

TÜRK HUKUKUNDA AHKÂMI ŞAHSİYEDEN DOĞAN TEŞRİİ VE KAZAİ SELÂHIYET İHTİLÂFI ESASLARI

Yazan: Prof. Dr.
Osman Fazıl BERKİ

Bu etüdde, *TÜRK DEVLETLER HUSUSİ HUKUKUNUN* teşrii ve kazaî selâhiyet ihtilâflarına mütedair olan prensiplerini belirtmeğe çalışacağız. Birinci bölüm umumiyata tahsis edilecek, ikincisinde teşrii, üçüncü bölümde ise kazaî selâhiyet ihtilâfları incelenecektir.

Teşrii ve kazaî selâhiyet ihtilâfları, kanunlar ihtilâfının en ziyade ehemmiyeti haiz olan kısımlarından biridir. Hukukumuzda kanunlar ihtilâfına müteallik hükümler, muhtelif kanunlara serpilmiş bir vaziyette bulunmaktadır. Bununla beraber, *BİRİNCİ DÜNYA SAVAŞI* sırasında Kapitülasyonların bir taraflı olarak *OSMANLI IMPARATORLUĞUNCA* ilgası üzerine neşre iden ve bugün de meriyette olan 23 Şubat 1330 tarihli «*MEMALİKİ SMANİYEDE BULUNAN ECNEBİLERİN HUKUK VE VEZAFİ HAKKINDA MUVAKKAT KANUN*» kanunlar ihtilâfını umumi şekilde tanzim eden kanundur. Bu kanunun 4 üncü maddesinde, kazaî selâhiyet ihtilâfları dolayısıyla teşrii selâhiyet ihtilâfları bahis mevzuu edilmiştir. Bundan başka, *TİCARET KANUNUNUN* 601 inci maddesinde atıf, 602 nci maddesiyle *HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNUNUN* 97 ve Nüfus kanununun 35 inci maddelerinde «Locus Regit Actum» kaidesi hakkında hükümler sevk edilmiş bulunmaktadır. Burada *HUKUK MUHAKEMELERİ USULÜ KANUNUNUN* 76 nci maddesi hükmüne de işaret etmek yerinde olur. Bunlar teşrii selâhiyet ihtilâflarına müteallik hükümlerdir.

Yukarıda zikri geçen *MUVAKKAT KANUNUN* 4 ncü maddesi, yabancıların, Usulün 18 inci maddesi ise, Türklerin ahkâmı şahsiye dâvalarında selâhiyeti tayin eyliyen hükümler sevk etmektedir.

İşte biz bütün bu hükümlerin ve mahkeme içtihatlarının ışığı altında yalnız ahkâmı şahsiyeden çıkan kanun ihtilâflarını tedkik edeceğiz.

BİRİNCİ BÖLÜM

UMUMİYAT

§ 1 — Teşriî ve Kazaî Selâhiyet Mefhumu:

Kanunlar ihtilâfı, iki büyük ve ehemmiyetli kısma ayrılmaktadır. bunlardan birine «Teşriî Selâhiyet İhtilâfları» adı verilmektedir ki, bunlar, bir ihtilâfa esas bakımından hangi devlet kanununun tatbik edileceği hususundan doğar. Diğeri ise, bir ihtilâfın, hangi mahkeme tarafından halledileceği keyfiyetinden tevellüt eder ki, buna da «kazaî selâhiyet ihtilâfları» denilmektedir.

Şu izahattan anlaşılacağı veçhile, teşriî selâhiyet ihtilâfı kaideleri kabili tatbik kanunî, kazaî selâhiyet ihtilâfı kaideleri, selâhiyetli mahkemeyi tayin eder.

İhtilâfların bu şekilde ikiye tefriki, *DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKUNUN* mevcudiyeti şartıdır. Bu iki selâhiyet, prensip itibariyle, birbirinden ayrı, birbirinden müstakil mefhumlardır. Bu, şunu ifade eder: Her hangi bir devlet mahkemesinin bir dâvayı görmeğe selâhiyetli olması, o devlet kanunlarının tatbikini icap ettirmeyeceği gibi, herhangi bir devlet kanununun bir ihtilâfa tatbik edilmesi, o devlet mahkemelerinin selâhiyetli olmasını istilzam etmez. Eğer bu iki selâhiyet tecezzi etmeseydi, bir devlet ülkesinde yabancı bir devlet kanunu tatbik edilemez, binnetice kanunlar ihtilâfı doğmazdı. Kanun ihtilâfları doğmayınca, asıl mevzuu, kanunlar ihtilâfı olan *DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKUNUN* hikmeti vücudu kalmazdı.

Prensip bu olmakla beraber, bu iki selâhiyetten birinin diğesine tesir ettiği de görülür. Filhakika, teşriî selâhiyet kaideleriyle kazaî selâhiyet kaidelerinin birbirinden ayrı olmasının sebebi, ihtilâf halinde bulunan menfaatlerin hususî mahiyet arzemesinde aranmalıdır. (1) Mev-

zubahs menfaatler, bu mahiyeti kaybettiği zaman, bu iki selâhiyet birleşebilir. Yani, bir teşriî ihtilâfı kaidesi, kazaî selâhiyeti icabettirebilir, başka bir tâbirle, bir devlet kanununun esas bakımından selâhiyetli olması, o devlet mahkemelerini selâhiyetli kılabileceği gibi, bir devlet mahkemesinin bir dâvayı görmeğe yetkili olması, o devlet kanununun tatbikini mucip olur.

(1) Henri Baitffol, *Traité Élémentaire de Droit International Privé*, 1949, sf. 690.

I — Kazaî Selâhiyet kaidesinin teşriî selâhiyete tesiri:

Bazı hallerde, bir dâvanın rüyet edlîmde olduğu memleket kanununun tatbik edimsi icabedebilir. *DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKUNA* müteallk bir dâvanın Türk Mahkemelerinden birinde görüldüğünü farzedelim. Bu dâvaya Türk kanununun tatbiki lâzımgelebilir. Bu da, muhtelif sebepler dolayısıyla vaki olur. Bir kerre, Türk hâkimi kendi memleketinde kabili tatbik olan ihtilâf kaidelerini tatbik ile mükelleftir ki, bu da Devletler Hususî Hukukunun her devlete has bir hukuk şubesi olmasının neticesidir. Kanunlar ihtilâfının halli için, Türk Hukuku kaidelerini tatbik ettiğinden kaza ile kanunlar ihtilâfının haline mütedair kaideler arasında bir irtibat vardır.

Bundan başka, hâkim, daima bağlı bulunduğu devletin amme intizamı telekkisine riayet etmeğe mecburdur. Hattâ prensip itibariyle, yabancı kanun kabii tatbik olsa bile vaziyet böyledir.

Meselâ: Ahkâmı şahsiyeye müteallik bir ihtilâfta *TÜRK DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKU* sistemine göre yabancı kanunu tatbik edilecektir. Amma, bu, Türk amme intizamını ihlâl edemez. Netekim, *YABANCILARIN HUKUK VE VEZÂİFİNE DAİR MUVAKKAT KANUN*, 4 ncü maddesinin son fıkrasında «ve bu suretle intizamı amme devlete mugayir olmamak şartıyla alâkadaranın hükümet metbuaları kavaninine ve ihtilâfı kavanin halinde *HUKUKU HUSUSİYEİ DÜVEL* kavaidine tevfikân muamele olunur» demekle bu hususu teyid etmiş bulunmaktadır.

