

TÜRK DEVLETLER HUSUSİ HUKUKUNDA BABALIK DAVASI (1)

Yazan: Profesör Dr. Osman Fazıl Berki

GİRİŞ

Babalık davası, evlilik dışında doğan çocuğun babasına olan nisbetinin tâyinini istihdaf eden bir davadır.

Devletlerin kanunî mevzuatına bakacak olursak, umumiyetle bu davanın âmme intizamını ihlâl eder mahiyette görülmediğini ve kanunların büyük bir kısmı tarafından kabul edilmiş olduğunu müşahede ederiz.

Meselâ Fransa'da, babalık davası memnu idi. Sadece ananın kaçırılması halinde, kaçırma ile gebe kalma tarihleri birbirine tetabuk ederse mümkündü. 16 Kasım 1912 tarihli kanun, babalık davasını kabul ve bu davanın hangi hallerde açılabileceğini tesbit etmiştir. Bu kanunun hükümlerine nazaran, kaçırma, bazı şartlarla ırza geçme, baştan çıkarma, şüpheye mahal bırakmayacak yazılı itiraf, erkekle kadının karı koca gibi yaşaması babalık davası ikamesini mümkün kılar.

İtalya'da, 1942 kanununa kadar Napolyon kanununun ihtiva ettiği hükümler mer'î idi. 1942 den sonraki hükümler, Fransız kanununun ha-

(1) **Bibliyografya:** Arminjon, Précis de droit international privé 1931; Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé 1949; Batiffol, Filiation (Répertoire de droit international, t. VIII, p. 402 - 423); Osman Fazıl Berki, Devletler Hususî Hukuku 1949; Şakir Berki, Tatbiki Devletler Hususî Hukuku 1950; Frankenstein, Internationales Privatrecht 1926 - 1935; Mustafa Reşit Belgesay, Babalık davası ve ihtilâfî kavanin (İstanbul Barosu Mecmuası 1932, sayı 65-5, s. 193 ve m.); Makarov, Précis de droit international privé d'après la législation et la doctrine russes 1932; Nusret Metya, Devletler Hususî Hukuku ders notları 1941; P. Niboyet, Cours de droit international privé 1947; Lerebours - Pigeonnière, Précis de droit international privé 1948; Lipovanu, Apatridie, Thèse Paris 1935; Pillet, Traité pratique de droit international privé 1923 - 1924; Savatier, Cours de droit international privé 1947; Schnitzer, Handbuch des internationalen Privatrechts 1944; Muammer Raşit Seviç, Devletler Hususî Hukuku, ikinci bası 1947; Muammer Raşit Seviç, Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar ihtilâfî kaidelerinin sentezi 1941; Arminjon, Nolde, M. Wolf, Traité de droit comparé 1950; Valéry, Manuel de droit international privé 1918; Weiss, Traité théorique et pratique de droit international privé 1912; Abdülhak Kemal Yörük, Amelî ve nazari Devletler Hususî Hukuku 1937; Zitelmann, Internationales Privatrechts 1897.

lihazır hükümlerinin aynıdır. Yalnız sebepler arasında baştan çıkarma mevcut değildir.

1935 tarihli Şili kanuniyle, 1946 tarihli Polonya kanunu babalık dâvasını hiç bir takyide tâbi tutmadan kabul etmiştir.

Bazı kanunlar ise, babalık dâvasını âmme intizamına mugayir saymış ve kabul eylememiştir. Bulgaristan, Bolivya, Hollanda, Romanya ve Kolombiya'da vaziyet böyledir. (2).

Türk Medenî Kanunu da, İsviçre Medenî Kanunu gibi, babalık dâvasını kabul etmiş bulunmaktadır.

Medenî Kanunumuza göre, babalık dâvasının mevzuu, ya ana lehine tazminat, veya çocuk lehine nafaka, yahut da bütün neticeleriyle babalığa hükümden ibaretir.

Babalığa bütün şahsî neticeleriyle hükmolunmuş ise, çocuk nafaka talebinde bulunamaz.

Babalığa bütün şahsî neticeleriyle hükmedilmesi, çocuğun babaya sahih olmayan nesep rabıtasıyla bağlanmasını mucip olur. Bu şekilde, babalığa hükmedilmesi için, erkeğin kadına evlenme vadetmiş olması, yahut da nüfuzun suiistimâli neticesinde vaki olmuş bulunması lâzımgelir.

Cinsî münasebet zamanında babanın evli bulunması halinde babalık dâvası mesmu olmaz.

Şahsî neticeleriyle babalığa hükmolunması halinde, bundan aile hukukuna müteallik malî neticeler, miras hukukuna müteallik malî neticeler ve şahsî neticeler tevellüt eder.

Baba, nesebi sahih çocuklarına olduğu gibi, bunlara bakmak, onları terbiye etmek ve yetiştirmekle mükelleftir. Bundan başka, çocuk ile baba arasında Medenî kanunun 315 ve müteakip maddeleri hükümleri dairesinde nafaka mükellefiyeti tevellüt eder.

Çocuk ile babanın karşılıklı miras hakları doğar. Eğer bu çocuk, sahih nesepli çocuklarla içtima ederse, nesebi sahih olanlara düşecek miras hissesinin yarısını alır.

Evlilik haricinde doğan çocuk, babasının soyadını, vatandaşlık hakkını iktisap eder. Velâyeti babaya tevdi edilmiş ise, çocuğun ikametgâhı babanın ikametgâhıdır.

Şu kısa izahat bize gösteriyor ki, babalık dâvasının kabulünde bütün kanunlar ittifak edemediği gibi, kabul eden kanunların bu hususta sevkettiği hükümler de başka başkadır. İşte bu tahalüf Devletler Hususî

(2) Daha fazla tafsilât için Bk. Arminjon - Nolde M. Wolf, *Traité de Droit comparé* Tome I. p. 261 - 268.

Hukuku sahasında derhâl kendini gösterecek, yabancı unsuru ihtiva eden bir babalık dâvası halli müşkül kanunlar ihtilâfının doğumuna sebep olacaktır.

Biz, bu etüdümüzde Türk Devletler Hususî hukuku bakımından bu ihtilâfları gözden geçireceğiz.

Mevzuumuzu, yalnız teşriî salâhiyet ihtilâflarına hasretmiyecek, aynı zamanda kazaî salâhiyet ihtilâflarını da inceliyeceğiz.

Birinci Kısım

Babalık Dâvasından Doğan Teşriî Salâhiyet İhtilâfları

Babalık dâvasından doğacak olan teşriî salâhiyet ihtilâflarını tetkik edebilmek için, baba ile çocuğun aynı ve ayrı tabiiyette olması hallerini nazara alarak konuyu bir tefrike tâbi tutmak suretiyle incelemek icabeder.

§ 1 — Çocuk ile baba aynı tabiiyettedir.

Çocuk ile baba aynı tabiiyette iseler, babalık dâvası esas bakımından, maddî hukuk noktasından hangi kanuna tâbi olacaktır.

