

ANGLO - SAKSON HUKUKUNDA VE YENİ FRANSIZ EKOLÜNDE MÜLKİLİK ESASI VE MÜKTESEP HAKLAR

Doçent Dr. Vedat Raşit Sevig

Anglo - Sakson hukuku bakımından müktesep haklar teorisi :

Anglo - Saksonlar müktesep haklar teorisini, Kontinental Avrupa müelliflerinin araştırmak lüzumunu az hissettikleri bir probleme cevap verecek şekilde ele almışlar.

Gerçekten Kontinental doktrinde ecnebi kanununun re'sen tatbik edilip edilmeyeceği, ecnebi kanunun yanlış tatbiki halinde temyiz mahkemelerince nakza mahal olup olmadığı, ezcümle ecnebi kanunun yerli mahkemenin nazarındaki kıymeti mevzuu bahis olur. Fakat bütün Devletler hususî hukuku ilminin temel problemi olacak bir *ecnebi kanunun ithali problemi* ile uğraşılmaz. Halbuki Anglo - Saksonlar bu problemi temel olarak ele alırlar ve onu halletmek için iki nazariyeden birine bağlanırlar : *Vested rights* (müktesep haklar) nazariyesi ve Incorporation (mezc) nazariyesi. Biz burada yalnız birincisini izah edeceğiz.

Ecnebi kanunların ithali meselesi.

Anglo - Sakson Devletler Hususî Hukuku âlimleri mahkemelerin ancak kendi kanunlarına ve onu vazeden hâkim organlara ittiba ettiklerini kabul ederler. Binaenaleyh mantıkan yalnız kendi memleketlerinin dahilî hukukuna riayet etmekle mükelleftirler.

Fakat, bu iddiaya rağmen bir vakıla olarak şu keyfiyet ile karşılaşılır ki, İngiliz veya Amerikan mahkemeleri ecnebi bir kanunu çok kere tatbik ederler. Ancak ecnebi kanunun tatbik keyfiyeti mutlak değildir: çok kere âmme intizamı mülâhazaları yerli kanuna rücuu sağlamaktadır. Tıpkı her memlekette olduğu gibi.

Herhalde ecnebi kanunun tatbiki ne kadar katiyetten mahrum olsa da yine bu keyfiyet nısfetin ve içtimaî faydanın bir zarureti olarak Anglo - Sakson hukukçuları tarafından ecnebi kanunun kabul edilmesine bir engel teşkil etmemektedir.

Anglo - Sakson prensiplerinden zarureten yapılan bu inhiraf, müelliflerce üç ayrı yoldan izah edilmeğe çalışılmıştır. Sırasile Dicey ve Beale'in Vested Rights teorilerini gözden geçirelim :

Vested Rights Teorisi :

Bu teoriye göre, bir memleketin mahkemesi ecnebi bir kanunu tatbik ettiğini farzettığı zaman, hakikatte ecnebi memleketin kanununca müktesep hakları tatbik mevkiine koymakla iktifa eder.

Dicey¹ bu keyfiyeti şöyle ifade ediyor. İngiliz hâkimleri tıpkı Fransız ve Alman hâkimleri gibi yalnız kendi kanunlarını tatbik ederler. Fakat, dil alışkanlığı ile hâkimlerin bir ecnebi kanunu tatbik ettikleri denildiği hallerde, bu hâkimler hakikatı halde ecnebi kanunu tatbik etmeyip ancak, ecnebi kanuna uyularak iktisap edilmiş bir hakka memleket içinde yer vermiş olurlar. Ecnebi kanunun memlekete ithali ile ecnebi bir kanuna uygun bir hakkın ithali arasında bir fark gözetilmesi ilk bakışta lüzumsuz bir inceleme hissini verir. Fakat bu tefrik hâkim ve müellifleri durdurmuş olan birçok güçlükleri bertaraf etmektedir. Meselâ, İngiliz mahkemelerinin başka bir milletin, bilfarz İtalyanın, mahkemeleri tarafından verilmiş hükümleri tatbik edişi başka ifade ile, İngiliz Kralı namına yargılayan mahkemelerin İtalya Kralının emirlerini yerine getirmesi anormal görünebilir. Halbuki A, bir İngiliz mahkemesinde B. nin aleyhinde bir İtalyan mahkemesi ilâmına müsteniden bir dâva açacak olursa, İngiliz mahkemesi İtalyan hükümdarının emrini tatbik davet edilmeyip, A lehine, bir İtalyan ilâmına müsteniden müktesep bir alacağı teminat altına almaya davet edilmiş oluyor.

Mamafih, bu izah tarzı haddizatında tatminkâr değildir. Zira, hakkın bir memleketten başka memlekete geçişini pozitif bir şekilde izah etmekten uzaktır. Hakkı, kanundan yani hâkimiyetin ifadesinden ayırmak bir hayli güçtür. İşte bu güçlüğü Amerika'lı âlim Beale halletmeğe çalışmıştır. İzahı şöyledir² :

«Hukukî bakımdan bütün haklar bir kanun tarafından yaratılmalıdırlar: Evvelâ, bir hak sun'î olup tabîî bir varlık değildir. Saniyen bir hak, içtimaî değil, siyasî bir varlıktır. Hiçbir kanunî hak hususî eşhasın mücerret iradesi tarafından yaratılamaz.»

«Kanun, müstakbel hukukî durumları tanzim eden umumî bir hükümdür. Hakları yaratmak için, hakkın doğuşunu muayyen bir hâdisenin vukuuna tâlik etmeğe karar verir. Kanun, bu hâdiseye bir netice bağlar; o da kanunî bir hakkın yaratılmasıdır. Bu hakkın yaratılışı, binnetice muayyen vak'aların zuhuruna tâbidir.»

«Bir hak bir kanun tarafından yaratılınca, hakkın kendisi de bir vakıa teşkil etmektedir. Bu vakıanın mevcudiyeti aynı kanunun veya

1) Dicey. Digest on conflict of Laws Introduction saf. 20.

2) Beale Summary S. 2, 4, 5, (Cases on the conflict of Laws üçüncü tabı 1902).

başka bir kanunun yeni bir hakkın doğuşuna şart saydığı bir âmil olabilir. Başka tâbirle bir hak, onu yaratan kanun tarafından veya onun üzerinde otoriteyi haiz başka bir kanun tarafından tâdil edilebilir.»

«Eğer bu kudreti haiz hiçbir kanun hakkı tâdil etmemiş ise, bu hak, mademki, mevcuttur, her yerde tanınmalıdır. Bu tanınma keyfiyeti de, bir vakıanın tanınmasından ibarettir.»

Beale, eserinin 48 inci paragrafında şunu ilâve ediyor :

«Her ne kadar ecnebi bir hak bir gerçek olarak tanınmak mevkiinde ise de, bundan dolayı ona kanunî kuvvet bahşedileceği iddia olunmamalıdır. Çünkü, bir hakkın kanunî tesiri bir kanun tarafından bahşedilir. Binnetice hiçbir ecnebi hak tatbik olunamaz. Meğer ki devletin mevzuatı buna karar vermiş olsun.»

Pozitivist mantığa gayet uygun olan bu izah tarzı hem mülkî hâkimiyeti, hem de ecnebi kanuna «riayet» zehabını telif etmektedir.

Fakat, bu teorinin de kusurları vardır. Bu teori ecnebi kanunun tatbikini hakkın mevcudiyetine talik etmek iddiasında olmasına rağmen Anglo - Sakson kanunlar ihtilâfı sistemlerinin, hakkı henüz müktesep değilken, müktesepmiş gibi tanıdıkları iki hal vardır.

