

İKAMETGAHIN TAYİNİNDEN DOĞAN KANUNLAR İHTİLAFI

Yazan: Asistan Tuğrul ANSAY

GİRİŞ :

İkametgâh hem iç hukuk bakımından, hem de dış hukuk bakımından büyük rol oynar. Fakat bu önemli müessesenin tarifini yapmak pek o kadar kolay bir iş değildir. Çünkü muhtelif devletlere göre ikametgâh telâkkileri değişir. Hukukumuzda ikametgâh için niyet unsuru esas itihaz edilmiştir. MK. M. 19, "bir kimsenin ikametgâhı, yerleşme niyeti ile oturduğu yerdir" diyor. Şu halde yerleşme niyeti ikametgâhın tâyini için esas unsurdur. Niyetin yanında bir de devamlı oturmanın mevcut olması icap eder. Hukukumuzda esas itibariyle ikametgâh bu olmasına rağmen, bir çok istisnaları vardır. Evli kadının, çocuğun ikametgâhlarında olduğu gibi.

Fransız Code Civile'i m. 102 ise "ikametgâh, şahsın muamelâtının merkezi olan yerdir" demektedir. Şu halde Fransız telâkkisine göre şahsın iradesine pek önem verilmez. Nihayet Alman sistemine göre, ikametgâhın esasî meskendir. Bir kimse bir yeri sürekli olarak mesken ittihaz ederse, orası onun ikametgâhı addolunur.

Dahilî hukuk bakımından ikametgâhın mevcut olması, birçok bakımlardan önemlidir: Bir kere ikametgâh üçüncü şahıslar tarafından yapılacak tebligatların yollanacağı yerdir. Sonra, ikametgâha göre selâhiyetli mahkemelerin tâyin edilmesi mümkün olabilir. Yani usul hukuku bakımından da önemi büyüktür. Bundan başka ikametgâh, bir takım hakların kullanılabilceği yerdir. Bazı muameleler ancak ikametgâhın bulunduğu yerde ilân olunur. Nihayet ikametgâh, muamele ve menfaatlerin toplandığı mahaldir. Vergi, intihap v.s. bakımından da ikametgâhın rolü büyüktür.

Diğer taraftan ikametgâhın mevcut olması, devletler hususî hukuku bakımından da elzemdir. Devletler hususî hukuku bakımından meselenin önemi pek eskiden beri mevcuttur. Feodalite devirlerinde tabiiyet ile ikametgâh eşit olarak gidiyordu. 19 uncu asırdaki yeni nazariyeler de ikametgâh kanununa önem verdiler. Schaeffner ise, ehliyeti ikametgâh kanununa tâbi kıldığı gibi, malları da ikiye ayırıp, mamelekin bütünü "ut universitas" bahis konusu olduğu zaman, aynı kanunu esas aldı. Savigny

dahi şahsa ait meselelerde ikametgâh kanununu kabul etmiştir. Bugün dahi bir çok meselelerde ikametgâh önemli bir rol oynamaktadır.

Diğer taraftan İsviçre ve Arjantin sibi bazı devletler, mirasta müteveffanın ikametgâhı kanununun tatbik edilmesine taraftar bulunmaktadırlar. (1). Fransa'da haymatloslar için yine ikametgâh kanunu esas itihaz edilmiştir. Bu hususta Fransız doktrini ve jürisprüdansı müttetikdir. Hattâ bir çok teşriî metinler ve muahedeler dahi haymatloslara ikametgâh kanununun tatbik edilmesini kabul etmişlerdir (2). Bunlardan başka, ahkâmî şahsiyede dahi ikametgâh kanununa taraftar olanlar mevcuttur (3).

Bütün bu hallerde ikametgâh kanunu tatbik edilecektir. Fakat, her devletin iç hukukundaki ikametgâh anlayışı az evvel belirtmiş olduğumuz gibi aynı değildir. Bu sebepten hangi sisteme göre ikametgâhın tâyin edilmesi icap edeceğinin tesbit edilmesi gerekir. Yani, başka bir şekilde ifade etmek istersek, ikametgâhtan doğan ihtilâf, devletler hususî hukukunun bir çok hususlarında bir mesele-i müstehire mahiyetini haizdir. Evvelâ şahsın ikametgâhının hangisi olduğu tesbit edilecek, sonra bu tâyin olunan ikametgâha göre diğer meseleler hallolunacak.

İkametgâhın tayininden doğacak olan kanunlar ihtilâfını halletmek hususunda bir çok nazariyeler ileri sürülmüştür. Biz müteakip izahlarımızda evvelâ bu nazariyeleri ve beynelmilel anlaşmalardaki tatbik sahalarını belirtmeğe çalışıp, sonra da tatbikattaki duruma bir göz atacağız. Nihayet son olarak da memleketimizdeki durumu ifade ifade etmeğe çalışacağız.

II — Kanunlar ihtilâfı bakımından ikametgâh:

A — Müelliflere göre ve beynelmilel anlaşmalarda:

1 — İradenin muhtariyeti nazariyesi (Autonomie de la yolonté): Bilindiği gibi, iradenin muhtariyeti demek, ihtilâflı meselenin, şahsın doğrudan doğruya veya dolayısıyla tâyin ettiği kanuna tâbi olması demektir (4) İşte bu prensibi kabul etmiş olan müellifler, ikametgâhın tâyini me-

(1) Prof. O. Berki - Age., S. 339; meselâ Fransa ve diğer bazı memleketlerde menkul miras müteveffanın son ikametgâhı kanununa göre tayin olunur. Rabel - Age. S. 142 - 143.

(2) Prof. O. Berki - Age., S. 200 - 201; Teşriî metinlere misâl şunlardır: "1898 tarihli Japon kanunu (madde: 27) 1918 tarihli Çin kanunu (madde: 2) Brezilya Medeni Kanunu (madde: 9), Lihtenştayn Medeni Kanunu (madde: 31), 1894 evlenmeye dair Macar Kanunu, 1891 tarihli İsviçre Kanunu (madde: 7), 1941 tarihli Yunan Medeni Kanunu (madde: 30), 1928 tarihli Polonya Kanunu (madde: 1).

Muahedelere misâlişunlardır: 1902 ve 1905 tarihli La Haya mukaveleleri.

(3) Prof. O. Berki - Age., S. 249 - 250.

selesini bir iradî mesele addederler. Bunlara göre ikametgâh, kanunla tâyin olunamaz, ferdin şahsî iradesi ile tâyin olunur. İkametgâh, şahıs burayı ikametgâh olarak kabul etmişse burasıdır, orayı kabul etmişse orasıdır. Mademki esas vasıfları dolayısıyla ikametgâhın tâyininde irade esastır, şu halde ikametgâhın tâyininin doğan ihtilâfda da şahsın iradesine bakmak gerekir. Yoksa, millî mahallî veya herhangi diğeri bir kanuna değil.

İradenin muhtariyeti nazariyesini Savigny müdafaa etmiştir (5). Bunun neticesi olarak da, ikametgâhın tâyininini münhasıran şahsın iradesine tâbi tutmaktadır.

Fransız müelliflerinden Bertauld, ikametgâhın şahsî irade sahasında olduğunu, yoksa kanun sahasında olmadığını kabul etmiştir. Müellife göre kanun ikametgâhı sadece müşahade veya tesbit eder, yoksa tesis etmez (6).

Diğeri bir müellif, Loiseau, bu kaideyi ilmî bir şekilde müdafaa edip, ikametgâhın tâyini hususunda en yüksek mertebeye kadar çıkardı: "Ehil bir şahsın ikametgâhı o şahsın iradesi ile tâyin olunur" (7). Bu hususta millî kanunun tatbikini teklif ettikten, mülkî kanunu ve lex fori'nin tatbikini düşündükten sonra, son olarak esas prensibine varmıştır: "İkametgâh nedir? Bir vakıa, bir niyettir. Her hangi bir yerde yerleşmek ve burasını menfaâlerinin merkezi, servetinin mahallî yapmak niyeti. Vakıa ve niyet, vakıayı meydana çıkaran, niyeti izhar eden şahsın tamamıyla iktidar ve ihtiyarına, emir ve iradesine taallük eden keyfiyetlerdir." Bi-naenaleyh, şahsın ikametgâhının bulunduğu yeri bilmek için, onun az çok sarîh olan iradesine bakmalıdır.

