

PAPER DETAILS

TITLE: DAHILI HUSUSI HUKUKTA VE DEVLETLER HUSUSI HUKUKUNDA AKITLERIN
MUHTARIYETI

AUTHORS: Adolf SCHNITZER,Bülend DAVRAN

PAGES: 211-224

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96947>

DAHİLÎ HUSUSÎ HUKUKTA VE DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKUNDA ÂKİTLERİN MUHTARİYETİ *

Dr. Adolf F. Schnitzer **

Beşeriyet tarihinde pek çok defalar vaki olduğu gibi, bir yandan fert ile cemiyet, diğer yandan kavim, millet ve devlet arasındaki münasebet meselesi bugün tekrar münakaşanın ön safında yer almaktadır. Tabiatile bu mesele burada tarihî veya içtimai veya hut ta siyasi cepheden tetkik edilecek değildir. Fakat fikir hayatında veya iktisadi münasebetlerde husule gelen tahavvüller eskidenberi hukukî tefekkür üzerinde müessir olmuşlardır. Netekim hukuk kaidelerinin doğması ve yaratılması hususunda her devrin kendine mahsus düşünceleri vardır. Zannımca birbirinden tefriki icap eden üç büyük zümre hukukun meydana gelmesinde âmil olmuştur.

Birinci zümre kan hısımlığına istinat eder. Buna evvelâ eski zamanda, mensupları üzerinde kaza hakkını haiz bulunan büyük ailede rastlıyoruz. Bunun genişlemesile kavim mefhumu teessüs ediyor; herkes mensup olduğu kavmin hukukuna tâbi addolunuyor. Nihayet bir genişleme daha müşahade edebiliyoruz: girift, muasır bir teşekkül olan millet meydana geliyor.

Diğer bir rabıta fikri cemaattir. Önceleri dinî tasavvurlar ağ-

*) «Âkitlerin muhtariyeti» Almanca «Parteiautonomie» mukabilidir. Buna «tarafkların muhtariyeti» de denebilir. Bizde, Fransızcadaki «autonomie de la volonté» tâbirinin mukabili olmak üzere daha ziyade «iradenin istiklâli» tâbiri kullanılmaktadır (Ord. Prof. M. R. Sevig, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1937, s. 328).

**) Müellif Sonkânun 1939 Zürcherischer Juristenverein'da (Zürih Hukukçular Cemiyeti) bu mevzuda bir konferans vermiştir. «Schweizerische Juristenzeitung» adlı mecmua bu konferansı neşretmiştir (sayı 20, 15.4.39).

lebi ihtimal bütün hukukî tefekkürü ihata ve bu sebeple dinî cemaat hukuk kaynağı vazifesini ifa etmiştir. Dinî cemaat, bugün elân, bilhassa ahkâmı şahsiye ve aile hukuku zavîyesinden, İslâmîlığın muhtelif hukuk mezheplerinde, fakat aynı zamanda Katolik kilise hukukunda, Yunan ortodoks kilise hukukunda ve musevî hukukta kaynaştır.

Milletlerin gitgide yerleşmelerile, hukuk yaratan bu iki çevrenin yanında üçüncü bir rabıta ehemmiyet kazanmıştır: bu da bir toprakta oturanlar cemaatidir ki, bunlar aynı zamanda bir kültür cemaati teşkil ederler. Şahsî unsurun yanında bir mülkî unsur ortaya çıkıyor; bunu kadim devirlerin polis'inde, fakat sonra bilhassa orta zamanda, bilâhara şehir devleti halini alan İtalyan şehirlerinde görüyoruz. Eski zamanlarda Yunanlılardan, Perslerden bahsedilirken, orta zamanda mefhumlar ayınlıyor, tecessüm ediyor: İngiltere, Rusya (1). «Quid est in territorio, est de territorio» sözü kıymet kazanıyor (2). İşte bu suretle bir mekân mefhumu inkişaf ediyor. Bunun neticesi olarak muasır devlet mefhumunda iki hâkimiyet mefhumu birbirine bağlıdır: devlet tebaası üzerindeki şahsî hâkimiyet, devlet ülkesile temas haline gelen, bilhassa onda ikamet edenler üzerinde mülkî hâkimiyet.

Bütün bu anlatılan hallerde hukuk nizamı bir zümrenin teşkil ettiği cemaatten hareket ve önce yalnız şahsî cihetten kendisine bağlı bulunan fertlere hukuku tatbik eder; diğerleri hukuk nizamının dışında kalır. Fakat yabancılar da zamanla hukuktan müstefit olmağa başlarlar. Bunlara kendi kavimlerinin hukuku ya kendi mahkemeleri tarafından tatbik edilir - konsolosların kaza hakkı ve kapitülâsyonlar bunun son bakiyesini teşkil eder - yahut ta bulundukları memleketin salâhiyettar mercileri yabancı hukuka göre bunlar hakkında muamele yürütür. Maamafih âmmenin menfaati ve muamelâtın emniyet ve selâmeti icap ettirdiği zaman, yabancılar mahallî maddî hukuka da nihayet tâbi kılınıyor. Vatandaşlar

(1) Almanca'da «Eng l a n d» ve «Russ l a n d» tâbirleri vardır. «Land» memleket veya toprak mânâsına gelir. Devleti ifade etmek için, milletin oturduğu toprak (Land) tâbiri kullanılıyor. Ayınlaşma, tecessüm böyle anlaşılmalıdır. Türkçe kelimelerde bu cihet bu kadar vüzuhla tebarüz etmiyor. Maamafih «İngiltere», Fransızca «Angleterre» mukabildir. Bu kelimenin ikinci kısmını teşkil eden «terre» Almanca'nın «Land», Türkçe'nin «memleket, toprak» tâbirleri mukabildir. «Land» kelimesine Türkçe'mizde de rastlarız: «Finlandya», «İslanda».

(2) «Her kim mülkte bulunursa, mülkten sayılır.»

üzerinde şahsî hâkimiyet, devlet ülkesinde bulunanlar üzerinde mülkî hâkimiyet tarzında, muasır devletin iki temeli olduğundan, A devletiyle B devletinin hâkimiyetten mütevellit salâhiyetlerinde tedahül vaki oluyor ve böylece devletler hususî hukukunun esas meselesi meydana geliyor. Kısaca işaret edilen bu münasebetlerde, tetkikatımızın mevzuunu teşkil eden hususî mesele de yer almaktadır: devletin bugün haiz bulunduğu hukuk hâkimiyetine nazaran fert dahilî hukukta ne dereceye kadar bizzat hukuk vazedebilir? Muhtelif devletlerin hukuk nizamlarının mevcudiyeti karşısında fert beynelmilel hukukta ne dereceye kadar hukuk vazetmeğe kâdirdir?

İhmali, meselenin tetkikinde çok kere karışıklığa sebep olan esaslı bir tefriki peşinen tavzih etmek isterim. Muhtariyetten, yani alâkadarların kaideleri bizzat yaratmasından bahsedildiği vakit, iki noktayı ayırmak lâzımdır. Bir defa alâkadar, dilediği kaideleri ortaya koyarak aslî hukuk yaratabilir. O takdirde âkitlerin iradesi aslî hukuk kaynağı addolunmak icap eder. Fakat bunun yanında, hukuk nizamının alâkadar şahıslara, münasebetlerini muayyen hudutlar dairesinde hukukî cihetten bizzat tanzim etmek salâhiyetini tanıdığı hallerde de âkitlerin muhtariyetinden bahsedilebilir. Burada aslî bir hukuk kaynağı değil, *talî* bir muhtariyet görüyoruz. Malûm olduğu veçhile, buna gerek âmme hukukunda, gerekse hususî hukukta tesadüf ederiz. Bir komünün veya âmme hukukuna tâbi herhangi diğer bir hükmi şahsın esas teşkilâtını, nizamnamesini bizzat tanzim etmesine devlet izin verdiği, hususî hukukta iki taraf aktin muhtevasını hukuken kendi iradelerine göre tayin edebildikleri, nihayet fertler bir taraflı rıza beyanile hayatta olanlar arasında veya ölüme bağlı olarak hukukî neticeler meydana getirebildikleri hallerde bugünkü dahilî hukuk bakımından vaziyet sarihtir: burada hukuk nizamının bahsettiği salâhiyetler mevzuubahstir. Bunun her zaman böyle anlaşılmasa, tarihî hakikatle hukuk mantığının, içtimai tefekkürle hukukî tefekkürün karıştırılmasından ileri gelir. Tarih ve içtimaiyat zaviyesinden denebilir ki, aile, köy cemaati, şehir, devletten önce mevcut ve aslî hukuk kaynağı sıfatını haiz idiler. Fakat bu küçük vahdetlerin devletin umum hukuk nizamının cüzüleri oldukları ânda vaziyet hukuk mantığı bakımından aksine döner. Artık hukuken devletin esas teşkilâtı ana düsturu teşkil eder ve başka suretle hukuk vaz'ının muteber sayılabilmesi için bunun ana düsturdan istihracı lâzım gelir. Bugünkü mevzu hu-

kuka göre şunu tesbit etmek mecburiyetindeyiz: devlet dahilinde, hukuk nizamının bahsettiği mezuniyete istinat etmiyen bir muhtariyet yoktur. Devlete mâdun âmmе hukuku hükmi şahıslarının hukuk vazetmesi hususunda böyle olduğu gibi, evleviyetle hususî âkitler ve fertler için böyledir. Bu esas, teamüller hakkında da caridir; bunların taamüli hukuk (örf ve âdet hukuku) olması, adaleti teminle muvazzaf uzuvların onlara bu vasfı tanımalarına vabestedir. Fezada yaratılmadığına ve beşerî hayat münasebetlerini tanzim gayesini istihdaf ettiğine nazaran hukuk nizamının hukukî muhtevasını, kendilerine tahsis edilmiş olduğu insanların fikirlerinden ve ihtiyaçlarından aldığı, yukarıda söylenebilenle bittabi inkâr edilmiş olmuyor. Fakat her hukuk kaidesinin şeklen ve hukuk mantığına uygun olarak devletin ana düsturundan çıkarılması bundan tamamiyle ayrı bir meseledir.

