

DEVLETLER HUSUSİ HUKUKUNDA

İRADENİN MUHTARİYETİ PRENSİBİ

Yazan: *Doçent Dr. Turhan ESENER*

İrade Hususî Hukuk sahasında büyük bir ehemmiyeti haizdir. Filhakika, dahili hukukta irade fertlere içtimâî nizama uygun bir hukukî netice yaratmak imkân ve selâhiyetini bahşetmektedir. Borçlar Hukuku sahasında hukukî muamele mefhumu doğrudan doğruya iradeye istinat eder. Bir hukukî muamelenin yapılması iradenin beyan edilmesine mütevakıftır.

Devletler Hususî Hukukunda ise, irade muhtariyetinden bahsedildiği zaman, bu, biraz farklı bir mânâ taşır. Taraflar mukavelelerine tatbik edilecek kanunu kendi muhtar iradeleri ile tayin ederler.

İrade muhtariyeti prensibinin hukukî mahiyetini görmeden evvel Devletler Hususî Hukuku sahasında bu prensibin geçirdiği tarihî tekâmülünü kısaca tetkik edelim.

§ 1. *İradenin muhtariyeti prensibinin tarihçesi.*

Orta çağın muhtelif hukukçuları Digeste'in iki metnine istinat ederek iradenin muhtariyeti prensibinin nüvesini Roma Hukukunda bulmuşlardır. Mukavelelere tatbik edilecek kanunun o mukavelenin yapıldığı yer kanunu olduğu esası kabul ediliyordu. Bunun için de Digestanın si fundus kanununa istinat ediliyordu. Bu metinde bir satış aktinde verilen garantinin satışın yapıldığı mahallin örf ve âdetine uygun olması derpiş ediliyordu. Fakat henüz o zaman iradenin muhtariyeti prensibi bahis mevzuu olamazdı. Si fundusta derpiş edilen hal bugün locus regit actum kaidesi ile halledilen akitlerin şekillerinin yapıldıkları yer kanununa uygun olması esasından başka birşey değildir. Nitekim, Batiffol¹ da mevzuuba-

1) Batiffol, Les conflits des lois en matière de contrats, Paris, 1938, No. 21, s. 19-20.

his olan iki kanundan *contraxisse*'nin adli selâhiyete taallük etmesi si fundus'un mevzuunun tamamen hususî olması dolayısıyla bu hususta ilk ize kilise hukukçularının eserlerinde rastlandığını kaydetmektedir. Filhalka, XII inci asrın sonu ve XIII üncü asrın başlarında Kanonistler ilk defa olarak mukaveleye tatbik edilecek kanunun in'ikad mahalli kanunu olduğunu ifade etmişlerdir. Kat'i olmamakla beraber 1180-1190 arasında Johannes Faventinus akitlerin inikad mahalli kanuna tâbi olduğunu beyan ediyordu. Fakat her halde Bernardus Papiensis (*summa decretalium*, 1191-1198) *lex loci contractus* kabul etmiştir. Maamafih akit mahalli kanunu bazan âkitlerin ikametgâhları ile bazan da dâvalının ikametgâhı ile karıştırılmıştır. Ancak Bartholomaens Brixensis ile inikat mahalli kanunu kilise hukukuna istinad ettirilebilir. Innocent şu misali veriyor²: Satıcının satılan şeyin zabtına karşı tekeffül borcu vardır. Burada *lex loci contractus* yabancı satıcının bu tekeffülü bildiği nisbette tatbik edilemez. Çünkü, aksi takdirde, iradelerin birbirine uygun surette ve karşılıklı olarak birleşmesinden bahsedilemez. İşte iradenin muhtariyeti prensibi... Şöyle ki: Mukavele *lex loci contractus* ile idare edilecektir, çünkü taraflar iradeleriyle bu kanunun tatbikini istemektedirler.

İtalyan mektebinden statüleri ilk defa olarak aynı ve şahsî olmak üzere ikiye tefrik eden^{1a} meşhur hukukçu Bartole (1314-1357) de tarafların ehliyetine ikametgâh kanununu tatbik ederken muamelelerin şeklini (*Solemnitas contractus*) yapıldıkları yer kanununa tâbi kılıyordu. Fakat, Bartole, Lainé'nin müşahedesine göre³ akit mahalli kanununu kayıtsız ve şartsız tatbik etmiyerek bir tefrik yapmıştır. Mukavelenin cevherine, esasına (*ipsuis litis decisio*) taallük eden hususlarda inikat mahalli kanunu, müruruzaman temerrüt gibi evvelden derpişi mümkün olmayan neticelerine ise icra mahalli kanunu ve bu kanunun tayininin mümkün olmayan hallerde dâvaya bakan hâkimin kanunu tatbik edilecektir.

Bartoleden sonra Paul de Castre (1441) si fundus kanununa istinaden şu formülü vazetmiştir: Mukaveleler inikad mahalli kanunu ile idare edilir, çünkü bu mukavele doğduğu yerde mevcudiyetini iktisap etmiştir^{3a}.

2) Caleb, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en d. i. p.*, tez, Strazburg, 1927, s. 130.

3) Lainé, *Introduction de droit international privé*, Paris, 1888, vol. 1, s. 135; Battifol, *contrats*, No. 23, s. 21; Niboyet, *Repertoire de droit international*, c. II, s. 242, No. 3.

3a) Battifol, *contrats*, No. 24, s. 22; Caleb, *agt.*, s. 133.

Keza, İtalyan mektebinin en son mümessillerinden birisi olan Rochus Curtius (1495) tarafların iradelerinin mukaveleye tatbik edilecek kanunu tayin edecek bir sebep teşkil ettiğini ilk defa olarak müşahede etmiştir. Bu müellif, mukavele hukuku sahasında *lex loci actus'u* tarafların zımnen seçtikleri kanun olarak kabul ediyordu.^{3b}. Böylece Rochus Curtius mukavele hukuku sahasında tarafların tatbik edilecek kanunu seçmekte muhtar olduklarını beyan etmiştir.

Bartole ve İtalyan mektebinin XVI ncı asrın Fransız hukukçuların üzerindeki tesiri büyük olmuştur. Dumoulin, İtalyan mektebi tarafından ortaya atılan iradenin muhtariyeti fikrini ilk defa olarak bir prensip halinde ifade etmiştir⁴. Avukat olan Dumoulin 1525 senesinde müdafaasını deruhte ettiği karı koca arasındaki mal rejimine müteallik bir dâvada Paris teamülünün başka mahalde bulunan mallara dahi tatbikini haklı göstermek için tarafların bu hususta zımnen anlaşıklarını iddia etmiştir^{4a}.

Filhakika, Dumouline kadar karı koca mallarının idaresi hususundaki kanunî rejim mevzuubahis olduğu zaman mülkî statü cari oluyordu. Şöyle ki: Akdi statü tarafların evlenme zamanındaki ikametgâhları kanuna tâbi idi. Buna mukabil, kanunî rejim malın bulunduğu yer kanuna tâbi oluyordu^{4b}.

İşte Dumoulin, bilâhare, bir dâva dolayısıyla müdafaa ettiği fikri genişletmiş ve bir evlenme mukavelesi akte edilmediği takdirde karı kocanın muhtelif yerlerde mevcut mallarını idare için onların iradesine göre tek bir kanuna tâbi kılmaya çalışmıştır^{4c}.

XVII inci asırda da irade muhtariyeti meselesi aydınlatılamamıştır. Maamafih bu asrın başında Burgundus ismiyle anılan bir Belçikalı hukuk-

3b) Caleb, a.g.t., s. 133.

4) Batiffol, contrats, No 26, s. 22-23; Sevig, Devletler Hususî Hukuku, c. 1, 2 inci bası. İstanbul 1947, s. 295 ve bilhassa s. 481 in fine. Yine fazla tafsilât için bk. Caleb, a.g.t., s. 134-142.

4a) Bk. Schnitzer, Die Autonomie des Parteiwillens im internen und Internationalen Recht, SJZ 39, s. 305 ve müt. Türkçe tecrümesi: Bülent Davran Dahili Hususî Hukukta ve Devletler Hususî Hukukunda âkitlerin muhtariyeti, İHFM 1940, s. 188. Gene bk. Abdülhak Kemal Yörük, Devletler Hususî Hukuku, 1950, İstanbul, s. 390.

4b) Vedat Raşit Sevig, Mülkîlik esasları ve müktesep hakları, İHFM 1952, sayı 1-2, s. 172-173.

4c) Bk. Sevig, a.g.e., s. 481.

köy hükmi şahsiyetine vasiyet olunmuştur. Fakat hayri bir maksadı bulunan muris, musalehin vergi vermemesi kaydını şart olarak koymuştur (SIZ 17, 353). Belki muris böyle bir tevcihte vergi alınmasını idrâk bile edememektedir. Bunlara rağmen şart kanuna aykındır. Çünkü ivazsız bir tevcihin, lehdarı kim olursa olsun, bir vergiye matrah olması kanunun emri icabıdır. Bu husus üzerinde vergi makamlarının bir tasarruf salâhiyeti yoktur. İlâve olunan şart veya mükellefiyet çok ehemmiyetsiz de olabilir. Bu yüzden bütün tevcihin yok olması adalet ihtiyacını tatmin etmeyecektir. Bunun için bir hal çaresi aramak ihtiyacı kendini göstermektedir. Bu hususta teklif olunan hal tarzları şart ve mükellefiyet hakkında ayrı tetkik edelim. Çünkü bu iki müessesenin mahiyet farkı bu tefriki zarurî kılmaktadır.

2) *Mükellefiyet hakkında* : Alman medenî kanununu 2195 inci paragrafa göre, âdâb veya kanuna mugayir bir mükellefiyet ancak, bu mükellef olmadan murisin bu tevcihi yapamayacağı kabul olunabilecek ise, o zaman bütün hukukî muamele bâtıldır. Yani mükellefiyette butlan bütün hukukî muameleye sirayet eder. Kezâ Fransız medenî kanununun 900 uncu maddesi hükmü aynen ölüme bağlı tasarrufta tatbik olunup, yani memnu mükellefiyet yok kabul olunur. İşte buna yakın bir hal tarzı İsviçre - Türk hukukunda da kuvvetle iddia olunmaktadır.

Bu iddiaya göre, MK 462 nci m. ikinci fıkrası hükmü âmir bir hüküm değildir. Eğer murisin iradesi mükellefiyet olmadan da, tasarrufu yapacağı yolunda ise, yani muris, tahmil etmiş olduğu mükellefin âdâb veya hukuka aykırı olduğunu bilseydi ondan vaz geçecek, ve onun bu iradesi muhakkak ve kabili isbat ise, âdâb veya hukuka aykırı mükellefiyet yok farz edilir ve asıl tevcih mükellefiyetsiz mevcut olur³⁶. Bu durum vâkıalardan da istihraç olunabilir. Bu, nihayet ölüme bağlı bir tasarrufun tefsiri meselesidir. Böylece BGB. nin 2195 inci paragrafındaki hal tarzına benzer bir hal tarzına vasıl olunacaktır. Hattâ muris tasarrufuna, sarîh olarak, mükellefiyetin ahlâk veya hukuka aykırı düşmesi takdirinde ona itibar olunmayacağını da yazabilir. Yani mükellefiyetin şarta bağlı bir mevcudiyet olacaktır³⁷. Fakat bu şekildeki bir anlayış 462/2 nci maddenin takip ettiği gaye ile gayri kabili teliftir. Zira, 462/2 hükmü, BK 20, 155 in bir tatbik hâlidir. Bu hükümler âmir hükümlerdir. Binaenaleyh, murisin iradesi ile bertaraf olunamaz³⁸. Âdâb veya kanu-

36) Tuor Art. 482 No. 27 b; Escher Art. 482 No. 30.

37) Reichel s. 356.

38) Escher Art. 482 No. 30.

na mugayir olan mükellefiyet ancak, murisin iradesine uygun olduğu nisbet ve derecede yazılmamış addedilecektir. MK 462/2 ye mugayir olan husus, memnu bir mükellefiyetin, tasarrufun tamamını iptal eylememesidir. Fakat, bizzat murisin iradesi neticesi olarak bir mükellefiyetin yazılmamış addedilmesi, MK 462/2 nin âmir bir hüküm olmasına mâni değildir. Bununla beraber, bu tarzı halle varabilmek için, tasarrufun içerisinde bir tutanak noktası mevcut olmalı ve bundan murisin, bizzat tasarruftan ziyade mükellefiyetten feragat edeceği sarîh surette anlaşılmalıdır. Basit ve ehemmiyetsiz ve tâli derecede olan mükellefiyetler için bu tarzı hal kolayca kabul olunabilir³⁹.

Eğer tasarrufun muhtevası, mükellefiyetin yazılmamış addedileceği şeklinde bir tefsire müsait değilse, o zaman başka bir tarzı hal kendini gösterir. Buna göre, mükellefiyet de ölüme bağlı bir tasarruf nevidir. Binaenaleyh mükellefiyet de bir ölüme bağlı tasarruf nevi olarak MK 451 gereğince hatâ veya hile sebebiyle bir iptal davasına mevzu olabilir. Böyle bir davanın muvaffakiyetle neticelenmesi takdirinde mükellefiyet sadece yazılmamış addedilecek ve buna mukabil asıl tasarruf muteber olmakta devam edecektir.

Fakat bu defa da bu tarzı hal başka bir müşkülâtle karşılaşacaktır. Ona göre, âdâb veya hukuka aykırı bir mükellefiyeti ihtiva eden tasarruf, esasen bâtildir. Ona ilâve edilmiş olan memnu mükellefiyeti bertaraf etmekle bâtil olan şifayâb olmaz. Diğer bir ifade ile memnu bir mükellefiyeti ihtiva eden tasarruf esasen ölü doğduğu için, onu bir iptal davasıyla tekrar öldürmek mümkün değildir. Ölü tekrar öldürülemez⁴⁰. Ölmüş olan da tekrar dirilmez. Fakat bu itiraz doğru değildir. Zira medenî kanunumuzun sistemine göre âdâb veya hukuka aykırı bir mükellefiyeti ihtiva eden bir tasarruf mutlak butlan ile bâtil değildir. Böyle bir tasarruf hakkında bir mahkeme karar verinceye kadar muteber olarak mevcuttur. Böyle olunca memnu bir mükellefiyeti muhtevi olan bir tasarruf, ölü olarak doğmuş değildir. Bu itibarla sağ olarak doğmuş olan mükellefiyet tasarrufu, irade fesâdi sebebiyle bir iptal davasına mevzu olabilir⁴¹.

3) *Şarta gelince* : Yukarıda mükellefiyet hakkında söylenenler şart hakkında da muteberdir. Yani, murisin iradesinin tefsiri, memnu şartın

39) Tuor Art. 482 No. 27 b; Escher Art. 482 No. 30.

40) Reichel s. 356 No. 6 b.

41) Escher Art. 482 No. 30; Tuor Art. 482 No. 27 b.

yok addedilmesini ve tasarrufun şartsız olarak varlığı kabule bizi sevkedebileceği memnu şartın mevcudiyeti şarta tâbi de olabilir⁴².

Fakat bir tasarruf böyle tefsire müsait değilse, mükellefiyette olduğu gibi, şart hakkında da, bir irade fesâdı sebebiyle bir iptal davası mümkün müdür? Reichel'e göre bu mümkün değildir. Şart ile mükellefiyet aynı mahiyette değildir. Şart, mükellefiyete nazaran asıl hukukî muameleye daha sıkı bir surette bağlıdır. Şart o hukukî muamelenin esaslı bir unsurudur. Şart tahakkuk etmezse hukukî muamele de yok demektir. Tâlikî şarta bağlı bir tasarrufta şart tahakkuk etmedikçe hukukî muamele henüz hukuken yok demektir. Henüz yok olan bir hukukî muameleye, mükellefiyette olduğu gibi, irade fesâdı sebebiyle itiraz olunmaz. Her ne kadar ölüme bağlı tasarruflarda hukukî bir hatâyâ cevaz varsa da⁴³, o burada işe yaramaz. Zira, âdâba veya hukuka mugayir olan bir şarta bağlı olan tasarruf -şartın tahakkuk etmemiş olması itibariyle- henüz hukuken vücut bulmuş değildir. MK 451 mucibince iptal ancak hukuken vücut bulmuş olan bu hukukî muameleyi bertaraf etme gayesine mâtuftur.

