

# DEVLETLER HUSUSİ HUKUKUNDA, TARAFLARIN SÜKÜTU HALİNDE AKİDLERE TATBİK EDİLECEK KANUN

(İrade Muhtariyeti - Autonomie de la Volonté - nazariyesinin tenkidî bir tahlili ile birlikte)

Asistan Necip Kocayusufpaşaoğlu

## I — Giriş.

A — Problemin vaz'ı ve tahdidi.

B — İrade muhtariyeti nazariyesinin tenkidî tahlili.

## II — Kanun seçimine müteallik sarîh veya zımnî bir iradenin ademi mevcudiyeti halinde akde tatbik edilecek kanun.

A — Nazarî olarak

1 — İrade muhtariyeti esassından hareket edenlere göre

2 — İrade muhtariyetini — hiç değilse — bu sahada reddedenlere göre

a — Sentetik metod taraftarlarına göre akitlere tatbik edilecek kanun: aa) Lex Fori, bb) Lex Patriae, cc) Lex Domicilii, dd) Lex Loci Contractus ve Lex Loci Executionis, ee) Pillet sistemi (sentetik görüşle analitik görüş arasında mutavassıt sistem).

b — Analitik metod taraftarlarına göre akitlere tatbik edilecek kanun: aa) Jitta, Dreyfus v.s. nin sistemleri, bb) Yeni İsviçre doktrin ve jürisprüdansı.

c — Noktainazarımız.

B — Türk Hukukunda.

## I — GİRİŞ

### A — Problemin vaz'ı ve tahdidi:

Borçlar Hukukundan ve bilhassa akitlerden doğan kanun ihtilâflarının ortaya, halli çok müşkülât arzeden, çetrefil ve karışık problemler koyduğunda kimse tereddüt etmemektedir<sup>1</sup>. Acaba muhtelif hukuk nizamları ile ilgili görünen mukavelelerde tarafların mukavelenin gerek

1) Bilhassa bakınız: *Sauser - Hall*: Le droit applicable aux obligations en droit International Privé, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 1925, S. 271 a.; *Yörük (Abdülhak Kemal)*: Nazarî ve Amelî Devletler Hususî Hukuku, 2. bası, İstanbul, 1950, S. 387.

mevcudiyet şartları, gerek hükümleri bakımından tâbi olacağı kanunu seçmeğe hakları var mıdır? Kendilerine böyle bir imkân bahşedildiği bir an için kabul edilse dahi, bu imkândan faydalanmadıkları yani sarih veya zımnî bir irade beyanı ile salâhiyetli kanunu seçmedikleri takdirde mukavelenin âkibeti ne olacaktır? Veya tarafların kanun seçmek şeklinde tezahür eden serbestileri inkâr ediliyorsa, onların arzu ve iradelerinden müstakil olarak mukavelelerine tatbik edilecek olan kanun hangisidir? Bütün bu sualler bilhassa 19 uncu asırdan itibaren hemen bütün dünya doktrin ve jürisprüdansını meşgul etmiş, taban tabana zıt pek çok sayıda nazariye birbiri ile çarpışmıştır. Mesele halihazırda kat'î bir neticeye bağlanmış değildir. Beynelmilel hukuk teşekküllerinin, bu arada Devletler Hukuku Enstitüsünün, bir çok toplantılarını bu mevzua hasretmelerine, en otoriter Devletler Hususî Hukuku âlimlerinin bu vesile ile karşı karşıya tezlerini müdafaa imkânını bulmalarına rağmen, hiçbir zaman muayyen temayüllerden bir veya bir kaçını aksettiren projeler umumî tasvibe mazhar olamamış, kısaca bütün emekler neticesiz kalmıştır<sup>1 a</sup>. Mamafih yapılan münakaşaların sadece vakit kaybına müncer olduğu söylenemez. Zira fiilî ve müsbet bir netice alınmamış dahi olsa, mevzuun ilerki muhtemel görüş birliğini hazırlayacak şekilde işlendiği, olgunlaştırıldığı muhakkaktır. Hattâ şimdiden, meselâ yeni İsviçre doktrin ve jürisprüdansında bazı müşkülleri halleden orijinal hal tarzlarına varıldığı müşahede olunmaktadır.

Mevzu, Türk Hukuku bakımından da hayatî önemi haiz bulunmaktadır. Zira ilerde göreceğimiz veçhile hukukumuzda bu hususta doğması melhuz kanun ihtilâflarını bütün şümülü ile ihata edebilecek bir pozitif hüküm mevcut değildir. Bu mesele ile ilgili bazı münferit kanun maddeleri o derece müphem ve tefsire müsait ifadeler kullanmışlardır ki, nazarî sahada yapılacak bir araştırma ile varılacak netice'nin hiç olmazsa çok geniş bir ölçüde hukukumuz bakımından da kabili müdafaa olduğunu ileri sürmek kabil olacaktır.

Meselenin mahiyet ve önemini bu şekilde vaz'ettikten sonra şimdi de tahdidine geçelim. Evvelâ şurasını ehemmiyetle kaydetmek isteriz ki, biz «akit» derken sadece Borçlar Hukuku akitlerini kastediyoruz. Bunun dışında kalanları ve bilhassa problemin bir bakıma menşeiini teşkil eden ve Fransada uzun boylu üzerinde durulan evlenme mukavelelerini (karı koca mal rejimi mukaveleleri) mevzuumuz haricinde addediyoruz<sup>2</sup>.

1 a) Bununla beraber bak: İlerde not 102.

2) Aynı temayül: *Sevig (Vedat)*: İrade istiklâli esası hakkında muhtelif temayüller. S. Gönensay'a Armağan, İstanbul 1955, S. 360.

Esasen bizde evlenme mukavelelerinin Aile Hukukuna ve umumiyetle millî kanuna tâbi bir müessese olduğu kabul olunmaktadır<sup>3</sup>. Bunun gibi miras mukavelesi, mirasın taksimi mukavelesi, gayrimenkul satış akdi v.s. gibi kendi hususî ihtilâf kaidelerine tâbi bulunan diğer mukavelelerle de meşgul olacak değiliz. Mevzuumuza çizeceğimiz ikinci bir tahdit de şudur: Tarafların yaptıkları mukavelede kanun seçimine müteallik iradeleri üç şekilde tezahür edebilir: a) Sarahaten bir kanuna atıf yapmış olabilirler, b) mukavelelerini tâbi tutmak istedikleri kanunu zımnî iradelerinden istihraç etmek kabildir (meselâ mukaveleden doğacak ihtilâfların muayyen bir devlet mahkemesinde görüleceğine dair bir kazaî salâhiyet şartı vardır)<sup>4</sup>, c) nihayet seçilen kanun hakkında tarafların sarîh bir irade beyanı olmadığı gibi, zımnî de bunu istidlâl etmek kabil değildir. Bu takdirde irade muhtariyeti (autonomie de la volonté) nazariyesi taraftarları mefruz (hypothétique) iradeden bahsetmektedirler. İşte bizi doğrudan doğruya alâkadar eden bu üçüncü haldir ve etüdün başlığında «tarafların sükûtu» ndan bahsederken «sükût» kelimesini bu mânada kullanmış bulunuyoruz. Fakat bu son halde tatbik edilecek kanunun bulunması, itiraf etmek lâzımdır ki, ilk iki hal için varılacak netice ile sıkı sıkıya ilgilidir. Filhakika tarafların sarîh veya zımnî iradeleri ile istedikleri kanunu seçebileceklerinin kabulü yahut reddi, hiç bir iradenin bulunmaması halinde takip edilecek yol üzerinde geniş ölçüde müessir olabilecektir. Bu yakın ve sıkı irtibat dolayısı ile, asıl meselemize geçmeden önce, irade muhtariyeti (autonomie de la volonté) nazariyesini kritik bir süzgeçten geçirmek istiyoruz. Ancak mezkûr nazariye hakkında bir kıymet hükmü verdikten, onun karşısında takına-acağımız tavrı tesbit ettikten sonradır ki, üçüncü ihtimali ele almak ve böylece her iki mesele arasında mevcut bağları gözden kaçırmamak hiç şüphesiz, isabetli olacaktır.

### **B — İrade muhtariyeti (Autonomie de la volonté) nazariyesinin tenkidî tahlili:**

16 ncı asırda ilk defa Fransız Hukukçusu Dumoulin tarafından (ve evlenme mukaveleleri dolayısı ile) ortaya atılan bu nazariye<sup>5</sup> bugünkü

3) *Sevig (V.): a.g.m. S. 360 - Sevig (Muammer Rasit): Devletler Hususî Hukuku cilt: 1, İstanbul 1947, S. 413-415.*

4) *Niboyet: La théorie de l'autonomie de la volonté (Recueil des Cours, 1927-I, S. 37; Niboyet: Traité de droit International Privé Français, Tome V, Paris, 1948, no. 1400, S. 75; Dicey's Conflict of Laws, sixth edition (by J.H.C. Morris), London, 1949, S. 589 v.d. Mamafih umumiyetle müelliflerde tesadüf bulunduğu için metne geçirilen bu misalin, zımnî irade ile kanun seçimine iyi bir misal teşkil ettiği şüphelidir. Bak: ilerde not 117.*

modern kavramına ancak ondokuzuncu asırda erişmiştir<sup>6</sup>. Bu son mânâda irade muhtariyeti tarafların milletlerarası bir unsur<sup>6 a</sup> ihtiva eden mukavelelerine tatbik olunacak kanunu serbestçe ve kendi iradeleri ile intihap edebilmeleridir. Böylece Devletler Hususî Hukukundaki irade muhtariyeti İç Hukukta taraflara sadece kanun dairesinde mukavelelerini tanzim salâhiyetini veren mukavele serbestisinden farklı olarak âkitlere gerek emredici, gerekse tamamlayıcı ve tefsirî hükümler<sup>7</sup> bakımından mukavelelerini istedikleri kanuna tâbi tutabilme imkânını bahşetmektedir. Bu görüşe göre beynelmilel sahada âkitler âdeta kanun vazı olup, iradeleri en geniş bir serbestiden istifade etmekte, mukaveleleri onlarca seçilen kanundan başka bir kanuna asla tâbi bulunmamaktadır<sup>8</sup>.

Nazariye bu geniş ve mutlak şekli ile iki mühim tenkide muhatap olmuştur:

a) İlk ve en önemli tenkit «*fasit daire*» itirazıdır. İradenin Devletler Hususî Hukukunda da, tıpkı İç Hukukta olduğu üzere, aslî (originnaire) bir hukuk kaynağı olmadığı ileri sürülmüştür. Mücerret irade, başlı başına bir borç doğurmağa yetmeyip, ancak belli bir hukuk nizamı içerisinde, o hukuk nizamının kendisine terettüp ettirdiği neticeleri meydana

5) *Sevig (M. R.): a.g.e., sah. 481; Nussbaum (A.): Principles of Private International Law, Oxford University Press, 1943, S. 157; Niboyet, Autonomie, S. 8 vd.; Niboyet, Traité, no. 1389, S. 36-37; Sauser-Hall, a.g.m., S. 278 a; Yörük: a.g.e., S. 390; Aksi temayül: Batiffol: Les conflits de lois en matière de contrats, Paris, 1938, no: 26, S. 22. Bu müellife göre Dumoulin, İtalyan müelliflerinin kendisinden önce gördükleri bir prensibi açıklamaktan başka bir şey yapmamıştır. - Mufassal tarihçe için bak: Esener (Dr. Turhan): Devletler Hususî Hukukunda iradenin muhtariyeti prensibi Ank. Üniv. Huk. Fak. Der. 1954, cilt XI, sayı 1-2, S. 478-482.*

6) *Niboyet: Traité, no. 1393, S. 53; Drèyfus (G.): L'acte juridique en droit privé international, Paris, 1904, S. 137-138; Krs. Batiffol: Contrats no: 27 vd., S. 23 vd. - Fransa'da irade muhtariyetini kabul eden ilk sarîh karar, Fransız Temyiz Mahkemesinin 5 Aralık 1910 tarihli kararıdır. (Recueil général des Lois et des Arrêts - Sirey - 1911.1.129). Bu hususta bilhassa bakınız: (Batiffol (H.): L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française, Festschrift Hans Lewald, Basel, 1953, S. 219-224.*

6 a) Bak: ilerde not 108 a.

7) Bu iki nevi hüküm arasında mahiyet farkı olup olmadığının münakaşası için bakınız: *Gérardin (H): De la loi applicable en vertu de l'autonomie des parties contractantes, thèse, Paris, 1919, S. 29-43.*

8) *Laurent: Droit Civil international, t: II, S. 379 vd. (Niboyet: Autonomie, S. 53, not 1 den naklen)*

getirebilmektedir<sup>9</sup>. Şu halde tarafların mukavelelerinin X kanununa tâbi olacağı hakkındaki anlaşması bidayette herhangi bir hukuk nizamının himayesinden mahrum, tâbir caizse «havada» bir anlaşmadır<sup>10</sup>. Bilâhare, anlaşmanın vücuda gelmesi ile mukavele beyan edilen hukuk nizamına tâbi olmakta ve bu hukuk nizamı mukavelenin muteber olup olmadığını, rızaların sahih olarak izhar edilip edilmediklerini hüküm altına almaktadır. İşte «fasit daire» de buradadır. Zira kanun seçiminin muteber olması mukavelenin muteberiyetine, mukavelenin muteberiyeti de seçilen kanuna uygun surette teşekkül etmiş olmasına bağlı bulunmaktadır. Mukavele muteber değilse kanun seçimi de muteber olamayacağına göre, sanki muteber bir mukavele mevcutmuş gibi seçilen kanunu salâhiyetli kılmak ve sonra mukavelenin muteberiyet şartlarını bu kanuna göre takdir etmek bir mantık hatasıdır<sup>11</sup>.

Bazı müellifler tarafından küçümsenmesine rağmen<sup>12</sup> bu itirazın pek vahim olduğunu teslim etmelidir. Cerhedilemediği takdirde irade muhtariyeti nazariyesinin mantıken gayri kabili müdafaa olduğunu ve çürük bir temele dayandığını itiraf etmek gerekecektir. Nitekim nazariye taraftarları belli başlı iki mülâhaza ile fikirlerini müdafaya çalışmışlardır<sup>13</sup>:

9) *Dreyfus (G.)*: a.g.e., S. 10 vd.; *Arminjon (P.)*: Précis de Droit international privé, t: II, 2. éd., Paris, 1934, no: 78, S. 253; *Schnitzer (A. F.)*: Vertragsfreiheit und Rechtswahl, Schweizerische Juristen-Zeitung, 1953, S. 286-287; *Schnitzer (A. F.)* (Terc. Dr. B. Davran): Dahili Hususi Hukukta ve Devletler Hususi Hukukunda âkitlerin muhtariyeti (İst. Huk. Fak. Mec., 1940, sayı 1, S. 184 vd.).

10) *Batiffol*: Traité élémentaire de Droit international privé 2. éd. Paris 1955, no. 569, S. 615; *Batiffol*: Contrats, no: 4, S. 9.

11) *Lewald (H.)*: Obligations en Droit international privé allemand, Répertoire de Droit international, t.: X, Paris, 1931, no: 6, S. 72 (trad. M. Caleb); *Arminjon*: a.g.e., no. 78, S. 255.

12) *Wolff (M.)*: Private International Law, Oxford University Press, 1945, S. 421; *Mann (F. A.)*: The proper law of the contract, the International Law quarterly, january, 1950, S. 62.

13) Fransayı ilgilendirmek üzere bir üçüncü delil daha ileri sürülmüş, Fransız Medenî Kanununun 1134'üncü maddesinin ifadesine dayanılarak Fransız mevzuatında autonomie'nin kabul edildiği iddia edilmiştir. Halbuki müelliflerin haklı olarak belirttikleri veçhile, maddede «kanuna uygun olarak meydana gelen mukaveleler» (Conventions légalement formées) den bahsedilmekte ve bu da mukaveleye tekaddüm ve onu tanzim eden bir kanunun mevcudiyetini açıkça ortaya koymaktadır. Maddeden autonomie lehine istifade edilememesinin bir diğer sebebi de maddenin «mukavelelerin taraflar arasında kanun hükmünde olacağı» yolunda bir hüküm sevketmesine rağmen buradaki kanun kelimesinin asla teknik mânada kanun olarak anlaşılacağı keyfiyetidir (*Pillet*: Traité pratique de Droit international privé, t: II, Paris, 1924, no. 481, S. 164-165; *Arminjon*: a.g.e., no. 78, S. 253).

aa. *Birinci cevap* şudur: Taraflarca yapılan ve zâhiren tek gibi gözüken mukavele (satış, âriyet, karz v.s.) hakikatte iki ayrı akitten müteşekkil bir bütündür. Bunlardan biri asıl yapılmak istenen akit (yani alım-satım, âriyet, karz v.s.), diğeri de «kanun seçimine müteallik» ayrı ve müstakil bir mukaveledir (Verweisungsvertrag). Âkitler önce şu «seçim mukavelesi» ni<sup>13 a</sup> inşa ederek muayyen bir kanunu salâhiyetli kılmakta, bilâhare seçilen bu kanuna göre izhar ettikleri iradeleri ile aralarında tekevvününü arzu ettikleri akdi vücuda getirmektedirler. Asıl akit bu suretle seçim mukavelesine istinad ettirilince, bu sefer de seçim mukavelesinin neye dayandığı suali ortaya çıkmaktadır. Buna da şöyle mukabele edilmektedir: Kanun seçimine dair mukavele, yahut bu mukavelelenin ifade ettiği irade muhtariyeti, hakikatte bir kanunlar ihtilâfı kaidesi olup forum hâkiminin kendi kanunlar ihtilâfı sisteminde yer almaktadır. Şu halde ihtilâfı halleden hâkim, *lex fori*'ye müracaatla burada mevcut irade muhtariyeti esasına göre kanun seçimi mukavelesini değerlendirecek, bu mukavele de (eğer hâkim tarafından *lex fori*'ye göre muteber olarak vücut bulduğu neticesine varılırsa) asıl hukukî münasebete tatbik edilecek kanunu önceden tayin etmiş olduğundan ortada bir fâsit daire kalmıyacaktır.

