

YENİ FRANSIZ DOKTRİNİNDE MÜKTESEP HAKLAR

Doçent Dr. Vedad Raşit Sevig

Devletler hususî hukukunda her hukuk dalında olduğu gibi müktesep haklara riayet esasının kabulü hukukî bir zarurettir. Fakat hukukun bütün dallarına yayılmış olan bu esas, her dalın mahiyetine göre özel bir karakter almıştır. Bu itibarla devletler hususî hukukundaki müktesep hakların dahilî hususî hukuktaki müktesep haklardan ayrı hususiyetleri haiz olması tabiidir.

Dahilî hukuktaki müktesep haklar tâbiri birbirini takip eden ve dahilî hukuka ait olan iki kanunun zaman itibarile ihtilâfını halletmesine mukabil¹ devletler hususî hukukundaki müktesep haklar nazariyesinin zamanı nazarı itibara alarak halletmeğe çalıştığı şey, iki ayrı memlekete ait kanunların yetki sahası ihtilâfıdır.

Dahilî hukuktaki müktesep haklar bahsinde kanunun geçmişe şamil olmaması esasına dayanır. Fakat devletler hususî hukukundaki müktesep haklar bahsinin kanunun geçmişe şamil olmaması esasına dayanacağı hususunda bütün müellifler müttelik değillerdir.

Bazıları müktesep hakları kanunlar ihtilâfı meselelerinde sırf muayyen bir kanuna ittibaı icap ettiren noktanın değişmesi vesilesile zuhur edecek durumla ilgili görürler. Kanaatimizce bu son keyfiyet doğru olmakla beraber hasrî değildir. Binaenaleyh kanunun makabline ademi şümulü esasını da kabul etmek zaruridir.

Bu etüdümüzün gayesi bu kanaatimizi izah ve müdafaa etmektir. İrtibat noktasının değişmesi yani ittiba edilecek muayyen kanunu tayin eden noktanın değişmesi diyebileceğimiz husus müteharrik ihtilâflar tâbirile anılan bir ihtilâf çeşidini doğurur. M. Bartin'in Principes'lerinde ilk defa rast gelinen müteharrik ihtilâf tâbiri haddizatinde müktesep haklar nazariyesinin uğraştığı neticelerden bir çoklarını daha iyi tebarüz ettirmekle beraber sözü geçen nazariyenin her cephesini ihtiva

1) Planiol, Traité de dr. Civ. fr. cilt I, No. 240 ve m.
Hemard, Précis de dr. Civ. cilt I, s. 30 ve m.

etmez. Müktesep haklar meselesinin bir de devletler hususî hukukunun temellerinden birini teşkil etmesi vaziyeti vardır ki fazlaca izam edilmemek şartile kendisinden sarfınazar edilecek bir keyfiyet değildir.

Vakıa Anglo - Sakson doktrininin bir kısmının müktesep haklara riayet mecburiyetini bütün devletler hususî hukukunun esas kaidesi olarak nazarı itibara alması bir çok müellifler tarafından gayet mübalâğalı sayılmıştır. Fakat müktesep hakların devletler hususî hukukunun temellerinden birini teşkil ettiğini redde kadar ileri gitmemelidir. Müktesep haklar nazariyesindeki esasın ne dereceye kadar devletler hususî hukukuna temel teşkil ettiğini tesbit etmek lâzımdır.

Malûm olduğu üzere hali hazırda her memleketin kendine has hususî hukuku olduğu gibi, her memleketin de kendine mahsus bir kanunlar ihtilâfı sistemi vardır.

Vakıa birkaç memleketin medenî hukuk, ticaret hukuku v. s. gibi hususî kanunları müşterek bir hukukî tefekkürün tesiri ile geliştiği için bir grup teşkil edebildiği gibi, kanunlar ihtilâfını halle yarayan kaideler sistemi de aynı gurupa mütenazır olarak bir kanunlar ihtilâfı sistemi grubu teşkil edebilir. Bu suretle batı âleminde bir kontinental medenî hukuku ve bir Anglo - Sakson medenî hukukundan bahsedilebildiği gibi, kontinental hukukundan mülhem bir kanunlar ihtilâfı sisteminden bahsolunabilir.

Bu gruplaşmalar birer gerçek olmakla beraber her devletin kendisine mahsus bir hususî hukuku olduğu aşikârdır. New-York medenî hukuku ile İngiltere medenî hukukları bir değildir. Menşe belki Common Law denilen teamülî hukuk olmakla beraber, hiç olmazsa İngiltere'nin parlementer hukuku (Statut Law) ile New-York eyaletinin teşri organlarının vaz ettiği kaideler fark eder.

Kontinental hukuku alanında da Fransız hukuku ile Alman hukuku farklar arzetedirler.

Bunun gibi kanunlar ihtilâfı sistemleri de ne kadar benzerse benzesin İngilterede ayrı Amerikada ayırdırlar. Kontinental hukukunda Alman kanunlar ihtilâfı kaideleri Fransız kaideleri yine birbirlerinden farklıdır. Halbuki diğer taraftan devletler hususî hukukunun ve bilhassa onun kanunlar ihtilâfı bahsinin gayesi milletlerarası hususî hukuk münasebetlerini düzenlemektir. Bu hukuk dalının mevzuu milletlerarası münasebetlere taallûk ettiğine göre hukukî sistemler arasındaki münasebetlerin mevzubahs olmasına şaşmamalıyız. Fakat mes'ele bununla bitmiyor. Zaten devletlerin iç hususî maddî hukukları arasındaki münasebetler kanunlar ihtilâfı sisteminin bahis konusunu teşkil eder. Aynı zamanda her devletin kanunlar ihtilâfı sisteminin diğer devletler kanunlar ihtilâ-

fı sistemleri karşısındaki durumu bahis konusu olabilir. Evvelkinden bir derece daha mücerret olan bu problem kanunlar ihtilâfı bahsinin nazari kaideler kısmında yer alır.

İnsan tasavvur eder ki hiç olmazsa bu sahada hal çareleri birleşmiş olsun. Fakat hakikat bu merkezde değildir. Nazari kaideler, mahdut sayıda olmalarına rağmen memleketten memlekete değiştikleri gibi müelliflerin görüşlerinde de değişmektedirler. Nitekim başlıca kaidelerin mevzuunu teşkil eden atıf, vasıf, âmme intizamı, müktesep haklar ve ecnebî kanunun tatbiki mes'eleleri her memlekette ayrı hal çarelerine bağlanmıştır. Bazıları vasıf ihtilâflarını tamamiyle lex fori'ye tâbi tutmağa meyyal olmalarına mukabil diğer bazıları bu esas kaideye istisnaların kabulüne razıdırlar.