Maamafih Loiseau, âmme intizamı bakımından istisnalar kabul etmiştir. Amme intizamı dolayısıyla bazı hallerde millî kanun ve mahallî kanun (mülkî kanun) a müteallik bazı hükümler *autonomi de la volonté* kaidesini tahdit ederler. Fakat buna rağmen Fransız kanunlarında âmme intizamına müteallik hiç bir hükmün mevcut olmadığını da ileri sürer.

Mademki irade, ikametgâhın tâyininde esas olacaktır, şu halde evvelâ şahsın ehil olup olmadığının tesbit edilmesi gerekir. Loiseau'nun bu

(4) Prof.O.Berki - ZAge., S. 373.

(5) Brosset - Age., S. 39.

(6) Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon (Paris 1867 - 1869) (Brosset - Brosset - Age. S. 40 dan naklen). Bk. Yörük - Age., S. 240 ve M. Sevig - Ag. makate. S. 87.

(7) Du domicile comme principe de compétence législative, 1893, S. 134, (Brosset - Age. S. 40 dan naklen). Aynı atf, Yörük - Age., S. 240 da, S. 134 olarak değil, S. olarak yapılmıştır.

hususla hangi hal çaresine başvurduğunu maalesef tesbit edememiş bulunuyoruz. Bize kalırsa, her halde şahsı kanuna müracaattan başka çare yoktur. Loiseau, yalnız ehil olmayan şahısların ikametgâhlarının nasıl tâyin olunabileceği meselesine temas etmiştir. Filhakika bu gibi şahısların iradesi muteber addolunmadığına göre, bu gibi hallerde hangi vasıtaya baş vurmalıdır? Müellife göre, “ehil olmayan şahsın statü personeline baş vurulmalıdır.”

Hülâsa diyor Loiseau, “bir şahsın ikametgâhını o şahsın iradesi tâyin eder, yoksa herhangi bir kanun değil. Eğer o şahıs ehil değilse, bu takdirde ahkâmı şahsiyesini idare eden kanun, ikametgâhı tâyin eder. Böylece ehil şahısların ikametgâhlarını tâyin ederken çıkması muhtemel ihtilâflar önlenabilir” (8).

Tenkidi: a — Nazari bakımdan:

Müelliflerin çoğu bu nazariyeyi tenkid ederler. Mahkeme içtihatları da aksini beyan etmektedirler. Belki iç hukukta ikametgâhın tâyininde vakıa ve niyet unsurları rol oynayabilirler ve Mösyö Bartin'in iç hukuk müesseselerini beynelmilel sahaya inikas ettirmek yolundaki devletler hususî hukuku prensibine dayanılarak irade muhtariyeti prensibi beynelmilel sahada da kabul edilebilir. Fakat iç hukukun her çeşit müesseselerini beynelmilel sahaya inikas ettirmek imkânsızdır ve irade muhtariyeti prensibi de bunlardan biridir.

Bazan şahsın iradesine bakılarak ikametgâh tâyin olunabilir. Fakat ekseriya muayyen bir kanunun tahdidî olarak ileri sürdüğü kaidelerle kat'î olarak tâyin olunur. Şahsın irade ve fiilini kanun tasdik etmeyecek olursa, bu irade veya fiilin manâsı kalmaz (9). Aksini düştünecek olursak, yani bu şahsî irade veya fiilin, kanunen tasdik edilmesine lüzum olmadığını ileri sürsek, devletin ikametgâh ile hiç bir alâkasının mevcut olmadığını kabul etmiş oluruz. Halbuki devlet, ülkesinde kimlerin ikametgâh tesis etmiş olduğunu tâyinde büyük bir menfaati haizdir. Şahıs bu hususta serbest bırakılacak olursa, kanuna karşı hile yoluna cevaz verilmiş olunur. Şahıs, menfaatine en uygun gelen yerin ikametgâhı olduğunu bildirir. Bundan dolayıdır ki, ikametgâhın iktisap, kayıp ve nakline müteallik hükümler âmir hükümlerendir. Çeşitli ikametgâhlar vardır. Fakat amme hukukuna müteallik ikametgâhlar, alâkalının iradesinin hiç bir tesir icra edemeyeceği hukuk kaidelerince idare olunurlar.

(8) Loiseau - Du domicile principe de compétence législative, S. 138 (Brosset - Age, S. 41 den naklen).

(9) George Levasseur - Le Domicile et sa détermination en droit international - privé, 1931, S. 60 (Yörük, Age, S. 241 den naklen).

Diğer taraftan, ferdi iradeye ikametgâh tâyin etmek hususunda hak tanınsa bile; bu hakkın oynayabileceği rol çok cüz'î kalacaktır. Kanunlar bu iradeye muayyen sınırlar dairesinde hürriyet tanımışlardır. Meselâ Medenî Kanunumuzun 21 inci maddesi mucibince, evli kadının ikametgâhı kocasının ikametgâhı addolunur. Fransız kanununa göre, başkaları emrinde çalışanların ikametgâhları, nezdlerinde mutaden oturmaları halinde patronlarının ikametgâhlarıdır (1). Bu vaziyet içinde bir Fransız, arzu etmiş olsa da, olmasa da orada mukim addolunur (12). Görülüyor ki insanın iradesi her zaman hür olmamakta, kanun bu iradeyi daima tahdit etmektedir.

İnsanın iradesinin her zaman hür olmadığını, bazı hallerde Loiseau dahi kabul etmiştir. Bundan dolayıdır ki kendisi, ehil olmayan şahısların ikametgâhlarının tâyininde, koymuş olduğu prensibe istisna tanıyor. Bu, ve ileri sürülen diğer istisnalar o kadar çoktur ki, neticede istisnalar kaide, kaide ise istisna mahiyetini almaktadır. Bundan dolayı Loiseau'nun fikirleri hatalı olarak kabul edilebilir.

b — Pratik bakımdan tenkidler:

Kaldı ki pratik bakımdan dahi Loiseau'nun fikirleri kabule şayan değildir. Çünkü, bir şahsın sarîh olarak ifade edilmeyen iradesi kolaylıkla tâyin olunamaz. Hattâ bu irade sarîh olarak ifade edilmiş olsa dahi, fazla önem vermemek icap eder. Fert, kendi menfaatleri dolayısıyla hakiki iradesine uymayan bir beyanda bulunmuş olabilir. Nihayet irade psikolojiyi alâkadar eden bir mefhumdur. Bunun tefsirinde dahi psikoloji ilminde rastlanan bir çok güçlükler ile karşılaşılır (12).

2 — Millî Kanun (Lex Patriae) Nazariyesi:

Bu nazariyeye taraftar olan müellifler, ikametgâhın tâyin edilmesi hususunda şahsın millî kanununa bakılması lâzımgeldiği fikrindedirler. Nazariyenin taraftarlarının en eskilerinden biri Foelix'dir. Foelix, doğrudan doğruya bu mesele ile uğraşmamıştır. Fakat fikirlerinden, nazariyenin taraftarı olduğu anlaşılıyor. Ona göre, ancak millî kanun kendisine tâbi olan bir şahsın, hür mü, esir mi, asil mi olduğuna, medenî haklardan istifade edebilip edemediğine, bir ikametgâh iktisap edip etmediğine ve bu ikametgâhı değiştirip değiştiremeyeceğine karar verir (13).

(10) Bk. Yörük - Age., S. 241

(11) M. R. Sevig - asil ikametgâh (domicile d'origine) sahasında da irade muhtariyetinin mümkün olamayacağını ileri sürüyor. (Sevig ikametgâh İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt: XIII, Sayı: 3, S. 947).

(12) Brosset - Age., S. 41 - 42.

(13) Brosset - Age., S. 42 den.

Weiss'in izah tarzı da Foelix'inkinden pek farklı değildir. Weiss ve hattâ Durand'a göre ikametgâh şahsın hususî haklarına taallük eder, bu sebepten şahsın millî kanununa göre tâyin edilmesi gerekir. İkametgâh evlenme, veraset, vesayet gibi medenî hayata ait muamelelerin yapıldığı yerdir. Madem bu gibi muamelelere millî kanun tatbik olunmaktadır, şu halde bu muamelelerin ifa edildiği yeri tâyin hususunda da aynı kanunun tatbik olunması lâzım gelmez ki (14)?