Şart, kanunumuzun sistemine göre, mal vasiyeti mirasçı nasbı ve mükellefiyet gibi ölüme bağlı tasarruf nevilerinden birisidir. Ve bu itibarla yukarıda söylendiği gibi, şart da bir iptal davasına mevzu olabilir. Fakat şart, asıl tasarrufla o kadar yakından bağlıdır ki, şartın yok olmasını istihdaf eden bir dava, işin mahiyeti icabı, zarurî surette, tasarrufun kendisini de ortadan kaldırır. Murisin iradesi buna müsaade etmezse, şart ortadan kalkıp tasarruf baki kalmaz⁴⁴.

Fakat bu takdirde, Alman doktrininde ma'kes bulmuş olan, Roma hukukunun şu hal tarzını kabul etmek adalet hissine daha uygun olacaktır :

Romalılar, musalehin alay ve istihfaf edilmesini tazammun eden şartları bir tarafa bırakarak, vâki tevcihi talep hususunda musalehe bir dava hakkı tanımakta ve bu suretle ölüme bağlı tasarruflarda bir kontrol imkânını elde etmekte ve uygunsuz şartı yok farzederek ve lehbara vâki tevcihi temin eylemekte idi. Bu suretle Romalılar murisin vaki tevcihi bir şarta bağlı kıldığını, düşünmemekte idiler⁴⁵.

42) Escher Art. 482 No. 31; Tuor Art. 482 No. 27 b; Reichel s. 356.

43) Tuor Art. 469 No. 21; Escher Art. 469 No. 8; BGE. 72 II 233.

44) Tuor Art. 482 No. 27 b; Escher Art. 482 No. 31; Herzer s. 109.

45) Meischer s. 118; Escher Art. 482 No. 31.

Bir tasarrufun muhtevi bulunduğu şart veya mükellefiyet âdâb ve ahlâka mugayir olarak tavsif edilir ve bunun neticesi olarak yukarıda izah olunan prensipler gereğince bütün tasarrufun iptalini intaç ederse, bâtil olacak tasarruf sadece o şarta veya mükellefiyetle alâkalı olan tasarruftur. Bu "tasarruftan" maksat şekli mânada (miras mukavelesi, vasiyetname) bir tasarruf olmayıp, maddî mânadaki tasarruftur (mal vasiyeti,, mirasçı nasbı vesaire). O halde MK 462 ye vasiyetname veya miras mukavelesini iptal eder şeklinde bir mâna vermek doğru değildir. Eğer vasiyetname veya miras mukavelesinin muhtevası sadece âdâb veya ahlâka muhalif olan tasarruftan ibaret ise, ancak o zaman bu söz doğru olabilir. Fakat ekser ahvalde bir vasiyetname veya bir miras mukavelesi birden ziyade tasarrufları ihtiva ederler. Bu tasarruflar aynı vasiyetname veya miras mukavelesi içerisinde ahzı mevki eylemiş olmalarına rağmen müstakil mahiyettedirler. A lehine memnu bir şarta bağlı bir mal vasiyeti sırf bundan dolayı bâtil olabilir. Fakat aynı vasiyetnamede B lehine şartsız yapılan veya hukuka ve âdâba uygun bir şarta bağlı olarak yapılan vasiyet muteberdir.

Bu münasebetle, BK 20/II nin, yâni, kısmi bir butlanın ölüme bağlı tasarruflarda mümkün olup olmadığı câi sualdir. 20/II ye göre "akdin muhtevi olduğu şartlardan (buradaki şart "clause = hüküm" mânası-nadır) bir kısmının butlanı akdi iptâl etmeyip yalnız şart lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmıyacağı meczum bulunduğu takdirde akidler tamamıyla bâtil olur". MK 5 delâletiyle bu hüküm hakkında hususî bir hüküm bulunmayan hususlarda miras hukukunda da muteberdir. Esas itibariyle MK 462 böyle kısmi bir butlana imkân verir gözükmemektedir. Zira şart veya mükellefiyetin hükümsüzlüğü bütün tasarrufun hükümsüzlüğünü mucip olur.

Şart veya mükellefiyetin âdâb veya hukuka aykırılığı, münakaşal olunduğu üzere asıl tasarrufun iptalini intaç edecek kadar mühim değilse, yine 20/II nin tatbik hali yoktur. Çünkü 20/II aradığı unsurların varlığı esasen 462/2 nci maddenin tam mânasıyle tatbikini intaç edecektir. Böylece BK. 20 II nin tatbikine lüzum kalmayacaktır. Bu itibarla biz, BK 20/II nin ahlâk veya âdâba mugayir şart veya mükellefiyetler ihtiva eden tasarruflar hakkında tatbiki için bir sebep görmemekteyiz⁴⁶⁾.

Fakat ölüme bağlı tasarruf, (vasiyetname veya miras mukavelesi) birden ziyade ölüme bağlı tasarruf nevelerini ihtiva eder ve bunlardan birisi 462/II gereğince bâtil olursa, esas itibariyle bu butlan, diğerlerine

46) H. Tandoğan s. 224.

sirayet etmez. Bâtil addedilen tasarruf muris için o kadar mühimdir ki o, bu iptal edilen tasarruf nevinin hükümsüz olduğunu bilseydi, diğerlerinin tamamını veya bir kısmını yapmayacağı muhakkak ise, bu takdirde tasarruflardan birisinin, burada münakaşa edilen sebepler yüzünden, butlanı BK 20/II gereğince diğer bir veya birkaç tasarruf nevine sirayet eder⁴⁷.

Burada birden ziyade ve fakat birlikte aralarında illiyet rabitası olan müteaddid tasarruflar memzuç bir halde bulunmaktadırlar⁴⁸.

VI — Kimler iptali talep edebilir :

MK 462/II nin kanuna veya âdâba mugayir şart ve mükellefiyetlerin tasarrufu iptal eylediği sarih olarak ifade eylemesine rağmen, burada mutlak değil, nisbi bir butlan halinin mevcut olduğu, memnu bir şart veya mükellefiyeti ihtiva eden bir tasarrufun hükümsüzlüğünün ancak bir dava ikamesi suretiyle mümkün olacağı, MK 499/II nin hükmü icabı olduğunu görmüştük. Üzerinde durduğumuz mesele hakkında ana hüküm MK 462 olmakla beraber MK 499, bu hususa dair usuli hükümü ihtiva eylemektedir. MK 499 bu hususta tahdidî hükümler ihtiva eylemektedirler. Evvelâ, memnu bir şart veya mükellefiyeti ihtiva eden bir tasarruf kendiliğinden bâtil değildir. Bunun BK 31 den farklı olarak mahkemeden talep edilmesi lâzımdır. Saniyen, böyle bir talep ancak *muayyen kimseler* tarafından talep edilebilecektir. Ve nihayet, böyle bir talep butlan sebebine ittıla tarihinde *bir sene* ve her halde vasiyetnamenin açılması tarihinden itibaren beş sene içerisinde yapılmış olmalıdır.

Burada mühim olan, iptal talebinin kimler tarafından yapılabileceğidir: Mesele hakkında M K499 uncu madde tatbik olunacağına göre, bu davayı ikameye hakkı olan kimseleri de bu madde tâyin edecektir. Filvâki, bu maddenin ikinci fıkrasına göre “iptal davası mirasçılardan birisi tarafından açılabilceği gibi lehine vasiyet olunan alâkadarlar tarafından dahi ikame olunabilir”.

Kanunumuzun bu maddesiyle bunun aslı olan İMK nın 519/II maddesi arasında farka işaret etmeden önce, İsviçre medenî kanununun mezkûr maddesinin tarihçesini gözden geçirmek Türk medenî kanununun 499/2 nci maddesinin hükmünü anlamak bakımından lüzumludur :

Bu madde kısmî projenin 473 üncü maddesinde şöyle ifade olun-

47) Ose rArt. 20 No. 62; von Tuhr Bd. I s. 216/217, not 34.

48) H. Tandoğan s. 228.

muştı: “tasarrufun ademi mevcudiyetinde bir menfaati olan herkes ile salâhiyetli merciler tereke idarecisi” ilk projenin 451 inci maddesinde ise “salâhiyetli mercilerle tereke idarecisi” maddeden çıkarılmış ve sadece “tasarrufun ademi mevcudiyetinde bir menfaati bulunanlar” mezkûr iptali talep edebileceklerdi. Kanun projesinin federal meclislerde müzakeresi esnasında ise, dava hakkı, sadece “miras hukukuna ait bir menfaate sahip olanlara” hasrolundu. Bu son tâdile göre, aile, borçlar hukukuyla aynı haklara giren bir menfaatin mevcudiyeti kâfi değildi. Fakat redaksiyon komisyonu (Haziren 1907) bu fıkraya bugünkü şeklini verdi. Buna göre (İsviçre kanunu madde 519/II) “iptal davası tasarrufun bâtil olmasında, vâris veya musaleh olarak, bir menfaati bulunan herkes tarafından açılabilir”⁴⁹. Dikkat edilecek olursa, federal meclislerden geçmiş metin ile redaksiyon komisyonu tarafından kaleme alınan İsviçre kanununun 519 uncu maddesinin ikinci fıkrasını teşkil eden metin arasında fark vardır. Bundan dolayıdır ki Tuor redaksiyon komisyonunun meclisce kabul edilmiş olan bir metni tâdile salâhiyeti olmadığını ileri sürerek bu fıkranın ancak şekli bir ehemmiyeti olduğunu söylemekte ve maddenin meclisce arzu edildiği gibi anlaşılması lâzım geldiği fikrindedir. Ona göre ancak, “miras hukukuna ait bir menfaate sahip olanlar” bu davayı açmağa salâhiyetli olacaklardır⁵⁰.

Bundan başka İsviçre medenî kanununun Almanca ve Fransızca metinleri arasında da fark vardır. Fransızca metne göre “İptal davası alâkalı her vâris veya musaleh tarafından açılabilir”⁵¹.

Buna mukabil Almanca metne göre “iptal davası, vâris veya musaleyh olarak, tasarrufun iptal edilmesinde bir menfaati olan herkes tarafından açılabilir”⁵².

Fransızca metne göre her musaleh ve her varis bu davayı ikame edebileceği halde; Almanca metne göre, ancak tasarrufun iptal edilmesinde bir *menfaati olan* musaleh veya vârisler ikame edebileceklerdir. Bundan Tuor’un dediği kabul olunursa ancak burada *miras hukukuna giren bir menfaate malik* olan musaleh veya vâris bu davayı açabilecektir.

49) Tuor Art. 519 No. 8; Escher Art. 519 No. 3.

50) Art. 519 No. 8.

51) L’Action, peut-être Intentée par tout heritier ou légataire interesse,,

52) “Die ungültigkeitsklage kann von jedermann erhoben werden, der als Erbe oder Bedachter ein Interesse dran hat, dass die Verfügung für ungültig erklärt”. ,

Bu husustaki kanunumuz hükmüne gelince; “bu dava mirasçılardan biri tarafından ikame olunabileceği gibi lehine vasiyet olunan alâkadarlar tarafından da ikame olunabilir”.

İsviçre vâzı kanununun maksadına daha uygun olan metin Almanca metnin ifade şeklidir⁵³. Hal böyle olduğu halde Türkçe metin Fransızcadan tercüme edilmiş ve fakat tercüme de noksan yapılmıştır. Gerek Almanca ve gerek Fransızca metinde kullanılan “Interesse = menfaat” tâbiri bizde “alâka” tâbiriyle ifade olunmuştur. “Interesse” tâbirinin “alâka” tabiriyle ifade olunması MK 462/II hakkında doğrudur. Zira, orada, mânevî bir menfaat de dâva açabilmek için kâfidir, halbuki burada kastedilen maddî bir menfaattir. Bu maddenin tarihçesine bakacak olursak, ancak şunlar iptal davası açabileceklerdir: “tasarrufun iptlinde miras hukukuna ait bir menfaate sahip olan herkes”.

Bu menfaat müsbet olabilir: Meselâ musaleh yapılan tevcihin iptali halinde bu kıymeti iktisap edecek olan kanunî mirascının durumu ile, mukaddem tarihli bir tevcihte musaileyh olarak bir kimsenin muahhar tarihli bir tevcihin iptalini istemesinde durum böyledir. Bu menfaat menfi olabilir: tasarrufun iptali ile ortadan kalkacak olan mal vasiyeti, mükellefiyet borçlarıyla taksim kaidelerinin ortadan kalkmasında olduğu gibi⁵⁴.

MK 462/II mucibince bir mükellefiyetin yerine getirilmesini talebe salâhiyeti olanlar da iptali isteyebilirler. Bu kimseler kanun tarafından sarahaten zikredilmiş değildir. Fakat M K462 mümkün mertebeye murisin arzusuna riayetini teminine çalışır. Bir mükellefiyeti ihtiva eden bir tasarruftan sonra muris tarafından ikinci bir tasarruf yapılmış ve sonuncu tasarruf mükellefiyetin ifasına mani olmaktadır. Bu ikinci tasarrufun bertaraf edilmesi mükellefiyetli tasarrufa hayat verecektir. İşte bu takdirde MK 462/II deki alâkalılar iptal talep edebilirler⁵⁵.

Aile hukukundan mütevellit bir menfaat dava hakkı vermez⁵⁶. Davaya açmağa salâhiyetli olan bir varisin alacaklısı iptal talep edemeyeceği gibi, tereke alacaklıları veya borçluları da bu davayı açamaz⁵⁷. Kezâ iradeyi tenfiz memuru esas itibariyle açmağa salâhiyetli değildir⁵⁸. Bunun-

53) Tuor Art. 519 No. 8.

54) Escher Art. 519 No. 3; Tuor Art. 519 No. 8/9.

55) Tuor Art. 519 No. 9; Herzer s. 36.

56) Tuor Art. 519 No. 10.

57) Escher Art. 519 No. 3; Tuor Art. 519 No. 10; BGE. 41 s. 210.

58) Escher Art. 518 No. 28; Tuor Art. 518 No. 34; Herzer s. 36.

la beraber, daha evvel yapılmış olan bir tasarrufla tâyin edilmiş olan bir iradeyi tenfiz memuru, muahharen yapılmış olan bir tasarrufun iptalini isteyebilir. Fakat aynı tasarrufla tâyin edilmiş olan tenfiz memuru bu tasarrufun muhtevi olduğu iptal sebeplerini dermeyan edemez⁵⁹. Bununla beraber tenfiz memuru kanun veya âdâba mugayir bulduğu mükellefiyetleri yerine getirmekten imtina edebilir⁶⁰.

§ 19.— MÂNASIZ VEYA İZAÇ EDİCİ ŞART VE MÜKELLEFİYETLER :

I — Mânasız şart veya mükellefiyetlerin diğer hukuk sistemlerinde tedvin tarzı :

Türk - İsviçre medenî kanununun ölüme bağlı tasarruflara konan mânasız veya izaç edici şartlara mütedair olan (İMK 482/3) MK 462/3 üncü maddenin kanunumuzdaki mevki ve sistemini iyice anlayabilmek için, bu nevi şart ve mükellefiyetler hükme bağlanmış şeklinin tekâmülünü kısaca gözden geçirmek lâzımdır. MK 462/III iki ayrı müessese hakkında hüküm ihtiva etmektedir: *Şart ve mükellefiyet*. Bunları ayrı ayrı görelim :

1) *Mânasız ve izaç edici şartlar*: A) Roma hukukunda bunlara *Perplexe* şartlar denirdi. Bundan, arzu edilen, hukukî muamele ile kabili telif olmayan kayıtlar anlaşılırdı. Bu nevi şartlar merbutu bulunduğu hukukî muameleyi iptal ederdi. Çünkü asıl hukukî muamele ile bu nevi kayıt birbirlerine o suretle bağlıdırlar ki hukukî muamelenin bu şarttan ayrılması mümkün değildir¹.

