı sağlayacaktır⁵⁵.

Nitekim Roma Konvansiyonu m. 3/f.2 hükmünde, sözleşmenin en sıkı bağlantılara sahip olduğu ülkenin, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu anında mutad meskeninin (tüzel kişi ise idare merkezinin) bulunduğu ülke olduğu karine olarak kabul edilmiştir.

3- Çin Hukukunda Karakteristik Edim ve Yakın Bağlantı Kriterleri Arasındaki İlişki

Çin Hukukunda, 2011 yılında yürürlüğe giren MÖHK' dan önce de, yakın bağlantı kriteri kullanılmasına rağmen bu kriterin nasıl somutlaştırılacağı konusunda mevzuatta herhangi bir açıklık olmadığından, Çin Yüksek Halk Mahkemesi, yakın bağlantının hangi ülkelerle olduğunu tespit etmek üzere bir rehber hazırlamış⁵⁶ ve yakın bağlantıyı karakteristik edim kriterine göre belirlemiştir.

2007 yılında hazırlanan Rehberin 5.maddesinde, on yedi sözleşme kategorisi için karakteristik edimi belirlenmiş ve sözleşmeye uygulanacak hukukun buna göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵⁷. Buna göre, satım sözleşmesinde, en yakın bağlantı, satıcının sözleşmenin kurulduğu andaki yerleşim yeri ile bulunur. Ancak, sözleşme, alıcının işyerinde kurulmuşsa veya sözleşmede açıkça malın, alıcının işyerinde teslim edileceği öngörülmüşse, alıcının sözleşmenin kurulduğu andaki işyerinin bulunduğu

⁵² Örneğin İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 117/f.2.

⁵³ NOMER, s. 318; TEKİNALP- UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 365; ZHANG, s.324. Para ediminin karakteristik olarak kabul edilmemesi doktrinde genellikle satıcı, sağlayıcı, banka, sigortacı gibi güçlü şirketlerin, daha zayıf konumda olabilen diğer tarafa nazaran üstünlük sağlama-sına yol açacağı gerekçeleriyle eleştirilmektedir (YU- XIAO- WANG, s.439).

⁵⁴ ZHANG, s.325; WANG, s. 136.

⁵⁵ ZHANG, s.325; YU- XIAO- WANG, s.430; WANG, s. 136.

⁵⁶ ZHANG, s.324; YU- XIAO-WANG, s. 427.

⁵⁷ YU- XIAO- WANG, s. 428- 429; ONG, s. 643. 1987 yılında hazırlanan Rehberde 13 sözleşme kategorisi için hüküm bulunmaktaydı.

ülke hukuku uygulanır. İnşaat projelerine ilişkin sözleşmeler, projenin gerçekleştirileceği yer hukukuna tabidir. Kredi sözleşmeleri, kredi veren tarafın, sigorta sözleşmeleri sigortacının, garanti sözleşmeleri garantörün, aracılık sözleşmeleri aracının, taşınmazların satışına, kiralanmasına veya teminat gösterilmesine ilişkin sözleşmeler taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tabidir.

Doktrinde, bu kuralların genel olarak sözleşmedeki karakteristik edim borçlusunun işyerinin bulunduğu yer hukukunun uygulanmasına yol açtığı, birden fazla işyerinin varlığı halinde sözleşme ile daha yakın bağlantılara sahip işyerinin, işyerinin bulunmaması halinde ise mutata mesken veya yerleşim yerinin esas alınması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁸.

Bu kurallarda, karakteristik edim teorisinin uygulanmasının yol açacağı olumsuz sonuçları önlemek için bir istisna da tanınmış ve somut uyuşmazlıkta başka bir ülke hukukunun daha yakın bağlantılara sahip olması halinde, daha yakın bağlantılı bu ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir⁵⁹.

Doktrinde, bu kuralların geliştirilmesi gerektiği belirtilmekte ve örnek olarak, joint-venture veya takas gibi sözleşmelerde birden fazla karakteristik edim borçlusunun bulunabileceği, bunlardan hangisinin esas alınacağını belirlenmesinin çok zor olduğu; bu tür sözleşmelerde mahkemelerin yakın bağlantılı ülkeyi belirlemek için çok geniş takdir yetkisine sahip olacakları, bunun da öngörülebilirliği ortadan kaldırarak belirsizliğe yol açacağı ifade edilmektedir⁶⁰.