Kendisine tâbi bir zümreye veya bizzat âkitlere, devletin hukuk nizamı tarafından ahlâkî veya amelî mülâhazalardan dolayı hangi derecei şümulde hukuk vazetmek salâhiyeti terkedilmek lâzım geleceği meselesi hukuk nazariyatına değil, hukuk siyasetine aittir. Ne dereceye kadar devletin bizzat âmir hükümler vazedeceğini, âmir hükümlerin isdarını mâdun mercilere terketmenin ne dereceye kadar caiz olduğunu, nihayet bizzat sırf tâli mahiyette hukuk kaideleri, yâni tefsiri hükümler sevk ederek hukukî tanzim sureti için ne dereceye kadar fertlere serbesti tanınacağını hukuk nizamı tetkik ve tayin eder. Burada hukuk felsefesine ait bir mesele ortaya çıkmaktadır: devletin dahi riayet etmek mecburiyetinde kalması lâzım geleceği ferdî haklar - bu haklar ister liberal, ister dinî; ister tabii hukuktan mülhem ve dünyevî, ister ilâhî ve ruhanî bir dünya görüşüne istinat ettirilsin - mevcut mudur? Mevzuun darlığı hasebile burada bu mesele karşısında ancak hukuk nazariyatı zaviyesinden mütalea beyan edebileceğim. Bugünkü hukuk sistemine göre hukukun devletten sâdır olduğunu söylemekle iktifa ediyorum; Eskiden başka cemaatlerin de - aile, din cemaati - asli hukuk kaynağı vasfını haiz bulunduklarına yukarıda işaret ettim; belki de devletin hukuk vazeden son merci olmadığını ilâve etmek isterim. Burada daha büyük birlikler - kıt'alar, beşeriyet - hatıra gelebileceği gibi, aksine olarak insanların, daha yüksek bir kültür seviyesine ulaşıklarında devletin hukukî cebrine artık muhtaç olmadıkları vakit daha küçük veya başka neviden vahdetler halinde dağılmaları ve bunların hukuk vazetmesi düşünülebilir. Devirler

gelip geçtikçe muhtariyetin şumulu derecesi de değişmektedir; bunu ölüme bağlı tasarruflarda tanılan serbestide, karı koca mallarında, borçlar hukukunda ilâh... görüyoruz. Zamanımızda ezcümle iş hukukunun, kartel hukukunun, para hukukunun pek çok yeni âmir hükümlerle tanzim edildiğini hatırlatmak isterim. Her halde öyle zannediyorum ki, hukuk siyaseti bakımından âkitlerin muhtariyetinin en liberal tarzda tanzimi arzû edilse bile, bugünkü dahilî hukukta âkitlerin muhtariyetinin, mukavele serbestisinin devletin hukuk nizamınca bahş ve onun tarafından çizilen sınırlarla tahdit edildiğini inkâra ne lüzum ne de imkân vardır.

Bu ciheti böylece tesbit edersek, âkitlerin muhtariyetini dahilî hukuka göre tetkike devam ederken güçlük çekmeyiz. Bir defa her zaman şu noktayı araştırmak lâzımdır: hukuk nizamı bizzat veya mâdun bir mercie bu vadide salâhiyet devrederek hâdiseyi âmir hükümlerle tanzim etmiş midir? Şayet vaziyet bu ise, âkit âmir hükümden inhıraf eden bir hukukî neticeyi meydana getiremez. Âkit ancak vakıayı tahakkuk ettirip ettirmemekte muhayyerdir: evlenir veya evlenmez, satın alır veya satın almaz. Fakat vakıa tahakkuk eder etmez, âmir hükmün irae ettiği hukukî neticeler hâsıl olur. Biraz garip te olsa, şu teşbihi yapmama müsaade ediniz: farenin kapanın karşısında vaziyeti ne ise, ferdin hukuk nizamına nisbeti odur. Kapana girip girmemek keyfiyeti farenin arzusuna tâbidir; fakat fare kapana girdi mi, artık yakalanmıştır. Fert evlenme memurunun önünde «evet» dedi mi, hukuk cihazı kendiliğinden harekete geçer ve neticeler - evlilik birliğinin tahmil ettiği vecibeler, nafaka mükellefiyeti v.s. - mihanikî olarak husule gelir. Bu vaziyetin aksini düşünelim. Eğer âmir hükümler sevk edilmemişse, taraflar hukukî kaideleri diledikleri gibi tanzim ederler. Bu takdirde munzam bir mesele hâdis olmaktadır: taraflar, kendilerine tanılan bu salâhiyeti istimal etmişler midir? Eğer âkitler bu salâhiyeti kullanmışlarsa, vazettikleri hukuk muteberdir; şayet iki taraf bu salâhiyeti istimal etmemişse, hukuk nizamının tâli mahiyette mer'î sayılmak üzere derpiş eylediği hukuk boş kalan yeri doldurur. Demek oluyor ki mesele, iki tarafın kendilerine bahşedilen akit serbestisini kullanmış olup olmadıklarının anlaşılmasına müncer oluyor. Kıza sarahaten beyan edilmişse, mesele yoktur. Kullanılan tâbirde vüzuh ve katiyet yoksa, alelâde bir tefsir meselesi mevzu-bahstir. Eski devirlerde daha ziyade lâfza bağlı kalınırken, biz bugün âkitlerin hakikî maksadını araştırmaya çalışırız ve hattâ onu halin icaplarından istihraca da hazırız. Fakat daima, sarahaten veya

zımnen beyan edilmiş olması gereken *hakikî* maksadın keşfi mevzu-bahstır. İmdi *muhtemel* bir maksat hakikî bir maksat değildir. Böyle bir maksada beyan nazariyesine göre kıymet atfolunamaz, çünkü hiç bir şey beyan edilmemiştir. Keza irade nazariyesine göre de muhtemel bir maksadı kabule imkân yoktur, zira hakikatte bir şey istenilmiş dahi değildir. Bundan şu netice çıkar: enfüsi bir maksadın tesbit edilmediği hallerde muhtemel, farazî bir maksadın arkasından koşmakta isabet yoktur. Bu vaziyette vakıa, unsurlarına göre, hukuka afakî ve sahih olarak tatbik edilmeli, icabında, âkitlerin muhtariyeti istimal olunmamak yüzünden hâsil olacak boşlukları doldurmak üzere hazır bulunan tefsirî hükümlerden istifade olunmalıdır.

Devletler hususî hukukundaki meselelerin tetkiki için bir zemin temini gayesile, dahilî hukukun umumî esasları ve nispeten basit olan meseleleri yukarıdanberi ve peşinen izah edildi. Gariptir ki, dahilî hukuk sahası terk edildiği ânda bu temeller unutuluyor. Hattâ dahilî hukuk sahasının dışına çıkmadan önce bir meselede teşevvüş başlar: yalnız dahilî hukuku alâkadar eden bir vakıada taraflar yabancı bir hukukun tatbikini iltizam edebilirler mi? Meselâ Zürih'te iki Zürih'li, Alman veya Lihtenştayn hukukuna göre mukavele aktedebilirler mi? Vakıa beynelmilel olmadığı takdirde yabancı bir hukukun intihabını caiz görmeyen bir nazariye vardır. İki tarafın iradesini tahditte serbest olan hukuk nizamı bunu bitabi menedebilir. Nitekim Uri kantonunun bundan evvelki usul kanunu mucibince hâkim iki tarafın kararlaştırmış olduğu yabancı hukuku nazarı itibara almayacaktır, meğer ki diğer bir kantonun hukuku mevzuubahs olsun. Malûmdur ki, bazı memleketlerin mevzuatına göre karı koca mallarının idaresi hususunda yabancı devletlerin kanunlarında mevcut veya memleket dahilinde hükmü kalmamış usullerin kullanılması memnudur (2 a). Âmir hükümler mevzuubahs olmadıktan sonra, aralarındaki münasebeti tanzime daha müsait görünen diğer bir hukuku âkitlerin intihap edememesinin sebebini anlamak mümkün değildir. İcabında taraflar o yabancı kanunun hükümlerini istinsah ederek mukaveleye madde olarak derç edebilirler; iki taraf yabancı kanuna atıf yapmakla, istinsah

(2 a) *Mütercimnin notu*: Bizim hukukumuzda böyledir. Türk Medeni Kanunu, Madde 170: «Karı koca evlenme mukavelenamesi ile *kanunda müayyen diğer usullerden birini* kabul etmedikleri takdirde..... aralarında mal ayrılığı cereyan eder.»

zahmetinden kurtuluyor. Dahili hukukta âkitlerin muhtariyeti kabul edildiği nispette bu muhtariyet kanaatimce tatbik edilecek hukuku tayin salâhiyetini de muhtevidir (3).

Maamafih İtalyan Temyiz Mahkemesi (4) nispeten yeni olan bir kararında memleket dahilinde cereyan eden bir bey' aktinde hukukun intihabını muteber saymamıştır; her halde mahkeme bu kararında - yanlış veya doğru olarak - İtalyan Ticaret Kanununun 58. maddesindeki âmir hükmün, aktin inikadı mahallindeki hukukun tatbikini şart koşmasını hareket mebdei ittihaz etmiştir. Bu da gene gösteriyor ki, ehemmiyete şayan olan nokta, salâhiyetkar hukuk nizamının âkitlere muhtariyet bahşedip etmemesi keyfiyetidir. Memleket dahilinde cereyan eden vakialarda muteber sayılan bu esaslar beynelmilel vakialarda aynen mer'idir. Bu suretle devletler hususî hukukunda âkitlerin muhtariyeti meselesine intikal ediyorum.

Evvelâ muhtemel bazı suítefehhümler izale olunmalıdır. «Devletler hususî hukuku» tâbiri hiç te iyi intihap edilmemiştir (5).

Devletler hususî hukukunun bazı müellifler tarafından hususî hukuka dahil addolunmıyarak - kanaatimce bunlar haksızdır - ihtilâf kaideleri hukuku olarak âmme hukukundan telâkki edilmesinden kat'annazar, bu tevsim, *beynelmilel* bir kaynaktan gelen bir hukukun mevzuubahs olduğu intibahını kolayca uyandırıyor. İmdi, beynelmilel vakıalar için bütün devletleri ilzam eden yeknasak bir hukukun devletlerin fevkinde bulunan bir merci tarafından yaratılması nazarı cihetten mümkündür. Bu takdirde meselemiz beynel-

(3) *Mütercim'in notu*: Sayın Ordinaryüs Profesör M. R. Sevig Türk hukuku için aynı neticeyi kabul ediyor (Devletler Hususî Hukuku, İstanbul 1937, s. 474): «Kanunun emredici hükümlerine riayet mecburiyeti vardır. Tefsiri mahiyetteki hükümlere gelince, bunda âkitlerin serbestliği zâhirdir. Bu hükümleri ihtiyari olduklarından, mukaveleyi yapanlar diledikleri hükmü kabul edebilir, ve hattâ dilerlerse, bu hususta yabancı bir kanunun hükmüne ittiba ederler.»

Ancak mahkemelerin salâhiyeti meselelerinde sayın Ordinaryüs Profesör M. R. Belgesay'ın «Teorik ve Pratık Adliye Hukuku IV: Devletler Hususî Hukukunda Adliye» adlı eserine de bakınız (2. kısım, s. 107 ve müt.).

(4) 26 temmuz 1929 (Rivista di diritto internazionale 1929, 406; Bosco tenkidî not ilâve etmiştir).