Bunu, bir misâl ile tavzih edelim: Aralarında yakın akrabalık mevcut bulunan kimseler için nafaka borcu kabul etmeyen bir memleket tâbiyetinde bulunan şahıslar, Türkiye'de birbirleri aleyhine nafaka dâvası açtıkları takdirde *TÜRK MEDENİ KANUNU* hükümleri mucibince nafakaya hükmedilebilir. Zira, bu mesele amme intizamına taallûk etmek itibariyle yabancı kanun tatbik edilemez.

II — Teşriî selâhiyet kaidelerinin kazaî selâhiyete tesiri :

Bazan bir devlet kanununun esas bakımından selâhiyetli bulunması, o devlet mahkemelerinin selâhiyetli olmasını icabettirebilir. Bu da, birisi tamamen teknik sebeplerden, diğeri hal ve maslahata uygunluk dolayısıyla kendini gösterir (1).

1 — Hukuk tekniğine müstenit sebepler: bazı ahvalde, selâhiyetli ka-

(1) J. P. Niboyet, Cours de Droit International Privé 1946, sf. 349.

nun usul sebeplerinden dolayı yabancı bir devlet mahkemesi tarafından tatbik olunamaz. Zira, hakkın esası ile usul birbirine o kadar sıkı sıkıya bağlıdır ki, her iki selâhiyetin birleşmesi zarureti vardır.

Halen bazı memleketlerde tatbik olunan dini hukukata, din meselesi ile medenî tanzim meselesi birbirinden ayrılmamış olduğu için, evlenme gibi bazı hukuk müesseseleri dinî hukuka tâbi kılınmıştır. Dinî olan ve olmayan tefriki yapılmadığından ancak kilise, aile münaesbetlerini tanzim eder. Bu meseleler tamamen dinî sebeplere müsteniden kilise tarafından tanzim edildiğinden mahkemelerin bu hukuku tatbik etmeleri mümkün değildir.

Bu durum üç ayrı mevzuatta kendini gösterir.

İslâm mevzuatında aile hükümleri dinî hükümlere o derece merbuttur ki, bunları birbirinden tefrik etmek imkânsızdır. İslâm kazası bu kabîl işleri üzerine almıştır.

Aynı duruma Tunus, Fas'ta, bazı Balkan devletlerinde ve Şimâlî Cezayir'in bazı mıntakalarında tesadüf olunur.

Bu memleketlerde, kabîli tatbik kanunla kaza arasında sıkı bir münaesbet mevcuttur. Ve nihayet bazı Hıristiyan memleketler vardır ki bunlar evlenme mevzuat ve kazası hakkında, Katolik kilisesinin selâhiyetini muhafaza etmişlerdir. Latran anlaşmalarından beri İtalya ve halen İspanya'da olduğu gibi.

2 — Hal ve maslahata uygunluğa müstenit sebepler: Kabîli tatbik kanununun kazaî selâhiyeti istilzam etmesi keyfiyeti, bazan hukuk tekniği bakımından olmayıp, tamamen hâl ve maslahata uygunluk sebebiyle kendini gösterir.

Hukuk tekniği ile hâl ve maslahata uygunluk arasında büyük bir fark mevcuttur. Teknik bir zarurettir, halbuki hâl ve maslahata uygunluk bir takdir meselesidir. (1) Emniyet ve asayişe atallûk eden bir hususta hâl ve maslahata uygunluk meselesi mevzuubahistir. Filhakika, Fransız kanununda olduğu gibi *MUVAKKAT KANUNUN* 2 nci maddesinde şöyle bir hükme teşadüf etmekteyiz: «Emniyet ve asayiş memlekete taallûk eden kâffeî kavanin ve nizamat Devleti Aliye Memaliki Osmaniyeye'de bulunan bircümle ecanip hakkında dahi mer'idir.»

(1) J. P. Niboyet, a.g. e., sf. 249 - 351.

Emniyet ve asayiş müteallik kanun hükümleri, Türkiye'de yabancılar hakkında da caridir. Meselâ, Türkiye'de bir haksız fiil işlendiği takdirde bundan doğacak mesuliyet «Lex loci delicti» ile tayin edilecek ve Türk mahkemeleri bu dâvayı rüyet etmek hususunda selâhiyettar olacaktır: Bunu tabii ve zarurî görmek lâzımdır. Aksi takdirde bu kanun ve nizamların meriyetinin manası anlaşılabilir.

Gerek teşrii selâhiyet ihtilâfları ve gerek kazaî selâhiyet ihtilâfları, bir hakimiyet meselesidir. Birincisinde, bir devletin teşriî kudretinin, ikincisinde ise kazaî kudretinin, diğer bir devletin teşri ve kaza kudretine nisbetle cereyan sahasının tahdidini bahis konusudur.

§ 2 — Selâhiyetin taksimi :

Selâhiyet denildiği zaman bundan iki şey anlaşılabilir. Selâhiyet ya umumî veya hususî olur.

Umumî selâhiyet, muhtelif devletlere bağlı mahkemelerin birbirlerine nisbetle muayyen bir dâvayı görmek hususunda selâhiyetleri demektir. Bir dâvaya Türk veya Fransız mahkemelerinden hangisinin bakması lâzımgeldiği buna misâl teşkil eder. Umumî selâhiyet, Beynelmîl bir mahiyet arzeder. Hususî selâhiyet ise, muayyen bir devletin muhtelif mahkemeelrinin birbirine karşı selâhiyetidir.

Şu izahattan anlaşılacağı üzere, bir dâvanın rüyetinde her şeyden önce umumî selâhiyetin tayini lâzımdır. Mahkeme, umumî selâhiyeti haiz ise, hususî selâhiyeti haiz olup olmadığını araştırmak mecburiyetindedir.

Devletler hususî hukukunda ahkâmı şahsiye bahsinde umumî selâhiyetin tayini hususunda takip olunan esaslar, memlekette memlekete değişir. Bazı memleketlerde umumî selâhiyetin tayininde tarafların tâbiyeti mühim bir rol oynar. Bazı memleketlerde ise, umumî selâhiyet, tarafların tabiiyetine bakılmaksızın hususî selâhiyeti idare eden prensiplere tâbi kılınmıştır.

Umumî selâhiyetin tayininde tâbiyete ehemmiyet verilen memleketlerde bir devlet mahkemesinin umumî selâhiyeti haiz olması, mutlaka o devlet mahkemesinin hususî bakımdan selâhiyetli olmasını istilzam etmez. Zira umumiyetle hususî selâhiyet Actor Sequitur forum rei kaidesine tabidir.

İKİNCİ BÖLÜM

AHKÂMI ŞAHSİYEDEN DOĞAN TEŞRİİ SELÂHIYET
İHTİLÂFLARI

Ahkâmı şahsiyenin tevî edeceği teşriî selâhiyet ihtilâflarını aslî ve surî şartlardan doğan ihtilâflar olmak üzere iki kısımdan incelemek lâzımdır.

§ 1 Aslî şartlardan doğan ihtilâflar:

MUVAKKAT KANUNUNUN 4 üncü maddesinde, akid ve fesih nikâh ve tefriki ebdan ve übüvvet ve nesep ve tebenni gibi hukuku aileye ve rüşd ve mezuniyet ve hacir ve vesayet gibi ehliyet ve emvali menkûleye ait vasiyet ve terekelere müteallik bulunan dâvalar millî kanunlara tâbi kılınmıştır. Aynı maddenin son fıkrasında, «ihtilâfı kavanin' halinde Hukuku Huhusiye Düvel kavaidine tevfikân muamele olunacağı» beyan edilmektedir.

Bununla ne kastedilmektedir?