Atfı bazıları şu veya bu derecede kabul etmelerine mukabil diğer bazıları onu kaideten reddederler. Âmme intizamına gelince, onun ölçüsü memleketlerin kabul ettikleri sisteme göre ve dahili mevzuatlarının sertlik veya gevşeklik derecesine bağlıdır.

En nihayet müktesep haklar nazariyesini bazıları kabul, bazıları red eder. Kabul edenler dahi ona tanıdıkları mahiyet hakkında müttefik değillerdir.

Bazıları Pillet gibi mahiyeti itibarile onu kanunlar ihtilâfından ayrı bir bahis olarak tasavvur ederler. Fakat başka bir ilmî cereyan müktesep haklar mefhumunu kanunlar ihtilâfından ayrı, müstakil bir bahis olarak değil de, kanunlar ihtilâfı bahsinin temeli olacak bir bahis olarak tasavvur ediyorlar. Onlara göre bir hâkimin ecnebi kanununu tatbik edişinin sebebi ancak müktesep haklara riayettir. Diğer bazıları M. Bartin gibi müktesep haklar teorisini tamamiyle fuzulî bulmaktadırlar. Mamafih buna rağmen M. Bartin tatbikatta Pillet'nin varmış olduğu neticelere varmaktadır. Zira kendisi kanunlar ihtilâfının hal çaresini her hukukî müessesenin mahiyetinden istihraç etme usulünü müdafaa etmekle kalmıyor. Aynı zamanda hukukî vaziyetlerin istikrarı lehine olan hal çarelerini tercih etmektedir².

Elhasıl bütün fikirlerle kanunlar ihtilâfından kabili tefrik olacak bir müktesep haklar mefhumu izahında birleşmiş değildir. Nitekim Niboyet «hakların milletlerarası müessiriyeti»³ namı altında zikrettiği gibi Lerebours - Pigeonière de bu mefhumdan «faydalı tasrihlere ve bazı hususî hükümlere vesile»⁴ olarak zikretmektedir.

2) Betiffol: Traite P. 321, Paris 1949.

3) Niboyet: Traite, III, s. 284.

4) Lerebours - Pigeonière: Précis 3 e tabı, No. 272, s. 311.

Antoine Pillet'nin eserinden evvel Fransada müktesep haklara temas edilmişti. Fakat bunlar bir tertip halinde değildi. Mamafih müktesep hak tâbirine 18 inci asır müelliflerinin yazılarında rast geliniyor.

Bu arada Boullenois'nin ve Bouhier'nin eserlerini zikredebiliriz ⁵.

19 uncu asırda ise Wacchter eyaletler arasında çıkan kanunlar ihtilâfı meselelerinde müktesep haklara riayetten bahsetmiştir ⁶. Bunun gibi 19 uncu asırda Amerikalı Story Holanda mektebinin doktrinini Anglo - Sakson âleminde yayarken müktesep haklara riyeti esas olarak almıştı.

Boullenois'ya göre ikametgâh değiştiren bir reşit tekrar küçük olamazdı. Halbuki bu hususta müktesep bir durum mevzuu bahis olmasa idi, şahsın ehliyeti diğer ahkâmı şahsiye meseleleri gibi o devirde ikametgâh kanununa tâbi olduğu için, yeni ikametgâh kanununa tâbi olacaktı. Evlenmede karı kocanın malları idaresi rejimi, velâyet, evli kadının mahdut ehliyetsizliği gibi durumlar, ihdasları zamanındaki ikametgâh kanununa raci idi.

Muasır doktrinlerde ise müktesep hak mefhumu bazen kabul, bazen reddedilmiştir. Kabul ve red hallerinde de bu mefhuma verilecek mâna üzerinde ittifak hasıl olmamıştır. Mânası değişik olduğu gibi rolü de muhtelif tarzlarda anlaşılmıştır. Bu yazımızda bugün beliren iki farklı görüşe şümül sahalarının verilme lüzumunu tebarüz ettirmek arzusundayız. Hali hazırda bazı doktrinler müktesep hak mefhumunu lüzumsuz addetmektedirler. Bundan maada müktesep haklar nazariyesini ancak bir müteharrik ihtilâflar nazariyesi şeklinde elverişli bir nazariye olarak tasavvur edilebileceğini iddia edenler vardır. İlk cereyanın mümessili Arminjon olup, ikincisinininki Bartin'dir ⁷.

Buna mukabil müktesep haklara riayet esasını Devletler hususî hukukunun tam temeli olarak gören Holanda ve Anglo - Sakson ⁸ nazariyeleri ile o Esası Kanunî temel olarak gören gerek Pillet'nin ⁹ ve gerek Niboyet'nin nazariyelerini zikredebiliriz ¹⁰. Pillet'nin, ve Niboyet'nin nazariyeleri müktesep haklar nazariyesini kanunlar ihtilâfı bahsinden müstakil ve ona mütenazır bir nazariye olarak nazarı itibare alırlar.

5) Boullenois: cilt I, Observ. 20, s. 405 ve m.

» cilt II, Observ. 36, s. 165 ve m.

» Observ. 32, s. 7 ve m.

Bouhier: Observ. 22, No. 6 ve m. 20 ve m.

6) Répertoire dr. int. (dr. acq, No. 4).

7) Arminjon, Précis 2 ci tabı, No. 138-139.

8) Dicey: Digest on conflict of laws Introduction, s. 2, 4 cü tabı, 1927.

9) Pillet, Principes d. i. p., s. 519.

10) Niboyet: Cours d. i. p., 464 ve m. Paris 1947.

Tetebbüümüzün asıl konusunu bu muhtelif nazariyelerin tetkik ve tenkidi olduğuna göre bu giriş bahsimizi daha ziyade müktesep haklar nazariyesinin tatbikini icab ettiren meselelerin teşrihine ve bilhassa bu nazariyenin meselelere tatbik şartlarının izahına inhisar edecektir.