Valéry, aynı neticeye başka bir yoldan varmaktadır. Fransız Medenî Kanunu'nun 102. maddesinde "her Fransızın ikametgâhı, medenî hakları istimal bakımından muamelâtın merkezi olan yerdir" denmektedir. İşte Valéry bu maddedeki "her Fransız" tâbirine dayanarak, Fransızların ikametgâhlarını tâyin hususunda hem memleketin içindeki, hem yabancı memleketteki Fransızlara, Fransız millî kanununun tatbik edilmesi gerektiğini ileri sürüyor. Ecnebler hakkında da mütekabiliyet esasına dayanarak, ecnebi devlet tebaasının nerede mukim olduğunu tâyin hususunda kendi kanunlarının salâhiyetini kabul etmelidir (15). Valéry, fikirlerini kat'ileştirmek için, 1902 Lahey mukavelesini de misal göstermektedir (16).

Despagnet, Boeck, Vincent ve Penaud da genel kaide olarak, ikametgâhın millî kanun ile tâyin olunması gerektiği fikrindedirler. Nazariye, Türk müellifleri arasında da bir yer elde edebilmiştir. Prof. Abdülhak Kemal Yörük ikametgâhı aynen aile, vesayet, veraset gibi statü personel'e dahil addetmekte, bu sebepten de onu bir hususi hukuk münasébeti olarak kabul etmektedir. Binaenaleyh Yörük'e göre ikametgâha millî kanun tatbik olunmalıdır (17). Bu hususta hepsi birleştikleri gibi, amme intizamı dolayısı ile sınır bakımından farklı istisnalar tanımak hususunda da hemen hepsi müttefiktirler. Bu gibi hallerde davaya bakan mahkemenin kendi kanunu salâhiyetli addolunur (18).

Valéry bu istisnalardan olarak şunları belirtmiştir: Yabancıların

(14) Weiss - *Traité théorique et pratique de droit International Privé*, 2 me éd, Paris, 1912, S. 323 (Brosset - Age., S. 43 den naklen).

(15) A. K. Yörük, Age. S. 241 - 242.

(16) Levasseur, Valéry'nin bu fikrine itiraz etmiştir. "Ona göre, bu fikrin Fransız Medenî Kanunu'nundan çıkarılmasına imkân yoktur. Kanunu Medenî'nin meriyetinden itibaren elli sene kadar bir zaman gerek nazariyat, gerek içtihadı mahakim sahasında hakim olan fikre göre Fransızların ecnebi memlekette mukim olabilecekleri kabul edilmemektedir. (Yörük, Age., S. 242).

(17) Yörük - Age., S. 244. ve Ag. Makale, S. 4681/23

(18) Rabel - *The Conflict of Laws*, S. 145 not: 176 da Levasseur'un da aynı nazariyeye taraftar olduğunu bildiriyor.

müntehap ikametgâhı, Fransada ödenecek vergiler, Fransız tabiiyetini iktisap ve Fransız mahkemelerinin selâhiyetini tayin bahis mevzuu olduğu zaman ikametgâh ancak Fransız Medenî Kanunu hükümlerine göre tayin edilir. Bunlardan başka usul meselelerindeki de Fransız Medenî Kanunu esas olmalıdır. Bu sebepten Fransada yapılan bir ikametgâh seçimi Fransız hukukunun ışığı altında tetkik edilmelidir. Fransa'da ticaret edenlerin ticari ikametgâhları da Fransız kanununa göre tayin edilmelidir.

Despagnet ve Boeck'in tanımış oldukları istisnalar daha başka türdür. Bunlar ikametgâhın tayininde mahkemenin mensup olduğu memleketin alakalı olup olmadığına göre meseleyi tefrik etmişlerdir. Bu tefriğe göre, eğer yabancı üçüncü bir memlekette ikamet etmekte ise o şahsın millî kanunu tatbik olunacaktır. Yok eğer yabancının mesela Fransada ikameti bahis konusu ise, bu takdirde lex fori yan hâkimin kanunu tatbik olunur.

Amme intizamı hususundaki istisnaları Valéry'ye nazaran daha geniş kabul eden bir diğer müellif de Weiss'e göre milli kanun ancak memleketin umumi menfaatinin ihlâl edilmediği yerlerde tatbik olunur. Bilhassa mahkemenin selâhiyetine müteallik kanunlar beynelmilel amme intizamındandır. Şu halde bu kanunlar müddealeyhin ikametgâhını tayin ettikleri zaman tereddütsüz milli kanun bertaraf edilerek yerine lex fori ikame olunur. Fakat Weiss burada bir halde istisnaya bir istisna koyuyor, yani esas prensibe dönüyor: Eğer beynelmilel antlaşmalarda bu son prensibin hilafına hüküm varsa, milli kanun yine tatbik olunur (19).

Abdülhak Kemal Yörük de millî kanun prensibine iki istisna koymak mecburiyetini hissetmiştir. Bu istisnalar, amme intizamının bahis mevzuu olacağı haller ile alakadar şahsın tabiiyeti taayyün etmediği hallerdir. Kendisi bu istisnalar haricinde "hususî hukuk bakımından ferdin ikametgâhı nerede olduğunu tespit etmek hususunda milli kanunu tatbik etmemek için ciddi hiç bir sebep yoktur" diyor (20).

Millî kanunun tatbiki nazariyesi beynelmilel antlaşmalarda da tatbik mevkiî bulmuş bir nazariyedir. Filhakika boşanma ve ayrılık hususlarına taalluk eden 12 Haziran 1902 La Haye mukavelesinin 5 ci maddesi "eğer, milli kanunlarına göre karı ve kocanın ikametgâhları aynı değilse, boşan-

(19) Brosset - Age., S. 44.

(20) Yörük - Age., S. 241.

ma hakkında selâhiyettar mahkeme müddealeyhin memleketin mahkemesidir" (21) demektedir.

Nazariyenin tenkidi:

1 — Bir kere ikametgâh meselesi ahkâmı şahsiye meselelerinden değildir. Vakıa ahkâmı şahsiyeyi tek bir kanuna tabi kılmak zaruridir. Fakat bunun için evvela ikametgâhın statü personel'den olduğunu ispat etmek gerekir. Grinberg - Vinaver'e göre, "bilakis bunun zıddı varittir. İkametgâh bir vakıadır ve bundan şahısla devlet arasında bir hukuki münasebet doğar ve taraflara karşılık borç ve alacaklar tahmil eder. Şu halde bu mesele sırf bir hususi hukuk meselesi değildir, ammeyi de alakadar eder" (22). Bu müellifin tenkit tarzını kabul etmesek dahi (23) nazariyenin taraftarlarının da amme intizamını kabul etmeleri dolayısı ile hususi hukukun dışına çıktıkları görülmektedir. Hem bazıları amme intizamını o kadar geniş tutmuşlardır ki lex fori'nin tatbik sahası çok genişlemiştir.

Kaldı ki ikametgâh meselesini ahkâmı şahsiyeden olarak bir an için kabul etsek gine bu müelliflerin vardıkları neticeyi şüphe ile karşılamamız gerekir, çünkü ahkâmı şahsiyeye taalluk eden meselelerde muhakkak millî kanun tatbik edilmelidir diye bir kaide vaz edemeyiz. Birçok devletlerin millî kanunu kabul etmiş olmaları bu fikri çürütmez zannındayız

2 — Nazariyeye yapılan belli başlı tenkitlerden ikincisi ise şu noktalarda kendini göstermektedir:

Evli kadın küçük, mahcur gibi başkalarına tabi olarak ikametgâh sahibi olacak şahısların ikametgâhlarını tayin etmek çok güç olacaktır. Belki tabi oldukları şahısla aynı tabiiyette olurlarsa güçlük pek kendini göstermez. Fakat ayrı tabiiyette iseler, bu takdirde ortaya iki tane birbirinden farklı millî kanun çıkmış olur. Bu iki millî kanundan acaba hangisine itibar etmek lazımdır? Kocanın kine mi, karının kine mi, vasininkine mi, mahcurunkine mi? İşte asıl güçlük buradadır.

Diğer taraftan bu nazariye tabiiyetsizler veya çifte tabiiyetliler için de kabili tatbik değildir. Çünkü tabiiyetsiz şahsın esasen bir millî kanu-

(21) Antlaşmanın yürürlüğe girme tarihi 15 Eylül 1905 dir. Mukavele ve 5 ci madde hakkında daha fazla malumat almak için Bk. Prof. O. Berki - Age., S. 297 - 298; Bir kısım müellifler antlaşmanın tam bu fikirde olmadığı kanaatindedirler. Bk. Rabel - The Conflict of Laws, S. 145, Not: 176.

(22) Grinberg - Vinaver: "Domicile et résidence," Répertoire, Cilt: V, S. 594, No: 82, (Brosset - Age., S. 47 den aklen).

