

Velâyetten doğan kanun ihtilâfları

Halûk TANDOĞAN
Medenî Hukuk Asistanı

GİRİŞ

§ 1. Konu, § 2. Velâyetin tarif ve mahiyeti. § 3. Kanunlar ihtilâfı problemi.

§ 1. Konumuzu velâyet müessesesine taallûk eden kanunlar ihtilâfı problemleri ve bunların hal tarzları teşkil etmektedir. Bu hal tarzları bir taraftan kanunlar ihtilâflarını hal hususundaki umumî sisteme, diğer taraftan velâyet müessesesinin mahiyeti hakkında kabul edilen görüşe bağlıdır. Bu itibarla, evvelâ, adı geçen müessesenin modern memleket mevzuatındaki karakterini belirtmek yerinde olur.

§ 2. Velâyet, muasır hukuk sistemlerinde, aile reisine çocukları üzerinde tanınan mutlak ve inhisarî bir kudret olmak vasfını tamamen kaybetmiştir; bu, ailenin partiarkal şeklinden uzaklaşmasının bir neticesidir. Bugün, aile otoritesi münhasıran babaya ait olmadığı gibi, çocukların himayesi endişesi velâyetin organizasyonunda en önde gelen bir yer işgal etmektedir. Bu sebeple, velâyet tabiri, zamanımızda, ana ve babanın küçük olan (1) çocuklarına karşı mükellef oldukları terbiye, infak ve sıyanet vazifelerinin ve onların bu vazifeleri iyi bir şekilde ifa edebilmelerini temin için, onlara, çocuklarının şahısları ve malları üzerinde tanınan hakların bütününe ifade etmektedir. (2).

(1) Mk. m. 262 f. II ye göre hacredilen çocuklar dahi ana babanın velâyeti altına konabilir.

(2) Türk-İsviçre MK. ları sisteminde «velâyet» le «ebeveynin çocuk malları üzerindeki hakları» ayrı fasıllarda tanzim edilmiştir; bununla beraber bu tertip tarzı tenkid edilmektedir. Curti-Forrer, m. 273 No: 2. Geniş mâ-mâda velâyet hem şahıs hem mallar üzerindeki haklara şamildir.

Böylece, velâyet, ailede çocuklarla ana baba arasındaki münasebetleri tanzim ettiği nisbette, aile statüsünün esaslı bir parçasını teşkil eder. Fakat o, bundan başka, ailenin kucağında küçük çocukların himayesini gerçekleştirdiği ölçüde, ehliyetsizlerin himayesi müesseselerine ve bilhassa vasayete kıyaslanabilir (3).

§ 3. Velâyetten doğan kanunlar ihtilâfı problemlerinden en basiti, *efradı aynı tâbiyette olan* bir aile yabancı bir memlekette sakin olduğu veya çocuğun yabancı memlekette malları bulunduğu vakit kendini gösterir: Yabancı memlekette, ana baba ile çocuklar arasındaki münasebetler hangi kanun tarafından tanzim ve idare olunacaktır?

VELÂYETİ İDARE EDEN KANUN

§ 4. A) Statü reel-statü personel tefriki, § 5. B) İngiliz sistemi, § 6. C) Savigny'nin nazariyesi, § 7. D) Şahsî kanun ikametgâh kanunu mu olmalıdır, millî kanunu mu olmalıdır?

§ 4. Velâyet müessesesini hangi kanunun idare edeceği hususunda muhtelif sistemler konulmuş veya teklif edilmiştir:

A) Halen terkedilmiş olan bir sistem statülerin reel ve personel olarak tefrikinden mülhem olur. Bu sisteme göre, velâyete müteallik muhtelif hususlar, çocuğun şahsını veya mallarını ilgilendirdiğine göre iki gruba ayrılmalıdır; şahsı ilgilendiren hususlara şahsî kanun (*lex personalis*), malları ilgilendiren hususlara malların bulunduğu mahal kanunu (*lex rei sitae*) tatbik edilmelidir. Bu hal sureti, eski Fransız hukukunda hâkim olduğu gibi (4), 1889 Montevideo Cenubî Amerika Medenî Hukuk Mukavelesi'nde de yer almıştır.(5).

§ 5. B) İngiliz hukuku, ilk bakışta icra mahalli kanununa (*lex loci executionis*) temayül eder görünmektedir: İngilterede yaşayan çocuğu üzerinde bir yabancı babanın haiz olacağı otoritenin şümulü, bir İngiliz babanın kendi çocuğu üzerindeki otoritesinin şümulünden fazla olamaz (6). Bununla beraber, İngiltere'de de statü persanel-statü reel tefrikinin yapıldığını gösteren birçok mahkeme kararları mevcuttur.

(3) Marty, No I.

(4) Marty, No. 16. Şahsî kanun olarak ikametgâh k. kabul ediliyordu.

(5) m. 14. m. 15 (Weiss, s. 147 den naklen). Bu mukaveleye göre şahıs üzerindeki haklar icra mahalli k. na tâbidirler.

(6) Westlake, s. 60 §4. Valéry, No 816.

§ 6. C) Büyük alman hukukçusu Savigny de, velâyet bahsinde şahıs ve mahallere ait hususlara tatbik edilecek kanunları ayırmaktadır (7). Ancak, onun, statü personel-statü reel taksimini gözönünde tuttuğu iddia edilemez; o, hukukî münasebetin mahiyetine en uygun kanunu araştırmakta ve ince tefrikler yapmaktadır. Savigny'ye göre, evlilik esnasında doğan çocuğun şahsı üzerinde babanın haiz olduğu haklar *çocuğun doğduğu anda* babanın ikametgâhının bulunduğu mahal kanununa tâbi olmalıdır. Buna mukabil, baba ile çocuk arasındaki mallara müteallik münasebetlerden tahaddüs edecek ihtilâflar, o anda babanın ikametgâhının bulunduğu mahal kanununa göre halledilmelidir. Buna göre, babanın ikametgâhı değişmekle bu münasebetler de değişir. Eğer çocuk evlilik dışında doğmuş ve sonradan vaki olan bir evlenme ile nesebi tashih edilmişse, babanın *evlenme zamanındaki ikametgâhı* kanunu esas olmalıdır.

§ 7. D) Bugün, ingiliz hukuku bir tarafa bırakılırsa, velâyetin, şahıs üzerindeki haklarla mallar üzerindeki ayırteilmeksizin, bütünü itibariyle tek bir kanuna tâbi olması umumiyetle kabul edilmiştir; bu kanun alâkalıların şahsî (lex personalis) kanunudur. Bu, kontinental hukukta böyle olduğu gibi Lâtin Amerikası hukukunda da böyledir (8). Filhakika, velâyet ister aile statüsünün bir unsuru olmak itibariyle isterse bir himaye müessesesi olmak vasfiyle ahkâmî şahsiye (hal ve ehliyet) sahası içine girer. Bütün modern kanunlar ihtilâfî sistemlerinde ise, ahkâmî şahsiyenin şahsî kanuna tâbi olacağı kabul edilmiş bulunmaktadır.

§ 8. Ancak, ahkâmî şahsiyenin ve dolayısıyla velâyetin şahsî kanuna tâbi olması adetâ bir mütearife olarak kabul edileceği halde, şahsî kanunun hangi kanun olması lâzımgeldiği hakkında pek çok münakaşalar mevcuttur. Şahsî kanun ikametgâh kanunu (lex domicilii) mu olmalıdır, millî kanun (lex patriae) mu olmalıdır meselesi, konumuza giren sahada yankılar uyandırmaktan geri kalmaz. Fakat biz, kanunlar ihtilâfının bu büyük meselesinde, her iki kanun taraftarlarınınca leh ve aleyhte ileri sürülen malûm ve maruf delilleri (9) burada tekrarlamıyacağız; çünkü millî kanun-ikametgâh kanunu ihtilâfı, konumuzda, hal ve ehliyetin diğer sahalarından farklı bir

(7) s. 338 ve müt.

(8) 20 şubat 1928 de Havana'da toplanan VI. Panamerikan konferansında kabul edilen Code Bustamante'nin 69 ve 70 inci m. leri. Code'un metni için Niboyet et Coulé s. 515 bakınız.

(9) Bu hususta Yörük, s. 14-23 e bakılabilir.

hususiyet arzetmez. Velâyet bahsinde bazı memleketler mevzuat ve doktrini ikametgâh kanununu, bazıları ise milli kanunu salâhiyetli sayarlar:

a) Ezcümle İsviçre'de, ikametgâh mahalli kanununun idare edeceği kabul edilmiştir(10). Fransa'da da yabancı muhaceretinin artması neticesinde, yabancıların hal ve ehliyetini ilgilendiren bazı mevatta ve bilhassa velâyet hususunda, ikametgâh kanunu olan fransız kanununun tatbiki lehinde bir cereyan uyanmıştır (11).

b) Bununla beraber Code Civil'in 3 üncü m. sine istinat eden fransız doktrin ve jürisprüdansı halihazırda milli kanun sistemini kabul etmiş bulunmaktadır. Almanya'da da Mehal Kanununun 7 ve 19 uncu m. lerini gözönünde tutularak, velâyet bahsinde milli kanun tercih edilmektedir (12). Türk kanunlar ihtilâfı sisteminde de milli kanun salâhiyetli sayılmaktadır. Şimdi bu sistemi ve bu sistemde milli kanunun salâhiyetine dahil olan hususları inceliyelim.

TÜRK SİSTEMİ. MİLLÎ KANUNUN TATBİK ALANI

§ 9. Türk sisteminin kaynağı, § 10. Kazai salâhiyet ihtilâfları, § 11. Teşriî salâhiyet ihtilâfları, § 12-17 Millî kanunun tatbik alanı.

§ 9. Türk kanunlar ihtilâfı sistemini tayin için başvurulabileceğimiz yegâne kanunî metin «Memaliki Osmaniye'de bulunan ecneblerin hukuk ve vezaifi hakkında» ki 1330 tarihli kanunu muvakkatın (13) bu husustaki maddeleri, bilhassa 4 üncü maddesidir. Lozan'da yedi sene müddetle akdedilen «İkamet ve Adli Salâhiyet mukavelesi» (14) mer'iyet mevkiinden kalkalı hayli zaman olmuştur.