2011 yılında yürürlüğe giren Çin MÖHK m. 41 hükmünde yakın bağlantı kriteri biraz daha somut bir şekilde belirlenmeye çalışılmış ve *karakteristik edim borçlusunun mutata meskeninin* bulunduğu yer hukukunun esas alınabileceği kabul edilmiştir⁶¹. Ancak maddede, bu kuralın alternatifi olarak yakın bağlantı kriterine de yer verilmiştir. Bu durumda, mahkemeler, karakteristik edim kriteri *veya* yakın bağlantı kriterinden birisine göre uygulanacak hukuku belirleyebileceklerdir. Bu da karakteristik edim kriterinin yararını ortadan kaldıracak ve mahkemeler, doğrudan somut uyuşmazlığın en yakın bağlantılara sahip olduğu ülke hukukunu uygulayabileceklerdir.

⁵⁸ GUOJIAN, s. 652.

⁵⁹ YU- XIAO- WANG, s.429; ONG, s. 643. 1987 yılında kabul edilen Rehberde de aynı yönde kural bulunmaktaydı (ZHANG, s.325; GUOJIAN, s.652)

⁶⁰ YU- XIAO- WANG, s.430, s. 439.

⁶¹ *Absent any choice by the parties, the law of the habitual residence of a party whose performance of obligation is most characteristic of the contract or the law that most closely connected with the contract shall be applied.*

Böylece yakın bağlantı kriterinin yol açtığı öngörülemezlik ve belirsizlik sakıncaları yine ortaya çıkacaktır.

Doktrinde, yakın bağlantı doktrininin uygulanması esnasında izlenecek aşamalar şu şekilde belirlenmiştir⁶²:

a- Öncelikle bu doktrin, taraflar arasında hukuk seçimi yapılmamışsa veya yapılan hukuk seçimi geçersiz ise uygulanabilir; yapılan hukuk seçimini geçersiz kılmak için bu doktrine dayanılmaz⁶³.

b- Eğer uyuşmazlık, Yüksek Mahkeme tarafından belirlenen sözleşme kategorilerinden birisine dahil ise, mahkeme Rehberde belirtilen kriterlere dayanarak uygulanacak hukuku tespit eder. Eğer bu kategorilerden hiçbirisine ait değilse, hakim, somut uyuşmazlığın unsurları çerçevesinde yakın bağlantılı hukuku tespit eder.

c- Rehberde belirtilen kriterler, ancak başka bir ülkenin daha yakın bağlantılara sahip olması halinde uygulanmaz. Mahkemenin bu yönde karar verebilmesi için sözleşmenin somut olarak bağlantılarını dikkate alması ve genel kural olan yakın bağlantı kuralı çerçevesinde uygulanması gereken hukuku belirlemesi gerekmektedir.

Yakın bağlantının tespitinde, sözleşmenin yapıldığı yer, edimlerin ifa yeri, tarafların vatandaşlığı, yerleşim yeri, işyeri, ödemenin yapılacağı para birimi, sözleşmenin dili, yetki veya tahkim şartı, daha önceki bir sözleşme ile bağlantısı, taraflardan birinin devlet olup olmaması, gibi fiili unsurların dikkate alınabileceği belirtilmektedir⁶⁴. Yakın bağlantı belirlenirken, sadece bağlantıyı sağlayan unsurların sayısı değil, bunların ağırlığı ve önemi de dikkate alınacaktır⁶⁵.

Bunun yanında, Çin Halk Cumhuriyeti' nin diplomatik ilişkilerinde kullandığı Barış İçinde Birliktelik Prensipleri olarak adlandırılan prensiplere de uyulması önerilmektedir. Bunlar⁶⁶: diğer ülkelerin hukuk sistemleriyle yeknesaklığın ve uyumun sağlanması; uyuşmazlığın tüm tarafları açısından adaletin sağlanması ve onların meşru beklentilerine saygı duyulması; hukuk seçiminde öngörülebilirliğin ve esnekliğin sağlanması; milletlerarası özel hukuk teorilerine uygun olması.

⁶² YU- XIAO- WANG, s.431.

⁶³ Ancak uygulamada bazen mahkemelerin bu koşulu unutarak, taraflarca hukuk seçimi yapılmasına rağmen yakın bağlantı kriterine göre belirlediği hukuku da uyguladığı; hatta bazen hukuk seçiminin geçerli olup olmadığının belirlenmesi için yakın bağlantı kriterinden yararlanıldığı belirtilmekte ve bu uygulamalar eleştirilmektedir (YU- XIAO- WANG, s.434).