Doktrin sahasında bazı müdafileri olan bu görüş<sup>14</sup> İsviçre Federal Mahkemesinin 31 Ağustos 1953 tarihli kararı ile de sarahaten benimsenmektedir<sup>15</sup>.

Bizce bu fikir, aynı mukavele içersinde zaman itibari ile (pek cüz'î fasılalarla da olsa) birbirini takip eden 2 ayrı mukavelelenin mevcudiyetini farzetmekle oldukça sun'î bir konstrüksiyona başvurmuştur<sup>16</sup>. Kaldı ki, sun'îliği bir yana, nazariyenin temelleri de pek o kadar sağlam intibahı uyandırmamaktadır. Filhakika, asıl ispat edilmesi gereken husus, irade muhtariyetinin *lex fori*'de mevcut bir kanunlar ihtilâfı kaidesi olduğu keyfiyeti, ispat edilmiş farzolunmaktadır. Hiç olmazsa kanunlar ihtilâfı kaideleri arasında irade muhtariyeti nazariyesinin yer alıp almadığı meşkûk olan devletler (bu arada Türkiye) hâkimleri *lex fori*'de kanun seçimi mukavelesine hukukî neticeler terettüp ettiren bir kaide bulamayacak ve bu mukavele böylece muallâkta kalacaktır.

13 a) Almanca «Verweisungsvertrag» in kelime kelime karşılığı «atıf mukavelesi» olmak icap ederdi. Biz «seçim mukavelesi» demeyi daha uygun bulduk.

14) *Wigny (P.)*: La règle de conflit applicable aux contrats. Une solution transactionnelle, Revue de droit int. et de législ. Comparée, 1933, S. 687 vd.; *Battifol*: Contrats no: 13, S. 14-15 de zikredilen müellifler - Krs. *Pillet*: a.g.e., no. 491, S. 194-195:

15) J.D.T. 1954, I, 528 (bilhassa S. 532-533).

16) Aynı fikir: *Battifol*: Contrats no. 52, s. 46.

bb. Fâsit daire itirazına karşı *ikinci bir cevap*, görüşlerinde bazı anglo-sakson müelliflerinden geniş ölçüde mülhem olduğu anlaşılan <sup>17</sup> *Batiffol* tarafından verilmiştir <sup>18</sup>. İrade muhtariyeti nazariyesini yepyeni bir anlayışla ele alan bu müellif şöyle düşünmektedir: Tarafların kanun intihabı bahis konusu değildir. Onlar sadece mukavelelerini şu veya bu memlekete «yerleştirir», onun mekân ile olan irtibat noktalarını tayin ederler. Hâkim de bu objektif irtibat noktalarına göre, mukavelenin hangi devlete ve dolayısı ile o devletin mevzuatına tâbi olduğunu tesbit eder. Mukavelede sarîh olarak bir kanuna atıf yapılmış olması, ona göre, mukavelenin objektif irtibat noktalarını tesbite yarıyan bir unsurdan başka bir şey değildir <sup>19</sup>. Bu şekilde fâsit daire itirazı bertaraf edilmekte, zira taraflar önceden bir kanun seçmeyip, iradeleri ile şu veya bu memlekete daha fazla bağladıkları mukavelelerine tatbik olunacak kanunu hâkim tâyin eylemektedir.

Batiffol'un görüşü, isabetli gözükmesine ve mantık hatalarından âri bulunmasına rağmen, bir başka yönden müellifin taraftar olduğu *autonomie nazariyesine* karşı kullanılabilecek bazı unsurlar ihtiva etmektedir. Hakikaten *autonomie nazariyesinin* fârik vasfı iradelerin istedikleri kanunu seçmekte hâkimi mutlak olmalarıdır. Sarîh bir seçime rağmen bu iradeye sadece mukavelenin objektif irtibat noktalarını tayin eden bir unsur kıymeti tanımak ve böylece tarafların açık arzularına rağmen mukavelenin objektif râbitalarına göre bu arzuyu değerlendirmek, bütün objektif irtibat noktalarını seçmekte taraf iradelerinin her zaman tamamen hür olamayacağı da <sup>20</sup> nazara alınır, hakikî ve mutlak mânasında *autonomie*'yi inkâr etmek demektir. Bu, mukavelenin, objektif olarak, tarafların iradesinden mücerret bir kanuna tâbi olduğunun zımnen kabulüdür.

17) Krs.: *Mann*: a.g.m., S. 63.

18) *Batiffol*: *Contrats* no. 44-45, S. 38-39; *Batiffol*: *Traité*, no: 570 vd., S. 617 vd.

19) *Batiffol*: *Contrats* no. 57, S. 52; *Batiffol*: *Traité* no. 547, S. 621.

20) Biz, *Batiffol*'den farklı olarak, objektif irtibat noktalarını seçme hususundaki taraf iradelerinin, bazı hallerde, emrivakiler karşısında kalarak tam ve mutlak hürriyetlerini kaybedeceklerini düşünüyoruz. Meselâ bu irtibatı temine yarayan milliyet, ikametgâh gibi unsurlarda iradenin rolü pek cüz'î olduğu gibi, daha kat'î sayılan akit mahalli gibi hususlarda dahi, ticaret hayatının gerektirdiği sürat ve fırsatı kaçırmama saiklerinin tesiri altında, âkitlerin, iradeleri haricinde bir râbita kurmaları ihtimali kuvvetlidir. İradenin objektif irtibat noktaları ile olan ilgisi bakımından krs. *Cheshire (G. C.)*: *Private International Law*, third edition, 1948, S. 325-326; *Nussbaum*: a.g.e., S. 161. (Bu sonuncu müellif de *Batiffol*'ünküne uygun bir noktai nazar müdafaa etmektedir.)

Burada autonomie taraftarları arasında ötedenberi mevcut ve bilhassa İngiliz - Amerikan Hukukunda üzerinde çok durulan bir meseleden bahsetmek fırsatını elde etmiş bulunuyoruz: Acaba âkitler mukavele ile hiç alâkası olmıyan herhangi bir kanunu seçebilirler mi? Bu سوال iki şekilde cevaplandırılmıştır:

— Bir kısım müelliflere göre, taraflar mutlak bir serbestiyi haizdir. Kanuna karşı hile faraziyesi mahfuz kalmak şartı ile... Halbuki burada kanuna karşı hile asla tahakkuku kabil olamıyacak bir mefhumdur. Çünkü mukaveleye kendiliğinden tatbiki gereken emredici bir kanun yoktur ki, tarafların bunu bertaraf etmek için bir başka kanunu intihapları bahis mevzuu olsun...<sup>21</sup>.

— Diğerleri ise mukavele ile alâkası olmayan bir kanunun seçilemeyeceğini iddia ederler. Aksine hareket hüsnüniyete aykırıdır ve bir «mala fides» teşkil eder<sup>22</sup>. Bu görüş ise tarafların iradesinden müstakil, esasen mukaveleye tatbiki gereken bazı kanunların mevcudiyetini farzettüğünden autonomie nazariyesinin özüne muhaliftir. *Schnitzer*'in ileri sürdüğü<sup>23</sup> şu son itiraza biz de iştirak ediyor ve aynı itirazın, yukarıda da söylediğimiz gibi, *Batiffol*'e karşı da kabili dermeyan olduğunu sanıyoruz.

b) Mutlak ve geniş mânası ile irade muhtariyeti nazariyesine yöneltilen *ikinci mühim itiraz* bu nazariyenin emredici ve yedek hükümler arasında bir tefrik yapmaksızın mukaveleyi bir kül halinde seçilen kanuna tâbi tutmasıdır. İradenin, ne sebeple, iç hukukta haiz olduğu salâhiyetten fazlasına beynelmilel sahada mâlik olacağı sorulmuştur. Niçin iç hukukta emredici olan hükümler Devletler Hususî Hukukunda bu mahiyetlerini kaybetsinler? Şu halde emredici hükümlerde mukavelenin taraf iradelerinden müstakil bir kanunu olmalı ve ancak tamamlayıcı hükümler bakımından autonomie kabul edilmelidir<sup>24</sup>.

Bu fikrin kabulü de zannımızca autonomie'nin inkârından başka bir şey değildir. Zira (iki ayrı kanunun mukavelenin özü ve hükümleri

21) *Arminjon*: a.g.e., no: 77, S. 252; *Yörük*: a.g.e., S. 395; *Wigny*: a.g.m., S. 702. Bu son müellife göre kanun seçiminin yegâne hududu tarafların bilmedikleri bir kanunun seçilememesidir.

22) *Batiffol*: *Contrats*, no. 57 vd., S. 51 vd.; *Schnitzer*, a.g.m., (SJZ) S: 288; Krs. *Dacey*: a.g.e., S. 584 vd.; *Wolff*: a.g.e., S. 424 vd.; *Cheshire*: a.g.e., S. 326 vd.

23) *Schnitzer*: a.g.m., (SJZ), S. 288.

24) *Niboyet*: *Autonomie*, S. 54-55; *Sauser-Hall*: a.g.m., S. 281 a; *Pillet*: a.g.e., no: 476, S: 147; *Sevig (M. R.)*: a.g.e., S: 482; *Olive (L.)*: *Etude sur la théorie de l'autonomie en droit international privé*, thèse, Paris 1899, S. 51, 135-138.



bakımından aynı zamanda tatbiki garabeti bir yana) bu sefer de *Dreyfus*'un ortaya attığı «emredici kanunun hükümleri, müfessir ahkâmında seçilen kanunun hükümleri ile çatışırsa ne olur» meselesi ile karşılaşılır. Hakikaten emredici kanunun taraf iradesine bıraktığı hususları, seçilen kanunun, emredici kanun ile çatışacak tarzda nizamlaması mümkündür. İki kanun çarpışınca, her ikisinin sâdır olduğu otorite aynı olduğundan bir çıkmaza girilir<sup>25</sup>. O halde emredici ve yedek hükümler tefriki bizi zarurî olarak irade muhtariyetinin iç hukuktaki mukavele serbestisinden farklı bir şey olmadığı neticesine götürecektir. Mukavele, bizatihî, bir kanuna tâbidir. Ancak tamamlayıcı hükümler ile tanzim edilen hususlarda ecnebi kanun hükümlerinden istifade etmek kabildir. Fakat bu hükümler kanun hükmü değil, *alelâde mukavele hükmü* olarak akitte yer alırlar. Bu bakımdan meselâ Fransız kanununun maddelerini, hattâ nereden alındıklarını söylemeksizin, teker teker yazmakla Fransız kanununa atıf yapmak arasında fark yoktur<sup>26</sup>. Bu tefrikin önemi aşağıdaki misalde canlanır. İçinde bulunduğumuz asrın başında Hans Birliği mahkemesinin bir kararına mevzu teşkil eden şöyle bir hâdise cereyan etmiştir<sup>27</sup>. Amerikadan Hamburg'a taşınacak bazı eşyalar için New-York'ta tanzim edilen konşimento sarahaten Harter kanununa atıf yapmıştı. Halbuki konşimento mezkûr kanuna nazaran bâtil olan bir ademi mesuliyet kaydı ihtiva ediyordu. Hans mahkemesi konşimento'nun esas itibarile ademi mesuliyet kayıtlarını tanıyan Alman kanununa tâbi olduğunu tesbit etti. Kendisine atıf yapılan Harter kanunu ise, tamamlayıcı hükümlerde tarafların konşimentodan doğan borçlarını tayin eden alelâde bir mukavele hükmü olarak yer aldığına göre mezkûr kaydın muteberiyetine mâni değildi.

Buraya kadar yaptığımız tetkikat bize göstermektedir ki, Devletler Hususî Hukukunun en tanınmış nazariyelerinden biri olan irade muhtariyeti (*autonomie de la volonté*) esasî fazla tenkide mütehammil değildir. Nazariyeyi müdafaa sadedinde ileri sürülen «çok uzun zamanlardan beri alışılmış, hattâ medenî dünyanın müşterek mâmelekine girmiş olmak»<sup>28</sup>

25) *Dreyfus*: a.g.e., S. 177-178.

26) *Lewald*: a.g.e., no: 6 ve 10, S. 72; *Niboyet*: *Autonomie*, S. 58 vd.; bilhassa 60; Bize göre yanlış esbabı mucibe ile aksi kanaatte: *Niboyet*: *Traité* no: 1395, S. 56-57. - Krs. *Cheshire*: a.g.e., S. 309-310; *Paschoud (M.)*: *Les perspectives d'unification des règles de conflit en matière de vente d'objets mobiliers corporels (Etude de jurisprudence comparée)*, thèse, Lausanne 1949, no. 201, S. 162-165.

27) *Clunet*, 1908, S. 532 (*Lewald*: a.g.e., no: 11, S. 73 ten naklen). Karar 5 Temmuz 1907 tarihlidir.

28) *Mann*: a.g.m., S. 60; *Wigny*: a.g.m., S. 677 vd. - *Autonomie nazariyesinin*

gibi daha ziyade hukuk siyasetini ilgilendiren mütalâalar da prensibin bünyesinde mevcut teknik zaafı bertaraf edememektedir. Biz, autonomie'yi kat'î olarak reddetmemekle beraber, ona çok mahdut ve bambaşka mahiyette bir rol tanıyan Schnitzer'in sistemine iltihak ediyoruz<sup>29</sup>. Buna göre her akdi, tarafların iradesinden mücerret olarak, bizatihi tanzim eden bir kanun vardır<sup>30</sup>. Bu kanunun hangisi olduğunu forum hâkimi kendi kanunlar ihtilâfı kaidelerine göre tayin edecektir. Eğer bu şekilde tayin edilen kanun (akit kanunu, lex obligationis, proper law of contract) mutlak olarak autonomie'ye cevaz veriyorsa mesele yoktur. Âkitler, lex obligationis'in verdiği cevaza müsteniden iradelerini kullanarak hukukî münasebete tatbik edilecek kanunu istedikleri gibi seçerler. Aksi halde (yani lex obligationis irade muhtariyetine cevaz vermiyorsa) taraflar lex obligationis'in tamamlayıcı hükümlerle tanzim eylediği hususlara münhasır kalmak üzere ecnebî kanun hükümlerinden alelâde mukavele hükmü olarak istifade edebilirler<sup>31 32</sup>.

tatminkâr olmıyan bir müdafaası için ayrıca bak: *Paschoud*: a.g.e., no. 190 vd., S. 158 vd.

29) *Schnitzer*: a.g.m. (SJZ) S. 289, 293.

30) Bu kanunun hangi kanun olduğu ileride izah olunacaktır.

31) Şu son nokta hususunda *Schnitzer*'in (SJZ) daki a.g.makalesinde kat'î sarahate tesadüf edemedik.