§ 10. Evvelâ, muvakkat kanunun kazai salâhiyet ihtilâfları hakkındaki hükmünü, konumuzla ilgili olduğu nisbette incelemeğe çalışalım:

Kanunun 4 üncü m. sinin ikinci cümlesine göre: «... gayrimüslim tebaai ecnebiyeye müteallik olup ta akit, feshi nikâh ve tefriki ebdan ve übüvvet ve nesep ve tebenni gibi hukuku aileye ve rüşd

(10) 25 haziran 1891 tarihli Federal kanun m. 9. Metni için Rossel, Code Civil Suisse, 4e éd., s. 286.

(11) Teşriî Etütler Cemiyetinin hazırladığı CC in reformu projesi m. 27

(12) Lewald, No, 204 ve müt. İtalya'da da millî kanun esasî câridir.

(13) Metni için II tertip düstur c. 7, s. 458

(14) Metni için III tertip düstur c. 5, s. 238

ve mezuniyet ve hacir ve vesayet gibi ehliyeteye... müteallik bulunan dâvaların Mehakimi Osmaniye'de rüyet edilmesi tarafeynin bîrrıza müracaatına veya tebaai Osmaniye'nin alâkadar bulunmasına veya hut Mehakimi Osmaniye'de derdesti rüyet deâviye müteferri olmasına mütevakkıftır.» Görüldüğü üzere maddede «velâyet» tabiri kullanılmış olmamakla beraber, onun kendisinden neşet ettiği nesep gibi aile hukukuna ithali, veya kendisine kıyaslanabileceği vesayet gibi ehliyeteye müteallik müesseselerden sayılması, mümkün olduğuna şüphe yoktur; zaten maddedeki tâdat tahdidî değildir. Şu halde yabancıların velâyeti ilgilendiren anlaşmazlıkları, 4 üncü m. nin yukarıya aldığımız kısmında yazılı hallerde veya âmme intizamı bahis mevzuu olduğu takdirde Türk Mahkemelerince halledilecektir (15).

§ 11. Velâyetten doğan teşriî salâhiyet ihtilâflarına gelince, bu hususta intizamı âmmei devlete mugayir olmamak şartıyla alâkadarlarının hükûmeti metbuaları kavanini yani alâkadarların millî kanunu salâhiyetli olacaktır (16). O halde, prensip millî kanunun salâhiyeti olduğuna göre, bu prensibin velâyetin muhtelif tezahürlerine tatbikatını daha müşahhas bir şekilde gösterelim; başka bir deyimle millî kanunun tatbik alanına giren hususları belirtelim (17):

§ 12. a) Evvelâ küçüğün velâyete mi yoksa vesayete mi tâbi tutulması gerektiğini, velâyetle vesayet arasındaki sınırları millî kanun tayin edecektir (18). Baba yahut ananın ölümü halinde, sağ kalanın velâyetinin mi devam edeceği yoksa onun yerine vesayetin mi kaim olacağı noktası bu kanuna tâbi olacaktır. 19) Meselâ,

(15) Lozan Mukavelesi m. 16 ya göre: ahkâmı şahsiye mevaddında ve alelittlak hukuku aile meselesinde ahkâmı şahsiyesi mevzuu bahis olan tarafın mehâkimi milliyesi salâhiyetlidir. Ancak tarafların kâffesi Türkiye mehâkiminin kazasına tahriren razı olurlarsa mezkûr mehâkim salâhiyetli olacaktır.

(16) Lozan Mukavelesi m. 16 f. III e göre Türk mahkemeleri yabancıların ahkâmı şahsiyeleri hususunda salâhiyetli oldukları hallerde «tarafeyn kanunu millisi» mucibince karar vereceklerdir.

(17) Yüksek Yargı tayın neşredilen bütün kararlarını elememize rağmen maalesef bu hususa temas eden bir karar bulamadık; bu, herhalde, yabancı unsuru havi dâvaların fazla olmamasından ve bütün kararların neşredilmesinden ileri gelmektedir. Bu yüzden millî kanun esasının câri olduğu Fransa ve Almanya'da ki doktrin ve mahkeme içtihatlarından, memleketimizin şartlarına uygunlukları nisbetinde faydalanmak zorunda kaldık.

(18) Marty, No 20.

(19) Pillet, s. 660.

Türkiye'deki bir Fransız ailesinde ana veya babadan biri öldüğü vakit, çocuk hayatta kalanın velâyetine tâbi olmakla beraber, mallarının idaresi hususunda milli kanunu olan Code civil'e nazaran vesayet rejimi tatbik edilecektir.

§ 13. b) Kimlerin velâyet hakkına sahip olabilecekleri de milli kanuna tevfikân tesbit edilecektir (20). Memleketimizde bulunan bir Alman kadını evlenme dışında çocukları üzerinde velâyet hakkını haiz olamayacaktır (21). Buna mukabil bir Türk ana, Almanya'da nesebi sahib olsun olmasın bütün çocukları üzerinde velâyet icra edebilecektir. Büyük ana ve büyük babanın torunları üzerinde velâyet çevresine giren bazı haklara sahip olup olmayacakları da milli kanunla belli olacaktır.

14.c) Velâyetin muhtevası, velinin çocuğun şahsı üzerindeki hakları da kaideten milli kanuna göre taayyün edecektir (22). Muhafaza, tedip, meslek seçimi, dinî terbiyenin seçimi hakları *prensip itibariyle* milli kanun tarafından tanzim edilecektir (23). İnfak mükellefiyeti de aynı kanuna tâbidir (24)

§ 15. d) Millî kanunun salâhiyeti çocuğun malları üzerindeki haklara da şamildir (25). Kanunî istifade (26) ve idare haklarını bu arada sayabiliriz. Bir yabancı çocuğun Türkiye'de sahip olduğu mallar üzerinde, bunlar gayrimenkul olsalar dahi, babaya tanınan kanunî idare salâhiyetinin şümülünü tayin edecek, çocuklarla babanın müşterek millî kanunlarıdır (27).

§ 16, e) Millî kanun, velinin temsil salâhiyetini (28) ve velâyet altındaki küçüğün ehliyetini de tanzim eder. Bir İngiliz veya Amerikalı küçüğün babası, Türkiye'de kâin bir gayrimenkulün tem-

(20) Burada bir yabancılar hukuku meselesi değil, bir kanunlar ihtilâfi meselesi vardır. Çünkü yabancıların velâyet hakkına sahip olup olamayacağı meselesi başka, hangi yabancıların bu hakka sahip olacağı meselesi başkadır.

(21) Weiss, s. 147; s. 154. Avusturya'da Avusturya MK. nun merî olduğu devirde Türkiye'deki bir Avusturyalı kadın nesebi sahih çocukları üzerinde dahi velâyet hakkına sahip olamayacaktır.

(22) Marty, No. 22; Lewald, No. 210

(23) Marty, No. 22.

(24) Lewald, No. 212. Kız çocuklarına babanın bir cihaz temini ile mükellef olup olmadığını (BGB § 1620 de olduğu gibi) da milli kanun tayin eder.

(25) Marty, No. 22.

(26) Aşağıda § 26-29 a bakınız

(27) Weiss, s. 156 dan adapte

(28) Lewald, No: 209.

likinde çocuğunu temsil edemez. Babanın tasarruf kudretinin, çocuk namına bazı hukuki muamelelerin yapılmasında, mahkemenin tasdikinin veya aile meclisinin müsaadesinin aranması gibi sebeplerle tahdide uğrayıp uğramıyacağı milli kanunla belli olur. Böylece, çocuğa düşen mirası reddin mahkemenin tasdikine tâbi olup olmayacağı sualine, miras statüsü (lex successionis) değil, babanın milli kanunu cevap verir. Aynı prensip, Alman Temyiz Mahkemesi'nin, Almanya'da bir yabancı babanın çocuğu için bir gayrimenkul satın alması dolayısıyla verdiği bir kararda da tammıştır; satış akdi alman hukukuna tâbi idi; mahkeme tarafından tasdik zarureti babanın millî kanununa göre takdir edilmiştir. Aynı problemin memleketimizde tahaddüs etmesi halinde, şartlar aynı olduğu için, benzer şekilde hareket edilmesi yerinde olur. (29).

Küçüğün bir meslek veya sanatla iştigali, küçüğün bazı mallarının ana ve babanın istifade ve idare haklarından hariç bırakılması gibi hususlar da millî kanuna tâbi olmalıdır.

§ 17. f) Nihayet, alâkahların milli kanunu velâyeti sona erdiren âhvali de gösterecektir (30). Faraza, Türkiye'deki bir İngiliz çocuğu, ingiliz hukukunun kabul etmediği kazaî rüşet neticesinde velâyetten kurtulamıyacaktır. Rüşet yaşı, pek tabii olarak, millî kanuna göre tayin edileceği gibi, velâyetin nez'i veya tahdidi sebeplerini ve nez'i ile tahdidin hükümlerini de kaideten millî kanun idare edecektir (31).

Millî kanun, bütün bu saydığımız hususlarda salâhiyetli olmakla beraber, millî kanunun tatbikinin önemli istisnaları da mevcuttur. Bu istisnalar, millî kanunun yaptığı atfın kabul edilmesi veya âmme intizamı mülâhazasının millî kanunun tatbikine engel olması hallerinde bahis mevzuu olur.

MİLLÎ KANUNUN SALÂHIYETİNİN İSTİSNALARI

§ 18. A) Atf § 19. B) Âmme intizamı § Âmme intizamı mefhumunun suiistimali. § 21. Muhafaza hakkı, § 22. Büyük ana ve büyük babanın ziyaret hakları, § 23-24. Tedip hakkı, § 25. Çocuğun dini terbiyesi, § 26-29. Kanunî istifade hakkı, § 30-35. Velâyetin nez'i, § 36. Âmme intizamı dolayısıyla yapılan tekrarların sebebi.

§ 18. A) Eğer yabancı milli kanunun, Türk kanununa veya üçüncü

(29) Bu § taki misaller Lewald, No 209 dan alınmıştır.