Bununla beraber, bazı müelliflere göre böyle bir şart ancak tâlikî ise, hukukî muamele iptal ediyordu. Eğer şart infisahî ise, hukukî muamele muteber kalmakta devam ediyor ve sadece şart yazılmamış addediliyordu².

Roma Hukukunun bu sistemi pandekt hukukunda da kabul edilmekte idi. Prusya umumî kanunu kendisinden "hiçbir faide melhuz ol-

59) Tuor Art. 518 No. 34; Escher Art. 518 No. 28; Rossel-Mentha T. II. s. 105.

60) Escher Art. 518 No. 28; Herzer s. 36.

1) Windscheid Bd. I, §93 No. 8; Schwarz, Rechtsvergleichendes Bd. II s. 410; Haug s. 15.

2) Dernburg, Pandekten Bd. I §107; Haug s. 15, Not 2.

çu izhar edilmemiş iradeyi muhtariyet statüsünün dışında bırakmıştır. Ona göre tarafların iradelerini sarahaten izhar etmedikleri hallerde akdin yapıldığı mahal kanunu ile örf ve âdetini takip etmek lâzımdır. Tarafların mukavelelerinde derpiş etmedikleri hususlar o akdi yaparken buldukları mahallin kanunu ile doldurulur. Eğer âkit taraflardan birisi mukavele metninde muayyen bir hususa dair iradesini açıklamamışsa o memleketin kanuna atfetmiş addolunur.

Bu fikirlerin gene aynı asırda Holanda mektebi üzerinde de bazı tesirleri olmuştur. Hollandalı müellifler prensip itibariyle mahalli kanunun tatbikine taraftardılar. Maamafih beynelmilel mücamele, comitas gentium, mucibince mahalli kanun yerini bazan yabancı kanuna bırakabilir. Mukavele hukuku sahasında Hollanda mektebi in'ikad mahalli kanunun salâhiyetini kabul ediyordu. XVII inci asrın nihayetine doğru Jean Voet zimni irade ile farazi irade arasındaki farkı ortadan kaldırmış ve bunların aynı kudreti haiz olduklarını kabul etmiştir.

XVIII inci asırda Boullenois, evvelâ Bartolenin yaptığı tefrike taraftar görünürken 1766 da kanunların hakikiliği ve şahsiliği isimli eserinde⁵ akdin yalnız muteberiyet şartlarını inikad mahalli kanununa tâbi kılmış, neticelerinin ise tarafların kendi iradeleri ile tâyin ettikleri kanun ile idare edileceğini beyan etmiştir.

Bouhier ise meseleyi şöyle vazetmiştir^{5a}: Şahıslar ve şeyler hangi âdet ve statüye tâbidir ve bunları bertaraf etmek mümkün müdür? İkametgâhı inceleyen Bouhier tarafların evlenirken mal rejimlerini istedikleri bir âdete tâbi kılıp kılamiyacaklarını sormaktadır. Bu ise iradenin muhtariyeti prensibinden başka bir şey değildir. Fakat Bouhier tarafların hükümran iradelerinden bahsetmemekte sadece umumî hürriyetin eşlerin evlenme mukavelelerini ikametgâhlarından başka münasip buldukları bir kanuna tâbi kılabileceklerini âmir bulunduğunu kaydetmektedir. Eğer taraflar sarahaten bu âdeti tayin etmemişlerse evlenme mukavelelerinin hangi kanun ile idare edileceğini gösteren bir şartın mukaveleye dercedilmiş bulunması kâfidir. Taraflar evlenme mukavelelerine tatbik edilecek kanunu hiç göstermemişlerse farazi iradelerine bakmak lâzımdır.

XIX uncu asırda Savigny bir hukukî münasebeti tahlil ettikten sonra makarnna (siège) göre tatbik edilecek kanunun tayin edileceğini der-

5) Bk. Batiffol, Contrats, No. 28, s. 24-25. Fazla tafsilât için bk. Arminjon, Précis de droit international privé, c. 2, 1934, No. 73, s. 294.

5a) Caleb, a.g.t., s. 153.

piş ediyordu⁶. Fakat mücerret bir mefhum olan ve birden ziyade şahısları ilgilendiren borçlar hukuku sahasında bir hukukî münasebetin makarını tesbit etmek kolay değildir. Savigny mukavele hukuku sahasında bağlama kaidesini tesbit etmek için tarafların hakikî veya muhtemel iradelerini ele almış böylece maddî bir unsurun eksikliğini gidermiye çalışmıştır⁷. Fakat bir akitte hangi taraf nazarı itibara alınarak "siège" tayin edilecektir? Savigny, esas olarak borçluyu ele almaktadır, çünkü borcun esasını borçlunun şahsına tahmil edilen mükellefiyet teşkil eder⁸.

Savigny, iradenin muhtariyeti prensibini kabul ederek tarafların akitlerini istedikleri herhangi bir kanuna tâbi kılabileceklerini beyan etmektedir. Eğer taraflar sarahaten mukavelelerine tatbik edilecek kanunu göstermemişlerse, hâkim hukukî münasebetin mukarını tayin etmek zorunda kalacaktır ki, bu, meşhur Alman Hukukçusuna göre, icra mahalli kanunudur⁹. Taraflar aralarında bir akit yaparlarken herşeyden evvel o akdin icrasını nazarı itibara alırlar.

Savigny'nin kurduğu sisteme göre iradenin muhtariyeti prensibinin tabiki mutlak olmayıp mahallî âmme intizamiyle tahdit edilmiştir.

Bugün iradenin muhtariyeti prensibi Devletler Hususî Hukukunun en çetin meselelerinden birisini teşkil eder.

Dahilî Hukukta, bilindiği üzere, taraflar mukavelelerinin mevzuunu B.K.m. 19-20 de gösterilen hudutlar dahilinde serbestçe tayin edebilirler. Buna, mukavele serbestisi (Vertragsfreiheit) denilmektedir. Mukavele serbestisinin hudutları mahallî kanun ile tanzim edilir. Bu bakımdan, bir müşkilât yoktur. Taraflar, tefsir edici, tamamlayıcı yâni ihtiyari olan hükümleri sözleşmeleriyle bertaraf etmek selâhiyetini haiz oldukları halde, âmir hükümleri iradeleriyle değiştiremezler. Bu hükümlere riayet mecburiyeti vardır.

İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında "mukavele serbestisi prensibi hususî hukuka hâkim olan başlıca prensiplerden birisidir., demmiştir^{9a}.

Bir mukavele beynelmilel unsuru (Toprak veya tarafların tâbiyeti) ihtiva ettiği, yâni iki veya daha ziyade mevzuatı ilgilendirdiği zaman, da-

6) Sevig, a.g.e., s. 307-308.

7) Arminjon, a.g.e., No. 75, s. 248.

8) Savigny, Das Systeme des Heutigen Römischen Rechts, c. 8, Berlin, 1849, s. 28 ve 108. Gene bk. Batiffol, Contrats, No. 39, s. 33 in fine.

9) Sevig, a.g.e., s. 483

9a) Jdt, 1935, I, s. 402. in fine.

hili hukuktan çıkararak Devletler Hususî Hukukunun mevzuuna girer ve akitler iradenin muhtariyeti esasına tâbi olur. Autonomie'nin karşılığı olan muhtariyetten¹⁰ kendi seçtiği kanuna göre kendi kendisini idare edebilmek kudreti anlaşılacak lâzım gelir¹¹.

Burada, üzerinde durulması lâzım gelen mesele bu prensibin hudutlarının nasıl tayin ve tesbit edileceğidir. Acaba iradenin muhtariyeti prensibi, âmme intizamı istisna edilecek olursa, hudutsuz mudur? Bu mühim meselenin haîli bakımından birbirine zıt iki telâkki mevcuttur.

Muhtariyeti müdafaa eden mektep taraftarlarına göre, yabancı unsuru ihtiva eden bir sözleşmenin tarafları yalnız ihtiyarî hükümleri değil, dahilî hukukta riayeti zarurî olan âmir hükümleri de bertaraf ederek mukavelelerini istedikleri bir kanuna tâbi kılabilirler.

Dahilî Hukuktan Beynelmîlel Hukuka geçildiği zaman, sadece bir tek kanun değil, müteaddit kanunların tatbiki bahis mevzuu olur. Bunlardan birisini seçmek imkânsızlığı karşısında mezkûr hukukî münasebeti bir kül halinde tarafların istediği kanuna tâbi kılmak icap eder. Böylece mukavelelerin inikat ve muteberiyeti (Rıza, irade fesadı, butlan) ile neticelerine (temerrüt, akdın ifa edilmemesi gibi) müteallik hususlar tarafların sarahaten veya zimnen tayin ettikleri kanuna tâbidir.

Autonomiste mektep taraftarlarından Belçikalı Hukukçu Laurent¹², iradenin muhtariyeti prensibine kanunî bir mesnet bulmak gayesiyle Fr. M.K.m. 1134 ü ileri sürmüştür. Bu hükme göre, "Kanunen teşekkül etmiş mukaveleler âkitlerin kanunu yerine kaim olur,,. Yâni, kanuna uygun şekilde aktedilmiş mukaveleler âkit taraflar için kanun hükmündedir.

XX inci asrın başından itibaren evvelâ Brocher¹³ ve onu takiben bir çok müellifler "Antiautonomiste" mektep adı altında toplanarak iradenin muhtariyeti prensibine karşı cephe almışlardır.

10) Sevig, a.g.e., s. 480 te Autonomie'nin karşılığı olarak İstiklâl tâbiri kullanmakta ve principé de Autonomie de la Volonte'yi iradenin istiklâli prensibi olarak ifade etmektedir.

11) Niboyet, Rep. c. 2, s. 244, No. 10.

12) Laurent, Droit civil international, c. 2, s. 381.

13) Brocher, Cours de droit international privé, c. 2, No. 154. s. Sauser-Hall, Le droit applicable aux obligations en Droit International privé. ZSR 1925, s. 280 a; Pillet, Traité de droit International privé, c. 2, Paris, 1924, s. 163; Niboyet, Rép., No. 30, s. 247. Gene Bk. Paschoud, Les perspectives d'unification des règles de conflit en matière de vente d'objets mobiliers corporels, tez, Lozan, 1949, s. 22 not 16.

von Bar¹⁴ ve Aubry¹⁵, Fr. M.K.m. 1134 de “*kanunen muteber surrette teşekkül etmiş*” (légalement formées) mukavelelerin bahis mevzuu olduğuna işaret ederek Laurent’in görüş tarzını kolaylıkla tenkit ve red etmişlerdir. Filhakika 1134 üncü madde zımnen Fr. M.K.m. 6 ya atıfta bulunmaktadır. Bu maddeye göre “âmme intizamı ile ahlâk ve âdâba müteallik kanunlar hususî mukavelelerle, ihlâl edilemez,,. von Bar’a göre mukaveleye tatbik edilecek kanunun seçilmesinden evvel hangi kanunun taraflara böyle bir seçim hakkını tanıdığını tayin etmek lâzımdır.

Bundan sonra, bir çok müellifler autonomiste tezin bir dairei fasideden (cercle vicieux) ibaret olduğunu ileri sürmüşlerdir¹⁶. Bir şahsın hukukî bir netice elde etmek için iradesini beyan etmesi muayyen bir kanuna tâbi kılınması icap eden basit bir vakiadan ibarettir. Bir hukukî muamelenin muteberiyeti şahısların iradelerine değil de kanuna tâbi ise biza-tihî bir iradenin kendisine hukukî netice bahşedecek olan kanunu tayin etmesi hiç bir şekilde kabul olunamaz. Başka bir tabirle, tatbik edilecek kanun tayin edilmedikçe taraflar arasında bir anlaşmanın hasıl olup olmadığı ve kanun neticelerinin nelerden ibaret olduğu bilinemez. Tarafların iradelerinin kanundan üstün olduğunu kabul etmek ise, bir dairei faside içine düşmektir..

Bu müelliflere göre, âkitlere geniş bir muhtariyet tanımak kanuna karşı hileyi teşvik edecektir. Tamamen dahili hukuka taallük eden bir akd’in tarafları kanunun âmir mahiyetteki bir hükmünü bertaraf etmek için câli olarak bir beynelmilel unsur ihdas etmek yoluna gideceklerdir.

Pillet¹⁷, Hukuk kaidelerini ihtiyarî ve mecburî olmak üzere iki kısma ayırmakta ve dahili hukukta olduğu gibi, beynelmilel hukukta da âmir hükümlerin bertaraf edilmeyeceği fikrinden mülhem olmaktadır. Bu müellife göre, ihtilâfa bakan hâkim, evvelâ âmir mahiyetteki kendi hukuk kaidelerini tatbik edecek ve böylece tatbik edilecek kanun meydana çıktıktan sonra irade muhtariyetinin hudutları bu kanuna göre tayin edilecektir. Başka bir tabirle, irade muhtariyeti yalnız âmir olmyan hükümler hakkında caridir. Binaenaleyh, yalnız mukavele ehliyeti, şekil ve âm-

14) von Bar, Theorie und Praxis des Internationales privatrechtes, c. 2, Hannover, 1889, s. 4.

15) Aubry, Le domaine de la loi d'autonomie en droit privé, Clunet 1896, s. 464 ve müt. Gene bk. Niyobet, rép., No 35, s. 248.

16) Bk. Arminjon, a.g.e., No 78, s. 253.

17) Pillet, Principes de droit international privé, 1903, No. 238, s. 441 ve No 241, s. 453-454.

me intizamı değil, aynı zamanda âmir hükümlerin çerçevesine giren bütün hususlar tarafların iradelerine tâbi olmaz. Görülüyor ki, tarafların iradeleri ancak selâhiyetli kanun tarafından çizilen hudutlar dahilinde hukuki muamelelerin kaynağını teşkil eder.

Pillet'in talebesi olan Niboyet¹⁸ de aynı fikirden hareket ederek irade muhtariyetinin mevcut olmadığını, selâhiyetli kanuna göre tarafların haiz oldukları muhtariyetin ise mukavele serbestisinden (Liberté des conventions) ibaret olduğunu beyan etmektedir.

İsviçre Hukukçular Cemiyeti, Davos toplantısında mukavelelere tatbik edilecek kanunun tayini meselesini gündemine almıştır. Bu toplantının iki raportörü olan Sauser-Hall ve Fritsche¹⁹ - ²⁰ de iradenin muhtariyeti prensibinin âmir hükümleri ilgilendiren hususlarda tatbik edilemeyeceğini beyan etmişlerdir. Keza tanınmış İsviçreli Müellif Schnitzer de bu fikre iltihak etmektedir²⁰.

İradenin muhtariyeti prensibinin maruz kaldığı hücumların aksülâmeli olarak bir çok müellifler bu prensibi hararetle müdafaa etmişlerdir.

Jeanpretre'e göre²¹, Laurent meseleyi yanlış vazetmiş ve bundan iradenin muhtariyeti prensibinin muanzları istifade etmişlerdir. Bu müellif tezinde, "Mukaveleye tarafların seçtiği kanun tatbik edilecektir., den maksadın "Kanun vazının, mukaveleye tarafların seçtiği kanunu tatbik edecektir., demek olduğunu yazmaktadır. Hülâsa, Jeanpretre'e göre kanun vazı tarafların mukavelelerine tatbik edilecek kanun hususundaki anlaşmalarına hukukî netice izafe etmektedir²².

Donnedieu de Vabres²³, dahili hukuk nizamına taallûk eden hukukî münasebeti millî mevzuata tâbi kılmakta, beynelmilel hukuk nizamına taallûk eden hukukî münasebetlere tatbik edilecek kanunu ise şahısların

18) Niyobet, rép. s. 248, No. 803; Manuel, s. 803; Rec. cours, c 16, s. 5 ve 61.

