

## YENİ FRANSIZ MÜLKİLİK DOKTRİNİNİN DOĞURDUĞU MESELELER

Doçent Dr. Vedat Raşit Sevig

*Niboyet'nin atıf karşısındaki vaziyeti ve ehliyet hususunda millî menfaat nazariyesi :*

Atıf meselesi Devletler Hususî Hukuku ilminde bilhassa müellifler arasında gerek nazarî gerek amelî bakımdan ayrılık doğuran mevzulardan biridir.

Atıf meselesi karşısında müellifler dört tarzda hareket edebilirler. Ya onu tamamile reddederler ya münhasıran lex fori'ye yapılan atfı kabul ederler, yahut ta gerek lex fori'ye gerek bir diğer üçüncü memleketin kanununun lehine olan atfı kabul ederler ve yahutta en nihayet münhasıran üçüncü memleket lehine vuku bulmuş atfı kabul ederler.

Eğer atıf sırf lex foriye müteveccih ise ona bir dereceli atıf veya almanca *Rückverweisung*, yok eğer bir üçüncü memlekete de atıf vaki ise iki dereceli atıf veya almanca tâbirile *Weiterverweisung* denir.

İtalya umumî olarak atıf keyfiyetini redde meyyaldır. Türkiyede vazı kanun polîçe teahhüdüne ehliyetinde ve Yargıtay da bir kararında atfı kabul etmiştir.

Fransız Jürisprüdansı netice itibarile hep Fransız hukuku lehine olan atfı kabul etmekle münhasıran bir dereceli atfa olan temayülünü belirtmektedir. Alman hukuku (Alman Medenî Kanununa Giriş Kanununun 27 nci maddesi de) sarahaten bir dereceli atfı kabul etmektedir.

Halbuki aynı Alman kanununun ilk projesi iki dereceli atfı da kabul etmekte idi (Gebhardt tasarısı)<sup>1</sup>.

Münhasıran Weiteverweisung taraftarı olan müellif ise Belçikalı hukukşinas Pierre Wigny'dir (Amerikan Devletler Hususî Hukuku) hakkındaki eserinde (Paris Sirey 1932).

Malûm olduğu veçhile atıf nazariyesi her memleketin kendine mahsus kanunlar ihtilâfı kaideleri kabul edebilmesinden doğmaktadır.

1) Niemeyer : Vorschläge und Materiellen zur Kodifikation des Intern. Privatr. 1895.

Atfı kabul eden nazariyeler umumiyetle kanunlar ihtilâfı kaidelerinin mutlak surette mahallî kanunun hâkimiyetine istinat ettikleri kaziyesinden hareket etmezler. Dâvanın rüyet edildiği memleket kanunlar ihtilâfı kaidelerinin beynelmilel ticaretin zaruretleri icabı bir ecnebi hukukunu salâhiyettar telâkki ettiği zaman bu salâhiyetin sözü geçen ecnebî memleketin kanunlar ihtilâfı sistemine de uyması zarureti doğurduğu esasına istinad etmektedir.

Fakat esas itibariyle bir memleketin kanunlar ihtilâfı kaideleri mutlak surette o kaideleri vazeden memleketin hâkimiyeti ile ilgili telâkki edilince ecnebi memleketin tesiri ile değişmez. Ecnebî memleket lehine bir *tevkil* veya bir *feragat* caiz olamaz. Bu vaziyet Devletler Hususî Hukukuna münafi olur.

İşte burada Niboyet gibi kuvvetli bir mülkîlik taraftarı bir müellif atfa karşı yapılmış bu tenkitleri kabul etmekle kalmayıp yine mülkîlik esasına dayanarak atıf ile temin edilen neticeyi müdafaa etmeğe çalışmıştır.

Tabiatile kanunlar ihtilâfı kaidelerinin yeknesak ve cihanşümül olmalarına taraftar olanlar kendi memleketlerinin sistemini veyahut kendi doktrinlerini en üstün ve en âdil kaideler heyeti mecmuası telâkki ettikleri için bu kaidelerde, mahallî kanun lehine bile olsa dahi bir tek inhirafı kabul edemezler<sup>2</sup>. Niboyet esas itibarile cihanşümül kaideler taraftarı değildir, fakat buna rağmen atfın kendisine muhaliftir. Mamafih atfın neticesine taraftar olmakla ve bir telif imkânını aramakla başka yoldan Lerebours - Pigeonnière'in gayesini gütmüş oluyor.

Atıf nazariyesinin hukukçularını dikkatli davranmağa sevkeden bir keyfiyet var ise o da karşılıklı atıflarla (Jeu de raquette) tenis oyunu vaziyetinin zuhuru tehlikesidir. Bunun klâsik misâli Fransada bulunan bir İngiliz hakkında yetkili olan İngiliz hukukunun kanunlar ihtilâfı sistemine göre ikametgâh kanununu tatbik etmek üzere Fransız hukukunu tatbik edecekse, Fransız hukukunun ihtiva ettiği sistem esas itibarile İngiliz hukukunu yetkili kıldığına göre, fâsid daireyi kırmanın imkânı kalmaz.

Bu fâsid daire bilhassa Westlake'in tezinde mündemiç olabilirdi. Zira Westlake'e göre kanunlar ihtilâfı kaideleri ile dahilî hukuk bir kül teşkil etmektedir. Bu iddia zaten Fransız doktrinine uyabilir şöyleki, Fransız doktrinine göre bir ecnebi kanun yetkili sayıldığı zaman ancak maddî hukuku<sup>3</sup> yani dahilî hukuku yetkili sayar. Ecnebi kanunu bu tarzda

2) Kanaatimizce Lerebours - Pigeonnière'in doktrini cihanşümüllüğe müncer olmasına rağmen atfın neticesi ile bağdaşmayı gaye edinmektedir.

3) Lerebours - Pigeonnière : Précis d. i. p. No. 259. Paris. Dalloz 1948.

yetkili ise ecnebi kanunlar ihtilâfı kaidesini de ihtiva etmesine zarurî bir mâni yoktur.

Westlake daha ileri gidip herhalde bir İngiliz mahkemesinin ancak İngiliz hâkimiyetine tâbi olacağı keyfiyeti esasına dayanarak İngiliz mahkemelerinin İngiliz hukukunu cihanşümül bir surette değil münhasıran İngilterede mukim İngilizler ve ecnebler hakkında tatbik edecekleri esasını ileri sürüp bir nevi feragate müncer olan bir teoriyi ortaya atmış bulunmaktadır. Binaenaleyh eğer İngiltere haricinde bulunan İngilizin ahkâmı şahsiyesi mevzu bahis olursa İngiltereye bilâhare avdetinde müdahale etmeyip Fransa gibi jürisprüdansında atfı kabul etmiş bir memlekette bulunmuş ise ikametgâh kanunu olarak Fransız kanununun tatbik edilmiş olmasına razı olacaktır. İtalya gibi mutlak surette her ferdin millî kanununu tatbik eden bir memlekette bulunmuş ise İngiliz kanununun tatbikine de razı olacaktır.

Vakıa bu tarzı telâkki ecnebi memlekette hak iktisab etmiş olan İngilizlerin durumunu kolaylaştırmaktadır. Fransız klâsik eserlerde muzaaf atıf (ki iki dereceli atıfla karıştırılmamak icab eder) tesmiye edilen bu teori İngilterede «yabancı mahkeme teorisi» namını taşır (Foreign Court Theory).

Kanaatimizce bu teoriyi İngiliz Devletler Hususî Hukukunun esas prensibi olan müktesep hak esasına tamamiyle uygundur, zira ecnebi memlekette iktisab edilen durumlara riayeti istilzam etmektedir.

Bu teori aynı zamanda mülkîlik esasını istilzam etmekle ahkâmı şahsiyeyi İkametgâh Kanununa tâbi tutmaktadır. İkametgâh Kanunu mutlak mülkîlik esasının yegâne istisnasıdır.

Fakat «yabancı mahkeme teorisi» millî kanunu kabul etmiş memleketlere yine kanaatimizce uymaz. Zira bu memleketler, kanunlarını ecnebi memlekette dahi tebaaları üzerinde müessir kılmağa gayret etmektedirler. Hiç olmazsa tebaanın avdetinde bu tesir kendini gösterir, böyleki ecnebi memleket sistemine göre bir kimsenin iktisab etmiş olduğu hal, sözü geçen sistem kendi vataninkine uymazsa nazarı itibare alınmaz.

Niboyet'ye gelince atfı, atıf nazariyesi olarak değil de mülkîliğin bir neticesi olarak kabul etmektedir. Her ne vakit ki Fransız kanunlar ihtilâfı sistemi tarafından yetkili olarak tanınan bir ecnebi hukuku bu yetkiyi reddediyorsa Fransız sistemi ecnebi sistemin tercihinine bakmaksızın otomatik olarak Fransız dahilî hukukunu tatbik etmelidir, şu şartla ki Fransa ile herhangi bir bakımdan ilgisi olan bir hukukî münasebet muallâkta kalmış bulunsun. Bu zaruret, yani Fransız mahallî ve dahilî hukukunu yetkili saymak zarureti görüldüğü üzere âmme intizamından münbaistir<sup>4</sup>.

4) Niboyet. Traité, 3 üncü cilt, No. 1014 ve m. s. 471, 1944. Sirey, Paris.