Birinci hal şudur : Vested Rights teorisine göre dâvanın rüyet edildiği yerin kanunlar ihtilâfı sistemi muayyen bir hakkın doğuşunu bazı muamelâtın tekemmül etmiş olduğu yabancı memleketin dahili hukukuna tâbi tutmaktadır. Faraza Berlin'de in'ikad edip ifa mahalli Bruxelles olacak olan bir akid hakkında New - York şehrinde bir dâva açılıyor. New-York kanunlar ihtilâfı sistemine göre, hak, *lex loci Contractus* olan Alman kanununa tâbi olmalıdır. Halbuki Alman kanununa müracaat edersek, iki şık karşımıza çıkar. *1 inci şıkta* in'ikad etmiş akid hem Alman kanununa hem de Belçika kanununa uymaktadır. Binaenaleyh: a) Akidlerin in'ikad şartlarını, taraflar hilâfına mukavele etmemişlerse ifa mahalli kanununa tâbi tutmakta olan Alman kanunlar ihtilâfı sistemine göre, madem ki âkid Belçika kanununa uymaktadır, hak doğmuştur. b) Amerika kanunlar ihtilâfı sistemine göre hak doğmuştur. Zira akid, Alman iç hukukuna uygundur. *2 nci şıkta* akid, yalnız Alman kanununa uygun olarak tanzim edilmiş; fakat ifa mahalli olarak Belçika gösterilmiştir. Binaenaleyh, Alman kanunlar ihtilâfı sistemince muteber değildir. Yani, *alacak hakkı doğmuyor*. Buna rağmen Amerikan mahkemesi kendi sistemine göre akdi muteber ve alacak hakkını mevcut sayacaktır. Halbuki bu hak, doğduğu farzolunan memlekette mevcut değildir.

İkinci hal «hakkın vücut bulmamış olmasına rağmen var farzolunabileceği», statü personele müteallik ahkâmda zuhur edebiliyor. İkametgâhı İngiltere dışında bulunan bir şahsın ahkâmı şahsiyesi İngiliz

kanununa tâbi olmaz. Bu şahsın İngilterede girişeceği ahkâmı şahsiyeye müteallik hukukî muameleler İngiliz hukukuna riayet edilmemiş olmasına rağmen muteber sayılacaktır.

Bazen de bu teoriye rağmen ecnebi memlekette iktisap edilmiş hak İngiliz âmme intizamına mugayereti dolayısıyla tanınmıyacaktır.

Hasılı Vested Rights teorisinin üç zayıf noktası vardır :

1 — Âmme intizamının tesiri; bir yerde iktisap edilmiş bir hakkın diğer bir yerde bu tesir yüzünden dermeyan edilememesi.

2 — Buna mukabil kendi Devletler Hususî Hukuku sistemi tarafından bir hususta beynelmilel kıymeti haiz hak yaratmağa yetkisiz sayılan bir kanunun, sırf dâva yerinin Devletler Hususî Hukuku sisteminin sevkile hak yaratmış farzolunması.

3 — Vested Rights teorisinin ahkâmı şahsiyeye sirayet edememesi ^{2a} Vested Rights teorisini ileri sürenler âmme intizamını bu teorinin istisnası olarak sarahaten zikretmişlerdir.

Bu suretle ecnebi memlekette hak iktisap vak'asının dahilde hak iktisabına da müncer olması esası, âmme intizamını ihlâl etmemek şartına muallâk sayılmıştır.

Âmme intizamı istisnası mahzurundan başkaca iki mahzur gördük. Mevcut olmıyan hakkın dâva yerinde tanınması ve ahkâmı şahsiyenin şahsî kanuna tâbi oluşunun Vested Rights teorisi ile kabili izah olmayışı keyfiyetleri. Mevcut olmıyan hakkın tanınması keyfiyetine karşı bir çare olarak atıf hakkında İngiliz teorisi olan (Foreign Court Theory) kabili tatbiktir. İngiliz hâkimi kendisi bilfarz bir Alman hâkimi imiş gibi hükmedecektir. Bu suretle bazı Anglo - Sakson kanunlar ihtilâfı sisteminde câri olan lex loci contractus'e riayet esası Foreign Court Theory'sine uygun bir tadil ile Vested Rights Theory'sine tekabül edecek bir hale getirilmiş oluyor. Fakat Vested Rights Theory'sinin rasyonel bir şekilde izah edemediği bir keyfiyet varsa, o da memlekette bulunan fakat ikametgâhları hariçte olan kimselere ecnebi kanunun tatbik edilîşi keyfiyetidir.

Saydığımız bu mahzurlara göre sözü geçen teori, ecnebi kanunun tatbik edilîşi «mucizesini» belki izah bakımından ciddî mahzurlar ihtiva eder. Fakat kanaatimizce netice şu oluyor : Bu teori sözü geçen probleme cevap veremese dahi, Anglo - Sakson memleketlerindeki müktesep haklar nazariyesinin durumuna bir işaret sayılabilir.

2a) Batiffol; Traite. Paris 1949. No. 326; Wigny; Essai. Paris 1932. sah. 170. Aksi kanaatte Maury : Règles générales des conflits de lois No. 48. (Cours l'Acad. d. int. 1936).

Ezcümle denilebilir ki, Vested Rights teorisi diğer bazı Anglo - Sakson teorileri ile memzuc olunca, giriş bahsimizde tesadüf etmiş olduğumuz beş tefrik noktası zaruretime cevap verebilmektedir.

Şöyle ki, ilk olarak tefrik keyfiyetini nazarı itibare alırsak görürüz ki, Dicey'nin ve Beale'in devletler hususî hukukuna yegâne temel olarak müktesep haklara riayet esasını nazarı itibare almaları, eksikleri olan bir usuldür. Zira ahkâmı şahsiye bu esasın haricinde kalıyor. Binaenaleyh kanunlar ihtilâfı bahsini tamamen kaplıyamayan bir esas olan müktesep haklara riayet düsturu, tabiatıyla daha mahdut bir bahse inhisar etmiş olur.

Bu noktayı böylece tesbit ettikten sonra anlamağa çalışmamız gereken bir nokta daha vardır : Müktesep haklara riayet esasının zarureten taallûk ettiği bahsin kanunlar ihtilâfı bakımından daha mahdut oluşu, acaba aynı zamanda kaidelerde bir farkın tahassülüne sebep oluyor mu ?

Kanaatimizce hakikaten bir fark husule getiriyor. Şöyle ki, haddi zatında *lex fori*'ye tâbi olması gereken ahkâmı mülkiye mesaili, Dicey'nin ve bilhassa Beale'in daha titiz bir hukuk tekniğine dayanan izah tarzı ile *lex loci*'ye tâbi olmak mevkiine geçiyor.

Bu suretle müteharrik ihtilâfların menkullere ait kısmında kaide tâdil edilmiş oluyor da hazırdaki mekâna itibar edilmemiş oluyor. Bundan başka,

1°/ Miras hukuku sahasında menkul mirasın Anglo - Sakson kanunlar ihtilâfı sisteminde müteveffanın son ikametgâhı kanununa tâbi olmasına mukabil, menkul mirasın iktisabından sonra her şeyden evvel iktisap yerinin *lex fori*'sine yani *lex loci*'ye müracaat edilip, ancak onun atfına riayet edileceğini, atıf düşmanı Beale bile söylemektedir³.