19) Sauser-Hall, a.g.m., ZSR 44 (1925), s. 271 a ve müt. Fritsche, Die Rechtliche Rechtsanwendung auf dem Gebiet des Obligationenrechts, ZSR 44 (1925), s. 220 a ve müt.

20) Schnitzer, EJS No. 940, Obligations en d.i.p. s. 3.

21) Jeanprêtre, Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles, Selon la jurisprudence et la doctrine aux états-unis, tez, 1936, Lyon, s. 145.

22) Jeanprêtre, a.g.t., s. 146-147.

23) Donnedieu de Vabres, L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois depuis le début du XXe siècle, tez, Paris, 1938, s. 251.

muhtar iradesine bırakmaktadır. Esasen, diğer autonomiste tez taraftarları gibi bu hukukçu da *professio iuris*'in, tatbik edilecek kanunu tayin eden anlaşmanın, bu kanunun üstünde yer almasını gayri mantıklı bulmamaktadır.

Lerebours - Pigeonnière²⁴ de beynelmilel hukukta kaidelerin ihtiyarı ve mecburî olarak tasnifini maksada elverişli bulmıyarak irade muhtariyetinin tatbikini tasvip etmektedir. Bu hukukçuya göre, mukavele bir tek kanun ile idare edilmelidir. Âmir hükümleri irade muhtariyetinin dışında bırakmak akdin bütünlüğünü bozacak ve hiçbir hususî sebep mevcut olmadığı halde o mukavelelerin parçalanmasına sebep olacaktır.

Batiffol, 1938 de neşrettiği "Mukaveleler hususunda kanun ihtilâfları,, isimli eserinde iradenin muhtariyeti prensibini müdafaa etmektedir. Bu müellife göre²⁵, bir mukavele mahallileştirilmesi (Localisation) objektif bakımdan tarafların niyet ve iradelerine istinat eder. Eğer taraflar sarahaten tatbik edilecek kanunu göstermişlerse bu mahallileştirmenin bir şekli ibarettir ve hâkimi ilzam etmez. Batiffol, iradenin muhtariyeti prensibine karşı yapılan dairei faside itirazını şöyle cevaplandırmaktadır: Taraflar, mukavelelerini iradeleriyle mahallileştirmekte ve dâvaya bakan hâkim tarafların seçimine hukukî bir netice izafe etmektedir. Bu hususta halli müşkül meselelerden birisini de tayin edilmiş olan kanunun mukaveleyi bâtil addetmesi hali teşkil eder. Bu da iradenin muhtariyeti prensibine karşı yapılan klâsik itirazlardan birisidir. Fakat, Batiffol'un kurduğu sistemde böyle bir müşkilât yoktur. Çünkü taraflar, meselâ bir "Fransız mukavelesi,, akdetmişlerdir. Fransız kanunu ise bu mukaveleyi bâtil addetmektedir. Tarafların sarahaten tatbik edilecek kanunları göstermedikleri hallerde, acaba hâkim re'sen mukavelelerin butlanını intaç eden kanunun tatbikini bertaraf mı edecektir? Batiffol bu suale menfi cevap vermektedir. Ahval ve şeraitten mezkûr mukavelelerin meselâ, bir "İtalyan mukavelesi,, olduğu anlaşılırsa o akdin butlanını mucip olsa bile gene İtalyan kanunu tatbik edilir. Acaba taraflar mukavelelerini o mukavele ile hiçbir ilgisi olmayan herhangi bir yabancı kanuna tâbi kılabilirler mi? Meselâ bir Japona kahve satan bir Brezilyalı satıcı, satış akdini Türk Kanununa tâbi kılabilir mi? Batiffol²⁶ ile birlikte biz de bu suale müsbet cevap vermenin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

24) Lerebours.- Pigeonnière, *precis de droit international privé*, 1946, No. 251, s. 282-286.

25) Batiffol, *contrats*, No. 44-46 ve No. 52-55, s. 38-49.

26) Batiffol, *contrats*, No 57, s. 51.

§ 2. *Tarafların tatbik edilecek kanunu sarahaten göstermemiş olmaları hali.*

Taraflar ekseriya beynelmilel unsuru ihtiva eden akitlerine hangi kanunun tatbik edileceğini göstermedikleri gibi ahval ve şeraitten bu husustaki zımnî iradelerini de istihraç etmeğe imkân yoktur.

Batiffol'un dediği gibi²⁷, tarafların sarahaten tatbik edilecek kanunu göstermemeleri ekseriya kendilerini bu hususta selâhiyetsiz zannetmelerinden ileri gelmektedir. Yoksa aralarında yaptıkları anlaşmanın meselâ bir "İngiliz mukavelesi,, olduğunu bilmektedirler. Bu gibi hallerde iradenin muhtariyeti prensibi tatbik edilemez. İşte, bu müşkül meseleyi halletmek için muhtelif sistemler derpiş edilmiştir. Burada başlıca iki ihtimal üzerinde durmak icap eder^{27a}.

1. Âkit taraflar aynı tâbiyettedirler veya ikametgâhları aynıdır.
2. Âkit taraflar ne aynı tâbiyettedirler ve ne de ikametgâhları aynıdır.

1. Tarafların aynı tâbiyete veya aynı ikametgâha sahip olmaları halinde de muhtelif ihtimaller düşünülebilir.

a — Taraflar aynı tâbiyettedirler ve ikametgâhları müşterektir. Meselâ, İtalyada ikamet etmekte olan iki İtalyan Fransada bir mukavele aktediyorlar, fakat bu akdi idare edecek kanunu göstermiyorlar. Bu halde tarafların müşterek milli kanunu veya müşterek ikametgâh kanunu olan İtalyan kanununun tatbik edileceği müelliflerin büyük bir çoğunluğu tarafından kabul edilmektedir.

b — Aynı tâbiyette olan âkit tarafların ikametleri müşterektir, fakat başka bir memlekettedir. Meselâ, İsviçrede ikamet eden iki İtalyan Fransada bir mukavele akdetmişlerdir. Burada da müelliflerin ekserisi tarafların müşterek milli kanunlarının veya ikametgâh kanunlarının tatbikini in'ikad mahalli kanunun tatbikine tercih etmektedirler. Bu takdirde ihtilâf milli kanunla ikametgâh kanunundan hangisinin tercih edileceği meselesine irca edilmektedir ki, bu meseleye biraz aşağıda temas edeceğiz.

2. Taraflar ne aynı tabiyettedirler ve ne de ikametgâhları müşte-

27) Batiffol, contrats, No. 57, s. 51.

27a) Gerardin. De la loi applicable en vertu de l'autonomie des parties contractantes, tez, Paris, 1919, s. 82.

rektir. Bu takdirde bağlama noktasını tesbit etmek güçleşmektedir. Bunun için müteaddit sistemler teklif edilmiştir. Bunları kısaca görelim:

1. Lex loci contractus - in'ikad mahalli kanununun tatbikini derpiş eden sistem.

Tarih itibariyle en eski olan bu noktai nazara göre, taraflar akitlerine iradenin muhtariyeti prensibi mucibince tatbik edilecek kanunu göstermedikleri takdirde o akdin yapıldığı mahal kanunu tatbik edilir. Paul de Castre mukavelenin inikad mahallini insanların doğum yerine teşbih ederek lex loci actus'un tatbikini lex originis'in tatbiki ile kıyas ediyordu²⁸.

Muhtariyetçi tez taraftarlarına göre lex loci contractus iradenin muhtariyeti prensibine nazaran ancak tâli olarak tatbik edilir. Halbuki, antiautonomiste tez taraftarlarına göre âmir hükümler hususunda lex loci contractus'un tatbiki mutlâktır.

Bu sistemin tatbiki lehinde şu mülâhazalar ileri sürülmektedir.

a) Mukavelenin yapıldığı yer, iki taraf için de müşterektir ve iradelerin birleştiği ânda nazarı itibara alınması lâzım gelen bir unsurdur. Bundan başka, kolaylıkla tayin edilebilir ve ticarî emniyeti temin eder²⁹.

b) Mukavelenin bütününe tatbik edilecek tek kanun olduğundan karşılıklı borç doğuran akitlerin bölünmesine mani olur.

c) Âkit mahalli kanunu tatbik edilecek olursa, taraflardan hiçbirisine diğerine nazaran racih bir durum edilmiş olmaz.

d) Lex loci contractus borsalarda, pazarlarda, muhtelif milletlere mensup insanların ziyaret ettikleri fuarlarda yapılan ticarî muamelelere tatbik edilebilecek yegâne kanundur. Çünkü, satıcıların muhtelif müşterilerinin kanunlarını bilmesine maddeten imkân yoktur.

e) Nihayet, in'ikad mahalli kanunu mukavelenin şeklini yapıldığı yer kanununa tâbi kılan Locus regit actum kaidesi ile tetabuk etmekte ve böylece aktin hem şekline ve hem de esasına aynı kanunun tatbiki mümkün olmaktadır.

28) Schnitzer, Handbuch des Internationalen Privatsrechts, Basel, 1950, c. 2, s. 551.

29) Bk. Paschoud, a.g.t., s. 27-28; Batiffol, contrats, No 85, s. 77; Jeanprêtre, a.g.t., s. 190/191.

Lex loci contractus'un temin ettiği bu faydalanna mukabil mühim bazı mahzurları da vardır.

a) İn'ikad mahalli tamamen tesadüfe bağlı olabilir. Meselâ bir Türk sinema şirketinin mümessili Türkiyede oynatılacak bir film hakkında Amerikan şirketinin mümessili ile Pariste akdettiği mukaveleye hiçbir münasebeti olmadığı halde Fransız Kanununu tatbik edilecektir³⁰.

b) İn'ikad mahallinin tayini bazı hallerde müşkülât arzetedir. Meselâ, akit beynelmilel bir kumpanyaya ait bir tayyarede veya Simplon geçidinde bir trende yapılmış olabilir³¹.

c) Lex loci contractus'un en büyük mahzuru kendisini mukavelelinin gaipler arasında, inter absentes, yapıldığı hallerde gösterir. Gaipler arasında akdedilen bir akdin in'ikad mahallini tayin etmek için muhtelif hukuk sistemlerinde birbirinden farklı nazariyeler kabul edilmiştir³².

1. İzhar nazariyesi (Theorie de la declaration - Ausserungstheorie) Bu nazariyeye göre, muhatap kabule mütedair iradesini izhar edince âkit in'ikad eder.

2. İrsal nazariyesi (Théorie de l'expédition - Übermittlungstheorie) Muhatap kabule mütedair iradesini izhar ettikten sonra, bunu mucibe gönderdiği anda akit in'ikad etmiş sayılır.

3. Vüsul Nazariyesi (Théorie de la réception - Empfangstheorie) Bu nazariyeye göre de kabul haberi mucibe ulaşınca, akit in'ikad etmiş olur. Bu sistem Alman ve İtalyan Hukuku tarafından kabul edilmiştir.

4. İtilâ Nazariyesi (Théorie de l'information - Vernehmungstheorie) Bu nazariyeye göre de akit icap sahibinin kabul haberine itilâ kesbetmesi ile in'ikad eder. Bu sistem de Fransız ve Avusturya Hukukunda kabul edilmiştir.

5. Muhtelit sistem.

İsviçre-Türk Hukukunda vüsul ve itilâ nazariyelerinden müteşekkil muhtelit bir sistem kabul edilmiştir. Kanunumuz esas itibariyle vüsul

30) Karş. Batiffol, contrats, No 81, s. 75; Schnitzer, FJS No 940, s. 2, in fine.

31) Jeanprêtre, a.g.t., s. 191.

32) Bu hususta fazla tafsilât için Bk. Estoppey, Les contrats entre absents, tez, Lozan, 1924, s. 32-43; Béguelin, Conclusion du contrat (ofre et acceptation), FJS No 115, s. 4.

34) Jeanprêtre, a.g.t., s. 192. in fine; Schnitzer, FJS No 940, s. 2 b.

nazariyesini kabul etmekle beraber, B.K.m. 9'a göre, "kabul haberi icap sahibine varmakla beraber henüz mucip buna ittilâ kesbetmemiş ise muhatap kabul haberinden rücu edebilir.,,

Görülüyor ki, bütün devletler *lex loci contrastus*'un tatbikini kabul etseler bile yine in'ikad mahalli aynı olmayacaktır. Ticaret hayatında ise ekseri mukavelelerin gaipler arasında yapıldığı düşünülürse *lex loci contractus*'un mahzurunun ehemmiyeti anlaşılacaktır. İn'ikad mahalli kanununun taraftarlarından birisi olan Lerebours-Pigeonnière bile *lex loci contractus*'un tatbikini hazırlar arasında yapılan anlaşmalar hususunda kabul ettiği halde gaipler arasındaki mukavelelerde pratik kıymetini kaybettiğini itiraf etmektedir³⁵.

II — İcra Mahalli Kanunu - *Lex loci executionis*.

Bu sistemin en başlıca taraftarı meşhur Alman Hukukçuşu Savigny'dir. Muhtariyetçi mektebin kurucularından olan Savigny esas olarak tarafların iradesini ele almakta, sarih veya zimni bir iradenin fikdanı halinde icra mahalli kanununu tarafların muhtemel olarak seçecekleri kanun addetmektedir. Çünkü, ona göre, her irade beyanı bir ifayı tazammun ettiğinden icra mahalli o hukukî münasebetin hakikî ve yegâne makarnını teşkil eder³⁶.

İcra mahalli kanununun tatbikini derpiş eden sistemin de bazı mühim mahzurları vardır.

a) Mukavelenin icrası meşhuru muhtelif hukuklarda farklı mânâ tazammun ettiğinden vasıf ihtilâfına sebep olacaktır³⁷.

b) İcra mahallinin tayini bilhassa akdin mevzuununun bir şey yapma borcu olduğu hallerde (meselâ rekabet memnuiyeti) mümkün olmamaktadır.

c) *Lex loci executionis*'in en mühim mahzuru karşılıklı borç doğuran (*synallagmatique*) akitlerde mukavelenin parçalanmasına sebep olmasıdır. Bu nevi akitlerde bir tarafın alacağını diğer tarafın borcu teşkil ettiğinden iki tane icra mahalli mevcut olacaktır. Meselâ, bir satış aktinde mallar İsviçrede teslim edilecek, bedel ise Fransada ödenecektir. Keza, bir nakliye mukavelesinde nakledilecek şeyin muhtelif memleketler-

35) Lerebours-Pigeonnière, a.g.e., No 360, s. 458.

36) Savigny, a.g.e., c. 8, s. 200 ve müt.

37) Jeanprêtre, a.g.t., s. 180; Paschoud, a.g.t., s. 29; Batiffol, contrats, No. 95, s. 86-87; Schnitzer, FJS No. 940, s. 5 (3b).

den geçmesi icap edebilir. Gene bir vekil müvekkilinin işini birkaç memlekette görebilir. Bütün bu hallerde icra mahalli taaddüt edecek ve her birine ayrı kanun tatbik edilecektir³⁸. Böyle bir hal ise pratikte mühim mahzurlar tevhit edebilir. Meselâ, satış aktinde alıcının borcu muteber olduğu halde, satıcının borcu bâtil olabilecektir³⁹. Neticede icra mahalli kanununun tatbiki mukavelenin parçalanmasını (Zerspaltung) mucip olduğundan şiddetle tenkit edilmektedir⁴⁰.

III — Borçlunun şahsî kanununun (Lex personalis debitoris) tatbiki sitemi.

Tatbik edilecek kanun tayin edilmediği takdirde bir mukavelenin icrasında borçlunun şahsının ehemmiyeti nazarı itibara alınarak onun şahsî kanununun tatbiki teklif edilmektedir.

Bazı müelliflere göre, borçlunun şahsî kanunundan maksat onun mensup olduğu devlet kanunu yâni, milli kanunudur (Lex patriae debitoris). Çünkü tâbiyet bir şahsın faaliyeti ile yakından alâkadardır.

Bu sistemin başlıca müdafii olan Zittelman'a göre, bir borçluyu ifaya ancak tâbiyetini haiz olduğu devlet makamları mecbur edebilir⁴¹.