Niboyet bu hal çaresini kanunlar ihtilâfı kaidesine atfettiği mahiyete istinad ettirmektedir. Niboyet'ye göre kanunlar ihtilâfı kaidesi bir Fransız dahilî hukuk kaidesinin şümul sahasını tayin ve tesbit edebilir, fakat bir ecnebi dahilî hukuk kaidesinin şümulünü tayin ve tesbit edemez. Ecnebi hükmünü yetkili sayarsa, bu keyfiyet bir tekliften ibarettir. Eğer ecnebi kanunlar ihtilâfı sistemi kendi hükmünü yetkili saymazsa, Fransa ile herhangi bir ilgisi olan hukukî münasebet muallâkta kalmağa maruz olduğundan dolayı Fransız dahilî mevzuatı mezkûr hukukî münasebeti tanzim eder.

Eğer hem Fransa, hem ecnebi memleket aynı meselede kendilerini yetkili sayarlarsa Fransız mahkemesi, Fransız sistemini tercihe mecburdur.

Hattâ dâvada iki ecnebi memleketin sistemleri tearuz ederse Fransız mahkemesi, sistemi kendi sistemine en yakın olan memleketinkini seçer. Demek oluyor ki zarureten — ve Niboyet bunu kabul etmiştir — kanunlar ihtilâfı kaidesi daima tek taraflı olmaz, hiç olmazsa muhtelit (mixte) olur.

Fakat herhalde kaideler iki taraflı olamaz. Yani ecnebi sistemine göre bir hukukî durum ecnebi kanununun dahilî ahkâmına tâbi değil ise, o durumu mutlaka sözü geçen ecnebi ahkâmına tâbi tutamayız. Bunu yapmak bir hâkimiyet tecavüzü olur<sup>5</sup>.

Atfî müdafaa için öne sürülen tezlerden biri de ahkâmı şahsiye sahasına münhasır atfî nazariyesidir. Mancini'nin şahsîlik tezinden mülhem olan bu sistemde milletlerin sistem ayrılıklarını gidermeğe gayret ediliyor. Zira esas fikir şahsî ahkâmda millî kanunun hükümlerliliği olduğuna göre icabı halde millî kanunun tebaa için tâbi olacağı diğer bir memleket kanununu göstermesi kabul edilebilir. Şu halde bir yabancı memleketin millî kanununu tatbik etmeden evvel o memleketin kanunlar ihtilâfı sistemine bakmak lâzım gelir. Eğer yetkiyi reddediyorsa tebaasına hangi kanunun tatbik edileceğini tayin keyfiyeti sözü geçen Devletin sistemine aittir.

1930 ve 1931 tarihli poliçe ve çeklere müteallik Cenevre Konvansyonları bir poliçe veya bir çek keşidesi hakkında ehliyeti, millî kanuna veya millî kanunun tayin etmiş olduğu memleket kanununa tâbi tutmaktadır.

Bu nazariyeye karşı Niboyet'nin tenkidi şudur: Beynelmîlel münasebetlerde millî kanunun tefevvukuna dayanan mahdut sahalı atfî nazariyesi mezkûr millî kanunun bu tefevvukunu her sistemde kabul edilmiş farz etmektedir.

5) Niboyet : Cours d. i. p. 1947, Sirey, Paris. No. 391.

Halbuki malûm olduğu üzere koca bir Anglo - Sakson grubu vardır ki, sistemi itibarile millî kanunun rüchanını reddetmektedir.

Nitekim Anglo - Sakson hukukunun cari olduğu memleketler yukarıda sözü geçmiş Konvasiyona iltihak etmemişler.

Bundan başka ahkâmı şahsiyeye münhasır atfı kabul edenler bir tenakuza düşmektedirler. Çünkü Niboyet'nin dediği üzere şahsın statüsü millî kanuna tâbi olacaksa demekki şahsa etnik bakımından en uygun olan kanun odur. Bu kanundan vazgeçilemez. Halbuki bir ecnebi hakkında millî hukukunun tayin etmiş olduğu başka bir kanuna yapılan atfı tanır-sak o ecnebinin etnik cihetten bağlı bulunduğu cemiyetin hukukunu bertaraf etmeğe yardım etmiş olacağız.

#### *Oportünist tarzı telâkki :*

Oportünist tarzı telâkki evvelemirde verilmiş kararın infazı bakımından faydalı bir sistem aramaktadır.

Bu telâkkiye göre bir mahkemece verilmiş kararın tenfiz edilebilmesi için infaz yeri devletler hususî hukuku sistemine uyulmalıdır. Binnetice atfı kabul etmek zaruridir. Halbuki bu noktayı nazar da kabule şayan değildir. Çünkü umumiyetle iki şık ile karşılaşılır: ya tenfiz mahalli, mahkemenin bulunduğu memleket olur. Yahut hukukî münasebetlerin giriftliğinden veya tesadüflerden dolayı tenfiz mahalli sarahaten taay-yün edemiyebilir.

Birinci şıkta hâkimin tenfiz yeri olmayacak bir memleketin sistemine müracaat edişi infazın kolaylığı mülâhazasına istinad edemez. Zira kolaylık aramak lâzım gelse idi mahkemenin bulunduğu ve tenfizin dahi vukubulacağı tek memleketin sisteminden ayrılmamak icap ederdi.

İkinci şıkta tenfiz mahalli önceden kestirilemediğine göre onun sistemini nazarı itibare almak iddiası ile fayda sağlamak bir talih eseri olur. Hasılı Niboyet'ye göre gerek hukuk tekniğine, gerekse fayda düşüncelerine dayanan atfı izah ve müdafaa şekilleri tatminkâr olmamakla beraber elde edilen netice bakımından Fransız Jürisprüdansının tatbikatı isabetlidir. Yalnız onu izah etmek için kanunlar ihtilâfı kaidelerinin tek taraflı oluşları keyfiyetine istinad etmek gerekir.

Şöyle ki; Selbî ihtilâflarda Fransız kanunlar ihtilâfı sisteminin yabancı memlekete vâki yetki teklifi bunun tarafından kabul edilmeyince Fransız kanunlarının Fransız ülkesi üzerinde bulunan şahıslar ve mallar ve cereyan eden hâdiseler ve dâvalar hakkında cari olacağı esasına yani mülkilik esasına avdet edilmelidir.

Zira evvelâ şu noktayı unutmamalıyız ki, bir Devlet kendi yetki sahasının bir başka devlet tarafından tayin edilmesine müsaade edemeyeceği gibi, kendisi de başka Devletlerin yetki sahasını tayin edemez.

Saniyen bir Devletin yetkiyi başka Devlete teklif edip, teklifinin merdud olması halinde hukukî münasebeti kanunsuz olarak bırakamaz.

Salisen Devlet, bu takdirde kendi iç hukukunu tatbik eder. Çünkü Niboyet'nin, mülkilik esasına göre başlıca yetki, Devletin kendi hukukunun yetkisidir. Bir memleket ilk olarak ve imkân dairesinde kendi kanunlarını tatbik etmelidir. Bu tarzı harekette bir inhiraf ancak muhtelif ecnebi memleketlerine, beynelmilel münasebetler uğruna yapılan fedakârlıkları tazammun etmek üzere kabul edilen bazı mevadda mevcuttur. Eğer ecnebi Devlet böyle bir fedakârlığı talep etmiyorsa esas kaideye avdet edilir, yani iç hukuk tatbik olunur. Neticede Niboyet fransız Jürisprüdansının temin ettiği durumu ecnebi devletin emrine itibar edilmesini tasavvura zaruret olmaksızın izah etmektedir.

Niboyet gayet doğru olarak iç hukukun esasî yetkisinin tahakkuku zımında aşağıdaki ihtirazi kayıtları mahfuz tutmaktadır. Lexfori'nin tatbiki için ya mahalli bir menfaatin yahut o mahalde bir malın veya bir şahsın mevcudiyeti şarttır. Zaten bir mahallin kazaî yetkisi olması için bu şartlardan birinin vücudu lâzımdır.

Demek oluyor ki Niboyet'nin ifadesi ile «her ne zaman yetkili olabilecek ecnebi memleket kendisini yetkisiz sayar ve fransız ülkesi üzerinde bir hal çaresine muhtaç menfaatler bulunursa *fransız hukukunun yetkisine müracaat etmek iktiza eder*»<sup>6</sup>.

Niboyet'nin mülkilik esası *burada lex fori* ile fazlaca karışmakta gibidir.

Niboyet'nin De Vareilles Sommierès'in<sup>7</sup> yaptığı gibi atfın tatbik edildiği meselelerde bu atfı münhasıran *lex fori* ye yapıldığı takdirde kabul edişini mülkiliği mutlak mânada anladığına yani adeta D'argentré'ye karşı vuku bulmuş tenkidleri yeniden davet eder bir mutlaklıkla kabul ettiğine delil sayabilir isek de, kanaatimizce hakikatı halde durum başkadır. Filhakika ancak yeni fransız ekolünün anladığı mânadaki mülkiliğin lüzum gösterdiği nisbette *lex fori*'nin tatbik edilip, diğer hallerde esas olan *lex loci*'nin tatbik edildiğini göreceğiz (bilhassa müktesep haklar bahsinde). Netice şu oluyor ki *lex fori* tatbik edildiği zaman haddi zatinde mahkeme yerine tetabük eden yerin kanunu veya *lex loci*'si tatbik ediliyor.