Burada aile hukukuna taallûk eden bir mesele müvacehesinde bulunmaktayız. Devletler hususî hukukunda aile hukuku şahsi kanuna tâbidir. Şahsi kanun, bazı müellif ve kanunlara göre millî kanun, bazalarına göre ise ikametgâh kanunudur.

Türk Devletler Hususî Hukukunda, şahsi kanun millî kanundur. Filhakika, Birinci Cihan Harbinin patlaması sırasında Kapitülasyonların bir taraflı olarak Osmanlı İmparatorluğunca ilga edilmesi üzerine çıkarılan ve bugün de mer'iyette olan "*Türkiye'de Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vazifeleri Hakkında Muvakkat Kanun*" bu esası, 4 üncü maddesinde açık olarak vazeylemiş bulunmaktadır. Bu maddeye nazaran, tebeayı ecnebiyeye müteallik olup da âkit ve feshi nikâh ve tefriki ebdan ve übüvvet ve nesep ve tebenni gibi hukuku aileye ve hacir ve vesayet gibi ehliyete ve emvali menkuley ait vasiyet ve rerekelere müteallik dâvalar intizamı âmmeyi devlete mugayir olmamak şartile alâkadarların hükûmeti metbuaları kavanine tâbidir.

Bu maddeden de anlaşılacağı veçhile, Muvakkat Kanun, nesep hukukunu alâkadar şahısların millî kanunlarıyla idare edileceğini ifade ediyor. Bu itibarla, taraflar aynı tabiiyette buldukları takdirde, tatbik edilmesi gerekli olan salâhiyetli kanun müsterek millî kanunlardır. Binaenaleyh, müsterek millî kanun babalık dâvasını kabul etmiyorsa, Türkiye'de açılacak olan babalık dâvası mesmu olmaz. Tarafların millî kanunları, babalık dâvasını kabul ettiği takdirde, millî kanunun koyduğu kayıt ve şartlara riayet edilmesi lâzımgelir.

§ 2 — Çocuk ile baba ayrı tâbiyettedir.

Baba ile çocuk ayrı tâbiyette bulunduğu takdirde, babalık dâvasının hangi kanuna tâbi olacağı hususunda Ecnabilerin Hukuk ve Vazifeleri Hakkındaki Muvakkat Kanunda bir sarahat mevcut değildir. Bununla beraber, mezkûr kanunun 4 üncü maddesinin son fıkrasında mevcut, umumî ve biraz da müphem (3) hükme nazaran, ihtilâfı kavanin halinde Devletler Hususî Hukuku kavaidine göre hareket etmek lâzımgelmektedir.

Bu hükümden anlaşılması icabeden şey, tarafların başka başka tâbiyette bulunması halinde hangisinin kanunun tatbik edileceği hususunun, Devletler Hususî Hukuku kaidelerine göre hal edileceğidir.

Tarafların ayrı tâbiyette bulunması takdirinde, hangi kanunun teşriî salâhiyeti haiz olacağı meselesi, Devletler Hususî Hukukunda ihtilâfî bir mevzudur.

Bu hususta bir takım sistemler ileri sürülmüştür ki bunları, dört grup etrafında toplayarak incelemek mümkündür.

I - Babanın kanununun tatbiki sistemi.

Bu sisteme taraftar olanların fikrine göre, babalık dâvasının gâyesi, çocuğun hukukan babaya bağlamaktan ibaretir. Neşep rabitası, çocuğun halini alâkadar ederse de onun kadar babanın halini de ilgilendirir. Bu dâva neticesinde, çocuk lehine ve baba aleyhine bir takım ailevî ve malî borçlar doğmaktadır. Babalık dâvası hakkında kanunen vazolunan takyidler, ailenin sulh ve sükûnunu temine ve zayıf delillere karşı baba olduğu iddia olunan şahsı himayeye mâtuftur. Bu itibarla, bu kanunî himayenin derecesini tâyinde babanın kanunun tercihi daha doğru olur. (4).

II - Çocuğun kanununun tatbiki sistemi.

Diğer bir fikre göre, babalık dâvasına çocuğun kanununun tatbiki lâzımdır. Çünkü, babalık dâvasının kabullünden maksat, evlilik dışında doğmuş olan çocuğa bir şahsî hal, aile hukuku, terbiye ve bakılması için çare temin etmektir. Bu böyle olunca, babalığın tanınmasına müteallik

(3) Muammer Raşit Seviğ, Türkiye Cumhuriyeti kanunlar ihtilâfı kaidelerinin sentezi, S. 139.

(4) Pillet et Nilboyet, Manuel de droit international Privé, 2. éd. p. 761; Pillet, Traité pratique de droit international Privé, t. I, p. 656, Abdülhak Kemal Yörük, amellî ve nazari devletler hususî hukuku, kitap IV, s. 185, Valéry, Manuel de droit international Privé, p. 1145.

Bu sistem 1891 tarihli İsviçre Kanunununun 32 nci maddesiyle kabul edilmiştir.

hükümlerin, çocuğun himayesine mâtuf olması itibariyle bu hususta çocuğun kanununun tercihi daha yerinde olur (5).

III - Baba ve çocuğun kanunlarının müştereken tatbiki sistemi.

Bir kısım müelliflere göre, babalık dâvasının esas bakımından mesmu olabilmesi için, hem babanın hem bu çocuğun kanunlarının müştereken tatbik edilmesi gerekir. Çünkü, bir şahsın, hali şahsisine kendi millî kanununun tatbik edilmesi lâzımdır. Babalıkta, hem çocuğun hem de babanın hali şahsisi bahis konusudur (6).

IV - Dâvanın ikame edildiği mahkemenin mensup olduğu devlet tâbiyetinde bulunan şahsın kanununun tatbiki.

Bu sisteme göre, taraflardan hangisi dâvayı görmekte olan mahkemenin mensup olduğu devlet tâbiyetinde ise onun kanunu tatbik edilir. Zira, ahkâmı şahsiye fertlerin millî kanunlarıyla idare edilir. Devlet, tebeasım kanunlarıyla himayeye mecburdur. Binaenaneyh siyasî bakımdan, babalık dâvasına, taraflardan hangisi dâvayı rüyet eden mahkemenin mensup olduğu devlet tâbiyetinde ise o devlet kanununun tatbiki zâruridir (7).

İzah edilen bu sistemlerden hangisini tercih etmek lâzımdır?

Her şeyden önce şu noktaya işaret edelim ki, babalık dâvasının hem babanın hem de çocuğun kanununa tâbi kılınması nazarı bir kıymeti haizdir. Tatbikatta bunun yeri yoktur. Zira, iki kanunun aynı hükümleri ihtiva etmesi, nadiren vaki olacak hallerdendir. Bu sebepten dolayı, çocuğun nesep râbitasını ispat etmek müşkülât arzeder (8).