2°/ Atfın kendisine ise Vested Rights teorisinin öncüsü İngiliz hukukçusu Dicey taraftar idi. Bu itibarla müktesep haklar bu görüşten istifade edebilirler. Fakat bu taraftarlık keyfiyeti müktesep haklara münhasır olmayıp, herhangi bir kanunlar ihtilâfı meselesine de şâmil olduğuna göre müktesep haklar lehine bir kaide tâdili sayılamaz.

3°/ Âmme intizamı istisnasına gelince, mümkün mertebe müktesep haklara riayetskâr olunacağı Dicey'nin kendi ifadesinden anlaşılacağına göre, müktesep haklar bahsinde âmme intizamı istisnasının hak ihdası safhasındaki rolüne nispetle daha mütevazi olacağını kabul edebiliriz.

Nitekim Dicey şöyle demektedir: Bir İngiliz mahkemesi, herhangi medenî bir memlekette bihakkın (*duly*) iktisap edilmiş herhangi bir hakkı tanır. Şu şartla ki, âmme intizamını haleldar etmesin⁴.

3) Beale; Harward law review 1910. Son kısım 10. 1.

4) Dicey; Digest on conflict of laws. Introduction, first principles (Wigny'den naklet Essai).

Böylece âmme intizamı bakımından kanunlar ihtilâfına ait sureti hallerin, müktesep haklar mevzuu bahis olunca, tagayyüre uğrayacağı anlaşıyor. Bu ise müktesep haklar meselelerini alelâde kanunlar ihtilâfı meselelerinden ayıran bir işarettir.

4°/ Arazi ilhaki halinde, alelâde kanunlar ihtilâfı kaidelerinden daha mûdil kaidelerin tatbik edileceği aşikârdır.

5°/ Müktesep haklar bahsinin uğraşdığı bir son bahis olarak şahsî kanundaki değişikliğin, yani İngiliz hukukuna göre ikametgâhı değiştirme halinde eski ikametgâh kanunu ile yeni iaametgâh kanununun ahkâmı şahsiyedeki yetki sahalarının tesbiti kalıyor. Bu son mesele bilhassa Amerikada, birçok hususî hükümlerin kabulüne sebep olmuştur⁵.

Neticede Anglo - Saksonlar tatbikatta müktesep haklara müteallik hal tarzlarını alelâde kanunlar ihtilâfına müteallik hal tarzlarından iyice tefrik etmiş olmalarına rağmen, doktrinde bu iki mefhumu birbirine tevem addetmeğe çok kerre meyletmişlerdir. Bunu İngiliz hukukunda, tatbikatın nazariyeye nispetle daha cüretkâr oluşunun bir yeni belirtisi sayabiliriz.

Pillet, Niboyet, De Vareilles - Sommières, Dicey ve Beale'in nazariyelerini müşahede ettiğimiz zaman, müktesep haklara riayet esasının ancak devletler hususî hukukunun *kısmî bir temeli* olabileceğine, fakat *gerçek ve hususî hal tarzlarını* davet eden bir temeli olduğuna dair olan kanaatimiz kuvvetlenmiş bulunuyor. Mamafih bu görüşe muhalif olan doktrinlerle karşılaşmadan bu müşahedenin ve onun doğurduğu kanaatin bir serap ve bir hayalden ibaret olmadığına kani olamayız. İşte bu sebeple doktrinal tetkikin ikinci bölümünde görüşümüzü inkâr edecek doktrinleri sıralayıp cevaplandırmaya çalışacağız.

B Ö L Ü M : II

Müktesep haklar esasını inkâr eden veya müteharrik ihtilâflar ile bir tutan görüşler

Müktesep haklara riayet esasının devletler hususî hukukundaki müstakil durumunu inkâr edenler başında Arminjon ve Wigny'yi görüyoruz.

*M. Arminjon'un Pillet'nin doktrinine karşı tenkitleri*⁶ :

M. Arminjon'a göre müktesep haklar teorisi tamamiyle skolastik ve fuzulî bir teoridir. Zira belirmesi lâzım gelen nokta hakkın iktisap edilmiş

5) Wigny; Essai sur le d. i. p. Americain s. 94, Paris 1932.

6) Arminjon; Précis, 2nci tabı. No. 138 - 139.

olup olmadığı değil de, her yerde dermeyeran edilir olup olmadığıdır. Burada yine bir ecnebi kanun ile meselenin tetkik edildiği yerin kanunu arasında bir ihtilâf vardır. Henüz iktisap edilmemiş hak ile zaten iktisap edilmiş hakkın tefriki iddiası nafiledir. Zira iktisap edildiği iddia edilen hakkın tanınması, onun dermeyeran edildiği yerin devletler hususî hukukuna tâbidir. Müktesep hakların tanınması dermeyeran yerinin kanunlar ihtilâfı kaidelerine tâbi olunca o hak ancak mezkûr kaidelerin yetkili saydığı kanunun normal tatbikinden başka birşey olamaz. Pillet'nin gösterdiği hal tarzı bile yine dermeyeran yeri sistemi tarafından meseleye tatbik edilir sayılan kaidelere dayanır.

Demek oluyor ki, Arminjon'a nazaran hiç bir amelî kıymeti haiz olmıyan bu nazariye ancak ecnebî kanunun kendisini vücade getirmiş devletin hudutları haricinde nasıl ve neden tatbik edileceğini izah etmek için düşünülmüş olabilir ise de bu son rolünde yanlışlıklardan kurtulamaz.

Böylece Arminjon, tenkidini iki nokta etrafında toplamaktadır.

1 — Müktesep hakka riayet keyfiyeti dermeyeran yerinin sistemindeki alelâde kanunlar ihtilâfı kaidelerinin tesirinden neş'et eder.

Bu görüşe sebep hakkın iktisap edilmiş olduğu memleketin hukukî tesiri değildir.

Birinci nokta kanaatimizce hakikate uymamaktadır. Kanaatimizce müktesep haklara riayetin dermeyeran yerinin hukukî nizamına bağlı olması, başka bir memleketin de hukukî nizamına bağlı olmasına mâni değildir. Nitekim, müktesep haklara taallûk eden şeraitten bahseden Pillet ve Niboyet beynelmilel ve dahilî unsurları ayırıyorlar. Beynelmilel unsurun yanbaşıda dahilî unsura da ehemmiyet veriliyor. Yani hakların iktisabına yardım etmiş olan kanunun yetkisine nasıl ehemmiyet veriliyorsa iktisaba yardım etmiş olan ecnebi hukukuna riayet edilmiş olup olmadığına da öylece ehemmiyet veriliyor.

Demek ki, iktisapta müessir olarak bir de ecnebi kanun vardır. Hattâ Niboyet'inin sisteminde mesele bu kadar ile de kalmıyor. Ecnebi kanunun da kendini yetkili saymış olması şart koşuluyor. Nitekim müktesep haklar bahsindeki, tek taraflılığa dayanan 1 ve 2 dereceli atıf hep bu şarttan neş'et etmektedir.