6) Niboyet : No. 498, s. g. eser.

7) De Vareilles - Sommières: Cl. 1900, s. 275.

Bu iddiamızı müdafaa sadedinde şunu hatırdan çıkarmamalıyız ki *lex loci*'nin tatbiki demek bir yerde vuku bulmuş bir hukukî muamele, fiil veya hâdisenin o yerin kanununa (*lex loci*) sine tâbi olması demektir.

Mülkiliğin modern mânası budur. Mülkilikte ahkâmı şahsiye bir istisna teşkil eder. Eğer millî kanun lehine yapılmış olan istisnayı ecnebinin tebaası bulunduğu memleket kabul etmiyorsa yani ikamet memleketine atıfta bulunuyorsa iki şık vardır.

1 — Niza henüz iktisab edilmemiş bir hak etrafında cereyan etmektedir ve dâva nerede cereyan ediyorsa oranın esas kaidesi olan *lex loci* avdet eder. *Lex loci*, hukukî muamelenin yapıldığı yer kanunu olacağına göre ve burada henüz iktisab edilmemiş olan hakkı doğuracak hukukî hâdise dâvanın cereyanı ile sıkı münasebette olduğuna göre *lex loci* olarak *lex fori*'nin tatbik edilmesine şaşmamalıyız.

2 — Fakat iktisap edilecek bir hak olmayıp ta, müktesep bir hak mevzu bahis ise bu sefer mahkeme, ecnebi tebaasının mensup olduğu memleketin bir üçüncü memleket hukukuna yaptığı atfı (esas mülkiliğe uyması) şartı kabul edebilir. Meselâ Fransız hükmü, bir İngilizin Brezilyada oranın hukukuna göre iktisap ettiği ve İngilterenin de tanıdığı evlilik durumunu İngiliz âdetlerine uymuyor diye reddedemez<sup>8</sup>.

Lerebours - Pigennière'in izah tarzı bu bapta Niboyet'ninkinden pek farklı değildir. Nitekim M. Pigennière'e göre Fransa hal ve ehliyeti şahsın millî kanununa tâbi tutmakla beraber tebaası hakkında bu teşrii yetkiyi reddeden memleketi zorlamak istemeyip, ikinci bir kaide ile, tamamlayıcı (*subsidaire*) bir kaide ile Fransız dahilî hukukuna yetki vermektedir.

Böylece ecnebi memleketin kanunlar ihtilâfı sistemine Fransanın ittiba etmesi mevzu bahis olmadan atıf tahakkuk etmiş oluyor<sup>9</sup>.

Velhasıl burada ya Fransız kanunlar ihtilâfı sisteminin tatbiki veya hut selbî bir ihtilâf doğurması halinde yine Fransız kanunlar ihtilâfı sisteminin tamamlayıcı zımnı kaidesini tatbik etmek şıkları vardır.

Niboyet'ye göre bu izah tarzının tek kusuru ihtiyaca göre uydurulmuş bir nazariye oluşudur<sup>10</sup>. Zira böyle bir tamamlayıcı kaideden Fransız teamülünde eser yoktur. Kanaatimizce Lerebours - Pigennière'e karşı Niboyet'nin ileri sürmüş olduğu bu tenkid kabule şayan değildir. Çünkü bizzat kendisi bir esas yetkinin avdetinden bahsediyordu. Bu esas yetki

8) Niboyet. Cours, No. 450, 452, 459, 469 ve bilhassa 438 ve 453. Evvelki yazımız Mülkîlik esası ve müktesep haklar (giriş).

9) Lerebours - Pigeonnière : Précis, No. 259.

10) Niboyet : No. 497.

ise bizce *lex fori*'nin yetkisi olup ta D'argentré zamanına kadar tarihî kaynaklara dayanan bir esastır ki tam mânasile bir tamamlayıcı kaidedir.

*De Vareilles - Sommierès ve Niboyet:*

Niboyet'nin tek taraflı veya muhtelit mahiyette kanunlar ihtilâfı kaidesi esasından neş'et eden ve *lex fori*'ye önemli yer bırakan tek dereceli atıf nazariyesini gördükten sonra yeni mülkîlik ekolünün öncüsü ile en son müfrit taraftarı arasında bir mukayese yapmak lâzım geldiğine göre, şu neticeye varıyoruz ki ahkâmı şahsiye cihetinden De Vareilles - Sommières'in millî kanuna bağlılığına mukabil Niboyet'nin ikametgâh kanununun tatbikini temenni etmesine rağmen, ve birincisinin kanunların hikmeti vücudünden mülhem olmasına mukabil ikincisinin siyasî düşüncelere istinat etmesine rağmen atıf bahsinde birleşiyorlar, zira De Vareilles-Sommières Lerebours - Pigeonnière ve Niboyet gibi muntazar haklar için ancak *lex fori*'ye vuku bulacak atfı kabul etmektedir, atıf haddi zatında bir 3. cü memleket lehine vuku bulmuş olsa bile <sup>11</sup>.

*Atfın topyekûn reddi:*

Kanunlar ihtilâfı kaidelerinin esas temellerini mevzu bahis ettiren bir mevzu olan atıf hakkında İtalya ve Romanya mahkemelerinin tuttuğu yol atfı topyekûn reddeden ibarettir.

Filhakika atıf meselesi subjektif hakkın mahiyetini araştırmağa bile müncer olur. Bir tek misal bunu belirtmeye kâfidir. Niboyet selbî ihtilâf halinde, hukukî münasebetin *apatride* (Vatansız) kalmasından bahsediyor. Demek oluyor ki, bir hukukî münasebetin bu durumdan kurtarılması için şu veya bu sisteme göre ilgisi mutasavver olan kanunlardan birine bağlanması iktiza ediyor. Bu keyfiyet, hakları kanunların eseri olarak addetmeğe müncer olmuyor mu? Diğer taraftan anglo-sakson nazariyelerinin Devletler Hususî Hukukunun esaslarını hâkimiyet mefhumu ile telife çalışırken müktesep haklara riayet esasını kabul ederek bu esası müdafaa zımında kanunların mülkî, fakat hakların cihanşümül veyahut daha doğrusu seyyar (bir yerden ötekine intikal edebilen = Transitory) oldukları iddiası vardır. Pozitif hukuk felsefesi nazariyeleriyle tabii hak taraftarlarını ayıran bu tarzı telâkkilere mukabil atfı red veya müdafaa sadedinde gayet amelî mülâhazalarla karşılaşılır. Meselâ Batiffol atfı müdafaa ederken tarafların da menfaatlerine uygun olduğunu iddia ediyor. Şöyleki, verilmiş kararın, alâkadar şahsın vatanında da tanınacağını mülâhaza etmektedir.

11) Evvelki yazımız, s. 24.



Buna mukabil Wigny, alâkalı memleketler mahkemelerinin aynı mealde ilâm vermeleri ihtimalinin ancak iki dereceli atıfta mevcut olduğu neticesine vardığı için bir derecelisine taraftar olmuyor.

Bu meselenin haddi zatinde müktesep haklar mefhumu ile hallolunabileceğini Niboyet'nin tezini anlatırken söylemiştik. Zira her iki memleket mes'eleyi aynı zamanda nazarı itibare almıyor.

Biri meseleyi iktisab edilecek bir mesele olarak ele alırsa, diğeri ancak sonradan verilmiş ilâma göre müktesep hak olarak nazarı itibare alacaktır.

Ecnebi kanununu her iki memleketde karşılıklı olarak bir emir mahiyetinde değil de bir vakıa halinde nazarı itibare alacaklarına ve ecnebi kanununa ecnebi devletler hususî hukuku sistemini katacaklarına göre, fakat tabiatile ecnebi hukuku vakıasını ancak istedikleri şümul dairesinde tatbik edecekleri için, her mahkeme ecnebi memleketin atfını hakkın iktisap derecesi nisbetinde alır veya reddeder. Hakkı iktisab safhasında hâkim kendi atıf usulünü tatbik etmekle beraber ecnebi kanununun aynı meseledeki kaidesini — fasit daireye düşmemek için — nazarı itibare almaz. Bunda muhtardır; çünkü kendi hukuku ile ecnebi hukuku arasında mahiyet farkı vardır. Birincisi emirdir. İkincisi takdire bağlı bir vakıa.

Müktesep hak safhasında ise dâvalı veya dâvacının vatanındaki hâkim ilk memleketteki ilâma müstenid müktesep durumu tanıyabilmek için mezkûr ilk memleketin sistemini yine bir vakıa olarak alır, fakat bu sefer o sistemin atıf hakkındaki hükmünü hesaba katmak suretile. Böylece atıf nazariyesi Devletler Hususî Hukukunun temel mefhumlarına uymak şartile selbî ihtilâflarda gerek bir derecedeki, gerek iki derecedeki atıf bahislerinde ihtilâfları yeknesak kararlara bağlamak kudretini haiz olur. Yalnız mesele, atfın haddizatında temel mefhumlara tetabük derecesidir ki, bunu ileride tetkik edeceğiz.

Türk sistemine gelince, müellifler atfı red hususunda âdeta birleşmiş gibidir. Sayın hocamız Ordinarsyüs Profesör Mustafa Reşit Belgesay ile Prof. O. F. Berki atfın lehindedir.