Mezkûr madde, ahkâmı şahsiyede millî kanunun selâhiyetli olduğunu beyan eylemekle beraber, alâkadarların muhtelif tabiiyette bulunmaları halinde hangi kanunun tatbik edileceğini tasrih etmediği gibi, mevzu bahs şahısların vatansız veya birden ziyade tâbiyete malik olmaları takdirinde hangi kanunun hükümlerine ittiba edileceği hakkında da bir sarahat ihtiva eylememektedir. İşte, bu kabil hallerde tatbiki lâzım gelen kanunu tayin etmek için hâkimin, *DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKU* kaidelerine tevfikân hareket etmesi gerekmektedir.

Bu izahlarımıza misâl olmak üzere burada *YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİNİN* iki kararından bahsetmek faydalı olur kanaatindeyiz.

Bu kararlardan bir, 4248 numaralı olup 14/10/1943 tarihinde itti-haz edilmiştir.

Hâdise şu idi: Türk tebasından bir kadın bir İtalyan'la velenmiş bilâhare İstanbul'da kocası aleyhine boşanma dâvası açmıştır. *VATAN-DAŞLIK KANUNUMUZUN* 13 üncü maddesi mucibince, bu kadın Türk vatandaşlığını muhafaza ettiği için karı koca ayrı tabiiyettedir. Kocanın millî kanununda boşanma müessesesi kabul edilmemiş olması itibarıyla Türk mahkemesine intikal eden bu dâva ehemmiyet arz etmektedir. *YARGITAY* bu ihtilâfı, Türk tebasından olan dâvacının boşanma dâvası

hiç bir yabancı kanun ile takyid edilemeyeceği» mucip sebebine müsteniden Türk Kanununun tatbiki suretiyle halletmiştir.

Diğeri ise 5093 numaralı olup 21/10/1949 tarihinde verilmiştir.

Hâdise şu idi. Evlilik dışında yabancı ana babadan doğan bir çocuk, anasının bilâhare telsik yoluyla Türk tâbiyetini iktisap etmiş olması neticesinde *VATANDAŞLIK KANUNUNUN* 5 inci maddesinin 2 nci fıkrası gereğince Türk olmuş ve çocuğun 4727 sayılı kanun hükümleri mucibince meşru çocuk olarak tescili talep edilmiştir. YARGITAY, dâvalı, çocuğun nesebini inkâr etmiş ise de yapılan muhakeme ve tahkikat neticesinde çocuğun tarafların karı koca gibi vaki münasebetlerinden meydana geldiği sabit ve muhakemece de bu suretle kanaat hasıl olmuş ve ana Türk tabiiyetine kabul edilmiş olmak itibariyle *VATANDAŞLIK KANUNUNUN* 5 inci maddesinin 2. fıkrası mucibince küçük anasının tabiiyetine tâbi ve bu cihetle 4727 sayılı kanunun tatbiki muktazi olup dâvalının Haymatlos ve ananın evvelce yabancı bir tâbiyette olması hâzî tesir bulunmamış» demek suretiyle ihtilâfı halleylemiştir. (1)

Eu karardan da anlaşılacağı veçhile, baba ile çocuğun ayrı tâbiyette bulunması halinde nesebe müteallik bir ihtilâf çocuğun kanunî olan Türk kanuniyle halledilmiş oluyor.

Biraz evvel de söylediğimiz gibi, *TÜRK DEVLETLER HUSUSİ HUKUKU* Ahkâmı şahsiye mesailinde millî kanun «Lex Patriae» esasını kabul eylemiş bulunmaktadır. Ancak bu kanunun tatbiki mutlak değildir. Bazı hallerde bu kanun yerine diğeri bir kanunun ikame edilmesi lâzımgelir bi bunun da amme intizamı, atıf, vasıf ve bir de Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununun 76 ncı maddesi hükmile ihdas edilen vaziyetten ibarettir. Her biri başlı başına birer etüd mevzuu teşkil edecek ehemmiyette olan bu hususları burada kısaca izah eylemek zait olmaz.

1 — İntizamı amme: ahkâmı şahsiye meselelerinde selâhiyetli kanunun tatbiki mahallî intizamı ammeyi, yani Türk amme intizamını ihlâl etmemek lâzımgelir. İstisnâî bir mahiyet arzeden ve hâkimin takdirine bırakılmak icabeyleyen intizamı amme *MUVAKKAT KANUNUNUN* 4 üncü maddesinin son fıkrasında kabul ve teyid edilmiştir. Fihakika işbu fıkraya nazaran «ve bu suretle intizamı ammeyi devlete mugayir olma-

(1) Bu karar için bk. Halit Kömürcüoğlu - Hilmi Ergüney, Şahıs, Aile ve Miras Hukuku, 1952, sf. 297.

mak şartıyla hükümeti matbuaları kavanine tevfikan muamele» olunacaktır.

Bu hüküm açıkça gösteriyor ki, amme intizamı Türk hukukunda hâkimin takdirine terkedilmiş olup, intizamı ammeye taallûk eden hususların tadadı cihetien gidilmemiştir.

Bu mebhasde şu noktaya temas etmek lâzımgelir ki, anıme intizamı yalnız selâhiyetli yabancı kanunun tatbikine mani olmakla, yani menfi tesir icra etmekle kamaz, bazan da selâhiyetli kanunun yerine kaim olarak ihtilâfın halline hizmet eder.

2 — Atıf: Selâhiyetli kanunun, meselenin hallini başka bir kanuna havale etmesi halinde atıf vardır denilir.

Bunu bir misâl ile izah edelim :

Türk hukukunda menkûl mirastan mütevellit ihtilâflar müteveffanın millî kanununa «Lex Patriae defuneti» tâbidir. Türk kanununun selâhiyetli kıldığı millî kanunun, meselenin hallini Türk kanununa veya başka bir devlet kanununa havale etmesi takdirinde *DEVLETLER HUSUSİ HUKUKUNUN* münakaşalı mevzularından biri olan atıf meselesi müvacehesinde bulunulur. Birinci halde bir, ikinci halde iki dereceli atıf mevcuttur.

Bazı müellifler atfın aleyhinde, bazıları lehinde deliller ileri sürmekte; bazı kanunlar atfı kabul, bazıları ise red etmektedir.

Türk hukukularının ekserisi atfın lehinde bulunmaktadır (1).

Biz, selâhiyetli addedilen kanunun, *DEVLETLER HUSUSİ HUKUKUNA* müteallik hükümlerinin tatbik edilmemesi lâzımgeldiği kanatnide olduğumuzdan atfın kabulüne taraftar değiliz. Ancak *TİCARET Kanununun* 601 nci maddesi, 606 ve 636 ncı maddelere şamil bir hüküm vazeylemektedir. Bu hükme nazaran «bir şahsın poliçe ile taahhüt altına girmesi için haiz olması lâzımgelen ehliyet tâbi olduğu devletin kanunu ile tayin olunur. Tabi olduğu devlet kanunu bu bapda diğer bir devlet kanununun selâhiyettar olduğunu mutazammın ise ancak o kanun tatbik kılınır.

(1) Abdülhak Kemal Yörük, Ameli ve Nazari Devletler Hususî Hukuku, 2. Bası 1950, sf. 129, Mustafa Reşit Belgesay, Devletler Hususî Hukukunda Adliye 1933, sf. 47. Aksi fikir, Muammer Raşit Sevig, Devletler Hususî Hukuku 2. Bası C. I. sf. 326.

Bu hüküm karşısında bahis mevzuu olan mesele şudur: Acaba, *Tİ-CARET KANUNUNUN* 601 inci maddesiyle kabul edilen atıf, yalnız poliçe, emre muharrer senetler ve çeklerde ehliyet hakkında mı kabili tatbiktir; yoksa, bunlar dışında kalan ahkâmı şahsiye mesailinde de hüküm böyle midir?