(30) Weiss, s. 156-157.

(31) Marty, nos 24-25; Lewald, No: 213.

bir devlet kanununa yaptığı referans yani atıf kabul edilecek olursa, yabancı millî kanunun maddî kaideleri tatbik edilemeyecektir (32). Atıfın *mutlak* olarak kabulüne muhalif olan birçok müellifler dahi, şahsî haller için atfın nazara alınmasına taraftardır (33). Bunlar şahsî hallerle ilgili hükümlerin tebaayı koruyucu mahiyette hükümler olduğu fikrinden hareket etmektedirler. Yargıç, mutlaka milli kanunun hükümlerini gözönünde tutmalı ve milli kanununda başka bir hüküm yoksa milli kanun, başka bir hüküm varsa, o kanunu tatbik etmeli yani atfı kabul etmelidir. Bu düşünce, hal ve ehliyetle ilgili olan velâyete müteallik kanunlar ihtilâfı için de doğrudur. Yargıtay da bir ingilize vasi tayini dolayısıyla verdiği bir kararda atfın kabulüne mütemayil görünmektedir (34). Şu halde, Türkiye'deki bir İsviçreli veya ingiliz babanın velâyetini icrası dolayısıyla çıkan münazaalarda, Türk yargıcı İsviçre veya İngiliz kanunun yaptığı atfı nazara alarak Türk kanununu tatbik edecektir.

§ 19. B) Âmme intizamının müdahalesi iki surette görünebilir:

a) Yargıç, yabancı milli kanunun velâyete müteallik hükümlerini, kendi memleketi âmme intizamına aykırı sayarsa, bu hükümlerin tatbikinden sarfınazar eder.

b) Bundan başka, milli kanunu ve otoriteleri bir küçükle alâkalanıyabilirler. Bu takdirde, onu ülkemiz üzerinde himayesiz bırakmak tehlikeli olacaktır; bu vaziyette de âmme intizamı mülâhazası işe karışır; yargıç, kendi kanununa uygun olarak gerekli himaye tedbirlerini alır. (35).

§ 20. Velâyet sahasında, âmme intizamı mefhumu fazlaca geniş tutulmak suretiyle, suiistimale çok müsaittir. Nitekim, bu mevzu da çok sayıda karar vermiş olan fransız mahkemeleri; bu kararlardan bazılarında, umumî bir surette velâyete müteallik hakların icrasını âmme intizamından sayacak kadar ileri gitmişlerdir. Fransız mahkemelerinin bu temayülü fransız doktrini tarafından şiddetle tenkid edilmekte (36) ve âmme intizamı mefhumunu bahsimizdeki haklı (tam) hudutları tesbit edilmeğe çalışılmaktadır. Fransız doktrininin çalışmaları, Türk hukukunda hemen hiç işlenmemiş olan bu sahada bize de yol gösterecektir. Zannımızca, âmme intizamı mefhu-

(32) Atıf hakkında Y. Karayalçın, D. H. H. da atıf, Ankara 1945.

(33) Karayalçın, § 54.

(34) Karayalçın, § 65.

(35) Pillet et Niboyet, No 501.

(36) Pillet, s. 659; Pillet et Niboyet, No: 501 bis; Weiss, s. 154.

munun geniş tutulması temayülü, velâyetin iç hukutaki nizamlanmasında ahlâkî düşüncelerin büyük rol oynamasından ve bu husustaki hükümlerin ekserisinin âmir karakteri haiz bulunmasından ileri gelmektedir. Bu hal, bazı müellifleri dahili âmme intizamı-beynelmilel âmme intizamı tefrikini yapmağa sevketmektedir (37).

§ 21. Velâyette âmme intizamı meselesinin sık sık ortaya çıkmasına sebep olan hususlardan biri, ana babanın çocuğu muhafaza hakkıdır. Fransız mahkemeleri, bilhassa boşanma ve ayrılık sebebiyle veya nesebinin gayrisahih olması dolayısıyla, çocuğun ana babadan hangisine tevdi edileceğine dair kararlarında muhafaza hakkını âmme intizamından saymaktadırlar; bu hususta çocuğun menfaatlarının gözönünde tutulması lâzımgeldiğini söyleyen Fransız Code Civil'nin hükümlerini (C.C. m. 240 ve m. 383) yabancı milli kanun başka hükümler ihtiva etse dahi, tatbik etmektedirler. Faraza, fransız mahkemeleri, annenin kusurlu olduğu ayrılık halinde çocukların aslâ anneye tevdi edilmeyecekleri hakkındaki İspanyol MK. hükümlerini, çocukların çok küçük olması halinde, tatbik etmemektedirler; anne, umumî kaideye bir istisna teşkil eden bir kayıtsızlık ve ihmâl göstermedikçe, kusurlu dahi olsa, çocuğun menfaatlerini gözönünde tutarak çocuğu ona tevdi etmektedirler (38).

Ancak, Marty'nin pek haklı olarak belirttiği gibi, bizatihi muhafaza hakkı ve onun organizasyonunun tamamı değil, olsa olsa çocuğun menfaati icap ettirdiği takdirde, müessesenin işleyişini tadil için mahkemenin müdahalesi âmme nizamındandır (39). Hattâ Weiss, velâyetin taksiminde çocuğun menfaatlerinin gözönünde tutulmasını emreden ve mahkemeye takdir hakkı veren hükümleri beynelmilel âmme intizamı ile alâkalı görmemektedir (40). Şu halde, Medenî Kanunumuzun aynı mealdeki 148 ve 331 inci m.lerinin âmme intizamından sayılarak yabancı milli kanuna rağmen tatbik edilebileceği iddiası ileri sürülebilirse de kuvvetle müdafaa edilemez. Sadece, Fransa'da olduğu gibi, çocuğun sıhhati mülâhazasıyla yabancı kanun hesaba katılmıyabilir: meselâ, yabancı velisi tarafından istenen bir kü-

(37) Weiss, s. 154.

(38) Niboyet, Ordre public, No 198.

(39) Marty, Nos 52-53. Cour de Paris'nin yaptığı gibi muhafaza hakkının meşru babaya tevcihini âmme intizamından saymak ve bu yüzden fransız k. mucibince, İngiliz ebeveyn arasında muhafaza hususunda yapılan bir mukaveleyi, alâkahların satü personelini hiç nazara almaksızın iptal etmek aşırıdır.

(40) s. 154.

çüğü yabancı memlekete hareket tarihi, çocuğun sıhhati icap ettirdiği için geciktirilebilir (41).

§ 22. Fransız Code Civil'ine göre, ana veya babadan biri öldüğü takdirde, büyük ana ve büyük baba çocuğu ziyaret hakkına sahiptirler. Fransız doktrin (42) ve jürisprüdansı (43) bu husustaki hükmü âmme intizamından saymaktadırlar. Bu yüzden, Fransa'daki bir Türk ailesinde anne ölse, büyük ana ve büyük baba damatlarının mümanaatına rağmen torunlarını ziyaret edebileceklerdir.

§ 23. Velâyet sahasında âmme intizamına taallük eden hususlar için hemen her kitapta gösterilen klâsik bir misal, aşırı bedenî cezaları ihtiva eden bir tedip hakkıdır(44). Yabancı bir kanunun havi olduğu bu neviden bir dip hakkının, bizim insanın haysiyeti ve ona borçlu olunan hürmet fikrimizle telifi kabil olmayacağından (45), onun icrasına âmme intizamı mâni olacaktır.

Diğer taraftan fransız ve ispanyol medenî kanunları gibi bazı kanunlar, babaya çocuğunun tedibi için onun hapsedilmesini talep salâhiyetini tanımaktadırlar. Türkiye'de bir fransız veya ispanyol babanın çocuğunu tedip zımında Türk makamlarından onun tevki ve hapsini talep edebilip edemeyeceğini hatıra gelebilir. Weiss'ın dediği gibi «ferdî hürriyete ve silâh kuvvetin istimaline temas eden her şey âmme intizamındandır» (46); bu itibarla Türkiye'de böyle bir tedbirin alınması, yabancı milli kanun müsaade etse dahi, talep edilmez.

§ 24. Buna mukabil, Fransa'da bir Türk babanın oğlunu hapsedirmesi mümkün olup olmadığı düşünülebilir. Bu hususta fransız müellifleri arasında görüş ayrılığı vardır:

a) Pillet (47) tedip hakkında âmme intizamı karakteri görüyor; Lerebours Pigennière (48), Marty (40) ve Niboyet (40), tedip

(41) Marty, No 53.

(42) Valéry, burada «tabiat ve mantık tarafından emredilen, her şahsın fıruuna karşı mükellef olduğu vazifelere uygun ve böylece muhakkak surette Fransız âmme intizamını ilgilendiren bir tedbir» görmektedir. No. 818.

(43) Bartin, s. 377

(44) Asser, s. 125; Marty, No 51; Pillet et Niboyet, No 501 I; Ménard, s. 216; Seviğ, s. 390; Valéry, No: 818; Weiss, s. 155.

(45) Weiss, s. 155

(46) Weiss, s. 149. Code Bustamante, m. 72 ye göre tedip ve tecziye haklarının hudutlarını tayin eden, otoritelere başvurmağa müsaade eden hükümler beynelmilel âmme intizamındandır.

(47) s. 660 (48) No: 351. (49) No: 55. (50) No: 502.

hakkına ait kaideleri CC. m. 3 ün beyan ettiği polis ve emniyet kanunları mahiyetinde kabul ediyorlar. Bu itibarla, bu müelliflerin hepsi yabancı babanın CC in tedip hakkını ilgilendiren 375-382 nci maddelerinden istifade edebileceği kanaatindedirler. Valéry de yabancı ana baba çocuklarının fiillerinden medenî ve cezaî bakımdan mes'ul olduklarından, bu mes'uliyet bakımından temsil edildikleri fransız ana babanın bütün vasıtalarıyla, çocuklarının kabahatlerini önlemek ve tenkil etmek için techiz edilmeleri lâzımdır» demektedir (51).

b) Weiss ise aksi fikirdedir: «Tedip hakkı, umumun menfaatine, herkese kabiliyatbik tenkil edici kanunların kâfi derecede teminat altına aldıkları devlet menfaatine değil, iyiliğe sevk edilmesi ve kendi yoldan çıkmalarına karşı tedbirli olmak için, fransız çocuğunun hususî menfaatine CC tarafından organize edilmiştir. Fransa'da bir yabancı çocuğun, ebeveyninin otoritesine başkaldırmasının, onun hürriyetinin kaybını doğurmasından beynelmilel âmme intizamı mutazzarır olmaz. Kendine göre onun islâhı için en uygun tedbirleri almak yabancı kanun vazına aittir; fransız kanununun buna müdahale için hiçbir sıfatı yoktur» (52).