Sayın hocamız Ordinaryüs Profesör Mustafa Reşit Belgesay'ın kanaatleri şu sarıh ifade ile belirmektedir: «Türk Ticaret Kanunu hükümlerine kıyasen bir dereceli atfı ve her halde ecnebi kanununun Türk kanununa yaptığı atfı kabul etmelidir»<sup>12</sup> diyorlar.

Şunu derhal ilâve edelim ki malûm olduğu veçhile ticarî senetler bahsi, La Haye Kongresi kararlarının tercümesi olup, elyevm mer'î olan

12) Belgesay (Mustafa Reşit): Devletler Hususî Hukukunda Adliye, 1937, s. 48.  
O. F. Berki: Devletler Hususî Hukuku, s. 213.

Ticaret Kanunumuzda yer almış bulunmakta ve bu ise atfı kabul eden Türk mevzuatının yegâne vesikasını teşkil etmektedir.

Atfın bu vesikada iki dereceli olduğuna dair sayın hocam Abdülhak Kemal Yörük'ün mütalealarına <sup>13</sup> iltihak etmekteyiz.

Hattâ burada bir ve iki dereceli atıfları dahi tamamlayan bir kaide vardır ki, La Haye Kongresinde mühim rol oynamış olan Almanyanın hukukî tesirinin gayet mantıkî, pratik, ve zarurî olan neticesidir: o da atfı kabul eden mezkûr maddenin son fıkrasında beyan edilmiştir. Ek kaideye göre ticarî senet imzalamak hususundaki ehliyet bir şahsa ne millî kanununca, ne de ikametgâhı kanununca tanınmamışsa, bu şahıs taahhüdün vaki olduğu memleket mevzuatına göre ehil sayılabilecekse bu hususta ehil sayılacaktır.

Lex fori netice itibarile yetkili kanun olarak hem millî kanunu, hem de taahhüd yeri kanununu gösteriyor. Binaenaleyh iki ihtimali de kabul ediyor. Üstelik te tayin etmiş olduğu millî kanunun göstereceği memleket kanununu da yetkili sayıp bir ve iki dereceli atıfları da kabul ediyor. Bu izahımızdan maksat bu derecede geniş bir kaidenin diğer hukuk sahalarında doğacak ehliyet müteallik kanunlar ihtilâfının halli millî kanun ile yalnız bir dereceli atfa münhasır olamayacağını göstermektir. Bu neticeyi Sayın Hocamız Abdülhak Kemal Yörük'ün eserinde de görüyoruz ki atıf Türk sisteminde kabule şayan ise hem bir, hem de iki dereceli olmak üzere kabul edilmelidir. Fakat burada mes'ele biraz nazikleşiyor. Zira bir taraftan Ticaret Kanununun sözü geçen maddesi, diğer taraftan o kanunun kabulünden evvel aktedilmiş Lozan muahedesine merbut mukavelelerden ikamet ve adlî salâhiyete müteallik mukavelelerin 16. cı maddesi <sup>14</sup> ve en nihayet, alelâde ecnebilere şamil olan 1330 tarihli Türkiyede mukim tebaai - ecnebiyenin hukuk ve vezâifine müteallik kanunu muvakkat vardır.

Bunlardan birincisi yani Ticaret Kanununun sözü geçen metni, sisteminin tevsii zımında hiç bir işareti ihtiva etmediği gibi bilâkis sisteminin sırf ticarî senetlere münhasır olacağını ihsas ediyor. Nitekim şu tarzda kaleme alınmıştır: «İkinci fıkrada muayyen kanuna nazaran haizi ehliyet olmıyan bir şahıs taahhüt altına girdiği memleket kanununa nazaran haizi ehliyetse taahhüdü muteber olur». Bu hususta Sayın Hocamızın <sup>15</sup> kıymetli fikirlerine iltihak ediyoruz.

13) Yörük (Abdülhak Kemal): Nazarî ve ameli devletler hususi hukuku, 1950, s. 126 (atıf bahsi).

14) Yörük: s. g. eser: aynı sahife.

15) Lozan muahedesine bağlı ikamet ve adlî salâhiyet mukavelesinin yürürlükten kalkmış olduğu beyandan müstağnidir.

Yalnız şunu da ilâve etmeliyiz ki, atfı ticarî senetler haricindeki hususî hukuk mesailinde reddetmek için Türk mevzuat ve muahedatının zımnen bu red keyfiyetine tevessül ettiklerini tesbit etmek şarttır.

Muahedata gelince, bunların 1926 dan önce akdedilmiş olanlarıyla sonra tanzim edilmiş olanlarını ayırmak lâzımdır. İlk andlaşmalarda hep Türkiye mahkemelerinin âkid devletler tebaasına ait ahkâmı şahsiye dâvalarını rüyete tarafların birrıza müracaatları üzerine salâhiyetli bulunduğu hallerde bu hususta bunların millî kanunlarını tatbik edeceği musarrahtır.

Bu vaziyette atıf nazariyesinin dolambaçlı yolu ile mahalli kanunu millî kanun yerine ikame edemedik. Burada iki sual akla gelebilir:

1 — Bugün bu siyaset demografik durumumuza uygun mudur?

2 — Lex foriye avdeti kabul etmesek te iki dereceli atfı kabul edemez miyiz?

Birinci suale cevabımız şudur ki, her ne kadar henüz nüfusumuz memleketimizin mesahayi sathiyesine nispetle az ise de, nüfus artış nispetinin ümit verici olması kendilerini temmessül etmek üzere ecnebi işçi kütlelerini celbetmemiz mevzu bahis değildir. Celbetmemiz zarurî olsa bile, muvakkat bir zaruret olaçağı cihetle o kütlelerin hodbehod türkleştirilmesi daha doğrusu Türk tâbiyeti ile techiz edilmesi stratejik, coğrafî ve siyasî mevkiimiz ve vaziyetimiz itibarile yersiz olur. Binaenaleyh geopolitik mülâhazalarla ecnebileri kendi an'anelerinden fazlaca ayırmamak mahzurlu değildir; mademki onları ciddî bir tetkike tâbi tutmadan Türk vatandaşlığına kabul edemeyiz.

Halbuki malûm olduğu veçhile ecnebiyi an'anelerinden ayırmanın bir çaresi onu oturduğu yer kanununa tâbi tutmak ve bu meyanda atıf nazariyesinin dolambaçlı yolundan istifade etmektir.

Neticede bu siyaset, durumumuza uymaktadır.

İkinci suale gelince, münhasıran millî kanunu kabul edişimiz ilk andlaşmalardaki taahhüdümüz icabı idi. Şunu kaydetmeliyiz ki kendi sistemi icabı ikametgâh kanununa taraftar olan İngiltere bile Türkiyedeki tebaasının millî kanunlarına tâbi olmalarını şart koşanlar arasında yer aldığına göre herhalde Türkiyedeki İngilizlerin İngiliz iç hukukuna tâbi olmalarını istemişti. Şu halde yabancı memleketlerde mukim olan İngilizler hakkında ikametgâh kanununun tatbikini kabul eden İngiliz sistemine bu keyfiyet bir istisna teşkil ediyordu. Mademki Türkiyede doğacak bir hak için İngiliz dahilî hukuku mutlak surette tatbik edilecekti, artık atıftan bahse mahal kalmazdı. Şu kadar ki bir ihtimali de dikkatten uzak

tutmamak icabeder. Bir İngilize ait dâva bir üçüncü memlekette, meselâ Hollandada zuhur edip bir ilâma raptolunsaydı, İngilterece yetkili kanuna göre iktisab edilmiş olan hak yüzünden çıksaydı, böyle bir hakkı tanımamız İngiliz dahilî hukukunu mutlaka tatbik etmek mecburiyetile bir tenakuz husule getirmektedir.

Açıkça bir dereceli atıfla Türk mevzuatının tatbik edilmesi ihtimalini reddeden mümzi Devletin, iki dereceli atıfla bir üçüncü yabancı Devletin mevzuatının tatbikini kabul etmesinin bir tenakuz teşkil ettiğini söylemeliyiz.

Tabiatile biz Büyük Britanyanın millî kanununu tatbik karara verirken sözü geçen Devletin dahilî vaziyetini nazarı itibare almağa mecburuz. Yani İskoçyada ikamet eden bir İngiliz veya bir Galli veya bir İskoçyalı karşımıza çıkarsa, onlar hakkında İskoçya hukukunu tatbik etmeliyiz. Burada Britanyanın eyaletleri arasındaki kanun ihtilâflarını halle yarıyan kaideleri tatbik etmiş oluyoruz. Her ne kadar bu kaideler Britanyanın devletler hususî hukuku sistemine uymakta ise de bu sistemi ancak dahilî sahada yani eyaletler arası ihtilâfları hakkında tatbik etmekteyiz. Çünkü bu son keyfiyet bir zarurettir: Hukukunu tevhid etmemiş bir memleketin millî kanununu tatbik etmek mevzu bahis olursa ilk olarak eyaletler hukukunun yetki sahalarını tayin eden kaidelere uymak şarttır. Bu demek değildir ki o memleketlerin ihtilâfı kavanine müteallik kaideleri bütün şümulleri ile ele alıp bir eyaletten bir diğerine olmayıpta bir eyaletten bir diğer ecnebi Devlete olan atıflarını kabul etmek lâzım gelsin.