Bu, Türk Hukukçuları arasında ihtilâfıdır. Bazı müelliflere göre, atıf ancak mevridine makturdur. Binaenaleyh poliçe ve emre muharrer senetler dışındaki ehliyet meselelerinde ve diğer ahkâmı şahsiye maddelerinde atfa yer verilemez. (1).

Diğer bazı müellifler ise, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine kıyasen bir dereceli atfı, her halde ecebî kanunun Türk kanununa yaptığı atfı kabul etmek lâzımdır. (2).

Bizim bu mesele hakkındaki fikrimiz şudur: *TÜRK DEVLETLER HUSUSİ HUKUKU* sistemi, atfı kabul ettiğine nazaran bunun diğer ahkâmı şahsiye hususlarında da tatbiki mantıkî olur.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 1/1/1944 tarihinde ittihaz etmiş olduğu 460 sayılı kararında atfı kabul etmektedir.

Hâdise şu idi:

İngiliz tâbiyetinde bulunan bir şahsın akıl malûliyetine binaen hacir altına alınması Türk Mahkemesinden talep edilmiş, mahalli mahkeme, hacir ve buna mümasil hususlar ahkâmı şahsiyeye mütedair olup hacir altına alınması istenilen şahsın tabiiyetinde bulunduğu devletin millî kanunun tatbik edilmesi lâzımgelmesine ve İngiliz kanununda akıl zayıflığı ve buna mümasil sebeplerden dolayı bir kimsenin hacir altına alınacağına dair bir hüküm bulunmamış olmasına mebni, dâvanın reddine karar vermiştir.

2. *HUKUK DAİRESİ*, dâvacı vekili İngiliz mevzuatına göre ahkâmı şahsiye hususunda ikametgâh kanununun tatbiki lâzımgelceğini iddia etmiş olmakla bu cihet tahkik ve tetkik edilerek ve *HUKUK USULÜ MUHAKEMLERİ KANUNUNUN* 76 ncı maddesi sarahati de nazara alınarak hâdisenin o dairede halli lâzımgelirken yazılı şeklide karar ve-

(1) Muammer Raşit Sevig, Türk kanunlarının nüfuz sahası (İst. H. F. D. 1942 sayı 1 - 2 sf. 201) Abdülhak Kemal Yörük, a. g. e. sf. 125.

(2) Mustafa Reşit Belgesay, a. g. e., sf. 47; Salem, Droit international Privé de Turquie (Répertoire, C. VII) sf. 262

rilmesi yolsuz olduğundan hükmü bozmuş ve bu suretle atfın kabulü içti-
hadında bulunmuştur.

3 — Vasıf ihtilâfları: Hukukî müansebetin hukukî mahiyetini tayin-
den doğan vasıf ihtilâflarının hangi kanunla idare edileceği hususu ih-
tilâflıdır. Bir fikre göre, bu ihtilâfları dâvanın görülmekte olduğu mah-
keme kanunu «Lex fori» idare eder. Diğer bir fikre nazaran, vasıf ihti-
lâflarının hallinde selâhiyetli kanun ihtilâfa tatbik edilecek olan kanun
«Lex Causae» dir.

Kanunlarımızda vasıf ihtilâflarına dair bir hüküm mevcut değildir.
Türk doktrini, bu sahada umumiyetle kabul edilen sisteme taraftar
görünmekte, yani hâkimin kanununun selâhiyettar olduğu tezine iltihak
etmektedir. (1).

BURADA YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİNİN 2798 sayılı ve
24/5/1945 tarihli bir kararından bahsetmek yarinde olur.

Hâdise şu idi: Yunan tebasından birinin, ikamet etmekte olduğu İs-
tanbul'da mirasçı bırakmaksızın vefat etmesi üzerine, müteveffanın
menkûl ve gayri menkullerine vaz'iyed edilerek hazineye teslimi talep
edilmiş, mahalli mahkeme, müteveffanın Yunan tebasından olması dola-
yisiyle LOZAN MUAHEDESİ mucibince mahkemenin selâhiyetsiz bulun-
ması cihetinden dâvayı reddetmiştir.

Mahalli mahkemenin Lozan Muahedeisine merbut ADLİ SALAHİ-
YET Mukavelesi hükümlerine müsteniden dâvayı red etmesi doğru de-
ğildir. Çünkü Lozan Muahedesine merbut İKAMET VE ADLİ SELÂHİ-
YET MUKAVELESİ hükümleri, mukavele 7 senelik bir müddet için ak-
tedilmiş olduğundan halen meriyette değildir. MUVAKKAT KANUNUN
4 üncü maddesi gereğince bu dâvayı görmek Türk Mahkemelerinin yetki-
si dahilindedir. Bu sebebe mebnidir ki, doğrudan doğruya esasa giren
YARGITAY, YUNAN MEDENİ KANUNUNA göre bilâ varis vefat
edenlerin malları Yunan devlet hazinesine mirasçı olarak mı yoksa sa-
hipsiz mal olmak itibariyle mi kaldığı incelenerek mirasçı olarak kalı-
yorsa menkuller hakkında talebin red ve aksi takdirde kabulü ve
YUNANİSTAN'LA - TÜRKİYE arasında bu hususta bir mukavele varsa
mutlaka mukavele veçhile karar verilmesi lâzımgelirken bu noktalar in-

(1) Muammer Raşit Sevig, a. g. e., C. 1, sf. 335 ve Abdülhak Kemal Yörük a. g. e.,
sf. 31 ve Mustafa Reşit Belgesay, a. g. e. sf. 67.

celenmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi muhalif kanun olduğundan hükmün bozulmasına karar vermiştir.

Bu kararın tahlilinden de anlaşılacağı üzere, *YÜKSEK MAHKEME*, burada hâkimin kanununu değil, ihtilâfa tatbik edilmesi lâzımgelen kanunu yani «Lex Causae» yi tatbik etmiş bulunmaktadır.

4 — Yabancı hukukun isbatı: Selâhiyetli addolunan yabancı kanunun muhtevasını tayin mevzuunda devletlerce kabul ve tatbik edilmekte olan sistemler birbirinden farklıdır.

Bir sisteme göre, taraftar tatbiki icabeden yabancı kanunun muhtevasını isbat eylemekle mükelleftir. Çünkü, yabancı hukuk bir vakıadır. Binaenaleyh taraflarca isbat edilmek lâzımgelir.

Diğer bir sisteme nazaran, yabancı kanun, hâkim tarafında resen nazarı itibara alınmak ve tatbik olunmak gerekir.

HUKUK MUHAKEMELERİ USULÜ KANUNUNUN 76 ncı maddesi, bu mesele hakkında şu hükmü vazedmiştir: «Hâkim resen Türk kanunları mucibince hüküm verir. Ancak bir ecnebi hukukun tatbiki lâzım olan hallerde buna istinad eden taraf o kanun hükmünü isbatla mükelleftir. İsbat olunmazsa Türk kanunları mucibince hükmolunur.»

Görülüyor ki, bu madde bazı ahvalde yabancı hukukun tatbiki lâzımgeldiğini âmirdir. Hangi hallerde yabancı hukukun tatbiki lâzımgeldiğini hâkim, *TÜRK DEVLETLER HUSUSİ HUKUKU* hükümlerini nazara alarak tayin edecektir. Ancak kabili tatbik kanun hükmünü taraflar isbat etmekle mükelleftir. Yalnız burada nazarı dikkatten uzak tutulması lâzımgelen husus, tarafların yabancı kanunu isbat edemediklerini beyan etmiş bulunmalarının kâfi olmadığıdır. Burada ehemmiyetli olan cihet, yabancı hukukun hükümlerini isbat edemediklerini isbat etmek mecburiyetinde olmaalıdır.