(5) *Mütercim'in notu*: Devletler hususî hukukuna Almanca'da «Internationales Privatrecht» ve Fransızcada «Droit international privé» - yani her iki dilde «beynelmilel hususî hukuk» denildiği hatırlanacak olursa, müteakip satırlar daha iyi anlaşılır

milel sahada da basit olurdu. Hakikaten beynelmilel bir mahiyeti haiz bulunacak olan böyle bir devletler hususî hukukunun vazedeceği âmir hükümlere makûs olan âkit iradesi hükümsüz sayılacaktı. Bu beynelmilel hukukun tefsiri olan hükümleri ise, tarafların haki-kî iradesini sarahaten veya zımnen tesbite imkân görülmediği vakit tatbik edilecekti. Maalesef hukukî şeniyette vaziyet böyle değildir. Devletler umumî hukuku sırf devletler arasındaki hukukî münasebetleri tanzim ediyor, şahsan veya mekân itibarile muhtelif devletlere mensup olan fertler arasındaki hususî hukuk münasebetleriyle meşgul olmuyor. Bu münasebetler bugün her bir devletin kendi devletler hususî hukukunca tanzim edilmektedir ve maalesef ekseriya tevafuk mevcut değildir. Bu ademi tevafuktan doğan ihtilâflar bazan muahedelerle tahfif veya bertaraf edilir. Fakat daima beynelmilel vakıalarda, yani memleket içinde bulunanlardan gayri şahısların dahi alâkadar olduğu veya mekân itibarile hâdisenin yalnız memleket hudutları içinde cereyan etmediği hallerde muhtelif devletlerden hangisinin devletler hususî hukukunu tatbik etmek lâzım geleceğinin tayini iktiza ediyor. Âmir hükümler mi ihtiva ettiği, yoksa tatbik edilecek hukuku intihapta, yani yabancı bir hukuka atıf yapmak hususunda, âkitlere muhtariyet mi tanıdığı bu hukuktan istihraç olunacaktır. Dikkatle düşünülecek olursa, meselenin yalnız dahilî hukuka taallûk ettiği anlaşılabacaktır, zannediyorum. Salâhiyettar devletler hususî hukuku âmir hükümler ihtiva ediyorsa, âkitlerin maksadına bakılmıyacaktır, fakat şayet tatbik edilecek hukuku intihap salâhiyetini tanıyorsa, buna itibar gösterilecektir; bu intihap salâhiyeti ya gayri mahduttur, yahut ta - meselâ Polonya'nın devletler hususî hukukunda olduğu gibi - bazı hukukî rabıtalara - ika-metgâh, aktin inikadı mahalli, ifa mahalli v. s. - delâletine göre muayyen yabancı hukuk nizamlarına münhasırdır.

Tarihte, ilimde ve kazaî içtihatla meselenin arzettiği inkişaf seyri bambaşka ve çok muğlâktır. Bunun nasıl ve neden böyle inkişaf ettiğini tafsil etmem lâzım geliyor. Her beynelmilel vakıanın *muayyen* bir devletler hususî hukukuna göre halledilmesi icap edeceğini yukarıda söyledim. Şu halde, muhtelif devletlerin kendilerine mahsus devletler hususî hukuku mevcut bulduğuna göre, bir kaç hukuk nizamından hangisinin salâhiyettar olduğu araştırılıp bulunmak iktiza ediyor. İşte burada pek garip bir tahavvül vukua gelmiştir ki, bunu müteakip fikir silsilesile telhis etmek istiyorum: dahilî vakıa bütün cereyanile bir hukuk hâkimiyetine tâbidir. Beynel-

milel vakıanın dahili vakıadan farkı şuradadır: o heyeti umumiye-sile bir hukuk hâkimiyetinin çerçevesinde cereyan etmez; buna şahsî cihetten imkân yoktur, çünkü vakıada ecnebler alâkadardır; mekân itibarile de mümkün değildir, zira vakıanın unsurları memleket dahilinde cereyan etmiyor. Vakıayı müstakilen tanzime bir hukuk nizamı doğrudan doğruya salâhiyettar olmadığından, hiç bir hukuk nizamının onu âmir hükümlerle tanzim edemeyeceği, dolayısıyla tarafların vakıayı tanzimde muhtar oldukları neticesine varıldı. Belki de başka yerde bu kadar katiyetle ifade edilmiş olmakla beraber, devletler hususî hukukunda hâkim bulunan âkitle-rin muhtariyeti nazariyesinin özü budur. Bu nazariye 19. asırda Fransız mahkemelerinin içtihadında cari bulunduğu gibi, İs-viçre ve Alman hukuk çevrelerine ve başkalarına da sirayet etmiştir; hem kanaatimce çok kerre bu nazariye en müfrit şeklinde istimal edilmiştir, zira tarafların sarîh iradesi veya halin icap-larından istihraç olunabilecek hakikî iradesi değil, aynı zamanda muhtemel irade de hukuk kaynağı mevkiine çıkarıldı.

Tarafların iradesine ehemmiyet atfeden bu nazariyenin zaferi evvelâ hukuk *siyaseti* cephesinden görülmelidir. Fransız ihtilâlinin ve İtalya'daki ittihat hareketinin ortaya koyduğu fikirler derebeylik hukukunun zincirlerini kopararak ferdin grup karşısındaki mevkiini yükseltmiştir. Buradan, iki tarafın iradesine fazla kıymet vermek temayülü doğdu ve zannedildi ki, muhtariyetin tevsiini temin edebilmek için ona asli hukuk kaynağı seciyesini izafe etmek lâ-zımdır. Belçikalı devletler hususî hukuku müellifi Laurent'ın sekiz ciltlik eserinde tesadüf olunan bazı cümleler bu cihetten calibi dik-kattir (6). Laurent derebeylik bağlantılarıyla mücadele ediyor; ken-disine göre bunlar insanların iradesine tahakküm etmektedir; öyle ki, bir memlekette mukavele akteden kimse sırf bu sebeple memleketin kanunlarına tâbi oluyor. Laurent buna karşı muhtemel iradeyi esbabı mucibe olarak ileri sürüyor ve şöyle devam ediyor: aktedilen mukavele, tarafların kendi kendilerine kabul ettikleri kanundan başka hiç bir kanuna tâbi kılınamaz; onlar, münhasıran hususî menfaatlerini tanzim ettikleri nisbette tam bir serbestiye maliktirler. Şayet akitler için kanunî kaideler mevcutsa, bunlar tarafları bağlamamalı, sadece onların iradelerini önceden anlıyabil-

(6) *Droit civil international*, Bruxelles - Paris, 1880 ve müt. seneler. s. 379, cilt II.

melidir. Akit mesailinde tarafların iradesi her şeydir, kanunu onlar yaparlar, onların iradesi tatbik edilecek hukuku tayin eder.

Burada her hangi bir hukukî istidlâl gösterilmeksizin, iki taraf iradesinin hukuk nizamına üstünlüğü ideoloji bakımından meşru kılınmak isteniyor. Buna karşı ben yukarıda şu noktaya işaret ettim: muhtariyetin en geniş mikyasta kabulünü müdafaa edebilmek için, bu serbestinin hukuk nizamınca bahşedilmek lâzım geleceğini, yani bunun hukuk nizamından evvel veya onun haricinde mevcut olamayacağını, çünkü haddi zatında hukuk nizamından münbais olmıyan herhangi bir hukukî esasın bulunamayacağını inkâra ne lüzum ne de imkân vardır. Bu telâkkinin benimsenmesile tenkit imkânından asla feragat edilmiş olmaz ve kuru bir müspetçiliğe de saplanılıp kalınmaz. Muayyen ve mevcut bir hukuk nizamının tenkidi sadedinde de hukukî mevzua ortaya konabilir. Bunun için, ferdin müstakilen aslî hukuk yaratabileceğini iddiaya hacet yoktur. Tahavvül daha ziyade, cemiyetin yeni bir hukukî vaziyet ihdas etmesi tarzında cereyan eder; bu gayenin temini için normal olarak hukuk sisteminin çizdiği yoldan gidilir; icabında, başka çare kalmazsa, o zamana kadar mer'î olan ana düstur bertaraf edilerek bir yenisi yaratılır.

Âkitlerin muhtariyeti prensibinin kendini böylece kabul ettirmesi daha ziyade hukuk siyasetile alâkadar olmakla beraber, muvaffakiyetinin temadisi aynı zamanda başka sebeplere de irca edilebilir. Birincisi *vis inertiae*'dir (7). Salâhiyettar hukuk nizamını tayin etmek devletler hususî hukukunda çok defa hakikaten güç olduğundan, bunu hiç aramamak ve salâhiyettar olduğu tebeyyün eden hukuk nizamının âkitlere muhtariyet tanıyıp tanımadığını dahi tesbite lüzum görmiyerek, tarafların şunu veya bunu kasdettiklerini ve bu sebeple iki tarafın maksadına göre karar verildiğini doğrudan doğruya söylemek en rahat çıkar yolu teşkil ediyor. Buna hemen ikinci bir kolaylık katılıyor; karar gûya fiilî olan bir hadiseye - tarafların iradesine - istinat ettirilmekle berri Avrupa memleketlerinde temyiz mahkemesine müracaat imkânı zail oluyor. Tatbiki mevzuubahs olabilen bütün hukuk nizamları mezkûr vakıayı sırf tefsirî hükümlerle tanzim ettikleri takdirde yukarıdaki karar neticesi itibarile doğrudur. Fakat âkitlere tanılan muhtariyetin şümulü derecesi hiç te her yerde aynı değildir; bu cihetten, hangi

(7) Lâkaydi, ihmal veya tembelliğin kudreti, atalet.

hukuk nizamının salâhiyettar olduğunu ve salâhiyettar olduğu anlaşılan hukuk nizamının tatbik edilecek hukuku intihap serbestisini bahşedip etmediğini, ve şayet böyle bir serbesti tanılıyorsa, bunun şümul derecesini peşinen tayin etmemek amelî bakımdan tehlikeli ve usul noktasından daima yanlıştır. İki taraf iradesinin aslî hukuk yaratmak için nereden kuvvet aldığını hukuk nazariyatına göre izaha lüzum varken, buna kaideten tesadüf edilmiyor. Ancak bazan bir nazari delil dermeyeran ediliyor: âmir hükümler yalnız memleket sınırları içinde bu vasfı haizdirler ve bu sebeple âkitler, dahilî hukukta tefsirî hükümler karşısında hareket edebildikleri tarzda beynelmilel vakıaları tanzim edebilirler. Bu izahta doğru ve yanlış birbirine karışıyor. Bir devlette hukuk nizamının mekân itibarile salâhiyetinin ülke sınırlarile mahdud olduğu doğrudur. Bu sınırlar dışında bir hukuk nizamı kendi başına hâkim olmadığından dolayı âkidin hâkim olacağı ve hukuku müstakilen tayin edebileceği doğru değildir. Bunun doğru olabilmesi için, vakıanın devletsiz bir mekânda cereyanı iktiza ederdi. Halbuki hakikatte beynelmilel bir vakıa tek bir hukuk hâkimiyetinin mer'iyet sahasında değil de, şahıs veya mekân zaviyesinden iki veya daha ziyade devlet hâkimiyetinin salâhiyet çevreleri dahiinde cereyan etmektedir. Şu halde vakıanın hiç bir yere bağlı olmadığı iddia edilemez ki, aslî hukuk yaratılması mümkün addolunsun; yalnız vakıa bir devletin değil de, müteaddit devletlerin hukuk nizamlarına merbuttur ve mesele şöyle vazolunmalıdır: hangi hukuk nizamına vakıanın daha kuvvetli irtibatı vardır? Bir teşbih yapılarak denebilir ki, beynelmilel vakıanın vaziyeti mektep çocuklarının halat çekme oyununa müşabihtir. İki taraftan da hukuk nizamları vakıaya asılıyorlar. Hangi tarafa geçileceğini ne halat ne de vakıa tayin edebilir; bu cihet hangi tarafın daha fazla kuvvetle asıldığına, yani hangi hukuk nizamının daha kuvvetli rabitalar arzettiğine tâbidir. Görülüyor ki, taraf burada, meselâ İngiltere ile Fransa'nın hukuk nizamları arasındaki salâhiyet ihtilâflarını halle memur bir divan sıfatını ihraz etmeyip, mevzuubahs olabilen hukuk nizamları meyanında daha kuvvetli rabitalar arzedeni, vakıayı kendi devletler hususî hukukuna göre ya âmir hükümlerle ve yahut ta iki tarafa hukuku intihap serbestisini bahşederek tanzim etmektedir.