Atfı reddeden bir memleket hukuk vahdetinden mahrum bir memleketin ihtilâfı kavanin kavaidinin ancak dahilî mevzuatına müteallik yani eyaletler arası hukuk farklarına müteallik kaideleri nazarı itibare alabilir ve almalıdır da.

Şimdi geriye kalan başka bir ihtimali ele alalım: Türkiye ile millî kanununun tatbikine mütedair bir muahede aktetmemiş olan memleketler meselesi. Bu takdirde münasebata hâkim olan bir kanunî metnimiz vardır ki, o da malûm olduğu üzere el'an mer'iyette olan<sup>16</sup> ecnebilerin hukuk ve vezaifi hakkındaki kanunu muvakkattır. Bilhassa dördüncü maddesinde ahkâmı şahsiyeye müteallik mesailin tarafların millî kanunlarına tâbi olacağını beyan etmektedir.

Ancak madde, kanunlar ihtilâfı halinde devletler hususî hukuku kaidelerinin tatbik edileceğini, ilâve etmektedir. Tabiatile bundan maksat tarafların ayrı memleketlerin tebaası olmaları ihtimalidir ki bu halde birinin millî kanununun tatbikî, diğerinin millî kanununun ahkâmını

16) Seviğ (Muammer Raşit): Türkiye Cumhuriyeti kanunlar ihtilâfı sentezi. 1940.

uzaklaştıracağına göre bunlardan birinin tercihi devletler hususî hukuku ilmine müstenit olmalıdır.

Nitekim taraflardan biri Türk ise bir çok memleketlerin sisteminde olduğu gibi kendi kanunumuzu tercih yolunu ihtiyar ediyoruz. Bunun gibi tarafların her ikisi ecnebi olmakla beraber ayrı ayrı tâbiyetlerde iseler yine ahkâmının mahiyetine uyması melhuz bir tercih ameliyesine tevessül edilmektedir<sup>17</sup>.

Fakat bu hüküm acaba aynı zamanda atfın kabulüne açık kapı bırakmıyor mudur? İşte bu son ihtimale karşı ilk olarak Profesör merhum Nusret Metya'nın sarîh ifadesini nakletmemiz gerekir: «Kanunumuzda<sup>18</sup> hukuku hususiyei düvel kavaidine tevfikân muamele olunacağı tasrih edilmiş olmasına ve atıf nazariyesi hakkında, balâda beyan olduğu üzere, takarrür etmiş bir hukuku hususiyei düvel kaidesi mevcut bulunmamasına binaen mahakimimizin bu gibi hususatta içtihat edecekleri atiyen malûm olacaktır»<sup>19</sup>.

Kanaatimizce yukarıda beyan ettiğimiz üzere geopolitik mülâhazayı unutmamak gerekir. Maamafih muvakkat kanunun dördüncü maddesindeki devletler hususî hukuku kaideleri atıf kaidesine yer verip vermediğini araştırmamız lâzımdır.

İlk olarak şu tefsiri ileri sürebiliriz ki, «atfı doğuran şey, kanunlar ihtilâfına ait kaideler arasındaki ihtilâf»<sup>20</sup> olduğuna göre muvakkat kanundaki ibare ile ilgisi yoktur. Zira maddede iki millî kanun (dahilî kanun mânasında) arasındaki ihtilâf kastediliyor.

Her ne kadar bu müşahede kanaatimizce Türk sisteminde atfı reddetmeğe kâfi gelmekte ise de Yargıtayımız ticarî senetlerde atfı kabul eden kanun hükmünü sair hallere de teşmil etmiş bulunmaktadır.

Maamafih burada atfı reddeden nazariyeye münhasıran Türk sistemi bakımından ele aldık. Halbuki bir fikirde olanlar Türkiyenin geopolitik, ahdî ve kanunî bakımlardan tâbi olduğu tesirlere tâbi olmıyan memleketlere mensup hukukçular olup daha nazarî sebepler ileri sürmektedirler.

Bu red sebeplerini üç nokta etrafında toplayabiliriz:

1 — Ecnebi kanun yetkili sayıldığı zaman bu yetki münhasıran ecnebi memleketin iç hukukuna aittir. Aksi halde hem yargıcımız ecnebi

17) Seviğ (Muammer Raşit): Devletler Hususî Hukuku, ve Yörük (Abdülhak Kemal): s. g. eser, ahkâmı şahsiye bahisleri.

18) Ecnebilerin Hukuk ve vezaifi hakkındaki muvakkat kanun.

19) Nusrat (bey): Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1917, sayı 9. s. 718 (Prof. Abdülhak Kemal Yörük'ün s. g. eserinden naklen, s. 145).

20) Seviğ (Muammer Raşit): Devletler Hususî Hukuku, 1 inci cilt, 2 nci bası 1947, s. 324.

vazı kanunun kabul etmiş olduğu sisteme uymağa mecbur olur, hem de bir fasit daireye düşülmüş olur. Zira ecnebi kanunu, ecnebi kanunlar ihtilâfı sistemini dahi ihtiva eden bir kül tasavvur edip onun bize yaptığı atfı kabul edersek, mantıkan onun hukuku da atıf nazariyesini doğruluğu hasebile kabule mecbur olduğuna göre, bizim kanunumuza yapılan atıf hem iç hukukumuza, hem de, sistemimize vâki olmuş olur, sistemimiz ise yeniden ecnebi kanununu yetkili sayacaktır.

2 — Kendi sistemimizin yabancı kanununu tatbik etmek hususunda ecnebi kanunundan daha müşkülpesent olmaması zarureti ise ecnebi kanununun tatbikinin sırf ecnebi hâkimiyetine karşı mücamele esasına dayanan bir muamelede bulunmak gayesine matuf olduğu kanaatini haklı olarak uyandırır<sup>21</sup>.

3 — İnfaz bakımından da Niboyet'yenin tenkitlerini, yukarıda oportünist nazariyeye karşı nakletmiş olduğumuz mütaleasını hatırlamamız kâfidir.

Atfı topyekûn reddeden nazariye tabiatile atfın sırf neticelerini dahi olsa bir kısmını kabul eden nazariyeleri de kabul edemez. Bu bakımdan Lerebours - Pigennière'in fikrini atfın neticesi vasıtasile millî kanunun yerine ikametgâh kanununu ikame etmek kaygusuna hamletmek mümkün olduğu gibi gerek Niboyet'nin ve gerekse yine Leberours - Pigennière'in fikirlerini fransız mahkemelerinde kabul edilen atıf hâdisesini itirazlardan kurtarma gayesine hamletmek mümkündür<sup>22</sup>.

*Niboyet'nin atıf hakkındaki görüşüne ait netice:*

Niboyet'nin nazariyesinde lex fori'nin tatbiki şeklinde görünen atıf haddizatında lex loci'ye mantıkî olarak avdet etmektedir. Yalnız doktrininde merdud görülen bu nazariyenin başka şartlar altında şayanı kabul olması mümkündür.

Nitekim polîçe hususunda biz de onu kabul ettik.

Bu tetkikat bize şunu göstermiştir ki tek taraflılık Niboyet'nin doktrininde atıfla sıkı sıkıya bağlıdır, ileride tek taraflılık mefhumunu tetkik edeceğimize göre atfa hakikatı halde mesned teşkil edebilip edemediği hususundaki kanaatimizi izhar etmek fırsatını bulacağız.

Şimdilik Fransız Jürisprüdansında millî kanunun tatbikinin lex fori lehine olan bir beşinci istisnayı zikretmemiz lâzımdır. Bu istisna ecnebinin ehliyeti bahsinde millî menfaat teorisiidir.

21) Seviğ (Muammer Raşit): s. g. eser, s. 328.

Ligeois: cl. 1903 ve 1904, s. 1 ve 551.

22) Seviğ (Muammer Raşit): s. g. eser, s. 330 ve 331.

*Millî menfaat nazariyesi:*

Devletler hususî hukukunda fazlaca şümüllü görünen bu ifadenin mânası gayet mahduttur. Zira mevzuu münhasıran, bir memlekette vatandaşların ecnebi bir Devlet tebaasile hukukî bir muameleye tevessül-leri halinde ecnebinin kendi millî kanununa tevfikân rüşt yaşına erişmiş olmasından haberdar olmamaları halinde zarara düçar olmaları durumuna karşı mezkûr ehliyetin o memleketin kanununa göre taay-yün etmesidir.

Fransız Jürisprüdansında mevcut olan bu istisnaya klâsik misal Lizardi dâvasıdır.

Dâva şu idi: 22 yaşındaki bir Meksikalı, Meksika kanununa göre rüşt yaşına erişmiş sayılmamasına rağmen Pariste mücevherat satın aldıktan sonra taahhütlerinden sıyrılmak istemiştir. Fransız Yargıtayı<sup>23</sup> 16 Ocak 1861 tarihli kararı ile Meksikalının taahhütlerinden sıyrılamıyacağına karar vermiştir.

Esbabı mucibe iki yönden ileri sürülmüştü. Evvelâ, Fransada bulunan fransızın diğer milletlerin kanunlarını bilmeğe mecbur olmadığını belirtmek için akitlerin sıhhati için onun ciddiyetle, ihtiyatla ve iyi niyetle hareket etmiş olması kâfi geldiği kabul edilmişti.