⁶⁴ YU- XIAO- WANG, s.432.

⁶⁵ YU- XIAO- WANG, s.433.

⁶⁶ YU- XIAO- WANG, s.432.

Çin Mahkemelerinin yakın bağlantı doktrinini geniş ölçüde uyguladığı, 2001 yılında 50 davadan 15'inde, 2002 yılında 36 davadan 10'unda uyguladığı, takip eden yıllarda bu oranın giderek arttığı belirtilmektedir⁶⁷.

Ancak uygulamada bazı kararlarda, yakın bağlantının sadece Çin ile bulunup bulunmadığının araştırıldığı; Çin Hukukunun uygulanması için yeterli bağlantıların bulunduğu tespitini ile yetinildiği; diğer ülkelerle olan bağlantıların araştırılmadığı; diğer yandan bağlantıların ağırlığı ve önemini değerlendirmede esas alınmadığı; bu şekilde aslında uyuşmazlık başka bir ülke ile daha sıkı olmasına rağmen Çin Hukukunun daha yakın bağlantılara sahip olduğu gerekçesiyle uygulandığı belirtilmektedir⁶⁸.

Mahkemelerin 2001-2006 yılları arasında yakın bağlantı teorisini uyguladığı 99 davadan sadece ikisinde yakın bağlantılı olarak yabancı bir hukukun tespit edildiği, diğer tüm uyuşmazlıklarda Çin Hukukunun yakın bağlantılı hukuk olarak uygulandığı belirtilmektedir⁶⁹.

4- Türk Hukukunda Karakteristik Edim ve Yakın Bağlantı Kriterleri

Türk Hukukunda Roma Konvansiyonu m. 4 hükmünden esinlenilerek hazırlanan MÖHUK m.24/f.4 hükmünde, sözleşmenin en yakın bağlantılara sahip olduğu hukuk, karakteristik edim borçlusuna göre belirlenmiştir. Madde şu şekildedir:

“Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.”

Görüldüğü gibi maddede, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyeri veya yerleşim yeri hukuku, ilk cümlede yer alan “sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk”un tespiti amacıyla kullanılmıştır. Dolayısıyla kural olarak bu hukuk karakteristik edim borçlusuna göre belirlenen hukuktur.

Maddenin gerekçesinde, bu karineye göre, satım sözleşmelerinde satıcının, kira sözleşmelerinde kiraya verenin, taşıma sözleşmelerinde

⁶⁷ YU- XIAO- WANG, s.433.

⁶⁸ YU- XIAO- WANG, s.434, s. 436.

⁶⁹ YU- XIAO- WANG, s.437.

(MÖHUK m. 29'daki özel hüküm saklı kalmak kaydıyla) taşıyıcının, sigorta sözleşmelerinde sigorta şirketinin, bağışlama sözleşmesinde bağışlayanın, inşaat sözleşmelerinde müteahhidin, kefalet ve garanti sözleşmelerinde kefilin ve garantörün, kredi sözleşmelerinde kredi veren tarafın, distribütörlük sözleşmelerinde distribütörün edimlerinin karakteristik olduğu ve sözleşmeye onların hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir⁷⁰.

Yakın bağlantı ve karakteristik edim bağlantısı ile ilgili olarak Çin ve Türk Hukuklarında kullanılan kriterler büyük ölçüde örtüşmekle birlikte, dikkatimizi çeken bir farklılık inşaat sözleşmeleri açısından bulunmaktadır. Gerçekten de, Çin Hukuku'nda Yüksek Halk Mahkemesi tarafından hazırlanan Rehberde, inşaat sözleşmeleri açısından *inşaatın yapıldığı yerin uygulanması* kabul edilmesine rağmen, Türk Hukukunda gerek 24.maddenin gerekçesinde, gerekse doktrinde *müteahhidin işyeri/mutat meskeninin*⁷¹ uygulanacağı kabul edilmiş olmasıdır.

Karakteristik edim kriterine dayanan karinenin uygulanabilmesi için sözleşmede karakteristik edimin hangisi olduğunun belirlenebilmesi gerekmektedir. Eğer karakteristik edim tespit edilemiyorsa (takas, trampa gibi), uygulanacak hukukun ilk cümlede yer alan yakın bağlantı kriterine göre belirlenmesi gerekmektedir⁷².