(23) Brosset bu tenkidi haksız bulmaktadır, Age., S. 47.

(25) Bk. Prof. O. Berki - Age., S. 248 - 251.

nu yoktur. Bu hususta tabiiyetsizlere tatbiki gereken kanunu bulmak hususunda girifilen münakaşalara dalmaktan başka çare yoktur. Çifte tabiiyetlilerin hangi milli kanunlarının esas alınması iazım geldiği meselesi birçok anlaşmazlıklar doğurur. Bu nazariyenin son bir mantıksız neticesi de şudur: Tabiiyet değiftikçe ikametgâhın da değiftmesi icap edecektir (25).

3 — Malların bulunduğu yer kanunu (lex rei sitae) nazariyesi:

Bu sisteme göre ikametgâh, şahsın mallarının, daha doğrusu hukuki münasebetin mevzuunu teşkil eden şeylerin bulunduğu yer kanununa göre halledilmelidir. Bu sistemin en koyu taraftarlarından birisi Amerikalı Lorenzen'dir. Bir çok İngiliz kararları da gösteren müellif, meselâ bir müteveffanın ikametgâhı, mallarının bulunduğu yere göre tâyin olunmalıdır, yoksa oturmuş olduğu yere göre değil, diyor (26).

Nazariye esas prensipleri itibariyle çürüktür ve ihtiyacı karşılayacak kudrette değildir. Hatta menkul miras bahis konusu olduğu zaman bile buna bağlanılamaz. Çünkü meselâ Türkiyeden hiç dışarı çıkmamış bir şahsın dahi menkul mallarını kıymet veya senetlerini İngiltere'deki bir bankaya yatırması mümkündür. Bu takdirde naazriyeye göre bu şahsın ikametgâhı İngiliz kanunlarına göre tayin olunacaktır! Müteveffa, servetini muhtelif memleketlere dağıtmışsa hukuki vaziyet karmakarışık bir hal alır. Şahsın birçok ikametgâhı ortaya çıkar. Yahut da meselâ bir İngilizin vasiyet yapma ehliyeti ikametgâh kanununa göre tayin olunacağına göre, hangi kanunun bu ehliyeti tayin edeceği belli olmaz. Nihayet, malların intikali kanunu, ikametgâh kanunu ile tayin olunacak, ki neticede bir fasit daireye düşülür. Hangisini, hangisine göre tayin etmek gerekir? Bu sual halledilemez (27).

4 — Mülki (territoirale) kanun nazariyesi:

Nazariye feodalite devrinin territorial dediğimiz mutlak mülkiyet esaslarından mülhem olmuştur. Müdafaa ettiği esas şudur: İkametgâh üzerinde bulunduğu devlet arazisi kanunu ile tâyin olunur.

Nazariyenin taraftarlarından Brocher. "Herkesin, neticeleri eenebi memlekete taçabilen bir ikametgâhı olmasıdır. İkametgâh bir vakiadır

(25) Brosset - Age., S. 48 Mamafih, prensip olarak tabiiyet değiftmesi ile ikametgâhın değiftmesi birbirlerine bağıdırlar. Bilhassa tabiiyet değiftmesinin kolektif neticeler doğurduğu hallerde bahis konusu mantıksızlık husule gelebilir.

(26) Brosset - Age., S. 48 - 49.

(27) Brosset - Age., S. 49.

ve her memleketin kanunu onu tayin etmeğe selâhiyetlidir" der. Yani bu suretle Brocher bağlama kaidelerine imada bulunuyor, ikametgâhı aynen tabiiyete benzetiyor ve neticede mülki kanunu teklif ediyor.

Mamafih, Brocher'in fikirleri pek fazla açık değildir. Tam manası ile ne demek istediği anlaşılammamaktadır. Meselâ, Valéry burada Brocher'in aslında, lex fori'yi tatbik ettiğini söylüyor. Çünkü Brocher şöyle bir tefrik de bulunmuştur: Eğer şahsın, hâkimin mensup olduğu devlet ülkesinde mukim olup olmadığı mevzu bahis ise hâkim kendi kanununun ikametgâh hususunda ihtiva ettiği hükümleri tatbik etmeli, yani o hükümlere göre şahs ülkede mukim addediliyorsa mukim olduğuna, değilse aksine karar vermelidir.

Şahsın ikametgâhının bir ecnebi memlekette olduğu ileri sürülüyorsa, o takdirde ikametgâhın bulunduğu yer olarak iddia edilen mahalde: mer'i hükümler tatbik olunmalıdır (28).

Arminjon, Lévasscur ve Cassin ise Brocher'in burada bir amme intizamı meselesi gördüğünü ileri sürüyorlar (29). Çünkü Brocher, ikametgâha müteallik hükümler emniyet ve asayışı alakadar ettiğinden, amme intizamındandır, demektedir (30). Weiss ise mahalli kanun veya mülki kanun tabiri ile ikamet vakiasının husule geldiği yeri anlamaktadır.

Pillet de esas itibariyle aynı şeyi söylemiş olmasına rağmen tuttuğu yol ayrıdır (31). Bu müellif meseleyi dahili hukuk bakımından ele almış ve ikametgâhın mahalli kanun ile idare olunacağını bu bakımdan ileri sürülebileceğini kabul etmiştir. Fakat Pillet bu hususta biraz mantıksız fikir yürütmüştür. Belki dahili hukuk bakımından fikirleri doğrudur, bunları kıyas yolu ile ikametgâhın tâyininden doğan kanunlar hilâfına tatbik etmek yanlıştır. Bir ikametgâh ihtilafı meydana gelebilmek için en aşağı iki ayrı mahalli kanunun şartlarının tahakkuk etmesi lazımdır. Niboyet dahi, Sirey'deki bir notunda (32) aynı şekilde hususi hukuk ikametgâhı ile bir bağlama kaidesi olarak ikametgâhı birbirine karıştırılmaktadır.

Nazariyenin diğer bir taraftarı da De Magalhaes'dir. Bunun dayandığı esaslar şöyledir: "Muayyen bir devlet dahilinde tesis edilmiş olan

(28) Brocher - Cours de Droit International Prive, Paris - Genève, 1882. Cilt. I, S. 249. (Brosset - Age., S. 49 - 50 den naklen).

(29) Brosset - Age., S. 50.

(30) M. R. Sevig - Ag. Makale, S. 86.

(31) Pillet - Traité pratique de Droit International Prevé, Paris - Grenoble 1923, Cilt:I, No: 147, S. 300.

(32) Sirey, 1930. 2. 129 à propos d'un arrêt de Paris, 12 Nisan 1929 (Brosset - Age. S. 51 den naklen)

ikametgâh. ikametgâh sahibi şahıs ile o devlet arasında bir hukuki rabita husule getirir; gerek fert ve gerekse mukim olan şahıs arasında ikametgâh dolayısı ile mühim bir takım haklar ve borçlar doğar. Bunun içindir ki bu hukuki rabitanın doğumuna sebep olan ikametgâhın tayini, kendisiyle bu rabita tesis edilen devlete ait olur; zira bu devlet, mevzuu-bahs olan şahsın mensup olduğu devletten ziyade bu hususta ilgilidir” (33). De Magalhaes, “bir Rus’un, Çin veya Japonya’da ikamet edip etmediğini tayin etmek için Fransız mahkemesinin Fransız kanununu tatbik etmesinde hiç bir mâna yoktur” demektedir (34). Alman müellifi Zitelmann, mülki kanuna taraftar olmasına rağmen, pozitif ihtilaflarda lex fori’yi teklif ediyor (35).

Mülki kanun veya mahalli kanun diyebileceğimiz nazariyenin tatbikini Güney Amerika Devletlerinin Kod’u olan Code Bustamente’de de görmekteyiz. Havana Devletler Hususî Hukuku Konferansında kabul edilen bu code’un 22. maddesine göre “tabii ve hukuki şahısların umumi ve hukuki şahısların umumi ve hususi ikametgâhlarının tarifi, tesiri, ziyaridenen iktisabı mülki kanuna tabidir” (36). Code’un 25 inci maddesi ise (37) şöyle demektedir: “Hakiki şahısların ikametgâhlarının tebeddülüne müteallik meseleler, alâkadar bir devletin mahkemesinde görülüyorsa o mahkemenin kanununa ve böyle olmadığı takdirde son ikametgâhının iktisap olunduğu iddia olunan mahallin kanununa tevfikân hallolunur”. Barbosa De Magalhaes de Milletler Cemiyeti nezdinde devletler hukukunun taknini için vücade getirilen Eksperler Komitesi’ne 1928 senesinde vermiş olduğu projede (38) taraftar olduğu aynı nazariyeyi kuvvetle müdafaa etmiştir.