Bu sistemin de mahzurlu olduğu anlaşılmıştır⁴². Tâbiyet borcun mühim unsurlarından birisi değildir. Filhakika, borçlunun şahsından müstakil birçok borç mevcut olabilir.

Uzun zamandanberi Türkiyede yerleşmiş bir Çinlinin bir Türkle yaptığı ve Türkiyede ifa edilecek bir mukaveleden neş'et eden borcuna Çin kanununu tatbik etmek doğru olmayacaktır.

Bundan başka, müteaddit borçlu bulunduğu takdirde herbirinin milli kanununu tatbik etmek akdın parçalanmasını intaç edecektir. Bunun için, bilhassa İtalyan mevzuatı, tarafların aynı tâbiyette olmaları halinde müşterek milli kanunlarını tatbik etmektedir⁴³.

Diğer bazı müelliflere ve hususiyle von Bar'a göre⁴⁴, borçlunun

38) Schnitzer, a.g.e., c. 2, s. 556 "Zweirechtstheorie".

39) Jeanprêtre, a.g.t., s. 183.

40) Bk. Batiffol, contrats, No 89, s. 80-81.

41) Schnitzer, a.g.e., c. 2, s. 554.

42) Bk. Arminjon, a.g.e., c. 2, No 86, s. 274-278.

43) Bk. Batiffol, contrats, No 107, s. 94.

44) von Bar, Theorie und Praxis des İPR, Hannover, 1889, c. 2, s. 13.

şahsî kanunundan maksat, onun mukavelenin in'ikadı zamanında ikamet ettiği yer kanunu yâni, *lex domicili debitoris*'tir.

Bu sistemin tatbiki sayesinde mukaveleyi borçlunun en iyi bildiği kanunun idare edeceği mülâhaza edilmektedir⁴⁵.

Bu sistem de itirazlara maruz kalmıştır. Karşılıklı taahhütleri ihtiva eden akitlerde iki borçlu bulunacağından, bunların ikametgâhlarının ayrı olması halinde, mukavele parçalanacaktır⁴⁶.

IV — Hâkimin kanunu - *lex fori*.

Professio iuris'in mevcut olmadığı hallerde *lex forin*in mukaveleyi idare edeceği düşünülmüştür⁴⁷. Fakat, bu sistem de mahzurludur. Zira, kazai selâhiyet ile tatbik edilecek kanun birbirine karıştırılmaktadır. Bundan başka, tatbik edilecek kanun dâvanın açıldığı yere göre anzi olarak değişecektir. *Binaenaleyh*, taraflardan birisi dâva açmadıkça akdi idare edecek olan kanun tayin edilemeyecektir.

Maamafih, *lex forin*in tatbiki iki halde düşünülebilir.

- a) Akdi idare edecek olan kanunun tatbiki dâvaya bakan hâkimin kanununa aykırı ise
- b) Akde tatbik edilecek kanun belli değilse.

VI — Yeni telâkkiler.

Yukarıda sayılan sistemlerden hiçbirisinin maksada elverişli olmadığını gören birçok müellifler her mukavelenin hususiyetini nazarı itibara alarak mukaveleye en uygun gelen kanunun tatbikini tavsiye etmektedirler⁴⁸.

Schnitzer⁴⁹, şu formülü vazetmektedir: Mukaveleler karakteristik borcun yerine getirileceği mahal kanunu ile idare edilir.

İleri sürülen kanunlar o kadar muhtelifdir ki, Arminjon⁵⁰, mukavelenin mahiyetine en uygun olan kanunun tatbiki nazariyesinin değerinin neden ibaret olduğunu sormaktadır.

45) Schnitzer, a.g.e., c. 2, s. 555.

46) Berki, Devletler Hususî Hukuku, Ankara, 1949, s. 376; Fazla tafsilât için Bk. Batiffol, *contrats*, No 112, s. 99; Pillet, *Principes*, No. 250.

47) Fazla tafsilât için Bk. Paschoud, a.g.t., No 28, s. 31; Schnitzer, a.g.e., 2, s. 555/556.

48) Bk. Schnitzer, a.g.e., c. 2, s. 558-560; Paschoud, a.g.t., s. 31/32.

49) Schnitzer, FJS 940, s. 6, No 8 in fine.

50) Arminjon, a.g.e., c. 2, No 89, s. 286.

Biz burada, ileri sürülen başlıca bağlama noktalarını saymakla iktifa edeceğiz⁵¹.

a) Her mukavele tipi için ayrı bir kanunun tatbiki.

b) Mukavelenin in'ikad ettiği yerin hususiyeti nazarı itibara alınarak tayin edilecek kanunun tatbiki sistemi. (Meselâ borsa, fuar ve pazarlarda yapılan satışlara akit mahalli kanununun, keza müzayede ile yapılan satışlara müzayedenin yapıldığı yer kanununun tatbiki gibi).

c) Âkitlerden birisinin arzettiği hususiyet nazara alınarak tayin edilecek kanunun tatbiki sistemi. Meselâ, taraflardan birisinin banka, doktor, noter olması gibi.

d) Taraflardan birisinin borcu, akdin hususiyetini teşkil ettiği halde onun kanununun tatbiki sistemi. (meselâ menkul satış akdinin satıcının kanunu ile idare edilmesi gibi).

e) Taraflardan birisine tahmil edilen riziko diğerinkine nazaran daha ağır olduğu takdirde o âkidin kanununun tatbiki.

f) Mukavelenin mevzuu nazara alınarak tayin edilecek kanunun tatbiki sistemi. Meselâ gayrimenkullere müteallik akitlere *lex rei sitae*'nin, gemi satışlarında ise bayrak kanununun tatbiki gibi.

g) Mukavelenin şekli nazarı itibara alınarak tayin edilecek kanunun tatbiki sistemi⁵². Meselâ noter veya konsolos huzurunda yapılan akitlere o yer kanununun tatbiki gibi.

h) Mukaveleye dercedilmiş olup da müeyyideye müteallik şartlar nazarı itibara alınarak tayin edilecek kanunun tatbiki sistemi⁵³. Meselâ, bir garanti, tahkim veya da selâhiyet şartına göre tatbik edilecek kanun tayin edilebilir.

§ 3. İradenin muhtariyeti prensibine müteallik içtihatlar.

1. İsviçre içtihatları.

İsviçre Hukukunda İ.B.K.m. 1086-1095 inci istisna edilecek olursa mukavelelere tatbik edilecek kanun hususunda bir hüküm yoktur. 1891 tarihli "İsviçrede yerleşen veya ikamet eden vatandaşların medeni

51) Widmer, Die Bestimmung des massgeblichen Rechts im internationalen Vertragsrecht, tez, Zürih, 1944, s. 113; Paschoud, a.g.t., s. 32.

52) Bk. Batiffol, No 144 ve müt. s. 126 ve müt.

53) Batiffol, contrats, No 147 ve müt., s. 129 ve müt.

hukuk münasebetlerine müteallik “kanunun 1 inci maddesine göre, mezkûr kanun ancak şahıs, aile, ve miras hukukuna ait hususlarda kabili tatbiktir. Şu halde mukaveleye tatbik edilecek kanunun tayini İ.M.K.m. 1 mucibince hâkime bırakılmıştır. Burada bizi ilgilendiren mesele, Federal Mahkemenin hangi nisbette taraflara tatbik edilecek kanunu seçmek hakkını bahşettiğidir. Yüksek Mahkeme mustakar içtihatlarında mukavelelenin in’ikadı ile neticelerini tefrik etmekte ve akdin in’ikadı ile muteberliğini lex loci contractus’a tâbi kıldığı halde⁵⁴ neticelerine müteallik meseleleri tarafların serbest iradelerine terketmektedir. Eğer, sarîh bir irade beyanı mevcut değilse mukavele ile en yakın münasebeti olan kanun tatbik edilmektedir⁵⁵. Binaenaleyh, İsviçre Hukukunda iradenin muhtariyeti prensibinin hududunu lex loci contractus tayin etmektedir⁵⁶.

Taraflar akitlerine tatbik edilecek kanunu sarahaten veya zimnen tayin etmemişlerse Federal Mahkeme onların muhtemel iradelerini araştırmaktadır. Bunun için de bir takım faraziyelerden hareket edilmekte ve bunlara istinaden taraflar bu meseleyi düşünmüş olsalardı hangi kanunu seçecek idiyşeler o kanun tatbik edilmektedir⁵⁷⁻⁵⁸.

Federal Mahkemenin içtihadına göre, mukavele ile en sıkı münasebeti olan kanun, genel olarak, icra mahalli kanunudur⁵⁹. İcra mahalli ise lex foriye göre. (İ.B.K.m. 74) tayin edilmektedir.

Federal Mahkeme ilk içtihatlarında akdin in’ikadı ve neticelerini aynı kanuna tâbi kılmakla onun bütünlüğüne riayet ediyordu⁶⁰. Bilâhare, akdin in’ikadı ile neticelerini birbirinden tefrik etmiş ve 1906 tarihli bir kararında⁶¹, akdin mevcudiyetine müteallik hususlarda tarafların ser-

54) RO 76 II 36, JdT 1950 s. 491, “Süleyman/Tungstram; RO 73 II 104, JdT 1948 s. 146, “Laydernier/Bieri; RO 64 II 347, “hollenweger/Monc.

55) RO 77 II 99, JdT 1922 s. 173, “Volksrepublik Rumanien/Cretzianu; RO 77 II 191 JdT 1952 s. 173, “Seba/Weili.

56) Knapp, La division des effets du contrat dans le dip de la suisse, 1941, Basel, s. 307 a-308 a.

57) RO 63 II 43 JdT 1937 s. 386, “Hunziger/Haig,.,

58) Widmer, a.g.t., s. 72 de bu hususta müteaddit kararlar zikretmektedir.

59) RO 32 II 298, “Picard/hohmehl”; RO 63 II 307 “societe pour l’exportation des sucres/Schw. Kreditanstalt, RO 60 II 300, JdT 1935 s. 72, “Nathan A.G/Schw. Bank für Kapital Anlagen”; RO 72 II 411 JdT 1947 s. 481 “Tangeroise/Graniere S. A.,,

60) RO II 357 “Scholder/Wolff”; RO 23 I 249.

61) RO 32 II 415, “Raschke/Bank für Handel und Industrie Damstdt.,, Bk. Moser, Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht, St. Gall, 1948, s. 20-21.

best iradelerine göre seçtikleri kanunun tatbik edilemeyeceğini ve objektif bakımdan ancak *lex loci contractus*'un bahis mevzuu olabileceğini belirtmiştir. Yapılan itirazlara rağmen 1920 den itibaren Federal Mahkeme⁶², mukavelenin teşekkülü ile ilgili hususları in'ikad mahalli kanununa tâbi kılarak antiautonomiste tezi kabul etmiş bulunmaktadır. Binaenaleyh, İsviçre Hukukunda rıza, icap, kabul, borcun sebebi, butlan, rıza fesadı (hattâ, hile, ikrah) gibi akdin muteber olarak vücutte gelmesinde başlıca rol oynayan hususlarda gene in'ikad mahalli kanunu tatbik edilecektir.

Federal Mahkemenin kabul ettiği bu sistem muhtelif tenkitlere maruz kalmış ve akdin parçalanması (bölünmesi)⁶³ meselesi 1941 yılında İsviçre Hukukçular Cemiyetinde gündeme alınmıştır. Neticede, biri Niederer diğeri Knapp tarafından iki rapor hazırlanmıştır.

Niederer⁶⁴ raporunda, akdin in'ikadına *lex loci conclusionis*'in, neticelerine ise *lex loci solutionis*'in tatbiki neticesinde hâkimin aynı akde iki ayrı kanunu tatbik etmek zorunda kalacağını yazmakta, maamafih, Federal Mahkemenin tatminkâr olmıyan bu neticeyi daima önlediğini kaydetmektedir. Filhakika, İsviçre Yüksek Mahkemesi birçok hallerde bir tarafın taahhüt ettiği borcu daha önemli addederek o borcun icra edileceği yer kanunu mukaveleye tatbik etmektedir.

Niederer, Federal Mahkemenin bu tatbikatını, akdin bölünmesi olarak değil, belki kanunun alternatif tatbiki (*Alternativ Rechtsanwendung*) olarak tavsif etmektedir⁶⁵.

Bu müellif, iki icra mahalli karşısında kalacak hâkime akdi parçalamıyarak onunla en yakın münasebeti olan kanunu tatbik etmesini tavsiye etmektedir⁶⁶.

Knapp da İsviçre Hukukunda mukavelenin, in'ikad ve neticeleri olmak üzere, ikiye ayrılmasını müktesep bir durum olarak tavsif etmekte ve raporunu akdin neticelerine hasretmektedir. Knapp icra mahalli ka-

62) RO 46 II 493, JdT 1921 s. 147, "Union S. A./Lavecck; RO 76 II 35. JdT 1950 s. 491, "Süleyman/Tungsräm. Bk. Moser, a.g.e., s. II-36.

63) Vertragsspaltung. Fransızcada ise *depêçage*, *division*, *morcellement*, *scission du contrat* gibi muhtelif tâbirler kullanılmaktadır.

64) Niederer, *Die Spaltung des Vertrages bezüglich seiner Wirkungen im schw. internationalen O. R.*, Basel, 1941, s. 223 a ve 262a.

65) Niederer, a.g.e., s. 264 a.

66) Niederer, a.g.e., s. 301 a.

nununun tatbikine taraftar olduğunu kaydetmekte, karşılıklı borç doğuran akitlerde iki icra mahalli bulunduğundan Federal Mahkemenin "karakteristik eda,, nazariyesinin (la théorie de l'obligation caracteristique) tesiri ile mukaveleye yalnız karakteristik borcun icra edileceği mahal kanununu tatbik ettiğini yazmaktadır⁶⁷. Knapp, bu nazariyeyi tenkit etmekte ve meselâ, trampa aktinde her iki tarafa terettüp eden mükellefiyetin aynı mahiyette olduğuna işaret etmektedir⁶⁸. Keza, Widmer⁶⁹ ve Schnit-zer de⁷⁰ akdin neticelerinin bölünmesine taraftar olmadıklarını beyan etmektedirler.

II — Alman içtihatları.

Alman Medenî Kanunu ile giriş kanununda beynelmilel mukavelelere tatbik edilecek kanunu tayin eden bir hüküm mevcut değildir.

Savigny'nin tesiri ile Alman Mahkemeleri iradenin muhtariyeti prensibini kabul ve tatbik etmektedirler. Taraflar akitlerini istedikleri bir kanuna tâbi kılabilirler. Böylece, akdin inikad ve neticeleri ayrı kanunlara tâbi kılınmamaktadır⁷¹.

BGB nin kabulünden evvel Alman Temyiz Mahkemesi, mukavelelenin in'ikadı sahasında, irade muhtariyeti prensibini kabul etmiyordu⁷². İlk defa olarak 1923 de⁷³ in'ikad mahalli kanuna göre bâtil olan bir mukaveleye tarafların zımnî iradelerine göre tayin ettikleri icra mahalli kanunu olan Alman Kanununu tatbik ederek mukaveleyi butlandan kurtardı.

Taraflar tatbik edilecek kanunu sarîh olarak göstermemişlerse, Alman Temyiz Mahkemesi, bazı karinelere müracaat ederek tarafların zımnî iradelerini istihraç etmektedir⁷⁴. Bu karineler meselâ, tarafların Alman Mahkemelerinin selâhiyetini kabul etmiş olmaları, tarafların dâva esnasındaki tavır ve hareketleri, kullanılan tâbirler, tarafların Alman tâbiyetinde olmaları gibi hususlardır.

67) Knapp, a.g.m., s. 327 a-328 a.

68) Knapp, a.g.m., s. 329 a.

69) Widmer, a.g.t., s. 103.

70) Schnitser, a.g.e., No. 940, s. 6 (III).

71) Alman Temyiz Mahkemesi kararları için Bk. Moser, a.g.e., s. 47-54.