32) Mukaveleyi emredici olarak tanzim eden bu kanun prensip olarak hem mukavelenin muteberiyet şartları, hem de hükümleri hakkında câri olacaktır. Burada «hüküm» derken, bu kelimeyi en geniş şekli ile istimal ediyor ve Bartole'dan gelen «*hüküm-netice*» (*effets et suites*) tefrikine yer vermiyoruz. Bir kısım müelliflerce kabul edilen mezkûr tefrike nazaran mukavelenin hükümleri taraflarca önceden görülebilen, tahmin edilebilen hususlara münhasır kalıp, onların önceden derpis edemeyecekleri hâdiseler (kusurlu ademi ifa, temerrüt gibi) irade muhtariyetinden istifade ile seçtikleri mukavele kanununa değil, fakat bahiskonusu hâdisenin vuku bulduğu yer kanununa tâbi olurlar. *Foelix*'in ifadesi ile «hükümlerin kaynağı tarafların iradesinde olduğu halde, neticelerinki kanun vazı'nın iradesindedir» (*Gérardin*: a.g.e., S. 109'dan naklen). Müelliflerin büyük ekseriyeti gibi bu tefrike iltifat etmeyişimizin sebebi sadece hangi hâdiselerin hüküm, hangilerinin netice olduğunu tesbitteki güçlük ve bu arada ademi ifa ve temerrüt gibi mukavele'nin en mühim neticelerini «netice» adı altında farklı bir kanuna tâbi tutmaktaki garabet olmayıp (*Sevig*, *M. R.*: a.g.e., S. 492 - 493; *Rolin (A.)* Principes de Droit International privé, t: I, Paris, 1897, no. 330, S. 524-525; *Gérardin*: a.g.e., S: 113; *Pillet*: no: 484, S: 173-174; *Olive*: a.g.e., S. 130-131) esasen autonomie nazariyesi karşısında takındığımız tavır ve kabul ettiğimiz sistemdir. Bu sisteme göre her mukavele, tarafların iradesi haricinde zarurî olarak bir kanuna bağlı olduğundan sanki taraflar mukavelelerine tatbik edilecek kanunu her halükârda serbestçe seçebilirlermiş gibi ancak önceden derpis ettikleri farz ve kabul olunabilecek hususların bu kanunca tanzim edileceğini beyan etmek bir tenakuz olur. Onun için, tıpkı İç Hukukta olduğu gibi, Devletler

## II — KANUN SEÇİMİNE MÜTEALLİK SARIH VEYA ZİMNİ BİR İRADENİN ADEMİ MEVCUDİYETİ HALİNDE MUKAVELENİN TÂBİ OLACAĞI KANUN

### A — Nazarî olarak:

Taraflar arasında inikad eden akdin, hangi kanuna tâbi olacağı hususunda hiç bir (sarih veya zımnî) irade beyanı ihtiva etmemesi halinde ne şekilde hareket edilmek gerekeceği çok münakaşa mevzuu olmuş bir meseledir. İleri sürülen fikirler pek mütenevvi bir mahiyet arz etmekle beraber bunları *iki büyük gruba* ayırmak mümkündür. *Bazılarına göre* (irade muhtariyeti taraftarları) sarih veya zımnî iradenin ademi mevcudiyeti kanun seçimine dair hiçbir irade olmadığı neticesine bizi götürmez. Bilâkis hâkimin bu ihtimalin tahakkuk ettiği ahvalde, âkitlerin mefruz (hypothétique) iradelerini aramak gibi belki de diğer ihtimale nazaran çok daha çetin bir fonksiyonu vardır. *Buna mukabil* irade muhtariyetine karşı cephe alanlar (mefruz irade mefhumunu realiteye tekabül etmediği mülâhazası ile red ve autonomie'yi bu sahaya teşmilden içtinap eden bazı autonomie taraftarları ile birlikte) mukavele- nin objektif irtibat noktalarına göre tayin olunacak kanunun salâhiyetini kabul eylemektedirler. İrade muhtariyeti mevzuunda iltihak ettiğimiz sistemin ışığı altında şu ikinci görüşü biraz daha aydınlatmak icap ederse denebilir ki: yapılacak şey hakikatte mukaveleye bizatihi tatbiki icap eden kanunu bulmaktan ibarettir. Zira emredici hususlarda bu kanun hâkim olduğu gibi, tamamlayıcı ve tefsirî hükümlerde de taraflar, hilâfını mukavele etmedikçe akit kanununun (lex obligationis) tamamlayıcı ve tefsirî hükümlerine tâbi olacaklardır<sup>33</sup>.

---

Hususî Hukukunda da mukavele kanununun mukavelenin *bütün* hükümlerine (hüküm-netice farkı gözetmeksizin) şâmil olduğu teslim edilmelidir. Bittabii mukavele- lenin *şekline*, tarafların *ehliyetine* ve forumun *âmme intizamına* müteallik hususî ahkâm mahfuzdur

33) Tamamlayıcı hükümlerin hukukî mahiyeti doktrinde münakaşa edilmiştir. Bunların âkitlerin muhtemel iradelerini gösteren karineler değil, fakat kanunun emredici hükümlerinden vasıf ve mahiyet bakımından hiç bir şekilde farklı olmayan, *ikinci derecede (tali mahiyette) birer emredici hüküm* diye tavsifi gerektiği şeklinde ileri sürülen noktai nazara biz de iştirak ediyoruz. Filhakika tamamlayıcı hükümler, hilâfına bir anlaşmanın bulunmaması halinde, tıpkı emredici hükümler gibi taraflarca riayeti mecburî hale gelmektedirler (*Pillet: a.g.e., no. 488, S. 189-190, no: 482, S. 166 vd.; Niboyet: Autonomie, S. 62; Répertoire de Droit International (publié par A. de Lapradelle et J. - P. Niboyet) tome II, Paris, 1929, no. 73, S. 253.*

İrade muhtariyetini, hiç olmazsa taraftarlarının ona vermek istedikleri mâna ve şümül dahilinde, reddettiğimize göre ikinci görüş tarzı bizi çok daha yakından ilgilendirmektedir. Onun için birinci gurubu teşkil eden autonomie taraftarlarının fikirlerine kısaca temas edip geçmekte bir mahzur görmüyoruz.

1 — *İrade muhtariyeti (autonomie de la volonté) esasından hareket edenlere göre:*

Beynelmîlel hukuk sahasında âkitleri adeta kanun vazı mevkiine yükselten, onlara kanun seçimi serbestisini tanıyan müellifler bu seçim imkânından tarafların ne sarahaten, ne de zımnen faydalanmamaları halinde mukavele ile hangi kanun arasında bir irtibat kurmak gerekeceği noktasında çok müşkülâta uğramış, hayli tereddütler geçirmişlerdir. Bütün tereddüt ve gayretlere rağmen varılan netice hiç de mükemmel olmamış, kanun seçimine dair ortada hiçbir irade olmadığı halde yine de hâkimin âkitlerin niyetini araştırması, tâbir caizse, onların (çok defa ilerde çıkması muhtemel kanunlar ihtilâfını hiç düşünmediklerinden) izhar etmedikleri iradeyi bulması teklif edilmiştir. Bunun için o, mukavele içinde inikad ettiği bütün hal ve şartları gözönünde tutacak, bu hal ve şartlardan âkitlerin mefruz iradelerini istidlâl edecektir<sup>34</sup>. Daha ilk bakışta sistemin ne kadar temelsiz ve mantıksız olduğu anlaşılacaktır. Zira bir yandan âkitlerin hiç bir iradesi olmadığı kabul edildiği halde<sup>35</sup> diğer yandan hâkim irade taharrisi ile vazifelendirilmektedir. Nitekim autonomie taraftarları da bunun farkına varmış ve burada hâkimin araştıracağı şeyin tarafların akdin inikadı esnasında ne düşündükleri değil, fakat ne düşünmüş olabilecekleridir demişlerdir. Kısaca hâkim, eğer taraflar akdin inikadında problemin farkına varmış olsa idiler, menfaatlerini takdir eden, akli başında, normal insanlar olarak hangi kanunu seçerlerdi, bunu tesbite çalışacaktır<sup>36</sup>. Doğrusu

34) *Répertoire*, t: II, no. 70, S. 252; *Niboyet*: *Autonomie*, S. 37.

35) *Sauser-Hall* (a.g.m., S. 305 a - 306 a) ısrarla burada nüve halinde de olsa bir iradenin mevcut olduğunu, tarafların iradelerine hukuki netice terettüp ettiren bir kanuna istinad etmeden karşılıklı borç ifasını deruhte edemeyeceklerini beyan etmektedir. Ancak aynı müellif, bir kaç satır aşağıda, «zımnî irade» (volonté implicite) tâbirini kullanmak suretile problemi tam bir vuzuh ile ele alamamış olduğu kanaatini uyandırmaktadır. Kaldı ki böyle, nüve halinde, kanun seçimi iradelerinin mevcudiyeti kabul olursa dahi bunların aynı kanuna atıf yapan, birbirine uygun iradeler olduğu nasıl isbat olunacaktır? Bilâkis her âkidin kendi menfaatini daha ziyade koruyan kanunu düşünmüş olması ihtimali vârit değil midir? (Bak: *Arminjon*: a.g.e., no. 104, S. 314).

36) *Répertoire*, t: II, no. 71, S. 253; *Wolff*: a.g.e., S. 435; *Rolin*: a.g.e., T: I, no: 312-313, S. 503-504.

istenirse şu ikinci merhale de haklı tenkitlere uğramaktan kurtulamamıştır. Hâkimin, eğer gizli kuvvetlerle işbirliği yapmıyorsa, akit inikad ederken taraflar acaba hangi kanunu düşünürler, hangisi hakkında bir anlaşmaya varırlardı, bunu çok defa yakın bir ihtimalle dahi tayin eylesine imkân olmadığı tebarüz ettirilmiştir. Yapılan şeyin aslında, hâkim eğer o şartlar altında mukaveleyi bizzat yapsaydı, hangi kanunu seçeceği neticesine varıyor idiye bunun tesbitinden başka bir şey olmadığı, tarafların mefruz iradelerinin hakikatte hâkimin taraf iradelerinin yerine kaim olan iradesini gizleyen birer kelimedenden ibaret kaldıkları müdafaa edilmiştir<sup>37</sup>. Diğer bazı müellifler de, buna müşabih olarak, hâkimin, mefruz iradelerin sözde ifadesi olmak üzere kendisine en uygun gelen bir kanunlar ihtilâfı kaidesi bulup onu tatbik ettiğini ileri sürmüşlerdir<sup>38</sup>.

Bütün bu tenkitler üzerine «irade muhtariyeti» taraftarları, nazariyelerinde bir dönüm noktası yaratan yepyeni bir metod ortaya atmış ve bu şekilde (belki de farkında olmadan) hareket noktalarından bir hayli inhiraf etmişlerdir. Bu yeni sistem «*karineler sistemidir*». Artık mukavelede sarîh veya zımnî bir seçime raslamıyan hâkim, irade taharrisinde büsbütün yalnız bırakılmayarak, sıkıştıkça başvurabileceği bazı karinelerle teçhiz edilmektedir. Mamafih sayıları kabarık, önemleri münakaşalı (başlıcaları arasında inikat yeri kanunu — *lex loci contractus* —, ifa yeri kanunu — *lex loci executionis* —, ikametgâh kanunu — *lex domicilii* —, millî kanun — *lex patriae* —, hâkimin kanunu — *lex fori* — v.s. bulunmaktadır) olan bu karinelerin hâkim üzerindeki kudret ve tesirleri nedir? Bu noktada müellifler, içtihatlar ikiye ayırmıştır:

a — Bir kısmına göre mezkûr karineler bağlayıcıdır (*Bağlayıcı karine sistemi*). Hâkim sarîh veya zımnî bir seçimin bulunmaması halinde, mukaveleyi (hal ve şartlara hiç bakmaksızın) kendi Devletler Hususî Hukuku sisteminde kabul edilen karinelere göre muayyen bir kanuna bağlamaya mecburdur<sup>39</sup>.

b — Diğerleri ise karinelerin aslâ hâkimi bağlamayıp, ona sadece yol gösterdiğini müdafaa ederler (*Yol gösterici karine sistemi*). Bunlar, hâdisenin hususiyetleri, içinde bulunulan hal ve şartlarla daima bertaraf

37) *Wigny*: a.g.m., S. 696-697; *Niboyet*: *Traité* no. 1401, S. 76-77.

38) *Lewald*: a.g.e., no. 18, S. 75; keza no. 15, S. 74; *Schnitzer* (terc. Dr. B. Davran) a.g.m., s. 197-198.

39) *Répertoire*, t: II, no: 77, S. 254; *Pillet*: a.g.e., no: 490, S. 193.

edilebilen bazı *prima facie* kaidelerdir. İngiliz - Amerikan Hukukunda hâkim olan kanaat da işte bu ikincisidir <sup>40</sup>.

Bilhassa ikinci sisteme karşı itiraz edilerek hâkim bağılı olmadıktan sonra karine tesbit etmenin ne faydası olacağı sorulmuştur. Mademki, tesbit edilecek umumî prensip her hususî hâdisede istisnalarla karşılaşılabilecektir, o halde hâkimi tarafların mefruz iradelerini aramak hususunda tamamen serbest bırakmak daha doğru olmayacak mıdır? <sup>41</sup>. Buna verilen cevap mezkûr karinelerin zor hâdiselerde hâkime büyük bir yardımcı olacakları, hattâ mahkeme içtihatlarında asgarî bir vahdet yaratacakları şeklindedir <sup>42</sup>.

Görülüyor ki, irade muhtariyeti nazariyesi çerçevesi dahilinde kaldıkça münakaşalar kısır kalmağa mahkûmdur. Hele bu nazariye reddedildikten sonra âkitlerin sarîh olarak yapamıyacakları kanun seçimini mefruz iradeleri ile evleviyetle yapamıyacakları büsbütün aşikâr bir hal almaktadır <sup>43</sup>. Onun için bu konu üzerinde daha fazla ısrar etmiyeceğiz. Karine olarak ileri sürülen muhtelif kanunların (inikad yeri kanunu, ifa yeri kanunu v.s.) değerleri üzerinde ise burada değil, fakat az ileride aynı kanunların bizim anladığımız mânada *lex obligationis* olarak durumlarını incelerken durmak istiyoruz.

2 — *İrade muhtariyetini (autonomie de la volonté) bu sahada reddedenlere göre:*

Bu başlık altında 2 gurup müellif yer almaktadır. Bunlardan bir kısmı esas itibarı ile irade muhtariyetinin hararetli müdafiliğinden vazgeçmemekle beraber, mefruz irade hali diye isimlendirilen halde *autonomie*'yi bir tarafa bırakarak mukaveleye objektif bağlantı nokta-

40) *Répertoire*, t: II, no. 76, S. 254; *Schmitthoff (C. M.): A Text Book of the English Conflict of Laws*, second edition, London, 1948, S. 103; *Cheshire: a.g.e.*, S. 315; *Dicey: a.g.e.*, S: 594-595; *Sauser-Hall: Exposé comparatif des principes gouvernant les conflits de lois en matière d'obligations conventionnelles en droit suisse et en droit anglais*, Festschrift Hans Lewald, Basel, 1953, S. 379.

41) *Gérardin: a.g.e.*, S: 57. *Westlake*'in itirazı için yine aynı eserin 57 ve 58 inci sahifelerine bakınız.

42) *Olive: a.g.e.*, S. 101.

43) Taraftar olduğumuz sisteme göre bir tek halde mefruz iradenin rolünün ne olabileceği akla gelebilir. O da *lex obligationis*'in *autonomie*'ye cevaz veren bir kanun olması ihtimalidir. Fakat fikrimizce, bu ihtimalde dahi, sarîh veya zımni iradeleri ile kendilerine bahşedilen imkândan istifade etmiyen taraflar zarurî olarak *lex obligationis*'in mecburî hâkimiyetine tâbi kalırlar.

larına göre tatbiki gereken bir kanun bulmak gerektiğini itiraf etmektedirler<sup>44</sup>. Diğerleri ise autonomie'yi tamamen reddedip mukavelenin tabii olarak bağlı olduğu kanunu (lex obligationis, proper law of contract) aramaktadırlar.

Biz bunlar arasında bir tefrik yapmaksızın tarafların iradesini değil, objektif irtibat noktalarını gözönüne alarak tesbit ettikleri muhtelif kanunları birer birer tenkit süzgecinden geçireceğiz. Yalnız araştırmalarımızın daha sistematik olması için teklif edilen sistemleri, *Niboyet* gibi<sup>45</sup>, takip ettikleri metoda göre, ikiye ayıracağız. Sentetik metotla hareket eden sistemler ve analitik metotla hareket eden sistemler. Birinciler tek bir prensip teklif ederek bunun bütün akitlere kabili tatbik olduğunu söylemekte, ikinciler ise, bazı umumî esaslar tesbit etseler dahi, her akdin bünyesine göre farklı neticelere varmaktadırlar.

a — *Sentetik metod taraftarlarına göre akitlere tatbik edilecek kanun:*

Bütün akitlere tatbik edilmek üzere ileri sürülen başlıca kanunlar şunlardır:

aa) *Lex fori (Hâkimin kanunu) (Waechter):*

En zayıf hal tarzlarından birinin bu olduğu muhakkaktır. İhtilâfın nerede çıkacağı belli olmayacağına göre, önceden tarafların mukavele muvacehesindeki durumlarını kat'iyetle tesbit etmeleri mümkün değildir. Kaldı ki, *lex fori* Devletler Hususî Hukukunda istisnaen tatbik edilen, tâbir caizse son çare olarak başvurulmuş bir kanundur<sup>46</sup>.

44) Misal olarak bakınız: *Wigny: a.g.m., S. 697-699*. Mamafih bu sistemle, yine sadece mefruz irade haline münhasır kalmak üzere bağlayıcı karineler kabul eden *Pillet*'nin sistemi (a.g.e., no. 488 vd., S. 188 vd.) arasındaki müşabehet inkâr edilemez. Krs. *Nussbaum: a.g.e., S: 161; Wolff: a.g.e., S: 435-436*; halihazır Yunan Hukukundaki durum da bu merkezdedir. Bak. Yunan MK. mad. 25 ve *Const. Lambadarios: Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit international Privé grec. (Revue Hellénique de Droit international, 1950, S: 48 vd.)*.