§ 2 — Şeklî şartlardan doğan ihtilâflar

Hukukî bir muamelenin şeklinden doğması muhtemel kanunlar ihtilâfının, muamelenin vaki olduğu yer kanununa «Locus Regit Actum» kaidesine tâbi olacağı da eskidenberi kabul edilmiş bir esastır. Bu mehasde ihtilâflı olan nokta, bu kaidenin mecburi mi, yoksa ihtiyari mi olduğudur. Umumiyetle kabul edilen fikre göre, resmî senetlerde bu kaideme mecburi, hususî senetlerde taraflar aynı tâbiyette oldukları takdirde ihtiyarî, ayrı tâbiyette buldukları takdirde mecburidir. *TİCARET*

KANUNUNUN 612 nci maddesine göre, poliçeye dair akdolan bir taahhüdün şekli, taahhüt mezkûr hangi devlet memalığında akdolanmış ise o devletin kavanini ile tayin olunur, aynı kanunun 603. ncü maddesine nazaran, protestonun şekil ve müddeti ve poliçeye müteallik hukukun muhafaza ve istifasına ait bilcümle muamelât hangi memleket dahilinde icra kılınmakta ise o memleket kanunu ahkâmına tevfikân icra olunur.

HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNUNUN 97 nci maddesi ise, şöyle bir hüküm sevkeylemektedir: «Ecnebi memlekette usulüne tevfikân selâhiyattar memurlar tarafından tanzim veya tasdik kılınmış olan senetlerin mahallinde meri kanunlara mutabık olduğu mahalli Türkiye Konsolosu veya Türk siyasi memurları tarafından tasdik kılınmış ise, resmî senet hüküm ve kuvvetinde addolunur. Bu suretle tasdik kılınmamış senetlerin delil teşkil edip etmeyeceği mahkemece takdir olunur.

NÜFUS KANUNUNUN 35 inci maddesi Türk Konsolosu bulunmayan memaliki ecnebiyede Türk tebeası hakkında creyan edecek tevelli-dat ve münakehat ve talâk ve vefiyat vukuatı mukim oldukları mahal memurini müteallekasının tasdikini havi varakai resmiye üzerine kayıt ve icra olunur.

Bütün bu hükümler gösteriyor ki hukukumuzda da «*Locus Regit Actum*» prensibi kabul edilmiş bulunmaktadır.

Üçüncü Bölüm

Ahkâmı Şahsiyeden Doğan Kazâî Selâhiyet İhtilâfları

§ 1 — Yabancıların ahkâmı şahsiye dâvalarında selâhiyet:

Yabancıların ahkâmı şahsiye dâvalarında Türk mahkemeleri umumî selâhiyeti haiz midir?

MUVAKKAT KANUN, 4 üncü maddesinde bu hususta hüküm vazeylemektedir. Filhakika, mezkûr maddenin 2 nci fıkrasına nazaran «gayri müslim tebaai ecnebiyeye müteallik olup da akit ve feshi nikâh ve tefrik ebdan ve übüvvet ve nesep ve tebenni gibi hukuku aileye ve rüş mezuniyet ve hacir ve vesayet gibi ehliyete, emvali menkuleye ait vasiyet ve terekelere müteallik bulunan dâvaların mehakimi osmaniyyede rüşyet edilebilmesi tarafeynin birriza müracaatına veya tebaai osmaniyye-

nin alâkadar bulunmasına veyahut mehakimi osmaniyede derdesti rüyet deaviye müteferri olmasına mütevakkıftır.

Bu madde hükmünü gözönünde tutarak, Türk mahkemelerinin hangi hallerde selâhiyetsiz bulunduğunu tedkik edelim.

1 — *TÜRK MAHKEMELERİNİN SELÂHIYETSİZ OLMASI*: Ahkâmı şahsiyeye müteallik bir dâvada taraflar yabancı bir devlet tâbiyetinde iseler, Türk mahkemeleri umumî selâhiyeti haiz değildir. Ancak burada üzerinde ehemmiyetle durulması lâzımgelen nokta metinde mevcut «gayri müslim tebaai ecnebiye» tabiridir. Acaba Türk mahkemeleri yalnız müslüman olmayan ecnebi teb'anın ahkâmı şahsiye dâvalarında mı umumî selâhiyeti haiz değildir, yoksa müslim, gayri müslim tefriki yapmağa lüzum kalmaksızın bütün ecnebi teb'anın ahkâmı şahsiye dâvalarında hüküm böyle midir?

Kanaatimize göre, maddede mevcut, «gayri müslim teb'ai ecnebiye tâbiri yerine «tebai ecnebiye» tâbirini ikame etmek lâzımgelir. Çünkü, *MUVAKKAT KANUNUN* neşri tarihinde *TÜRKİYE*'de fıkıh ahkâmı cari idi. Fıkıh ahkâmı bakımından müslümanlar arasında fark mevcut değildi. Mezhepleri ne olursa olsun müslümanlar *TÜRKİYE*'de hep fıkıhı hanefiye tâbi idiler. Ahkâmı fıkhiyede müslümanların bu iştirâkini, tâbiyet ayrılığı dahi ihlâl edemezdi. Binaenaleyh, o zamanın esaslarına göre ecnebi tâbiyetinde bulunan bir müslüman, bir Türkten farklı muameleye tâbi olamazdı. Ahkâmı şahsiye hususunda asıl müslimlerle gayri müslimler arasında fark bulunduğuna göre, ancak ecnebilere gayri müslim olanların başka hükümlere tâbi olması iktiza ettiğinden Muvakkat kanunda adlî selâhiyet itibariyle vücuda getirilen fark ancak bu noktada tezahür edebilirdi. Müslim olan ecnebilere için ayrı hükümlere ve ayrı teşkilâta lüzum olamduğundan bunların ahkâmı fıkhiyeyi tatbik eden Türk mahkemelerinde ahkâmı şahsiyeye müteallik dâvalarının rüyetine hiç bir mani yoktu. İşte bunun içindir ki, istisna ancak gayri müslim tebai ecnebiyenin ahkâmı şahsiye dâvalarında varit olmuştur. Bugün medeni ahlâkımız sekülerize edilmiş olduğundan din esasına müstenit bir tefrike mahal kalmamıştır. (1) Netekim müstekar Türk mahkeme içtihatları da bu noktai nazarı teyi eder mahiyettedir.

Burada ehemmiyetli olan diğer bir cihet de, tâbiyetsizlerin «Hay-

(1) Muammer Raşit Seviğ, Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilâfı Kaidelerinin Sentezi, 1941 sf. 50 - 51, ayrı fikir, İsmail Hakkı Karafakih, Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları 1952, sf. 119. Mustafa Reşit Belgesay, a. g. e., sf. 96.

matlosların» ahkâmı şahsiye dâvalarında Türk mahkemelerinin umumî selâhiyeti haiz olup olmadığıdır.

Dâvada taraf olanlardan her ikisi de tabiiyetsiz ise, Türk mahkemeleri bunların yabancı olmak itibarile dâvalarını görmeğe selâhiyetsiz midir? Fikrimizce, bu suale menfi cevap verilmek lâzımgelir.