Şunu müşahade edebiliriz ki, devletler hususî hukukuna ait bazı meseleler vardır ki onlar hakkında doktrinal bakımdan cephe alışımız ne olursa olsun ister onlara müktesep hak probleminin etiketini yapıştıralım, ister müteharrik ihtilâf diyelim, ister alelâde kanunlar ihtilâfından ayırmayalım, onlar hakkında hem, 1° dermeyeran yerinin kanunlar ihtilâfı sistemi tatbik edilir, hem de 2° bu sistemin gösterdiği kanuna hakikaten riayet edilmiş olduğuna bakılır. Bu iki şart sıralanınca derhal göze çarpan keyfiyet şudur ki, bunlar kanunlar ihtilâfını mucip her mes'elede zikredilen şartlardır. Fakat asıl meselelerin teşrihinden anlaşılıyor ki, yetkili kanunun tayininde müktesep haklar nazariyesi hem birçok kanunlar ihtilâfı kaidesine temel vazifesini görür, hem de bazı meselelerde hukukî hâdisenin hudusü zamanı itibarile yetkili sayılacak kanunun tayininde müteharrik ihtilâflar nazariyecilerine hak verdirecek bir durum hasıl oluyor.

Bu itibarla birinci şartı ele alalım: Hakkın dermeyeran yeri veya dâvanın rüyet yeri devletler hususî hukuku sistemine göre yetkili kanun, olması şartı. Bu yere J. B. Niboyet ile birlikte hakkın ithali memleketi dersek Dicey'nin tasavvur ettiği (transitory rights) gezgin haklar mefhumuna ulaşmış oluruz. Kanaatimizce kanunun ithali tâbiri daha doğru olacaktır¹¹. Zira hakların müstakillen gezebilen varlıklar olabildiğini tasavvur etmeyi istilzam etmez. Her ne ise şimdilik ihraç ve ithal edilen hakları nazarı itibare alalım. İthal memleketinde ecnebi bir kanuna göre iktisab edilmiş bir hakkın dermeyeran edilebilmesi için ithal memleketinin devletler hususî hukuku sistemine göre yetkili sayılan kanuna göre iktisab edilmiş olması şarttır. Binaenaleyh ithal memleketi yetkiyi kendi dahilî mevzuatına vermiş ise dış memleketlerde dış memleketin mevzuatına göre iktisap edilmiş haklar ithal memleketinde dermeyeran edilmeyecektir.

Buna göre iki Türkün ecnebi memlekette iken ora sistemine göre yetkili kanun çevresinde verilmiş, fakat Türk noktai nazarında yetkili olan Türk mevzuatı hilâfına elde edilmiş bir boşanma kararı muteber sayılmayacaktır.

Aynı tarzda iki Fransızın Amerikada vaki boşanmaları aynı şerait tahtında itibardan mahrum olur.

11) Dicey: s. g. eser, s. 20.

Fakat iki İngilizin Brezilya'da ora mevzuatına uygun olarak vaki nikâhları Fransada tanınacaktır. Yeterki Fransız sistemi müktesep statüler için ikinci derecede atfı kabul etmiş olsun.

İkinci derecede atıf ise ancak müktesep bir statü veya müktesep bir hak için kabul edilebilir. Nitekim fiiliyatta ancak müktesep statü veya müktesep haklar için bir çok memleketin jürisprüdansı ikinci dereceli atfı kabul etmiştir. Meselâ Fransız jürisprüdansı Fransada ihdas edilecek haklar için atıf olarak yalnız birinci derecelisini kabul etmektedir. Fransada ihdas edilecek haklar için bir Büyük Britanya tebaasına, İskoç veya İngiliz olduğunu nazarı itibara alarak ahkâmı şahsiyesi hakkında İskoç ise İskoç hukukunu, İngiliz ise İngiliz hukukunu tatbik eder. Fakat aynı İskoç bir üçüncü müstakil devletin ülkesinde ikametgâh tesis etmiş iken ahkâmı şahsiye müteallik sözü geçen hukukî muameleyi Fransada icra ettirmek isterse Fransa üçüncü devletin kanununu nazarı itibare almaz. Halbuki Fransa ikinci derecede atfı ancak mezkûr hukukî muamele üçüncü devletin ülkesinde tekemmül etmiş ise kabul eder¹². Demek oluyor ki tek tereceli atfı hak iddiası meseleleri için kabul eden bir devlet ikinci dereceli atfı ancak müktesep hak meselesi olursa kabul eder. Bunun gibi Türkiye ve İtalya gibi umumiyetle tek dereceli atfa muhalif olan memleketler iki derecelisini ancak müktesep haklar bahsinde kabul ederler. Bu suretle şu noktaya varılır ki, atıf bahsinde müktesep hak meselesi, yetkili kanunu tasrih eden devletler hususî hukuku kaidelerini tâdil eder.

Müktesep hak meselesi aynı zamanda âmme intizamı istisnası bahsinde de devletler hususî hukuku kaidelerini tâdil eder. Nitekim hakkın ihdası safhasında bulunan bir meselede yetkili ecnebi şahsî kanununa karşı ileri sürülebilen âmme intizamı istisnası bazen aynı meselenin müktesep hak safhasında olması halinde ileri sürülemez.

Meselâ bazı boşanma sebeplerini, hattâ boşanmanın tamamını âmme intizamına münafi saydığı için bir devlet, ecnebilerin millî kanunları hilâfına ancak onların kanununda mevcut mezkûr boşanma sebepleri veya boşanma müessesesini nazarı itibara almayabilir.

Bu halde boşanma hakkındaki iddiaları dinlenmez. Fakat aynı ecnebi kendi memleketinde boşanmışsa sonradan boşanmış olarak gittiği ve mezkûr boşanma sebeplerini veya boşanma müessesesini âmme intizamına aykırı sayan Devlet, bu tahakkuk etmiş boşanmaya dayanacak ikinci evlenmeye cevaz verir.

12) Her ne kadar Yargıtay kararı olmazsa da (Niboyet, cours No. 469).

Teşrii salâhiyet kaidelerinin tadiline müncer olan üçüncü müktesep hak meselesi olarak müteharrik ihtilâflar tesmiye edilen bahis karşımıza çıkar.

Burada esas nokta şudur ki, hakkın ihdası safhası ile müktesep olarak tanınması safhası arasında yetkili kanunun tayinine yardım eden vaziyette bir değişiklik husule geliyor. Meselâ mülkî ahkâm mevzubahis ise yetkili kanunu bulmağa yardım eden vaziyette yani malın bulunduğu yer hususunda bir değişiklik olur. Kısaca mal menkul ise başka memlekete sevk edilmiş olur. Yahut şahsî ahkâmı mevzubahis olan bir şahsın hangi memleket kanununa itibar edileceğini gösteren tâbiyeti değişmiş olur. Çünkü başka memleketin tâbiyetine geçmiş olur.