45) *Niboyet: Autonomie S. 84*.

46) *Niboyet: Autonomie S. 84*. İsviçre Federal Mahkemesi, eski sisteminde, *lex fori*'ye hem bir başlangıç, hem de bir münteha noktası olarak başvurmuştur. Şöyle ki, muhakemede taraflar yabancı kanunun tatbiki lüzumunu ileri sürmezlerse zımnen akdin inikadından itibaren İsviçre kanununun tatbikine rıza göstermiş sayılırlar (*J.d.T. 1910, S. 381*). Buna mukabil, dâvada her iki taraf da aynı ecnebi kanununu talep ederse o kanun; bu hususta anlaşamadıkları takdirde akdin sıhhat ve muteberiyet şartlarına *lex loci contractus*, hükümlerine *lex loci executionis*, tâli mahiyette olarak da *lex domicilii debitoris* tatbik olunacaklardır. Nihayet bütün bu kıstas-

bb) *Millî kanun (lex patriae):*

Almanyada *Zitelmann* tarafından müdafaa edilen bu görüşe nazaran borçluya borcunu ifa etmesi hususunda bir mükellefiyet tahmil edilecek yegâne kanun kendi millî kanunu olduğundan akde tatbik edilecek kanun da bu olmalıdır. Halbuki *Zitelmann*'ın istinad ettiği mülâhaza mesnetsiz olduğu gibi, bu prensibin kabulü birçok hallerde mantıksız neticelere götüreceğinden bugün hemen tamamen terkedilmiş bulunmaktadır<sup>47</sup>. Esasen akitler gibi mâmeleke, malî münasebetlere taallûk eden muamelelerde daha ziyade ahkâmı şahsiyeyi nizamlayan millî kanunun arka plânda kalması gayet tabiidir<sup>48</sup>. Ancak her iki tarafın da milliyetinin aynı olması halinde durum değişmekte ve hukukî münasebete müşterek millî kanunun tatbiki esası gerek jürisprüdans<sup>49</sup>, gerekse bazı modern kanunlar<sup>50</sup> tarafından terviç edilmektedir<sup>51</sup>. Millî kanunun, müelliflere göre bir mefruz irade karinesi olarak rol oynayacağı diğer mühim bir saha da iyilik yapma akitleridir (bağışlama, âriyet, faizsiz karz v.s. gibi). Bu takdirde iyilik gören tarafın (bağışlanan, âriyet alan, müstakriz v.s.) akitte hâkim durumda olan diğer tarafın millî kanununa inkiyadı kabul ettiği farz olunmaktadır<sup>52</sup>.

cc) *İkametgâh kanunu (lex domicilii):*

İkametgâhın da, milliyet gibi, malî münasebetlerde rol oynamaması gereken şahsî bir unsur olduğu söylenebilirse de, onda aynı zamanda bir şahsın (hakikî veya hükmi) faaliyetinin merkezi olma bakımından objektif, gayri şahsî, yapılan hukukî muamelelerle sıkı sıkıya ilgili bir

---

lara rağmen bir neticeye varılamazsa, ister istemez yine *lex fori*'ye (yâni İsviçre Kanununa) dönülecektir. (*Sauser-Hall*: a.g.m. «Droit applicable...» S. 307 a vd.; *Oser-Schönenberger* — Terc. R. Seçkin — Borçlar Hukuku, cilt 1, Ankara, 1947, S. LXVI vd.; *Daepfen-Raymond*: Le Code Fédéral des Obligations, Zürich, 1937, S. 448 vd.)

47) *Lewald*: a.g.e., no: 25, S. 76; *Arminjon*: a.g.e., no: 85-86, S. 269 vd.; *Niboyet*: *Autonomie* S. 85-86.

48) *Dreyfus*: a.g.e., S. 297 vd.

49) Fransız jürisprüdansında hâkim olan prensip budur. (*Batiffol*: *Traité* no: 591, S. 640-641; *Niboyet*: *Traité*, no: 1394, S. 55).

50) Meselâ İtalyan Medeni Kanununda (mad. 25 disp. prel.) durum böyledir.

51) Bu hal tarzı her zaman tatminkâr sayılamaz. Nitekim 20 yıldır Amerika'da yerleşmiş iki Fransızın İtalyada teslim edilecek bazı mallara dair yaptıkları akdin neden Fransız kanununa tâbi olacağı câyi sualdir.

52) *M. Caleb* bu fikirdedir. (*Niboyet*: *Autonomie* S. 97'den naklen). Mamafih bu *autonomi*'yi kabul edenleri ilgilendiren bir delildir: *Krş. Pillet*, a.g.e., no. 495, S. 200; *Schnitzer (A. F.)*: *Handbuch des Internationalen Privatrechts*, II, 3. Auflage, 1950, S. 567, 617 vd., 623 vd.



cephenin mevcut bulunduğu inkâr olunamaz<sup>53</sup>. Gerek bu bakımdan, gerekse bilhassa üzerinde durulan (aşağıda inceleyeceğimiz) akit mahalli ve ifa yeri kanunlarını tatminkâr bulmadıklarından *Von Bar, Hans Lewald* gibi tanınmış Alman hukukçuları bu sisteme iltihak etmiş ve akit kanununu borçlunun borç altına girdiği sıradaki ikametgâhı kanunu olarak tavsif etmişlerdir<sup>54</sup>. Bu fikre karşı yapılan en mühim itiraz, bizce, iki tarafa borç yükleyen akitlerde, her iki taraf hem alacaklı, hem borçlu olduğuna göre hangi kanunun tatbik edileceğine müteallik olanıdır. Her âkidin borçlu olduğu edime kendi ikametgâhı kanununun tatbiki sinallagmatik akitlerin «karşılıklı» olma vasfını, akitte mevcut vahdeti haleldar edecektir<sup>55</sup>. Mamafih ikametgâh kanunu fikri, başka bir sistemin himayesi altında İsviçre Federal Mahkemesinin en son içtihatlarında yer alan bir fikirdir ve sırası geldiği zaman keyfiyet izah olunacaktır.

Bu kanun ile ilgili olarak şu noktaya da temas edelim ki, iyilik yapma akitlerinde, bazı müellifler iyilik yapanın şahsî kanunundan onun ikametgâhı kanununu anlamakta ve akde bu kanunu tatbik etmektedirler<sup>56 57</sup>.

dd) *Akit mahalli kanunu (lex loci contractus) ve ifa mahalli kanunu (lex loci executionis veya solutionis):*

İrade muhtariyeti taraftarları gibi, bir lex obligationis arıyanların da en fazla alâkalandıkları kanunlar bunlar olmuştur. Bazıları akit mahalli kanununu, diğerleri ifa yeri kanununu tercih etmiş, nihayet üçüncü bir gurup müellif de her ikisini telif eden muhtelit bir fikir ortaya atmışlardır.

aaa — *Akit mahalli kanunu (lex loci contractus) sistemi:*

Bu sistem, lâtin ve anglo-sakson hukuk âleminde müelliflerin büyük ekseriyetini cezbedtiği gibi jürisprüdans sahasında da hâkimdir. Hattâ İtalyan M.K. gibi (art. 25, disp. prel.) bazı kanunlar, tarafların milliyetinin aynı olmaması halinde, sarahaten lex loci contractus lehine bir karine vaz'etmişlerdir<sup>57 a</sup>.

53) *Dreyfus*: a.g.e., S. 300 vd.

54) *Lewald*: a.g.e., no: 26, S. 76; *Arminjon*: a.g.e., no: 85, S. 273-274.

55) *Oser-Schönenberger*: a.g.e., S. LXIII.

56) *Arminjon*: a.g.e., no: 108, S. 320; Krs: *Rolin*: a.g.e., t: I, no: 315, S: 507-508. Bu müellif iyilik yapan için en avantajlı olan kanunun tatbikini tavsiye eder.

57) Müsterek ikametgâh kanununu da, müsterek millî kanun gibi, terviç eden müellifler mevcuttur. Meselâ: *Arminjon*: a.g.e., no: 109, S. 324; *Pillet*: a.g.e., no: 494, S. 198.

57 a) Temyiz Mahkememizin de inikad yeri kanunu esasını terviç eden bazı kararlarına tesadüf edilmektedir. Meselâ 4 üncü Hukuk Dairesinin 31.3.1944 tarihli

Sistemin lehinde en fazla ileri sürülen husus bunun «tabii» olmasıdır. O kadar ki, bu yüzden, *lex loci contractus*'un neden mukavele kanunu (veya mefruz irade karinesi) olması gerekeceği üzerinde uzun boylu durulmamaktadır dahi! Bu sisteme taraftar olanların mühim bir kısmı da, bunu diğerleri ile yapılan mukayesede üstün görmekten başka bir esbabı mucibe ileri sürmemektedirler. Tarafların en kolay tetkik edip öğrenecekleri kanunun bu olduğu iddiası ise sadece *autonomie* ve mefruz irade karinesi müdafiiilerinin işine yarayıp, âkitlerin iradelerinden müstakil objektif irtibat noktalarının tesbitinde bir rol oynamaz<sup>58</sup>. *Lex loci contractus*'un neden objektif ve zarurî irtibat noktası olacağı hususu belki de en özlü mucip sebebinin Niboyet'nin «*Traité*» sinde ileri sürdüğü fikirlerde bulmuştur<sup>59</sup>. Filhakika mülkîlik esasından hareket eden müellife göre bir devletin hudutları dahilinde cereyan eden çeşitli hâdiselere bir «hukukî» sıfat vermek, onlara bazı hukukî neticeler bağlamak yalnız o ülke üzerinde hâkimiyet sahibi olan devlete aittir. Böyle olunca bir akit yapmak için birleşen taraf iradeleri de hukukî netice ve mahiyetlerini ancak bir araya gelerek mukaveleyi meydana getirdikleri ülkenin devletinden alabileceklerdir. Ancak o devlet tabii âlemde yer alan şu irade faaliyetine, söz ve yazılara her iki tarafı da ilzam etmek gibi bir netice terettüp ettirecek, onlara hukukî himaye bahsedebilecektir.

Akit mahalli kanunu sistemi (ister bir karine, ister bir *lex obligationis* olarak ileri sürülsün) çok tenkitlere uğramış bir sistemdir. Bu hususta iki klâsik itiraz mevcuttur. Biz buna bir üçüncüsünü ilâve edeceğiz:

— Her şeyden önce, tatbikatta tarafların akit mahalli kanununu tetkik etmeyi çok defa ihmal etmeleri bir yana, mezkûr mahallin hâdis-

---

E. 40 K. 1014 kararında «Ecnebi bir memlekette yapılan akitten doğan ihtilâflarda o memleket kanunlarının tatbiki icap eder...» denilmektedir (*Atasayan, (T.): Hukuk Muhakemeleri Usulü İctihatlar Külliyyatı, 1954, S. 126*). Aynı kararın *Tepeci (K)* Notlu ve İzahlı Borçlar Kanunu, 2. bası, Ankara, 1954, S. 230 da mevcut hülâsası biraz farklı olup, orada «mahal ve mahiyeti akit itibarı ile hâdisede Yunan kanunlarının tatbiki lâzım gelirse de» şeklinde bir ibare kullanılmıştır.

58) Krş.: *Sevig (M. R.): a.g.e., S. 484; Niboyet: Autonomie S. 87; Arminjon: a.g.e., no. 76, S. 250; Wigny: a.g.m., S. 699; Berki (O. F.): Devletler Hususi Hukuku, 2. bası, Ankara, 1956, S. 434; Weiss (A.): Traité théorique et pratique de Droit International privé, t: IV, Paris, 1901, S. 346 — İngiliz - Amerikan Hukuku için bilhassa bakınız: Nussbaum: a.g.e., S. 170; Dicey: a.g.e., S. 593 vd.*

59) *Niboyet: Traité no: 1385, S. 14 vd.; A.B.D. de de Prof. Beale'in hazırladığı Restatement'da, mülkîlik doktrininin tesiri altında, lex loci contractus'un mecburî hâkimiyeti kabul edilmiş, fakat tâli mahiyette kalmak üzere lex loci executionis'e de yer verilmiştir (Nussbaum: a.g.e., S. 163 vd.).*

lerin büyük ekseriyetinde tamamen tesadüfî olduğu muhakkaktır. İsviçrede ikamet eden bir İngiliz ile Fransada ikamet eden bir Fransız İtalyada bulunan bazı malların Fransada teslim edilmek üzere satışı hakkında mutabık kaldıkları zaman, bu mutabakatın vuku bulduğu yerin meselâ Yunanistan olmasının ne önemi olacağı akla gelebilir. Âkitler mukavele şartlarında uyuştukları sırada tesadüfen Yunanistanda bulunuyorlardı diye, Yunanistani hiç alâkadar etmiyen bu borç münasebetine neden mutlaka Yunan kanunu tatbik edilecektir? <sup>60</sup>. Hele bazı ahvalde, akdin inikad ettiği anda, hangi memleket topraklarında olduklarını tarafların kendilerinin dahi bilmedikleri ve kolay kolay tesbit de edemeyecekleri muhakkaktır. Semplon ekspresinde bulunan âkitlerin inşa edecekleri mukavelede böyle bir durum kolayca husule gelebilir <sup>61</sup>. O zaman ne yapılacaktır?

— İkinci klâsik itiraz gaipler arasında yapılan akitlerde, inikat yerini tayinin (muhtelif devletlerin hukuk sistemlerinin farklı esaslar kabul etmesi ve salâhiyetli kanun önceden belli olmadan hangi sisteme ittiba edileceğinin de zarurî olarak bilinmemesi dolayısı ile) büyük müşkülât arzemesidir. Meselâ akdin inikadında irsal nazariyesini kabul eden (A) kanunu ile vusul nazariyesini benimseyen (B) kanunu çatıştığı zaman akit acaba hangi anda inikad etmiş addolunacaktır? Devletler Hususî Hukukunun en münakaşalı meselelerinden biri de budur ve pek tatmin edici olmamakla beraber, verilen en kestirme cevap *lex fori*'nin tatbikidir <sup>62</sup>.

— *Niboyet*'nin sisteminde bu iki itiraza da yer yoktur. *Bir kere* tesadüfî olsa da, öne sürdüğü mülâhazalara binaen akde hukukî varlığını veren inikad yeri devleti kanununun tatbiki icap eder. *Sâniyen* gaipler arasındaki akitlerde inikad yerini tayin hususunda karşımıza çıkan güçlük Devletler Hususî Hukuku'nun her adımda rasladığımız tabii engellerinden biridir. Diğer sahalarda nasıl bu engelleri, iyi veya kötü bertaraf ediyorsak, burada da muayyen bir sistem kabul ederek (ona göre *lex fori*) meseleyi çözüp atmalıyız <sup>63</sup>.

60) *Batiffol*: *Traité* no. 571, S. 618 ve no: 587, S. 636; *Batiffol*: *Contrats* no: 82, S: 75; *Oser-Schönenberger*: a.g.e., S. LXII.

61) *Batiffol*: *Contrats* no: 82, S. 75; *Pillet*: a.g.e., no: 485, S. 175.

62) Diğer kayda değer sistemlerden biri de hangi kanun akdin daha geç inikad ettiğini kabul ediyorsa, o sistemi tatbik etmektir. Bu mevzuda bak: *Pillet*: a.g.e., no: 485, S. 179 vd.; *Nussbaum*: a.g.e., S. 165 vd.; *Olive*: a.g.e., S. 121 v.; *Weiss*: a.g.e., S. 350 vd.

63) *Niboyet*: *Traité* no: 1385, S. 17-18.

Bize göre Niboyet tarafından müdafaa edilen şekil dahilinde de *lex loci contractus* sistemi tatminkâr değildir. Herşeyden önce, bu müellifin yaptığı gibi, akitlerin hukukî kudretlerini, ilzam edici vasıflarını münhasıran akit mahalli devletinden aldıklarını söylemek hatalıdır. Zira bir akde hukuken ilzam edici bir kudret tanıyan bir kanunun mevcudiyetinde hiç şüphe yoktur ama bu kanunun mutlaka akit yeri devletinin kanunu olduğu iddiası ispata muhtaçtır. Bizce akit nerede inikad ederse etsin onun hukukî neticelerini doğurabilmesi akit kanunu (*lex obligationis*) sayesinde vâki olmakta, hangi ülkede cereyan ederse etsin bir akdin inikadını sağlayacak rıza beyanlarına bağlayıcı kudreti o ülke üzerinde hâkimiyetini cereyan ettiren devlet değil, fakat akdin bizatihi tâbi olduğu kanun bahşelemektedir. Şu halde Niboyet *lex obligationis*'in mutlaka akit yeri kanunu olması gerektiğini ileri sürerken aşırı bir mülkiliğe kapılıp isabetsiz bir noktai nazara taraftar olmuştur. Mesele akdin hangi devlet topraklarına, objektif irtibat noktalarına göre, daha fazla bağlı olduğunun tesbitidir. Akdi hukukî sahada da değerlendirecek kanunun ise akdin en fazla bağlılık arzettiği devletin kanunu olacağında şüphe yoktur. Şu halde, nasıl olur da inikat mahallinin akdin en sıkı bağlılık noktalarının bulunduğu yer olduğu isbat edilmeksizin, *lex loci contractus*'a mutlak bir hâkimiyet tanınır?