Çünkü, bir kerre, ahkâmı şahsiye dâvalarında Türk mahkemelerinin selâhiyetsizliği, bu dâvaların millî mahkemelerde görülmesi lâzımgeldiği hakkındaki prensibin bir neticesidir. Tabiiyetsizin herhangi bir devletle irtibatı olmamasına mebni, bunların millî mahkemelerinden bahsetmek imkânı yoktur. Bundan başka, 4 üncü maddede «tebaai ecnebiye» tâbiri kullanılmaktadır. Malûm olduğu üzere «Ecnebi» ile «Ecnebi teb'a» aynı manayı ifade etmez. Ecnebi, daha umumî ve şümûllü bir tâbir olup, bir devlet ülkesinde bulunan ve o devletin tabiiyetini iddiaya hakkı olmayan kimse demektir. Muayyen bir devlete bağlı bulunan, bir tabiiyeti haiz olan şahıslarla, tabiiyetsiz bulunan şahıslar, bu mefhumun şümûlü dahilindedir. Buna mukabil «teb'ai ecnebiye» tâbiri daha dar bir mefhum olup yalnız bir devlete bağlı bulunan şahısları şümûlü dahiline alır.

Şu izahat da gösteriyor ki, yabancı ile yabancı tebaa arasında umum ve hususu mutlak kaidesi caridir. Her ecnebi, ecnebi tebaa değildir. Halbuki her ecnebi tebaa, ecnebidir.

Zikri geçen madde yabancı tebaanın ahkâmı şahsiye dâvalarında Türk mahkemelerine prensip itibariyle umumî selâhiyet vermemeğe olmasına ve tabiiyetsizler yabancı tebaadan madut bulunmadığına nazaran bunların ahkâmı şahsiye dâvalarını rüyete Türk mahkemelerinin selâhiyetli olacağı neticesine varılabilir. Esasen Devletler Hususî Hukukunda kabul edilen esasa göre, tabiiyetsizler dâva hakkı noktasından ülke-lerinde buldukları devlet tebaası gibidirler. Ahkâmı şahsiye dâvalarında gerek her iki tarafın ve gerek taraflardan birinin Haymatlos olması halinde Türk Mahkemelerinin yetkili bulunması icabeder.

II — Selâhiyetsizliğin istisnaları:

Ecnebi tebaanın ahkâmı şahsiye dâvalarında Türk Mahkemelerinin umumî bakımdan selâhiyetsiz olması, mutlak bir prensip değildir. Bu selâhiyetsizliği bertaraf eden bir takım istisnalar mevcuttur. Bu istisnalardan birinin mevcudiyeti takdirinde Türk mahkemeleri selâhiyeti haiz olur.

Bu istisnaları, iki gurup etrafında toplayarak tedkik etmek icap eder. Birinci guruku teşkil eden istisnalar üç tanedir ki *MUVAKKAT KANUNDA* derpiş edilmektedir. İkinci gurubu teşkil eden istisnalar ise, mahkeme içtihatlarına müstenit olup iki tanedir.

1 — *MUVAKKAT KANUN* derpiş ettiği istisnalar.

A — Tarafların birrıza Türk mahkemelerine müracaatı: Taraflar birrıza Türk mahkemesine müracaat ettikleri, yani Türk mahkemelerinin selâhiyetini kabul eyledikleri takdirde, Türk mahkemeleri umumî selâhiyeti laiz olur. Tarafların bu husustaki rızası sarîh olabileceği gibi, zımnî de olabilir. Taraflar aralarında akdettikleri mukavelede ihtilâfın Türk mahkemelerinde görüleceğini veya dâvacı, dâva arzuhalinde, müddealeyh cevap lâyihasında Türk mahkemelerinin selâhiyetini kabul etmişerse sarîh rıza müvacehesinde bulunulur. Yabancı Türk mahkemesine müracaat etmiş, müddealeyh, selâhiyetsizlik itirazında bulunmamış ise zımnî rıza mevcuttur.

Dava'da taraflar müetaddit ise hepsinin Türk mahkemesinin selâhiyetini kabul etmiş olması lâzımgelir. Birinin selâhiyet itirazında bulunması halinde Türk mahkemesi dâvayı rüyet edemez.

Müddealeyh *BAKANLAR KURULUNUN* kararnameşi veçhile kendisine tebligat yapılamıyacak kimselerden ise (1) ne olacaktır?

Bu kararname tebigata mani olduğuna göre birrıza müracaat imkânı tasavvur olunabilir mi?

Burada şu ihtimâller hatıra gelebilir.

a — Her iki taraf Türk mahkemesinin umumî selâhiyetinin kabulünü tazammun eden bir anlaşma yapmış olabilirler. Bu takdirde bu anlaşmaya göre hareket etmek iktiza eder.

b — Böyle sarîh bir rıza mevcut değilse, mesele ehemmiyet kesbedecektir. Zımnî rıza bahis mevzuu olabilmek için tebligatın yapılmış olması gerekir. Halbuki bu kararname böyle bir tebliğin yapılmasına manidir. Bu itibarla zımnî rıza ile Türk mahkemesinin selâhiyetli kılınmasına imkân yoktur.

Taraflar Türk mahkemesinin selâhiyetini kabul ettikleri takdirde bundan rücu edemeyecekleri gibi müddealeyh dâvaya cevap vermemiş veya vermesi mümkün değil ise dâva Türk mahkemesinde rüyet edilemez.

(1) Bu kararname 9 - 12 - 1931 tarih ve 12010 numaralıdır.

B — Dâvada bir Türkün alâkadar olması · Dâvada bir Türkün alâkadar olması halinde Türk mahkemesinin selâhiyetsizliği bahis mevzuu olamaz. Çünkü, bir devletin kendi tebaasının alâkadar olduğu işlere adliyesiri kapalı kulunduramayacağı aşikârdır. Burada ehemmiyeti haiz olan mesele «alâkadar» kelimesinin şümulünü tayindir. Acaba bununla yalnız Türklerin dâvada taraf olması mı kastedilmektedir. Biz, bunun yalnız Türklerin dâvada taraf olması haline münhasır olamayacağı, daha geniş bir mana ifade ettiği kanaatindeyiz. B'naenaleyh, taraflardan birinin Türk olması veya mirasa taallük eden bir ihtilâfta mirasçılardan birinin Türk tabiiyetinde bulunması, vevahut müteveffanın Türk tâbiyetinde mirasçılardan yabancı olması hallerinde Türk mahkemesi selâhiyetli olacaktır. Bütün bu izahattan şu netice istihraç edilir: Dâvada bir Türkün alâkadar olması takdirinde Türk mahkemeleri selâhiyetlidir.

Dâvada alâkadar olan şahıs birden ziyade tâbiyete malik ve bu tâbiyet'lerden biri Türk tâbiyeti ise, bu şahsın diğer yabancı bir devlet tâbiyetine malik bulunması, dâvanın Türkiye'de görülmesine mani teşkil edemez. Ancak tâbiyetlerden hiç biri Türk tâbiyeti olmadığı zaman, diğer istinaf hallerden biri mevcut olmadıkça Türk mahkemesi bahsetmekte olduğumuz istisnaf hükme müsteniden dâvayı görmeğe selâhiyetli değildir.

c — Dâvanın Türkiye'de görülmekte olan bir dâvaya müteferri olması: *MUVAKKAT KANUNUN* Türk mahkemelerinin selâhiyetsizliğine vazettiği üçüncü istisnayı, dâvanın Türkiye'de derdesti rüyet bir dâvaya müteferri olması hali teşkil eder. Yalnız burada «müteferri» kelimesinin tazammun ettiği manayı tebarüz ettirmek iktiza eder. Bu hükme göre, Türk mahkemelerinin selâhiyetli olabilmesi için, bu iki dâva yani açılan dâva ile derdesti rüyet dâva arasında bir irtibat olmalıdır. Dâvalar, birbirlerinden tamamen müstakil ise bu irtibat mevcuttur denilemez. Meselâ Türkiye'de görülmekte olan bir boşanma dâvasında ayrıca boşanmadan dolavı tazminat dâvası açılmış olsa bu ikinci dâva Türk mahkemesinde görülmekte olan boşanma dâvasına müteferri bir dâvadır, binaenaleyh müteferri kelimesinden bir meselei müset'hire anlaşılacak lâzımgelir.