§ 25 — Çocuğun dinî terbiyesi dolayısıyla da âmme intizamı meselesi kendini göstermektedir. Weiss'in fikrince burada bir tefrik yapmak lâzımdır (53):

a) Eğer *lex loci*, ana ve baba ayrı dinde oldukları takdirde çocuklardan bazılarının diğerinin dinini alacağı hususunda (meselâ cinsiyetlerine göre), yahut çocuğa verilecek dinî terbiyeyi babanın veya ananın tayin edeceği hususunda bir hüküm ihtiva ediyorsa, bu, âmme intizamını ilgilendirmez. Burada bir vicdan hürriyeti meselesi bahis mevzuu değildir; *lex loci*'nin mevzuu ancak aile içindeki can sıkıcı münakaşaları önlemektir. ve o sadece tebaayı gözönünde tutmuştur; binaenaleyh *lex loci*'nin bu hükümünü âmme intizamından sayarak yabancılara da tatbik etmek doğru olmaz (54).

(51) No 818. İtalya'da Piérantoni, İtalyan MK. nun babaya çocuğunun tevkifini talep hakkını tanıyan 221 inci m. sini âmme intizamından sayıyor. Weiss, s. 155 ten naklen.

(52) Weiss, s. 149-150.

(53) s. 149-150.

(54) Weiss, millî kanun ana babaya çocuğun dinî terbiyesi hakkında mukavele yapmak hakkını tanıyorsa, *lex loci* bu hakkı tanımasa dahi, millî kanunun tatbikine taraftar gözükmektedir. Türk MK. nun 266 inci m. sinin ikinci cümlesi bu neviden mukaveleleri hükümsüz saymaktadır; bu mukavele-

b) Fakat, *lex loci*, muayyen bir yaşı dolduran çocuğu serbestçe dinini seçmek hakkını veriyorsa, çocuğun millî kanunu bu hakkı tanımasa dahi *lex loci* tatbik edilecektir. Meselâ, İsviçre'de, on altı yaşını ikmal eden bir Türk çocuğu, henüz reşit olmadığı halde, babasının arzusuna rağmen dilediği dini seçebilecektir. Çünkü, artık burada bir ahkâmı şahsiye meselesi değil bir vicdan hürriyeti ve dolayısıyla bir âmme intizamı meselesi bahis mevzuu olacaktır.

§ 26. Ana babanın çocuk malları üzerindeki kanunî istifade hakları da bazan âmme intizamı mülâhazasının dermeyan edilmesine sebep teşkil etmektedir. Bu, ne dereceye kadar doğrudur?

Bu meseleyi incelemeğe girişmeden önce bir noktaya temas edelim:

Kanunî istifade hakkının yabancılar hukukuna taallük ettiği ve konumuz olan kanun ihtilâfları dışında kaldığı söylenebilir. Fakat bu iddia yerinde olmaz. Çünkü burada, yabancıların memleketimizde kanunî istifade hakkından faydalanabilip faydalanamayacakları bahis mevzuu değildir. Kanunî istifade hakkı kendine has ferdiyete sahip bir hak değildir; o, terbiye hakkı, muhafaza hakkı gibi velâyet hakkının bir cüz'üdür; yahut bazılarının fikrince (55) intifa hakkının hususî bir tatbik tarzıdır. Kanunu Muvakkat'ın birinci maddesine göre yabancılar memleketimizde velâyet hakkından ve kaideten intifa hakkından faydalanabilirler. Ancak, hâangi şartlar altında istifade hakkı yabancı ana baba lehine mevcut olacaktır; bu hakkın şümulünü hangi kanun tayin edecektir? İşte bir kanunlar ihtilâfı bu bakımdan kendini gösterebilir ve bizim de inceliyeceğimiz budur (56).

§ 27. Türkiye'deki bir gayrimenkul üzerinde istimal edilecek bir istifade hakkı *lex rei sitae* olan Türk kanununa tâbi olmalıdır denebilir. Bu fikri haklı göstermek için şöyle bir müdafaa yolu tutulabilir: «Kanunî istifade, mülkiyet hakkının bir parçası, kanun tarafından yaratılan bir şahsî irtifak hakkıdır. Onun mevcudiyeti, böylece memleketin umumî menfaatiyle, beynelmilel âmme intizamiyle karışın mülkiyet rejimine bağlıdır. Binaenaleyh, ana veya babanın küçük çocuklarının gayri menkullerinden istifadeyi ta-

lerin bir hürriyet tahdidini tazammun ettiği ve âmme intizamına mugayir olduğu iddia edilebilir; bu takdirde yabancı millî kanun müsaade ettiği böyle bir mukavele Türkiye'de muteber sayılmıyacaktır. Yüksek Yargıtay'ın bu mealde neşredilmemiş bir kararı olduğu söylenmektedir.

(55) Pillet, s. 710

(56) Aynı fikrin müdafaaası için Pillet, s. 710 a bakılabilir.

İep ettikleri her defa da, bu gayrimenkullerin kâin oldukları mahal kanununu nazara almak lâzımdır» (57).

§ 28. Bu görüş tarzı iki bakımdan tenkid edilebilir:

a) Birinci tenkid, kanunî istifade hakkının mahiyetinden çıkar. Kanunî istifade hakkı, Türk-İsviçre doktrininin de bilhassa belirttiği gibi (58), eşya hukukundan doğan intifa hakkından ayrı olarak aile hukukundan doğan bir salâhiyettir. O, ana ve babaya, çocuklarının mallarını idarede gösterdikleri teyakkuzun tahmil ettiği ihtimam ve fedakârlıkların bir karşılığı olarak bahşedilmiştir (59). Baba ve çocuklar arasında ince ve güç hesaplardan kaçınmak ve çocuklara ait malların iyi işletilmesini temin etmek düşünceleri bu hakkın tesisinde âmîl olmuştur. (60). Hulâsa, kanunî istifade hakkı velâyetin bir tamamlayıcısıdır; mademki velâyet statü personele dahildir; ferî asıldan ayrılmaz kaidesi mucibince kanunî istifade hakkı da millî kanuna tâbi olmalıdır (61).

b) Diğer taraftan, âmme intizamı, çocuğun malları gayrimenkul olsa dahi, babanın, menfaatlerinin koruması kendisine tevdi edilenler aleyhine zenginleşmesini istemez. Filhakika, eğer mahallî kanun üstün tutulursa, kâr aşkının babayı küçük çocukları hesabına yabancı memlekette gayrimenkul almağa sevketmesinden korkulur (62), (63).

Şu halde, millî kanunları kendilerine istifade hakkını tanıımıyorsa, yabancı ana baba, çocuklarının Türkiye'deki gayrimenkullerinin gelirinden istifade edememelidirler.

§ 29. Acaba, İngiltere gibi, kanunî istifade hakkının organize edilmediği bir memlekette, Türk ana baba, çocuklarının malları üzerinde böyle bir hak iddia edebilecekler midir? İngiliz mahkemele-

(57) Weiss, s. 151 de bu fikirden tenkid yolu bahsetmektedir.

(58) Prof. Oğuzoğlu, Aynı haklar, s. 168; Tuor, s. 530.

(59) Weiss, s. 151.

(60) Pillet, s. 711.

(61) Weiss, s. 151.

Weiss, s. 156.

(62) Code Bustamante m. 70: «İntifa hakkının mevcudiyeti ve çocuk mallarının muhtelif kategorilerine kabili tablik diğer kaideler de, malların mahiyetine ve buldukları mahal neresi olursa olsun çocuğun şahsî kanununa tâbidir»; m. 71: «Yukarıdaki maddenin hükmü, mahallî kanunun üçüncü şahıslara tanıdığı haklara ve ipoteklerin aleniliği ve tahsis edilmiş olmaları hakkındaki mahallî hükümlere halel gelmemek şartıyla yabancı ülkede de kabili tabiktir». § 16 ve § 17 ye bak.

ri bu gibi iddiaları kabul etmemektedirler (64). Weiss, İngiliz mahkemelerinin bu tatbikatını doğru bulmamakta ve şöyle demektedir: «Şüphesiz, otoritesine tâbi memlekette beynelmilel âmme intizamının ne emrettiğini takdire yegâne salâhiyetli yabancı adaletin hal tarzını dikte etmek bize düşmez; fakat bizim söylemeğe haklı olduğumuz husus, beynelmilel âmme intizamının, bir fransızın, küçük çocuklarının İngiltere'de sahip oldukları mallar üzerinde istifade hakkı iddia etmesiyle, en az bir surette haleldar olmayacağıdır. Eğer İngiliz kanunu, umumî bir surette, her nevi intifa hakkını, memleketin ekonomik ve ziraî menfaatlerine aykırı sayarak menetseydi ve bir malın istifadesinin çıplak mülkiyetinden tecrit edilebileceğini kabul etmeseydi vaziyet başka türlü olurdu. Fakat, İngiltere'de, fransız intifa ile çok büyük benzerlik arzeden «ténement viager» (65) ler vardır ve aşikârdır ki bu intifanın bir mukavele veya bir yabancı kanunla olması, İngiliz Devleti'ni pek az alâkadar eder. Babanın, oğlunun mallarının gelirini, onun hesabına veya kendi hesabına toplaması İngiliz menfaatine tesir etmez ve burada kanunî intifaı tanımamak için hiçbir beynelmilel âmme intizamı sebebi yoktur» (66).

§ 30 Nihayet, mahkemelerin velâyetin icrasını kontrol ve çocuğun himayesi için tedbirler almak salâhiyetleri ve bu arada velâyetin nez veya tahdidi de âmme intizamiyle ilgili sayılmaktadır (67).