Problemin akdin objektif irtibat noktalarını tesbitten ibaret olduğu hatırlanınca, mezkûr tesbitte onun maddî âlemdeki tezahürleri ön plânda geleceğine ve bu maddî tezahürler akdin ifası ile, inikada nazaran çok daha bâriz ve elle tutulur bir hal alacağına göre, bu zaviyeden ifa yeri kanunu sisteminin akit mahallî kanunu sistemine üstün olduğu kolayca anlaşılır <sup>64</sup>.

bbb — *İfa mahalli kanunu (lex loci executionis) sistemi:*

Bu sistem Savigny'nin sistemi olup, onun otoritesi sayesinde Alman jürisprüdansında bir numaralı mevkie ihraz etmiştir <sup>65</sup>. İngiliz - Amerikan Hukukunda da, *lex loci contractus*'dan sonra gelmek üzere ikinci plânda bir mefruz irade karinesi rolü oynamaktadır <sup>66</sup>.

Savigny'ye göre akitler icra edilmek üzere yapılırlar. Tarafların bütün iradesi akdin icrasına müteveccihdir. Şu halde icra yeri kanununun onların mefruz iradesine en uygun kanun olduğunu söylemek yerinde

64) *Batiffol*: *Traité* no. 587, S. 637-638; *Krs. Dreyfus*: a.g.e., S. 304.

65) *Batiffol*: *Contrats* no: 102, S. 91-92; *Lewald*: a.g.e., no: 19, 21; S. 75; *Gérardin*: a.g.e., S. 89 vd. *Bilhassa*: *Paschoud*: a.g.e., no: 50 vd., S. 53 vd.

66) *Dacey*: a.g.e., S. 599 vd; *Wolff*: a.g.e., S. 438-440; *Nussbaum*: a.g.e., S. 170; *Cheshire*: a.g.e., S. 319.

olur<sup>67</sup>. Lex loci executionis veya solutionis'e objektif irtibat noktası gözü ile bakanlar ise, akdin haricî âlemdeki en sarîh ve kat'î tezahürlerinin ifa mahallinde vuku bulması keyfiyetine dayanmaktadırlar<sup>68</sup>. Bütün bu mülâhazaların çok büyük bir hakikat payını ihtiva ettikleri muhakkaktır. O kadar ki, lex loci executionis sistemi aleyhine yapılan tenkitler, hemen hiçbir zaman sistemin bünyesine, bizatihî zâtına taallûk etmeyip, hep sistemin kabulü halinde doğacak bazı müşküllere tahsis edilmiştir.

Lex loci executionis sisteminin karşılaştığı en mühim tenkit, bunun, iki tarafa borç tahmil eden (synallagmatique) akitlere tatmin edici bir tarzda kabili tatbik olmamasıdır<sup>69</sup>. Zira bu nevi akitlerde iki borç ve iki ayrı ifa yeri olacağından aynı akde iki kanunun tatbik edilmesi gibi akitte mevcudiyeti elzem vahdeti bozan bir netice husule gelecektir. Her iki kanun, tatbik edildikleri edimi diğer edimle olan münasebetleri zaviyesinden farklı bir şekilde nizamlıyorlar ise, hukukî münasebetin en karakteristik vasfını teşkil eden «karşılıklılık» unsuru ihlâl edilmiş olacaktır<sup>70</sup>. Bunun gibi akitte ifa yeri sarîh veya zımnî bir surette belirtilmemişse, bu nasıl tayin olunacaktır? Keyfiyetin lex obligationis'e göre belli olacağını söylemek, mezkûr kanunu önceden tayin olunmuş farzetmek gibi bir mantık hatasına müncer olur. Keza bir şey yapmamak borcunun ifa mahalli acaba neresidir? Akit bir edimin müteaddit yerlerde ifasını tazammun ediyorsa, nasıl hareket edilecektir?<sup>71</sup>.

Bütün bu tenkitlere rağmen, ifa yeri kanunu sisteminin yine de kabili müdafaa olduğunu ilerde<sup>71 a</sup> izaha çalışacağız.

#### ccc — Muhtelit sistem:

Burada akit mahalli ve ifa mahalli kanununun birlikte tatbikini istilzam eden görüşler yer alacaktır. Ancak bunlardan bazıları (ilk ikisi) her iki kanunun aynı zamanda tatbikini icap ettirdikleri halde, sonuncusu (Batiffol'un sistemi) aralarında bir derece farkı gözetmektedir.

67) *Gérardin*: a.g.e., S. 90; *Pillet*: a.g.e., no: 483, S. 170; *Rolin*: a.g.e., t: I, no: 266, S. 459.

68) Not (64) e bakınız.

69) Nitekim *Sauser-Hall* bilhassa bu sebeple sadece bir tarafa borç yükleyen akitlerde lex loci executionis'e taraftar olmuş ve iki tarafa borç tahmil eden akitler için lex loci contractus'u tercih etmiştir. (ZSR.deki a.g.m. S. 313 a ve 318 a).

70) *Rolin*: a.g.e., t: I, no: 271, S. 463; *Oser-Schönenberger*: a.g.e., S. LV vd.; *Weiss*: a.g.e., S. 346; *Pillet*: a.g.e., no: 483, S: 171; Krs. *Niboyet*: Autonomie S. 91 vd.

71) *Lewald*: a.g.e., no: 24, S: 76.

71 a) Bak: S. 388 vd.

— Doktrinde, sonradan sayısı oldukça kabarık başka müelliflerin de iltihakını sağlıyan, ve ilk defa Hollândalı *Asser* tarafından müdafaa edilen<sup>72</sup> ve İsviçre Federal Mahkemesinin 1906-1952 seneleri arasında içtihatlarına hâkim olan<sup>73</sup> bir noktai nazara göre akdin özü, sıhhat ve muteberiyeti ile, ifasını tefrik ederek bunlardan birincisine *lex loci contractus*'u, ikinciye de *lex loci executionis*'i tatbik etmek icap eder.

Bu noktai nazar, akdî münasebette hâkim olması gereken birliği sun'î olarak bozduğu mülâhazası ile tenkide uğramıştır. İsviçre Federal Mahkemesi 12 Şubat 1952 tarihli kararında<sup>74</sup> bu tenkide, ifa ve ademi ifa sebebi ile tazminat dâvalarının herşeyden önce muteber bir akdin teşekkülüne bağlı olduğu, bir akitte hangi hususların muteberiyet, hangilerinin hükümlerle alâkadar olduğunu tesbitin arzettiği güçlük ve umumiyetle inikad mahalli kanunu için söylenebilecek «tesadüfi olma» ve «gaipler arası akitlerde inikat mahallini tayin zorluğu» gibi diğer bazı mülâhazaları da eklemiş ve fikrimizce haklı olarak mezkûr tefriki<sup>75</sup> reddetmiştir. İlâve edelim ki, bu sistemin tatminkâr olmadığını şöyle bir misalle de göstermek mümkündür: iki ecnebi A devleti ülkesinde, B devleti topraklarında ifa edilecek bir akit yapmışlardır. Bu akit A devleti kanunlarına göre bâtil, B devleti kanunlarına göre ise, mutaberdır. Bu takdirde ifa yerinde sahih ve ifası kabil olan bu akdi, sırf A devleti topraklarında inikad etti diye hükümsüz addetmek bir hayli garip bir sonuç olacaktır.

— İkinci ve çok orijinal bir muhtelit sistem *Niboyet* tarafından *Traité*'sinde ileri sürülmüştür. Hakikaten *Niboyet* akitlerde inikad yeri kanununun mecburî hâkimiyetini uzun uzun savunduktan sonra bu kanunun önemini hayli düşüren bir sisteme varmaktadır. Kendisine göre mecburî olarak tatbik edilen *lex loci contractus* sadece akdin sıhhat şartlarının hangileri olduğunu gösterir; fakat bu şartların muhtevası başka kanunlara (kullandığı ifade ve verdiği misallere bakılacak olursa) bilhassa ifa yeri kanununa göre tayin olunur<sup>76</sup>. Meselâ inikat yeri kanunu

72) *Jitta (J)*: La substance des obligations dans le droit international privé, t: I, La Haye, 1906, S. 10; *Sauser-Hall*: ZSR. deki a.g.m., S. 290 a - *Weiss* da aynı fikirdedir: a.g.e., S. 367; Krs: *Rolin*: a.g.e., t: II, no: 887-888, S. 465-466.

73) *Flattet (G.)*: note de jurisprudence (Revue critique de Droit international privé, 1953, S. 397); *Daepfen-Raymond*: a.g.e., S. 449 vd.; *Oser-Schönenberger*. a.g.e., S: LV (50) ve S. LXVI vd.; *Sauser-Hall*: ZSR. deki a.g.m., S. 306 a vd.; *Sauser-Hall*: Festschrift H. Lewald'daki a.g.m., S. 373, 374.

74) J.d.T. 1953, I, 15 (bilhassa S. 20).

75) Buna İsviçre Hukukunda «Büyük ayırma (tefrik) prensibi denmektedir. (La grande coupure ou la coupure générale du contrat - die grosse Spaltung). Bu hususta ayrıca bak: *Knapp, Ch.*, La division des effets du contrat dans le droit international privé de la Suisse, ZSR, 1941, N.F. 60, S. 320 a vd.

76) *Niboyet*: *Traité* no. 1385, S. 20 vd.

akdin muteberiyeti için irade, mevzu ve şekil olmak üzere üç şart aramıştır. Şu halde bizim de akitte arıyacağımız şartlar bunlardan ibaret- tir, velev ifa yeri kanunu bir dördüncü şart (bilfarz sebep şartı) derpiş etmiş olsun. Ancak şu 3 şartın tahakkuk edip etmediği ifa yeri kanununa göre değerlendirilecek ve meselâ akdin mevzuunun kanuna aykırı olup olmadığının takdiri ifa yeri kanunlarına göre yapılacaktır.

Hakikatte hiç bir kanunu tam olarak tatbik etmiyen, kısmen inikat yeri kanunu ile kısmen ifa yeri kanununu telife uğraşan bu sistemin tatminkâr olmadığı aşikârdır. Zira kabulü halinde akde tam olarak hâkim olan bir kanun (bahis mevzuu kanunların sadece muayyen noktalarından istifade edildiğine göre) bulunmayacaktır.

— Bizim iltihak ettiğimiz sistemde olduğu gibi akitlere kül halinde (gerek sıhhat ve muteberiyetleri, gerekse hükümleri bakımından) tek bir kanunun tatbikine taraftar olan Batiffol<sup>77</sup> lex loci contractus ve lex loci executionis'i aynı zamanda değil, fakat bir sıra halinde ele almanın muvafık olacağı fikrindedir. İlk plânda gelen, şüphesiz, lex loci execu- tionis'tir. Müteaddit ifa yerleri varsa, aslî ifa yeri (lieu d'exécution principal) kanunu tercih edilecektir<sup>78</sup>. İfa yeri kanunu esasının bir netice vermemesi halindedir ki, hemen her zaman mümkün bir hal tarzı diye vasıflandırılan lex loci contractus'a avdet olunacaktır.

Sistemin mantıkî olduğu muhakkaktır. Tenkit sadedinde belki objek- tif irtibat noktası olarak bir hayli zayıf bir mahiyet arzeden inikat yeri'ne hemen ifa yerinden sonra ikinci derecenin verilmiş olması bahis konusu edilebilir. Şurasını da unutmamalıdır ki, Batiffol bütün bu hususlarda kendi anlayışına göre bir autonomie sisteminden mülhem olmaktadır<sup>79 80</sup>.

ee) *Pillet sistemi (Sentetik görüşle analitik görüş arasında muta- vassıt sistem)*<sup>81</sup>:

Niboyet gibi bazı müelliflerin bu enteresan sisteme analitik metolla hareket eden görüşler meyanında yer vermelerine rağmen<sup>82</sup>, bizce bunu

77) *Batiffol*: *Traité* no. 613, S. 663.

78) *Batiffol*: *Traité* no. 588, S. 638; *Batiffol*: *Contrats* no. 91-95, S: 82-87.

79) Bakınız: yukarıda S. 362.

80) *Pillet* de (a.g.e., no. 494, S. 199) bazı farklarla âni akitlere mahsus olmak üzere, buna benzer bir sistem müdafaa etmiştir. Yalnız onun sisteminde lex loci contractus ve lex loci executionis sırası ile ikinci ve üçüncü sırayı işgal etmekte- dirler.

81) *Pillet*'nin nazariyesi tezini tedarik etmek imkânını bulamadığımız *M. Caleb ve Gérardin* (a.g.e., S. 165 vd.) tarafından da benimsenmiştir; Krs. *Arminjon*: a.g.e., no: 109, S. 321 vd.

82) *Niboyet*: *Autonomie* S. 96 vd.

mutavassıt, hattâ sentetik metodla harekte edenlerinkine daha yakın bir noktai nazar olarak kabul etmek muvafık olur. Bu sistemde herşeyden önce bir tefrik yapılarak akitler «âni akitler» (contrats spontanés) ve «bir icap üzerine inikad eden akitler» (contrats précédés d'offre) olmak üzere iki büyük kategoriye ayrılmaktadır<sup>83</sup>. Ani akitler (yani taraflardan birinin önceden akit şartlarını hazırlaması bahis mevzuu olmayanlar) da iyilik yapma akitleri ve ivazlı akitler diye ikiye ayrılmakta ve birincilere iyilik yapanın şahsî kanunu, diğerlerine ise bir sıra dahilinde müşterek ikametgâh kanunu, inikad yeri kanunu, ifa yeri kanunu tatbik olunmaktadır. Sistemin asıl hususiyetini teşkil eden bir icap üzerine inikad eden akitlere gelince: (bundan Pillet ve taraftarları taraflardan birinin önceden akit şartlarını hazırlayıp diğerine teklif ettiği akitleri kasetmektedirler) burada, varılan netice aynı olmakla beraber, üçlü bir tefrik yapılmaktadır.

— Âdi (basit) yani bir ferdin diğerine yaptığı icap halinde, mucip hâkim durumdadır. Zira akdin bütün şartlarını o kendi kanununa göre tayin eylemekte ve muhatap da kabul ile mucibin bildirdiği şartlara ve bu şartların tâbi olduğu mucibin kanununa iltihak etmektedir. Hakikaten, icabın bizatihî bağı bulduğu bir kanun vardır, o da mucibin ikametgâhı kanunudur. Mucip bütün tekliflerini bu kanunun çizdiği çerçeve dahilinde hazırlamış ve muhatap da icabı kabul ederek bu kanuna mutavaata razı olmuştur.

— Umumî icaplarda (bu tâbirden bilhassa iltihakî mukaveleler anlaşılmaktadır) aynı neticeye daha da kolay olarak varmak mümkündür. Çünkü mucip kendi kanununa göre, herkese aynı şekilde tatbik edilecek, akit şartlarını hazırlamış durumdadır. Bu vaziyette muhatap, birinci ihtimalden farklı olarak icap üzerinde bir müzakere açmak, onun bazı noktalarını değiştirmek imkânına da sahip değildir. O, iradesini sadece kabul veya ademi kabul şeklinde kullanabilecek, kabul ettiği takdirde ise, önceden hazırlanan ve mucibin ikametgâhı kanununa tâbi bulunan statüye dahil olacaktır.

— Nihayet tanzim edilmiş icaplar diye üçüncü bir kategoride (ki bu kategori akitlerden ziyade şart-tarassuflar, idarî tasarruflarla alâkalı gözükmemektedir; memur tayini gibi...) Pillet devlet veya idare tarafından muayyen bir hazırlık ve müsaade safhalarına bağlanan icapları ele

83) Bu ve müteakip izahat için bakınız: *Pillet*: a.g.e., no. 493 vd., S. 198 vd.



almakta ve evleviyetle aynı neticeyi (yani mucibin kanunu sistemini) kabili tatbik bulmaktadır <sup>84</sup>.