72) R. G. 44 (1889) s. 300, Paschoud, a.g.t., s. 54 Not. 44' den.

73) R. G. 108 (1923) s. 243, Paschoud, a.g.t., s. 55 not 10 dan.

74) BK.. Paschoud, a.g.t., s. 58, No. 55 de zikredilen kararlar.

Eğer tarafların sarîh veya zımnî iradelerine göre tatbik edilecek kanunu tayin etmek mümkün olmuyorsa, akde icra mahalli kanunu tatbik edilmektedir. Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde ise mukavelelerin bütünlüğünün ihlâl edilmesi bahasına her borca ifa edileceği mahal kanunu tatbik edilmektedir⁷⁵. Akdin neticelerinin parçalanması Alman Hukukunun karakteristik hususiyetini teşkil etmektedir.

III — Fransız İçtihatları.

Fransız Mahkeme içtihatları mukavele hukuku sahasında irade muhtariyeti prensibini tatbik etmektedir. Temyiz Mahkemesi, ilk defa olarak 1910 senesinde verdiği bir kararla iradenin muhtariyeti prensibini teyit etmiştir. Tarafların serbest iradeleri ile seçtikleri kanun mukavelelerinin hem in'ikadını ve hem de neticelerini idare edecek tek kanundur⁷⁶. Böylece, Fransız Hukukunda taraflara geniş bir selâhiyet tanınmıştır. Aralarındaki anlaşma ile hiçbir alâkası olmasa bile taraflar istedikleri bir kanunun selâhiyetini tanıyabilirler. Mukavelelerin muteberliğine⁷⁷ taallük eden rıza beyanı, akdin mevzuu, sebep, rıza fesadı, gibi hususlarla neticelerine müteallik borcun sukut sebepleri, temerrüt, ifa, ifanın mümkün olmaması gibi meseleler aynı kanun ile idare edilir.

Fransız Mahkeme içtihatlarında âmir hükümlerle (lois impératives) ihtiyarî hükümler (lois facultatives) arasında bir fark gözetilmemekte, bilâkis, âmir hükümler beynelmîlel münasebetlerde bu mahiyetlerini kaybetmektedirler. Böylece, akdin parçalanması Fransız Hukukunda bahis mevzuu olmaz⁷⁸.

İradenin muhtariyeti prensibinin istisnasını âmme intizamı teşkil etmektedir. Tarafların seçtikleri kanunun tatbiki Fransız âmme intizamını ihlâl edemez.

Taraflar tatbik edilecek kanunu sarahaten veya zımnen tayin etmişlerse, hâkim mutlak bir karineye bağlanmaksızın, mukaveleden tarafların muhtemel iradelerini tefsir edecektir. Eğer buna imkân yok ise mukavele lex loci contractus ile idare edilir. Görülüyor ki, Fransız Hukukunda lex loci contractus Alman Hukukundaki lex loci executionis'in

75) Paschoud, a.g.t., s. 60.

76) Sir. 1911. I. 129 (civ. 5 aralık 1910), Batiffol, contrats, s. 29, No 33.

77) Bu husustaki kararlar için bk. Moser, a.g.e., s. 60-66.

78) Aynı fikir Moser a.g.e., s. 57.

yerini tutmaktadır⁷⁹. Gaipier arasında yapılmış bir akdin in'ikad mahallini tayin hususunda çıkan ihtilâf ise lex fori ile halledilmektedir.

IV — İngiliz İçtihatları.

Örf ve âdetin büyük bir rol oynadığı İngiliz Hukukunda mukavelelere tatbik edilecek kanunu tayin etmek için içtihatlarla kısaca göz gezdirmek icap eder .

İngiliz Hukukunda mukaveleye tatbik edilecek kanun "the proper law of contract" tır. Bundan maksat, tarafların anlaşmalarını idare etmek üzere tayin ettikleri kanundur⁸⁰. Bu kanun akdin in'ikadı ve neticelerini idare eder⁸¹.

Acaba the proper law of contract nasıl tayin edilir? İngiliz Mahkemeleri bu kanunu tarafların sarîh veya zımnî veya muhtemel iradelerini nazarı itibara alarak tayin etmektedirler.

Paschoud'nun da müşahede ettiği gibi⁸², İngiliz Hukukunda irade başlıca rolü oynamakta yalnız hukuk tekniği bakımından hâkim evvelâ "the proper law of contract" ı tayin etmek zorunda olduğundan irade ikinci derecede bir ehemmiyeti haiz imiş gibi görünmektedir. Filhakika, İngiliz hâkimi evvelâ bir mukavelelinin bir "English Contract" mı yoksa "French contract" mı olduğunu tayin eder. Bunu yaparken her şeyden evvel tarafların iradelerini nazarı itibara alır⁸³. Şu halde, İngiliz Hukukunda da iradenin muhtariyeti prensibinin cari olduğu neticesine varılabilir. Âkitler İngiliz âmme intizamına aykırı olmamak şartıyla mukavelelerini, prensip itibariyle, istedikleri bir kanuna tâbi kılabilirler.

"The law of contract"ın tatbikinin üç mühim istisnası vardır⁸⁴.

- a) Bu kanunun tatbiki İngiliz âmme intizamına aykırı ise,
- b) Mukavele, yapıldığı yer kanununa göre muteber değilse,

79) Paschoud, a.g.t., No 79, s. 79.

80) Dicey, The students' conflict of laws, 3the. ed., London, 1937, No. 53, s. 128.

81) Dicey, a.g.e., No 58, s. 136; Batiffol, contrats, No 387, s. 341.

82) Paschoud, a.g.t., No 85, s. 85.

83) Dicey, a.g.e., s. 137/138.

84) Dicey, a.g.e., s. 140-147.

c) Mukavele icra edileceği mahal kanuna göre muteber değilse, Görülüyor ki, bu üç istisna iki prensipten mülhem olmaktadır.

a) İngiliz Mahkemesi İngiliz adalet fikrine veya ahlâkına mugayir bir mukaveleyi kabul edemez.

b) İngiliz Mahkemesi inikad mahalli veya icra mahalli kanuna göre muteber olmayan bir mukaveleyi infaz edemez⁸⁵.

Eğer taraflar, sarahaten tatbik edilecek kanunu göstermemişlerse, bu kanun kullanılan tâbirlerden veya da umumî ahvalden istihraç edilir⁸⁶.

Tarafların sarîh veya zımnî iradelerini bulmak mümkün değilse, the proper law of contract bazı karinelere başvurularak tayin edilir.

Birinci karineye göre, The proper law of contract, mukavelenin yapıldığı yer kanunudur⁸⁷. 1760 senesinde, Lord Mansfield mukavelenin yapıldığı yer kanununu umumî bir kaide olarak vazetmişti⁸⁸. O zamandan itibaren, bir çok İngiliz hakimleri lex loci contractus'un cihanşümul bir kaide olarak tatbik ettiler. Fakat, bilâhare bunun ancak kuvvetli bir karine olduğu neticesine varıldı. Maamafih bugün, tarafların iradesine aykırı olmadıkça, mukavelenin İngilterede akteildiği hallerde İngiliz kanunu tatbik edilmektedir⁸⁹. Keza, bir akit in'ikad ettiği yerde icra edilecek ise gene lex loci contractus tatbik edilmektedir⁹⁰.

İkinci karineye göre, "The proper law of contract" akdin icra edileceği mahal kanunudur. Bu kanun, akdin, kendisiyle sıkı bir münasebeti bulunmayan bir memlekette akte dilip de her iki âkit tarafından bir diğer memlekette icrası kararlaştırılmış olduğu hallerde tatbik edilir⁹¹.

§ 4. İrade muhtariyeti prensibine müteallik beynelmilel çalışmalar.

1. Beynelmilel Hukuk Enstitüsünün (L'institut de droit international) çalışmaları.

Beynelmilel Hukuk Enstitüsü 1896 da Venedikte yaptığı ilk toplantısında gündemine borçlardan doğan kanun ihtilâflarını aldı ve bir

85) Dicey, a.g.e., 140.

86) Dicey, a.g.e., No 60, s. 149-150..

87) Dicey, a.g.e., s. 150-153; Moser, a.g.e., s. 80.

88) Robinson/Bland (1760), Dicey, ibid; Batiffol, contrats, No 35, s. 3.

89) Jacobs, Marcus Co./Credit Lyonnais (1884), Dicey, a.g.e., s. 151.

90) Paschoud, a.g.t., No 89, s. 89, not. 28, The St. Joseph (1935).

91) Paschoud, ibid..

komisyon tayin ederek müzakerelere esas olacak bir rapor hazırlanmasına karar verdi. Dört sene sonra Enstitü âzasından Harburger meşhur Alman Hukukçusu von Bar ile birlikte hazırladığı projesini takdim etti. Raporör yalnız borçlar sahasını değil belki bütün devletler Hususi Hukukunu ilgilendiren tarafların ehliyeti ile şekil meselesini bir tarafa bıraktı. Borçlara, âmme intizamı mahfuz kalmak şartıyla, borçlunun akdin in'ikadı anındaki ikametgâhı kanunu tatbik edilecektir. Bu proje enstitünün Neuchatel toplantısında tetkik edilmiş ve müzakeresi müteakip bir toplantıya bırakılmıştır.

1902 Brüksel toplantısında Harburger 1900 senesindeki tekliflerini tekrarlamış fakat bunun müzakeresine vakit bulunamamıştır.

1904 de Roguin enstitüye mukabil bir proje vermiştir. Roguin, mukaveleden neş'et eden borçlardan başka haksız fiil ve sebepsiz mal iktisabından doğan borçları da içine alan projesinde kanunî âmir hükümler mahfuz bırakılarak, mukavelenin bir tek kanunla, yâni, tarafların sarahaten veya zımnen tayin ettikleri kanunla, idare edilmesini teklif ediyordu. Tarafların sukutu halinde hâkim, mutlak veya nisbi mahiyette herhangi bir karineye bağlanmaksızın, bütün ahval ve şeraiti nazarı itibara alacak ve tarafların bu nokta nazarı dikkatlerini çekseydi hangi kanunu selâhiyetli kılacaklarını araştıracaktır.

23 - 28 Ekim 1904 Edimbourg toplantısında Enstitü projeleri tetkik etti. Haksız fiil ile haksız mal iktisabından doğan borçlar ile tarafların ehliyeti ve şekil meselelerini bir tarafa bırakarak sadece ihtiyari hükümler tarafından idare edilen akdi borçlardan doğan kanun ihtilâflarını tetkik etti. Kanunun âmir hüküm vazettiği hallerin tetkikini ise ileriki bir toplantıya tâlik etti. Müzakere şu meseleye inhisar ettirildi: Tarafların sukûtu halinde selâhiyetli kanunu tayin edecek olan hâkim karinelerle bağılı mıdır, yoksa Roguis'in telkin ettiği gibi tamamen serbest midir?

Neticede Enstitü, hukuki emniyeti daha fazla temin etmesi bakımından karineleri kabul etmenin uygun olacağına karar verdi. Müzakerelere esas itibarıyla akdin neticelerine tatbik edilecek kanuna hasredilmişti. Lex Loci Contractus ve Lex Loci Solitionis'i şiddetle müdafaa edildi. Fakat bir neticeye varılmadı. Nihayet, enstitü meselenin tetkikini bir sonraki toplantıya bıraktı. Müteakip toplantıları kolaylaştırmak maksadıyla Alberic Rolin, Edimbourg toplantısında ileri sürülen temennileri nazarı itibara alarak bir proje kaleme aldı.

1908 de Floransada yapılan toplantıda bu proje iki çekimser oya mukabil 25 reyle kabul edildi.

1924 Viyana toplantısında enstitü iskati müruruzamandan neş'et eden ihtilâfları tetkik etti. Borçlara tatbik edilecek kanun hakkında bir hüküm vermeksizin müruruzamanın mukaveleye tatbik edilecek kanun tarafından idare edilmesine karar verdi. Bununla beraber müruruzaman müddetinin mutlak âmme intizamı karakterini taşıdığı hallerde dāvaya bakan mahkeme kanunu tatbik edilecektir.

1925 den itibaren enstitü, çalışmalarını âmir hükümler tarafından idare edilen borçlar sahasına teksif etti. Baron Boris Nolde bir rapor hazırladı. Bu müellife göre akid kanunu tarafların ne nisbette hukuki münasebetlerine tatbik edilecek kanunu seçmekte serbest olduklarını tayin eder. Bu kanun ise Savigny tarafından derpiş edilen icra mahalli kanunudur. Bu kanunu tayin etmek, raportörün fikrine göre, taraflara terettüp eder. Eğer taraflar bu hususta iradelerini izhar etmemişlerse hukukun ana kaidelerine müracaat edilir. Bu proje komisyonda şiddetli itirazlara yol açmıştır. Enstitü, meseleyi La-hey toplantısında vaz etmiştir. Bir çok müellifler mukavele kanunu olarak icra mahalli kanununun gösterilmesine ve mukavelenin tek kanunla idare edilmesi lâzım geldiği fikrine itiraz etmişlerdir. Bir diğer rapor da Streit tarafından hazırlanmıştır. Bu müellif yalnız ehliyet ve şekli değil mukavelenin muteberlik ve inikadına müteallik hususları da mukavele kanununun dışında bırakmıştır. Mukavelenin neticeleri, Baron Noldenin fikrine iltihaken, icra mahalli kanununun selâhiyetine ithal edilmiştir.

Enstitüde bu rapor 26 Ağustos 1927 Lozan toplantısında bahis mevzuu edilmiştir. Söz alan muhtelif hukukçular dahili hukukta âmir olan hükümlerin bu karakterlerini beynelmilel hukuk sahasında da mühafaza etmeleri lâzım geldiği fikrini müdafaa etmişlerdir.

Fakat, neticede bir anlaşmaya varılmamış ve bu meseleye ileride tekrar avdet edilmek üzere toplantı talik edilmiştir. Bu çalışmalar esnasında şu üç nokta enstitünün nazarı dikkatini çekmiştir.

a) Doktrin tarafından ileri sürülmüş nazariyelerden her birisinin mahzurlu olduğu anlaşılmıştır.

b) Mukavele hukuku sahasında ihtilâfları halletmeye müsait bir kanunu evvelden tayin etmek faydasız olduğundan daha ziyade analitik bir metod takip ederek aynı mukaveleye müteaddit kanunların tatbiki sistemini kabul etmek lâzımdır.

c) Antiautonomiste teze taraftar olan enstitü kat'i olarak kanunun tarafların iradesine üstünlüğünü teyit etmekte ve tarafların iradesinin bir bağlama kaidesi olarak telâkki edilemeyeceği fikrinden mülfhen olmaktadır.

II. Beynelmîlel Hukuk Cemiyeti Çalışmaları (1924-1928).

1924 den itibaren beynelmîlel Hukuk Cemiyeti (International law Assosication) mukavelelerden doğan kanun ihtilâflarını tetkik etmeye başlamış ve bu meseleyi incelemek için beynelmîlel hukuk akademisinde bu bahsi tedris eden Bagge'nin⁹² başkanlığında bir komite kurulmuştur. Paristeki beynelmîlel ticaret odasının da fikrini alan bu komite tetkiklerinde mukavelelerin bir tek kanun tarafından idare edileceği, tarafların iradesinin ancak sarahaten ve zımnen izhar edilmiş olduğu hallerde nazarı itibara alınacağı prensibi esas ittihaz edilmiştir. 1926 da toplanan Beynelmîlel Hukuk Cemiyeti komitenin kararlarını tasvip etmiştir.

1928 Varşova toplantısında Beynelmîlel Hukuk Cemiyeti esas itibariyle iradenin muhtariyeti prensibi ile meşgul olmuştur. Ekseriyetin fikrine göre tatbik edilecek kanunun âmir hükümleri taraflar bağlar. 11 Ağustos 1928 de Beynelmîlel Hukuk Cemiyeti komitenin tekliflerini kabul etmiştir.