Velâyetin nez'i meselesi Türkiye'deki yabancılar ve yabancı memleketteki Türkler bakımından incelenebilir.

Herşeyden önce, Türk Mahkemeleri'nin yabancıların velâyetlerinin nez'ine karar vermek hususunda salâhiyetli olduklarını belirtmek lâzımdır. Türk kazasının bu salâhiyeti âmme intizamı mülahazasına istinat eder. Çünkü, velâyetin nez'i ahkâmı şahsiyeye mütealliktir denerek, Türk Mahkemeleri'nin salâhiyeti kabul edilmezse, Türkiye'deki yabancı çocuklar ana ve babalarının kötü muamele ve tesirlerine karşı himayeden mahrum kalacaklardır; halbuki «çocuğa müessir bir himaye sağlamak, onu maruz kalabileceği kötü muamelelerden, kötü örnek ve nasihatların tesirinden kurtarmak; âmir ve vicdanın vatandaşlara olduğu kadar yabancılarla

(64) Westlake, s. 63 not.

(65) Bir nevi kaydıhayatla araziden intifa mukavelesi.

(66) Weiss, s. 152.

(67) Code Bustamante m. 72 ye göre «... aciz (ehliyetsizlik), gaiplik ve mahkûmiyet halinde velâyetin kaybını tayin eden hükümler beynelmilel âmme intizamındandır».

karşı da yerine getirilmesini emrettiği bir insanîyet vazifesidir» (68).

§ 31. Bu suretle salâhiyetli olan Türk Mahkemesi hangi kanunu tatbik edecektir?

Protitch, şahsî kanunun tatbikine taraftardır: «Babanın hakları ve vazifeleri ve takyid sebepleri arasında sıkı bir bağ vardır, bu yüzden onları tefrik etmek ve farklı kanunlar tarafından idare ettirmek mümkün değildir. Babanın salâhiyetlerini şahsî kanun tanzim eder; onların istimalini ondan nezetmeğe mahal olup olmadığına da yalnız şahsî kanun karar vermelidir» (69).

Fakat, millî kanun velâyetin nez'i veya takyidine dair hiçbir hüküm ihtiva etmiyebilir; yahut havi olduğu hükümler Türk MK. nun 274 üncü m.sinde olduğu gibi umumî mahiyette olmayabilir ve ancak muayyen bazı sebeplerin tahakkuku halinde velâyetin nez'ini ön görebilir. Bu takdirde 274 üncü m. deki şartların mevcudiyeti halinde âmme intizamı esasî müdahale etmeli ve Türk kanunu tatbik edilmelidir.

§ 32. Velâyetin nez'i hususunda yabancı millî kanunun tatbiki ortaya bir mesele çıkarır. Bazı memleketlerin kanunları, velâyetin nez'i bahsinde, sadece bizim 274 üncü m. gibi umumî ifadeli hükümler koymazlar, ana babanın bazı suçlardan dolayı bazı ağır cezalı mahkûmiyetlere çarpılmaları halinde otomatikman veya hâkim hükmiyle velâyet haklarını kaybedeceklerini emrederler. Türkiye'de bir yabancı ana veya baba velâyetin nez'i hakkındaki millî kanununun öngördüğü neviden bir cezaya çarpıldığı vakit otomatikman velâyet hakkını kaybedecek midir? Bunun halli yabancı millî kanunu tefsirine bağlıdır. Ekseriya, devletlerin cezaları tasnif sistemleri birbirine uymadığından ve millî kanunun yabancı mahkûmiyetleri gözönünde tutmadığı iddia edildiğinden, bu gibi hallerde velâyetin otomatikman kaybedileceği kabul edilemez (70). Ancak, ana veya babanın mahkûmiyeti, m. 274 çerçevesine sokulabilirse, Türk Yargıcı'nın velâyetin nez'ine hükmetmesi lâzımgelir.

§ 33. Velâyetin nez'ine müteallik diğer bir mesele de şudur: Bir yabancı babanın yabancı memlekette velâyeti nezedilmişse, bu, Türkiye'de tanınacak mıdır? Bu meselede bazı fransız müellifleri ilâmın yabancının millî kazası veya üçüncü bir kaza tarafından ve-

(68) Pillet, De la déchéance de la puissance paternelle..., s. 9.

(69) De la puissance paternelle en D. I. Privé. s. 63 (Weiss, s. 157 den naklen).

(70) Marty, No: 71; Weiss, s. 148.

rilmesi arasında tefrik yapıyorlar (71). Fakat, Pillet'nin yaptığı tefrik (72) bize daha doğrusu görünmektedir: İlâm, yabancı kaza tarafından millî kanuna uygun olarak mı verilmiş, yoksa yabancı kazanın kendi kanununa göre mi verilmiştir? Millî kanun tatbik edilerek verilmişse, nez', buna ma'ruz kalan şahsın statü personeelinin bir cüz'ünü teşkil eder. İkinci halde ise, nez' hükmü, yabancı kanununun âmme intizamı mülâhazasıyla tatbiki neticesinde verilmiş olduğundan mülki tesirler hasıl edecektir; fakat, yabancı memlekette geçen vakıalar, Türkiye'de yeniden nez'e hükmedilmek için esas olabilir.

§34. Yabancı memleketteki Türk'lere gelince, eğer bunlar millî kanun esasının cari olduğu bir memlekette bulunuyorlarsa, âmme intizamı mülâhazasıyla mahallî kanunun tatbikine pek lüzum hasıl olmayacaktır. Çünkü, yukarıda da işaret ettiğimiz üzere (§ 31, 32), Türk MK. nun 274 üncü m. si, yargıca oldukça geniş bir takdir payı bırakan umumî tabirler kullanmaktadır. Ancak, Türk ana veya baba, mahallî kanunun velâyetin nez'i için öngördüğü mahkûmiyetlere uğrayınca mahallî kanun âmme intizamı mülâhazasıyla müdahale edecek ve hattâ Türk ana veya baba bu gibi hallerde otomatikman velâyet hakkını kaybedebilecektir. İkametgâh kanunu esas kabul edilen memleketlerde ise, tabiatıyla, bu kanun tatbik edilecektir.

Yalnız, yabancı memlekette Türk tebaası hakkında verilen velâyetin nez'i hükümlerinin Türkiye'de tanınıp tanınmayacağı cayı sualdir. Bu hükümlerin, Türk kanununa uygun olarak verilmiş olsalar dahi, pek çok tenkid edilen H. M. U. K. nun 18 inci m. sinin sarîh ifadesi karşısında, Türkiye'de tanınmaları mümkün değildir. Bununla beraber, bu ilâmlar verildikleri memlekette muteber olacaklarından, Türk ailesinin o memlekette ikameti esnasında çocukların himayesi temin edilmiş olacaktır. Diğer taraftan, ilâmlara esas teşkil eden vakıalar, Türkiye'de velâyetin nez'ine yeniden hükmedilmek için nazara alınabileceklerdir.

§ 35. Bir yabancıнын velâyetinin nez'ine hükmedildiği vakit, bu nez'in hükümleri'nin hangi kanuna tâbi olacağı da münakaşa edilmektedir. Pillet'ye göre, velâyetin nez'i ile güdülen gaye çocuğun himayesidir; bu himaye ise, nez'i halinde alınan tedbirler çocuğun hususiyetlerine, ailenin organizasyonuna, tâbi olduğu umumî hu-

(71) Weiss, s. 157.

(72) Pillet, De la déchéance de la puissance paternelle..., s. 26-27,

kuka uygun olduğu nisbette daha iyi tahakkuk eder. Binaenaleyh, nez'e lex fori'ye göre hükmedilse dahi, bu hususta daha iyi neticeler vermeğe müsait olan milli kanun nez'in hükümlerini tesbit etmelidir (73).

Marty, Pillet'nin fikrince «millî kanunun salâhiyetine yapılan aykırılıkların sıkı surette zarurî ölçüde tutulması kaygusunu» görmektedir; bununla beraber, demektir, nez, ve hükümleri hakkındaki mevzuatın uyumsuzluğundan doğacak büyük ihtilâtlardan sarfinazar, himaye gayesi, yabancı himayesi faydalı olarak işleyemedikçe tamamen yerine getirilmiş olmaz. Bu itibarla, yargıca lex fori'nin gözönünde tuttuğu tedbirleri tercih edebilmek hakkı tanınmalıdır (74).

Netice itibariyle, velâyet ana babanın her ikisinden nez'edilmişse, Türk Mahkemesi, ya küçüğün kanununa uygun bir vesayet kuracak, veya mukavele varsa çocuğun vesayetinin tanzimini yabancı konsolosa bırakacaktır (75), yahut çocuğu yabancı salâhiyetli makamlara göndermek üzere kendisi müstacel ve muvakkat tedbirler alacaktır.

§ 36. Burada âmme intizamı bahsine nihayet verirken, şu noktaya işaret etmek yerinde olur:

Millî kanunun salâhiyeti bahsinde saydığımız hususların ekserisine âmme intizamı bahsinde daha mufassal olarak yeniden temas etmek zorunda kaldık. Bu hal, âmme intizamının bir istisna, fakat konumuzdaki sınırları seyyal ve genişletilmeğe çok elverişli bir istisna olmasıyla izah edilebilir.

SALÂHIYETLİ MİLLÎ KANUNUN TAYİNİNDE ORTAYA ÇIKAN GÜÇLÜKLER

§. Kanunlar ihtilâfı probleminin mudil şekli. § 38. A) Alâkalıların tâbiyetsiz olması, § 39-48. B) Alâkalıların farklı tâbiyette olması, § 49-52. C) Alâkalıların tâbiyetlerini değiştirmeleri, § 53. Sonuç.

§ 37. Şimdiye kadar, giriş kısmında vaz'ettiğimiz basit problemi (§ 3) gözönünde tutarak, velâyeti hangi kanunun idare ettiğini, bu

(73) Pillet, *De la déchéance...*, s. 10-11. Ancak yabancı kanun, velâyetin nez'inin hükümlerini tesbit etmediği takdirde lex fori tatbik edilecektir s. 12.