Bu suretle mesele kanaatimce prensipte tavzih edilmiş oluyor. Beynelmilel bir vakıada muhtelif devletlerin hukuk nizamlarında şahsî ve mülkî hâkimiyetten mütevellit salâhiyet çevreleri tedahül

arzediyor. Hangi hukuk nizamında vakıa ile daha kuvvetli rabitalar bulunduğunun tesbiti gerekiyor. İşte bu hukuk nizamı tatbik edilecektir. Şayet bu hukuk nizamı âkide, başka bir hukuku intihap için serbesti tanıyorsa, ve bu intihap salâhiyeti bilfiil istimal edilmişse, buna itibar gösterilecektir. Prensip bu suretle tesbit edildikten sonra, meselenin hukuk tarihindeki inkişaf seyrini ve münferit hukukî rabitaların kıymetini ana hatlarında göstermeğe ve ondan sonra da münferit hal suretlerini, bilhassa borçlar hukuku zaviyesinden ve bu saha dahilinde de tercihan ticarî borçlar için iraeyle lüzum vardır.

Malûmdur ki, devletler hususî hukukunun beşiği orta zamanın İtalyan şehir devletlerinde duruyordu. Burada Accursius «cunctus populus» adlı digest faslına ait meşhur haşiyesinde şu meseleyi ortaya koydu: bir Bologna vatandaşı Modena'da mukavele aktederse, o mahallin statülerine tâbi olur mu? Bologna'nın Modena tebaasından olmadığı mulâhazası ile Accursius bunu reddediyor. Şu halde kendisi bu kararını mülkî değil, şahsî noktai nazarlara göre veriyor. Tatbikatta bu hal suretinin elverişli olmadığı anlaşıldı; zira bu kaide nin kabulü mensubiyetin sübutunu ve başka başka mahallere mensubiyet halinde taraflara muhtelif hukuk nizamlarının tatbikini istilzam ediyordu. Bu sebeple kilise hukukçuları ve onları takiben Bartolus akit hukukunu statuta personalia'dan ayırdılar ve tatbik edilecek hukukun tayinini mülkî bir unsura, aktin inikadı mahalline, tâbi kıldılar; o zaman bu hal tarzı maksada muvafıktı, çünkü hazırlar arasında aktedilen mukaveleler ekseriyeti teşkil ediyordu. Bartolus burada aktin tabii, mutat hükümlerini, kaide harici olan neticelerinden ayırıyor. Birincileri ve bunlarla beraber aktin sıhhatini ve şeklini aktin inikadı mahalline, diğerlerini ise, yani temerrütten veya ihmalden mütevellit neticeleri ifa mahalli kanununa (lex executionis) tâbi tutuyor. Si fundus ve contraxisse adlı iki digest faslına (8) dayanan bu telâkkiler ayrıca hukuk nazariyatı bakımından izah edilmiyor; hele tarafların iradesinden hiç bahsedilmiyor. Nazarî bir esbabı mucibe vermek ihtiyacını hisseden ilk müellif Paul de Castro'dur (1441). De Castro'nun bizi tatmin edemiyen lâfzî izahı şudur: quia talis contractus dicitur ibi nasci ubi nascitur, et sicut persona ratione originis ligatus e statutis loci ori-

(8) Dig. XXI 2,6 ve XLIV 21,7.

ginis, ita et actus (9). Demek oluyor ki, insana tatbik edilen lex originis bir mecazla akte devrediliyor. Gene iki tarafın iradesinden bahis yok. Ancak Rochus Curtius'da (1495), aktin inikadı mahalli hukukunun tatbiki için, tarafların bu hukukun tatbikini zımnen tasvip ettikleri esbabı mucibesine rastlanıyor. Fakat dikkat edilmedir ki, burada tarafların iradesi mülkî bir rabitanın istimalinde saik vazifesini görmekle kalıyor, yoksa herhangi bir hukukun tatbikini meşru kılan aslî bir hukuk kaynağı telâkki olunmuyor. Şahsın kendi hukukunu (lex originis) tatbikte ameli fayda görülmediğinden, onun yerine akit mahalli hukuku (lex loci contractus) tatbik edilerek, buna tarafların zımnen tâbi oldukları suretinde meşruiyet teminine çalışılıyor. İrade unsurunun bu tarzda saik olarak istimali bilâhara miras hukukuna intikal ediyor. İptidaen vasiyetname, hukukî bir muamele zımında rızanın beyanı şeklinde anlaşıldıktan sonra, 15. asırda Bologna hukuk mektebi kanunî mirasçılığı dahi murisin muhtemel rızasına irca etmek istiyor. Fakat gene de tatbik edilecek hukuku intihap hususunda iki tarafın hakikî iradesine aslî bir mezuniyet vermek gayesi istihdaf olunmıyarak, tatbik edilmek istenilen hukuka iki tarafın hayalî, uydurma iradesini saik göstermek maksadı takip ediliyor. Bunun için de, Roma hukuku sahasında yetişmiş olan hukukçuların pek iyi bildikleri bir hukuk tekniği vasıtasına, faraziye (fiction), müracaat olunarak tatbik edilmek istenilen hukuk meşru kınıyor. Bu kabil irade fiksiyonlarının zâf ve kifayetsizliği daha o zaman belli idi: murisin bu muhtemel iradesile bazıları şahsın mensup olduğu mahal hukukunu (lex originis), bazıları ise son ikamet edilen mahal hukukunu izah ediyorlardı. İtalya'da borçlar hukukunda ve miras hukukunda cereyan eden inkişaf, Fransız hukuk mektebinde karı koca mallarının idaresinde tekerrür etti. 1525 te avukat Dumoulin'in meşgul olduğu bir davada, Paris taamülünün (coutume) başka mahalde bulunan mallara dahi tatbikinde, vekâletini ifa ettiği tarafın menfaati bulunduğundan, Dumoulin tarafların bu yolda zımnen anlaştıklarını ileri sürerek Paris taamülünün tatbikini mümkün kıldı (10). Bilâhara Dumoulin bu fikri umumî olarak kullandı ve bu suretle bütün karı koca mallarını yeknasak bir hukuka tâbi tutmağa çalıştı; halbuki

(9) Lâtince metin telhisen şunu ifade ediyor: «Bir şahıs doğumu sebebiyle doğum yerinin hukuk kaidelerine tâbi olduğu gibi, akit de tessüs ettiği mahallin hukukuna tâbidir.»

10) Consilium 53.

ondan evvel malların bulunduğu mahalle göre münferit mülki taammüller ayrı ayrı tatbik ediliyordu. 19. asrın başlangıcına kadar Fransız doktrini tercihan karı koca malları hukukile meşgul oluyor; bu arada Dumoulin'in büyük hasmı d'Argentré muhtemel iradeye (volonté présumée) karşı cephe alıyor ve sükûtun zımnî anlaşma mânâsını tazammun etmediğini gösteriyordu (11). Akit hususunda inikat mahalli hukuku ehemiyetini gene muhafaza ediyor, fakat mahal tesadüfi olduğu takdirde o yerin hukukunu tatbik etmenin maksada uygun olmayacağına işaret olunuyor. İki tarafın hakikî iradesinden ilk defa Boullenois 18. asırda bahsediyor: quand il y a stipulation, il faut s'y référer (12). Bidayette muhtemel irade sırf afakî bir rabitanın istimalini temine hizmet ederken, şimdi, aktin inikadı mahalli hukukundan gayrı bir hukukun tatbiki neticesine müncer olsa bile, iki tarafın hakikî iradesine itibar gösteriyorlar. Le Havre mahkemesinin 1843 senesine ait, Arminjon'da zikredilen bir kararından temyiz mahkemesinin en yeni kararlarına kadar (13) böylece bir mahkeme içtihadı inkişaf ediyor; bu içtihadta tercihan tarafların sarîh veya, halin icaplarından istihracı mümkün zımnî iradesine kıymet atfolunuyor; icabında âkitlerin muhtemel iradesi muteber sayılıyor; bu muhtemel irade ekseriya, şayet başka unsurlar buna mâni değilse, aktin inikadı mahalli hukukunda görülüyor (14). İki taraf iradesi farz ve kabul edilmediği zaman da aktin inikadı mahalli hukuku hâkim bulunuyor.

Keza Mancini'nin liberal mektebinde de iki tarafın iradesi mümtaz bir mevkie sahip bulunuyor. Fakat Dumoulin'de muhtelif mahalli hukukların hükümden düşürülmesine hizmet eden iki taraf iradesi 19. asrın İtalyan mektebinde, hâkim bulunan milli hukuk prensibine karşı emniyet supabı vazifesini görüyor. Buna binaen 19. asrın müdevvenatında borçlar hukukunda iki taraf iradesi nazarı itibara alınıyor; ezcümle İtalyan Medenî Kanununun başlangıç kısmında 9. maddede, 1856 tarihli Yunan Kanunun 6. maddesinde v. s.

(11) Froland da bu kanaattadır, halbuki Bouhler ve Merlin Dumoulin'in telâkkisine uyuyorlar.

(12) «Şayet anlaşma varsa, bunu nazarı itibara almak lâzımdır.»

(13) Cass. 5. 12. 1910 (s. 1911, 1. 129 = Clunet 1912, 1156); Cass. civ. 31. 5. 1932 (D. 1933, 1. 169 = Dall. Hebd. 1932, 394), 15. 5. 1935 (Nouvelle Revue de droit int. privé, 1935, 343, Cass. req. 2. 11. 1937 (aynı yerde, 1937, s. 766 ve müt.)).

(14) Cass. civ. 31. 5. 1932, Cass. req. 28. 12. 1936 (Dall. Hebd. 1937, 114).