8 Temmuz 1904 tarihli İsveç Kanunu da bu nazariyeyi kabul etmiştir (Rabel - Age, s. 145, n. 177).

Nazariyenin tenkidi:

Mülki kanunun tatbiki nazariyesi de bir çok hususlarda tenkide maruz kalmıştır. Bu tenkitleri de şöylece hülâsa etmek kabildir: Mülki kanun, millî kanunun aksi yönden bir ifrata gitmektedir. Millî kanunu nasıl tenkit etti isek bunu da, fazla ileri gitmesinden dolayı tenkit edebiliriz.

(33) M. R. Sevig - Ag. makale, S. 86; Yörük - Age., S. 243 - 244.

(34) Reper. de droit - inter. Cilt: 5, S. 596 (Yörük - Age., S. 244 den naklen).

(35) Rabel - Age., S. 145, Not: 177.

(36) Bunun sebebini, M. R. Sevig, bu devletlerin ikametgâha siyasî bir ehemmiyet vermiş olmalarında görür. (Ag. makale, S. 86 - 87).

(37) Türkçe tercümesi m: 24.

(38) Bu proje 15 maddeden ibarettir. Metni için bk. Brosset - Age., S. 183 vd.

Mülkî kanun ancak devletler hususî hukuku bakımından bir ihtilafın mevcut olmadığı dahili hukuk bakımından tatbik edilebilir. Yoksa nazariye taraftarlarının fikri kabul edilecek olursa ikametgâh hakkında başka başka hükümler kabul etmiş olan kanunlar ele alındığı vakit, ya her birinin cari olduğu memlekette şahsın ikametgâh sahibi sayıldığı yahut da hiç birinde ikametgâha malik olmadığı görülür. Bundan başka bizzat Brocher'in de kabul ettiği gibi millî kanun ile mülkî kanunun çatışması imkanları daima mevcuttur.

Nihayet mülkî kanun nazariyesi devletler hususî hukukundaki bütün ihtilafları halletmek kudretine malik değildir. Filhakika her zaman iki mülkî kanun mevcuttur. Pozitif bir ihtilâfla bu kanunlardan hangisini seçmek lazım geldiği meselesi ortaya çıkar. Böyle bir halde meseleyi halletmek için mülkî kanun nazariyesi tatbik edilecek olursa bir fasit dairenin içine girilmiş olur (39).

5 — Hâkimin Kanunu (lex fori) nazariyesi:

İkametgâhın tayini hususunda birçok müellifler lex fori'ye yani hakimî kanununa taraftardır. Hatta daha evvel de belirttiğimiz gibi diğer nazariyelerin taraftarları dahi bazı hususlarda istisna olarak lex fori'yi kabul etmişlerdir.

Lex fori taraftarlarının dayandıkları esas nokta şudur: İkametgâhın tayininden doğan ihtilaf bir kanunlar ihtilafı değil, bir vasıf ihtilafıdır (40). Yabancı bir unsur ihtiva eden bir dava karşısında bulunan hakim, hadiseye hangi kanunu tatbik edeceğini tayin etmekle mükelleftir. Vasıf ihtilafları bir meselenin hukuki mahiyetinden doğan ihtilaflardır. Hukuki münasebeti tavsif etmek, vasıflandırmak demek, ona hukuki bir mahiyet, hüviyet vermek demektir (41). Şu halde meselede bir vasıf ihtilafı ortaya çıkınca bütün vasıf ihtilaflarında olduğu gibi lex fori tatbik olunmalıdır. Yani, meselâ Paris'te oturan bir Türk vatandaşının ikametgâhını Fransız mahkemesi, doğrudan doğruya Fransız kanunlarına göre halletmelidir.

Nazariyenin taraftarlarından biri olan Niboyet, "ikametgâh-lex fori'nin hükümlerine göre tayin edilir, çünkü bu hükümler her memlekette devletler hususî hukuku kaidelerine bağlıdır (42). Burada biz Mösyö Bartin tarafından pek güzel izah edilmiş olan vasıf meselelerinden biri kar-

(39) Aynı fikir için bk. Brosset - Age., S. 52 - 53.

(40) Rabel - Age., S. 143; M. R. Sevig - Ag. makale, S. 90 - 91.

(41) Prof. O. Berki - Age., S. 214 - 215.

(42) Niboyet - Manuel de droit international Privé 2. bası, No: 576, S. 693.

şisindeyiz. Bütün vasıf ihtilafları gibi bunu da *lex fori*'ye tabi tutmak icap eder" (43), diyor. Müellif umumi ve hususi diye ikametgâhları ikiye ayırmaktadır. Hususi ikametgâh bakımından, amme hukuku bahis mevzuu olan devletin kanunu cari olmak icap eder (44). Meselâ memurların ikametgâhında, münhasıran kanunumuzda gösterilen yere itibar olunur ve diğer bir kanunun sarahatine bakılmaz. Gine, tabiiyetin tefvizinde bir esaslı unsur olan ikametgâh, Türk kanununda tarif edilen ikametgâh olacaktır. Çünkü Türk vatandaşlığını vermek hususunda münhasıran Türkiye Cumhuriyeti selâhiyettar olup, şartlarını istediği gibi değiştirebilir (45).

Umumi ikametgâh bahis konusu olan hallerde ise Niboyet her memleketin kanunu bir şahsın orada ikamet edip etmediğini tayin eder, diyor. "Negatif veya pozitif bir ihtilafda, şahsın Fransa'da ikametgâhı olup olmadığını tayinde selâhiyetli kanun *lex fori*'dir. Çünkü ikametgâh muhtelif telif faaliyet nevilerinin icra şartıdır. Öyle ise bunu tanzim etmeyi yabancı bir kanuna nasıl bırakmalı?"

"Her hükümlük, muhtelif ikametgâhlar iktisabı ve kaybı şartlarını kendi memleketi kanununa tabi kılar, tıpkı tabiiyette olduğu gibi" (46). Fransada oturan yabancıların ikametgâhları hakkında dahi *lex fori* tatbik edilmek lazımdır (47).

Lerebours - Pigeonnière meseleyi başka esaslara da dayandırarak müdafaa etmektedir. "Yabancıların ve hiç bir tabiiyeti olmayanların ikametgâhları hiç bir yabancı kanun ile tayin edilemez. Çünkü burada bir statü personelin tayini bahis mevzuudur ve çünkü devletler hususi hukuğunun inşai elemanlarından birisi bahis mevzuudur". Aynı müellif şu şekilde bir neticeye varmaktadır: "Bütün mesele müstakil bir müessese olarak ikametgâhı tayin etmektir. İkametgâhın usul hukuku bakımından adli teşkilata dahil bir mesele olup olmadığı pratik bakımdan az önemlidir. Bugün doktrinde bilhassa millî kanun ile mahkeme kanunu ihtilaf halinde bulunmaktadır. Bunlardan ikincisini seçmek lazımdır". Bir kere bu hususta ikametgâh, fiili menfaatler ve şahısların münasebetlerinin merkezidir. Böyle bir merkezin tayini hususunda *lex fori*'ye dayanmak

(43) Yörük - Age., S. 243.

(44) M. R. Sevig, Ag. makale. S. 90 - 91.

(45) M. R. Sevig - Age., S. 397.

(46) International Prive, 2.

(46) Niboyet - Age., No: 573, S. 691.

(47) Niboyet'in neo - territorialist olduğu fikrini ileri sürerler de vardır: Rabel, Age., S. 145. Mamafih, evvelce Niboyet'in *lex fori*'nin kuvvetli taraftarlarından biri olduğunu inkâr etmemektedir. (S. 146).

bizi diğer nazariyelerden fazla rasyonel bir neticeye yaklaştırır. Çünkü lex fori sayesinde bu münasebetlerin yapıldığı yer kanunu selâhiyetli kılmaktadır (48).

Lex fori nazariyesinin diğer taraftarları arasında müteaddit müellifler vardır. Bilhassa Anglo - Amerikan doktrininde nazariyenin taraftarları pek fazladır. Ezcümle, Cheshire (49), Beale (50), Goodrich (51), Dicey (52) ve Robertson mahkeme kanununun (The law of the forum) tatbikine taraftardır (53). Aynı esas 1934 de kanunların tevhidî hakkında Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından yayınlanan kitapta da kabul edilmiştir (54). Melchior, De Nova, Lewald (55) ve Nast (56) gibi müellifler de aynı fikre iştirak etmektedirler.