(74) Marty, No: 58.

(75) İtalya ile akdettiğimiz bir konsolosluk mukavelesinde bu hususta hüküm vardır. Yörük, s. 98.

hususla millî kanun esasını kabul eden Türk sistemini ve millî kanunun istisnalarını inceledik. Şimdi alâkadarların aynı tabiiyette olmasına istinat eden kanunlar ihtilâfı problemini biraz daha muddileştireyim: Alâkalıların hiçbirinin tâbiyeti olmayabilir. Yahut, alâkalılar farklı tâbiyette olabilirler. Nihayet alâkalılardan biri, birkaçı veya hepsi tâbiyetlerini değiştirebilirler. Problem, bu çeşitli görüşler altında vaz'edildiği takdirde, salâhiyetli kanun hangisi olacaktır?

§ 38. A) Alâkalıların tâbiyetsiz olması halinde (76), bir millî kanun bahis mevzuu olamayacağına göre, ikametgâh kanununun tatbiki zarurî olacaktır (77). Bununla beraber, Pillet bir aralık, tâbiyetsizler arasında bir tefrik yapılması fikrini ortaya atmıştı: Doğduklarındanberi hiç tâbiyeti olmayanlar ikametgâh kanununa; bir tâbiyete sahip olup ta sonradan kaybedenler menşe memleketleri kanununa tâbi bulunmalıdırlar. Fakat, bu çok tenkide şayan ve bizzat Pillet'nin dahi «Traité» sine almadığı bir fikirdir (78).

§ 39. B) Velâyet müessesesinde alâkalıların sayısı oldukça fazladır; ana, baba ve çocuklar, evlât edinme halinde evlât edinen, nihayet bazı hukuk sistemlerinde büyük ana ve büyük baba. Bir ihtilâf halinde, bu müteaddit alâkalılar ayrı tâbiyette oldukları takdirde herbiri kendi kanununu dermeyan edecektir. Bu kanunlardan hangisi tercih edilmelidir (79)?

Bu problemi halletmek için teklif edilen bütün sistemlerin hareket noktası, devletlerin yabancı memleketlerdeki tebaalarının ahkâmı şahsiyelerine kendi kanunlarının tatbikini istemelerinin sebeplerinin ve velâyet müessesesinin tahlili oluyor. Yani niçin yabancıların velâyetine millî kanun tatbik ediliyor ve velâyet müessesesinin başlıca karakteri nedir? Bu hususlar incelenerek alâkalılardan birinin

(76) Alâkalıların bir kısmı tâbiyetsiz olursa iki sureti hal düşünülebilir: I. İkametgâh kanunun tatbiki 2. Tabiiyetsizlerin kanunu ikametgâh kanunu sayılarak, alâkadarların muhtelif tâbiyette olması halindeki nazariyeleri tatbik etmek. Yani, tâbiyetsiz alâkalının kanunu sayılan ikametgâh kanunu ile tâbiyete sahip alâkalının millî kanunu arasında tercih yapmak. Fakat birinci sureti hal daha yerindedir.

(77) Audinet, No 16.

(78) Audinet, No 17.

(79) 1330 K nunun 4 üncü m. sinin son kısmı «... alâkalarının hükûmeti metbuaları kavanine ve ihtilâfı kavanin halinde hukuku hususiyeyi düvel kavaidine tevfikân muamele olunur» demekte ve bu suretle meselenin hallini doktrin ve jürisprudansa bırakmaktadır.

millî kanununu tercih neticesine varılıyor veya burada tercih imkânsızlığı olduğu söylenerek «*lex fori*» nin tatbiki isteniyor. Alâkahlardan birinin millî kanunu tercih edilirse, bu ya babanın ya çocuğun kanunu oluyor; yahut da her iki kanuna yer ayıran muhtelit bir sistem kabul ediliyor. «*Lex fori*» nin tatbiki sisteminin biraz hususî bir şekli de, alâkahlardan biri yargıcın mensup olduğu devlet tâbiyetinde ise *lex fori*'nin tatbik edilmesidir.

Şimdi, bu sistemlerden en az revaçta olanlardan başlayarak en ziyade kabule şayan görününe doğru ilerliyelim:

§ 40. a) Vareilles-Sommières, ne çocuğun ne de babanın kanununun tercihine taraftardır. Onun için, her iki hal tarzı da keyfidir. Velâyet hakkındaki herhangi bir mevzuat, aynı zamanda hem babaların ve hem de çocukların tabiatı gözönünde tutularak yapılır; binaenaleyh, baba ile çocuk ayrı tâbiyette iseler, iki mevzuattan hiçbir vaz'iyete tamamiyle uymaz; birini diğerine tercih etmek için makbul bir sebep keşfetmek mümkün değildir. İzahı mümkün olmıyan bir tercih yerine, ülke üzerinde cereyan eden her husus için normal kanun olan *lex fori* tatbik edilmelidir; onun da iyi kötü vaz'iyete uymak için aynı derecede şansı vardır (80).

Bu suretle, Vareilles-Sommières bir tercihten kaçınmaktadır; fakat bunun için hakikî bir tercih imkânsızlığı bulunmalıdır. Halbuki, diğer sistemleri incelerken göreceğiz ki, tercih sebepleri bulunmak mümkündür.

§ 41. b) Fransız «*Cour de Cassation*» u ise, alâkadarlardan biri fransız olduğu takdirde fransız kanununun tatbikine taraftardır. Bu sistemde fransız menfaatinin korunması düşüncesi hâkimdir. *Cour de Cassation*'un 1873 tenberi tekerrür eden içtihatlarına göre; «yabancı şahsî kanunun, Fransa'da fransız mahkemelerinin her şeyden önce muhafazasını temin etmeleri gerekli fransız menfaat ve haklarının zararına olarak, fransız kanununa tekaddüm etmesi hâkimiyet prensiplerine aykırıdır» (81). Bu içtihat şöyle müdafaa edilmektedir: Devletlerin yabancı memleketlerdeki tebaalarının hal ve ehliyetlerine kendi kanunlarının tatbikini istemeleri, onların bu tebaaları üzerindeki hâkimiyetlerini teyit etmek iradesiyle izah olunabilir. Baş-

(80) Vareilles-Sommières, t. II, No 888, p. 158. (Weiss, s. 165 ten naklen).

(81) Clunet, 1874, p. 245. Türk Yargıtay'ının da boşanma davalarında aynı esası kabul ettiği, yani alâkahlardan biri Türk olduğu takdirde Türk Kanunu tatbik ettiği görülmektedir. Dr. Osman Fazıl Berki, Boşanma ve ayrılıktan doğan kanun ihtilâfları, Adalet Dergisi, 1945, sayı 10, s. 983.

ka bir deyimle, millî kanunun tatbiki tebaanın devlete tâbiyetinin ifadesidir. Bu yüzden bir fransız yargıcı, millî kanunlar ihtilâfının teşkil ettiği bir hâkimiyetler ihtilâfına elkoyduğu ve rekabet halindeki millî kanunlardan biri fransız kanunu olduğu takdirde, yargıç zarurî olarak ihtilâfta taraf olan kendi hâkiminin (son souverain) emrini dinlemelidir; yani fransız kanununu tatbik etmelidir (82).

§ 42. Buna mukabil, bu içtihada karşı kuvvetli itirazlar da yapılmaktadır:

I. Evvelâ, millî menfaat fikri, ancak taraflardan biri vatandaş olduğu takdirde, millî kanunlar ihtilâfına bir hal tarzı temin edebilir; alâkâlıların hepsi yabancı ve muhtelif tâbiyette oldukları vakit hiçbir yol göstermez (83).

II. Diğer taraftan, sırf tebaa alâkalı diye, hâkimiyet fikrine istinad ederek lex fori'nin tatbiki, devletler hususî hukukunun mevcudiyetini inkârı tazammun eder (84).

III. Hal ve ehliyet bahsinde millî kanunun salâhiyeti devletin hâkimiyeti fikrinden ziyade tebaanın himayesi fikrine müstenittir (85). Hal ve ehliyeti idare hususunda millî kanuna salâhiyet verilmele, tebaaya, onu her yerde takip edecek müstakar ve hususiyetlerine uygun bir statü bahş ve bu suretle tebaa himaye edilmek istenir.

Şu halde ihtilâf halindeki millî kanunlardan hangisine rüçhan verilmesi lâzımgeldiğini tayin etmek için, millî kanun esasının temeli olan himaye fikri tahlil edilmelidir. Bu tahlile girildi mi, ilk adımda, Vareilles - Sommières'in sistemine esas teşkil eden fikre benzer bir itirazla (§ 40) karşılaşılır: velâyeti tanzim ederken kanun koyucu, aileyi ve dolayısıyla onun temelini teşkil ettiği kendi devletini korumak istemiştir; halbuki uzuvlarının aynı tâbiyette olmadığı bir aileyi korumağa hiçbir kanun koyucu diğerinden daha fazla salâhiyetli değildir; binaenaleyh, himaye fikrinin tahliliyle, bahsimizdeki kanunlar ihtilâfına gerçekten tatmin edici bir hal çaresi bulmak mümkün değildir (86).

Bu itiraza rağmen, bu tahlile istinat eden üç sistem görmek mümkündür:

(82) Marty, No: 30.

(83) Marty, No: 31.

(84) Audinet, No 27.

(85) Marty, No 31.

(86) Marty, No 32.

§ 43. c) Bunlardan birincisi, muhtelif kanunlara yer ayırdığı için teorik bakımdan cazip görünen, Valéry'nin sistemidir. Valéry'ye göre: «alınması bahis mevzuu olan tedbir çocuğun şahsına müteallik ise ve hikmeti vücudunu onun menfaatları mülâhazasından alıyorsa çocuğun kanununu nazara almak lâzımdır; onun (çocuğun) muhafazasını kime tevdi etmek lâzımgeldiğini yahut küçüğün ehliyetsizliğinin hangi yaşta hitam bulması gerektiğini tayin bahis mevzuu olduğu vakit, vaziyet hassatan böyle olacaktır.' Bilâkis, kendi menfaatlerine bir hak dermeyan ettikleri her defa-meselâ, çocuklarının malları üzerinde kanunî istifade hakkı- ebeveynin kanununa müracaat etmek gerekir. Fakat bütün şüpheli faraziyelerde, bilhassa bir hakkın yaradılmasındaki maksadın vazih olmadığı hallerde, tatbik edilecek kanun, alâkalıların hepsini birden idare eden ikametgâh kanunu olacaktır» (87).