Bir de dermeyeran yerinin sistemi, dermeyeran yerinin kanununu yetkili saymış ise ecnebi kanunun iktisap yerinde kendini yetkili saymış olması tabiatıyla nazarı itibare alınamaz. Mamafih giriş kısmında da işaret ettiğimiz gibi sırf müktesep hakların bahis mevzuu olduğu hallerde böyle bir vücutî ihtilâfı gidermek için kullanılacak bazı kaideler de mevcuttur: meselâ; 1/ Lex rei sitae'nin ne zamanki lex rei sitae olacağı keyfiyeti. 2/ Miras hukukunda her şeyden evvel menkulün iktisap anında bulunduğu

yerin devletler hususî hukuku sisteminin yetkili tanınması. Burada atıftan farklı bir husus vardır. Atıfta sistemine müracaat edilen ecnebi memleketi alelâde kanunlar ihtilâfı kaidelerince muayyendir. Halbuki müktesep hakların bu çeşidinde, umumiyetle bir şahsî kanunu tâyin eden kanunlar ihtilâfı sistemi mutad usulü hilâfına ilk olarak *lex loci* gibi mülkî bir kanunun ihtiva ettiği kanunlar ihtilâfı sistemine müracaat edilmelidir (girişe bakılabilir).

Elhasıl atıf vasıtasile olsun, mirastaki kaide tadili vasıtasile olsun ecnebi memleketin devletler hususî sistemini de nazarı itibare almak lâzımdır.

Binaenaleyh hakkın müktesep ve muteber sayılması keyfiyeti münhasıran ve daimî olarak dermeyeran yerinin kanunlar ihtilâfı kaidelerinden neş'et etmez. Bilâkis müktesep haklara riayet esası bize şunu öğretiyor ki, hakkın iktisap yeri ile dermeyeran yeri arasında (quod objectuun = mevzuları) mülkî olan mesail için mahallî kanun (lex loci) ilk olarak nazarı itibare alınmalıdır.

Ahkâmı şahsiye mesaili için de, iktisap yeri ile dermeyeran yeri arasında vücutî ihtilâf yoksa ve dermeyeran yerinin ilk olarak yetkiyi teklif etmiş olduğu memleketin sistemi de nazarı itibare alınmışsa iktisap yerinin yetki kaidelerine uyabilir. Demek oluyor ki, bir memleketteki iktisap, dermeyeran yeri olacak başka bir memleket tarafından tanınmak şartile müessirdir.

1 nci tenkid için diyebiliriz ki, bu nazariye hakikaten ecnebi kanunun bütün tatbik hallerini izah edemez. Bu esas tamamlanmağa muhtaçtır. Fakat mevcut hali ile bir hukukî fiil veya muameleyi veya bir malı muayyen bir yerin kanununa tâbi kılan kaidelerin yani lex rei sitae, lex loci contractus, lex loci executionis, lex loci delicti, gibi ve locus regit actum düsturu gibi muayyen bir kaideler heyeti mecmuasının tatbik suretlerini gayet iyi izah etmektedir.

M. Pierre Wigny'nin tenkidi :

Vested Rights teorisinin muaddel bir şeklini kabule meyyal Belçikalı hukuk âlimi M. Pierre Wigny Pillet'nin müktesep haklar nazariyesini şiddetle tenkid etmektedir.

Tenkid şu nokta üzerinde temerküz ediyor : Kanunlar ihtilâfı kaidelerine uyularak memlekette hak ihdası vetiresi ile müktesep hakların tanınması vetiresini birbirinden *farksız* bulmaktadır. Halbuki Pillet bilhassa bu iki vetirenin tefriki üzerinde ısrar ediyordu.

Wigny'ye göre her meselede (hak ihdası olsun veya dışarı memlekette ihdas edilmiş hakkın tanınması meselesi olsun) yapılacak iş, dermeyeran

yeri tarafından yetkili sayılan kanunu tâyin ve hükümlerini tatbik etmekten ibarettir.

Pillet'nin nazariyesinde yetkili kanunun tâyini keyfiyeti her meselede cari olmakla beraber, hükümlerinin tatbiki münhasıran hak ihdası safhasında caridir.

İşte burada Wigny az çok Anglo - Sakson müelliflerinin tefekkür tarzlarının tesiri altında olduğunu gösterir bir şekilde ecnebi memlekette ihdas edilmiş hakkın yerine, dermeyan yerinde yeni bir yerli hakkın (yetkili ecnebi kanunun hükümlerine uyularaktan) yaratıldığı neticesine varmaktadır.

Anglo - Sakson görüşünün bâriz bir misalini Beale'in Vested Rights teorisini izah edişinde görüyoruz. Yukarıda Amerikalı hukukçu Beale'in teorisini anlatırken demiştik ki, bir yerli hak izafesi için ecnebi memlekette iktisap edilmiş olan hakkı şart koşan kaideler mezkûr müktesep hakları yerli hakkın izafesi için lüzumlu bir olay olarak nazarı itibare alırlar.

İşte kanaatimizce gerek Beale'in, gerek Wigny'nin bu babdaki görüşleri tamamlanmağa muhtaçtır. Çünkü bir sual vârit olabilir, neden bazı hâdiseler ecnebi memlekette cereyan eder de bizim kanunumuza uymazsa bizce muteber değiller (meselâ ahkâmı şahsiyeye müteallik meseleler) gibi de, diğer bazı hâdiseler ecnebi memlekette, ora kanununa göre cereyan edip te bizce muteber bir müktesep hak yaratmış oluyor? Birinde neden *lex personnae* aranıyor da öbüründe neden *lex loci* kâfidir?

Bu suallere gerek De Vareilles - Sommières gerek Pillet cevap vermeğe çalışmalıdır.

Anglo - Saksonlara gelince bunların cevapları içinde tek makul olanı, kaidelerin an'anevi olduğu mütalâasıdır. Halbuki *lex personnae* şöyle dursun, *lex loci*'nin tatbiki lehine ileri sürülecek en muknî delil, *lex loci*'nin tatbiki ile müktesep haklara riayetin temin edildiğidir.

Gerek Beale gerek Wigny, *lex loci*'nin buradaki ehemmiyetli rolünü ihmal edip münhasıran tanıma vetiresinin yeni bir ihdas mahiyetinde olduğunu belirtmeğe çalıştılar. Bu iddiayı kabul etsek bile, Pillet'nin anladığı mânadaki müktesep hak ihdası safhası ile hak tanınması safhası arasındaki fark ortadan kalkmaz. Zira müktesep hak tanınması safhasında *iki ihdas* mevcut olması lâzımdır. Birincisi iktisap anında, ikincisi dermeyan yerinde. Halbuki müktesep hakkın mevzuu bahis olmadığı meselelerde tek bir ihdas vardır. Böylece görüldüğü gibi fark yine mevcuttur.

Netice itibariyle Wigny'nin bu tenkidini redde mecbur olmakla beraber Wigny'nin bu tenkid sayesinde ihdas ile tanıma arasındaki farkı daha kuvvetli bir şekilde tebarüz ettirebiliyoruz.

Bundan başka, Wigny'nin tâli derecede kalan bir tenkidi vardır : o da müktesep hakların âmme intizamı istisnasından gayri kanunlar ihtilâfı bakımından hiç bir fark arzetmedikleri iddiasına dayanıyor. Giriş kısmındaki müşahedeleri burada tekrar etmeyi fuzulî sayıyoruz. Kanaatimizce bunlar kâfi birer cevap teşkil eder.

Müktesep haklara riayet esasını müteharrik ihtilâflar meselesi olarak görenler

Bundan evvel Arminjon'un ve Wigny'nin tenkidlerine itiraz ettiğimiz sırada, müktesep haklara riayet esasının müstakil bir bahis sayılması lüzumunu doğrudan doğruya inkâr eden iki müellifin fikirleriyle karşılaşmıştık.

Şimdi bu bahsin mevcudiyetini inkâr etmemekle beraber ona başka bir mâna veren onu müteharrik ihtilâflar bahsinden ibaret sayan Bartin, Batiffol, ve Lerebours - Pigeonnière adlı müelliflerin fikirlerini ele alacağız.