Bu sistem şayanı tenkittir. Bir kere dayandığı temel (akitlerin âni ve icaplı diye tefriki) pek sağlam değildir. Her akitte ona tekaddüm eden bir icap vardır. Bunun gibi her akitte tarafların inşasını düşündükleri akit hakkında bir fikirleri, diğer âkide teklif ettikleri bazı şartları mevcuttur. Eğer gaye bizim «hazırlar» ve «gaipler» arasında diye tavsif ettiğimiz tefrik ise, neden bu iki tip akdin farklı birer rejime tâbi tutulacağı anlaşılammamaktadır. Sâniyen, Batiffol'un pek güzel belirttiği gibi <sup>85</sup> her zaman muhatabın mucibin hazırladığı şartlara boyun eğeceği iddiası da doğru değildir. Çünkü bilâkis mucibin, akdin inşasını mümkün kılmak için, muhatabın işine gelecek şartlar teklif etmiş olması, onun kanununa mutavaata dahi razı olmuş bulunması mümkündür. Nihayet tatbik edilecek kanunu ararken bizi alâkadar eden husus mukavelenin, heyeti umumiyesi itibarı ile, en çok hangi ülke ile bağlılık arzettiği keyfiyetidir. Yoksa yalnız âkitlerden birinin irade beyanı üzerinde durarak sadece ona göre bütün mukavele için câri bir netice çıkarmak caiz değildir <sup>86</sup>.

Bu izahatımızla sentetik metod taraftarlarınınca ileri sürülen başlıca sistemlerin tetkikini bitirmiş ve bu vesile ile de bu sistemlerden hiç

84) Devletle yapılan akitlerin aynı sebep dolayısı ile âkit devletin hukuk nizamına tâbi olup olmayacağı gerek doktrin, gerekse jürisprüdans sahasında münakaşa konusu olmuştur. Eskiden bu suale verilen cevap müsbet olduğu halde (*Arminjon*: a.g.e., no: 109, S. 323; *Weiss*: a.g.e., S. 336, not 5), modern müellifler, Hususi Hukuk sahasında kaldığı müddetçe, devlete alelâde bir şahıstan farklı muamele yapmanın bir sebebi olmadığı fikrindedirler. Fransız Temyiz Mahkemesi de eski içtihadından rücu ederek bu noktai nazara iltihak etmiştir (*Niboyet*: *Traité* no: 1401, S. 77 vd.; *Batiffol*: *Traité* no: 592, S. 641; *Batiffol*: *Contrats* no: 120, S. 105-107). İngiliz Hukukunda dahi âkid taraflardan birinin devlet olması onun kanununun tatbik edilmesi için kat'î bir sebep olarak mülâhaza edilmemektedir (*Dicey*: a.g.e., S. 591).

85) *Batiffol*: *Traité* no: 599, S. 649; *Batiffol*: *Contrats* no: 113 vd., S. 100 vd. - Mamafih bu müellif meseleyi daha ziyade *autonomie zaviyesinden* ele almaktadır ve bahis mevzuu tenkit de bu zaviyeden yapılmıştır.

86) Bahis mevzuu irade beyanının (icap) sadece zaman itibarı ile takaddüm gibi arızî bir olaydan gayri hiçbir hususiyeti yoktur (Kırs. ileride: İsviçre Federal Mahkemesinin görüşü). Burada bir nokta üzerinde daha durarak icabın mutlaka mucibin ikametgâhı kanununa bağlanması gerekip gerekmiyeceği de münakaşa edilebilir. Akid inikat ettikten sonra, akit kanunu bütün akde ve bu arada tarafların irade beyanlarına tatbik edileceğine göre mücerret icabın da ileride inikadı mümkün akdin kanununa tâbi olması düşünülemez mi? Mamafih *Oser-Schönenberger* (a.g.e., S: LXVII-LXVIII) ve İsviçre Federal Mahkemesi (JdT. 1952, I, 309; JdT. 1953, I, 21) bu fikri reddediyorlar. Aksi fikri müdafaa eden eski bir Federal Mahkeme kararı mevcuttur: ATF. 32. II. 418 (*Paschoud*, a.g.e., no: 35, S. 37). - *Weiss* ve *Niboyet*'nin tenkitleri için bakınız: *Weiss*: a.g.e., S: 353; *Niboyet*: *Autonomie* S. 97-98.

birisinin (bazılarının diğerlerine nazaran arzettikleri üstünlük mahfuz kalmak şartı ile) tatminkâr olmadığını tebarüz ettirmiş bulunuyoruz.

b — *Analitik metod taraftarlarına göre akitlere tatbik edilecek kanun:*

Bu guruba giren müellifler, pek yerinde olarak, bütün akitler için aynı derecede vârid a priori bir esas tesbit etmenin imkânsızlığı üzerinde durmakta ve her akdi münferiden ele alıp onun hususiyetlerine göre irtibat noktalarını tesbit etmek lüzumunu belirtmektedirler. Ancak içlerinden bazıları, ifrata kaçarak, her türlü umumî prensibi inkâr yoluna sapmaktadırlar. Halbuki bazı umumî prensipler hakkında mutabık kaldıktan sonra, bu umumî prensipleri muhtelif akitlerin farklı bünyelerine uygun bir seyyaliyet içersinde tatbik edecek bir sistem şüphesiz en doğru bir sistem olacaktır <sup>86 a</sup>.

Analitik bir metod ile problemi ele alan bütün müellifler üzerinde uzun uzadıya durmak istemiyoruz. Zira bu sahada yapılacak ciddi ve etraflı bir etüd bilinen akitlerin heyeti umumiyesini teker teker inceleyip herbiri hakkında ileri sürülen mütalâaları kritik bir süzgeçten geçirmeği icap ettirir. Halbuki bu kadar muazzam bir tahlile etüdümüzün ne mahiyeti, ne de hacmi müsaittir. Bu itibarla nazarı dikkatimizi çeken bir iki müelliften bazı akitlerden misaller zikretmek sureti ile kısaca bahsettikten sonra hemen yeni İsviçre doktrin ve jürisprüdansının ortaya koyduğu çok enteresan ve orijinal sisteme geçmeği uygun buluyoruz.

aa) *Jitta, Dreyfus v.s. nin sistemleri:*

Bu iki müellif, asrımızın başında, analitik metodun öncülüğünü yapmışlardır.

aaa — *Jitta:* Müfrit bir analitik metod taraftarı olarak ortaya çıkmakta ve hemen hiçbir umumî prensip vaz'etmemektedir. «La substance des obligations dans le Droit international privé» adlı kitabının birinci cildinin başında umumî mahiyette olarak söyledikleri şunlardan ibarettir <sup>87</sup>: Bir hukukî münasebet karşımıza şu üç yoldan biri ile çıkabilir:

— Ya o münasebeti teşriî yoldan tanzim edecek devletin veya o münasebet hakkında bir karar verecek hâkimin bulunduğu ülke hayatı ile sıkı sıkıya ilgilidir. Bu takdirde mezkûr hukukî münasebet «millî»

86 a) *Paschoud:* a.g.e., no: 29, S: 31-32

87) *Jitta:* a.g.e., S: 21 vd.

bir çehre ile zâhir olmakta ve *mahallî - millî hukukî münasebet* (relation juridique locale - nationale) adını almaktadır. Meselâ hâkimin ülkesinde ikamet eden iki şahsın aynı ülkede bulunan ve yine orada teslim olunacak bir menkule müteallik yaptıkları satış akdi. Tatbik olunacak kanun şüphesiz hâkimin kanunu (lex fori sıfatı ile değil!) olacaktır.

— Yahut bahis mevzuu hukukî münasebet, o münasebet hakkında karar verecek hâkimin değil, fakat bir başka ülkenin mahallî aktif hayatına dahil bulunmaktadır. Bu halde hâkim o yabancı kanunu tatbik edecektir. Bu nevi hukukî münasebetlere ise *mahallî-ecnebi hukukî münasebetler* (relations juridiques locales-étrangères) denmektedir. Ecnebi bir ülkede ikamet eden iki şahsın o ecnebi ülkede bulunan ve orada teslim edilecek bir menkule dair yaptıkları satış akdi gibi...

— Nihayet bazen hukukî münasebet hiç bir memleketin mahallî aktif hayatına dahil olmayabilir. Bu ihtimalde bahis mevzuu münasebet aktif milletlerarası hayata dahildir. Hâkimin ona tatbik edeceği kanunun hangisi olacağını ise müşterek milletlerarası hukukun zaruretleri tayin edecektir. Bu vasıftaki hukukî münasebetler *milletlerarası hukukî münasebet* (relations juridiques internationales) diye isimlendirilmektedir.

Derhal anlaşılacağı üzere bu esaslarla *Jitta* hiçbir yeni şey söylememekte, herhangi bir umumî prensip vaz'etmemekte, asıl Devletler Hususî Hukuku'nu ilgilendiren üçüncü ihtimalde hâkimi «milletlerarası müşterek hukukun zaruretleri» ne en uygun kanunu seçmek mükellefiyeti ile başbaşa bırakmaktadır<sup>88</sup>. Bunu müteakip bütün hukukî münasebetleri ve bu arada çeşitli mukaveleleri ele alan *Jitta* her biri hakkında tatbik edilecek kanunu birer birer araştırmakta ve daima müphem, gayri kat'î neticelere varmaktadır.

bbb — *Dreyfus*: Bu müellif, mukaveleler hakkında, sadece şu umumî prensibi koymakla iktifa eder: «Akit, mevzuunu teşkil eden ameliyenin maddî olarak tahakkuk ettiği memleketin kanununa tâbidir». Bilâhare muhtelif akitleri teker teker ele alan *Dreyfus*, oldukça tatminkâr hal şekilleri tavsiye etmekte, hattâ meselâ ticarî satışlar hakkında söyledikleri ile Federal Mahkemenin yarım asır sonra iltihak edeceği sistemi hazırlamaktadır<sup>89</sup>.

ccc — *Batiffol*, *Oser-Schönenberger* ve hususile *Schnitzer* gibi müellifler de eserlerinde, akitlere tatbik edilecek kanun hakkında umumî

88) *Arminjon*: a.g.e., no. 87, S. 281.

89) *Dreyfus*: a.g.e., S. 309 ve S. 312 vd.

prensiplerle kalmayıp, ikinci bir kısımda muhtelif akitleri ayrı ayrı incelemek lüzumunu duymakta ve böylece mutedil analitik metod müdafileri olarak tezahür etmektedirler<sup>90</sup>.

bb) *Yeni İsviçre doktrin ve jürisprüdansına göre akitlere tatbik edilecek kanun:*

İsviçre Federal Mahkemesi 1952 yılından itibaren, bilhassa 12 Şubat 1952 tarihli kararı ile<sup>91</sup> akitlere tatbik edilecek kanun mevzuundaki içtihadını kökünden değiştirmiş, 31 Ağustos 1953 tarihli kararında durumu büsbütün açıklamış, böylece gayet modern ve orijinal bir sistemi benimsemiştir<sup>91 a</sup>. Fakat yüksek mahkemenin muayyen bir sisteme iltihak ile iktifa ettiğini sanmak hatalı olur. Bilâkis aynı sistem çerçevesi dahilinde kalmak şartı ile nasıl, yavaş yavaş, bazı prensipler üzerinde durduğunu ve onları değiştirmek yolunu ihtiyar ettiğini ilerdeki izahatımızda belirteceğiz.

Federal Mahkemenin, yeni İsviçre doktrinine de uygun olan, sistemi aşağıdaki üç esas dairesinde hülâsa edilebilir:

aaa - İsviçre Federal Mahkemesi, daha önce Giriş kısmında da arzettiğimiz üzere, irade muhtariyeti (autonomie de la volonté) nazariyesini, mukaveleye tatbik edilecek kanunun sarahaten veya zımnen seçilmesi hallerine münhasır kalmak üzere, kabul etmekte ve bunu kanun seçimi mukavelesi (Verweisungsvertrag) fikri ile izaha çalışmaktadır. Hattâ 31 Ağustos 1953 tarihli kararına nazaran mezkûr seçim mukavelesinin, makable şâmil hükümler doğurmak üzere, sonradan muhakeme esnasında da yapılmasına bir mâni yoktur<sup>92</sup>. Fakat seçilen kanunun

90) *Batiffol*: *Traité* no: 602 vd., S: 650 vd.; *Batiffol*: *Contrats* no: 179 vd., S: 159 vd.; *Oser-Schönenberger*: a.g.e., S. LXXIX vd.; *Schnitzer*: *Handbuch*, II, S. 604 vd.; *Krs*: *Niboyet*: *Autonomie* S. 99-100; *Wigny*: a.g.m., S. 700-701.

91) Doktrinde bilhassa bu karar (JdT. 1953, I, 15) üzerinde durulmakla beraber (*Sauser-Hall*: *Festschrift H. Lewald'daki* a.g.m., S. 374; *Secrétan (R.)*: *Suite de l'évolution de la jurisprudence sur le droit applicable aux contrats*, JdT. 1954. I. S. 537; *Flattet*: a.g.ıçt. notu, S. 398; *Schnitzer*: a.g.m. (SJZ) S: 292; *Krs*: *Secrétan*: *Le droit applicable aux contrats, plus particulièrement au contrat de vente*, JdT. 1955. I. S. 3-5) yeni Federal Mahkeme sisteminin bazı esaslarına 1952 ve 1951 tarihli (hattâ daha önceki) kararlarda rastlamak mümkündür. Misal olarak bakınız: 14 Temmuz 1951 tarihli karar (JdT. 1952, I, 309). Federal Mahkeme içtihatlarının farklı bir zaviyeden tetkiki için *Krs*: *P. Engel*: *La détermination des points de rattachement en droit international privé*, Genève, 1953, S: 96-123.

91 a) Mezkûr sistemin esasları tanınmış İsviçreli hukukçu *Schnitzer* tarafından vazedilmiştir. Bak: *Handbuch*, II, S. 564 vd.

92) JdT. 1954, I, 533; JdT. 1956, I, 375.

mukavele ile tabiî irtibatı olan kanunlardan biri olması şarttır<sup>93</sup>. Bu mülâhazaları kâfi derecede tatminkâr bulmadığımızı daha önce de tebarüz ettirmek fırsatını bulmuştuk<sup>94</sup>.

bbb - Akde tatbik edilecek kanun hakkında mukavelede en ufak bir sarahat dahi mevcut değil ve muhakeme esnasında taraflar da bu hususta anlaşamıyorlarsa, artık irade muhtariyeti nazariyesinden istiane etmek imkânsızdır. Çünkü tarafların «mefruz» iradelerini aramak, bu irade hakikatte mevcut olmadığına göre bir netice vermiyecek, hâkim onların mukavelenin inikadı ânında kanunlar ihtilâfını düşünseler idi tatbikini arzu edecekleri kanunu tesbit bahanesi ile objektif bazı kriterlere göre (âkitlerin mefruz iradesi maskesi altında) mukaveleyi muayyen bir ülkeye bağliyacaktır. Şu halde mukavelenin mekân ile olan irtibat noktalarının tesbiti, bu ihtimalde, taraf iradelerini tamamen bir köşeye bırakarak kendiliğinden yapılmalıdır<sup>95</sup>. Bu objektif irtibat noktalarının nasıl tayin edileceğini incelemeyen önce Federal Mahkeme, eski içtihadında hâkim iki prensibi reddetmekle işe başlamaktadır. Bunlardan *birincisi büyük ayırma prensibi (la grande coupure cu la coupure générale du contrat - die grosse Spaltung)* olup akdin sıhhat ve muteberiyet şartları ile hükümlerinin ayrı ayrı kanunlara (eski Federal mahkeme sistemine nazaran sırası ile *lex loci contractus* ve *lex loci executionis*'e) tâbi tutulmasını istilzam etmektedir. *İkincisi ise küçük ayırma prensibi (la petite coupure du contrat - die kleine Spaltung)* nâmı altında iki tarafa borç yükleyen (*synallagmatique*) akitlerde, her iki âkidin borcunun ayrı ayrı kanunlara bağlanması (eski sisteme göre her borç kendi ifa yeri kanununa) neticesini doğurmaktadır<sup>95 a</sup>. Daha önce de bahsettiğimiz esbabı mucibelerle ve hususiyle akdin bir vahdet arzettiği noktasından yürüyerek mukavelenin kül halinde bir tek kanunun hâkimiyeti altında bulunması gerektiği haklı olarak içtihad olunmuştur<sup>96</sup>. Bundan böyle akdin sıhhat şartlarını ve hükümlerini olduğu gibi, tarafların borçlarını da bu tek ve aynı kanun idare edecektir. Ancak mukavelenin şekli, tarafların ehliyeti, forum'un âmme intizamı mülâhazaları birer istisnadır. Bu istisna-

93) JdT. 1953, I, 20-21; Krs. *Schnitzer*: a.g.m. (SJZ), S: 293; *Secrétan*: a.g.m., (JdT. 1954, I, S. 541).

94) Bakınız: yukarıda S. 361 ve 363. .

95) JdT. 1953, I, 17.

95 a) Bununla beraber *Paschoud*'ya göre Federal Mahkeme, *fiiliyatta*, bu prensibi tatbikten daima kaçınmış ve akdin hükümlerini bir tek kanuna (taraflardan birinin borcunun ifa yeri kanununa) tâbi tutmuştur (a.g.e., no: 43, S. 44-45).