Buradaki vaziyet, basit olan iki devletler hususî hukuku kaidesini muğlâk hale getiriyor, şöyle ki yer kanunu ve tabiiyet kanunu (millî kanun) araştırmalarına bir de eşyanın ne zamanki yeri kanunu ve şahsın ne zamanki millî kanunu araştırması katılmaktadır. Ona göre değişme anından evvelki muameleler evvelki yer kanununa veya evvelki millî kanuna, değişmeden sonrakiler de sonraki (yeni hali hazırdaki) yer kanununa veya sonraki millî kanuna tâbi olacaktır.

Müteharrik ihtilâflar için diyebiliriz ki, ya menkullere, yahut şahıslara taallûk eder. Menkullerde iki kanun karşılaşır ve herbirinin şümul sahasının tayini mevzubahis olur. Halbuki şahıslara taallûk eden müteharrik ihtilâflarda üç kanun karşılaşabilir, eski millî kanun, yeni millî kanun ve şahsın halen bulunduğu yer kanunu. Buna sebep olan keyfiyet şudur ki, menkullerde yetkili kanun ile mekân birbirine tetabuk eder. Halbuki şahıs bulunduğu yerin yabancısı olabilir ve bu itibarla hakkında yetkili olan kanun bir yabancı kanun olabilir. Bu fark bilhassa âmme intizamı istisnasında meydana çıkıyor. Meselâ malûm olduğu üzere bazı memleketlerde menkul mülkiyetin nakli tarafların mukavelesi ile tamam olur. Diğer bazılarında teslim şarttır. Eğer bir menkul birinci gruba dahil bir memlekette ikinci gruba dahil bir memlekete nakledilebilecekse evvelki memlekette vaki teslimsiz bir mülkiyet naklini teslim şartına tâbi tutmıyacağız. Halbuki İngilterede bir menkul üzerine tesis edilecek teslimsiz (Mort - Gage) rehninin, Türkiyede, menkulün buraya getirilmesi halinde, tanımıyacağız. Zira teslimsiz bir menkul rehninin mevcudiyeti ticarî emniyeti binaenaleyh âmme intizamını ihlâl eder. Görüldüğü gibi bu misalde âmme intizamı ikinci lex fori olan lex rei sitae ile birleşiyor.

Âmme intizamı istisnası statüt personel'e ait meselelerde nispeten daha müstakil bir mahiyet taşımaktadır.

Tabiatile statü personel bahsinde de taabiyetin değişmesine rağmen bazı müktesep statüler değişiklikten vareste kalıp, ancak o statülerin ihtiva ettiği selâhiyetler ve vecibeler tahavvüle uğrar. Meselâ muteber bir nikâhla evli bulunan bir çiftin tabiiyet değiştirmesi evliliklerinin batıl sayılmasına müncer olamaz. Yeni vatanlarının medenî hukuku evlenme manileri bakımından evvelki vatanlarından daha sert ise bile, fakat evliliğin hükümleri bundan böyle yeni vatanları kanununa tâbi olacaktır. Diğer taraftan âmme intizamı mevzuu bahis olunca ikinci vatanın kanunu mutlaka nazarı itibare alınmayıp pek alâ yabancının hak dermeyan ettiği yerin âmme intizamı mevzuu bahis olabilir. Her ne vakitki ecnebi tabiiyetini değiştirip başka bir ecnebi Devletinin tabiiyetine geçerse, ahkâmı şahsiyesi babında müktesep haklarının kendi âmme intizamımızla münasebetleri bakımından yeni vatani mevzuatı ile bizim mevzuatımız iki ayrı hakimiyetin tecellisi olarak belirir.

İşte bu halde yalnız âmme intizamımız ve ecnebinin statü personeli mevzuu bahis olmayıp, ne zamanki statü personelinin tespiti de mevzu bahistir.

Velhasıl müteharrik ihtilâflarda da müktesep durumlar, yetkili kanunu tayin eden kaidelerimizin zaman mefhumunu ihtiva edecek surette mudilleşmesini icap ettirmektedirler.

Fakat kanunlar ihtilâflarını halle medar kaidelerin tadili bundan ibaret olmayıp yine bir menkulün yer değiştirmesi halinde, üzerindeki mülkiyetin miras tarikile intikal etmiş ise farklı bir kaide tatbik edilir. Şöyle ki iktisabın muteber olup olmadığını araştırmak için birinci yetkili kanun intikal anında menkulün bulunmuş olduğu yer kanunu olup mezkûr kanunu, o yerin devletler hususî hukuku sistemini de muhtevi saymak suretile bu sistemin tayin etmiş olduğu kanuna uyulmuş olup olmadığına da bakmak iktiza eder.

Meselâ Holanda da mûkim olarak vefat etmiş bir Almanın Fransada bırakmış olduğu bir menkul Türkiyeye nakledilip de sureti iktisabı hakkında bir dâva rüyet edilirse, Türk yargıcının araştıracağı keyfiyet Türk sistemince yetkili olan Alman kanununa uyulup uyulmadığı değil de, intikal anında menkulün bulunduğu yer olan Fransanın sistemine göre yetkili olan Holanda kanununa uyulup uyulmadığıdır.

Bartın'ın dediği gibi, bundan başka bir tabiiyet değişmesi, veya bir malın (bu sefer menkul ile gayrimenkul) bir hakimiyetten diğerine geçmesi imkânı vardır. O da arazi ilhaki halindedir. Bu hallerde yetkili kanunun araştırılmasında yine zaman mefhumunu nazarı itibare alan muaddel kaidelere müracaat şarttır. Netice itibarile müktesep hakların kanunlar

ihtilâfı kaidelerinden farkı 1 - Atıf meselesinde, 2 - Mirasta, 3 - Ahkâmı şahsiyeye müteallik meselelerdeki âmme intizamı istisnasında, 4 - Müteharrik ihtilâflarda ve 5 - Arazi ilhakının doğurduğu kanunlar ihtilâfında kendini belli etmektedir.