III. La-Hey Devletler Hususi Hukuku Çalışmaları.

Hollanda hükûmeti 1928 de konferansa iştirake dâvet edilen muhtelif devletlere birer sual cetveli hazırlayarak dağıttı. İlk iki sual şu idi:

1. Acaba taraflar mukavelelerinin muteberiyet ve neticelerini idare edecek kanunu serbestçe tayin etmek selâhiyetini haiz midirler?

2. Mukavlenin muteberlik ve neticeleri muayyen bir kanun ile (meselâ) akit mahalli kanunu icra mahalli kanunu veya taraflardan birisinin ikametgâhı kanunu mi idare edilecektir?

Avusturya ve Japonya sarahaten muhtariyet lehinde olarak birinci meseleye müsbet ikinci meseleye menfi cevap vermişlerdir. Belçika, İspanya ve İngiltere gibi diğer devletler müsbet cevap vermekle beraber muayyen bazı hallerde, hususiyle âmme intizamı bahis mevzuu olduğu zaman irade muhtariyetinin tahdidini istemişlerdir. Üçüncü grup devletler ise iradenin muhtariyeti prensibini bir bağlama kaidesi olarak telâkki

92) Bk. Bagge: Les Conflits de lois en matière des contrats de vente de meubles corporels Rec, vol 25 (1928) V, S. 129 ve müt.

etmemişlerdir. Mukavele bütünü itibariyle muayyen kanuna tâbi olmalı ve tarafların hangi hudutlar dahilinde muhtariyetten istifade edebilecekleri bizatihi bu kanuna göre tebeyyün etmelidir. Bu antiautonomiste tez Danimarka, Macaristan, Holanda, Norveç, İsveç, İsviçre ve Çekoslovakya tarafından müdafaa edilmiştir.

Üçüncü sual, mukaveleye tatbik edilmek üzere tek bir kanunun seçilmesinin maksada elverişli olup olmadığı hususundadır. Acaba mukavelelenin gerek muteberlik ve mevzuu ve gerek neticeleri aynı kanun ile mi idare edilecektir?

Bu suale de muhtelif cevaplar verilmiştir. Avusturya, Belçika, İspanya, Japonya ve İsveç gibi bazı devletler mukavelelenin muteberlik ve neticelerinin bir tek kanun ile idare edilmesinin lehinde buldukları halde Danimarka, İngiltere, Macaristan, Norveç, Hollanda, Polonya, İsviçre ve Çekoslovakya gibi bazı devletler aynı mukaveleye iki veya daha ziyade kanunun tatbik edilebileceği cevabını vermişlerdir.

Dördüncü suale cevap olarak Japonya hariç diğer devletler mukaveleye hâkime beynelmilel âmme intizamına aykırı olan yabancı kanunun tatbikini bertaraf edebilecek sarîh bir hüküm dercedilmesinin münasip olacağını beyan etmişlerdir.

Diğer meseleler ise daha ziyade beynelmilel satışların tanzimine hasredilmiştir.

Bundan sonra 4 ncü komisyon⁹³, tarafların sükûtu halinde mukaveleye hangi kanunun tatbik edileceği meselesi ile irade muhtariyeti üzerinde durmuş ve Juliot de la Morandière tarafından hazırlanan raporu tetkik etmiştir. Bilhassa şu üç mesele üzerinde durulmuştur:

1. Prensip itibariyle muhtariyet tanınmalı mıdır?
2. Bu muhtariyet gayri mahdut mudur yoksa hudutlandırılmalı mıdır?
3. Eğer hudutlandırılacağı kabul edilirse bu tahdit nasıl yapılacaktır?

Taraflar yalnız âmme intizamı ile mi takyit edilecek, yoksa dâvaya bakan hâkimin kanununun âmir hükümleri de nazarı itibara alınacak mıdır?

Bu meselelerin müzakeresi esnasında birbirine zıt üç temayül müşahede edilebilir.

93) Dördüncü Komisyon müzakereleri 6 ncü komisyon zabıtlarının 267 ve müteakip sahifelerinde bulunmaktadır.

Birinci fikri müdafaa eden Norveç delegesi Alten'e göre, komisyonun bir neticeye varabilmesini temin için âmir hükümler bir tarafa bırakılarak sadece tefsiri hükümler tetkik edilmelidir. Bu sahada ise taraflar akitlerini diledikleri bir kanuna tâbi kılabilirler.

Buna mukabil, komisyon âzalarının ekseriyeti âmir hükümler hakkında da bir neticeye varılmasına taraftar olmuşlardır. Fakat bunlar arasında da mukaveleye tatbik edilecek kanunun tayini bakımından bir anlaşma husule gelmemiştir.

Muhtariyetçi telâkki taraftarları esas itibariyle İngiliz ve Fransız içtihatlarına istinat ederek bu sistemin faydaları üzerinde ısrar etmişlerdir. Aksi tezi müdafaa edenler ise dahili hukuka göre âmir olan bir hükmün bu mahiyetini araya yabancı bir unsurun girmesi ile kaybetmeyeceği fikrini müdafaa etmişlerdir.

Uzun münakaşalar sonunda bir neticeye varılmamış, reis bu meselelerin reye konmasını teklif etmişse de bu teklif 3 e karşı 13 reyle reddedilmiştir. Bununla beraber komisyon âzalarının müzakere sırasındaki beyanları nazarı itibara alınırsa ekseriyetin muhtariyetçi teze taraftar olduğu müşahede edilebilir. Nitekim, Fransız, İngiliz, Hollanda, Rumanya, İsviçre ve Çekoslovakya delegeleri aşağı yukarı muhtariyet lehinde konuşmuşlardır.

Buna mukabil, Alman, Belçika ve Polonya delegeleri muhtariyetçi teze taraftar görünmemişlerdir. Böylece 4 ncü komisyonda umumî bir prensibe varmak mümkün olmamıştır. Neticede bir proje yerine konferansa muhtelif temayüllere göre üç ayrı metin takdim edilmiştir.

Birinci ön projede yalnız itibarî hükümler nazarı itibara alınmakta ikinci projede ise dâvaya bakan hâkimin kanununa göre âmme intizamına taallük eden hususlar dışında irade muhtariyeti prensibi kabul edilmektedir. Nihayet üçüncü projede irade muhtariyeti âmir hükümlere teşmil edilmemiştir.

La-hey çalışmaları 28 Mayıs 1931 de toplanan hususî bir komite tarafından devam ettirilmiştir. Ekseriyet, âmir hükümler sahasında da irade muhtariyeti prensibinin cari olması lehinde bulunmuş ve esas itibariyle 1928 tarihli projelerden ikincisini kabul etmiştir. Bununla beraber, vaz edilen kaidelerin sırası değiştirilmiştir. Evvelâ selâhiyetli kanun tayin edilecek ve bilâhare taraflara bu kanunu bertaraf etmek imkânı verileceği yerde iş adamlarının mukaveleye tatbik edilecek kanunu bilmeleri bakımından taraflara tatbik edilecek kanunu seçmek selâhiyeti bahşedilmiştir. Ancak, tarafların bu kanunu seçmek hususunda iradelerini izhar

etmemiş oldukları halde tatbik edilecek kanunun tayini cihetine gidilmiştir.

Diğer bazı devletler ise irade muhtariyetinin âmir hükümlere müteallik hususlarda da carî olması fikrini ihtiva eden üçüncü projeyi benimsemişlerdir.

Neticede, 1928 senesinde yapılan teklifler tasvip edilmiş ve tarafların selâhiyetli kanunu seçim hakkı hiçbir şekilde tahdit edilmemiştir. Komite, tarafların sarahaten tayin ettikleri kanunun mukaveleye tatbik edilecek kanun olduğunu kabul etmiş, tarafların mefruz iradelerine ise herhangi bir hüküm izafe etmemiştir. Böylece, tarafların yapmış oldukları mukavelelerin muteberliği bir tek kanuna tâbi kılınmıştır.

§ 5. İradenin muhtariyeti prensibine müteallik kanuni mevzuat.

I. İtalyan Medenî Kanunu.

Avrupa memleketleri içerisinde mukavele hukuku sahasında yegâne hüküm vazeden memleket İtalyadır. Mançininin tesiri ile İtalyan kanun vazî irade muhtariyeti prensibine taraftar olmuştur. 1865 tarihli İtalyan Medenî Kanununun 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, mukavelelenin cevheri ve neticeleri mukavelelenin yapıldığı yer kanununa tâbidir. Eğer âkit taraflar aynı tâbiyette iseler müşterek milli kanunları tatbik edilir. Tarafların bunun hilâfına yaptıkları anlaşmalara herhalde riayet edilmez.

31 Nisan 1942 de yürürlüğe giren yeni İtalyan Medenî Kanununun 25 inci maddesinin birinci fıkrası şu hükmü ihtiva etmektedir: “Mukaveleden doğan borçlar, taraflar aynı tâbiyette iseler müşterek milli kanunları ile aynı tâbiyette iseler akdin yapıldığı yer kanunu ile idare edilir. Her halde tarafların iradelerine riayet edilir.,,

Görülüyor ki, mukaveleden neş’et eden borçlar tarafların hilâfına bir anlaşmaları mevcut olmadıkça müşterek milli kanunlarına veya *lex loci contractus*’a terkedilmiştir.

Gene 25 inci maddenin kat’i surette hallettiği bir mesele de mukavelelenin tek kanun ile idare edileceğidir.

II. Polonya Kanunu:

2 Ağustos 1926 tarihli Polonya Kanunu tarih itibariyle borçlar hukukundan mütevellit kanun ihtilâflarının halli hususunda kaide vazeden

en eski kanundur. 7 inci maddesinde taraflara, tatbik edilecek kanunu tayin etmek bakımından, bir serbestiyet bahsetmekle beraber bunu derhal tahdit etmektedir. Bu irade serbestisi yalnız aşağıdaki kanunlara inhisar ettirilmiştir.

- a — Milli Kanun - İkametgâh Kanunu.
- b — İn'ikad mahalli Kanunu.
- c — İcra mahalli Kanunu.
- d — Gayrimenkullerin bulunduğu yer Kanunu (Lex rei sitae).

III. Yunan Kanunu:

29 Ekim 1856 tarihli eski Yunan Kanununun 6 inci maddesi mukavelenin neticelerini tarafların iradesine tâbi kılıyor, muayyen bir kanunun tayin edilmediği hallerde ise icra mahalli kanununun tatbik edileceğini beyan ediyordu.

10 Mayıs 1946 tarihli yeni Yunan Kanununun 25 inci maddesine göre "Mukaveleden neş'et eden borçlar tarafların serbest iradeleri ile seçtikleri kanuna tâbidir. Böyle bir kanunun fıkdanı halinde ahval ve şeraite göre mukavelenin mahiyetine en uygun olan kanun tatbik edilir.,,

Böylece Yunan Kanunu da sarahaten irade muhtariyeti prensibini kabul etmiş bulunmaktadır. 33 üncü madde ise Yunan âmme intizamına mugayir olduğu takdirde yabancı kanunun tatbik edilemeyeceğini beyan etmektedir.

IV. Japon Kanunu:

1898 tarihli Japon Kanununun 7 inci maddesi mukavelenin inikad ve neticelerine tarafların kararlaştırdıkları kanunun tatbik edileceğini âmirdir. Eğer tarafların bu hususta sarîh bir iradeleri mevcut değilse mukavelenin yapıldığı mahal kanunu tatbik edilir.

V. Çin Kanunu:

5 Ağustos 1918 tarihli Çin Kanununa göre "mukavelenin esas şartları ile neticelerine tarafların tayin ettikleri kanun tatbik edilir. Bu kanun tayin edilmemişse tarafların müşterek milli kanunu veya inikad mahalli kanunu tatbik edilir.

VI. Rumen Kanunu:

1 Eylül 1940 tarihli yeni Rumen Medeni Kanunu 42 inci maddesinde “dahili hukukta tayin edilen hudutlar dahilinde mukavelenin neticelerinin tarafların seçtikleri kanun ile idare edileceğini,, beyan etmektedir.

Görüldüğü gibi Rumen Kanunu sarahaten irade muhtariyeti prensibine karşı cephe almış bulunmaktadır. 39 ve 41 inci maddelere göre mukavelenin muteberlik şartlarına lex loci contractus tatbik edilir. Lex loci conclusionis ile hiç bir münasebeti olmadığı hallerde tatbik edilir. Nihayet 49 uncu maddeye göre “Rumen âmme intizamını ihlâl ettiği takdirde yabancı kanunun tatbiki bertaraf edilir.,,

§ 6. Türk Devletler Hususî Hukuk sisteminde iradenin muhtariyeti prensibi ve mukavelelere tatbik edilecek kanunun tayini.

Hukukumuzda beynelmilel mukavele hukuku sahasında irade muhtariyeti prensibinin cari olup olmadığı hususunda teessüs etmiş bir içtihat yoktur. Acaba, irade muhtariyeti prensibini teyit edici mahiyette olmak üzere Ticaret Kanunumuzun ikinci maddesine istinat edilebilir mi? Bu madde hükmüne göre, “mesaili ticariye kanunen muteber mukavelâtın ve böyle bir mukavele bulunmadığı halde kavanini ticariyenin sarahat ve delâletiyle halledilir., Şu halde taraflar aralarında bir mukavele akdetmişlerse artık kanunların hükümlerine bakılmayacak ancak böyle bir mukavelenin bulunmayışı halinde Ticaret Kanununun hükümleri tatbik edilecektir. Ticaret Kanunumuzun ikinci maddesi böyle bir hüküm vazetmek ve tarafların iradesine kanundan daha üstün bir mevki vermekle irade muhtariyeti prensibine kanunî bir mesnet teşkil edebilir mi? Bu suale kat’î olarak menfi cevap vermek lâzımdır. Fransız Medeni Kanununun 1134 üncü maddesi de buna benzer bir hüküm vazetmektedir. “Kanunen muteber surette teşekkül etmiş mukaveleler âkitlerin kanunu yerine kaim olur., Bu hükmün Laurent tarafından irade muhtariyeti prensibine kanunî mesnet olarak ileri sürüldüğünü fakat bu teklifin şiddetle tenkit ve red edildiğine yukarıda işaret etmiştik. Filhakika, Ticaret Kanunumuzun ikinci maddesinde de kanunen muteber mukavelâtın bahsedilmektedir. Şu halde muhterem hocamız Ord. Prof. Muhammer Raşit Seviğ’in pek haklı olarak beyan ettikleri gibi,, mukavelenin haiz olduğu hüküm ve kuvvet namahdut değildir: Kanunen mute-

ber olmak kaydiyle muteberdir⁹⁴. Kanunen muteber olan mukaveiâttan maksat ise Ticaret ve Borçlar Kanunları ile ilgili diğer hususî kanunlarda derpiş edilmiş muteberiyet şartlarına riayet edilmek suretiyle akte edilmiş olan mukaveleler demektir. İşte, umumî surette ticari mukavelelerde bulunması muktazi olan bütün kanunî şartlar ve kayıtlara riayet edilmiş olmak şartıyla kanunen muteber mukaveleler mefhumu vücut bulabilir.

Şu izahattan anlaşılacağı veçhile tarafların iradesine bahşedilen üstünlük ancak kanunen muteber surette teşekkül etmiş mukaveleler hakkında bahis mevzuu olabilir.

Diğer bir ifade ile tarafların serbest iradelerinin, Ticaret Kanunumuzun ikinci maddesine istinaden, kanundan üstün olduğu iddia edilemez. Çünkü, tarafların serbest iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun surette izhar etmeleriyle meydana gelen akit ancak Türk kanunlarının muteberiyet şartlarının tahakkuk etmesi halinde muteber bir akit olur. Bunun için Ticaret Kanunumuzun ikinci maddesi irade muhtariyeti prensibine kanunî bir mesnet teşkil edemez.