96) JdT. 1952, I, 309; 1953, I, 15; *Secrétan* ve *Flattet*'nin not (91) de zikredilen yazılarını tetkik ediniz.

lar tahdidî olmayıp, meselâ icabın bağlayıcı kudreti, icaptan rücu edilip edilmediği, akde tekaddüm eden müzakere safhasında taraflardan birinin ihtiyar ettiği sükûtun tefsiri v.s. de mukavele kanununun dışında problemler olarak mütalâa edilmiş ve bunların eğer akit inikat etseydi hangi kanuna tâbi olacak idiyse o kanuna göre halledilmeleri fikri sun'î bulunarak terkedilmiştir<sup>97</sup>.

ccc - Bahis konusu tek kanun (mukavele kanunu, lex obligationis) Federal Mahkeme içtihatlarına nazaran hukukî münasebetin objektif bazı kriterler mucibince en fazla bağlılık arzettiği mekânın kanunudur. Fakat şu umumî tarifile iktifa olunmayarak daha pratik bir neticeye de varılmış, hal ve şartlardan hilâfı anlaşılmadıkça, prensip olarak, mukaveleyle tatbik olunacak kanunun, *akdin karakteristik ediminin ifa yeri kanunu* olduğu tebarüz ettirilmiştir. Eğer ifa yeri mukavelede belirtilmemiş ve zimnen dahi istihracı mümkün değilse keyfiyet lex fori'ye göre tayin olunacak, bunun için de İsv. BK. mad. 74 (Türk BK. mad. 73) ten istifade edilecektir<sup>98</sup>. Ancak içtihatlar, birkaç yıl içinde, değişik bir tekâmül de göstermekten geri kalmamış ve bilhassa Federal hâkim *Stauffer*'in tesiri altında<sup>99</sup> ifa yeri kanunu sisteminden vazgeçilerek, *akdin karakteristik ediminin borçlanıldığı mahal* (yahut, diğer bir tâbirle), *karakteristik edim borçlusunun akdin inikadı sırasındaki ikametgâhı* sistemine temayül olunmuştur<sup>100</sup>.

*Karakteristik edimden* maksat, içtihatlarda umumî bir tarif verilmemesine rağmen, akde seciyesini veren, onu karakterize eden, akitte bâriz ve üstün bir rol oynayan edimdir. Schnitzer'e nazaran<sup>100 a</sup> bu edim her şahsın sosyal ve ekonomik alanda ifa ettiği fonksiyona tekabül eder. Nitekim satan, taşıyan, sigorta eden, bir eser vücuda getiren, tedavi eden v.s. cemiyette kendisine düşen rolü yerine getirmekte, müşterinin bir miktar paranın tediyesinden ibaret olan edimi ise bütün bu münasebet-

97) Not (96) da zikredilen kararlara bakınız.

98) JdT. 1951, I, 570; JdT, 1952, I, 98; JdT. 1953, I, 15; Krs, JdT. 1947, I, 395. Bilhassa *Secrétan*: a.g.m. (JdT. 1953, I, S. 3-5).

99) *Secrétan*: a.g.m. (JdT. 1954, I, S. 539).

100) *Secrétan*: a.g.m., JdT. 1954, I, S. 538-539 da zikredilen içtihatlarla ve bu arada JdT. 1952, I, 309; 1954, I, 578 e bakınız. Şurasını da ilâve edelim ki, BK. mad. 73 (İsv. BK. mad. 74) ün metni nazara alınır, paradan gayri borçların ifa yeri ile borçlunun ikametgâhı ekseriya aynı yer olacak ve bu şekilde her iki hal tarzı arasında bir çok hallerde fark kalmıyacaktır.

100 a) *Schnitzer*: Handbuch, II, S. 564 vd.; yine aynı müellifin *Le droit international privé suisse (Sommaire)*, *Revue Hellénique de Droit international* 1954, no. 2-4, S. 158 makalesine bakınız.

lerde hep aynı kalmaktadır. Para vererek muayyen edalar elde etmek müşterinin hayattaki hakikî fonksiyonu olmayıp, onun da ayrıca ifa eylediği meslekî bir faaliyeti mevcuttur. Şu halde hukukî münasebetteki karakteristik edim meslekî bir faaliyet icra eden tarafın edimi olup, bir miktar paranın tediyesinden ibaret müşterinin edimi değildir. Bu şekilde akdi mekânlaştırırken bilhassa karakteristik edimin objektif irtibat noktalarının gözönüne alınması akdin tek bir kanuna tâbi olmasını sağlayan en önemli ve orijinal diyebileceğimiz husustur. Şu hale göre, yeni Federal Mahkeme sisteminde, önceden bütün akitler için câri, umumî bir esas yoktur. Her akdi ayrı ayrı ele alarak, karakteristik edimini bulmak ve bu karakteristik edim, eğer başka bir yer ile daha sıkı râbîta halinde değilse, onun borçlanıldığı mahalli (birkaç sene öncesine kadar mezkûr edimin ifa yerini) tesbit ederek o yer kanununu bütün akde tatbik etmek icap edecektir.

Federal Mahkemenin, şimdiye kadar münteşir içtihatlarında, bilhassa aşağıdaki akitler tetkik olunmuştur:

— *Alım satım akdi*: Burada karakteristik edim, İsviçre doktrin ve jürisprüdansının fikrinde, alelâde tediye vasıtası olan bir miktar paranın verilmesinden ibaret alıcının edimi değil, fakat bir malın teslimini tazammun eden *satıcının edimidir*. Tatbik edilecek kanun da satıcının borç altına girdiği sıradaki ikametgâhı kanunu (nisbeten eski olan ilk formüle göre: satıcının edimini ifa edeceği yerin kanunu) dur<sup>101 102</sup>.

101) JdT. 1947, I, 402; 1951, I, 578; 1952, I, 309; 1953, I, 15; 1954, I, 578 vs.

102) 1951 yılında La Haye'de enternasyonal menkul satışlarına dair bir konvansiyon projesi hazırlanmıştır. Autonomie'yi sarahaten kabul eden (mad. 2) bu konvansiyonun bizi bilhassa ilgilendiren üçüncü maddesine göre *hiçbir kanuna atıf yapılmamış olması halinde*, bazan satıcının, bazan da alıcının ikametgâhı kanununun tatbiki derpiş edilmiştir. Sözü geçen üçüncü madde satış teklifinin nerede alındığına göre bir tefrik yapmaktadır. Prensip itibarı ile teklifi alan satıcının ikametgâhı (veya müessesesinin bulunduğu yer) kanunu tatbik olunacak, ancak teklif satıcı veya onun mümessili tarafından alıcının ikamet ettiği veya müessesesinin bulunduğu yerde alınmışsa, alım-satım akdi bu sonuncu memleket kanununa tâbi olacaktır. Konvansiyon projesinin metni için bak: *Revue Critique de Droit International Privé* 1951, S. 724-727. Ayrıca krs. *Wortley (B. A.): Aspects of the 1951 Hague Conference on Private International Law*, Festschrift H. Lewald, 1953, S. 407-417; *Rabel (E.): The Hague Conference on the Unification of Sales Law*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. I, no. 1-2, 1952, S. 58-69. İlâve edelim ki, yapılan bazı ilâveler ve ufak tefek değişiklikler müstesna olmak üzere, 1951 projesi, eski 1931 tarihli La Haye konvansiyon projesinin aynıdır. (Bu sonuncunun metni için bak: *Paschoud: a.g.e.*, S. 192). Bu arada «*Institut international pour l'unification du droit privé*» tarafından hazırlanmış olan ve milletlerarası maddî menkul eşya satışına ait kaide-

— *Karz akdi*: Karakteristik edim *ödünç verenin edimidir*, tatbik olunacak kanun da bu edimin borçlanıldığı mahal kanunu (veya bu edimin ifa yeri kanunu) dur<sup>103 104</sup>.

Karz hakkında varılan netice bazı tereddütler uyandırabilecek mahiyettedir. Zira karzda, ilk bakışta, karakteristik edim olarak ödünç alanın edimi akla gelmektedir. Hakikaten karzı âriyetten ayıran en mühim vasıf, iade borcunun aynen değil ve fakat (aynı vasıf ve miktarda olmak üzere) mislen olması keyfiyetidir. Şu halde karz akdine ödünç alanın edimi esas alınarak ikametgâh veya ifa yeri kanununun tatbiki icap etmez miydi? Bizce Federal Mahkeme'nin vardığı neticeyi destekliyecek çok kuvvetli bir mülâhaza mevcuttur; o da, karz akdinin hukukî mahiyetidir. Filhakika akdin inikadı ile taraflardan sadece biri (ödünç veren) borç altına girmekte, ödünç alanın borcu ise ancak ödünç verilen şeylerin kendisine teslimi ile doğmaktadır. Şu halde ödünç verenin edimi ödünç alanın borcunun doğumu için bir ön şart olacak derecede akde hâkim bulunmaktadır<sup>105</sup>. Binaenaleyh karz akdinin mekânlaştırılmasında, üstün rolü aşikâr olan bu edimin ele alınması isabetlidir. Kaldı ki, ödünç verme ödünç verenin mesleği icabı olan hallerde (banka ve diğer ikraz müesseseleri gibi) bunun karakteristik vasfı büsbütün aşikâr bir hal almaktadır.

— *Âriyet akdi*: Karakteristik edim âriyet verenin edimi olup, lex obligationis buna göre tayin olunacaktır<sup>105 a</sup>.

lerin tevhidî gayesini güden bir proje de bizi yakından ilgilendirmektedir. Bunun yukarda bahsettiğimiz La Haye projesinden farkı sadece kanunlar ihtilâfı kaideleri ile yetinmeyip, maddî hukuk bakımından bu nevi satıslara bizatihi tatbik olunacak hükümleri, kısaca milletlerarası menkul alım satımını tanzim etmesidir. İlâve edelim ki, mezkûr projenin 12 nci maddesi taraflara sarîh olarak akde tatbik olunacak millî kanunu seçmek sureti ile bu kanunun tatbikini önlemek imkânını da bahsetmektedir. Bak: *Institut International pour l'Unification du Droit Privé: Projet d'une loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et Rapport (Deuxième rédaction) Rome, 1951.* — Mevzuumuzla ilgili milletlerarası çalışmaların tarihçesi için: *Esener: a.g.m., S. 499-505.*

103) JdT. 1953, I, 22.

104) Krs. *Dreyfus: a.g.e., S. 328-329.*

105) Âriyette de durum aynıdır. (Bak: *Oser-Schönenberger: Kommentar zum schweizerischen ZGB., Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich, 1936, Vorbemer, zu Art. 305-318, N. 2).* Bundan da anlaşılacaktır ki, karakteristik edim, mutlaka o akdi diğerlerinden tefriğe yarıyan edim olmayıp, belki de muayyen tip akitlerin hepsine mahsus ve hepsinde de hâkim durumda olan edimdir. (Aynı mealde: *Batiffol: Contrats no: 179, S. 159).*

105 a) JdT. 1953, I, 22. Keza bak: *Secrétan (R.): Evolution récente de la jurisprudence suisse relative aux conflits de lois en matière de contrats (Revue Hellénique de Droit International, 1954, no: 2-4, S. 140).* Ayrıca not 105'i de tetkik ediniz.



— *Vekâlet akdi*: Federal Mahkeme yerinde olarak, karakteristik edimin vekilin edimi olduğunu içtihat etmiştir<sup>106</sup>.

Bütün bu içtihatlarla bakılarak, her hâdisenin kolayca hallolunabileceğini sanmamalıdır. Bazı akitlerde karakteristik edimin tesbiti hayli müşkülât arzedebilir. Trampa gibi bazılarında ise imkânsızdır. Belki, bir menkul ile bir gayrimenkul trampa ediliyorsa, gayrimenkullerin buldukları yer kanununa tâbi olması umumî bir kaide olduğundan, bütün akde bu kanunun tatbiki yoluna gidilebilir<sup>107</sup>. Fakat iki menkul trampasında sistem işlemez hale gelecektir. Federal Mahkeme henüz bu mesele ile karşılaşmış değildir. Böyle bir hâdise karşısında akdin inikadında rol oynayan bütün hususiyetler gözönüne alınmak sureti ile objektif irtibat noktalarının tesbitine çalışılacak ve icabında, en son çare olarak, inikad yeri kanunu esasına avdet olunabilecektir<sup>108</sup>.

c — *Noktai nazarıımız*:

Akitlerin, objektif irtibat noktalarına göre bizatihî bir kanuna tâbi olduklarını söylemiş ve bu şekilde mutlak autonomie'yi reddetmiştik<sup>108 a</sup>. Mukavelede tatbik edilecek kanuna müteallik sarîh veya zımnî hiç atıf yoksa<sup>109</sup> hangi kanunun tatbik edileceği meselesi akit kanunu (lex

106) JdT. 1952, I, 98; Krs. JdT. 1951, I, 570. Pek tabii olarak burada sadece müvekkil ile vekil arasındaki iç münasebet bahis mevzuudur. Ayrıca bak: *Schnitzer: Handbuch*, II, S. 631.

107) Aynı fikir: *Oser-Schönenberger*: (terc. R. Seçkin): a.g.e., S. LXXXII.

108) Krs. JdT. 1952, I, 309. Ayrıca bak: *Knapp*, a.g.m., S. 327 a vd.

108 a) Bu bakımdan bir «milletlerarası unsur» ihtiva eden ve etmeyen akitler arasında fark yoktur. (Milletlerarası unsur veya yabancı unsur mefhumu için bak: *Berki, (O. F.)*: a.g.e., S. 185-186). Her akit — bir milletlerarası unsur ihtiva etsin veya etmesin — objektif irtibat noktalarına göre bizatihî bir kanuna tâbidir (Lex obligationis). Mamafih, lex obligationis bir kere tesbit olunduktan sonra onun autonomie'ye cevaz verip vermemesi önem kazanabilir. Şöyle ki: *lex obligationis autonomie'ye cevaz vermiyorsa* milletlerarası unsur problemi yine bahis konusu olmaz. Zira yabancı bir kanuna atıf, o kanunda yer alan hükümlerin alelâde mukavele hükmü olarak mukaveleye derci mânasını taşıyacağına göre, hiç bir milletlerarası unsur ihtiva etmeyen mukavelelerde de (lex obligationis'in emredici hükümleri ile çatışmamak şartı ile) bu mümkün olacaktır. (Bak: *Schnitzer*, terc. B. Davran, a.g.m., S. 187). Buna mukabil *lex obligationis'in autonomie'ye cevaz vermesi halinde* (autonomie akdin tâbi olacağı kanunu seçme mânasına geldiğinden) tarafların bu salâhiyetten ancak bir milletlerarası unsur ihtiva eden akitlerinde istifade edebilecekleri söylenebilecektir. (Krs. *Sevig (V. R.)*: Le principe d'autonomie de la volonté en droit international privé turc, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, No. 4, 1954, S. 216 vd.).

109) Böyle bir atıf olsa bile atıf lex obligationis'in (akit kanunu) ne dereceye kadar ecnebi kanun seçimine müsaade ettiğine bakılarak değerlendirilecektir.

obligationis) nun tayini ile sıkı sıkıya ilgilidir. Bunu tayin için de İsviçre Federal Mahkemesinin kurduğu orijinal ve mütekâmil sisteme, bazı kaydı ihtirazîlerle, iltihak etmekte bir mahzur görmüyoruz. Hâkim eğer o hususî hâdisede daha kuvvetli başka irtibat noktaları mevcut değilse bahis konusu akdin karakteristik edimine göre mukaveleyi bir mekâna bağliyacaktır. Federal Mahkemenin en son temayülünden farklı olarak bu sahada objektif irtibat noktası olarak daha kuvvetli bir rol oynayan ifa yeri kanununa üstünlük tanımaktayız. Bize göre hâkim, lex obligationis'i tesbite çalışırken, birinci derecede karakteristik edimin ifa mahalli kanununu ve ikinci plânda olmak üzere de (bilhassa birinci metodla bir neticeye varamaması ihtimaline karşı veya hâdisenin hususiyetleri icabı) karakteristik edimin borçlanıldığı andaki borçlunun ikametgâhı kanununu ele alacaktır<sup>110</sup>. İfa yeri mukavelede belli değilse lex fori'ye göre tayin olunacaktır.

Bu suretle bulunan mukavele kanunu (lex obligationis) bir kül halinde mukaveleye hâkimdir, yani akdin sıhhat şartları da, hükümleri de bu tek kanuna tâbidir.

Tarafların (lex obligationis'in çizdiği çerçeve dahilinde kalmak şartı ile) mukavelelerinde hiçbir kanuna atıf yapmamaları halinde mezkûr *lex obligationis'in tamamlayıcı ve tefsir edici hükümleri tıpkı emredici hükümleri gibi mukaveleye tatbik olunacaklardır.*

Taraftar olduğumuz bu sistemin bazı tenkitlerle karşılaşması mümkündür. Bunlar bilhassa ifa yeri kanununa verdiğimiz öneme müteveccih olacak ve bize şu sualler sorulacaktır:

— Müteaddit ifa yeri varsa nasıl hareket edilecektir? Buna Batiffol'le birlikte aslî ifa yeri kanununu tatbik ederiz diye cevap vereceğiz<sup>111</sup>.