Demek oluyor ki, müktesep haklar bahsi bir taraftan kanunlar ihtilâfı bahsine mütenazır ve o bahisten farklı olup, diğer taraftan müteharrik ihtilâflar bahsini muhtevi fakat ondan da şümüllü bir bahistir. Zira bu listeden anlaşılacağı üzere müktesep haklar bahsine taallûk edip müteharrik ihtilâflar bahsine giremiyen üç gurup mes'ele vardır: 1 - Atıf, 2 - Miras, 3 - Âmme intizamı. Kanunlar ihtilâfı kaideleri bu üç meselede tehavvüle uğradığı için müktesep haklara has hal şekilleridir. Fakat müteharrik ihtilâflar bahsinin dışındadırlar.

Binaenaleyh müktesep haklara riayet esası Devletler hususî hukukunun bir kısmına temel teşkil eden bir esas olup hem sözü geçen üç meseleye, hem de müteharrik ihtilâflara ve arazi ilhakına teşmil edilebilir. Müteharrik ihtilâflarda müktesep haklara riayet esası iki ayrı veçhe almaktadır. Menkul mallar mevzubahis olursa lex loci'nin tatbikini istilzam eder. Tabiiyetleri değişen yahut ikametgâhları değişen şahısların statü personeli mevzuu bahis ise iki statü personel arasında zaman itibarile bir hat çizilmesini âmirdir. (Bu mesele hakkın ecnebi memlekette iktisap edilmiş olması dolayısıyla dermeyan yerinin âmme intizamı istisnasının rolünü oynayamaması meselesinde ayrıdır.)

Elhasıl menkuller için iki lex loci'nin çatışması (ki bunlardan bir tanesi lex fori olabilir) nazarı itibare alınır.

Mirasa müteallik meseleler için önce lex loci'ye müracaat edilir ve o lex loci'nin herhangi lex personnel'e yapacağı atıf kabul edilir. Şahıslar için lex personnel'lerin çatışması ile bazen lex fori'nin âmme intizamı istisnasına lex personnae'nin faikiyeti kabul edilir.

İşte meselelerin teşrihi ve bunlara müktesep haklar esasının tatbik şartları araştırması bize bunları gösterdiğine göre bu müşahadenin doktrin ile nasıl bağdaşacağını müteakip satırlarda araştıracağız.

Doktrinal bakımdan müktesep haklar :

Müktesep haklar nazariyesinin lehine ve aleyhine olmak üzere bir çok yazılar yazılmış olduğu gibi lehte olsun aleyhte olsun bu yazılar müktesep haklar nazariyesine bir mahiyet farkı izafe etmektedir.

Nitekim müktesep haklara riayet mefhumuna devletler hususî hukukunun tam veya kısmî temeli olma mahiyetini tanıyan nazariyeler olduğu gibi (meselâ müktesep hakları devletler hususî hukukunun esas

temeli olarak gören Holanda ve Anglo - Sakson mülkicî nazariyeleri ile, bu hukukun kısmî temelini teşkil edeceğini iddia eden Pillet'nin üniversalite nazariyesi ve Niboyet'nin an'aneci nazariyesini zikredebiliriz.). Aynı tarzda müktesep haklar nazariyesini müteharrik bir kanunlar ihtilâfı mahiyetinde gören nazariyeler ile onun lüzumunu büsbütün inkâr eden nazariyeler müktesep haklar aleyhine yazı yazmış müelliflerin meyanına ithal edilebilir.

Durumu tavzih sadedinde önce lehteki, sonra aleyhteki nazariyeleri gözden geçirelim:

Müktesep haklara riayetin lehindeki nazariyeler :

Müktesep haklara riayet esası iki şekilde tecelli edebilir: Ya müktesep haklara riayet esası devletler hususî hukukunun tamamen temeli sayılır, yahut kısmen temeli...

İkinci şıkkın tahakkukunda mantıkan müktesep haklara riayet esasına dayanan hal çareleri kanunlar ihtilâfı için aranılan hal çarelerinden farklı olmalıdır. Bu suretle iki çeşit hal çaresi arasında meselenin dayandığı esastan neş'et eden bir zıddiyet mevcut sayılmalıdır. İşte zıddiyete dayanan Pillet'nin ve Niboyet'nin müktesep haklar nazariyelerini öne almamızın başlıca sebebi budur. Zira hal çarelerindeki zıddiyet zahir olursa müktesep haklara riayet esasının zarureti kendiliğinden tebellür eder.

Pillet :

Fransa'da bu bahsi kanunlar ihtilâfı bahsinden ayırt eden ilk hukukçu âlim Antoine Pillet olmuştur. Bu ayırmayı devletler hususî hukukuna ait bütün nazariyesi gibi devletlerin yekdiğerinin hâkimiyetine riayet vecibesine istinat ettirmektedir. Şöyle ki kendi dahilî mevzuatı ile muayyen bir hakkın ihdasında âmil olmuş olan devletin başlıca menfaati bu hakkın ecnebi memleketlerde tanınması suretile, hakkı hâkimiyetinin ve tebaasının beynelmilel ticarete iştirakinin tanınmasıdır. Bu kabil hakların tesirlerini men etmekte ecnebi memleketlerin menfaati yoktur. Devletin hakkı hâkimiyeti kendi ülkesine ve tebaasına tamamilen yabancı olan hukukî muamelelere hükmetmeğe kadar varmaz. Bu hususta yabancı kanunun tatbiki kendi kanunlarının otoritesine hâlel getirmez. Üstelik her iki devlet arasındaki münasebetlere hâlel getirilmeden bu hakların tesirlerine reddedemez. Halbuki bu hâlel getirmede hiç bir menfaati olamaz... Binaenaleyh kaide olarak, her devlet yabancı memlekette iktisap

edilmiş haklara riayet ve hürmeti temin etmelidir. Bu kaideyi devletler hususî hukukunun temellerinden biri olarak tavsif edilebilir¹³.

Parisli büyük hukuk bilgini Pillet'ye göre yabancı memlekette vuku bulmuş bir hukukî muameleden doğmuş bir hakkın dermeyanı mevzu bahis ise, kendisinden bir müeyyide beklenen hâkimin meşgul olacağı nokta hukukî muamelenin kendisi ve neticelerinden herhangi birisi itibarile mahallî âmme intizamını haleldar edecek mahiyette olup olmadığı araştırması olmayıp sözü geçen hukukî muamelenin muayyen bir hükmünün âmme intizamı ile kabili telif olup olmadığının tetkiki olacaktır. Temsil ettiği Devletin menfaatlerinin zarurî kıldığı bu tahkikatı daha ileri götürmek hâkimi muhik bir sebep olmaksızın ecnebi devletin istiklâline, hâkimiyetine dokunmak olur¹⁴.