Ancak maddenin son cümlesinde bir istisna kuralına yer verilmiştir. Buna göre, somut uyuşmazlıkta karakteristik edim kriterine göre belirlenen hukuk yerine başka bir hukuk sözleşme ile daha yakın bağlantıyı sağlıyorsa, sözleşme bu son hukuka tabi olacaktır.

C- Lex Contractus'un Kapsamı Dışında Kalan Konular: Ehliyet ve Şekil

Gerek Çin, gerekse Türk MÖH doktrininde, *lex contractus*'un, sözleşmenin kuruluşundan sona ermesine kadar ortaya çıkan bütün sorunlar hakkında uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.

⁷⁰ Doktrinde de bu yönde yapılan değerlendirmeler için bkz. NOMER, s. 319; TEKİNALP-UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 365.

⁷¹ Bu konuda bkz. AKINCI Ziya, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, İzmir 1996, s. 90; NOMER, s. 323, dipnot 168; ÇELİKEL-ERDEM, s. 342. Ancak doktrinde, inşaat sözleşmelerinde yakın bağlantının inşaatın yapıldığı yer ile olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır (Bkz. ÖZEL Sibel, *Sözleşmeler İlişkide MÖHUK m. 24 /II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:22, S. 2, 2002, (s. 577-617),s. 601-602).

⁷² TEKİNALP- UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 366; NOMER, s. 320; ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:30, S.1-2, 2010, (s. 27-88), s.56.

Buna göre, taraflarca seçilen veya objektif olarak sözleşmeye uygulanması gereken hukuk, sözleşmenin kuruluşu, yorumlanması, sözleşmeden doğan edimlerin ifası ve sözleşmenin sona ermesi (örneğin, feshedilmesi) gibi sözleşme ile bağlantılı tüm konularda uygulanacaktır⁷³.

Ancak, her iki hukuk sisteminde de, tarafların sözleşme yapma ehliyetinin ve sözleşmenin şekil bakımından geçerliliğinin irade serbestisi dışında kaldığı ve kendi özel kanunlar ihtilafı kuralları ile belirlenen hukuka tabi olduğu kabul edilmektedir⁷⁴.

Çin MÖHK m. 11 ve 12, hak ve fiil ehliyeti konusunda uygulanacak hukukun, ilginin mutat meskeninin bulunduğu yer hukuku olduğunu kabul etmektedir. Kanun'un m.12/f.2 hükmünde işlem güvenliği kuralına da yer verilmiştir⁷⁵. Buna göre, mutat mesken hukukuna göre fiil ehliyeti olmayan bir kişi, ehil olduğu bir ülkede işlem yapmışsa ehil sayılır. Evlilik, aile veya miras hukukuna ilişkin işlemler açısından işlem güvenliği kuralı uygulanmaz.

Türk Hukukunda, MÖHUK m. 9 hükmünde ise hak ve fiil ehliyeti ilginin milli hukukuna (vatandaşı olduğu devletin hukukuna) tabi tutulmuştur. Ancak şahsın hukukuna ilişkin konularda atf teorisi kabul edildiğinden (m.2/f.3), ilginin milli hukuku başka bir hukuka yetki veriyorsa, ehliyete bu son hukukun maddi kuralları uygulanacaktır. Dolayısıyla Türk mahkemeleri, bir Çin vatandaşı gerçek kişinin ehliyetini belirlerken, Çin MÖHK m. 12 hükmünü de dikkate alacak ve onun mutat mesken hukukundaki ehliyete ilişkin hükümleri uygulayacaktır. Böylece ehliyet konusu ister Türk ister Çin mahkemeleri tarafından çözümlensin, ilginin mutat

⁷³ Türk Hukuku açısından bkz. NOMER, s. 323 vd.; TEKİNALP - UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 370-371. Çin Hukuku için bkz. ZHANG, s.315; GUOJIAN, s. 649.

Çin Hukukunda, *Foreign Economic Law* ve *General Principles of Civil Law* anlamında sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzlukların ne olduğunun tespiti konusunda doktrinde farklı yorumların yapıldığı, bazı yazarların sözleşmeden kaynaklanan tüm uyumsuzluklar, bazı yazarların ise sadece sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifası ile ilgili uyumsuzluklar için bu maddelerin uygulanması gerektiğini ileri sürdükleri; Yüksek Mahkeme'nin 1987 yılındaki Rehberinde ise bu kavramın geniş yorumlanması ve sözleşmenin kurulmasına, sözleşmenin ne zaman kurulduğunun belirlenmesine, tarafların sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerinin tespitine, sözleşmenin sona ermesine ilişkin tüm uyumsuzlukların bu maddeler kapsamında görülmesi yönünde yorum yapıldığı belirtilmektedir (GUOJIAN, s.650).