Babalık dâvasına, taraflardan hangisi dâvanın ikame edildiği mahkemenin mensup olduğu devlet tâbiyetinde ise o devlet kanununun tatbiki, tamamen politik mülâhazalara müstenittir. Kanunlar ihtilâf sahasında siyasî mülâhazalara yer vermemek, kabili tatbik kanunî sağlam hukukî bir esasa istinadettirmek lâzımgelir. Kanunlar ihtilâfının selâmetle halledilebilmesi, asgarî bir fedakârlığı icabettirir. Şunu da ifade edelim ki, bu sistem kabul olursa dahi, bütün ihtilâfları halletmeğe kâfi değildir. Çünkü, taraflardan hiç biri, mahkemenin mensup olduğu

(5) Laurent, droit civil international. Weiss, Manuel de droit international privé, 9 éd. P. 536.

(6) Mustafa Reşit Belgesay, babalık dâvası ve ihtilâfı kavanin (İstanbul Barosu Mecmuası, 1932, sayı: 65 - 5, S. 3. No. 6)

(7) Niboyet, cours de droit international Privé, p. 575.

Fransız Temyiz Mahkemesi 1935, 1938, 1941 ve 1943 de verdiği kararlarda bu sistemi tatbik etmiştir.

(8) Abdülhak Kemal Yörük, a. g. e. kitap IV, s. 184.

devlet tâbiyetinde bulunmadığı takdirde, tahaddüs edecek olan ihtilâfların hangi kanunla halledileceği hususu tesbit edilmiş değildir.

Bu iki sitemden sonra, elimizde babanın veya çocuğun kanununun tatbiki sistemleri kalıyor. Bunlardan hangisi tercih edilecektir

Biz daha ziyade çocuğun kanununun tercih edilmesine taraftarız. Zira, nesebe taallük eden hükümler daha ziyade çocuğu alâkadar ve onun himayesini istihdaf eder.

§ 3 — Kanunu salâhiyetli olan şahsın Haymatlos olması.

Kanunî salâhiyetli olan şahıs, muayyen bir devlete siyasî ve hukukî bağla bağlı bulunmadığı, tâbiyetsiz, haymatlos olduğu takdirde, babalık dâvası hangi kanunla idare edilecektir?

Burada, şahsın bir tâbiyeti mevcut olmadığına nazaran, millî kanun, bahis mevzuu olamaz. Bu itibarla halli gereken mesele, millî kanunun yerine kaim olacak kanunu aramaktan ibarettir.

Devletler Hususî Hukukuna müteallik mevzuatımızda bu hususta sarîh veya zımnî bir hüküm mevcut olmaması bizi, bu sahada doktrini tetkike sevketmektedir.

Haymatlosların ahkâmı şahsiyesinin hangi kanuna tâbi olacağı devletler Hususî Hukukunda ihtilâflı bir meseledir. Bu hususta ileri sürülen sistemleri üç kısma ayırmak suretiyle incelemek kaabildir.

I - En son millî kanunun tatbiki sistemi.

Tâbiyetsizlere, millî kanunun salâhiyetine giren meselelerde en son millî kanunların tatbiki sistemi, Alman Medenî kanununa medhal kanununun 29 uncu maddesi tarafından kabul edilmiş bulunmaktadır.

Zikri geçen maddeye nazaran, millî kanunun tatbiki icabeden hallerde hiç bir devlete mensup olmayan şahıslara her şeyden evvel, en son olarak mensup oldukları devlet kanununun uygulanması lâzımdır. Şahıs hiç bir zaman bir devlete mensup olmamış ise, yani doğuşunda tâbiyetsiz ise, ikametgâhı, oo da yoksa bulunduğu yer kanunu uygulanır.

Bu sistem, haklı olarak Alman müellifleri tarafından tenkid edilmiştir. Filhakika, Haymatlos herhangi bir devlete bağlı olmadığına göre, millî kanunu mevcut değildir demektir. Mevcut olmayan bir kanunun tatbiki de bahis mevzuu olamaz. Zira, bunları devlete bağlayan bağ çözülmüştür (9).

Bundan başka bu sistem ,ancak evvelce bir tâbiyete mâlik bulunan Haymatloslara tatbik edilebilir. Tâbiyetsiz olarak doğanlara taallûku yoktur (10).

(9) Zitelmann, Interationales Pritatrecht, I. S. 176.

(10) Lipovanu, apatrie, P. 126.

II - Hâkimin kanununun tatbiki sistemi.

Bu sisteme nazaran, tâbiyetsizlere dâvanın açıldığı mahkemenin mensup olduğu devlet kanununun, yani hâkimin kanununun "lex fori" tatbiki lâzımdır.

Hâkimin kanunu arizî olduğundan millî kanunun yerine kaim olamayacağı cihetle bu sisteme itiraz olunmaktadır. (11)

III - İkametgâh kanununun tatbiki sistemi.

Fransa'da hâkim olan Doktrin, Haymatloslara ikametgâh kanununun tatbik edileceği merkezindedir. Bu noktai nazara taraftar olanlara göre, fert devlete ya tâbiyet veya ikametgâh bağı ile bağlıdır. Tâbiyet bağı daha kuvvetli olan bir bağıdır. Binaenaleyh bu bağ, tefevvuk etmelidir. Ancak ferdin tâbiyeti yoksa, ikametgâhı nazarı itibara alınmak lâzımgelir.

Fransız mahkeme içtihatları da, devamlı bir şekilde, millî kanunun tatbiki gereken hallerde, Haymatloslara ikametgâhları kanununu tatbik etmektedir.

Haymatloslara ikametgâh kanununun tatbik edilmesi esası, bir çok kanunlar tarafından kabul edilmiş bulunmaktadır. Bunlara misal olarak, 1898 tarihli Japon, 1918 tarihli Çin kanunlarıyla, Brezilya Medenî Kanunu, Lichtenstein Medenî Kanunu, 1894 tarihli evlenmeye dair Macar Kanunu, 1891 tarihli İsviçre Federâl kanunu ve 1941 Yunan Medenî kanunu, gösterilebilir.

Tâbiyetsizlere hangi kanunun tatbik edilmesi lâzımgeldiğine dair Türk Mahkeme içtihatlarında bir karara tesadüf edemedik. Ancak Türk Doktrinini de bu hususta ikametgâh kanununun tatbikına taraftar görmektedir.

Haymatloslara ikametgâhları, kanunu mevcut olmadığı takdirde buldukları yer kanununun uygulanması esası bize daha mülâyim gelmektedir.

§ 4 — Kanunî salâhiyetli olan şahsın birden ziyade tâbiyete mâlik olması.

Babalık dâvasında kanunu salâhiyetli olan şahsın birden ziyade tâbiyete mâlik olması halinde, ihtilâflar hangi kanunla halledilecektir?

Bu sorunun cevabını verebilmek için mevzuu bir tefriğe tâbi tutmak zarureti vardır.

I - Şahsın haiz olduğu tâbiyetlerden biri, ihtilâfın arzedildiği mahkemenin mensup olduğu devlet tâbiyetidir.