Burada *YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİNİN* 20/11/1950 tarihinde ittihaz ettiği 5530 sayılı kararından bahsetmeliyiz.

Hâdise şu idi: Türk tebaasından bir kadın Mısır tâbiyetinde bulunmuş birle evleniyor, bir müddet sonra koca, karısı aleyhine İstanbulda

boşanma dâvası açıyor. Mahkeme cereyan ederken karı, müddei kocasının hacir altına alınması için Sulh Hukuk Mahkemesine müracaat ettiğinden bahsile boşanma dâvasının bu dâva sonuna kadar tehir olunması talebinde bulunuyor. Müddei vekili ise ahkâmı şahsiyeye müteallik bir dâva olması itibariyle hacir dâvasının Mısır'da görülmesi lâzımgeldiğini beyan ediyor. Mahkeme dâvayı rüyetle boşanmaya karar veriyor.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ, Dâvacının aklı zaafa müptela olması dolayısıyla hacir altına alınması hususunda selâhiyetli mahkemeye müracaat edilmiş bulunduğu iddia edilmiş olmasına ve bu idianın kabulüyle o şekilde karara bağlanması halinde görülmekte olan işbu dâvadaki dâvacının ehliyetine müessir bir durum husule getireceği tabii bulunmasına ve mumaileyhin ecebi tâbiyetinde oluşunun *TÜRKİYE*'de görülmekte olan bir dâvaya taallûk etmesi dolayısıyla tahkikine mani bir sebep teşkil etmeyeceğine nazaran hükmü bozmuştur.

Biz *YÜKSEK MAHKEMENİN* hacir dâvasının Türkiye'de görülmekte olan boşanma dâvasına taallûk etmesi hakkındaki mucip sebebini verinde bulmuyoruz. Kanaatimize göre hacir dâvası boşanma dâvasına müteferri bir dâva olmayıp tamamen müstakildir (1).

2 — Mahkeme içtihatlarına müstenit istisnalar:

A — Dâvanın intizamı ammeye taallûk etmesi: Ahkâmı şahsiye dâvası, amme intizamı ile ilgisi olduğu takdirde Türk mahkemelerinde görülebilir mi?

Bu hususta *MUVAKKAT KANUNDA* bir sarahat mevcut değil ise da, buna müsbet olarak cevap vermek lâzımgelir. Çünkü, *DEVLETLER HUSUSİ HUKUKUNDA* her devletin amme intizamını alâkadar eden kanunlarının yerliler hakkında olduğu gibi yabancılar hakkında da tatbik olunması kabul edilmektedir. *YARGITAYIN* bu esası teyid eyliyen müteaddit kararları mevcuttur. Biz bunlardan en yenisini zikrile iktifa eyliyeceğiz.

Hâdise şu idi: İran tebaasından bir kadın tarafından yine aynı tâbiyette bulunan kocası aleyhine nafaka dâvası açılmış, mahallî mahkeme tarafların İran tebaasından oldukları anlaşılmalı ve ecebilerin ahkâmı şahsiyeye ait işlerinde alâkahların hepsi *TÜRKİYE CUMHURİYETİ MAHKEMESİNİN* kaza hakkına razı olmadıkça bu kabil dâvalara bakılamıyacağı

(1) Bu karar hakkında daha fazla tafsilât için Bk. Osman Fazıl Berkî (Ank. H. F. D. 1951. Sayı 3 - 4 sf. 744 - 745).

tasrih edilmiş, dâvalı Yargıçlığın kaza hakkını kabul etmemiş olmasına mebni dâvanın reddine karar vermiştir.

2. *HUKUK DAİRESİ* ise 30/11/1951 tarihinde ittihaz ettiği 7493 sayılı kararında, tarafların İran tebaasından olmaları tedbir kabilinden olan bu gibi nafaka dâvalarının Türk mahkemesince rüyet ve tetkikine mani teşkil edemeyeceği mucip sebeple hükmü bozmuştur.

B — Mücbir sebep dolayısıyla tarafların millî mahkemelerine müracaat edememeleri: Ahkâmî şahsiye dâvalarında tarafların, mücbir sebepler dolayısıyla millî mahkemelerine müracaat edememeleri halinde de Türk mahkemelerinin selâhiyetsizliğinin bahis mevzuu olmaması icabeder.

Aksi takdirde, şahıslara tanınan dâva hakkı inkâr ile adaletin tecellisine mani olunmuş olur. Gerek maddî olsun ve gerek hukukî olsun mücbir sebebin mevcudiyeti dâvanın Türkiye'de görülmesini mucip olur.

Netekim *YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ* 6/4/1945 tarihinde verdiği 1922 numaralı kararında bu içtihatla bulunmuştur.

Hâdise şu idi: Türkiye ile Almanya aarsında siyasî münasebetlerin kesilmiş olması sebebiyle Türkiye'de enterne edilmiş olan Alman tâbiyetinde bulunan karı koca arasında mütehaddis boşanma dâvasının muhakemesi sırasında müddaaelyh koca, bu dâvanın Türkiye'de görülemeyeceğini beyan etmiş ve mahkeme dâvanın reddine karar vermiştir.

YÜKSEK MAHKEME, Dâvacı boşanma ile birlikte ayrı mesken ittihazını ve nafaka takdirini de istemiş ve taraflar Almanya ile siyasî münasebetlerin kesilmiş olmasından dolayı gözaltı edilip vaziyet itibariyle *ALMANYA'YA* giderek orada dâva açması mümkün bulunmamış olmasına mebni usulen dâvaya bakılmak lâzımgelirken reddine karar verilmesinde isabet görülememiş olduğundan hükmü bozmuştur.

§ 2 — Türklerin Ahkâmî Şahsiye Dâvalarında Selâhiyet

Yabancı memleketlerde ikamet eden Türklerin ahkâmî şahsiye dâvalarında Türk mahkemeleri umumî selâhiyeti haiz midir?

HUKUK USULÜ MUHAKE MELERİ KANUNUNUN 18 inci maddesi hükmü gözönünde tutulacak olursa: bu suale müsbet şekilde cevap vermek lâzımgelir. Elhakika, bu maddeye göre «TÜRKİYE'de ikametgâhı bulunmayan Türk tebaası TÜRKİYE'de sakin değilse ahkâmî şahsiye noktasından TÜRKİYE'DEKİ son ikametgâhı mahkemesine bulunmadığı halde Ankara Mahkemesine tâbidir.

Bu madde hükmünden Türkiye'de mukim ve sâkin olmayan Türk vatandaşlarına ahkâmı şahsiye noktasından kolaylık göstermek için TÜRKİYE'DE açacakları dâvalara bir merci tayin edildiği manası çıkarılmamak lâzımdır. Bu maddeden anlaşılması lâzımgelen şey şudur: Yabancı memleketlerde bulunan Türklerin ahkâmı şahsiye dâvalarını görmek hususunda yabancı devlet mahkemeleri selâhiyeti haiz değildir. Başka bir tâbirle, bu hüküm, bir dereceye kadar (MUVAKKAT KANUNUN 4. maddesinin kazaî selâhiyete mütedair vazettiği hükme mütenazırdır.