⁷⁴ Türk Hukuku için bkz. TEKİNALP- UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 377. Çin Hukuku için bkz. ZHANG, s.315-316.

⁷⁵ Article 12 *Civil competence of a natural person is governed by the law of the place where the person habitually resides.*

Where a natural person engaging in civil activities is deemed incompetent pursuant to the law of the place where the person habitually resides but competent according to the law of the place where the act is performed, the law of the place where the act is performed shall be applied, with the exception of those related to marriage, family or succession.

mesken hukuku uygulanacaktır. Ancak Çin Hukukunda atıf teorisi kabul edilmediğinden (MÖHK m. 9), bir Türk vatandaşının ehliyeti Çin mahkemeleri tarafından belirlenirken onun mutata mesken hukuku esas alınacak, ilgilinin mutata meskeninin Türkiye’de bulunması halinde Türk Medeni Kanunundaki ehliyete ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilecektir. İlgilinin mutata meskeni Türkiye dışında ise o ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları aracılığıyla da olsa Türk Hukukunun esas alınması mümkün olmayacaktır.

Sözleşmelerin şekil bakımından geçerliliği konusunda, Çin MÖHK’da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde ise bu konuda sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun (LRA) uygulanacağı kabul edildiğinden⁷⁶, Çin’de yapılan sözleşmeler açısından Çin mevzuatı ile öngörülen şekil kurallarına uyulması gerekmektedir⁷⁷. Çin Sözleşmeler Kanunu m.10, sözleşmenin yazılı, sözlü veya başka şekillerde yapılabileceğini, ancak tarafların iradesi veya kanun hükmü gereği yazılı olarak yapılması gereken sözleşmelerin bu şekilde uyulmadan yapılamayacağını kabul etmektedir⁷⁸.

Türk Hukukunda ise MÖHUK m. 7, hukuki işlemlerin şekli konusunda alternatif bir kural kabul etmiştir. Buna göre, hukuki işlemlerin şekli, yapıldıkları yer hukukunun (LRA) veya hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun (*lex causae*) hükümlerine tabidir. Bu iki hukuk sisteminden birinin şekil kurallarına uyularak yapılan sözleşmeler geçerli olacaktır. Türk Borçlar Hukukunda da asıl olan şekil serbestisi olduğundan (BK m. 11), sözleşmelerin şekil bakımından geçerliliği herhangi bir kurala uyulmasına bağlı değildir. Ancak tarafların iradesi (BK m. 16) veya kanun hükmü gereği bazı sözleşmelerin geçerliliği belirli şekil kurallarına uyulmasına bağlanabilir. Örneğin kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması ve kefilin borç altına girdiği miktarın sözleşmede açık olarak belirtilmesi gerekmektedir (BK m. 484)⁷⁹. Bazı sözleşmeler ise resmi şekilde yapılmak

⁷⁶ ZHANG, s. 316.

⁷⁷ Çin Halk Cumhuriyeti, Viyana Konvansiyonu m. 11 hükmüne, satış sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının zorunlu olmadığına dair bir çekince koymuştur.

⁷⁸ Sözleşme Kanunu m. 44, kanunlar veya idari düzenlemeler ile bazı sözleşmeler için idari makamların onayı veya tescili gerekli görüldüğünde bu koşullara uyulması gerektiğini öngörmektedir.

Article 44 "The contract established according to law becomes effective when it is established.

With regard to contracts which are subject to approval or registration as provide for by the laws or administrative regulations, the provisions thereof shall be followed".

⁷⁹ 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Yeni Borçlar Kanununda da şekil serbestisi prensibi aynen korunmuştur (m.12). Ancak Yeni Kanun, kefalet sözleşmeleri için şekil şartını biraz daha ağırlaştırmış ve kefilin sorumlu olacağı miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet söz konusu ise buna ilişkin ibarenin kefilin el yazısı ile yazılmış olmasını aramıştır (BK m.583).

zorundadır. Taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemlerin tapu memurunun düzenleyeceği resmi bir senetle yapılması zorunluluğu gibi.