(11) Makarov, Précis de droit international Privé d'après la législation et la doctrine russes, P. 161.

Şahsın haiz olduğu tâbiyetlerden biri, dâvayı gören mahkemenin mensup olduğu devlet tâbiyeti ise, ihtilâfın halli için takibolunması lâzımgelen en mantıkî ve doğru yol, hâkimin kendi kanununu tatbik etmek suretiyle dâvayı neticelendirmesi yoludur. Zira tâbiyete müteallik kanunlar âmme intizamından maduttur. Meselâ bir Türk Mahkemesi, kimlerin Türk addolunabileceklerini Türk vatandaşlığı kanunu hükümleri dairesinde tâyin eder. Bu kanuna nazaran şahsı Türk ise, ona tatbik edilmesi gereken kanun Türk kanunundan başka bir kanun olamaz. Üzerinde ittifak edilen bu prensip bazı kanunlarda da yer almış bulunmaktadır.

Bunlar arasında, 1898 tarihli Japon kanunu, 1918 tarihli Çin kanunu, Brezilya Medenî Kanunu, Lichtenstein Medenî Kanunu, Bustamante Kanunu, 1949 tarihli Suriye Medenî Kanunu.

II - Şahsın haiz olduğu tâbiyetlerden hiç biri, dâvayı gören mahkemenin mensup olduğu devlet tâbiyeti değildir.

Kanunu salâhiyetli olan şahsın haiz olduğu tâbiyetlerden hiç biri, ihtilâfın arzedildiği mahkemenin mensup olduğu Devlet tâbiyeti değilse, mesele nezaket kesbeder. Doktrinde bu hususta muhtelif hal suretleri teklif edilmekte ve bunların bir kısmı bazı kanunlar tarafından da kabul ve teyid edilmiş bulunmaktadır ki, bunları 4 grup etrafında toplayarak incelemek kabildir.

1 - Şahsın aslı tâbiyet bakımından bağlı bulunduğu devlet kanununun tatbiki sistemi.

Bir fikre göröe, çifte tâbiyetliye, aslı tâbiyet, yani doğumla iktisabetmiş olduğu tâbiyet kanununun tatbiki icabeder. Bu sistem Zitelmann tarafından ortaya atılmıştır.

2 - Müktesep tâbiyet bakımından bağlı bulunduğu devlet kanununun tatbiki sistemi.

Bu sisteme nazaran, çifte tâbiyetli şahsın sonradan iktisabettiği tâbiyet hangi devletin tâbiyeti ise o devlet kanunu tatbik edilmelidir. Bu sistem Von Bar ve Niemeyer taraflarından teklif edilmiştir (12).

Bu iki sistem, her iki tâbiyetin aynı zamanda iktisabedilmiş olması halinde kabili tatbik olamayacağı cihetle, bütün ihtilâfları halletmeğe kâfi değildir.

Bazı devletler mevzuatı, iki tâbiyet aynı zamanda iktisap edilmediği takdirde, müktesep tâbiyet kanununun tatbik edilmesini âmirdir. Bunlar arasında 1898 tarihli Japon kanunu, 1918 tarihli, Çin kanunu, Çe-

(12) Makarov, a. g. e. S. 157.

koslovakya Medenî Kanunu, Brezilya Medenî Kanunu, Lichtenstein Medenî Kanunu zikredilebilir.

3 - Şahsın en ziyade bağı bulunduğu devlet kanununun tatbiki sistemi.

Bu sisteme göre, birden ziyade tâbiyete mâlik bulunan şahısların ahkâmı şahsiyetleri en ziyade bağı buldukları devlet kanuniyle idare edilmek lâzımdır.

Bu sisteme göre, herşeyden evvel Psikolojik bağıın nazarı itibara alınması lâzımdır. Yani çifte tâbiyetli olan şahısla, mensup olduğu devletlerden birinin mevzuatı arasında rabita ve münasebet gözönünde bulundurulmak icabeder. Şahıs, ikametgâh ve faaliyet merkezi itibariyle hangi mevzuata daha ziyade bağı bulunuyorsa onun tatbik edilmesi yerinde olur.

Fikrimizce, bu sistemde de pek isabet yoktur. Zira, şahıs her iki devlete de aynı şekilde bağı olabileceği gibi, ikametgâh ve faaliyet merkezi itibariyle hiç birine bağı bulunmayabilir.

4 - İkametgâh kanununun tatbiki sistemi.

Bir fikre göre, çifte tâbiyetli şahıslara tatbik edilmesi iktiza eden kanun ikametgâh kanunudur.

Bizde, Kahn ve Walker tarafından ileri sürülmüş olan bu sistemi tercih etmekteyiz (13).

§ 5 — Salâhiyetli kanunun tatbikine vazolunan istisnalar.

Ahkâmı şahsiyeye müteallik mesailde olduğu gibi, babalık dâvasında da salâhiyetli olan kanunun tatbiki mutlak olmayıp bir takım istisnaları gözden geçireceğiz.

I - Âmme intizami.

Devletler Hususî Hukukunda herhangi bir kanun ihtilâfını halletmek hususunda salâhiyetli olan kanun ya mahallî kanun (Lex loci) yahut ta yabancı bir devlet kanunudur.

Bir ihtilâfa salâhiyetli olan yabancı kanunun tatbiki, mahallî âmme intizamını, yani devletin mevcudiyet, hâkimiyet ve içtimâî bünyesini ihlâl etmemek kaydı şartıyla mümkündür.

Âmme intizamı mefhumunu, siyaneti ittifakla kabul edilmiş bulunan bir husus olmakla beraber, müellifler bu mefhumun hukukî mahiyet ve şümülünde ihtilâf etmiş bulunmaktadırlar.

Bir telâkkiye göre, âmme intizamına müteallik hükümler, daha geniş bir tâbirle âmme intizamı kanunları istisnâî bir mahiyette olup sa-

(13) Makarov, a. g. e. S. 157.

(14) Muammer Raşit Seviğ, a. g. e. 2 nci Bası C. I. S. 343.

lâhiyattar kanunların tatbikine mâni olur. Diğer bir telâkkiye nazaran, âmme intizamı kanunları istisnâî olmayıp bir prensibin tatbikinden ibarettir.

Bu iki telâkkinin birleştiği nokta, her ikisinin de âmme intizamı kanunlarını tadad etmeyip, hâkimin takdirine terketmiş olmasıdır.

İtiraf etmek lâzımgelir ki, Devletler Hususî Hukukunun en mudil müesseselerinden biri olan âmme intizamı yeni bir ihtilâf kaidesi meydana getiremez, normal teşriî kaidelere bir istisna olarak anlaşılır.