— Bir şeyi yapmamak borcunun ifa yerine gelince: Bir çok ahvalde bu sorunun cevabı sanıldığından kolaydır. Meselâ İsviçre - Türk Hukuku bu nevi borçların en mühimlerinden biri olan rekabet memnuiyeti için hususî bir hüküm sevketmiş (İsv. BK. mad. 357 - Türk BK. mad. 349) ve böyle bir şartın muteberiyeti için mahal itibarı ile bir tahdit aramıştır. Ancak «şu sahada sana rekabet etmiyeceğim» diye<sup>112</sup> hudutları belli muayyen bir yer gösterilerek yapılan rekabet memnuiyeti mukaveleleri

110) Krs. JdT. 1952, I, 98.

111) Not (78) e bakınız. Batiffol'un kullandığı «aslî ifa yeri» mefhumu İsviçre Hukukunda tercih olunan «karakteristik edim» mefhumuna çok yaklaşmakla beraber tamamen aynı şey değildir (Krs. *Flattet*, S. 398). Zira karakteristik edimin müteaddit ifa yerleri varsa, bunlardan biri aslî ifa yeri olabilir.

112) Diğer tahditler için bakınız: BK. mad. 349.

hüküm ifade edeceklerdir <sup>112 a</sup>. İşte o mahal de borcun ifa mahallidir. Bir yapmama borcu ihtiva eden diğer akitlerde de yapmama borcunun sahasının (zımnen de olsa) tayin edilebildiği müddetçe mesele yoktur. Hiç bir ifa mahalli bulmak kabil değilse (tıpkı bir aslî ifa yeri tesbitine imkân olmayacak şekilde aynı değer ve önemde müteaddit ifa yerleri bulunması hali gibi) ikinci ölçümüz olan karakteristik edim borçlusunun, borç altına girdiği sıradaki ikametgâhı kanununa başvurulacaktır.

— Her iki ölçünün de bir neticeye götüremediği ahvalde (ki bunların sayısı çok cüz'î olacaktır; karakteristik bir edim bulunmaması dolayısı ile trampada olduğu gibi) hâkim hususî hal ve şartları, mukavelenin diğer objektif irtibat noktalarını gözönünde tutarak onu yine bir mekâna bağliyacaktır. Olsa olsa şu son halde, hâkimin vazifesi, yardımcı ölçünün bulunmaması dolayısı ile biraz daha güçleşecektir. Fakat tekrar ediyoruz, bu nevi vaziyetlere, verdiğimiz kriterlerin mahiyeti hatırlanacak olursa, ender tesadüf olunacaktır.

— Son olarak şunu da ilâve edelim ki, ifa yerinin önceden mukavelenin akdi sırasında taraflarca bilinmemesi, düşünülmemesi, böylece hiç de istemedikleri, derpiş etmedikleri bir kanuna tâbi tutulabilmeleri imkânı bir itiraz olarak bize karşı dermeyan edilemez. Akde, âkitlerin arzu ve iradelerinden müstakil bir kanunun tatbiki zarureti bir kere kabul edilince ifa yeri kanunu da tarafların önceden düşünemeyecekleri bir kanundur diye reddolunamaz.

### B — Türk Hukukunda:

Türk Pozitif Hukukunda mevzuumuzla ilgili iki mühim hüküm vardır. Biri 1330 tarihli Muvakkat Kanununun 4 üncü maddesi, diğeri de BK. mad. 19 - 20 dir.

«Memaliki Osmaniyede mukim ecnebilerin hukuk ve vezaifi hakkında kanunu muvakkat» in <sup>113</sup> 4 üncü maddesi «Teb'ayı ecnebiyeye müteallik ve emvali gayrimenkuleye ait bilcümle deavi ile mevaddı sairei hukukiye ve ticariye ve cezaiye dâvaları teb'ayı Osmaniyeye alâkadar olmazsa dahi mehakimi devleti âliyede kavanin ve nizamat ve usulü Osmaniyeye tevfi-kan rüyet olunur» demektedir. Fakat ilk bakışta sanılacağı gibi bu madde lex fori'nin kayıtsız şartsız hâkimiyetini tanımış değildir. Müelliflerin

112 a) Mamafih buradaki hükümsüzlük hususiyet arzeder. Tafsilât için bak: *Güral (J.): Hükümsüzlük nazariyeleri karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi*, Ankara, 1953, S. 212-213.

113) 23 Şubat 1330 (1915).

gayet yerinde olarak belirttikleri üzere Muvakkat Kanununun 4 üncü maddesi sadece *Türkiyede bulunan ecnebilerin Türkiyede yaptıkları mukaveleleri* nizamlamaktadır <sup>114</sup>. Ancak bunlar hakkındadır ki, Türk mahkemeleri Türk kanunlarına göre hüküm vereceklerdir. Bunun dışında kalan hallerde (Türklerin veya ecnebi memlekette oturan ecnebilerin Türkiye dışında yapacakları mukaveleler v.s.) <sup>114 a</sup> mezkûr 4 üncü madde kabili tatbik olamaz. Şu halde ne yapılacaktır?

Türk müellifleri umumiyetle autonomie'ye hiç olmazsa sadece tamamlayıcı ve tefsir edici hükümlere mahsus şekli ile taraftar olduklarından mevzuatta mevcut bazı hükümleri hep bu zaviyeden tefsir etmiş, bizde de autonomie kaidesinin câri olduğunu ileri sürmüşlerdir. Meselâ bunlara göre HUMK. mad. 22 ve 23, mutlak salâhiyete giren hususlar müstesna, ecnebi memleket mahkemelerini de içine alır şekilde tefsir edilmelidir. O zaman, yani yapılacak mukaveleye ecnebi memleket mahkemelerinin salâhiyetli olabileceği yolunda bir şart koşulabilince, irade muhtariyetinin bizde de kabul olunduğu söylenebilecektir <sup>115</sup>. Keza BK. mad. 19 - 20 de irade muhtariyetinin (autonomie) bir başka delili olarak ileri sürülmektedir <sup>116</sup>.

Biz bu fikirlere iştirak edemiyoruz. Bir kere autonomie nazariyesi karşısındaki durumumuz hiç de müsbet olmadığı için mevcut metinlerin hep o zaviyeden tefsirine taraftar değiliz. Sâniyen ecnebi mahkemelerine salâhiyet tanınabileceği bir an için kabul edilse bile, bu salâhiyet şartının mutlaka seçilen mahkemenin kendi kanunlarına göre hüküm vereceği

114) *Sevig (M. R.): a.g.e., S. 496 vd.; Sevig (V.): a.g.m. S. 410 vd.; Hirsch (E.): Die Quellen des internationalen Privatrechts in der Türkei, Festschrift, H. Lewald, Basel, 1953, S. 255.*

114 a) Bu haller için: *Esener: a.g.m. S. 511.*

115) HUMK. mad. 22-23 ile ilgili bu münakaşalar için bak: *Sevig (M. R.): Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilâfı Kaidelerinin Sentezi, İstanbul, 1941, S. 75 vd.; Sevig (V.): a.g.m., (İrade İstiklâli), S. 414-416; Berki (Ş.): Devletler Hususi Hukukunda Tabiiyet, Yabancıların Hukuku, Kanunlar İhtilâfı ve Yargılama Usulünün Tatbiki Prensipleri, Ankara Üniversitesi Huk. Fak. Derg. cilt VII, 1950, S: 245-246. Krs. Ansay (S. Ş.): Hukuk Yargılama Usulleri, 5 bası, Ankara 1954, S. 101. - Temyiz Mahkememiz 9.12.1942 tarih ve E: T/8 K: 46 sayılı bir Genel Kurul kararında ecnebi bir mahkemeyi salâhiyettar kılan mukaveleyi muteber addetmiştir. Ancak karar hiç bir esbabı mucibeyi ihtiva etmemektedir. Kararın metni için bak: *Berki (Dr. O. F.) ve Ergüney (H.): Kanun İhtilâfları, Ankara 1954, S: 117-118; mamafih Öktem (İ.): Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İçtihatlar, İstanbul, 1943, S. 123 deki metin daha vâzıhtır. - Yüksek Mahkemenin tam aksi neticeye varan başka bir kararı da mevcuttur: Tem TD., E. 2082, K: 2151, 28.9.1940 (Berki - Ergüney: a.g.e., S. 117).**

116) *Belgesay (M. R.): Devletler Hususi Hukukunda Adliye, birinci kısım, İstanbul, 1937, S. 81.*

mânasına gelmediği muhakkaktır. Bu, olsa olsa, tarafların mukaveleden doğacak ihtilâfların ecnebi kanuna göre hallini zımnen istediklerine dair bir karinedir. Esasen bu durumda ecnebi mahkemenin yapacağı ilk şey, mukavele eğer bizatihî Türk kanunlarına tâbi ise, *lex obligationis* rolünü oynayan bu kanunların taraflara *autonomie* (yani kanun seçimi salâhiyetini) verip vermediklerini araştırmaktır. Eğer böyle bir salâhiyetin ademi mevcudiyetine kanaat getirirse (ki bizim hukukumuzda *autonomie*'yi destekliyecek hiç bir sarîh hüküm yoktur) ecnebi salâhiyetli mahkemenin ihtiyar edeceği yol nihayet, hal ve şartlar haklı gösteriyorsa, emredici ahkâmda Türk kanunlarının tanzim ettiği mukaveleye, tamamlayıcı ve tefsirî ahkâmda kendi hükümlerini, kanun değil, fakat sırf mukavele hükmü mahiyetinde olmak üzere tatbikten ibarettir<sup>117</sup>. Sâlisen BK.

117) Problem, taraftar olduğumuz sistem zaviyesinden ele alındıkta, bundan başka bir neticeye varılamaz. Mukavele zarurî olarak, âkitler isteseler de istemeseler de, bir kanuna tâbidir. Onlar sarahaten kanun seçiminde bulunarak *lex obligationis*'in iradelerine çizdiği sınırları aşamayacakları gibi, aynı neticeye, dolambaçlı yoldan, ecnebi mahkemelerini salâhiyetli kılan şartlar vasıtası ile de erişemezler. Kaldı ki, akde bir salâhiyet şartı ilâvesi, bunun *münhasır* bir salâhiyet olduğu tasrih edilmedikçe, normal salâhiyetli mahkemenin salâhiyetini kaldırmayıp, sadece kazası kabul edilen devlet mahkemelerinde dahi dâva açılmasına imkân verir. (*Schnitzer*: Handbuch, II, S. 723). Temyiz Ticaret Dairesinin de, iç hukuktaki salâhiyet anlaşmalarına taallûk etmekle beraber aynı telâkkiye iştirak eden bir kararı mevcuttur. 28.5.1931 tarihini taşıyan ve E:886 K:1347 no.lu mezkûr kararda aynen şöyle denilmektedir: «HUMK. nun 22 nci maddesi mucibince iki tarafın salâhiyettar merci olarak tayin ettikleri mahkemeye tarafeyinden birinin müracaatı halinde işbu mahkeme dâvaya bakmaktan imtina edemiyeceğine göre şartı mezkûr ancak bu takdirde mevzuubahs olabilip yoksa kanunu mezkûrun 9 ve 17 nci maddeleri muktezasınca müddealeyhin ikametgâhı olan mahal mahkemesinde ikamei dâva edildiği surette her iki tarafın aynı mahalde bulunmasına binaen müddealeyhin mahkemenin ademi salâhiyetine mütedair iddiasının nazara alınmaması icap ederken bizzuhul dâvanın ademi salâhiyet noktasından reddine karar verilmesi yolsuzdur». (*Ayan (Ş.) - Doğruer (T.)*: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Seçilmiş İçtihatlar, Ankara, 1954, S. 51. - Keza bak: *Öktem (İ.)*: a.g.e., S: 123). Buna mukabil Temyiz Mahkemesi Hukuk Genel Kurulu «*yegâne* salâhiyetli mahkeme olarak» Belçika mahkemesinin kabul edildiği diğer bir hâdisede İstanbulda açılan dâvayı reddetmiştir. Temyiz Mahkememizin de, hiç değilse zımnen iştirak ettiğini ileri sürebileceğimiz bu telâkkinin pratik neticesi su olacaktır ki, münhasır salâhiyet tesis etmiyen bir salâhiyet anlaşması, asıl salâhiyetli mahkemede dâva hakkı mahfuz olduğuna ve tarafların sadece bir kolaylık temin etmek istedikleri mefruz bulunduğu nazaran müfessir ahkâmda dahi seçilen mahkemenin kendi kanunlarını mukavele hükmü olarak tatbik edebileceği mânasında kolay kolay tefsir olunamayacaktır. *Hülâsa*, çok renksiz olan ve *autonomie* nazariyesi karşısında takınılacak tavra göre istenildiği gibi mânalandırılmağa müsait bulunan HUMK. mad. 22'den *autonomie* lehine bir delil çıkarmak her halde tasvibe sayan bir yol değildir. - Başka bir meseleye taallûk etmekle beraber *Krs. Berki (O. F.)*: a.g.e., S. 290-291); ayrıca bak: *JdT.* 1957, I, 158.

mad. 19 - 20 den de autonomie lehine bir mâna istihraç etmeğe aslâ cevaz yoktur. Bu hükümler mukaveleye esasen tatbik edilen bir kanunun mevcudiyetini tazammun ettikleri gibi, âkitlerin iradesine bıraktıkları sahadada da ecnebi bir kanunun *kanun sıfatı ile* rekabetine imkân tanımış değillerdir. Bu ahkâmdan alelâde mukavele hükmü olarak istifade yetkisi bittabii mahfuzdur.

Şu halde, bize göre, muvakkat kanun mad. 4 ün şümulü dışında kalan hâdiselerde Türk hâkiminin Medenî Kanununun 1 inci maddesinin verdiği salâhiyete müsteniden <sup>118</sup> ve HUMK. mad. 76 hükmü mahfuz kalmak üzere, yukarda esaslarını açıkladığımız sisteme göre hareket etmemesi için hiçbir ciddî sebep gösterilemez <sup>119</sup>. Türk hâkimi karakteristik edimin ifa yeri veya karakteristik edim borçlusunun borç altına girdiği andaki ikametgâhı kriterlerine müsteniden ve hâdisenin bütün hususiyetlerini de nazara alarak, mukavelenin, tarafların iradesi dışında, bizatihî bağlı olduğu kanunu (lex obligationis) bulacak; mukavelede bir kanuna atıf yapılmışsa, lex obligationis'e göre bu atfı değerlendirecek; lex obligationis sarahaten autonomie'yi kabul etmemişse mezkûr atfı atıf yapılan kanunların tamamlayıcı ve müfessir ahkâmda, bir mukavele hükmü olarak hukukî münasebete ithali şeklinde tefsir edecektir. Eğer tarafların kanun seçimine dair sarîh veya zımnî bir iradeleri yoksa, bu takdirde lex obligationis'in tamamlayıcı ve tefsir edici hükümlerini mukaveleye tatbik edecektir. Lex obligationis'in Türk kanunları olduğu ahvalde ise, BK. mad. 19 - 20'ye göre bir neticeye varılacaktır. Ecnebi kanun seçimi, o kanun'un bir mukavele hükmü olarak mukaveleye girmesinden öteye geçemeyecek, hiç bir kanun seçiminin bulunmaması ihtimalinde ise Türk kanunlarının tamamlayıcı ve tefsir edici hükümlerine göre hüküm verilecektir <sup>120 121</sup>.

### Necip Kocayusufpaşaoğlu

118) Bakınız: *Oser-Schönenberger*: a.g.e., S. XXXVI - XXXVII; ayrıca: *Engel*: a.g.e., S. 101-102.

119) Bu şekilde hareket ederken, sureti katiyede, İsviçrede varılan hal tarzlarının aynı derecede Türkiye için de muteber olacağı şeklinde sakat bir noktana nazara taraftar olmadığımızı açıklamak isteriz. Aksi fikir: *Salem*: *Droit international privé de la Turquie*, Répertoire, t: VII, Paris, 1930, no. 251, S. 275; Krs. *Sevig (V. R.)*: a.g.m., (Annales), No. 4, 1954, S. 232.

120) Temyiz Mahkemesinin «mahal ve mahiyeti akde» göre akit kanununu tayin eden kararı da, (Bak: yukarda not 57 a) Yüksek Mahkemenin hiç değilse sarîh bir kanun seçimi yapılmamış olması faraziyesinde, âkitlerin mefruz iradelerini araştırmaksızın ve *autonomie* nazariyesinden tamamen ayrılmak sureti ile akdin mahiyeti gibi objektif kıstaslarla bir neticeye varmak istediğini gösterir mahiyettedir.

121) Tamamen farklı bir görüş için: *Esener*: a.g.m., S. 511-513.