Almanya'da Wächter eski statü nazariyesini yıkmış ve Savigny yeni bir devletler hususî hukuku sistemi kurmuştu. Hukukî münasebetin mülki makarrını arayan Savigny bunu ifa mahallinde görüyor ve ifa mahallinin hukukuna âkitlerin ihtiyarlarile ittiba eylediklerini kabul ediyor. Vaktile Rochus Curtius nasıl keyfî surette aktin inikadı mahallindeki hukukun tatbikini tarafların ittibaiyle izah ettiyse, Savigny de aynı tarzda indî olarak ifa mahalli hukukuna iki tarafın muhtemel iradesile meşruiyet temin etmeğe çalışıyor. Diğer taraftan, münferit akit müesseselerini statuta personalia, realia ve mixta (şahsî, aynı ve muhtelit statü) şeklindeki eski taksimata sığdırmak için asırlardanberi uğraşıp didinen mahkemeler sevinçle Savigny'nin nazariyesini kabul ettiler, çünkü buna göre akitleri ifa mahalli bakımından mevzileştirmeye imkân vardı. Savigny'nin berri Avrupa mahkemelerinin içtihadındaki muazzam tesir ve nüfuzu Anglo - Amerikan dünyasına sirayetten de geri kalmadı. Almanyanın imparatorluk mahkemesi mukaveleler için âdeta bir mikyas tesbit etti (15). İki tarafın evvelâ sarîh, sonra zımnî, daha sonra muhtemel iradesi, nihayet ifa mahalli muteber sayılıyor. 1935 ve 1938 senesine ait iki karar el'an bu temayülü göstermektedir. Meselelerin birinde (16) aslen Alman olan bir Rus damadına para ikraz etmiş ve bu da bilâhara, harpten sonra, Riga'da ikamet ve Letonya tâbiyetini iktisap ettiği sırada kayın pederine bir borç senedi vermiş. İmparatorluk mahkemesinin kanaatine göre burada tarafların maksadı ehemmiyetli olup, âkitlerin, bütün ahval ve şeraiti makul ve munsif tarzda nazarı itibara aldıkları takdirde tatbik edilecek hukuk hususunda ağılebi ihtimal neyi kararlaştırmış olacaklarını icabında aktin tamamlanarak tefsiri yolile tesbit etmek gerektir. Mahkemenin Alman hukukunu kabul etmesi karakteristiktir; filhakika mahkemelerin bu tarzda, gûya tarafların maksadını muteber sayarak, kendi millî hukuklarını tatbik ettikleri sık sık müşahede edilebilir. Diğer hâdisede (17) imparatorluk mahkemesi, şayet tarafların sarîh veya zımnî iradesi başka suretle istidlâle imkân bırakmıyorsa, ifa mahallini muteber addediyor. Mahkemenin noktai nazarına göre taraflar dava sırasında Alman hukukuna dayandıklarından, tarafların aktin inikadında dahi bu maksadı

(15) Bak. : RG. 68, 205; 73, 388; 81, 117; 112, 374; 119, 254; 120, 70; 126, 204; 145, 121.

(16) 4. 7. 1935 tarihli «Juristische Wochenschrift» mecmuası 1935, 3289.

(17) 22. 2. 1938 tarihli «Juristische Wochenschrift» mecmuası 1938, 1175.

güttükleri neticesi bilâtereddüt kabul edilebilir. Güya tereddüde hiç mahal bırakmıyan bu istidlâlin ne derece şüphe ve tereddütle karşılanmak icap edeceği, şuradan da anlaşılır: evvelce aynı noktai nazarı takip eden İsviçre Federal mahkemesi şimdi içtihadatında bunun tam zıddını kabul ve tarafların davadaki hareket tarzını esası tayine medar olamıyacak bir emmare telâkki ediyor (18).

Maamafih federal mahkeme iki tarafın iradesi ve ifa mahalli meselesinde uzun zaman imparatorluk mahkemesinin izinde yürüdü ve haricen kendini onun tesirinden bugün el'an tamamilen kurtaramadı. Meselemiz bakımından ehemmiyetli olan kararlarında (19) Federal mahkeme hâlâ, tarafların derpiş eyledikleri hukuka itibar gösterileceğini söylüyor; eğer sarahaten bir hukuk ihtiyar olunmuşsa, tarafların, bu meseleyi tanzim etmeyi düşünmüş olsalardı, mâkul olarak hangi hukukun tatbikini kararlaştıracak idiseler, onun kabulü iktiza edermiş. Bu ifade tarzı gösteriyor ki, artık tarafların muhtemel, enfüsi bir maksadının taharrisi dahi mevzuubahs değildir. İki tarafın hiç bir şey düşünmediği açıkça itiraf ediliyor. Federal mahkeme enfüsi telâkkiden kendini mânen kurtardığı ve hakikatte vakıanın afakî alâmetlerini tetkik ettiği halde, enfüsi telâkkiyi ifham eden ifade tarzının muhafaza edilmesi esefle karşılanmalıdır. Zirâ Federal mahkeme diyor ki: «Federal mahkemenin içtihadınca, tarafların ağılebi ihtimal kastettikleri hukuk olarak, münazaalı hukukî münasebetin mekân itibarile en yakın irtibat arzettiği memleketin hukuku telâkki edilmelidir; hem maksada uygunluk bakımından da en yakın olan hukuk budur.» İşte bu, vakıanın hâkim tarafından tam bir afakîlikle tetkik edildiğini gösteriyor. Esasen iki tarafın ekseri hallerde hiç bir şey düşünmemiş olmaları iş bitmiyor. Bakalım, taraflar hukuku intihap meselesini düşünmüş olsalardı, ikisi de aynı şeyi düşünecek miydi? Ekseriya vatandaşlık veya ikametgâh bakımından muhtelif hukuk çevrelerine mensup bulunan ve menfaatleri çok defa birbirine zıd olan âkitlerin başka başka düşünceler beslemiş olmaları akla daha uygun geliyor. Hem en yüksek hâkimlerin ve en âlim profesörlerin afakî noktai nazardan neyin doğru olduğu üzerinde münakaşa ettikleri meselelerde iki tarafın ameli fayda ve makuliyet itibarile güya en yakın olan ihtimali düşünebi-

(18) Meselâ 60 II 43; 62 II 125; 63 II 43 ve evvelce 48 II 393; 49 II 235 ve buna mukabil evvelce 53 II 90; 50 II 153; 49 II 225; aynı zamanda bak. Zurich 11, 4. 1930, Zür. Rechtspflege, Nr. 58, s. 110.

(19) 60 II 301; 62 II 142; 63 II 43; 64 II 88.

lecekleri ne malûm? Demek oluyor ki, muhtemel irade ile mesele hal edilmiyor, sadece hangi hukukun tatbik edileceği sualine karşı bir cevap verilecek yerde bir fiksiyon vazolunuyor; tarafların iradesi yerine hâkim kendi telâkkisini ikame ve bunu iki tarafın muhtemel iradesi olarak takdim ediyor. Eğer hakikaten afakî bir tetkik aranıyorsa, onu enfûsî bir kisve altında gizlemekte mânâ yoktur. İfa mahallini daima muteber bir rabita addetmekten İsviçre içtihadatı kendini tedricen kurtarıyor görüldüğünden, mahkemeler afakî ve umumî bir hal suretine gittikçe daha ziyade yaklaşıyorlar. Federal mahkemenin 2 mart 1937 tarihli kararı (63 II 43) intikali ifade ediyor. Orada deniyor ki: «Bir hukukî münasebetin mekân rabitaları meyanında ifa mahalline büyük bir ehemmiyet atfetmek lâzım geldiğinden Federal mahkeme kaideten ifa mahalli hukukunu iki tarafın ağılebi ihtimal kastettikleri hukuk addediyor, meğer ki, bilûmum ahval ve şerait nazarı itibara alındığı takdirde hukukî münasebet başka bir memlekete daha ziyade merbut görülsün.» Mahkeme daha ileri giderek diyor ki: «Hâdisede müddeinin münazaalı mükellefiyetinin ifa mahallini araştırmağa lüzum yoktur; bu noktanın tetkiki hangi neticeyi müddei olursa olsun, halin bütün icapları nazarı itibara alınacak olursa, bu hukukî münasebetin merkezi sikleti hiç şüphesiz Almanya'dadır.» Demek ki Federal mahkeme ifa mahalli meselesini açık bırakıyor ve hattâ gene 1937 senesine ait (20) diğer bir kararında, faturada matbu ifa mahalli Hamburg olduğu halde İngiliz hukukunu tatbik ediyor, çünkü vesaikin Londra'da ibrazı, görüldüğünde tedifesi meşrut polîça mukabilinde çekilmesi ve ihtilâfların İngiliz hakemleri marifetiyle halli kararlaştırılmış bulunuyordu.

Bugün İsviçre'de iki tarafın muhtemel iradesi ve ifa mahalli her ne kadar haricen gene bir rol oynuyorsa da, mânâ ve derunen bunlar ehemmiyetlerini kaybediyorlar ve vakıanın bütün afakî alâmetlerinin tartılması onların yerine kaim oluyor. Maamafih bu cihet ancak akdin *hükümleri* hakkında muteberdir. Aktin *inikadı* İsviçre mahkemelerinin içtihadında aktin hükümlerinden ayrı tutuluyor ve *lex loci contractus*'a (akit mahallil hukukuna) tâbi tutuluyor (21). Bartolus'tan intikal eden, fakat başka taraflarda çoktanberi terkedilmiş olan bu tefrikin idame ettirilmesinde bugün hiç isabet yoktur. Meselâ Paris'li bir gayri menkul mâlikî ve Milano'lu bir şahıs, yol-

(20) 2. 2. 1937 tarihli; semaine judiciaire 1937, 307.

(21) Federal mahkeme 59 II 397; 38 II 519; 32 II 416; 22, 471.

larını karşılıklı kısaltmak için Cenevre'de buluşup ipotekle temin edilen bir kredi kararlaştırırlarsa, kanaatimce İsviçre hukuku tatbik edilmemelidir; burada İtalyan veya Fransız hukuku mevzuu-bahs olacaktır; Fransa'daki bir gayri menkul üzerinde kredi mukabili olarak ipotek tesis edileceğinden her halde tercihan Fransız hukuku tatbik edilir. Bilâhara, taraflardan biri hata iddiasında bulunursa, aktin sıhhatinin tetkiki sebeble akit mahalli hukukunun tatbiki sadedinde bu hukukî mefhumun İsviçre hukukuna göre tayinindeki hikmeti anlıyamıyorum. Filhakika vasıf ihtilâfı esaslarına göre (22) hukukî rabıtalara - ikametgâh, ifa mahalli v. s. - mefhumunu *lex fori*'den (hâkimin hukuku) istihraç etmek lâzımdır, çünkü hâdiseye hangi hukukun tatbik edileceği bu safhada henüz bilinmez. Fakat hukukî rabıtalara tetkikinden sonra muayyen bir hukukun - yabancı bir hukuk ta olsa - tatbiki neticesine varılırsa, diğer hukuk mefhumları artık buradan istidlâl olunmalı, yoksa *lex fori*'ye veya *lex loci actus*'a ait mefhumlar âniden başka bir hukuka sokulmamalıdır.

İki taraf iradesinin maksudu olan hukuku hareket mebdei ittihaz eden Fransa ve Belçika mahkemeleri bu hukuku aktin inikadına dahi tatbik etmekle, kabul ettikleri noktai nazara uygun hareket ediyorlar (23). Burada müdafaa edilen, *lex obligationis*'in tatbikine matuf noktai nazar bir Holanda mahkemesinin son senelere ait kararında (24) kabul edilmekte, diğer taraftan bir Cenevre mahkemesinin 23. 12. 1913 tarihli hükmünde (25) hile akit mahalli hukukuna nazaran tetkik edilmektedir. İktisadî ve hukukî bir kül teşkil eden cüzüleri, başka başka hukuklara tâbi kılmağa çalışan her skolastik metod ve mefhum içtihadı (*Begriffsjurisprudenz*) kanaatimce zararlıdır. Bu yalnız aktin inikadı ile hükümlerinin tefriki hakkında değil, evleviyetle Almanların çifte hukuk nazariyesi (*Zweirechtstheorie*) hakkında caridir, zira bu nazariyeye göre âkitlerin münferit edimleri (*Leistung, préstation*) muhtelif ifa mahallerinde icra olunacaksa,

(22) Handbuch des Internationalen Privatrechts (Devletler Hususi Hukuku Elkitabı) adlı eserime bak.: Zürih 1937, s. 48 ve müt.; keza: Handbuch des Int. Handelsrechts (Ticaret Hukukunda Devletler Hususi Hukuku), Zürih 1938, s. 216.