Âmme intizamı zaman ve mekâna göre değişen bir mefhumdur. Bu itibarla bunun tarifi, her memlekette her devirde hâkim olan zihniyete tâbidir. Âmme intizamı zamanla değiştiği için, bunun muhtevasının bir kanunla tâyini pek yerinde değildir. Bu sebebledir ki, âmme intizamı telâkkisini, vicdanı, umumî kanaatlere makes olan hâkimin takdirine bırakmalıdır (15).

1330 tarihli Yabancıların Hukuk ve Vazifeleri hakkındaki Muvakkat Kanun 4 üncü maddesinin 2 inci fıkrasında "bu suretle intizamı âmme devlete mugayir olmamak şartıyla alâkadarın hükûmeti metbuaları kavane tevfikan muamele olunur" demekle, âmme intizamını hâkimin takdirine bırakmıştır.

Şu nokta bilhassa belirtmelidir ki, Türkiye'de bir yabancı devlet kanununun tatbiki bu devletle Türkiye arasında az çok bir hukukî birliğe delâlet eder. Bu hukukî birlik, yabancı kanunun derpiş ettiği hal tarzının Türk mevzuatının ana prensiplerine muhalif olması halinde ortadan kalkar.

Âmme intizamı, yalnız yabancı kanunun tatbikine mâni olmakla kalmaz; bazı hallerde de mahallî kanunun tatbikini zarurî kılar.

Bu izahattan anlaşılacağı gibi, âmme intizamı, Devletler Hususî Hukuku sahasında iki türlü tesir icra etmektedir.

Bunlardan birisi, menfi tesirdir. Âmme intizamının menfi tesiri, salâhiyetli kanunda tecviz edilen ve fakat mahallî kanuna nazaran memnu olan bir hususa taallûk eylemesi takdirinde kendini gösterir. Diğer, evvelâ menfi, sonra müsbet tesirdir. Âmme intizamının evvelâ menfi, sonra müsbet tesiri, salâhiyettar olan kanunda memnu olmakla beraber, mahallî kanunun tatbikini tazammun eylemesi takdirinde bahis mevzuu olur.

Devletler Hususî Hukukunda, âmme intizamı mefhumuna sıklık müracaat edilmekte, bu da salâhiyetli kanunun tesirlerini bertaraf etmeğe müncer olmaktadır. Kanaatimizce, âmme intizamı, istimâlden zi-

(15) Muammer Raşit Seviğ, a. g. e. 2 nci Bası C. I. s. 346.

yade suiistimal edilen bir mefhum olmaktan kendini kurtaramamıştır. Bu itibarla, bu hususta daha ziyade itidâl ile hareket etmek ve âmme intizamı bahanesiyle, yabancı kanunların hâkimiyet sahasını daraltmamak lâzımdır.

II - Atıf.

Salâhiyetli kanun hakkında vermiş olduğumuz izahat da gösteriyor ki, ecnebi unsuru ihtiva eden babalık dâvasında salâhiyettar olan kanun millî kanundur. Bu itibarla, yabancı kanunu tatbik ile mükellef olan hâkim, bu kanunu hangi ölçüde tatbik edecektir; bunun, yalnız dahilî hukuka müteallik hükümlerini mi, yoksa devletler hususî hukukuna müteallik hükümlerini mi uygulamak zorundadır. Başka bir deyimle, Türk kanuncaret kanununun kabul ettiği atıf, poliçe ve emre muharrer senetlere mi münhasırdır; yoksa, bunlar dışında kalan ahkâmı şahsiye meselelerinde de hüküm böyle midir?

Eğer hâkim, salâhiyetli kanunu, Devletler Hususî Hukukuna müteallik hükümlerle birlikte tatbik edecek, yabancı kanunun Türk veya yabancı bir devlet kanununa yaptığı havaleyi nazarı itibara alacak olursa atfı kabul etmiş demek olur.

Devletler Hususî Hukukunda, münakaşalara yol açan mevzulardan birini teşkil eden atfın kabulünde doktrin ittifak etmiş değildir. Müelliflerin büyük bir ekseriyeti atfın reddine taraftar görünmektedir.

Biz, salâhiyetli kanunun, meselenin hallini mahallî kanuna veya başka bir devlet kanununa havale etmesinin kabul edilmesine taraftarız. Bazı Türk müellifleri de atfın kabulüne mütemayildir (16).

Hukukumuzda atfa yer verildiğini görüyoruz. Filhakika, ticaret kanunumuzun 601 inci maddesinde şu hükme tesadüf etmekteyiz.

“Bir şahsın poliçe ile taahhüt altına girmesi için haiz olması lâzım gelen ehliyet, tâbi olduğu devletin kanunu ile tâyin olunur.

Tâbi olduğu devlet kanunu, bu bapta diğer bir devlet kanununu salâhiyattar olduğunu mutazammın ise ancak o kanun tatbik kılınır.”

Bu madde müvacehesinde bir mesele bahis mevzuu olmaktadır: Ticaret kanununun kabul ettiği atıf, poliçe ve emre muharrer senetlerde mi münhasırdır; yoksa, bunlar dışında kalan ahkâmı şahsiye meselelerinde de hüküm böyle midir?

Bu mesele, Türk doktrininde ihtilâfıdır. Profesör Muammer Raşit Seviğ, atıf, ancak mevridine maksurdur. Binaenaleyh, poliçe ve em-

(16) Abdülhak Kemal Yörük, a. g. e. kitap III. s. 176 - 177, Mustafa Reşit Belgesay, a. g. e. s. 47.

Aksi fikir: Muammer Raşit Seviğ a. g. e. 2 nci Bası, C. I. s. 331.

re muharrer senetler dışındaki ehliyet meselelerinde ve diğer ahkâmı şahsiye maddelerinde atfa yer verilmez. (17) demekte, Profesör Adülhak Kemal Yörük de bu fikre iştirâk etmektedir (18).

Buna mukabil, Profesör Mustafa Reşit Belgesay, muhalif fikre taraftar görünmekte ve şöyle demektedir: "Türk Ticaret Kanunu hükümlerine kıyasen bir dereceli atf ve her halde ecnebi kanununun Türk kanununa yaptığı atfı kabul etmelidir (19).

Biz bu suale tamamen başka bir zaviyeden cevap vermek lâzımgeldiğine kaniiz. Fikrimize göre, Türk Devletler Hususî Hukuku sistemi, atfı kabul etmekte olmasına nazaran, atfın diğer hukukî münasebetlere de teşmili yerinde olur.

Atf hakkındaki bu kısa izahatımıza son vermeden evvel, Temyiz Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesinin 1 - 1944 ve 460 sayılı bir kararıyla atfın kabul edildiğini ifade etmek isteriz (20).

III - Salâhiyetli yabancı kanunun muhtevasını tâyin.

Muayyen bir kanun ihtilâfına tatbik edilecek olan yabancı kanunun muhtevasının hâkim tarafından mı, yoksa dâvada alâkadar bulunanlar-camı tâyin edileceği hususunda devletlerce tatbik edilen sistemler birbirine uymamaktadır.