Bartin, müstakil bir müktesep haklar bahsini kabul etmiyor.

Onun kanaatine göre aynı kanunlar ihtilâfı kaideleri, yer değiştirmiş menkulün evvelki ve şimdiki statüsünü tâyin etmeğe yarıyabilir; yeter ki, zaman mefhumu nazarı itibare alınıp menkul mülkiyeti için ne zamanki *lex rei sitae*'den bahsolunduğu taayyün etsin.

Bunun gibi tâbiiyet değiştiren bir şahsın şahsî statüsü bahis mevzuu olunca ne zamanki millî kanunundan bahsolunduğu taayyün etmelidir.

Dermeyan yerinin kanunlar ihtilâfı kaidelerine müracaat edilmek suretile hallolunan bu iki meseleye Bartin müteharrik ihtilâflar (*conflits mobiles*) ismini vermektedir.

Bu gibi meselenin arazi ilhakında biraz daha şümüllü olarak belirlediğini kaydeder. Bunların gayri bir müktesep haklar meselesini nazarı itibare almaz.

Fakat kanunlar ihtilâfı kaidelerinin tarifini öylece tanzim ediyor ki, müteharrik ihtilâflarına da şâmil oluyor⁷. Ecnebi memlekette miras yolu ile iktisap edilen menkullerin üzerindeki mülkiyet hakkının tanınması keyfiyetine ait olan giriş kısmındaki mülâhazamızın M. Bartin'in bu tarifine uymıyacağını görüyoruz. Memleketteki menkul malların tevarüsünü, müteveffanın millî kanununa veya ikametgâh kanununa tâbi kılan bir sistem, malın başka memlekette tevarüs edilmiş olarak gelmesi dolayısıyla bu millî kanunun veya ikametgâh kanununun şartlarını aramaktan

7) E. Bartin; Principes de dr. Int. privé, Paris 1930. sah. 15, 16, 17.

vazgeçemez, meğer ki, iktisap yerinin devletler hususî hukukunca muayyen olan kanuna uygun iktisapları muteber saydıracak bir sebep olsun. Bu sebep müktesep haklara riayet esasıdır. Halbuki M. Bartin mirası mahiyeti itibariyle ailevî ahkâmdan saymadığına göre bu kanundaki neticelere sebep olarak göstermiş olduğumuz müktesep haklar esasına kaim olacak başka bir esas vazetmektedir (meselâ mirası mülkî ahkâmdan saymak ⁸. Müteharrik ihtilâflar bahsi kâfi değildir, çünkü müktesep haklar münhasıran müteharrik ihtilâflardan ibaret değildir.

Daha şümüllü bir esastan neş'et ederler.

M. Battifol'un de kanaati M. Bartin'inki ile aynı merkezde olduğuna göre ⁹ burada bir başka cevap aramamıza lüzum yoktur.

M. Lerebours - Pigeonnière'in tezi biraz farklıdır.

Mutlak surette müktesep hakları müteharrik ihtilâflardan ibaret saymamakla beraber, müktesep hakka riayet keyfiyetinin münhasıran dermeyeran yerinin kanunlar ihtilâfı sisteminin bir neticesi olduğunu iddia etmektedir ¹⁰. *M. Lerebours - Pigeonnière* başka bir noktada M. Bartin kadar liberal değildir. Müteharrik ihtilâfların memleketin kanunî birliğini bozmağa muktedir olmaları halinde dermeyeran yerinin mevzuatının kaideten cereyanı el'an lâzım gelen iktisap yerinin kanunu yerine geçeceğini söylüyor (No. 280). Bu sonuncu nokta her dâva kategorisi için değişebilen bir takdir meselesi olduğu için üzerinde durmıyacağız.

Müellifin müktesep hakların çerçevesini daha geniş tutmasını da memnuniyetle karşılıyoruz.

Geriye kalan ve tenkid edilebilen nokta şudur : müktesep hakların münhasıran dermeyeran yerinin devletler hususî hukuku sisteminin tesiri ile meydana geldikleri iddiasıdır.

İtiraz edeceğimiz bir başka nokta da şudur : Bu nokta kanaatimizce kanunlar ihtilâfı sisteminin ecnebi memlekette ihdas edilmiş olan hakları da tanıyacak bir tarzda ne sebeple tadil edilmiş olduğunu izah edemiyor. Halbuki Pillet'nin dediği gibi, ecnebi devletin hakkı hâkimiyetine hürmet veya De Vareilles - Sommières ile Niboyet'nin söyledikleri gibi hem ecnebi Devletin hâkimiyetine hürmet, hem de ferdlerin sübjektif durumlarını beynelmilel hususî münasebetler sahasında koruyan bir esas olmak üzere müktesep haklara riayet esası Devletler hususî hukukunun lüzumlu temellerinden biridir.

8) Battifol; Traite d. i. p. No. 320, Paris 1949.

9) Idem.

10) Lerebours - Pigeonnière, Précis d. i. p. Nos 275, 280, Paris 1948.

İstisnaen bu esas âmme intizamının önünde geriliyor (menkuller üzerindeki aynî haklarda) veya ahkâmı şahsiye cihetinden ecnebi memlekette bu mevzuda yapılmış hukukî muameleler dermeyeran yeri sisteminin terviç etmiş olduğu sisteme uymamak hasebile çok kere müktesep durum tahassül etmemiş sayılırsa da kaidenin bozulacağına hükmetmemeliyiz. Kaide sistemlerin gayesini gösterir. İstisnaları ise bu gaye üzerinden yapılan fedakârlıkları gösterir.

NETİCE

Müktesep haklar probleminin kanunlar ihtilâfından ayrı bir problem olduğu neticesine varıldıktan sonra, bu problemin Devletler hususî hukuku ilminin temellerinden biri olduğunu ileri sürmüş olan Pillet'nin ve Niboyet'nin fikirlerine iltihak ediyoruz.

Kanunlar, ihtilâfı problemi ile müktesep haklar probleminin farkı şurada tezahür ediyor ki, müktesep haklar için alelâde kanunlar ihtilâfı kaidelerinden farklı kaideler mevcuttur.

1 — Bu kaideleri, dermeyeran yeri, münhasıran başka memleketlerde iktisap edilmiş haklar için kabul eder. Bu kaideler sayesinde dermeyeran memleketi hangi halde bir diğer memleketi iktisap memleketi sayacağını belirtir, ve aynı zamanda iktisap yeri saydığı memleketin hem dahilî hukukunu hem de kanunlar ihtilâfı sistemini nazarı itibare alır.

Bu sistemlerden istisna edilecek şey, ancak, oranın isdar edeceği müktesep haklara mahsus kaideleridir. Çünkü oranın da kendine mahsus müktesep hak kaideleri vardır ki, bizim orada ihdas edilmiş hakları tanımamız için tamamiyle lüzumsuzdur. Onlar ancak bizde veya başka yerde ihdas edilecek hakların orada tanınmalarına yarar.

2 — Fakat şunu da hatırdan çıkarmamalıyız ki, hukukî muamelelerin muteber olup olmamaları, yapıldıkları memleketin devletler hususî hukuku sisteminin koşmuş olduğu şartlara da tâbidir.

Şu kayıtla ki, dermeyeran yerinin şahsa müteallik hükümlerine, kanunî birliğine ve âmme intizamı zaruretlerine hürmet edilmiş olsun.