(23) Meselâ Cass. civ. 5. 10. 1910 (s. 1911. 1. 129), Trib. Gand, Clunet 1906, 500; Alman mahkemelerinin içtihadı için bakınız: Reichsgericht 13. 6. 1933, Zeitschrift f. ausländisches Recht, Rechtsprechung 1933, 31.

(24) W. u. N. J. 1936, Nr. 402. Clunet 1914, 1028.

(25) Semaine judiciaire 35 (1913), 932.

muhtelif hukuk nizamlarına tâbi kılınıyor. Bilhassa Almanya'nın imparatorluk mahkemesi tarafından en ince teferruatına kadar tatbik edilmiş olan bu nazariye, beynelmilel vakıalarda vahdet arzeden hukukî münasebetlerin feci surette parçalanmasına sebebiyet vermiştir, çünkü teslim, tediye, rücu, ademi ifadan mütevellit tazminat, ayıpların ihbarı v. s. hakkında ayrı ayrı hukuk nizamları tatbik edilmiştir (26). Hukukçu olmıyanın, hattâ tacirin dahi, akıl erdiremediği bu mûdilleştirmeğe İsviçrede dahi tesadüf ediliyor; bilhassa bâyi ile müşterinin edimlerinde, hattâ Federal mahkemenin eski bir kararında trampada müteakabil edimlerde böyle bir tefrik göze çarpıyor. Son senelere ait bir Zürih ilâmında (27), iki tarafın muhtemel iradesi ve bâyi ile müşteri için ayrı ifa mahalleri tarzındaki tipik ihtilât görölüyor; fakat netice itibarile mahkemenin tetkikatı gene doğru addedilebilir, çünkü deniyor ki: hukukî muamele ancak tesadüfen Zürih'te aktedilmiştir; ne akit mahalli hukuku, ne de müddeaa-leyh İtalyan'ın borçlusunun ikamet mahalli hukuku tatbik edilemez; Holanda hukukunun tatbiki iktiza eder, zirâ siparişi yerine getirenin ticaret evi orada olduğu gibi, orada vesaik tesellüm ve tediye icra olunmuştur.

İki taraf iradesinin asli hukuk kaynağı addedilmesine bugünkü hukuk bakımından muarızım; iki tarafın muhtemel iradesinin taharrisini ve, bir vahdet teşkil eden aktin münferit cüzülere ve münferit edimlere taksimile bu aksama başka başka hukuk nizamlarının tatbikini de keza reddediyorum. Bu tenkidin daha iyi izahı, fakat aynı zamanda da müsbet tarzda hal suretlerinin inkişafı zımında, iki tarafın iradesine kıymet atfeden nazariyeye karşı cephe alan yeni doktrini kısaca anlatacağım.

Âkit muhtariyetinin en büyük ehemmiyeti haiz bulunduğu ve mahkemelerin içtihadında elân müstakar bir unsur teşkil ettiği memlekette, Fransa'da tenkit eksik olmuyor. Bu tenkit iki taraf iradesinin borçlar hukukunda istimâline münhasır kalmıyarak bilhassa bunun karı koca mallarında kullanılmasına teveccüh ediyor. Burada kanunî bir sistemin mevzuubahs olduğu ve âkitlerin ancak kanunun bahşettiği mezuniyet çerçevesinde intihapta bulunabilecekleri hususunda İsviçre hukukunda ve Alman hukukunda tereddüt edilmediği halde, Fransız mahkemeleri bu sahada da cansiparane bir gayretle

(26) Int. Handelsrecht eserime bak.: s. 217, 241 ve müt.

(27) Jansen, van der Olven ve Şk. / Maiani, Nouvelle Revue de Droit Int. Privé 1937, 624.

iki tarafın muhtemel iradesini arıyorlar. Daha geçenlerde Fransız temyiz mahkemesi şu meseleyi halletti (28): İsviçre vatandaşlığını iktisap etmiş olan bir Fransız, tâbiyeti bildirilmeyen, fakat ismine nazaran Şarklı olması muhtemel bulunan bir Bayanla Türkiye'de tanışıyor; ikisi evvelâ Fransa'da, sonra Türkiye'de beraber yaşıyorlar; burada Yunan - ortodoks mezhebine göre evlendikten sonra nihayet kat'i olarak Fransa'ya gidip yerleşiyorlar. Dinî hukuka göre evlenmiş olan bu iki şahsın - telsik yolile vatandaşlığa geçen İsviçreli ve Şarklı Bayan - muhtemel iradesine nazaran karı koca mallarını Fransız hukukuna tâbi kılmak lâzım geleceğini mahkeme tesbit ediyor. Hakikaten gariptir ki, hiç bir şeyden haberi olmayan taraflar tam da mahkeme için en rahat olan hukuku, *lex fori*'yi, düşünmüş olsunlar. Bugünkü doktrinin başta gelen mümessilleri böyle bir konstrüksyona muarızdırlar; Niboyet kitaplarında ve Lahey derslerinde (29), *Caleb* âkitlerin muhtariyeti hakkındaki monografisinde, *Batiffol* *conflits de lois en matière de contrats* (akit mesailinde kanunlar ihtilâfı) adlı eserinde bu vadideki düşüncelerini izhar etmişlerdir. Beynelmilel vakıalar mevzuubahs olduğu vakit emri kanunların tefsiri hükümlere tahvilini Niboyet sihirbazlık marifeti diye tavsif ediyor (Lahey s. 26). Niboyet şöyle devam ediyor: nasıl olur da, iki taraf iradesinin kanuna faik bulunması şöyle dursun, ona muvazi bile olamayacağı iptidai hakikati nazarı itibara alınmaz (51)? Dahili hukukta akit serbestisi hiç bir vakit kanuna karşı koyamaz, devletler hususî hukukunda vaziyet başka türlü değildir. Kanunun tespitinde rastlanılan müşkülât, bu işi tarafların iradesine terketmeği meşru kılmaz; kanunun tatbik edilmemesi, bizzat kanun tarafından ilzamı iktiza eden şahısların ihtiyar ve keyfine kalyorsa, kanun bu adı taşımağa lâyık değildir (55). Zımni irade hususunda Niboyet diyor ki: bu bir efsanedir, insan mutlak fiksyon içinde yüzüp bocalıyor (63). *Caleb* dahi çok vâzih ve kat'îdir: eğer irade bir rol oynuyorsa, bu her zaman ancak tâli mahiyettedir (37); bütün hükümler kanundan sâdır olur; hukuk kendisine bu salâhiyeti bahşetmişse, fert bu hükümleri icra eder. Muhtemel irade *Caleb*'e göre hiç bir muhtevası olmayan hayali bir kategoridir (120); hakikatte hâkim kendi iradesini muteber addediyor, ancak bunu evlenme mukavelesinde

(28) En son olarak Cass. 13. 12. 1938 Dalloz Hebd. 1939, 82.

(29) Lahey dersleri, Recueil 1927 I 5 ve müt., bilhassa karı koca malları hukuku 66 - 68; Manuel, 2 tab'i, s. 582; Répertoire II 240; Mélanges Pillet 13.

karı ile kocanın, şeniyette mevcut olmıyan iradesi olarak gösteriyor (324); hem içtihatta her zaman zımnî irade ile muhtemel irade karıştırılmaktadır (325). Batiffol'e göre tarafların iradesi aranılmaz, çünkü böyle bir şey mevcut değildir; bu meselenin kendilerini alâkadar etmediğini ve bunun kanun tarafından halli gerektiğini âkitler insiyakî olarak hissediyorlar (10). Tarafların hukuku intiha-bına itibar gösterilebilmesi için salâhiyetkar hukukun bunu tecviz etmesi lâzımdır; umumiyetle taraflar bu meseleyi hiç düşünmezler: zımnî irade bir bahaneden, bâdî (a posteriori) bir izahtan ibarettir (18); taraflar sadece vakıa unsurlarını vazediyorlar; aktin mevzileştirilmesi için bu unsurlardan rabitalar istihraç olunabilir.

Alman doktrininde *Savigny*'nin ifa mahallî nazariyesinin bakiyesi mevcuttur (30). Nispeten yeni olan eserler arasında *Haudek*'in monografisi ve *Melchior*'un eseri (s. 514 ve müt.) iki taraf iradesinin nazarı itibara alınmasına taraftardır; mahdut mikyasta *Nussbaum* (31) ve *Martin Wolff* (32) da bu noktâi nazara iştirâk ediyorlar. Âkitlerin muhtariyeti nazariyesi aleyhinde olanlar şunlardır: Statü nazariyesini yenen *Wächter* (33), *von Bar* (II 4), *Zitelmann* (I 270 ve müt., II 373 ve müt.) ve *Frankenstein*. Ezcümle *Frankenstein* diyor ki: «fert hukukî hükümler yaratamaz; insan iradesinin bu kudrete sahip olabilmesi için, hukuk nizamının onu kendisine bahşetmiş olması lâzımdır.» «Hukuk kaynaklarının kuruluşunda âkitlerin muhtariyeti» (die Parteiautonomie im Aufbau der Rechtsquellen) adlı kitabında *Manigk* de şunu tebarüz ettiriyor: filhakika devlet meydana geldiği zaman âkitlerin muhtariyeti mevcuttu ve bizzat devlet hukuk kanunlarına tâbidir; fakat bugün mer'î kanun sisteminde fertlerin, hususî hukuk münasebetlerini kendi fiilleriyle hukukan ilzam edici tarzda tanzim etmek hakkına mâlik bulunmaları ancak bu baptaki mezuniyet düstürile kabili izahtır. *Lewald* ve *Gutzwiller* dahi devletler hususî hukukunun iki taraf iradesi nazariyesine tararruz ediyorlar. *Lewald* şöyle ifade ediyor: hukuk nizamı tarafların iradesine tâbi değildir, bilâkis âkit iradesi hukuk nizamına

(30) «System des römischen Rechts» (Roma hukuku sistemi), cilt VIII, s. 207/8.

(31) s. 274 «İnikat mahallinin hukuk nizamı, tesir sahası ve lex fori ile mahduttur»; *Juristische Wochenschrift*'e bak. : 1924, 667.

(32) Fakat *Wolff* kabul ediyor ki, âkitler ekseriya bu mesele üzerinde hiç düşünmediklerinden dolayı kaideten sarîh veya zımnî irade noksandır (88).