Arminjon da esas itibariyle lex fori'yi tasvip etmektedir. Ehliyesiz şahısların ikametgâhları meselesinde ise "Précis de droit international privé" adlı eserinin birinci baskısında mutedil davranıyor ve bu hususu istisna olarak kabul ediyor. İkinci baskısında ise daha kompleks bir sistem teklif edip Niboyet'nin fikirlerini tenkit ediyor (57). Arminjon'a göre, başka hiç bir kanun selâhiyetli olamayacağı için lex fori'yi kabul etmek gerekir. Bahsetmiş olduğumuz sonuncu baskıda müellif lex fori kaidesine iki istisna vaz etmiştir. Bunlardan biri atıf hali, diğeri de bir yabancıнын tabiiyetinin ikametgâha tabi olduğu haldir. Bu son halde millî kanun ikametgâhı tayin eder (58).

Almanca yazan müelliflerin de ekserisi lex fori'nin tatbik edilmesine

-
- (48) Lerebours - Bigeonnière - Précis de droit international prive, Paris, 1933, S. 355 - 357, No: 323 (Brosset - Age., S. 54 den naklen).
- (49) Private International Law, 3. bası, S. 212.
- (51) A. Treatise on the Conflict of Laws, Cilt: 1, 1935, 10. 1, S. 105 - 108.
- (51) Goodroch - Handbook of the Conflict of Laws, S. 52.
- (52) Dicey's Conflict of Laws, S. 96.
- (53) Robertson - Characterization in the Conflict of Laws, S. 108; Robertson: Lorenzen, Beckett, Falconbridge ve Unger gibi müelliflerin de bu nazariyeye taraftar olduklarını ileri sürüyor, S. 108; Schmitthoff - A textbook of the English Conflict of Laws adlı eseri, S. 73 de vasıf ihtilaflarına dayanarak lex fori'yi esas olarak kabul ediyor. Graveson da aynı fikirdedir (Bk. Graveson - The Conflict of Laws, S. 63); Kuhn da aynı fikirdedir. (Bk. Kuhn - Comparative Commentaries on Private International Law or Conflict of Laws, S. 75).
- (54) Restatement of the Law of Conflict of Laws, 10, S. 21 - 23.
- (55) Rabel - Age., S. 143, Not: 172 de beyan edildiği üzere.
- (56) M. R. Seviğ - Ag. makale, S. 90.
- (57) Brosset - ge, S. 55 - 56.
- (58) Brosset - Age., S. 79 - 82; Robertson - Age. S. 108; Rabel - Age. S. 144 de atfı kabul ederler .

tafaftardırlar (59). Bunlardan Schnitzer ilk evvelleri lex fori'ye taraftar iken sonradan bundan vaz geçmiş, modern doktrinin ikametgâh telâkkinin çok kompleks olduğunu, bunu değiştirmek lazım geldiğini beyan etmiştir. Türk müelliflerinden Ord. Prof. Muammer Raşit Seviğ de lex fori sistemine taraftardır (60). Kendisi, "filhakika, bir yere ikametgâh sıfatını izafe hususunda kanunlar arasındaki fark ve ayrılık bir vasıflandırma ihtilafıdır. Böyle olunca bunun hakkında tatbik edilmesi lazım gelen kanun da lex fori, yani hâkimin kanunu olmak lazım gelir" diyor (61).

Bazı müellifler, Barbosa de Magalhaes tarafından Milletler Cemiyetine verilen projenin lex fori'yi, hatta Bustamante Code'unun dahi aynı prensibi kabul ettiğini ileri sürerler (Ezcümle- Brosset S. 64 vd). Fakat Rabel'in de dediği gibi (63) Magalhaes'in projesi mülki kanun ve hakim kanunu prensiplerini mezc etmiştir.

Şüphesiz lex fori sistemi çok sade bir sistemdir, meseleyi gayet basit bir şekilde sokmaktadır. Bilhassa hâkimler için tatbiki kolay olduğundan mahkemeler tarafından da kabul edilmektedir.

Nazariyenin tenkidi:

Mamafih nazariye tenkitlerden uzak kalmamıştır. Meselâ bir ikametgâhın tayini iki ayrı memleket mahkemesi tarafından bahis konusu olursa müddei tarafa niçin selâhiyetli mahkemeyi tayin etmek hakkı verilmelidir? Bu takdirde bu şahıs, kendisine daha uygun gelecek mahkemeyi seçmek hakkını haiz olacak demektir. Netice âdeta autonome de la vonoté kaidesine müncer olmaktadır.

Nazariye, tahkim yoluna baş vurduğ u hallerde de kifayetsiz gibi görünmektedir.

Nihayet muhtelit mahkemeler için tatbik kabiliyeti hiç yok gibidir. Çünkü, bir muhtelit mahkeme, muhtelif memleketlerde oturan muhtelif tabiiyetteki şahıslardan müteşekkildir. Bunlardan hangisinin kanunun tatbik edileceği meselesi bir takım anlaşmazlıklara sebep olur (63).

6 — İkametgâh hükümlerinin tâbi olduğu kanunun attbiki nazariyesi :

Bunlara göre ikametgâh meselesini ortaya atan kanun ile onun ne-

(59) Bak: Brosset - Age., S. 56 Not: 3.

(60) Hamide Topçuoğlu'nun adı geçen makalesindeki izahlarma nazaran ikametgâhın tayininden doğan ihtilaflar birer vasıf ihtilafı olarak görülebilir. (Ag. makale, S. 85 - 87).

(61) M. R. Seviğ - Ag. makale, S. 91.

(62) Rabel - Age., S. 146. Bu hususta Kuhr, De Magalhaes'in karmařık bir sistem kabul ettiğini ileri sürer (Age., S. 75).

(63) Brosset - Age., S. 58.

ticelerini tayin eden kanun arasında bir ayniyet münasebeti mevcuttur. Şu halde meseleyi ortaya çıkaran kanun ikametgâhı da tayin edecektir. Bu suretle nazariyenin taraftarları adeta lex causae'ya yaklaşmış olurlar.

Nazariyenin taraftarlarından olan Bennet ise şöyle demektedir: "İkametgâhı tespit eden kanun, ikametgâha netice ve hüküm izafe eden kanunun mutlaka aynı olmalıdır, zira kanaatimizce bir kanun vazı ikametgâha hüküm izafe ederken kendi ikametgâh telâkkisine dayanır" (64).

Levasseur, bahsetmiş olduğumuz fikri iyice genişletmiştir. Kendisi hülâseten şöyle diyor: İkametgâh, olay ve hukuktan tereküp eden bir mefhum olduğu cihetle bu mefhumdan doğan ihtilafları hem hukuk prensiplerine, hem de amelî icaplara uygun bir şekilde halletmelidir. İkametgâh muhtelif halleri haiz olduğu için gösterilecek hal tarzının bütün ihtimalleri içine alabilmesi lâzımdır. İkametgâhın tayini daima bir mesele-i müstehire olarak kendini gösterir.

İşte ikametgâh mefhumu ile ikametgâha terettüp eden hükümlerin çözümler bir bağ ile birbirlerine bağlanmış olması nazariye taraftarlarını şu teklifi ileri sürmeğe götürmektedir: İkametgâh olayını, bir hak veya bir sıfat iktisabı için zaruri bir şart kılan veyahut mevcut bir teşrii veya kazai ihtilâfı ikametgâh kanununa veya mahkemesine müracaat suretiyle halleden makam ikametgâhtan maksadı ne olduğunu kendisi tayine salahiyetlidir. Yahut kısaca "ikametgâhın hükmünü tayin etmiş olan kanun, bu yerin neresi olduğunu tesbite münhasıran selâhiyetlidir" (65).

Mesela, çifte tabiiyetli bir şahsa ikametgâh kanununun tatbik edilmesini isteyen bir memlekette (Türkiyede böyledir) (66), böyle bir şahsın ikametgâhı, şahsın ihtiyarına, lex reis sitae'ye mülki kanune veya hâkimin kanununa göre değil, doğrudan doğruya ihtilâfın zuhur ettiği memleket kanununa göre halledilir.