Saniyen, Lizardi'nin bu mücevherattan istifade etmiş olduğu keyfiyeti tesbit ediliyordu.

Binaenaleyh karar hem Fransadaki fransızın ecnebi kanunlarını bilmeğe mecbur olmayışı esasına, hem de haksız yere mal iktisabı nazariyesine dayanmakta idi.

Niboyet, bu karar ve buna mümasil olan bir diğer karar<sup>24</sup> için ikinci esası tercih etmekle beraber bir başka mefhumdan da istifade edilebileceğini söylemektedir. Bu mefhum fransız Medenî Kanununun 3. cü maddesinde zikredilen *emniyet ve asayiş* mefhumudur. Niboyet'ye göre, ticaretin icapları, karşı âkidin ehliyeti hakkında tahkikatta bulunmağa vakit ve imkân bırakmadığına göre, âkitleri sürprizlerden korumak için yapılacak şey mes'eleyi bir emniyet ve asayiş meselesi addetmektir. Tabiatile bunu gündelik hayatın hukukî muamelelerine inhisar ettirmek lâzımdır.

Böylece haksız yere mal iktisab vuku bulmamış olsa dahi, ecnebi ile akitte bulunan şahsın ciddiyetle ve hüsnüniyetle hareket etmiş olduğunu tahkike hacet kalmadan bu kabil akitler için ehliyet in'ikad yeri kanununa tâbi olur. Bu yetki tamamıyla normal bir yetki halini alır.

23) Recueil periodique, Sirey. 1861, s. 305.

24) Recueil Periodique Dalloz, 1892, s. 29. (Cass. cic. 23 Şubat 1891).

Kanaatimizce burada Niboyet'nin noktai nazarı Fransız Jürisprüdansın-  
kinden ayrılmaktadır. Zira günlük muamelâta bulunma ehliyetini bir  
emniyet ve asayiş hükmü olduğu düşüncesile *lex loci contractus*'e tâbi  
tutarsak bu kaideyi ne hataya düşen tarafın *dikkat derecesine*, ne de onu  
hataya düşürenin bir menfaat elde etmiş olup olmamasına bakmaksızın  
tatbik etmek iktiza eder.

Halbuki Fransız Jürisprüdansı hatanın hem ağırlığına bakmaktadır  
hem de netice itibarile haksız yere mal iktisabı esasını tatbik etmektedir.

Bizim kanatimizce gerek Lizardi dâvası için olsun gerek onu  
tâkib eden mümasil dâvalar için<sup>25</sup> olsun Fransız Jürisprüdansı Niboyet'-  
nin teklifinden ayrı bir yol takib etmiştir.

Zira jürisprüdansın ecnebiyi yine ehliyetsiz sayıp zarardide olan  
şahsi şu veya bu esasa dayanarak bir tazminattan istifade ettirmek  
yolunu ihtiyar etmekte olmasına mukabil Niboyet millî kanuna nazaran  
küçük olup Fransada reşit zannolunabilen ecnebinin icazetsiz yapacağı  
hukukî muameleleri iki kısma ayırmaktadır: gündelik hukukî muamele-  
ler ve saniyen daha önemli olan hukukî muameleler. Birinciler için  
ecnebinin millî kanununun tayin ettiği rüşt yaşı Fransız Medenî Kanunun-  
ca muayyen olan rüşt yaşını aşıya bile millî kanun terkedilip mahallî  
kanun tatbik edilmek suretile sözü geçen hukukî muameleleri muteber  
addetmek iktiza eder.

Görüldüğü üzere bu durum haksız yere mal iktisap keyfiyetinden  
ayrılmaktadır. Zira akit muteber olup diğer taraf vecibesini yerine  
getirmiş ise borçlu taahhüdünü yerine getirmek mecburiyetinde kalır.  
Meğer ki alacaklısı başka bir hal suretile, meselâ bir tazminat ile iktifa  
etsin.

Demek oluyor ki gündelik muamelâtı hukukiye için Niboyet, mahallî  
veya millî kanundan hangisi kişiyi daha erken reşid kılıyorsa, rüşt yaşını  
o kanuna tâbi tutmaktadır.

Daha önemli hukukî muameleler için ise tabiatile millî kanunu kabul  
etmektedir.

Görüldüğü üzere Niboyet'nin bu görüş tarzı Alman Medenî Kanununa  
Giriş Kanununun 7 nci maddesindeki esasa uymaktadır. Fakat şu farkla  
ki Alman metninde millî kanuna karşı derpiş edilen istisna daha şümüllü  
olup ahkâmı şahsiye ve hukuku ailenin dışında kalan bütün muamelâtı  
hukukiyeyi ihtiva etmektedir.

Nitekim sözü geçen madde ehliyetin esas itibarile millî kanuna tâbi  
olacağını kabul ettikten sonra, millî kanunlarına göre ehliyetsiz sayılıp

25) D. 1892, s. 29, Cass. Civ. 23 Şubat 1891.



Alman hukukuna göre ehil sayılanların hukukî muameleleri vücuda getirmek ehliyetinin hukuku aileye müteallik olmamak şartile alman hukukuna göre taayyüm edeceğini beyan etmektedir.

Durum böyle olunca Niboyet'nin millî kanuna karşı ileri sürmüş olduğu bu istisnanın tek taraflılığa bir misal teşkil edip etmediği keyfiyetini araştırmamız gerekir. Zira bir yandan Niboyet müphem bir ifade ile günlük muamelâta ehliyet hususunda mülkî esasa dayanan in'ikat yeri kanununa normal yetki tanımaktadır. Diğer yandan bu yetkinin mezkûr ehliyete müteallik ahkâmın emniyet ve asayiş hükümlerinden münbais olduğunu beyan ediyor. Halbuki emniyet ve asayiş hükümlerinin umumî kanaat hilâfına tek taraflı bir yetkiyi haiz olduğunu ifade ediyor<sup>26</sup>.

Buradaki güçlük şundan doğmaktadır ki evvelki ifadesinde Niboyet'nin iki taraflılığa meyledeceği zannolunabilirdi. Fakat büyük hukukçunun emniyet ve asayışe müteallik ahkâmı tek taraflı sayması meseleyi halletmektedir.

Binaenaleyh ecnebi memlekette mün'akit bir muamele için eğer muamele Fransız hukukunca daha doğrusu hâkimleri tarafından gündelik muamele mahiyetinde sayılıyor ve taraflardan biri bir 3 üncü memlekete mensup olup ehliyetsizliğini gizlemiş ise dâvanın Fransada rüyeti halinde hataya düşen tarafa karşı durumu gizlemiş olan tarafın millî kanunu kaçınılmaz bir tazyik vasıtası olarak tatbik edilecek midir? Niboyet bu husustaki fikrini Cours'unda vazihen ifade etmemiş olmasına rağmen müktesep haklar nazariyesinden istifade etmemiz mümkündür. Şöyleki aktin müktesep hakkı doğurması için kanunlar ihtilâfı sistemine göre ehliyetin lex fori'ce yetkili hükümlerine uygun olması şarttır. Fakat Niboyet'nin vazettiği bir istisnaya göre yetkili kanun Fransız kanunu değil ise tayin edilmiş memleket başka bir kanunu seçebilir<sup>27</sup>. Demek oluyor ki, *gündelik muamelâta ehliyet için yetkili kanun in'ikad yeri kanunu ise ya o kanun olacaktır yahutta onun kabul edeceği diğer bir kanun.*

Meselâ in'ikat yerinde Niboyet'nin derpiş etmiş olduğu fikir makbul değilse ehliyetsizliğini söylememiş olan âkidin ehliyetini tayin sadedinde onun bulunduğu memleketin sistemine göre ya millî kanununa, yahut ta ikametgâhı kanununa itibar edilecektir.

Yok eğer in'ikad yerinin sistemi Niboyet'nin teklif etmiş olduğu hal tarzını benimsemişse ehliyet doğrudan doğruya in'ikat yerinin emniyet ve asayışi muhafaza eder sayılan ve rüşt yaşını tesbit eden inikat yeri kanununa tâbi olacaktır.

26) Niboyet: Cours. No. 413.

27) Niboyet: No. 469.

Velhasıl burada da bir ihtilâf kaidesinin tek taraflılığı durumu ile karşılaşılıyor. Daha doğrusu muhtelit durumu ile, zira tam mânasile tek taraflı olsa idi, in'ikat yeri Fransa harici olduğu takdirde o başka memleketin Fransaninkine (daha doğrusu Niboyet'ninkine) uyan ve binnetice taraflardan birinin şahsî kanununun sistemi ile tearuz halinde bulunan sistemine kendisinininkine uyan sistemin tercihinine şahit olurduk. Fakat kaidenin iki taraflılığı da iddia edilemez. Zira iki taraflı olsa idi herhangi bir memlekette iktisap edilmiş olduğu iddia edilen hakların iktisabında âmil olmuş ehliyet unsuru için Niboyet'nin teklifinin tatbiki iktiza ederdi.