(33) *Archiv für zivil. Praxis*, cilt 25, s. 402.

tâbidir (200). Gutzwiller diyor ki: tarafların intihap ettikleri hukuk devletler hususî hukuku meselesini halletmediği şuradan da anlaşılır ki, bu atfın caiz olup olmadığı, nasıl tefsir edilmek icap ettiği ve mesnedi olan aktin muteber kalıp kalamıyacağının bile muayyen bir hukuk nizamına müsteniden taktiri lâzımgelir. Gutzwiller'e nazaran muhtariyet hakikatte muayyen bir memleketin hukukuna dayanan akit serbestisinden ibarettir (1605). İsviçre hukukçuları cemiyetinin 1925 senesindeki müzakereleri esnasında Profesör *Fritsche*'nin raporu ve *Sauser - Hall*'in ikinci raporu sayesinde mesele İsviçre'de ehemmiyetli surette aydınlanmıştır (34). Bu meyanda raportör bilhassa iki tarafın farazi bir iradelerinin kabulüne itiraz etmiştir; âkidin muhtariyetini nereden aldığı ve iradesinin hakikaten hâkim olup olmadığı meselesinde ikinci raportör, Cenevre'nin eski profesörlerinden *Brocher*'in ders takrirlerindeki izahatına atıf yapıyor; *Brocher*'e göre muhtariyet kanundan çıkar ve tanılan serbestinin inkişaf hudutlarını da gene kanun tayin eder (35).

Tarafların vakıayı tahakkuk ettirdiklerini ve bu suretle bilvasıta müessir olduklarını, yeni İtalyan hukukçularından *Fedozzi* işaret ediyor (264/5). Mutekit bir pozitivist olan *Cavaglieri* her türlü fitri ve hukuk nizamından evvel mevcut hukuku inkâr edyor (166/7) Anglo - Amerikan dünyasında mesele ihtilâflıdır. Kanun metinlerine istinat etmeğe burada imkân yoktur; halbuki berri Avrupa'da çok defa âkitlerin muhtariyeti lehinde Fransız medenî kanununun 1134. ve İtalyan medenî kanununun buna tekabül eden maddesi zikrolunduğu gibi, İsviçre Borçlar Kanununun 19. maddesi (36) âkitlerin muhtariyeti aleyhinde tefsir edilebiliyor. Mülki statü hakkındaki eski nazariyeye kıymet vermiş olan *Story*'nin ilmi salâhiyetine binaen Amerikan hukukunda akit mahalli hukuku mevkiini muhafaza edegelmektedir. İngiliz hukukunda *Dicey*'in (rule 155) «proper law of contract» ı tarafların iradesinde, hattâ muhtemel iradesinde dahi, görülüyor; halbuki *Westlake* (7. tabı § 212) akit mahalli hukukunun tatbikine muarızdır ve vakıanın hakikaten ve fiilen en ziyade merbut olduğu memleket hukukunun tatbik edilmesini müdafaa ediyor;

(34) Zeitschrift für Schweizerisches Recht, cilt 44 (1925) 220 a ve müt., 271 a ve müt.

(35) Cours de Droit Int. Privé, cilt II 67, 87; Revue de Droit Int. et de Législation Comparé 1872 189.

(36) Türk Borçlar Kanununun 19. maddesi buna tekabül eder.

bu telâkki Federal mahkemenin yeni içtihadına biraz temas etmek-
tedir.

Menfi tarzda iki taraf iradesinin rabıta olarak kabulü reddedilir-
se, tatbik edilecek hukukun intihabında hangi rabitalara ehemmi-
yet verilmek lâzım geleceği müspet surette söylenilmelidir. Afakî
rabitalardan her birinin fayda ve mahzurları vardır; bütün akti mü-
nasebetleri kendisine teredütsüz tâbi kılmağa bu rabitalardan hiç
biri kalbî olarak (a priori) bana müsait görünmüyor. Bunu kısaca
izah etmek isterim.

Hukuk nizamları ya şahsî yahut ta mülki bir unsura göre va-
kıa ile irtibat tesis edebileceklerine nazaran, bir tasnif yapılabilir.
Bugünkü akit hukuku için şahsî bir rabıta olarak ancak tâbiyet
mevzuubahs olabilir. *Frankenstein* bunu umumî olarak asli bir rabı-
ta addediyor, çünkü kendisinin kanaatine her insan kendi devletine
merbuttur ve yalnız ondan emir telâkki edebilir. Bu kabli nazariyenin
mevzu hukuka tetabuk etmediği bedihidir, zira devletin hukuk hâ-
kimiyeti nüfuzunu pek âlâ mülki bir salâhiyet sahasında da icra
edebiliyor ve rabitaları -ikametgâh, inikat mahalli, ifa mahalli- bu sa-
lâhiyet sahasına göre de tayin etmek mümkündür. Netekim, daha ev-
vel de temas edildiği gibi, kavim veya menşe hukukunu tatbik etme-
nin elverişli olmadığı daha orta zamanda anlaşıldıktan sonra, tâbi-
yetten rabıta istihraç etmek ancak bir halde mevzuubahs olabilir: ay-
nı milletten olanlar arasında aktedilen mukavelelerde. Zira bu takdir-
de, prensibin tatbiki halinde âkitlerin başka başka hukuk nizamlarına
tâbi olmaları mahzuru zail olur. İtalyan hukukunun sarîh bir hükmü-
ne göre -balangıç kısmı, madde 9-, milletdaşlar mevzuubahs olduğu
vakit, kaideten carî olan akit mahalli hukukunun yerine, âkitlerin
müştereke mensup oldukları devletin hukuku kaim olur, meğer ki
iki tarafın başka bir maksadı buluna. Bazan Alman imperatorluk mah-
kemesi kanunî bir hükme dayanmaksızın iki tarafın muhtemel iradesi
yoluyla aynı neticeye varıyor; ecnebi memleketlerde Almanlar arasın-
da mukavele akteildiği hallerde böyle hareket ediliyor ve bu suretle
Alman hukukunun tatbiki mümkün kılınmış oluyor (37). Bundan
başka, malûm olduğu veçhile, tâbiyet ehliyet için de bir irtibat nok-
tasıdır; ancak bu hususta muamelâtın selâmeti bakımından bir tah-
dit konmaktadır: Memleket içinde her günkü muamelelerde akit ma-
halli hukukuna göre ehliyetin mevcudiyeti kifayet etmektedir (1).

(37) Bak.: RG, 68, 203; 120, 70; Reichsarbeitsgericht 27. 8. 31.
Jurist. Woch. s. 159.

Anglo - Amerikan hukukunda umumî olarak ehliyet, şekil ve muhteva ekseriya yeknesak surette mahallî hukuka tâbi kılınmaktadır.

İşte bu gibi hallerde akit mahallî hukuku muamelâtın kolaylaştırılması mülâhazasile gene ortaya çıkmaktadır. Fakat bunun haricinde akit mahallî hukukunun umumî bir hal sureti olarak kabulüne pek de imkân yoktur. Zirâ inikat mahallini rabîta olarak intihap etmek, bizzat kendisi tavsife (qualification) muhtaç bir hukuk mefhumunu bu işte kullanmak demektir. Evvelâ bir hukuk nizamına göre -bir başkasını tesbite imkân yoksa lex fori'ye nazaran- vasıf ihtilâfı halledilerek akitte inikat unsurları ile hüküm unsurları kat'i olarak tefrik ve nelerin inikattan mahdud olduğu tayin olunmalıdır: bundan sonra bizzat inikat mahallinin tesbitine lüzum vardır ki, modern iş münasebetlerinde gaipler arasında aktedilen mukavelelerin çokluğu karşısında bu çok ihtilâflı bir meseledir. İca- bın yapıldığı yere göre mi, yoksa kabulün vâki olduğu yere nazaran mı aktin mevileştirilmesi lâzım geleceği hususunda münakaşa edildiği malûmdur. Müşterinin tesadüfen önce bankacıya mı, yoksa bankacının evvelâ müşteriye mi müracaat ettiği, semenin kararlaştırılmasında önce biri mi, yoksa diğeri mi «muvafık» veya «kabul» dediği kanaatimce vaziyeti hiç bir suretle değiştiremez. Aktin esası burada değildir -aktin esasına gene temas edeceğim- ve bu itibarla bu skolastik farklar elverişli olamaz.

İfa mahallinin hukukî rabîta olarak istimâlinde de kanaatimce isabet yoktur, zirâ burada da peşinen tavsifi icap eden ve muhtelif hukuk nizamlarında başka başka suretlerde vasıflandırılan bir hukukî mefhum mevzuubahistir. Malûmdur ki, para borçlarında bazı hukuk nizamları alacaklının ikametgâhı mahallini -İsviçre hukukunda olduğu gibi- bazıları ise -Alman hukukunda böyledir- borçlunun ikametgâhı mahallini ifa mahallî addederler. Akitten mütevellit her bir edim için ayrı bir ifa mahallî kabul edilecek olursa, yeknesak aktî münasebetin tamamen parçalanması buna inzımam eder.

Kalıyor ikametgâhın hukukî rabîta olarak kabulü. Kaideten bilinmesi ve herhalde berri hukukta vasfın tayininde pek büyük müşkülâta sebebiyet vermemesi ikametgâhın faydasını teşkil ediyor. Fakat bunun yanında bir mahzuru da vardır, çünkü iki tarafın ayrı yerlerde ikameti halinde akitten mütevellit edimlerin gene muhtelif mahallere tâbi kılınmasını müeddi olur.

Münferit hukukî rabitaların her defasında kıymetini ölçmek lâzım geleceğini zannediyorum. İlk mahkeme olarak Federal mahkeme, vakıanın hangi memleketle en yakın irtibatı bulunduğunu araştırmak yolundaki isabetli hal suretini tatbik ve bu memleketin hukukunu amelî cihetten en uygun diye tavsif etti. Ancak bana öyle geliyor ki, iki tarafın muhtemel iradesini kabul için yapılan konstrüksiyon nazari esasları ihlâl etmemek düşüncesiyle terkedilmeli ve inikat, hükümler, aktin tabii neticeleri, temerrüdün ve ihmalin neticeleri tarzındaki taksimden ve akitten mütevellit edimleri mevzileştirmekten amelî mülâhazalara binaen vazgeçilmelidir.