Bazı kanunlar, ihtilâf halinde bulunan taraflara, tatbiki icabeden yabancı kanunun hükmünü ispat mükellefiyeti tahmil etmektedir.

Bu sisteme göre, yabancı hukuk bir vakiadır. Binaenaleyh, esnayı muhakemede taraflarca ispat edilmek lâzımgelir. Taraflar, yabancı kanunu ispat etmedikçe dâvanın görüldüğü mahkeme kanunu tatbik edilir. Hâkim, yabancı kanunu arayıp bulmak ile mükellef tutulmamıştır.

Bazı memleketlerde kabul edilen diğer bir sisteme nazaran, yabancı kanun hâkim tarafından resen nazarı itibara alınmak ve tatbik olunmak lâzımgelir. Hâkim, tatbik etmek mecburiyetinde olduğu yabancı kanunu arayıp bulmak için, her türlü vasıttan istifade eder.

Hukukumuzda, birinci sistemin kabul edilmiş olduğunu görmekteyiz. Filhakika, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 76 ncı maddesi şu hükmü ihtiva etmektedir. "Hâkim re'sen Türk kanunları mucibince hüküm verir.

(17) Muammer Raşit Seviğ, Türk kanunlarının nüfuz sahası s. 201.

(18) Abdülhak Kemal Yörük, a. g. e. kitap III s. 179.

(19) Mustafa Reşit Belgesay, a. g. e. s. 47.

(20) Bu karar aynen şöyledir: "Dâvacı vekili İngiliz mevzuatına göre ahkâmı şahsiye hususunda ikametgâh kanununun tatbiki lâzımgelceğini iddia etmiş olmakta bu cihet tahkik ve tetkik edilerek o dairede halli lâzımgelirken yazılı şekilde karar verilmesi yolsuzdur."

Ancak bir ecnebi hukukun tatbiki lâzım olan hallerde buna istinad eden taraf o kanun hükmünü ispatla mükelleftir. İspat olunmazsa Türk kanunları mucibince hükmolunur.”

Bu maddeden istihraç edileceği veçhile, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, ecnebi kanunun ispatını bir vakıanın ispatı mahiyetinde tutmaktadır. Hâdisede yabancı bir devlet kanununun tatbiki icabetmekte ise, bu kanun hükmü ispat edilmek lâzımgelir. Aksi takdirde, hâkim ihtilâfın hallinde “Lex fori” yi, yani mahkeme kanunu olan Türk kanununu tatbik etmekle mükelleftir.

Şu noktayı bilhassa tebarüz ettirmek icabeder ki, bazı mahkemele-
rimizin kabul ettiği gibi, tarafların mücerret tatbik edilmesi gereken yabancı kanunu ispat edemediklerini beyan etmeleri kâfi değildir. Aksi takdirde, onların, kendilerine daha uygun olan Türk kanununu tatbik ettirmek maksadiyle hileli yollara başvurmalarına imkân verilmiş olur ki, kabili teviz değildir.

Burada hâkimin nazari itibara alması icabeden husus kanaatimizce, yabancı kanun hükmünün kabili ispat olmadığına ispat edilmesi keyfiyettir. Yoksa, tarafların irade ve muvafakatının burada hiç bir rolü yoktur.

§ 6 — Babalık dâvasının tâbi olduğu şartlar, tevlit ettiği hüküm ve neticeler.

I - Babalık dâvasının tâbi olduğu şartlar.

Babalık dâvasının hangi şartlar dahilinde, kim tarafından, kimin aleyhine, ne vakit ikame edileceği salâhiyetli kanuna tâbidir. Bilindiği gibi, hukukumuzda bu dâva, çocuk doğmadan evvel veya doğduğundan itibaren nihayet bir sene içinde açılır. Bu müddet hâkim tarafından re'sen nazara alınır. Salâhiyetli kanunun buna muhalif olarak sevkettiği hüküm Türk âmme intizamına mugayir addedilmemelidir.

II - Miras hukukuna taallük etmiyen hüküm ve neticeler.

Babalık dâvasının müsbet şekilde neticelenmesi dolayısıyla bundan bir takım hükümler tevellüt edeceği yukarıda ifade edilmmişti. Binaenaleyh, babalık dâvası neticesinde ne gibi bir nesep rabıtası doğacağı, babalık dâvasını idare eden kanunun salâhiyeti dahiline girer.

Baba ile çocuk arasındaki nafaka mükellefiyeti âmme intizamına taallük eden bir mesele olmak itibariyle bu hususta Türk Medenî Kanununun müdahalesini kabul etmek yerinde olur.

III - Miras hukukuna müteallik hüküm ve neticeler.

Babalık dâvası neticesinde çocuk ile babası arasında miras hakları doğup doğmayacağı ve bu hakkın şümülü, dâvanın tâbi olduğu kanunla idare edilmez.

Burada, miras hukukuna taallük eden bir mesele müvacehesinde bulunduğumuzdan bu sahada salâhiyetli olan kanun, intikal kanunu "Lex successiois" dur.

Devletler hususî hukukunda umumiyetle kabul edilen sisteme nazaran, intikal kanunu müteveffanın şahsi kanunu "Lex personalis defuncti" dır. Şahsi kanun bazı mevzuatta, müteveffanın millî kanunu "Lex patriae defuncti", bazısında müteveffanın ikametgâhı kanunu "Lex domicilii defuncti" dur.

Daha ziyade çocuğun miras hakları üzerinde durduğumuza göre, burada yetkili olan kanun müteveffa babanın şahsi kanunudur.

Bazı mevzuatte ise, intikal kanununun tayini, terekenin menkul ve gayri menkul olmasına göre değişmektedir. Menkullere, müteveffanın şahsi kanunu, umumiyetle millî kanununu, gayri menkullere ise, gayri menkullerin bulunduğu yer kanunu "Lex Rei Sitae" tatbik olunmaktadır.

Türk devletler Hususî Hukukunun kabul ettiği hal sureti, 1330 tarihli yabancıların Hukuk ve Vazifeleri hakkındaki Muvakkat Kanunda yazılıdır. Bu kanunun 4üncü maddesi, millî kanuna tâbi olan hususlar arasında yalnız menkul miras ve vasiyeti göstermekte, böylece zımni olarak gayri menkul mirasın, gayri menkulün bulunduğu mahal kanuniyle idare edileceği prensibini teyidemiş bulunmaktadır. (21)

Şu hale nazaran, menkuller doğrudan doğruya babanın kanuniyle idare edilecek, Türkiye'de bulunan gayri menkul tereke ise, her bakımdan Türk Medeni kanunu hükümlerine tâbi olacaktır.

Burada ehemmiyetli saydığımız bir mesele temas etmek yerinde olacaktır : Mirası idare eden kanun, mahalli kanuna yani Türk kanununa nazaran gayri sahih nesepli çocuğa diğer çocuklarla içtima halinde daha fazla hisse tanıyorsa, selâhiyetli kanunun tatbiki mahalli amme intizamını ihlâl eder mi?