Bu mebhasde üzerinde ehemmiyetle durulması lâzımgelen bir nokta mevcuttur. Bazı Türk Hukukçuları 18 inci madde hükmünün yalnız Türk tâbiyetinde bulunan müddaaleyhler hakkında kabili tatbik olduğunu kanaatinde iseler de biz bu fikre iltihak edemiyoruz. Çünkü, maddede müddei müddealeyh tefriki yapılmamakta, umumî olarak Türkiye'de ikamet etmeyen Türk tebaasının ahkâmı şahsiyesi mevzu bahis olmaktadır. Eğer kanun vazının maksadı, Türkler aleyhine açılacak ahkâmı şahsiye dâvaları olsa idi, maddenin tamamen başka şekilde kaleme alınmış olması lâzımgelirdi. Bu itibarla maddede kullanılan Türk tebası tâbiri (1) hem müddeiye hem de müddealeyhe şamildir.

Burada üzerinde durulması lâzımgelen diğer bir mesele de, bu madde hükmünün Medenî Kanununun 300. maddesi hükmünü tadiledip etmediği keyfiyetidir.

Profesör Mustafa Reşit Belgesay'a göre, bu madde, *MEDENİ KANUNUN* 300. maddesini tâdil etmiştir. (2)

Profesör Muammer Raşit Seviğ, aksi fikri müdafaa etmekte ve demektedir ki: «Ancak bu mütalaayı *HUKUK MUHAKEMELERİ USULÜ KANUNUNUN* 24. maddesi hükmüne uygun görmediğimizden bir zühûl bulunduğu kanaatindeyiz. Zira 24. madde alelhusus - kanunu medeni ile selâhiyet hakkında vazolunan hükümler mahfuzdur - dediğine göre, bu hükmü kabul eden aynı *HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNUNUN* 18 nci maddesinin zımnen *MEDENİ KANUNUN* selâhiyetine mütedair olan 300 üncü maddesini tâdil etmesi mutasavver değildir». (3)

Müsetnit olduğu mucip sebepler karşısında bu ikinci fikrin kabullüne taraftarız. Kanaatimize göre, 18 inci madde her şeyden önce Türklerin ahkâmı şahsiye dâvalarında umumî selâhiyet hakkında hüküm vaze-

(1) Mustafa Reşit Belgesay, a. g. e. sf. 103, İsmail Hakkı Karafakih a. g. e. sf. 61.

(2) Mustafa Reşit Belgesay, Pratik Hukukta Hukuk Usulü Muhakemesi, sf. 54.

(3) Muammer Raşit Seviğ, Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilâfı kaidesinin sentezi, sf. 22.

diyor. Ondan sonra da hususî selâhiyeti haiz olan mahkemeyi gösteriyor. Medeni kanunun 300 üncü maddesinde bahis mevzuu olan hüküm hususî selâhiyet hakkındadır. Bundan başka Medenî Kanunda hususî selâhiyeti haiz bir Türk mahkemesi bulmak mümkün olmadığı hallerde 18 inci madde hükmünün bu boşluğu doldurmak gayesine de matuf olduğunu söylemek icabeder.

Biraz evvel ifade edildiği gibi, 18 inci maddenin sevkettiği hüküm, yalnız umumî selâhiyete değil, aynı zamanda hususî selâhiyete de mütealliktir.

Bu maddeye göre hususî selâhiyeti haiz olan mahkemeyi tesbit edebilmek için, bir tefrik yapılması kitza eder.

Türkiye'de ikâmetgâhı olmayan Türk tebaası, Türkiye'de ya sâkindir veya değildir. Sâkin ise, sâkin olduğu yer mahkemesi hususî selâhiyeti haizdir. Sakin değilse, TÜRKİYE'de son ikametgâhı olup olmadığına bakmak lâzımgelir. Son ikametgâhı varsa o yer mahkemesi, mevcut değilse Ankara Mahkemesi hususî selâhiyet haiz olacaktır.

Böylece ahkâmı şahsiyeden doğan teşrii ve kazaî selâhiyet ihtilâflarını gözden geçirmiş oluyoruz. Bütün bu izahlarımızdan şu neticeyi istihraç etmek mümkündür:

1331 TARİHLİ MUVAKKAT KANUNUN, teşrii selâhiyet ihtilâfları bakımından gayri kâfi hükümleri muhtevi ve ihtiyaçları karşılamaktan uzak olduğunu itiraf etmek zorundayız. Kanunlar ihtilâfı, bir kaç madde-lik kanunlarla halledilecek meselelerden değildir. Bu sebebe binaen, mu-fassal bir kanuna olan ihtiyaç meydandadır.

Gerek bu kanunun ve gerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun kazaî selâhiyet hakkındaki hükümleride tatmin edici bir mahiyet arzetmemektedir.

MUVAKKAT KANUNUN OSMANLI DEVLETİ tarafından bir taraflı olarak ilgası o zaman protestolara maruz kalmış ve devletler tarafından ilganın bir anlaşma ile teyidi arzusu açıklanması üzerine İstanbul'da bir konferans toplanması kararlaştırılarak bazı devletlerin mu-rahhasları İstanbul'a gelmişti. O sırada **DEVLETİN BİRİNCİ DÜNYA SAVAŞINA** girmesi dolayısıyla bu konferans toplanamamış ise de devlet kapitülasyonlardan istifade eden devletler hakkında biraz cemilekârane hareket lüzumunu hissettiği için mezkûr kanun projesini tanzim ettirmiş ve proje kanuniyet iktisap etmiştir. Bu hareket tarzı icabı olarak öte-

denberi emel edindiğimiz kaza birliği esas kanuna konamamış ve ecnebilerin şahsî ahkâmına taallûk eden dâvaları için bir istisna kabul edilmiştir. (1).

Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununun 18 inci maddesi hükmünü de doğru buluyoruz. Zira, ecnebi memlekette bulunan Türklerin ahkâmı şahsiyeden mütevellit ihtilâflarını hallettirmek için memleketimize gelmelerini istemek, ekseriyetle böyle bir dâvadan vazgeçmelerini mucip olur. Diğer taraftan, bu ihtilâflarda hakkın isbatı için delillerin mahallinde toplanması kolaydır. Bu delillerin, ihtilâfların doğduğu mahalle uzak memleket hâkimi tarafından toplanması ve takdiri halinde uğranılacak müşkilât inkâr edilemez.

Hiç şüphe yok ki bu hüküm tebaanın hukukunu siyanet etmek maksadiyle vazedilmiştir. Fakat bu menfaati temin etmekten uzaktır (2).

Bu itibarla ahkâmı şahsiye dâvaları hakkındaki şahsî görüşümüzü iki noktada toplamak mümkün olacaktır:

1 Mensup oldukları devlet kanunu veya mahkeme içtihatları tarafından Türkiye'de verilecek hükümlerin tanınması şartıyla, Türk mahkemeleri, yabancıların ahkâmı şahsiye dâvalarında umumî selâhiyeti haiz olmalıdır. Bu şartın nazarı itibara alınmasını, mahkemelerimizin beyhude yere karar vermelerine mani olmak için zarurî görmekteyiz.

2 — Yabancı memleketlerde bulunan Türklerin ahkâmı şahsiye dâvalarını, münhasıran Türk mahkemelerine tâbi kılan hükmün de kaldırılması, Türkler hakkında selâhiyetli yabancı mahkemelerin verecekleri kararları tanımak muvafık olur.

(1) Nusret Metya, Kanun İhtilâfları ve muhtelif sistemler (Medeni Kanunun 15 yıl dönümü için 1944: sf. 914 - 915

(2) Abdülhak Kemal Yörük, a. g. e., 1937 Kitap IV. sf. 28 not. 1.