§ 44. Bu sistem de tenkide şayandır (88):

I. Evvelâ, velâyetin muhtelif tezahürlerini birer birer inceliyerek, onların ana babanın mı yoksa çocukların mı menfaatlarına tesis edildiklerini tayin çok müşküldür. Bu yüzden, ekseriya ikametgâh kanununa başvurmak lâzımgelcektir ki, bu, halihazırdaki fransız (Türk) kanun ihtilâfları umumî sistemine aykırıdır; ve, bundan başka ihtilâfı tamamen ortadan kaldırmaz, zira bütün alâkalıların ikametgâhı zarurî olarak aynı olmayacaktır.

II. Diğer taraftan bu sistem, sıra ile ana babanın ve çocukların kanununa yer vererek, bir veya diğer hal tarzına bağlı pratik müşkülâtı bir araya toplıyacaktır ve fazla olarak, velâyet münasebetine muhtelif kanunların imtizacından yapılma mürekkep bir statünün tatbiki mahzurunu doğuracaktır. Bu muhtelit statünün işleyişi, muhtemel olarak güç ve karşısında bulunulan menfaatler arasında bir muvazene gerçekleştirmek üstünlüğünü arzeden rakip statülerden şüphesiz daha az muvaffak olacaktır.

§ 45. d) İkinci sistem babanın kanununu salâhiyetli sayar. Asser (89), Ménard (90); Pillet ve Niboyet (91), Pillet (92), K. Yörük (93)

(87) Valéry, No 820

(88) Marty, No 34.

(89) s. 125.

(90) s. 215.

(91) Noo 497.

(92) s. 661.

(93) s. 194.

bu sisteme taraftardır. Alman Medenî Kanununa Methal Kanununun 19 uncu maddesine (94) dayanan alman jürisprüdansı da bu sistemi kabul etmektedir (95).

Bu nazariye lehine ileri sürülen deliller şunlardır:

Babanın kanununun tercihi, onun velâyet bahsinde aslı alâkalı olması fikrine değil, kanun koyucunun velâyeti tanzim ederken her şeyden önce aileyi korumak istediği fikrine dayanır. Bu fikre göre, velâyet aile menfaatini ilgilendiren bir müessesedir (96); bu itibarla, bu menfaati kimin temsil ettiğini araştırmak lâzımdır; bunun çocuktan ziyade baba olduğu aşikârdır; o halde, ailenin kollektif menfaatinin mümessili olan babanın kanunu salâhiyetli olmalıdır. «Bu kanun nesebi idare eder; nesebin neticesi olan velâyeti de idare etmesi pek tabiidir. Onun ana babanın karşılıklı münasebetlerine tatbik edilmesi şüpheden uzaktır; ana baba ve çocukların münasebetlerinin farklı bir kanuna tâbi olması tuhaf olacaktır, ve tuhaflık çocukların aynı tâbiyeti haiz olmadıkları halde daha bariz olacaktır» (97). Ayrı tâbiyetteki çocukların herbirine kendi millî kanunu tatbik edilirse, baba her birinin şahsı ve malları üzerinde farklı salâhiyetlere sahip olacak ve bundan ailenin ahengini bozacak müsavatsızlıklar ve kıskançlıklar doğacaktır.

§ 46. Bu nazariyeye karşı da birtakım itirazlar ileri sürülmüştür:

I. Evvelâ, bu sistem, babanın etrafında ve onun kudreti altında toplanmış meşru bir aile fikrinden mülhem görünmektedir. Eğer baba ölmüş veya velâyeti nez'edilmiş ise ve anne onun yerini tutuyorsa babanın kanununun tatbikine devam edilecek midir, yoksa anne kocasından farklı bir tâbiyette ise annenin kanununun salâhiyeti mi tanınacaktır? (98). «Diğer taraftan ayrılık ve bilhassa boşanma mevcut olduğu takdirde artık babanın üstünlüğünü kabul etmek için bir sebep yoktur. Bu vaziyette velâyeti tanzim için hangi kanun

(94) «Ana baba ve meşrû bir çocuk arasında mevcut hukukî münasebetlerde, baba veya baba öldüğü vakit ana İmparatorluk tâbiyetinde ise Alman kanunlarına göre hükmedilir. Baba yahut ana İmparatorluk tâbiyetini kaybettileri fakat çocuk muhafaza ettiği takdirde de böyledir». İkinci cümle alman tabiiyetindeki çocuklar için bir istisna kabul ediyor.

(95) Alman mahkemeleri m. 19 daki prensibi kıyas suretiyle yabancılara da tatbik ettiler. Lewald, No 205.

(96) Pillet et Niboyet, No 497.

(97) Pillet, s. 661-662.

(98) Ménard, bu takdirde annenin kanununun tatbikine taraftardır. s. 215. Fakat, bu statünün istikrarını bozmayacak mıdır?

tercih edilecektir? Hususiyle, boşanmada iki tarafın da kusurlu olduğuna hükmedilmiş ve dolayısıyla eşlerin birini diğerine tercih için hiçbir sebep bulunmamış olması yüzünden, yalnız çocukların menfaati kararda âmil olması gerektiği takdirde tercih nasıl yapılacaktır? O zaman yıkılmış ailenin menfaatini kim temsil edecektir?» (99).

Nesebi gayrisahih çocukların velâyeti hususunda da, babanın kanununun tatbikini haklı gösterecek bir sebep bulunmaz; çünkü, bu gibi hallerde ekseriya ortada bir aile, hakiki bir yuva yoktur (100).

Evlât edinme halinde, babanın kanunu mu yoksa evlât edinenin kanunu mu tatbik edilecektir; hangisi aile menfaatinin temsilcisi sayılacaktır?

II. Diğer taraftan, velâyete babanın kanunu tatbik edilirse, vesayeti umumen kabul olunduğu üzere küçüğün kanunu idare ettiğinden, velâyete vesayet arasındaki sınırların kesin olarak ayrıldığı memleketlerde yargıçlar için büyük güçlükler çıkar (101); bundan başka çocuğun mallarının ve şahsının ayrı ayrı statülere tâbi olması mahzuru da doğar.

III. Nihayet, ailede tâbiyet birliği bulunmaması halinde, hiçbir kanun koyucunun aileyi «aile» olarak korumak salâhiyetine malik olmadığı itirazı burada da kendini gösterir. «Çocuğuna tâbiyetini veremiyen baba, ona, salâhiyeti geniş ölçüde millî hissiyat ve menfaatla haklı kılınan bir millî kanunu hiçten tahmil edemez» (102).

§ 47. O halde, mademki aileyi bir bütün olarak himaye hususunda hiçbir kanun tercih edilememektedir; öyle ise, «artık ancak ferdi himaye bahis mevzuudur ve her memleket kendi tebaasını korumak için salâhiyetlidir» (103). Aile içindeki fertlerden hangisi daha ziyade himayeye şayansa onun kanunu tatbik edilmelidir. Bu suretle himaye fikrinin tahlili, bizi çocuğun kanununu tercihe sevketmektedir.

§ 48. e) Şu halde, üçüncü sistem çocuğun kanununu üstün tutan

(99) Marty, No 37.

(100) Marty, No 37 bis.

(101) Türk MK. nun velâyet hakkındaki hükümleri tanzim edilirken esas teşkil eden prensiplerden biri, velâyete vesayet arasında vazih bir tefrik yapmak olmuştur. Oğuzoğlu, s. 237. Tour, s. 209. Bu yüzden, Fransadaki kanuni vesayet» gibi bir nevi velâyet veya vesayet olarak tavsif edilmesi müşkül muhtelit karakterli müesseseler MK. muzda yer almamıştır. Bu sebeple fransız sisteminden doğan güçlüklerden burada bahsetmiyeceğiz. Tafsilat için Marty. Nos 8 - 9 bis; ve 38 e bakılabilir.

(102) Lerebours-Pigeonnière. No. 350, a).

(103) Marty, No 39.

sistemdir. Bu sistemin başlıca müdafileri Audinet (104), Bartin (105), Despagnet (106), Lerebours-Pigeonnière (107), Marty (108), Weiss (109) tur. Bu sistem, velâyet müessesesinin, giriş kısmında da işaret ettiğimiz gibi (§ 2), başlıca çocuğun menfaati gözönünde tutularak, onun himayesi için organize edildiği fikrine dayanır. Zahren, ana babanın menfaatine vaz'edilmiş gibi görünen «kanunî istifade hakkı dahi küçüğün himayesi umumî sisteminin bir parçasıdır» (110). Bu hakkın gayesi, evvelce de kaydettiğimiz gibi (§ 28. a), ana babayı çocuk mallarının daha iyi idaresi için tahrik etmektedir.

Bu sistemin tercihi büyük pratik menfaatler de temin eder: Çocuğun kanunu, muhtelif alâkalıların (meşrû veya tabii ana, büyük ana, büyük, baba evlât edinen) iddialarını müşkülatsızca halleder. Diğer taraftan, bu suretle, velâyetle vesayeti aynı kanun idare edeceğinden, bunların sınırlarının vazih olmamasından doğan güçlükler de bertaraf edilmiş olur (111).

§ 49. c) Böylece, çocuğun kanununa üstünlük tanıdıktan sonra, son ve en mudil problemin incelenmesine geçebiliriz:

Aynı veya muhtelif tâbiyette olan alâkalılardan birinin veya hepsinin tâbiyet değiştirmeleri halinde, bu değişikliğin velâyeti idare eden kanuna ne gibi tesirleri olacaktır?

§ 50. Bu problemin basit şekli, aynı tâbiyetteki alâkalıların hep birden başka bir tâbiyet almalarıdır.