Gine meselâ, Fransa'da haymatkoslara ikametgâh kanunu tatbik olunur. İkametgâh kanununun tatbik edileceği bir meselede Fransa'da, ikametgâhı doğrudan doğruya Fransız kanunu tespit edecektir.

İsviçre'de ölen bir şahsın ikametgâhını gine İsviçre kanunu tayin edecektir. Çünkü İsviçre'de mirasa, müteveffanın ikametgâhı kanunu tatbik olunur.

(64) M. R. Seviş - Ag. makale, S. 88 den naklen.

(65) M. R. Seviş - Ag. makale, S. 89.

(66) Eğırtabiiyetlerden her ikisi de ihtilâfı hal ile nükellef olan mahkemenin mensup olduğu devletin tabiiyeti değilse.

Fiore ve Donnedieu de Vabres de nazariyenin taraftarlarındandır-
lar (67).

Bu sistem de mahzurları az olan bir sistemdir. Fakat umumiyetle ne-
ticisi *lex fori*'ye müncer olmaktadır (68).

B — Tatbikattaki Sistemler:

1 — İngiltere'de: Bugün İngiltere'de bu hususta bazı tereddüt devre-
leri geçirdikten sonra (69), ekser devletler tarafından kabul edildiği gi-
bi (70) *lex fori*'nin tatbik edilmesi hususunda kati bir neticeye varıl-
mıştır denebilir. Bu hususta 1900 senesinde ortaya çıkmış olan in re
Martin, Loustalan V. Loustalan davasında İngiliz İstinaf Mahkemesinden
(Court of Appeal) Lindley, "vasiyet edenin ikametgâhı, vasiyetnameyi
tasdik eden mahkemece tayin olunmalıdır" demişti (71). Daha sonraki
Davidson V. Annesley davasında (1926) aynı esas yargıç Russel tek-
rarlamıştır (72). Bu dava müteveffanın mirasına tatbiki gereken ikamet-
gâh, şahsın en son oturduğu Fransız kanununa göre mi, yoksa mirasın
açıldığı yer kanunu olan İngiliz kanunu ile mi tâyin olunmalıdır mesele-
sinden ortaya çıkmıştı (73).

Fakat İngiliz mahkemeieri tarafından *lex fori* esas tutulmakla be-
raber atıf, yani havale edilen memleketin ikametgâh anlayışı da kabul
olunmaktadır. Meselâ. bir İngiliz mahkemesi İngiltere'de ölen bir Arjan-
tinlinin miras meselesini, eğer İngiliz hukukuna göre şahsın ikametgâhı
Arjantinde ise, doğrudan doğruya Arjantin kanununa bırakır. Fakat İn-
giliz hukuku atfı kabul ettiği için (74) ve Arjantin kanununa göre de
mese'lâ müteveffanın ikametgâhı İngiltere'de olduğu için, İngiliz hukuku,
Arjantin ikametgâh anlayışını kabul etmiş olur (75).

(67) M. R. Seviğ - Ag. makale, S. 88.

(68) Nazariyenin tenkidi hakkında bak. M. R. Seviğ - Ag. makale, S. 88 1 90.

(69) Rabel - Age., S. 143.

(70) Brosset - Age., S. 55; A. K. Yörük - Age. S. 243.

(71) Robertson - Age., S. 108.

(72) Bu mahiyette diğer bir karar da Fleming v. Horniman (1928) davasında verilmiş-
tir. (Rabel - Age., S. 143, Not: 168).

(73) Bu karar C: 40, Harv ard Law Review S. 316 - 317 de vardır. Ek. W. Nemhard
Hibbert Keading Cases'in Conflict of Laws, London 1931, S. 25 - 27; Mamafih Lo-
renzen İngiliz Hukukunda, müteveffanın ikametgâhı yabancı hukuk tarafından tay-
yin edilmelidir. (Yani müteveffanın son oturduğu yer kanunu ile), yoksa İngiliz
kanunu ile değil diyor. Bu hususta *Lex rei sitae* kaidesinin esas olduğuna dair ka-
rarların mevcut olduğunu ileri sürüyor. (Brosset - Age., S. 48 - 49 dan naklen).

(74) Prof. O. Berki - DHH, S. 209.

(75) Robertson - Age., S. 108 - 109.

2 — Amerika Birleşik Devletlerinde tatbik edilen sistem: Amerika-da da İngiliz tatbikatının hemen aynen yerleşmiş olduğunu görüyoruz (76).

Bu mahiyetteki kararlar arasında Harrol v. Wallis (1883), Harral v. Harral (1884) Torlania v. Torlania (1928) ve Beekman v. Beekman (1907) kararları ileri sürülmektedir (77). Amerikan mahkemeleri de atfı kabul etmektedirler.

3 — Fransa'da: Fransa'da da lex fori sistemi az çok tatbik edilmektedir (78). Az çok diyoruz, çünkü millî kanunun tatbikine taraftar kalarak mevcudiyetine de işaret edilmektedir (79). Fransa'da lex fori kabul edilmiş olduğuna göre Fransa'da oturmakta olan bir Türk'ün ikametgâhının Fransa'da olup olmadığını Fransız mahkemesi doğrudan doğruya Fransız kanununa göre halledecektir. Biihassa İngilizler'le olan münasebetlerde bu sistem tatbik olunmaktadır (80).

Fransız mahkemelerini atfı da kabul etmektedirler. Bunun en güzel misali 1938 de Fransız Cassation mahkemesi tarafından verilen bir kararla tecelli etmiştir: Arjantin tabiiyetinde bir şahıs, Code Napoléon'un sonradan meriyetten kaldırılan 13 üncü maddesine göre Fransa'da kanununu tatbik edecek; ikametgâh yoksa, atıf da olmadığından, Fransız hukuku mirası Arjantin kanununa göre idare etti. Halbuki Arjantin Medeni Kanunu'nun 3283 üncü maddesi mirasın ikametgâh kanunu ile idare olunacağını amirdir. Bu şekilde mesele Arjantinli müteveffanın Arjantin kanununa göre Fransa'da ikametgâhı haiz olup olmadığına müncer oldu: eğer ikametgâhı haiz ise Fransız mahkemesi atfı kabul edip Fransız kanununu tatbik edecek; ikametgâh yoksa, atıf da olmadığından Fransız mahkemesi Arjantin hukukunu tatbik edecekti. Neticede Arjantin kanununa göre şahsın Fransa'da ikametgâhı olmadığına hükmedilip mirasa Arjantin hukukunun tatbik edilmesine karar verildi (81). Yani Fransız mahkemesi esas itibariyle ikametgâhın olmadığına kendi kanununa göre hükmetmesine rağmen, Arjantin'in yapacağı atfı kabul etti. (Eu suretle millî kanuna varılmış oldu).

(76) Lorenzen İngiliz kararlarının aynen Amerika için de esas olduğunu söylüyor. (Robertson - Age., S. 108).

(77) Cheshire - Age., S. 212, Not: 2; Rabel - Age., S. 143, Not: 169.

(78) Brosset - Age., S. 55.

(79) Brosset - Age., S. 46.

(80) 22 Şubat 1882 tarihli Fargo davasında olduğu gibi. (Journal du droit Int. Privé 1883, S. 64). Rabel - Age., S. 144, n. 144 e bak.

(81) 7 Mart 1938 (Robertson - Age., S. 109 dan naklen).

Bunun gibi meselâ bir Amerikalı Fransa'da otururken ölse, Fransız mahkemesi, menkul mirası tayin için şahsın millî kanunu olan Amerikan kanununa bakacaktır. Amerikan hukuku ise bu hususu son ikametgâh kanununa bırakır görünmektedir. Şu halde bu atfı kabul eden Fransız mahkemesinin, şahsın Fransa'da Amerikan telakkisine göre ikametgâhı olup olmadığını tâyin etmesi gerekir (82). Bu mahiyetteki kararları dolayısı ile Fransız mahkemelerinin evvelce bahsetmiş olduğumuz en son sistemi kabul etmiş olduğunu iddia eden müellifler vardır (83).

4 — İsviçre'de: 2 Haziran 1891 tarihli Federal Kanun'un 28. maddesine göre yabancı memleketlerdeki İsviçreliler'in ikametgâhlarının bulundukları yer kanununa göre halledilmesi gerektir. Fakat eski kararlar millî kanun lehindedir ve son kararlar ise lex fori'nin tatbikine matufturlar (84).