Bu ifade tarzı Fransız jürisprüdansının mukaddem bir kararını izah etmektedir. Mes'ele ecnebi memlekette boşanmış olup 1878 tarihinde Fransada bir başka evlenme aktetmek isteyen ecnebi şahısları alâkadar ediyordu. Filhakika o tarihte Fransada boşanma yasak idi. Bu itibarla Fransızlar Fransada boşanamadıkları gibi bir ecnebi memleketinde boşanmaları halinde Fransız kaldıkları müddetçe Fransa nazarında el'ama evli sayılırlardı. Hattâ ecnebi şahısların dahi Fransada boşanmaları memnu idi. Mezkûr şahısların şahsî kanunun boşanmaya cevaz verip vermediğine bakılmazdı. Zira Fransada bir boşanma usulü muhakemesi mevcut olmadığı gibi böyle bir dâvaya teşebbüs etmek, Fransadaki boşanma memnuiyet kaidesini ihlâl eder, yani Fransız âmme intizamını ihlâl eder sayılırdı. İşte bu yüzden millî kanunları boşanmaya cevaz vermesine rağmen ecnebler Fransada boşanamazlardı.

Fakat ecnebi memlekette boşanmış olan şahısların tekrar evlenme hürriyetine halel gelmiyordu. Bunlar Fransada bile pek alâ evlenebilirlerdi¹⁵. Çünkü bu sefer Fransız hâkimlerinin hal ve fasl etmeğe memur edildikleri mes'ele boşanma muamelesinin âmme intizamını ihlâl edip etmediği ve ihlâl ettiği takdirde Fransız kanununun ecnebi kanununa kaim olması keyfiyeti değildi. Bu sefer bir tek mesele vardı, her nasılsa zeval bulmuş bir evlenmeden sonra evlilik hali zevale uğramış olan bir kimsenin tekrar evlenip evlenmediği meselesi vardı. Bunda Fransız âmme intizamını haleldar edecek bir vaziyet olmadığı için o şahıs tekrar evlenebilirdi. Yalnız şu şartla ki, evlenmesinin ecnebi memleketteki zevale uğrayışı selâhiyet bakımından muteber olsun. Binaenaleyh kazâi

13) Pillet: Principes de droit int. Priv. Sirey, Paris 1905, No. 284.

14) Pillet: Principes de droit int. Priv. Sirey, Paris 1905, No. 519.

15) Fr. Yargıtayı (cass. 15 temmuz 1878. Cl. 1878, s. 499).

salâhiyet kaideleri itibarile boşanma kararını salâhiyettar bir ecnebi mahkemesi vermiş olmalı idi. Ve aynı zamanda o mahkemede tatbik edilmiş kanun Fransız devletler hususî hukuku sisteminin nazarında yetkili sayılan kanunun yani tarafların millî kanunu olmalı idi ve bu millî kanun usulü dairesinde tatbik edilmiş olmalı idi. Millî kanun Fransız kanunu veya onun gibi boşanmayı men eden bir kanun olduğu hallerde evlenme zevale uğramış sayılmazdı. Evlilik baki idi. Fakat millî kanun boşanmayı tanıyan bir memleketin kanunu olduğu hallerde evlenme zail olmuş sayılırdı.

Demek oluyor ki, ecnebi memlekette vuku bulmuş olan hukukî muamelelerin Fransanın âmme intizamına olan tesiri değil de, bu muamele ile ecnebi diyarda iktisap edilmiş bir vaziyetin Fransada dermeyan imkânı araştırılıyordu. Bu hususî vaziyet Fransanın âmme intizamını ihlâl edecek bir vaziyet olmadığı için dermeyanı normal salâhiyet kaidelerine tâbi idi. Bu misalden anlaşılmalı olacağı veçhile müktesep hak teorisi âmme intizamı istisnasının şümül sahasını tayin ve tahdit eder.

Tabiatıyla görüldüğü gibi hâkim veya evlendirmeye memur olan makam yetkili kanunun usulü dairesinde tatbik edilmiş olmasına bakmalıdır. Binaenaleyh yine bir kanunlar ihtilâfı vardır. Fakat Maurice Bernard'ın dediği gibi¹⁶ ihtilâfın halen değil de mazide vuku bulmuş olması hukukî vaziyet üzerinde müessirdir. Zira geçmişe ait bir ihtilâf olduğundan mevzu bahis olan keyfiyet tatbik edilmiş olan kanuna basit bir bakıştır. Halbuki ihtilâf halen mevcut olsa idi asıl mânasile bir kanunlar ihtilâfı meselesi olurdu. Binaenaleyh müktesep haklar meselesi ihtilâfın unsurları toplu halde buldukları zamanda kendimizi tasavvur etmek suretiyle hallolunmalıdır. Ve yine Maurice Bernard ilâve ediyor, madem ki boşanmanın neticesi olan evlenmenin zevali keyfiyeti Fransanın âmme intizamını haleldar etmiyor, meselenin menşesinde mündemiç olan ihtilâfın tetkikinin başka zaman ve başka mekânda yapılmış olmasından bir güçlük zuhur etmediğine göre, müktesep hak âmme intizamı istisnasını tahdit etmektedir.

Maurice Bernard daha ileri giderek müktesep haklar meselesinin esas itibarile daima iki safha arzettiğini söylemektedir. Bu safhalardan birincisi ihtilâfın geçmişe ircaı safhasıdır. İkincisi usulü dairesinde iktisab edilmiş bir hakkın tesirleri meselesini halihazırda fasletme safhası.

Müellif şunu da ilâve ediyor ki, bu her iki safhanın beraberce nazarı itibara alınması için usulü dairesinde iktisab edilmiş hakların her mem-

16) Maurice Bernard: Principes de dr. int. priv. cl. 1906, s. 1070.

(Maurice Bernard, sözü geçen makale, s. 1071).

lekette tanınması prensibi lâzımdır. Bu prensip Pillet'nin nazariyesinde olduğu gibi hâkimiyetlere riayet esasına veya diğer bazı müelliflerin nazariyelerinde olduğu gibi ferdi hakkın bir tamamlayıcısı sayılması esasına dayansın netice fark etmez.