Türk Hukukunda mukaveleden doğan borçlara tatbik edilecek kanun hakkında hangi sistemin cari olacağı meselesini halledecek umumî bir kaide mevcut değildir. Ancak Türk Devletler Hususî Hukukuna müteallik başlıca kaideleri ihtiva eden ve halen mevkii meriyette olan⁹⁵ 23 Şubat 1330 tarihli Memaliki Osmaniyede bulunan ecnebilerin hukuk ve vezaifine dair muvakkat kanunun 4 üncü maddesinin birinci cümlesi şöyle bir hüküm sevketmektedir: "Tebaayi ecnebiyeye müteallik ve emvali gayrimenkuleye ait bilcümle deavi ile mevaddı sairei hukukiye ve ticariye ve cezaiye dâvaları tebaayi Osmaniyeye alâkadar olmasa dañi Mehakimi Devleti Aliyede Kavanin ve Nizamât ve usulü Osmaniyeye tevfikân rüyet olunur.,,

Bu hükümden istihraç edileceği veçhile Türkiyede bulunan ecnebilerin hukuk dâvaları Türk mahkemelerinde Türk kanunlarına göre rüyet olunacaktır. Acaba bu hüküm ecnebi tabiyetinde bulunan tarafların aralarında aktettikleri mukaveleyi idare edecek kanun hususunda umumî bir kaide olarak telâkki edilebilir mi?

94) Muammer Raşit Sevig, Devletler Hususî Hukuk, cilt II, İstanbul, 1943, s. 41.

95) Bu hususta Bk. Muammer Raşit Sevig, Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar ihtilâfı kaidelerinin sentezi, 1941, İstanbul, s. 18 ve Osman Fazıl Berki - Hilmi Ergüney, Kanun İhtilâfları, Ankara, 1954, s. 1-2.

Ord. Prof. Muammer Raşit Sevig bu suale müspet cevap vermektedir. Sayın hocamıza göre muvakkat kanunun mezkûr 4 üncü maddesi esaslı bir kaide, bir prensip olarak zikredilmiş olduğu ve akitten doğan borçlar ise statü personelden madut olmadığı ve binnetice bu prensipten hariç bulunmadığı cihetle akitten doğan borçların bir çoğunda tatbik edilebilecek bir usulümüz var demektir.

Acaba bu hüküm irade muhtariyeti prensibini Türk hukukunda takyit etmekte midir?

Sayın Ord. Prof. Muammer Raşit Sevig "Bütün hukukî ve ticarî maddelere âm ve şâmil olan bu kaide, akitten doğan borçlar itibariyle Devletler Hususî Hukuku esaslarına mugayir gibi görünürse de,, hakikat halde böyle olmadığı fikrindedir. Çünkü, "evvelâ akitten doğan borçların her nevi bu kaideye girmez. Zira bu kaide olsa olsa buradaki yabancılara müteallik muameleleri alâkadar eder. Saniyen akitten doğan borçlar için Devletler Hususî Hukukunda kabul edilmiş olan usul esas itibariyle dahili hukuktaki akitlerin serbestliği umdesinden doğmuştur. Bu umde ise bizim kanunumuzda, yâni Borçlar Kanununda da vardır. B.K.m. 19 a. göre "bir aktin mevzuu kanunun gösterdiği hudut dairesinde serbestçe tayin olunabilir. Kanunun sureti katiyede emreylediği kavaidi hukukiyeye veya kanuna muhalif ahlâka veya umumî intizama veyahut şahsî hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.

İşte bu sarahate nazaran bizde de mukavelelerin serbestisi esasî cari olduğundan bu esasa müstenit olan iradenin istiklâli kaidesinin ve Devletler Hususî Hukukunun akitten doğan borçlara müteferri diğer kaidesini tatbik etme imkânı vardır⁹⁶.

Bu fikirden hareket eden muhterem Prof. Sevig muvakkat kanunun 4 üncü maddesinin mevcudiyeti karşısında Türk Devletler Hususî Hukukunda beynelmilel mukavelelere tatbik edilecek kanun hususundaki sistemi şöyle inşa etmektedir: Borçlar Kanununun hükümleri bir kısmı emredici diğer kısmı ise tefsir edici veya ihtiyarî olmak üzere ikiye ayrılır. Kanunun emredici mahiyetteki hükümlerini taraflar iradeleriyle değiştiremeyeceklerinden bunlara riayet zarureti vardır ve bu sahada irade muhtariyeti prensibi cari olmaz.

Buna mukabil tefsiri mahiyetteki hükümler ise ihtiyarî olduklarından mukavelenin tarafları bunları tadil ederek diledikleri hükmü kabul

96) Muammer Raşit Sevig, a.g.e., s. 497.

edebilirler. Ve hattâ isterlerse bu hususta yabancı bir kanunun hükmüne ittiba edebilirler; Böylece ancak ihtiyarî hükümler sahasında irade muhtariyeti bahis mevzuu olabilir.

Hülâsa, sayın Prof. Muammer Raşit Sevig'in muvakkat kanunun 4 üncü maddesi ile Borçlar Kanununun 19 ve 20 inci maddelerinin telif ve mezcinden vardığı netice şudur: "Akitten doğan borçlar hakkında Türk kanunu tatbik edildiği takdirde Borçlar Kanununun şu sarahatine binaen emredici hükümlerde Türk Kanununa ve ihtiyari hükümlerde de tarafların tercih ettikleri kanuna ittiba edilecektir"⁹⁷.

Ancak bu görüş tarzı, sayın Profesörün de işaret ettikleri gibi, irade muhtariyeti esasının ihtiyarî hükümlerde cari olup emredici hükümlere teşmil edilemeyeceğini beyan eden antiautonomiste tez taraftarlarının ve İsviçre Federal Mahkemesinin içtihat ve reylerine uygundur.

Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay da Borçlar Kanunumuzun 19 uncu maddesini nazarı itibara alarak "Türkiyede yapılacak mukavelelerde mecburi olan Türk Kanunu hükümlerine uymayan ecnebi bir devlet kanunu hükümleri kabul edilemez,, demek suretiyle bu görüş tarzına işti-râk etmektedir⁹⁸. Prof. Abdülhak Kemal Yörük de bir mukavelenin tehir ve ihmal edici hükümleri ile emir ve menedici hükümlerini tefrik ederek bunlara tatbik edilecek kanunu ayrı ayrı araştırmaktadır⁹⁹.

Eğer bu esas kabul edilecek olursa Türk Devletler Hususi Hukuku sahasında Autonomie de la volonte prensibinden uzaklaştırılmış olacaktır.

Acaba B.K.m. 19 ile Muvakkat Kanunun 4 üncü maddesinin birinci cümlesi hakikaten Türk Kanunlar ihtilâfı sisteminde irade muhtariyeti prensibinin reddini icap ettirecek kanunî bir sebep teşkil edebilir mi?

Herhalde kanun vazımız Memaliki Osmaniyede bulunan ecnebilerin hukuk ve vezaifine dair Muvakkat Kanunun 4 üncü maddesi ile irade muhtariyeti gibi bir ihtilâf kaidesini takyit etmeyi teemmül etmemişti. Bilindiği üzere mezkûr muvakkat kanun kapitülasyonların 18 Eylül 1330 tarihinde tek taraflı olarak ilgasını müteakip kapitülasyonlara dayanan

97) Muammer Raşit Sevig, ibid.

98) Mustafa Reşit Belgesay, Devletler Hususi Hukukunda Adliye, İstanbul, 1937, s. 81, o 156.

99) Abdülhak Kemal Yörük, Nazarî ve ameli Devletler Hukuku, 2 nci bası, İstanbul, 1950, s. 395 ve 403.

münfesi hükümlerin yerine kaim olmak üzere hazırlanmış bir kanundur. Bu kanun isminden de anlaşılacağı veçhile herşeyden evvel Türkiyede bulunan ecnebilerin hak ve vazifelerini istihdaf etmekte ve yabancıların hukuk ve vezaifinden bahsederken kanunlar ihtilâfına müteallik bazı kaideler vazıylenmektedir. Binaenaleyh, kapitülasyonların ilgasını müteakip husule gelen boşluğu doldurmak için hazırlanan bu muvakkat kanun ile Devletler Hususi Hukukuna ait bir bağlama kaidesi olan İrade Muhtariyetinin Türk Hukukunda kabul edilemeyeceği neticesine varılmasının doğru olamayacağı kanaatindeyiz. Kaldı ki, muvakkat kanunun 4 üncü maddesi sayın hocamız Prof. Muammer Raşit Sevig'in de pek güzel bir şekilde ifade ettikleri gibi ancak Türkiyede bulunan ecnebilerin yabancı bir unsuru ihtiva eden mukaveleleri hakkında carî olacaktır. Şu halde, muvakkat kanunun 4üncü maddesinin tatbik sahası içine girmeyen haller şunlardır:

- a) Türkiyede bulunmayan iki yabancıların Türkiyede icra olunacak mukaveleleri.
- b) Bir Türk ile bir ecnebinin Türkiyede icra olunacak mukaveleleri.
- c) Bir Türk ile bir ecnebinin yabancı bir memlekette icra olunacak mukaveleleri.
- d) İki Türkün yabancı bir memlekette icra olunacak mukaveleleri.

Muvakkat Kanunun tatbik sahası dışında kalan bu ihtimallerde mukaveleye hangi kanun tatbik edilecektir? Mukavele bir bütün olarak tarafların selâhiyetli kıldıkları kanuna mı tâbi olacak, yoksa parçalanarak tarafların tayin ettikleri kanun sadece ihtiyarî hükümler sahasında mı carî olacaktır? Türkiyede bulunan ecnebilerin aralarında akdettikleri mukaveleye muvakkat kanunun 4 üncü maddesinin kabili tatbik olduğu kabul edilirse diğer hallerde de âmir hükümlerle ihtiyarî hükümler arasında tefrik yapan antiautonomiste tez taraftarlarının fikrinin kabul edilmesi icap eder. Halbuki biz yukarıda halen İsviçre Hukukunda tatbik edilen bu sistemin muğlak ve mahzurlu olduğuna işaret ettik. Hâkim evvelâ icra mahallini tayin etmekte, saniyen, mukavelenin parçalanmasına mani olmak hususunda müşküle maruz kalmaktadır. Bundan başka, taraflar dâva açılıncaya kadar hangi kanunun tatbik edileceğini bilmediklerinden hukukî emniyet lâyıki veçhile temin edilememektedir. Bunun için biz başka bir görüş tarzından hareket ederek Fransız, İtalyan ve Anglo-Sakson ve hattâ kısmen Alman Hukukunda carî olan irade muh-

tariyeti prensibinin mukaveleye tatbik edilecek kanunu tayin edecek yegâne kıstas olarak kabul edilmesi taraftarınız.

Fakat iradenin muhtariyeti sistemini müdafaa edebilmek için ilk defa muvakkat kanunun 4 üncü maddesinin beynelmilel mukavelelere tatbikini bertaraf etmek lâzım gelmektedir. Kanaatimizce, bu hususta yukarıda izah ettiğimiz Battiffol ve Jeanprêtre tarafından müdafaa edilmiş olan localisation - mahallileştirme nazariyesi maksada elverişlidir. Söyle ki: Türkiyede bulunan iki ecnebi aralarında akdettikleri mukavelelerini meselâ Fransız Kanununa tâbi kılarlarsa bu mukavele bir Fransız mukavelesi mahiyet ve sıfatını taşıyacağından muteberiyet şartları Fransız Hukuku ile taayyün eder. Eğer mezkûr mukavelenin Fransız Hukuk sistemine göre muteber olarak inikad ve teşekkül ettiği tahakkuk ederse o mukavele taraflar için bir müktesep hak teşkil eder. Ve artık muvakkat kanunun 4 üncü maddesi o mukaveleye tatbik olunmaz. Keza, mukavelenin muteber olması için Fransız kanununun âmir hükümlerine riayet edilmesi icap eder. Bu şart tahakkuk etmişse artık Türk Kanununun âmir hükümlerine riayet şartı aranmaz. Ancak bu mukavele Türk âmme intizamını ihlâl ediyorsa o takdirde Türk Hukuku bakımından bâtil addedileceğinden Türkiyede hüküm ve netice tevhit edemez. İşte âmme intizamı istisnası hariç, misalimizdeki mukaveleyi Türk Kanunu değil Fransız Kanunu idare edecektir. Bu görüş tarzı müktesep haklara büyük bir ehemmiyet atfeden Anglo-Sakson sistemine ve mülkîlik esasını son zamanlarda müdafaa eden bazı Fransız müelliflerinin telâkilerine de uygundur. Prof. Abdülhak Kemal Yörük de "emri ve nehyi hususlarda tatbik edilecek ahkâmın hangi ahkâm olduğunu, ve ne gibi hususların âkitlerin iradelerinin serbestçe cereyan edebileceği sahaya terk edilip ne gibi hususların kanunun sarsılmaz otoritesi altında bırakıldığını bilmek için selâhiyettar kanunu tayin etmenin lâzım geleceğini" yazmaktadır¹⁰⁰.

Netice olarak biz beynelmilel mukavelelerin irade muhtariyeti prensibi ile idare edilmesinin muvafık olacağı kanaatindeyiz. Taraflar anlaşmalarını diledikleri bir kanuna tâbi kılabilmedirler.

Eğer irade sarîh olarak beyan edilmemişse tatbik edilecek kanun tarafların zimni iradelerinden istihraç edilmelidir. Fikrimizce hâkim bu hususta M.K.m. Pe istinad edebilir. Ancak, tarafların iradelerini tayin etmek mümkün olmuyorsa bazı karinelere başvurmak icap etmektedir.

Taraflar aynı tabiiyette olup da ayrı yerde oturmakta iseler mukavelelerine müşterek tabiiyetinde buldukları devlet kanununun tatbikini

arz ettiklerini farzı mahal vardır.¹⁰¹ Fakat, âkit taraflar aynı tabiyette iseler mukaveleye tatbik edilecek kanunun tayininde zorluk vardır ve bu takdirde bazı karinelere başvurmak iktiza eder. Yukarıda, şimdiki kadarki teklif edilen muhtelif sistemlerin fayda ve mahzurları üzerinde kâfi derecede tevakküf ettiğimizden burada netice olarak diyeceğiz ki, *Lex Loci Contractus*, âkit mahalli kanunu, hazırlar arasında yapılan akitlerde tereddütsüz tatbik edilebilir¹⁰². Fakat, gaipeler arasında yapılan akitlerde *lex loci contractus* üzerinde fazla ısrar etmiyerek mukavelenin mahiyetine¹⁰³ en uygun olan kanunu tatbik etmek daha doğru olur.

Bu kanunu tayin etmek muhakkak ki, kolay değildir. Bunun için hâkim mukaveleyi bir bütün olarak tetkik ettikten sonra o akdın hususiyetini, karakterini, ivazlar arasındaki münasebeti, tarafların tâbiyet ve durumlarını nazarı itibara alarak takdir hakkına istinaden mukavelenin mahiyetine en uygun olan kanunun hangi kanun olduğuna karar vermektedir.

Şurasını da belirtmek yerinde olur ki, bu kanun zannedildiği gibi her hâdisede aynı bir kanun olmayacak bilâkis her âkit tipi için ayrı bir kanun olacaktır. İsimli akitler - zaten bu nevi akitlere tatbikatta pek ender rastlanmaktadır - hariç tutulacak olursa akitleri muayyen birkaç sınıfa ayırmak mümkün olmaktadır. Nihayet bütün bu mülâhazalar âkit tarafların aynı tâbiyette olmaları halinde bahis mevzuu olmaktadır. Taraflar aynı tâbiyette oldukları takdirde müşterek millî kanunlarını tatbik etmek suretiyle birçok zorlukların önüne geçilecektir.

100) Yörük, a.g.e., s. 403.

101) Mustafa Reşit Belgesay, a.g.e., s. 82, No 159. Yörük, a.g.e., s. 396.

102) Aynı prensip bazı tahditlerle 1916 tarihli Brezilya kanununun 13 üncü maddesi, 1918 tarihli Çin Kanununun 22 inci maddesi, Bustamente Kanununun 186 inci maddesinde de teyit edilmiş bulunmaktadır. Bk. O. F. Berki, a.g.e., s. 375.

103) Bk. 1926 tarihli Polonya Kanunu Madde 7.