Böylece müktesep hak bir taraftan *lex loci*'nin tatbikine esas oluyor, diğer taraftan dermeyeran yerinin sistemine uymak şartile, eskiden veya el'an yetkili sayılan şahsî kanunun hükmü dairesinde tekemmül ettirilmiş olan hukukî muamelelerin muteber olmalarını sağlayan bir temel vazifesini görür.

UMUMÎ NETİCE

(Mülkilik esası ve müktesep haklar hakkında)

Bu iki esasın sıkı münasebetleri vardır. Fakat birinin kabul edilmiş olması diğerrinin kabul edilmiş olduğuna mutlak surette delâlet etmez. Nitekim yukarıda gördüğümüz gibi Lerebours - Pigeonnière müktesep haklara kıymet vermiş olmasına rağmen dogmatik mânada mülkîlik taraftarı telâkki edilemez. Mülkilik esası denilince Devletler hususî hukuku kaidelerinin millî kaidelerden terekkep ve evrensel kaidelerden tecerrüdü keyfiyeti hatıra gelir. (Bu mânadaki mülkiliğe kanunlar ihtilâfı sisteminin *millîliği* de diyebiliriz.

Mesele bu tarzda muhakeme edilirse Yeni Fransız Ekolünün bir çok müelliflerini mülkilik taraftarı addetmek lâzım gelir, zira, bunların birçokları ve başka Bartin ve Lerebours - Pigeonnière, kanunlar ihtilâfı kaidelerinin millî mutalardan neşet etmesi hasebile millî bir mahiyeti haiz olduklarını kabul ederler ve bilhassa M. Lerebours - Pigeonnière *ex lege feranda*, ikametgâh kanununun, millî kanuna ikamesine taraftarlık göstermekle yerli kanuna yani fransız kanununa meylini başka zaviyeden izhar etmektedir.

Mülkiliğin bir diğerr mânası da şudur : hukukî münasebeti doğuran fiilî veya hukukî muamelenin vukubulmuş veya tekemmül etmiş olduğu yer kanununun yetkili sayılmasıdır. De Vareilles - Sommières'in anladığı münada mülkilik budur. Kanunların geçmişe şâmil olmamaları esasına uygun olup, *müktesep haklara* riayeti temin eder. Fakat bir mahzuru varsa o da şudur : hal ve ehliyet gibi devamlı bir hukukî statüye tâbi olmağa muhtaç olan kanunlarda doğrudan doğruya kabili tatbik olmamasıdır. Müktesep haklara riayet esası ahkâmı şahsiyede Bartin'in ancak müteharrik ihtilâflar hakkında vazetmiş bulunduğu esaslar tahtında bir tatbik sahası bulur ve müteharrik ihtilâf konusu doğmadıkça ahkâmı şahsiyenin hangi kanuna tâbi olacağı meselesine cevap vermekten âcizdir. Hattâ müteharrik ihtilâf konusu doğmuş ise bile ancak ahkâmı şahsiyenin hangi kanuna tâbi olacağı keyfiyetinin başka bir esas ile tesbit edildikten sonra, o diğerr esasın neticelerinden bilistifade müktesep haklara riayeti temin eder.

Atfa Niboyet gibi, prensip olarak değil de, çok kere yerli kanunun tatbikine imkân vermesi itibariyle meyyal olanlar için, mülkiliğin bir üçüncü mânası memlekette görülecek dâvalarda yerli kanunlar ihtilâfı sistemi, yerli dahilî hukuku yetkisiz saysa bile, yetkili saymış olduğu

yabancı hukukun kendini de yetkisiz sayması halinde, yerli kanunun yetkisinin avdetidir (*Unilatéralité*).

Mülkiliğin bir diğer tezahür şekli de, ecnebilerin ahkâmı şahsiyesine millî kanunlarını tatbik edecek yerde, memleketteki ikametlerini bahane ederek ahkâmı şahsiyelerini *ikametgâh* kanununa tâbi tutma temayülüdür.

Mülkilik esasının bu muhtelif mâna ve temayülleri arasında müktesep haklara riayet esasına uyan *ancak ikinci mânadaki anlayışdır*. Bunu söylemekle, mülkliğin diğer mânalarının müktesep haklara riayet esasına mugayir olduğunu iddia etmiyoruz.

Mugayir olmadıkları gibi, müktesep haklara riayet esası ile pek âlâ kabili teliftirler de, fakat *müktesep haklara riayet esasının vaz geçilmez cüzünü teşkil etmezler*.

Nitekim yeni Fransız devletler hususî hukuku ekolüne atfı nazar edecek olursak şunu derhal müşahede edebiliriz ki, millîlik, mülkilik ve müktesep hakka riayetskârlık bakımlarından gruplaşmış bulunuyorlar. Bazılarının eserinde her üç temayül bir arada bulunuyorken meselâ : Niboyet ve De Vareilles - Sommières, diğerlerinde yalnız bu meyillerden bir veya ikisi mevcuttur. İkametgâh kanununa olan temayülü de nazarı itibare alırsak umumiyetle millîlikle izah edilmek yoluna gidildiğini müşahede edebiliriz. Halbuki haddizatında ahkâmı şahsiyenin ikametgâh kanununa tâbi tutulması, kanunlar ihtilâfı kaidelerinin evrenselliği iddiası ile telif edilmez değildir.

Şimdiye kadar gördüklerimiz bize şu intibai bırakıyor ki, müktesep haklar, mülkilik esasının modern anlayışının *cüz'ü mütemmimini* teşkil eder. Mülkilik esası müktesep haklara riayetskâr olmazsa, haricî ticaret emniyeti kalmaz, o ticaret emniyetini yeniden kurmak için mülkilik esasının istisnası olan şahsilik esasını aşırı derecede şümullendirmekten başka çare kalmaz. Bu hem gayri ilmî hem de maksada mugayir olur. Bu takdirde haksız fiilin onu ika eden şahsın veya mağdurunun milliye-tine göre bir hükme tâbi olduğu orta çağ hukukuna avdet edilir, hukukî muamelelerin şeklinin tâbi olacağı kanunu *lex fori*'den kurtarmak için ahkâmı şahsiyeden addetmek suretile bile bile aldanmak neticesine varılır.

Müktesep haklara riayet esası mülkilik esasının veçhesini tâyin edince (*lex loci*) nin hâkimiyeti tanınmış olur.

Yalnız gördüğümüz üzere mülkilik esası müktesep haklara riayetten ibaret değildir. Kanunlar ihtilâfı kaidelerinin *millîlik* karakterleri nazarı itibare alınabildiği gibi, yerli kanunun selbî ihtilâf halinde *mütemmim yetkisi* de nazarı itibare alınabilir.

Acaba kanunlar ihtilâfı sistemlerinin millîliği karakteri ile müktesep haklara riayet esası kabili telif midir ?

Ve yine acaba yerli kanunun mütemmim yetkisi müktesep haklara riayet esası ile bağdaşabilir mi ?

Bu iki suale cevap vermek için mülkilik esasına meyyal olan ve kendi kanunlar ihtilâfı sistemlerinin milliliğini terviç eden yeni Fransız Ekolü mensuplarının fikirlerine kısaca atfı nazar eylemek lâzımdır.