Bu suale cevap vermek için, bir tefrik yapmak lâzımgelir. Tereke yalnız gayri menkulleri ihtiva ediyorsa, mesele yok. Zira, hukukumuzda gayri menkul miras, münhasıran Türk kanununa tâbidir.

Menkul terekeye gelince : Biz, bu hususta gayri sahih nesepli çocuğa intikal kanununun, Türk kanunundan daha fazla hisse tanımış olmasında amme intizamına mugayir bir nokta göremiyoruz. Çünkü, hisselerin tayini mirası idare eden kanuna tâbi bir keyfiyettir. (22)

(21) Mirastaki sistemler hakkında Bk. Osman Fazıl Berkî, miras ve vasiyete tatbik edilecek kanun (Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 1944, C. I. sayı 4, s. 496 - 505).

(22) Muhalif fikir: Weiss, a. g. e. c. IV. s. 563.

İKİNCİ KISIM

BABALIK DAVASINDAN DOĞAN KAZAI SALÂHIYET
İHTİLÂFLARI

Bundan evvelki kısımda, babalık davasının sebebiyet vereceği tegrii salâhiyet ihtilâflariyle, yani, bu davaya hangi kanunun tatbik edilmesi lâzım geldiği hususiyle iştigal ettik. Etüdümüzün bu kısmında, babalık davasının tevliht edeceği kazai salâhiyet ihtilâflarını inceliyeceğiz.

Kazai salâhiyet meselesini incelerken, salâhiyeti iki kısma ayırmak hüsumu kendisini hissettirir.

Bunlardan biri, umumî salâhiyettir ki, muhtelif devlet mahkemelerinden birinin davayı görmek hususundaki salâhiyetini ifade eder. Şu halle göre, umumî salâhiyet Beynelmîlel bir mahiyet arz etmektedir.

Diğeri hususi salâhiyettir ki, bununla bir devlet mahkemelerinden birinin bir davayı görmek hususundaki salâhiyeti kastedilir.

§ 1 — Umumî salâhiyet

Genel olarak yabancı unsuru ihtiva eden bir ahkâmı şahsiye davasında Türk mahkemeleri umumî salâhiyeti haiz midir?

Bu suale cevap verebilmek için, Ecnebilerin Hukuk ve Vazifeleri hakkındaki Muvakkat kanunun 4 üncü maddesi üzerinde durmak lâzımgelir. Bu maddenin 2 nci fıkrasına nazaran "gayri müslim tebeayı ecnebiyeye müteallik olup ta akit ve feshi nikâh ve tefriki ebdan ve übüvvet ve nesep ve tebenni gibi hukuk aileye ve rüsd mezuniyet ve hacir ve vesayet gibi ehliyet ve emvali menkuleye ait vasiyet ve terekelere müteallik bulunaa davaların mehakimi osmaniyyede rüyet edilebilmesi tarafeynin birri-za müracaatına veya tebeayı osmaniyyenin alâkadar bulunmasına veyahut mehakimi osmaniyyede derdesti rüyet deaviye müteferri olmasına mütevakıftır."

Bu maddeden anlaşılacağı veçhile, Türk mahkemeleri yabancıların ahkâmı şahsiye dâvasını görmeğe prensip itibariyle salâhiyetli değildir. Bu madde hükmüne istinaden konuyu muhtelif ihtimâlleri gözönünde tutarak incelemek icabeder.

I — Her iki taraf yabancı tâbiyetindedir.

Ahkâmı şahsiyeye müteallik bir davanın tarafları yabancı tâbiyetinde ise, Türk mahkemesi bu davayı görmeğe umumî salâhiyet noktasından yetkili değildir. Bunun istisnasını, tarafların birri-za Türk mahkemelerine müracaat etmesi teşkil eder. Yani taraflar, Türk mahkemesinin salâhiyetini kabul ettikleri takdirde, Türk hâkimi davayı görmek hususunda umumî salâhiyeti haizdir. Tarafların, bu husustaki rızası, sarih olabileceği gibi, zımni de olabilir. Taraflar, aralarında akdettikleri mukavelede

ihtilâfın Türk mahkemelerinde görüleceğini, veya müddei, dava lâyihasında, müddaaleyh cevap lâyihasında Türk mahkemesinin salâhiyetini kabul eylediği takdirde sarîh rıza müvacehesinde bulunulur. Yabancı, Türk Mahkemesine müracaat etmiş veyahut aleyhine açılmış olan davada salâhiyetsizlik itirazında bulunmamış ise zımnî irade mevcuttur.

II — Her iki taraf haymatlostur.

Taraflardan hiç biri muayyen bir devlete mensup değilse, yani tâbiyetsiz, Haymatlos ise, aceba Türk mahkemeleri bunların ahkâmî şahsiye davasını görmek hususunda umumî salâhiyeti haiz olacak mıdır?

Tarafların, rıza ile Türk mahkemesinin salâhiyetini kabul etmiş olmaları halinde mesele yoktur. Ancak, böyle bir rıza mevcut olmasa dahi, bu suale müsbet olarak cevap verilmek lâzımgelseceği kanaatindeyiz. Bu noktayı nazarmızı, biraz evvel bahis konusu ettiğimiz kanunun 4 üncü maddesi hükmüne istinad ettiriyoruz. Fîlhakika, maddenin metnine dikkat edilecek olursa, "yabancı tebea" tabirinin kullanıldığı görülür.

Yabancı ile yabancı teba arasında fark vardır.

Yabancı tabiri, daha umumî ve şümüllü bir tâbir olup, bir devlet ülkesinde bulunan ve o devletin tâbiyetini iddiaya halen hakkı olmayan kimse demektir. Bu tâbir içerisine, muayyen bir devlete mensup olan,, bir tâbiyete mâlik bulunan şahısları aldığı gibi, hiç bir devlete mensup olmayan, yani tâbiyetsiz, Haymatlos olanları da alır. Buna mukabil, yabancı tebea tâbiri, daha dar bir mefhum olup, yalnız muayyen bir devlete mensup olan şahısları ifade eder.

Madde, yabancı tebeanın ahkâmî şahsiye davalarında Türk mahkemelerine prensip itibariyle umumî salâhiyet vermemekte olmasına ve Haymatloslar yabancı tebeadan madut bulunmadığına nazaran, bunların davalarını görmek hususunda Türk mahkemelerinin salâhiyetli olacağı neticesine varmakta hata edilmiş olmaz.

III — Taraflardan biri yabancı tebea, diğeri Haymatlostur.

Burada da tarafların birriza Türk mahkemelerine müracaat etmiş olması mümkündür ve bu takdirde mesele yoktur. Rızanın mevcut olmaması takdirinde yukarıda istinat olunan mucip sebebe mebni, Türk Mahkemesinin salâhiyettar olacağını kabul etmek icabeder.

IV —Taraflardan biri Türk, diğeri yabancı bir tebeadır. (23).