D- Lex Contractus'un Uygulanmasını Engelleyen Durumlar

1- Doğrudan Uygulanan Kurallar (Mandatory Rules)

Çin MÖHK'nun genel hükümleri arasında yer alan m. 4 hükmünde, Çin Hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kurallar saklı tutulmuştur⁸⁰. Benzer şekilde, Türk Hukukunda da, MÖHUK m. 6, Türk Hukukunun (*lex fori*) doğrudan uygulanan kurallarının, kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken yabancı hukuk yerine uygulanması gerektiği belirtilmiştir⁸¹.

Türk Hukukunda bu bağlamda, dış ticaret, kambiyo, yabancı sermaye yatırımları, rekabetin korunması gibi konulara ilişkin Türk mevzuatında yer alan hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliğini taşıdığı belirtilmektedir⁸².

Çin Hukukunda ise, Anayasanın 18. maddesinde⁸³, yabancı ve Çin ortaklı *joint-venture*ların Çin kanunlarına uygun olarak yapılması gerektiği kabul edilmiştir. Benzer şekilde, Sözleşmeler Kanunu (*Contract Law*) m. 126/paragraf 2'de, Çin'de ifa edilmesi gereken, Çin-yabancı ortaklı sermayeye katılmalı ortak girişimlerin (*equity joint ventures*), Çin-yabancı sözleşmesel ortak girişimlerin (*contractual joint ventures*) ve doğal kaynakların işletilmesi ve geliştirilmesine yönelik Çin-yabancı işbirliğine ilişkin sözleşmelerin Çin Hukukuna tabi olduğu ifade edilmiştir⁸⁴. Doktrinde bu hüküm-

⁸⁰ Article 4- *Where a mandatory provision of the law of the People's Republic of China ("PRC") exists with respect to a foreign-related civil relation, that mandatory provision shall be applied directly.*

⁸¹ Doğrudan uygulanan kural kavramı ve hâkimin hukukundaki (*lex fori*) doğrudan uygulanan kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001, s. 8 vd.

⁸² ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, s. 117 vd.

⁸³ *Constitution of People's Republic of China*, Adopted on December 4, 1982 (<http://en.chinacourt.org/public/detail.php?id=2697>).

"Article 18. *The People's Republic of China permits foreign enterprises, other foreign economic organizations and individual foreigners to invest in China and to enter into various forms of economic co-operation with Chinese enterprises and other economic organizations in accordance with the law of the People's Republic of China. All foreign enterprises and other foreign economic organizations in China, as well as joint ventures with Chinese and foreign investment located in China, shall abide by the law of the People's Republic of China. Their lawful rights and interests are protected by the law of the People's Republic of China*".

⁸⁴ "The contracts for Chinese-foreign equity joint ventures, for Chinese-foreign contractual joint ventures and for Chinese-foreign cooperative exploration and development of natural resources to be performed within the territory of the People's Republic of China shall apply the laws of the People's Republic of China".

lerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu⁸⁵, bu sözleşmelere yabancı bir hukukun uygulanmasını öngören anlaşmaların geçerli olmayacağı kabul edilmektedir⁸⁶. Diğer yandan, bu sözleşmelerin sadece kuruluşu ve geçerliliği değil, yorumlanması, edimlerin ifası ve uyuşmazlıkların çözümü konularının da Çin Hukukuna tabi olacağı, bu nedenle hiçbir şekilde yabancı hukukunun uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir⁸⁷. Ancak *joint venture* proje finansmanı için kredi alınmışsa bu kredi sözleşmesinin veya malzeme temini için yapılan sözleşmelerin de yabancı bir hukuka tabi tutulabileceği kabul edilmektedir⁸⁸.

Çin MÖHK'da üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Oysa Türk MÖHUK m. 31 hükmünde, hâkimin hukuku (*lex fori*) ve sözleşmeye uygulanan hukuk (*lex obligationis*) dışında üçüncü bir devletin hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kurallara etki tanınabileceği kabul edilmiştir⁸⁹.

2- Kamu Düzenine Aykırılık

Çin MÖHK m. 5 hükmünde kamu düzeni istisnası düzenlenmiştir. Buna göre, yabancı kanunun uygulanması, Çin Halk Cumhuriyeti'nin sosyal kamusal çıkarlarını ihlal ederse, Çin Halk Cumhuriyeti kanunları uygulanır⁹⁰. Maddedeki sosyal kamusal çıkarlar ifadesi, kamu düzeni ve sosyal ahlak olarak yorumlanmakta⁹¹ ve örnek olarak, bir özel şirketteki hisseler üzerinde devletin mülkiyetini etkileyen yabancı hukuk kuralları verilmektedir⁹².