Türk dahilî mevzuatına göre M. K. 394 üncü maddesi hâkime münasip bir müddet zarfında icazet hakkında kat'î bir cevap verdirme salâhiyetini tanımaktadır. Türk hâkiminin bu salâhiyetinin Alman sistemindeki ve Niboyet'nin teklifindeki bir kategori akitlere mahsus olmak üzere rüştün mahallî kanuna tâbi tutulması mülâhazasile ilgisi yoktur. Mamafih bütün bu hal çareleri onları derpiş etmiş memlekete münhasır tek taraflı çarelerdir. Meselâ Türk sisteminde Medenî Kanunun 394 üncü maddesi âmme intizamına teferru etmektedir. Bu vaziyet münhasıran Türkiyede in'ikat etmiş âkitlere mahsustur, çünkü gaye Türkiyede bulunan eşhasın, aktecekleri hukukî muamelelerde karşı âkidin istimal ehliyetsizliğine rağmen fazlaca mutazarrır olmamalarıdır. Fakat akit Türkiyenin haricinde in'ikat etmiş ise karşı âkidin ehliyeti hakkında şüpheye düşen taraf Türk vatandaşı olsa bile, ecnebi memlekette bulunan bu vatandaşımızı korumamıza her zaman imkân bulunmaz. Burada koruma tabiatile ancak dâvanın bilâhare bir Türk mahkemesinde rüyet edilmesi takdirinde tasavvur edilebilir.

Fakat gaye, kanaatimiz veçhile, Türk vatandaşlarını sürprizlere karşı korumak olmayıp, Türkiyede mukim olanların Türkiyede aktecekleri akitler hususunda muamelât emniyetini sağlamaktır. Âmme intizamımıza teferru eden bu meseleyi halletmek için tabiatile Türk hukuku tatbik edilecektir. Türk hukuku mezkûr meseleyi Türk Medenî Kanununun 394 ve 395 inci maddelerinde etraflıca halletmiştir. Şöyle ki, borç iltizamında icazete muhtaç olan kimsenin, icazet lâhik olması ile bu borcunu yerine getirebilme imkânına nail olup olmayacağını anlayabilmek için onunla akte girişen tarafın «bizzat tayin edeceği veya hâkime tayin ettireceği münasip bir müddet zarfında» vasiyi icazet verip vermemek hususundaki maksadını açıklamaya davet etmesi kâfidir. Zira vesayet altındaki mümeyyiz kimse ile muamelede bulunan diğer taraf, müracaatı neticesinde vasinin icazetini elde edemezse, icazetin fikdânı yüzünden tasarrufun hükümsüz olacağını bilir. (M. K. m., 394, son fıkra).

Türk doktrinine göre bu esası hiç olmazsa âmme intizamından saymak suretile bu durumda bulunan ecnepleri Türk kanununa tâbi kılmak imkânı zımnen anlatılmaktadır. Bu keyfiyet şundan anlaşılıyor ki, Medenî Kanunumuzun 395 inci maddesinin son fıkrası ahkâmınca, ehliyetsizliğini *bililtizam* gizleyen küçüğün karşı âkid tarafı bu yüzden — yani aktin muteber olmaması yüzünden — iras etmiş bulunduğu zararı zamin olması lâzımdır. Kanaatimizce bir şahsın küçüklüğü meydana çıktıktan sonra, akti kurtaracak bir icazetin bahşedilip edilmeyeceğini anlamak bu türlü suiniyet halinde de muktazidir. Zira, küçüğün suiniyetine rağmen icazetin verilmesi halinde akit muteber olur, haksız fiile müstenit tazmin mükellefiyeti ortadan kalkar. Doktrinimiz burada âmme intizamımızı ileri sürdüğü gibi<sup>28</sup> icazetin fikdanı sebeble haksız yere mal iktisab esasına göre tarafların iade mükellefiyetlerini de yine âmme intizamımıza istinat ettirmektedir<sup>29</sup>. İadenin gerçekleşebilmesi için icazetin lâhik olması lâzım. Çünkü icazet ile ehliyetsizin tasarrufu itibar kesbeder. Binaenaleyh icazet yoksa akit muteber olmaz ve binnetice muteber olmayan bu muamele haksız yere mal iktisabı esasına dayanan iade mükellefiyetini istilzam eder.

Demek oluyor ki icazete ait 394 üncü madde 395 inci madde dolayısıyla âmme intizamına teferrueder.

Bu hususta şaşılacak bir şey yoktur, zira, burada iki nokta mevzu bahistir: Birincisi normal olarak ehliyetsizlerin borç iltizam edememeleri esasıdır; ikincisi ise suiniyetle kendini ehil göstererek veya icazetin lâhik olacağını zannetirerek karşı tarafı aldatan ehliyetsizin durumudur ki bilâkis zâmin olmak suretile borç iltizamına müşabih bir vaziyeti husule getirmiş olmaktadır.

Görüldüğü üzere bu hususta Türk sistemi Alman sisteminden ve Niboyet'nin teklifinden tamamen ayrılmaktadır; çünkü gerek Alman sistemi gerek Niboyet'nin teklifi yabancının ehliyetsizliğini, suiniyeti olmasa bile ehliyete tahvil etmektedir. Halbuki Türk sistemi ecnebinin millî kanununa olan ehliyetsizliğini mutlak sayıp ancak onu himaye gayesile akitlerini sakat ve binnetice iadeyi müstelzim görmektedir. Ancak suiniyetinin tezahürü halinde tasarrufu icazetin fikdanına mebni hükümsüz saymakla beraber mahallî ticarî muamelâtı himaye edecek tarzda tazminat mükellefiyetini koymaktadır. Mamafih taraflardan birinin ehliyetsizliği ile malûl olan akit *in'ikat yeri kanununa mı, yoksa edimin veya karşılıklı edimlerin ifa edilmiş olduğu yerin kanununa mı itibar edilecektir ?*

28) Seviğ (Muammer Raşit): Devletler Hususi Hukuku, cilt I. s. 389.

29) Seviğ (Muammer Raşit): Aynı eser aynı sahife 389.

Suiniyetle hareket halinde haksız sayılan fiil «in'ikat» yerinde vuku bulmuş olacağına göre evvel be evvel «In'ikat Yeri Kanununun bu mesele ile ilgili olması iktiza ettiği aşikârdır. Mamafih dâvanın bilâhare rüyet edildiği yerin *âmmе intizamı* dolayısıyla bu hususda ilgili olması düşünülebilir<sup>30</sup>.

Haksız yere mal iktisabı sebeble iade keyfiyetine gelince meydanda muteber bir aktin mevcut olmayışına binaen ancak *edimlerin verildiği yer kanununa ittiba* edilebilir<sup>31</sup>.

Alman Medenî Kanununun 7 nci maddesi, malûm olduğu veçhile in'ikat yerine kıymet verir gibi bir ifade taşımaktadır. Mamafih inikat yerini nazarı itibare alışması ancak aktin Almanyada inikadı halinde cari olduğuna göre inikat yeri kanunu gerek *lex fori* gerek *lex loci* ile tetabuk etmektedir.

Niboyet'nin noktai nazarına göre yukarıda gördüğümüz müktesep haklar ve tektarafılık esaslarına uygun olarak *in'ikad yerine itibar* edilmek gerekir.

Kanaatimizce, *suiniyet varsa in'ikat yeri kanuna itibar şarttır*. Zira haksız fiil hangi memekte cereyan etmiş ise asıl oranın intizamını bozmuş sayılır. Binaenaleyh bir aktin ehliyetsiz bir şahıs tarafından desise ile vücade getirilmesine teşebbüs halinde, fiilin haddi zatinde haksızlığı haseble, haksız fiillerin umumiyetle tâbi oldukları kanuna ittibağ şarttır.

Umumî esasa gelince yani akdin muteber olmayıp haksız yere iktisabın intaç ettirdiği iade keyfiyetine gelince burada dört kanun nazarı itibare alınabilir: ehliyetsizin *millî kanunu*, edanın ifa edildiği yer kanunu, dâvanın görüldüğü yer kanunu ve in'ikat yeri kanunu.

Türk sistemine göre ehliyet bahis mevzuu olduğuna göre millî kanuna itibar şarttır. Fakat tarafların tâbiyeti ayrı ise Devletler Hususî Hukukunun umumî esaslarına müracaat edileceğine göre müşterek bir hal çaresi olarak ya ehliyetsizin millî kanunu müreccah olacaktır ya edanın ifa yeri, ya in'ikad yeri kanunu, ya *lex fori*. Demek ki mesele karşımızda yine olduğu gibi kalıyor. Ecnebler aynı tabiiyette iseler de durum aynıdır.

*Yeni telâkkilere göre hangi kanunun tatbiki akti muteber kılacaksa o kanun tatbik olunur*, nitekim Devletler Hukuku Enstitüsünün Cambridge'-

30) Haksız fiili (*lex loci delicti*) ye tâbi tutan müellifler vardır: Meselâ Lerébours Pigeonnière — s. g. eser s. 371 - 372 — Bartin: s. 402 - 403 — Henri Batiffol: *Traité élém. de dr. int. privé*, 1949, s. 562, No. 562.

31) M. Bartin sebepsiz mal iktisabında haksız olarak düzensizliğe maruz kalan malların bulunduğu yer kanununa itibar etmektedir.

de 1951 de aktetmiş olduğu toplantıda verilen karara göre<sup>32</sup> küçüklerin alelâde akitlere ehliyeti karşı âkit hüsnüniyet sahibi ve memlekette mukim ise sözü geçen küçüğün ehliyeti aktin tâbi olacağı kanuna tâbi olmalıdır.