Nasıl dahilî hukukta ferdin bütün hukukî salâhiyetleri hukuk nizamı tarafından bahşediliyorsa, beynelmilel vakıalarda da öyledir. Bunlar devletsiz mekânda ve devletsiz insanlar arasında cereyan etmez. Diğer taraftan bu beynelmilel vakıalar bütün unsurlarile bir tek hukuk nizamının mülkî veya şahsî mer'iyet sahasına dahil değildir. Demek oluyor ki, hangi hukuk nizamile en yakın irtibatın mevcut bulunduğu halin bütün icaplarına göre takdir ve tayin edilmelidir. İşte bundan sonra bu hukuk nizamı bütün vakıaya hâkimdir. Hangi hukuk nizamının kabili tatbik olduğu bu suretle taayyün etmiş olmalıdır ki, bu hukuk nizamının vakıayı âmir hükümlerle mi tanzim, yoksa başka bir hukuku kararlaştırmak hususunda âkitlere salâhiyet mi bahşeylediği tetkik edilebilsin. Böyle bir salâhiyet tanınıyorsa, tarafların sarahaten veya zımnen bunu istimâl edip etmedikleri zamimeten tetkik olunacaktır. Mevcut olmayan bir iradenin farz yolile kabulü caiz olmayıp, iki taraf iradesinin fıkdanı halinde talî kanunî hükümlerin tatbiki icap eder. Burada bir hususiyete dikkat edilmelidir. Olabilir ki, bir hukuk nizamı dahili vakıayı ayrı, beynelmilel vakıayı ayrı tanzim, biri için âmir, diğeri için tefsirî hukuk vazeder. Meselâ Fransız mahkemelerinin içtihadına ve Fransız meskûkât kanunlarına göre dahilî vakıalarda altın kaydı âmir hükümlerle yasak olduğu halde, beynelmilel vakıalarda, meselâ haricî istikrazlarda buna cevaz gösteriliyor. Burada dahili vakıa âmir hükümlerle tanzim edildiği halde, beynelmilel vakıada böyle olmadığı gibi, bunun aksi de varittir. Meselâ memleket dahilindeki bey akitlerinde taraflar tediye tarzını geniş mikyasta serbest olarak kararlaştırabildikleri halde, beynelmilel işlerde kliring usulünü kabul etmiş olan bütün memleketlerde tediyeinin resmî kliring mercileri vasıtasile ifası şarttır. Memleket içindeki borçlu hususî şahıs tarafından ecnebi memleketteki alacaklıya doğ-

rudan doğruya yapılması icap eden tediye, memleket dahilindeki bir kliring merciine tediye mükellefiyetine tahvil ediliyor; bu meblâğın kendisine tediyesi için alacaklı kendi memleketinin kliring merciine karşı âmmе hukukundan münbais bir talep hakkı dermeyeran edebiliyor. Demek oluyor ki, beynelmilel vakıalar için ayrı bir maddî hukuk tanzim edilmişse, bu tatbik edilecektir.

Beynelmilel bir vakıanın hangi hukuk nizamile en yakın irtibatı haiz bulunduğunun, vakıanın bütün unsurlarına göre takdirine matuf, burada müdafaa olunan telâkkiye karşı itirazen ancak şu cihet dermeyeran edilebilir; her bir münferit hâdisede netice başka olacak ve bu yüzden hal suretini önceden tayine imkân bulunmayacaktır. Hakikaten de meselâ karz hakkındaki kararlarında Federal mahkeme, sair vakıa unsurlarının -yani teminatın bulunduğu mahall, senetlerin tanzimi tarzı, rayiç- hususiyetlerine göre kâh mukrizin ikametgâh mahalli hukukunu (38), kâh müstakrizin ikametgâh mahalli hukukunu (39) tatbik etmiştir. Ecnebi mahkemeler konişmentolarda tatbik edilecek hukuku bir defa vesaikin yazıldığı lisandan, diğer hallerde esas ittihaz edilen formül tipinden veya tahkim şartından veyahut da mukaveleyi akleden komisyoncuların ticarethaneleri mahallinden istihraç ettiler (40). İki tarafın muhtemel iradesinin taharri ve tayininde de mevcut olan bu emniyetsizlik, esbabı mucibeye dayanmıyan kabli bir rabitanın tatbikini meşru kılamaz. Esasen, verilmesi melhuz kararı önceden teşhis ihtimalini kuvvetlendirecek imkânlar da vardır. Polonya hukukunda meselâ muayyen akit nevileri kanun hükümlerile muayyen rabitaların hukukuna tâbi kılınıyor. Yeni doktrinin ileri sürdüğü teklifte kitlevî mukaveleler, yâni nakliye ve sigorta şirketleri, bankalar tarafından müstakar umumî şartlara göre akteğilen mukaveleler, bu müesseselerin bulunduğu mahall hukukuna tâbi kılınıyor. Bundan başka tabip ve avukat gibi meslek icabı hizmet teklifinde bulunan şahıslar için meslek veya san'atin icra olunduğu mahallin bir hukukî rabita olarak kabul edilebileceği ileri sürüldü. Bu gibi düşünce silsilelerinde, amelî neticelere varmak imkânları görüyorum. Maamafih bu neticeleri - bilhassa mühim ve büyük olan ticarî borçlar sahasında - hukuk nazariyatı bakımından da es-

(38) BG (Federal m.) 59 II 397; 51 II 305; 46 II 405.

(39) 61 II 249; 60 II 300; 54 II 316.

(40) Reichsgericht 122, 316; 4. 11. 1933 (Zeitschrift f. Int. Recht 49. 89); 20. 1. 1934 (aynı yerde 50. 402).

babı mucibeye istinat ettirmenin mümkün olduğunu zannediyorum. Bunu Beynelmilel Ticaret Hukuku adlı el kitabımda tafsilen izah ve neticeleri münferit akit müesseseleri üzerinde - komisyon muameleleri, banka ve borsa muameleleri - ayrı ayrı kontrol ettim. Şu mülâhazalardan hareket ediyorum: her borçta, esas muhtevasının ne olduğu tetkik edilmelidir. Ticarî borçta esas muhteva, ticaretin icrasıdır. Bu ise iktisadî zaviyei rüyetten, malları devrû ferağdan, nakilden, depo etmekten ve bu gibi işleri finanse etmekten ibarettir. Bu faaliyeti icra eden, borcun esaslı, özlü kısmını ifa ediyor. Bu itibarla, böyle bir faaliyeti icra etmesi için kendisine müracaat olunan ticarî müessesenin bulunduğu mahal salâhiyettardır. Borcun mahiyetine uyan bu rabitanın bir faydası da, iki tarafın da onu önceden mahallen bilmesinde tecelli ediyor. Hem müşterinin tâbiyeti veya ikametgâhı ehemmiyet kespetsizdir, bütün müşterilere karşı bu rabita yeknesak olarak tayin ve tesbit edilmiş olur. Müesseselerin umumî şartları ve formülerleri zaten bu mahallin hukukuna göre tanzim edilmiştir ve gene bu hukuka göre tefsir olunacaktır. Hem bu rabitanın kabulü sayesinde, gaipler arasındaki muamelelerde şimdiye kadar tatbik edilmiş olan bütün tesadüfî ve müşkül hal suretlerinden kurtulunmuş oluyor. Muameleye kim başlamıştır, kim kabul etmiştir, bu nerede olmuştur gibi meselelerin tetkikine lüzum kalmaksızın, kendisinden bir faaliyetin icrası talep olunan ticarî müessesenin bulunduğu mahal daima sabit olup çok basit bir hukukî rabita teşkil etmektedir. Hem müşteri için ticarî bir mukavelenin akti geçici bir hâdise iken, tâcir için bu meslekî ve hayatî bir faaliyettir. Bir demiryolu şirketine, bir bankaya, bir sigorta şirketine müracaat ettiği vakit onun mahalli hukukuna tâbi olması müşteriden enfüsî cihetten dahi bekenbilir. Müşteri sadece öder; tâcir ise ticarî borcun özünü, ticarî faaliyeti icra eder.

Tabiatıyla burada müşterinin tâcirden daha fena bir mevkie girmesi mevzuubahs değildir. Müşterilerin himayesi ve inhisar vaziyetlerinin suiistimâl olunmaması için salâhiyettar hukuk nizamı icap eden tedbirleri ittihaz edecektir. Burada yalnız tatbik edilecek hukukun tayini ile meşgul olunuyor. Eğer borcun mahiyetine uygun olarak, kendisine müracaat edilmiş olan şahsın meslek veya san'atını icra eylediği, ticarî merkezinin bulunduğu mahallin hukuku tatbik edilirse, bugün mevcut hukukî emniyetsizlik zail olur.

Diğer âkidin ikametgâh ve tâbiyeti alâkadar etmez. Aktin in'ikadı mahalli mefhumunu tavsife hacet kalmıyor. Hattâ bu suretle bugün el'an müşkülât arzeden bir çok münferit meseleler de basitleşiyor; meselâ tavassut muameleleri sahasında böyle müşkülât vardır: temsil olunan tâcirin mi, mümessilin mi, yoksa müşterinin mi hukuku tatbik edilsin? Muamelede ticarete has ve esaslı olan faaliyeti kim icra ediyorsa, her zaman için onun hukuku tatbik edilmelidir. Tâcirler arasında bir muamele mevzuubahs ise, satan, nakl eden, depo eden, sermayeleri bir san'atı mutadenin ifası zımında idare eden ticarî müessesenin bulunduğu mahal hukuku mer'îdir. Yoksa burada bu faaliyet mukabilinde ödemede bulunan, olsa olsa tekrar satmak üzere satın alan ve ancak tekrar sattığı vakit asıl ticarî faaliyeti icra eden - ki bunun için satın alma ihzarî bir faaliyettir - kimsenin hukuku tatbik edilecek değildir.

İki taraf iradesinin aslî bir kudreti haiz bulunacağı hakkındaki nazariyenin mevzu hukuka nazaran gerek devletler hususî hukukunda, gerekse dahilî hukukta doğru olmadığı, tatbik edilecek hukuku bilûmum vakıa unsurlarının afakî tetkik ve tahlilinden istihraç etmek lâzımgelceği neticesine varıyoruz; her hâdisede hukukî rabitaların kıymeti ihtimam ve dikkatle takdir edilmeli ve bir meslek veya san'atın icrasında, bilhassa ticarî bir faaliyet mevzuubahs olduğu vakit bu faaliyeti icra eden ticarî müessesenin merkezinin bulunduğu mahal vakıa ile en yakın irtibatı haiz bulunmaktır, çünkü orada borcun esas muhtevası ifa olunmaktadır.

Bu tetkikatın mevzuunu teşkil etmiş olan mesele hakkındaki noktai nazarın şöylece telhis olunabileceğini zannediyorum:

Devletin hukuk nizamı tarafından bahşediliyorsa - onun kabul etmiş olduğu şümul dairesinde kalmak şartile -, dahilî hukukta âkitlerin muhtariyeti mevzuubahs olabilir; yabancı bir hukukun intihabı caizdir, meğer ki âmir hükümle buna imkân bırakılmamış olsun.

Aynî devletin mülkî ve şahsî hukuk hâkimiyeti çerçevesinde cereyan etmiyen vakıa beynelmilel bir vakıadır. Bu vakıa, bütün unsurları nazarı itibara alınmak şartile, hangi hukuk nizamına en ziyade merbut ise, ona tâbi kılınacaktır. Bir şahsın meslekî faaliyetinin mevzuubahs olduğu, akitten mütevellit borçlarda meslek veya san'atın icra olunduğu mahal hukuku, ticarî borçlarda kendi-

sine müracaat vaki olan ticarî müessesenin bulunduğu mahallin hukuku tatbik edilecektir.

Bu suretle tatbik sahasına intikal eden hukuk nizamı akit serbestisi tanıyorsa, bilhassa başka bir hukukun intihabına müsaade ediyorsa, iki tarafın hakikî iradesi - bu irade ister sarahaten beyan edilmiş olsun, ister başka suretle anlaşılabilsin - nazarı itibara alınacaktır, fakat muhtemel bir irade uydurulmayacaktır.

Dr. Adolf. F. Schnitzer

Tercüme eden:

Dr. Bülend Davran