5 — Diğer memleketlerdeki sistemler: Hollanda da bu hususta lex fori sistemi kabul edilmiştir (85). Kati olarak Hollanda mahkemeleri millî kanunu reddetmektedirler. Belçika'daki mahkeme tatbikatı hem millî kanuna, hem de mülkî kanuna taraftar olan kararlar vermiştir (86).

İsveç tatbikatı da mülkî kanun taraftarıdır (87).

Nihayet Almanya'da da lex fori'nin kabul edilmiş olduğu anlaşılmaktadır (88).

6 — Türkiye'de: Memleketimize gelince bu hususta mevcut bir karar yoktur. Mevcut kanunlarımıza göre ve devletler hususi hukuku prensiplerine göre hangi sistemin kabul edilmesi gerekeceğini bundan sonraki kısımda "netice" adı altında belirtmeğe çalışacağız.

III — Netice:

Şimdiye kadar vermiş olduğumuz izahlarla ihtilafı önlemek için nazariyatta, teklif edilen sistemleri ve bunların tatbikattaki tecellilerini belirtmeğe çalıştık. Son olarak ikametgâhın tayininden doğacak olan kanunlar ihtilafına bizde hangi kanunun tatbik edilmesi gerektiği hususundaki fikirlerimizi izah etmeğe çalışalım:

Bugün birçok memleketlerde iç hukukta ikametgâhın tayini şahsın iradesine bırakılmıştır. Fakat dış hukuk bakımından autonomie de

(82) Diğer kararlar, Rabel - Age., S. 144, Not: 173.

(83) Ezcümle Rabel - Age., S. 146.

(84) Brosset - Age., S. 57.

(85) Rabel - Age., S. 143 ve bu hususta misaller, S. 143, Not: 171.

(86) Brosset - Age., S. 45 - 46 ve 52.

(87) Rabel - Age., S. 145, Not: 177.

(88) Yörük - Age., S. 243; (Repertoire, S. 594 - 595 e Bk.).

la volonté) kabule şayan değildir. Çünkü şahısların bile yoluna baş vurmalarına sebep olur. Prensibin mahzurlarını izale için amme intizamı dolayısı ile istisnalar konulacağı gibi ehil olmayan şahıslar dolayısı ile de istisnalar kabul etmek gerekecektir.

Malların bulunduğu yer kanununun dahi bir takım mantığa uymayan neticelere götüreceğini belirtmiştik.

Nihayet, mülki kanun'un da birçok bakımlardan mahzurlu olduğunu gördük.

Şu halde netice olarak üç esaslı sistem kalmış oluyor. Bunlardan lex patriae'nın tatbiki akla yakın bir sistemdir. Şu bakımdan ki ikametgâh statü personele dahildir. Türk medenî kanunu ikametgâhtan şahsın hukukunda bahsettiği gibi, diğer memleketlerde de aynı sistem caridir. Statü personel için ise en muvafık kanun, millî kanundur. Fakat bu sistemde de amme intizamı hallerinde lex fori'yi tatbik etmek, tabiiyetsiz veya çifte tabiiyetliler için de herhangi bir kanun bulmak gerekecektir. Yahut, meselâ, baba ve çocuk ayrı tabiiyette ise ikametgâh tayin olunamayacaktır. Bu hallerdeki istisnalar ise küçümsenmeyecek bir yekûna baliğ olurlar.

Buna karşılık, ikametgâhtan doğan anunlar ihtilâfına bir vasıf ihtilafı bahis konusu edilerek, lex fori tatbik edilebilir. Vasıf ihtilafı bir hukuki münasebetin hukuki mahiyetinden doğan ihtilaflardır. Meselâ herhangi bir hukuki münasebette ikametgâh kanununun selâhiyetli olduğunu farz edelim, bu ikametgâhı kim tayin edecektir? Mesela Türk kanunu'na göre, şahsın Türkiye'de ikametgâhı, Fransız kanununa göre Fransa'da ikametgâhı olabilir, yani pozitif bir ihtilaf husule gelebilir. Yahut, her iki devlet kanunu da şahsın kendi memleketlerinde ikametgâhı haiz olmadığını söyleyebilir. Bu takdirde negatif bir ihtilâf husule gelir. Lex fori tatbik edilecek olursa; bir pozitif ihtilâfın husule gelmesi önlenemez. Atıf müessesesi kabul edilecek olursa negatif ihtilafın da önlenmesi kabildir. Bu suretle, ikametgâhın hükümlerinin tabi olduğu kanunun tatbiki nazariyesinin faydaları da kendiliğinden husule gelmiş olur.

Millî kanun nazariyesi de mahzurlardan az çok uzak olmasına rağmen, taraftarları kabul etmiş oldukları istisnalar hususunda tam bir mutabakata varamamışlardır. Lex fori'nin tatbik olunmasını onlar bile bazen zaruri görmekte dirler.

Bizce bu hususta, pratikte en basit olan yola baş vurmak zaruridir. Bu bakımdan Türk Devletler Hususi Hukuku'nda ikametgâhın tayininden doğacak kanunlar ihtilafına zannımızca lex fori tatbik olunmalıdır. Yani Türk mahkemesi, şahsın ikametgâhını Türk kanunlarına göre tayin

etmelidir. Bu neticeye, ikametgâhdan doğan kanunlar ihtilafına bir vasıf ihtilâfı olarak bakmak suretiyle varılabilir. Türk müelliflerinin hemen hepsi vasıf ihtilâflarına lex forinın tatbik edilmesinde müttefiktirler. Şu halde ikametgâhın tayininde bir vasıf ihtilâfı mahiyeti gördükleri takdirde aynı kanunun tatbik edilmesini isteyeceklerdir.

B İ B L İ Y O Ğ R A F Y A

- Beale, Joseph H. - A Treatise on the Conflict of Laws. Cilt: 1 (Jurisdiction) New York 1935.
- Berki, Dr. Osman Fazıl - Devletler Hususi Hukuku Ankara 1949.
- Brosset, Georges - Les Conflits de lois sur le domicile des personnes physique. Thèse No. 453 Genève 1947.
- Cheshire, G. C. - Private International Law. 3. bası Oxford.
- Dacey's Conflict of Laws - J. H. C. Morris başkanlığında bir heyet tarafından 6. bası London 1949.
- Goodrich, Herbert F. - Handbook of the Conflict of Laws. 3. bası Minn.
- Graveson, R. H. - The Conflict of Laws, London 1948.
- Harvard Law Review. Cilt 40, S. 316—317 Note.
- Hibbert, W. Nembhard - Leading Cases in Conflict of Laws, London 1931.
- Hukuku Hususiyeyi Düvel Kanunu Projesi — Antonio Sanchez de Bustamente Sirven Istanbul 1930.
- Kuhn, Arthur K. - Comperative Commentaries on Private International Law or conflict of Laws, New-York 1937.
- Lapradelle, A. de - Niboyet, J. P. - Répertoire de Droit International Cilt: 5 Paris 1929.
- Metya, Nusret - Devletler Hususi Hukuku Ankara 1939. Talebe Cemiyeti Neşriyatından.
- Niboyet - Manuel de Droit International Privé, 2. bası Paris 1928.
- Rabel, Ernst - The Conflict of Laws. A Comparative Study. Cilt: 1 (Family Law) Chicago 1945.
- Restatement of the Law of Conflict of Laws - By American Law Institute St. Paul 1934.
- Robertson, A. H. - Characterization in the Conflict of Laws. Cambridge, Massachussets 1940.
- Pillet - Traité pratique Droit International Privé. Paris - Grenoble, 1923, Cilt: 1.
- Schmitthoff, Clive M. - A Textbook of English Conflict of Laws (Private international Law) 2. bası, London 1948.

- Sevig, Muammer Raşit - Devletler Hususi Hukuku Cilt: I, 2. bası, İstanbul 1947.
- Sevig, Muammer Raşit - Tabiiyet, Yabancılar Hukuku ve Kanunlar İhtilafı Bakımından İkametgâh, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 17, Sayı 1-2, S. 75-91.
- Suphi Nuri - Yasaların Çatışması, İstanbul 1934.
- Topçuoğlu, Hamide - Devletler Hususi Hukukunda Tavsif İhtilafı. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt: VI, 1949, Sayı: 1, S. 80-141.
- Yörük, Abdülhak Kemal - Nazari ve Ameli Devletler Hususi Hukuku, 2. bası, İstanbul 1950.
- Yörük, Abdülhak Kemal - Hususi Hukuku Düvel noktai nazarından İkametgâh, Hukuki Bilgiler Mecmuası, Sene: 6, No: 11-71, S. 16/4674 23/4681.