Bu karardan anlaşılın şudur ki akit, in'ikad mahallî kanununa tâbi ise her iki tarafın da ehliyeti o yerin kanununa tâbi olacaktır, yeter ki taraflardan biri orada mukim olup hüsnüniyet sahibi olsun. Bu suretle akte hâkim olacak kanun tek olup aktin tâbi olacağı kanunlar bakımından bir parçalanmağa tâbi olmayacaktır. Taraflardan birinin ikamet şartı koşulmakla aynı zamanda hileye karşı tedbir de alınmış oluyor. Bunun gibi «Société d'études législatives» adlı teşekkülün teklifinde de Fransada Fransız hukukuna göre akte edilen akitlerin muteber olması ileri sürülmüştür, fakat evlenme, babalığa hüküm, evlât edinme gibi ahkâmı şahsiyeye müteallik hususlar bu hükümden müstesnadır<sup>33</sup>.

Bu teklif yukarıda zikredilen karar gibi hem kanuna karşı vukubula-bilecek hilelere karşı, hem de akitlerin muhtelif unsurlarına hâkim olan ahkâmın tek bir kanundan neş'et etmesini temine hâdim tedabiri ihtiva etmekle beraber gizli kalması dolayısıyla tehlikeli olan millî kanuna karşı ve ikametgâh lehine bir tepkiyi ihtiva eder.

M. Lerebours - Pigeonnière'e göre ecnebi âkit tarafı Millî kanununun faydalarından mahrum etmenin sebebi beynelmilel hayatın ihtiyaçları için akitleri tek bir emredici kanuna tâbi kılmak ihtiyacıdır. Burada aktin anasının taksim edilmezliğile mezkûr unsurların başlıca vasfı tek bir kanunca bir neticeye bağlanması hukukî müessesenin mahiyetinden ziyade iktisadî mülâhazalardan neş'et etmektedir. Taksim, hayatı veya işleyişini tahrib edecekse makbul olamaz. Müellif aynı zamanda acele bir in'ikadı istilzam eden alelâde akitler için ehliyet mahallî kanunun müdahalesi kaydı ihtirazîsi olmadığı takdirde tahammül edilmez bir keyfiyet olacağını belirtmektedir<sup>34</sup>.

Neticede ehliyet aktin tâbi olacağı kanuna tâbidir. M. Batiffol'a gelince ehliyeti in'ikat kanununa tâbi kılmak için akti malûl eden hata keyfiyetine müracaat etmektir. Karşı tarafın ehliyetini tanzim eden kanunî hükümleri bilmek hususunda M. Batiffol bir tefrik yapmaktadır. Şayet bir vatandaş mevzuubahis ise, kanunu bilmemek mazeret sayılmı-yacağına göre âkit taraflar yekdiğerlerinin ehliyet şartlarını bilmeleri iktiza eder. Binaenaleyh bu takdirde ancak hüsnüniyetli küçüğün ehli-yetsizliği aktin itibardan sakıt olması için dermeyeran edilebilir.

32) (Bakınız: Lerebours - Pigeonnière, 1948. No. 353, No. 1).

33) Bulletin de la Société d'études législatives, 1930. 175.

34) Lerebours - Pigeonnière: Précis, No. 353; Dalloz. Paris, 1948.

Buna mukabil karşı âkit bir ecnebi ise, onun millî kanununu bilmemek yerli âkit için pek âlâ bir mazeret teşkil edebilir. Binnetice bu takdirde aktin itibardan düşmesi bu derece kolay olmaz.

Elhasıl hukukî hata ile fiilî hata arasında hukukî netice itibarile fark vardır<sup>35</sup>.

Devletler Hususî Hukuku Fransız Comité'sinin seçmiş olduğu bir encümen tacirin ehliyetini yerleşmiş bulunduğu memleket kanununa tâbi tutmaktadır<sup>36</sup>. Diğer taraftan birçok kara Avrupası memleketleri kâh La Haye, kâh Cenevre Birlik Konvansyonlarınca poliçe teahhüdüne ehliyet umumiyetle imzayı muteber saydırmağa en elverişli olan kanuna tâbidir. Nitekim 1926 tarihli Ticaret Kanunumuzun 601 inci maddesinin mülhem olduğu 23 Temmuz 1913 tarihli poliçe, emre muharrer sened ve çek hakkında kanunlar ihtilâflarını halle medar olan kaideler, Millî kanununun mümziyi ehil kılmadığı zaman, mezkûr millî kanunun atıfta bulunacağı memleket kanununun, tatbikini nihayet bunlardan hiç biri mümziyi ehil kılmıyorsa teahhüdün vukubulduğu memleket kanununa bakmayı emretmektedir<sup>37</sup>. Ayrıca Poliçeye müteallik kanunlar ihtilâfı hakkında 7 Haziran 1930 tarihinde Cenevrede imza edilen Konvansyonun 2 nci maddesine göre millî kanun mümziyi ehil kılmadığı takdirde imza vazolunduğu memleket kanununca muteber ise yine mümzi ehil addolunacaktır.

Elhasıl zamanımızın telâkkileri ehliyeti sür'atle in'ikad etmesi gereken mukaveleler için millî kanun esasından ayırmak merkezindedir.

Türk sistemi malûm olduğu veçhile ahkâmı şahsiye hususunda millî kanuna itibar eder.

Keyfiyeti zaten atfın reddi bahsinde tesbit etmiş bulunuyoruz. Eğer ecnebinin ehliyetsizliği memleketin ticarî emniyetini haleldar edecekse elimizde pek az çare vardır. Ancak haksız mal iktisabı ile haksız fiil ahkâmından istifade edilmek ve senedatı ticariye için Ticaret Kanunumuzun 601 ve 636 ncı maddelerinde faydalanmak mümkündür.

Ticaret Kanununun bu maddeleri Türk kanununu teahhüd yeri kanunu olarak yetkili kılmakla meseleyi hallediyor. Fakat umumî hükümler mevzubahis olunca millî kanun bütün şümulü ile avdet eder. Meselâ Almanyada bir Meksikalı ahkâmı şahsiyeyi alâkadar etmeyen bir mukavele imzalar da Meksika kanununa göre gayri reşit fakat Alman Medenî Kanununun şart koştuğu rüşt yaşı olan yirmi bir yaşını

35) Revue Critique de dr. int. 1935, 628.

36) Travaux du Comité Français de dr. int. priv. 1935, 169.

37) Seviğ (Muammer Raşit): Devletler Hususî Hukukuna ait eserleri.

aşkın ise Alman D. H. H. sistemine göre akit muteber olacaktır. Türk sistemi ise bu hususta millî kanuna bağlı olduğu için Berlinde aktedilmiş mukaveleyi icazete muhtaç sayacaktır. Demek oluyor ki Türk sistemi ecnebi memleketlerin millî menfaat teorisini kabul edemez. Bu hususta yeni telâkkilerin tesiri pek çoktur.

Akit ister istemez parçalanacaktır ehliyet keyfiyeti millî kanuna tâbi olacaktır (meğer ki senedatı ticariye mevzubahis olsun). Akte ehliyet millî kanuna tâbi olduktan sonra, ehliyetsizlik halindeki müeyyide için *lex fori*'ye ve sonra ya *lex loci contractus*'e yahut edanın vâki olacağı yer kanununa müracaat edilecektir. *Lex fori*'ye müracaat Türkiyenin Devletler Hususî Hukuku sistemi bakımından önemlidir. Çünkü ehliyetin mevcudiyeti veya yokluğu dâvanın tek mevzuu olsa ve taraflarda ecnebi bulunsa 1330 tarihli muvakkat kanunumuzun 4 üncü maddesine göre dâvanın mesmu olması mümkün olur. Zira ecnebilerin ahkâmı şahsiye ile Türk mahkemesinin ilgilenmesi sözü geçen kanuna göre bazı muayyen hallerde mümkündür.

Halbuki kanaatimizce burada dâvanın mevzuu Türk hukukunun tavsifine göre ya suiniyet dolayısıyla bir haksız fiil sebebiyle alacak dâvasıdır. Yahut hüsnüniyetle bir gayri reşidin ihtiyatsızlığı dolayısıyla bir haksız yere iktisab edilen malın iadesi dâvasıdır ki, o da borçlar ahkâmına girer. Demek ki, her iki dâva mevzu itibarile birer alacak dâvası vasfı ile Türk mahkemesinde görülebilir yeter ki Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunumuz mahkemeye yetki tanınsın. Ehliyet bahsine gelince ahkâmı şahsiyeye müteallik olmakla beraber derdesti rüyet bir dâvaya müteferri olduğundan Türk mahkemesinin alâkasını davet etmek için muvakkat kanun tarafından koşulan sayılı şartlardan bir tanesi tahakkuk etmiş bulunuyor.

Keyfiyet bu merkezde olunca ancak in'ikat yeri kanunu ile edanın vâki olacağı yer kanunu arasında bir intihap yapmak iktiza etmektedir. Kanaatimizce burada yine Türk Hukukunun hükümlerinden istifade edersek iktiza eden tavsifi yapıp kategorileri ayırabiliriz.

**Vedat Raşit Seviğ**