⁸⁵ Kanaatimizce gerek Anayasada, gerekse Sözleşme Kanununda yer alan hükümler, doğrudan uygulanan kural değil, tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralı niteliğindedir. Bu kuralların konulmasına yol açan, *joint-venture* sözleşmeleri veya doğal kaynakların aranması veya işletilmesine ilişkin mevzuat doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdığı için bu kurallara aykırı bir yabancı hukukun uygulanması engellenmek istenmiştir.

⁸⁶ ZHANG, s.319; ONG, s. 648. *Foreign Economic Contract Law* m. 5/paragraf 2 hükmünde ve Yüksek Mahkemenin 1987 Rehberinin m.2/paragraf 3 hükmünde aynı istisnalar öngörülmekteydi (GUOJIAN, s.650-651).

⁸⁷ ONG, s.648.

⁸⁸ ONG, s.648.

⁸⁹ Bu konuda bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:30, S.1-2, 2010, (s. 27-88), s. 70 vd.

⁹⁰ "Where the application of a foreign law will be prejudicial to the social and public interest of the PRC, the PRC law shall be applied."

⁹¹ ZHANG, s.320. *Foreign Economic Contract Law* ile ilgili olarak Yüksek Mahkeme'nin 1987 yılında hazırladığı Rehberde de, yabancı hukukun, Çin Hukukunun temel prensiplerini ve Çin halkının kamusal çıkarlarını ihlal etmesi halinde uygulanmayacağı, onun yerine Çin kanunlarının uygulanacağı kabul edilmekteydi (GUOJIAN, s.653).

⁹² ZHANG, s.320.

Türk Hukukunda da, MÖHUK m. 5, kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukukun, belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde bu hükmün uygulanmaması gerektiğini, gerekli görülen hallerde Türk Hukukunun uygulanacağını öngörmektedir.

İfade tarzı olarak, Türk Hukukundaki kamu düzeni istisnasının daha sınırlayıcı olduğu söylenebilir. Zira hem yabancı kanunun soyut hükmünün değil, "belirli bir olaya uygulanan hükmünün" kamu düzenine aykırılığı esas alınmakta, hem de Türk kamu düzenine aykırılığın "açık" olması aranmaktadır.

Sonuç

Sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti konusunda Çin ve Türk Milletlerarası Özel Hukuk düzenlemeleri arasında büyük ölçüde paralellik bulunmaktadır. Her ne kadar, iki ülkenin yasal düzenlemelerinin lafzı dikkate alındığında bu paralelliği doğrudan kurmak mümkün değilse de, Çin Yüksek Mahkemesi'nin hazırladığı Rehberler ve doktrinde yapılan yorumlar çerçevesinde, Türk MÖHUK m. 24 hükmüne benzer tespitlerin Çin Hukuku açısından da yapılması bu sonuca ulaşmamıza yol açmaktadır.

Gerçekten de her iki hukuk sisteminde de önceliğin hukuk seçimine tanınması, diğer yandan yakın bağlantı ve karakteristik edim ilişkisine dayanarak objektif kriterlerin büyük ölçüde örtüşmesi, işyeri veya mutad meskeni bu ülkelerde bulunan taraflar arasında kurulan sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların, bu iki devlet mahkemesinden hangisinde görülürse görülür, uygulanacak hukukun büyük ihtimalle aynı olmasına yol açacaktır.

Bu bağlamda farklılık, Türk MÖHUK m. 24 hükmünde, yakın bağlantı kriterinin karakteristik edime dayanan karinenin bir istisnası olarak düzenlenmesine rağmen, Çin MÖHK m. 41 hükmünde, yakın bağlantı ve karakteristik edim kriterlerinin birbirinin alternatifi olarak düzenlenmiş olmasından kaynaklanabilir. Bunun yanında, mahkemelerin yakın bağlantı ve karakteristik edim kavramları ile ilgili yorumları birbirinden farklı olabilir.

Ancak, en azından mevzuat düzeyinde iki hukuk sistemi arasında çok büyük farklılıkların bulunmaması, iki ülke arasındaki ticari ilişkilerin kurulmasını kolaylaştırıcı bir unsur olacaktır.