Foelix ve De Vareilles - Sommières'in açmış oldukları çığır takip eden veya etmeyen bir çok tanınmış Fransız Devletler hususî hukuku âlimlerinin, kanunlar ihtilâf kaidelerinin evrenselliğine aleyhtar oldukları malûmdur. Bartin'i, Lerebours - Pigeonnière'i ve Niboyet'yi zikretmek kâfidir. Bu müellifler, tetkik etmiş oldukları hukuk branşını millileştirmiş ve bunu sağlamak için üç ayrı yol seçmişlerdir. Kimi Niboyet gibi mülkilik esasına dayanmış, kimi M. Bartin gibi memleketinin Devletler hususî hukuku sistemini kendi iç hukukunun mekanizması olarak görmüştür, kimi de Lerebours - Pigeonnière gibi memleketinin Devletler hususî hukuku sistemini, hem memleketin iç hukukunu tahlilden hem de memleketinin dış münasebetler karşısındaki zaruretlerinin müşahedesinden istihraç etmiştir.

Bu müelliflerin kâffesinin mülkilik esasına meyyal oldukları iddia edilemez. Bilhassa M. Bartin, mülkilik taraftarlarının yaptıkları gibi bir esas kaide ve bu kaideye bir veya iki istisna vazetmeyip, iç hususî hukukun tahlili suretile, dört hususî hukuk müessesesi gurubunu tefrik etmiş ve her birinin durumuna göre şu veya bu kanunun tatbik edileceğini kabul etmiştir. Böylece M. Bartin şu grupları ayırmıştır :

1 — Ferdî iradenin vikayesine ve ferdin ailevî münasebetlerine taallûk eden kısım.

2 — Hukukî mesuliyet, hukukî muamelelerin şekli ve hususî hukuka ait meslekî kaideler kısmı.

3 — Aynî hakların naklinde emniyeti sağlayan hükümler kısmı.

4 — Ferdin mukavelevî taahhütlerinin vüs'ati hakkında iradenin rol oynadığı kısım.

Bunlara sırasile şahsî kanunu, mahallî kanunu, malın bulunduğu yer kanununu ve iradenin seçtiği kanunu yetkili görmektedir.

Görüldüğü gibi esas kaide olarak hukukî muamelelerin tekemmül yeri kanununu nazarı itibare alıp (akitler hakkındaki ahkâmı âmire hakkında da aynî haklara müteallik hükümler hakkında da şekil hükümleri hakkında da) lex loci'yi yetkili kılan tek esası alıp, ancak ahkâmı şahsî bahsinde, o da bir mücamele eseri olarak, millî kanunu tatbik eden De Vareilles - Sommierès'in teorisinden çok farklıdır. Şunu da ilâve edelim ki De Vareilles - Sommierès mücameleye dayanan istisnâî kaidesinden bahsederken, müesseselerin hikmet vücutlarına göre şahsî ahkâmdan

madut olup olmadıklarını araştırması, vakıa mücamelenin lüzum göstermediği hallerde şahsî kanunun tatbikini âmir değilse de, mücamelenin müessir olabileceği sahayı tâyin etmek itibariyle yine rol oynamaktadır. Bu rol mücamele esasını ön plânda bırakmak itibariyle, fiilen evrensellik karakterini haiz olamazsa da, tatbikî bir evrenselliği sağlamıyorsa da *nazarî bir evrensellik sağlamaz mıdır?* İşte burada, yani Fransız Ekolünden M. Bartin'in ve kısmen M. Lerebours - Pigeonnière'in fikri, bir hukukî müessesenin hikmeti vücudunun araştırılmasını yerli hukukun tahlilinden istihraç etmek suretile bir kanuna ayrılan tatbik sahasının mutlak evrensel bir kıstasa bağlılığı icabettirmediğini göstermektedir.

Nitekim, Lerebours - Pigeonnière kanunlar ihtilâfı kavaidinin millîleştirilmesi zımnında hem memleketin dış münasebetler karşısındaki zaruretlerine hem de memleketin iç hukukunun tahlilinden çıkan neticelere dayanmaktadır.

Bu esaslardan istifade ettikten sonra da hukukî müesseselerinin tahlili neticesinde dokuz grup tefrik ediyor :

1 — Emniyet ve asayiş grubu. 2 — Dâvayı rüyet eden hâkimin kanununun tamamlayıcı yetkisi olduğu haller grubu. 3 — Emvale ait hükümler grubu. 4 — Ahkâmı şahsiye. 5 — Miras hukuku grubu. 6 — Hukukî muamelelerin şekline ait hükümler grubu. 7 — İktisadî gayeli mukavele hükümlerine ait kanunî hükümler grubu. 8 — Haksız fiillere terettüp eden hükümler grubu. 9 — Meslekî nizama ait hükümler grubu.

Görüldüğü gibi mücamelenin tatbik edilebileceği saha, kanunların hikmeti vücudunun tahlili suretile tâyin edilmekle elde edilecek neticelerin, nazarî evrensellik kaidelerini haiz oldukları iddia edilemez. Zira tahlilin kendisi millî hukuka istinat etmekle millî karakter taşımaktadır.

Fakat mülkilik taraftarlarının mücamele esasının tatbik sahası dışında bıraktıkları meseleler, yani esas kaideye tâbi meseleler hakkındaki hal çaresinin, yani her hukukî muamelenin tekemmül etmiş bulunduğu yer kanununa tâbi olması esası, evrensel bir mahiyeti haiz olmak iddiasını taşımaz mı ?

Dışta, içte, her yerde ve aşağı yukarı her hususta *lex loci*'yi tatbik eden bir sistem, evrenselliğini iddia etmiş olması ihtimali hiç yok mudur? Kanaatimizce yerli hâdiselere yerli kanunun tatbik edilişi, mülkilik taraftarlarının Devlet istiklâline dayandıkları bir esas olduğu için, evrensel olmak iddiasındadır.

Fakat dışarıdaki hâdiselere *lex fori* yerine, *lex loci*'nin tatbiki bir mücamele eseri midir? Mücamele eseri olduğu takdirde, bu keyfiyet, her Devlet sistemini tanzim ederken serbestçe ayarlıyacağı bir taviz olarak

kalacağına göre, millî bir karakteri haiz olmaz mı? Bu noktalar da hatıra gelir. Fakat yine kanaatimize göre Hollanda inektebi müktesep haklara itibar edilmesini mücamele eseri sayıyorlar idiyse de, Fransız mülkilik taraftarları, De Vareilles - Sommières'in sarîh ifadesine göre *lex loci*'yi ve bu vesile ile müktesep hakların tanınmasını kaçınılmaz bir hukukî mecburiyet olarak, görürler ki, bu itibarla kaide evrensellesir. İşte müktesep haklara riayet esasının Fransız mülkilik taraflarınca hukukî bir mecburiyet halinde belirtilmesi *lex loci*'nin tatbiki kaidesine evrensellik karakterini bahşetmektedir.

Gerek De Vareilles - Sommières, gerek Foelix'te esas kaide mülkilik olduğuna göre ve bu müelliflerde mülkilik anlayışı *lex loci*'yi tatbik etmek şeklinde tezahür edip, bu *lex loci*'yi bir cemile olarak değil de bir hukukî mecburiyet olarak tatbik etmek hususunda taraftarlık edildiğine göre bu mânadaki mülkiliği, millîlikle kabili telif göremeyiz. Burada millîlik varsa ancak hukukun evrensel olması lâzım geldiği kaidesinin De Vareilles-Sommières'in memleketi olan Fransada teamülî bir kaide şeklinde ötedenberi mevcut olduğu iddiası noktasındadır. Bir de beynelmilel bir konvansyonla Fransaya kabul ettirilmek istenen ve ecnebinin millî kanununa çok geniş bir tatbik sahası veren kaideyi red ve bunun yerine *lex loci*'yi ikame etmek suretile bir çok hallerde Fransız kanununun tatbikini sağlamak yine bir bakımdan devletler hususî hukukunun millîleştirilmesinde âmil olmuştur.