Maurice Bernard'a göre her iki safhanın nazarı itibare alınması şu itibarla önemlidir. Bazan esas itibarile ecnebi memlekette iktisab edilmiş bir durumun bazı tesirlerinin tanınmasına mukabil, diğer bazılarının tanınmaması halinde önemlidir. Nitekim bazı tesirler âmme intizamına münafi olup diğerleri değildir. Meselâ Fransada teaddüdü zevcadın memnu olmasına rağmen, kendi millî kanununun izni ile kendi memleketinde birden fazla zevce edinmiş bir kimsenin bu zevcelerden olan çocukları Fransada hep nesebi sahîh çocuklar olarak nazarı itibara alınacaktır. Fakat buna mukabil bu şahıs kocalık otoritesini icra için Fransız makamlarının yardımına mazhar olması şüphelidir.

Pillet'nin nazariyesi bu suretle müktesep haklar bahsinin kanunlar ihtilâfı bahsinden tefrikini, faydası itibarile tespit etmektedir. Görüldüğü üzere burada başlıca amelî fayda, normal olarak yetkili olan ecnebi kanunun âmme intizamı istisnasına rağmen yine tesirini göstermesidir.

Mamafih Pillet'ye göre böyle bir tesir ancak iki halde gerçekleşebilir.

1 — Hukukî münasebetler başlangıçta milletlerarası bir mahiyeti haiz olmadıkları halde;

2 — Ve hukukî münasebetlerin doğurduğu ihtilâf her memleket tarafından aynı hal suretine bağlanmış olduğu yani umumî olarak kabul edilmiş kaideler tarafından halli kabil olan ihtilâflar doğuran hukukî münasebetler mevzuubahis olduğu halde. Meselâ akitlerin şekline veyahut iradenin istiklâline taallük eden hukukî münasebetler gibi.

Bu hallerden gayri, Pillet, müktesep hakların nazarı itibare alınacağı diğer iki halden bahsetmektedir:

1 — Şahsî statüsü bahis mevzuu olan şahsın tâbiyet veya ikametgâhında değişiklik.

2 — Arazi ilhakı¹⁷;

Birinci hal olan tâbiyet veya ikametgâh değişikliğinde dahilî hukukta olduğu gibi statüye hâkim olan yeni kanunun derhal tatbiki esastır. Nitekim dahilî hukukta meselâ medenî mevzuat değişir ise aile hukukunu ilgilendiren meselelerde şahsın statüsünün tâbi olduğu hükümler derhal değişir. Meselâ bekârların evlenmeleri için lâzım gelen şartlar değişir. Tabiatile statünün kendisi meselâ bekârlık durumu

17) Pillet: Principes de dr. int. priv. s. 534, 538 ve 542.

değişmekle beraber, bunun gibi evlilere gelince, eşlerin yekdiğerine karşı olan hakları ve vazifeleri değişir, fakat evlenme münhasıran yeni kanunun kuvvetile zevale uğramaz.

Demek oluyor ki evvelce vücut bulmuş olan bir hukukî muamelenin meşruiyet şartlarını takdir hususunda hukukî muamelenin vücudu zamanında mer'î olan mevzuatı nazarı itibare almak lâzımdır. Başka ifade ile, eski kanuna göre yapılmış hukukî muamelelere hürmet esası mahfuz kalmak şartile yeni mevzuata uyulmalıdır. Kanunlar ihtilâfı sahasında da statüt personel'e ait mesailde tâbiyet değişiminden sonra şahıs yeni tebaası bulunduğu devletin aile hukukuna ait dahilî mevzuatına tâbidir. Meğer ki bu tâbiyet değişmesinin saiki evvelki tâbiyetin emrettiği sıkı kayıtlardan kaçınmak, yani kanuna karşı hile olsun.

Bunun gibi ikinci halde yani arazi ilhakı halinde, ilhak eden devletin mevzuatının peyderpey carî sayılma sırasına göre araziyi terk etmiş Devletin mevzuatı ile ilhak etmiş Devletin mevzuatı arasında bir tefrik lâzımdır. Binnetice mazi ile istikbali ayırmak iktiza eder. İlhak etmiş devletin kanunlarını geçmişe şamil olmamaları esasına ve bunun neticesi olan müktesep haklara riayet esasına itibar edilmesi gayet tabiidir.

Fakat şunu hatırdan çıkarmamalıyız ki, Antoine Pillet'nin nazariyesine göre ecnebi memlekette iktisab edilmiş bir hakkın tanınması için iki şartın gerçekleşmesi lâzımdır.

1 — Müktesep hak dermeyan edildiği memleketteki devletler hususî hukuku sistemine göre yetkili olacak bir kanuna riayet edilmiş olmalıdır.

2 — Yetkisi böylece taayyün etmiş bir kanunun gösterdiği usul ve şartlar dairesinde iktisab edilmiş olmalıdır.

Vakıa Antoine Pillet'nin devletler hususî hukuku sistemi cihanşümül olmak iddiasında idi. Bu sistemin dâvaları rüyet yerinin veya müktesep hakların dermeyan yerinin hukuku lehine olarak kabul ettiği tek istisna, o yerin dahilî hukukunca muayyen olan âmme intizamına hürmet esasıdır. Fakat kanaatimizce bu demek değildir ki, her memleketin devletler hususî hukuku kaideleri bir olmalı idi. Şayanı temenni olan bu son keyfiyet tahakkuk etmeden evvel bile her memleketin hukukçuları yetkili kanunu araştırırken kanunların içtimaî gayesini araştırmak zorundadırlar. Eğer çatışan kanunlar arasında gayesi itibarile muayyen bir devletin hâkimiyetini daha çok ilgilendiren bir kanun var idise o kanunu seçmek daha doğru olacağına göre bu alâkalı memleketin tayininde rol oynayan keyfiyet hukukçuların kanunlarının içtimaî gayesini tayindeki görüşüdür, ki neticede görüşlerin memlekette memlekete ayrılması halinde yine sistemlerin ayrılmasına müncer olmaktadır. Binaenaleyh yine ilk şart

lex fori'nin sistemine uymaktır. Bunun içindir ki Antoine Pillet sistem ayrılıklarını doğurmayan meselelerde bilhassa müktesep hakları tanımaya meyil gösteriyordu.