Bu takdirde Weiss'e göre tâbiyette husule gelecek değişiklik, çocuğun iradesine yabancı bir iradenin esiri olmadıkça, velâyetin şartlarını ve rejimini tadil etmek neticesini doğuracaktır. Ancak «baba tarafından istihsal edilen telsik, hükümlerinde kollektif olsa dahi, hiçbir vakit onun çocuklarına karşı haiz olduğu imtiyazları arttıramıyacaktır; o, çocuğun müktesep haklarını ihlâl edemez.

(104) 2e éd., No 636, p. 517 (Weiss, s. 164 ten naklen). Yalnız Audinet velâyetin nez'i sebepleri hususunda hem çocuğun hem babanın kanununun tatbikine taraftardır. Çünkü velâyetin nez'i, baba için bir ehliyetsizlik, çocuk için bir himaye tedbiri sayılabilir demektedir.

(105) s. 368 ve mütt.

(106) 5e éd. No 268-269 (Weiss, s. 164 ten naklen).

(107) No 351.

(108) Nos 39 - 42.

(109) bs. 164 - 165.

(110) Marty, No 42 bis.

(111) Marty, No. 42.

(112). Weiss, fikrini teyid için Fiore'den şöyle bir parça nakletmektedir (113): «...yeni vatanın velâyeti tanzim eden kanunu, yeni vatandaşlık sıfatının iktisabından sonra doğan çocuklara tatbik edilebilecektir. Eyvelden doğan çocukların babalarıyla olan münasebetlerine *müteallik her husus*, menşe memleketleri kanunu ile idare edilmelidir, babaları tarafından seçilen memleketin kanunu ile değil».

§ 51. Biz, Weiss'in tâbiyet değişikliğinde çocuğun iradesi olup olmadığı hususunda yaptığı tefriki ve yeni tâbiyet iktisabından önce doğan çocukların velâyetine *müteallik bütün hususlarda* eski milli kanununun tatbiki fikrine iştirak edemeyeceğiz.

Çocuğun tâbiyetinin değişmesinde ister onun iradesi bulunsun isterse bulunmasın (114) müktesep haklar baki kalmak üzere, velâyet yeni milli kanuna tâbi olacaktır. Bu, bugün hal ve ehliyet bahsinde umumiyetle kabul edilen fikirdir. Fiore ve onun fikrini eserine alan Weiss, müktesep hakların hududunu çok geniş tutmaktadırlar; tâbiyet değişmesinden önceki velâyet statüsünün *tamamını* müktesep saymaktadırlar. Halbuki, burada, müktesep ve müktesep olmıyan hususlar vardır ve bunları tefrik etmek gerektir. Pillet'nin dediği, bizatihi hal (état) hususunda müktesep haklar tanınır; fakat «habin doğurduğu münasebetlerin tanzimine, tâbiyet değişmesinden sonra yeni statü tatbik edilir (115). Hattâ bizatihi «hal» hususunda da bir ayırma yapmak yerinde olur: Eğer eski statüye göre «hal»e taallük eden hususun yeni statüde muadili yoksa, bu husus dahi müktesep hak teşkil edemeyecektir (116).

Şimdi bu biraz kapalı görünen fikirleri misallerle aydınlatmağa çalışalım:

Evvelâ, velâyete taallük etmiyen klâsik bir misal verelim: Nesebi gayri sahih bir çocuk mevcuttur; bu çocuğun nesebi evlenme ile veya hâkimin hükmüyle tashih edilmiştir. Bu suretle çocuk, «ne-

(112) Weiss, s. 166.

(112) Weiss, s. 166.

(114) Zaten muhtelif memleketlerin hali hazırdaki tâbiyet mevzuatı gözönünde tutulursa, küçüklerin iradî tâbiyet değiştirmesini tasavvur biraz müşküldür.

(115) Pillet. s. 528-529. Ehliyet hususunda, tâbiyet değişmesinden önceki muameleler için eski statü personelin şartları, tâbiyet değişmesinden sonraki muameleler için yeni statü personelin şartları aranır. Eskiden ehil olan şahıs yeni statü personele göre ehil sayılmasa bile tâbiyet değişmesinden önceki muameleleri dolayısıyla üçüncü şahısların müktesep hakları mahfuzdur.

(116) Lewald, No 208.

sebi sahih çocuk halini iktisap etmiştir; nesebi sahih olmak onun «hal»inin bir cüz'ünü teşkil eder. Binaenaleyh, sonradan çocuk, nesebinin tashihi müessesesinin kabul edilmediği İngiltere'de ikamet etse ve İngiliz tâbiyetine geçse dahi, nesebi sahih olarak tanınacaktır; nesep sıhhati İngiliz kanunlarınca da kabul edilen bir husustur.

Şimdi, konumuzla alakalı bir misale geçelim: Bir Fransız ailesi Fransa'da ikamet ederken, babanın velâyeti Fransız kanununa göre nez'edilmiştir. Aile hep birden Türk tâbiyetine geçiyor ve Türkiye'de ikamete başlıyor. Velâyetin nez'i babanın «hal»inin bir cüz'ünü teşkil eder ve velâyetin nez'i Türk hukukunda da kabul edilen bir husustur; o halde, baba Türk tâbiyetine geçmesine rağmen velâyeti nez'edilmiş bir baba «hal»ini muhafaza edecektir. Fakat, babanın eski statü personeline göre faraza ondan yalnız çocuğu temsil salâhiyeti nez'edilmiştir. Bu takdirde yeni statü personelde bu neviden bir nez' mevcut değilse, bu nez keyfiyeti müktesep bir vaz'iyet teşkil etmeyecek ve baba tâbiyet değişmesinden sonra yeni statü mucibince çocuğunu temsil edebilecektir (117).

§ 52. En karışık mesele, alakalıların hepsinin değil de yalnız bazılarının tâbiyeti değişmişse, velâyet münasebetlerini hangi kanununun idare edeceğidir. Bu meselenin hal tarzı, alakalıların muhtelif tâbiyette olması bahsinde kabul edilen sisteme göre değişecektir.

Babanın kanunu sistemi kabul edilirse yalnız babanın tâbiyet değişiklikleri velâyeti idare eden millî kanunu değiştirecektir; çocuğun tâbiyet değiştirmesinin velâyeti idare eden kanuna hiçbir tesiri olmayacaktır. Çocuğun kanunu üstün tutulursa, çocuk tâbiyetini değiştirdi mi velâyet de çocuğun yeni millî kanununa tâbi olacaktır. Velâyeti idare eden millî kanunun değiştiği kabul edilen hallerde müktesep haklar meselesi için § 51 deki izahat gözönünde tutulmalıdır.

§ 53. Bu suretle konumuzu ilgilendiren başlıca problemleri incelemiş bulunuyoruz. Tesbit ettiğimiz esasları şu noktalarda hülasâ edebiliriz:

Türk kanunlar ihtilâflarını hal sisteminde velâyeti prensip itibariyle alakalıların millî kanunlarının idare etmesi kabul edilmiş-

(117) Lewald, No: 208. Baba yeni statü mucibince eskiden sahip olmadığı haklara meselâ kanunî istifâde hakkına sahip olabilir. Weiss, aksi fikirde § 51 e bak.

tir. Bir taraftan bu prensibin mühim ve sınırları geniş tutulmağa çok müsait bir istisnası vardır; âmme intizamı. Diğer taraftan bu prensibin tatbiki velâyet müessesesindeki alâkahıların tabiiyetsiz bulunmaları, muhtelif tabiiyette olmaları veya tabiiyetlerini değiştirmeleri halinde birtakım güçlükler arzeder. Alâkahıların tâbiyetsiz olması halinde ikametgâh kanunu tatbik, muhtelif tâbiyette olmaları halinde çocuğun millî kanunu tercih edilmelidir. Çocuğun tâbiyetinin değişmesi halinde müktesep haklar bâki kalmak üzere velâyet yeni millî kanun tarafından tanzim olunmalıdır.

Notlarda adı geçen müelliflerin referans yapılan eser ve yazılarının adları:

- Asser, *Eléments de droit international privé ou du conflit des lois*, trad. par Alphonse Rivier, Paris 1884
- Audinet (Eugène), *Etat et capacité*, Rép. (1) tome VII.
- Bartin (E.), *Principes de droit international privé*, Paris 1932.
- Curti-Forrer (Eugène), *Commentaire du Code civil suisse*, trad. de l'allemand par Max-E. Porret, Neuchâtel 1912.
- Karayalçın (Yaşar), *Devletler hususî hukukunda atif*, Ankara 1945.
- Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, 3 e éd., Tours 1936.
- Lewald (Hans), *Droit international privé de l'Allemagne*, Rép. tome VII.
- Marty (Gabriel), *Puissance paternelle*, Rép. t. X.
- Ménard (Alphonse), *Traité de droit international privé Marocain*, t. II, Paris 1935.
- Niboyet (J. — P.) *Ordre public*, Rép. t. X.
- Oğuzoğlu (H. C.), *Medenî hukuk dersleri*, II, Ankara 1940.
- Pillet (Antoine), *Traité pratique de droit international privé*, t. I, Paris, 1923.
- Pillet ((A.). *De la déchéance de la puissance paternelle considérée au point de vue international*, Clunet 1892, s. 1- 32.
- Pillet (A.) et Niboyet (J. — P.), *Manuel de droit international privé*, Paris 1924.
- Savigny (F.C. von), *System des heutigen Römischen Rechts*, cilt 8, Berlin 1849
- Seviğ (M.R.), *Devletler hususî hukuku*, cilt. II 1943, cilt I. 1937 İstanbul.
- Tour (Pierre), *Le Code Civil suisse. Exposé systématique tenant compte de la jurisprudence du tribunal fédéral*, trad. de l'allemand d'après la 4e éd. par Henri Deschenaux, Zurich 1942.
- Valéry (Jules), *Manuel de droit international privé*, Paris 1914.
- Weiss (André), *Traité théorique et pratique de droit international privé* t. IV, 2e éd. Paris 1912.
- Westlake (John), *Traité de droit international privé*, trad. sur la 5e éd. par Paul Goulé, Paris 1914.
- Yörük (A. K.) *Devletler hususî hukuku*, kitap IV, İstanbul 1937.

—————
Répertoire de droit international, A. De La Pradelle et J.—P. Niboyet, Paris 1931.