Taraflardan biri Türk, diğeri yabancı tâbiyette ise Türk mahkemesi

(23) Taraflardan her ikisi de çifte tabiiyetli olabilir. Bu takdirde bir noktaya dikkat etmek lâzımdır. Çifte tâbiyetli olan taraflardan birinin haiz olduğu tâbiyetlerden biri Türk tâbiyeti ise, Türkün alâkadar olduğu bir dâva karşısında bulunulacağından Türk mahkemesi yetkili olur. Aksi takdirde, birriza müracaat mevcut olmak lâzım gelir.

davayı görmeğe salâhiyetlidir. Zira, Türk mahkemelerinin ahkâmı şahsiye davalarında salâhiyetsiz olması, taraflardan birinin Türk olması yani davada bir Türkün alâkadar bulunması halinde ortadan kalkmaktadır.

V — Mücbir sebep.

Ahkâmı şahsiye davalarında Türk mahkemelerinin salâhiyetsiz olması, bir de mücbir sebebin mevcut olması halinde ortadan kalkar. Yani, taraflar, kendi memleketlerine giderek dava açmak imkânına malik olmadıkları takdirde, Türk mahkemelerinin salâhiyetli olması kabul edilmelidir. Nitekim, Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi 6/4/1945 gün ve 1922 sayılı kararıyla bu içtihatta bulunmuştur (24).

§ 2 — Hususî salâhiyet.

Ahkâmı şahsiye mesailinde Türk Mahkemelerinin umumî salâhiyeti haiz olması, hususî bakımdan salâhiyettar olmasını istilzam etmez; kanunun, hususî salâhiyet hakkında aradığı şartların mevcudiyeti icabeder.

Umumiyetle hususî salâhiyet, "Actor sequitur forum rei" prensibine tevfikân, müddaaleyhin ikametgâhi ile tayin edilmektedir. Filhakika, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 9 uncu maddesine göre, her dava ikame edildiği tarihte müddaaleyhin Kanunu Medeni mucibince ikametgâhi adolunan mahal mahkemesinde bakılır.

Ancak, burada Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 18 inci maddesini de gözönünde tutmak icabeder.

Bu madde şöyledir: "Türkiye'de ikametgâhi bulunmayan Türk tebeası Türkiye'de sâkin değilse ahkâmı şahsiye noktasından Türkiye'deki son ikametgâhi mahkemesine, bulunmadığı halde Ankara Mahkemesine tâbidir.

Şu hale göre, ahkâmı şahsiye dâvalarında taraflardan biri Türk ise, Türk mahkemeleri mutlak olarak umumî salâhiyeti haizdir. Bu halde umumî salâhiyetin mevcudiyeti, hususî salâhiyetin mevcudiyetini de istilzam etmektedir. Hususî salâhiyeti haiz olan mahkeme varsa son ikametgâh, yoksa Ankara mahkemesidir.

(24) Bu karar aynen şöyledir: "Dâvacı, boğanma ile birlikte ayrı mesken itihazını ve nafaka takdirini de istemiş ve taraflar Almanya ile siyasî münasebetlerin kesilmiş olmasından dolayı gözaltı edilip vaziyet itibarıyla Almanya'ya giderek orada dâva açması mümkün bulunamamış olmasına mebnî dâvaya bakılmak lâzım-gelirken reddine karar verilmesine isabet yoktur."

Bu madde hükmünden, Türkiye'de mukim ve sakin olmayan Türk vatandaşlarının, ahkâmı şahsiye noktasından kolaylık göstermek için Türkiye'de açacakları davalara bir merci tayin edildiği manası çıkarılmamak lâzımdır. Bundan maksat, yabancı memleketlerde bulunan Türklerin ahkâmı şahsiye davalarını görmek hususunda yabancı devlet mahkemelerinin salâhiyeti haiz olmadığıdır ki, biz bu hükmün isabetine kani değiliz. Tebaanın hukukunu korumak maksadiyle vazedilmiş bulunduğu şüphesiz olan bu hükmün, bu menfaati temin edecek mahiyette olmadığı aşikârdır. Zira, Türklerin ahkâmı şahsiye davalarının halli için memlekete gelmek mecburiyetinde olmaları, ekseriya bu davadan vaz geçmelerini ve delillerin, ihtilâfların doğduğu mahalle uzak memleket hâkimi tarafından toplanmasında müşkülâtı mucip olur (25).

Babalık davasında salâhiyet hakkında Medenî kanunumuz hususî hükümler sevketmiştir. Bu kanunun 299 uncu maddesine nazaran, babalık davası, müddeinin doğum zamanında Türkiye'deki ikametgâhının bulunduğu mahal mahkemesinde ikame edilebileceği gibi müddaalehyin dava zamanındaki ikametgâhının bulunduğu mahal mahkemesinde dahi ikame olunabilir.

300 üncü madde hükmüne göre, ana ve çocuğun ikametgâhı Türkiye haricinde olup aleyhine babalık davası ikame olunan Türk de ecnebi bir memlekette sakin ise dava onun Türkiye'de mukayyet olduğu mahal mahkemesi huzurunda ikame olunabilir.

Açıkça görüldüğü veçhile, bu maddeler, müddeinin durumunu kolaylaştırmıştır.

Bu maddeleri, muhtelif ihtimâlleri nazara almak ve Hukuk Usulî Muhakemeleri kanununun 18 inci maddesini de gözönünde tutmak suretiyle inceliyelim.

299 uncu madde hükmündeki müddei ve müddaaleyh yabancı iseler 1330 tarihli Yabancıların Hukuk ve Vazifeleri hakkındaki Muvakkat Kanuna göre, Türk mahkemeleri umumî salâhiyeti, ya haizdir veya değildir.

Umumî salâhiyeti haiz ise, hususî salâhiyeti haiz olabilmesi için 299 uncu maddeye göre, müddeinin doğum zamanındaki ikametgâhı ve dava zamanında müddealehyin ikametgâhı Türkiye'de bulunuyorsa bunlardan birinin bulunduğu mahal mahkemesinde dava açmakta müddei muhtardır.

(25) Abdülhak Kemal Yörük, a. g. e. kitap IV. s. 28. Noot 1.

300 üncü maddenin sevkettiği hükme göre, müddeinin ikametgâhı Türkiye haricinde olduğu ve müddaaleyh olan Türk de ecnebi bir memlekette sakin bulunduğu takdirde dava Türkiye'de mukayyet olduğu mahal mahkemesinde ikame olunabilir.

Bu madde hükmü ile 18 inci madde hükmü nasıl telif edilmelidir?

Kanaatimizce, Türk olan müddealeyh Türkiye'de sakin değilse, mukayyet olduğu mahal mahkemesinde dava açılacaktır.

Müddei, bu mahkemede dava açmadığı takdirde mutlaka Türkiye'deki son ikametgâhı o da yoksa, Ankara mahkemesinde dava açmak mecburiyetindedir. Aksi takdirde, verilecek olan hükmün, Türk hukuku bakımından hiç bir kıymeti yoktur.