Demek oluyor ki, De Vareilles - Sommières kanunlar ihtilâfı kaidesine millî bir menşe vermesine ve o kaide sayesinde millî iç hukukuna geniş tatbik sahası sağlamasına rağmen kaidenin kendisinde olan evrensellik karakterini izale ettirememektedir.

Ve buna rağmen bu sistemin mülkiliği ve müktesep haklara riayetskâr oluşu keyfiyeti müsellemdir. Buradan şu neticeyi çıkarabiliriz ki, mülkiliğin bir cüzü olarak tasavvur edilecek müktesep haklar esası ile kabili telif olan millîlik, ancak kaidenin menşei ve yerli kanuna bıraktığı geniş tatbik sahası itibarile göze çarpan millîliktir.

Mülkilik esası taraftarlarından Niboyet'ye gelince kanunlar ihtilâfı kaidelerine millî bir karakter vermek hususunda kanaatimizce De Vareilles - Sommières'den daha ileri gitmiştir. Zira Niboyet kanunlar ihtilâfı kaidesinin menşei millî teamülden istihraç etmekle kalmayıp; (Unilateralité), tek taraflılık fikrine bağlanmakla, kaideye millî bir karakter tanımıştır. *Lex loci*'ye riayet esasının mantıken her memleketin iç kanununun yetki sahasını tâyin edecek esas olduğunu iddia etmeyip, bilâkis ancak Fransada cereyan etmiş mesaile ve hukukî muameleler hakkında *lex loci*'nin tatbiki hakkındaki kaidenin Fransız kanunlarına yetki saha-

sını tek taraflı olarak tâyin eden bir esas olduğunu iddia ediyor. Diğer memleketlerdeki mesail hakkında oraların *lex loci*'sinin mutlaka tatbik edileceğini iddia etmiyor. O memleketlerin kanunlar ihtilâfı sistemi kendi kanunlarını yetkili görmüyorlarsa dâvanın görüldüğü yer kanununun yetkisi bu boşluğu dolduracaktır. Böylece Niboyet kanunlar ihtilâfı kaide-lerine tamamiyle millî bir karakter vermeğe meyletmektedir. Evrensel olarak kalan şey ancak unilateralité prensipidir.

Niboyet'nin mülkilik esasına, millîlik karakteri ile bağdaştırabilmeğe muvaffak olduğuna kani olabiliriz.

Niboyet'nin görüşünde şu cihet şayanı dikkattir ki, kanunlar ihtilâfı'nın millîlik karakteri müktesep haklara riayet esasına halel getirmemektedir. Hattâ daha evvel gördüğümüz¹¹ bu riyeti daha iyi temin etmeğe müsaittir. Bu istidat belki Niboyet'nin eserinde çok sarîh bir ifadesini bulmamakla beraber tek taraflılık ve müktesep haklara riayet esasının mezcinden tahassül etmektedir.

Filhakika bir hakkın iktisabı için, kendisine vücut veren hukukî muamelelerin tekemmül ettiği yerde muteber bir hukukî muamele telâkki edilmesi lâzımdır. Bu da ancak o yerin kanunlar ihtilâfı sistemi tarafından yetkili sayılacak kanunun (yerli olsun veya yabancı olsun) göstermiş olduğu şartlara riayet edilmiş olmakla mümkündür. Binaenaleyh *lex loci*'ye riayet evvel beevvel bu *lex loci*'yi geniş mânasında, yani o yerin kanunlar ihtilâfı sistemini ihtiva edecek bir mânada anlamak ve ona göre riayet etmek demektir ki, bu suretle hakikaten müktesep haklara riayet edilmiş olup, iktisap edilmemiş haklar müktesep imiş gibi muameleye tâbî olmaz. Mülkilik taraftarlığının en modern ifadesi olan Niboyet'nin görüşünde kanunlar ihtilâfı kaidesinin *tesir* itibarile ülke ile mahdud *kaynak* itibarile millî olduğunu görüyoruz. Hâkimiyet tecavüzünün vukubulması için hiç olmazsa, selbî ihtilâf halinde, ecnebi memleketin kanunlar ihtilâfı kaidesinin *tesir* itibariyle olan rolüne hürmet edilmesinin devletler hukuku vecibesi olduğu ihsas ettirilmektedir. Ancak vücut ihtilâf halindedir ki, ecnebi memleketin kanunlar ihtilâfı kaidesinin tesiri tanınmamaktadır. Fakat iki müstakil memleket arasında mevcut bu vücut ihtilâfta hiç bir memleket diğerine görüşünü zorla kabul ettiremeyip, yine bir hukukî münasebet üzerinde fiilen müessir olan sistem carî olur. Yani Devletlerin ülke aşıcı bir emretme kudretleri varsa da (meselâ tebaalarını ahkâmı şahsiye mevzuunda bağlayabiliriz) asıl icra ve müeyyide imkânları ülke ile mahduttur. Fakat ülke dışındaki tebaasına emreden Devlet bu emrinin

11) Sevig (Vedat); Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XIX, sayı 3-4, sah. 715-718, İstanbul 1953.

tebaasının bulunduğu Devlet tarafından müeyyidelenmesini talep etmez. Böylece bir müeyyidenin tebaanın bulunduğu Devletin, Devletler hususî hukuku sistemine bağlı olduğunu herkes kabul eder. Şu farkla ki, vücutî ihtilâf varsa hukukî münasebeti ihtilâfa mahal vermiş kimsenin bağlı bulunduğu memleketine avdetinde müktesep durumlar nazarı itibare alınmamasına mukabil, ihtilâfın yokluğu halinde veyahut ancak selbî bir ihtilâfın mevcudiyeti halinde mevzuu bahis hukukî münasebet hakkında tekemmül yerinin kanunlar ihtilâfı kaidesi nazarı itibare alınır.

Niboyet esas kaide olan mülkilikte millî menşe aramış, tek taraflılıkla hem hâkimiyetlere riayetkâr hem de kanunlar ihtilâfı sistemlerine millî bir mahiyet tanıyacak bir sistem kabul etmiştir.

Niboyet bununla kalmamış mülkiliğin istisnası olan şahsılık sahasında da yetkili kanunun hangisi olduğunu ve ne derecede tatbik edileceğinin araştırılmasında kendi memleketinin demografik durumunu nazarı itibare alan siyasî mülâhazalara yer vermiş olur.

Bu suretle kanunlar ihtilâfına ait bazı kaideleri siyasî mutalara istinat ettirmiştir. Bu suretle *de lege feranda*, ikametgâhı kanununa taraftarlığını belirtmiş ve hattâ bu bapta Fransız Medenî Kanununun 3 üncü maddesinin tâdili hususunda Fransız Devlteler Hususî Hukuku Komitesi yolu ile hükûmete bir tasarı sunmuştu.

Netice olarak kanunlar ihtilâfı kaidesinin menşei, şümül sahası ve *lex fori*'ye bahşettiği yetki itibariyle millîlik, hem unilateralité'den istifade eder, hem de müktesep haklarla bağdaşmak suretile mülkilik esasını tamamlar.

Ancak şunu kaydetmeliyiz ki, millîlik, bir mülkilik ruşanesi değildi. Zira dogmatik olan mülkiliğin millî bir karakteri oabildiği gib,i tamamiye eklektik olan bir başka nazariye de yine millî bir karakteri haiz olabilir.

Dr. Vedat Raşit Sevig