Niboyet :

Niboyet'ye göre hakkın ihdası safhasını hakkın tesirlerinin icrası safhasından ayırmak lâzımdır. Bunun iki faydası vardır: 1 - Mülkîlik esasının mahzurlarını gideriyor. Zira bir memlekette başka bir memleketin mülkî karakter taşıyan kanunlarına istinaden haklar ihdas edilemez. Fakat, ecnebi memlekette ihdas edilmiş bu kabil hakların tesirleri tanınabilir. Demek oluyor ki mülkî ahkâma ait mes'eleler hak iddiası safhasında lex fori'ye tâbi iken, müktesep haklar safhasında lex loci'ye tâbidirler. Yani lex fori'ye lex loci kaim oluyor. 2 - Bazı hallerde âmme intizamı istisnasının men edici tesirleri yalnız hakkın dermeyan yerinin aynı zamanda hakkın ihdası yeri olduğu hallere yani müktesep hakların mevzu bahis olmadığı hallere mahsustur. Bu suretle diyebiliriz ki müktesep hak iddiası âmme intizamı istisnasının tatbik hallerini tahdit eder.

Hakkın beynelmilel tesirinin bahis mevzuu olması için hudut keyfiyeti, hakkın yaratılış safhası ile dermeyanı safhası arasında yer almaktadır. Ya iktisab edilişinden sonra hak sahibi başka memlekete gider, yahut hak mevzuu olan şey orada ise hakkın mevcudiyetini dermeyan etmek mecburiyeti hasıl olur ve böylece hakkın beynelmilel tesiri safhasına geçilmiş olur.

Niboyet'nin görüşü kanunlar ihtilâfı ile müktesep haklar arasındaki zıddiyeti pek güzel tebarüz ettiren bir görüştür. Niboyet'ye göre bu zıddiyet şöyle izah edilebilir. Kanunlar ihtilâfının dâvanın rüyet edildiği memlekette bir hakkın doğması için hangi kanuna bakılacağını araştıran bir bahis iken, müktesep haklar bahsi dâvanın rüyet edildiği memleketin kanunlar ihtilâfı sistemine göre yetkili kanun olarak tayin edilen kanunu isdar etmiş olan memlekette usulü dairesinde iktisap edilmiş bir hak ile ilgilidir.

Fakat yetkili kanunun tayininde önemli olan keyfiyet kanunların ülke üzerindeki hâkimiyetleridir. Mülkîliğe istinaden böyle bir müktesep haklar nazariyesi aynı zamanda mülkîlik mefhumunu hem geliştiriyor, hem daha mükemmel bir hale kalbetmektedir. Şöyleki mülkîliğin bir mutlak bir de tahfif edilmiş şekli olabilir. Birinci halde hâkim her rüyet ettiği dâvaya mutlaka kendi kanununu tatbik eder. Bunda ne tarafların tabiiyet veya ikamet yerlerini, ne hukukî muamelelerin veya hukukî fiillerin cereyan ettiği yeri, ne aynı hakların edinildiği yeri nazarı itibare alır.

Halbuki bu tarzdaki mülkilik eşhasın haklarını ihlâl etmek suretile milletlerarası ticarî münasebetleri sekteye uğratar.

İşte o bakımdan daha elverişli bir formül olmak üzere hafifletilmiş veya modern hale getirilmiş mülkilik esasını ikame edilmiştir. Yeni mülkilik esasına göre yetkili kanun mutlaka dâvanın rüyet yeri kanunu (Lex fori) olmayıp, hukukî münasebeti doğuran hukukî hâdisenin vuku bulunduğu yer kanunudur, (lex loci) dir ve bazen o yer dâvanın rüyet yeri kanunu, bazen bir ecnebi kanunu olur. Bu formüle göre madem ki hakkı doğuran hâdisenin vuku bulunduğu yer yetkilidir. O yerin kanununa göre usulü dairesinde iktisab edilmiş olan hak başka bu mülkilik tarzını esas olarak alan başka memleketlerde tanınmalıdır. Bu suretle hakkın ihdası ile tanınması ayrı meseleler olarak nazarı itibare alınır.

Müktesep hakkın milletlerarası tesirinin temini için iki başlıca şartın tahakkuku gerekir; bu şartlardan birincisi Devletler hukukuna, ikincisi dahilî hukuka aittir.

Birincisine göre, hak, dâvanın rüyet edildiği veya dermeyan edileceği yerin devletler hususî hukuku sistemine göre yetkili sayılan memleketin kanununa göre iktisap edilmiş olmalıdır. Binaenaleyh dermeyan yerinin sistemi bu mevzuda önemli olup eğer fiilen hakkın doğduğu yerin kanunu dermeyan yeri tarafından yetkisiz sayılıyorsa sözü geçen hak dermeyan edilmiyecektir. Fakat buna mukabil doğmamış bir hakkın dermeyanı mümkün değildir. Zira Niboyet'ye göre her memleketin devletler hususî hukuku kaideleri tek taraflıdır. Bu itibarla her hakkın, her hukukî münasebetin bir vatani vardır. Bazı hallerde hukukî münasebet ya çift tâbiyetli yahut ta vatansız olduğu vâkidir.

Hukukî münasebetin bir memlekete olan bağlantısını ancak o memleketin kanunlar ihtilâfı sistemi tayin eder. O memlekete ait değilse ya ecnebi, ya vatansız olur. Hangi ecnebi memlekete mensup olduğunu prensip itibarile sistem bildirmez, onu ancak alâkalı ecnebi memleketin sistemi bildirir. Yalnız üç halde dermeyan yeni sisteminin müdahalesi mümkündür: 1 - Hukukî münasebet vatansız ise; 2 - Muzaaf tabiiyetli olup bunlardan biri hakkın dermeyan edildiği yerin tabiiyeti ise; 3 - Muzaaf tâbiyetli olup bu tabiiyetlerden her ikisi dermeyan yerine yabancı ise.

Hukukî münasebetin vatansız olması selbî bir ihtilâfa meydan vermesi demektir ki atfı davet eden bir durumdur.

Diğer iki halde vücutî ihtilâf vardır. Bu hallerden ilkinde lex fori tatbik edilir. Sonuncusunda dermeyan yerinin sisteminde gösterilen hal çaresine en çok benzeyen bir hal çaresini ihtiva eden sistem tercih edilir.

Şimdi keyfiyeti müktesep hakların milletlerarası tesiri ölçüsüne vuracak olursak yerli kanuna tâbi olacak hukukî münasebetler için mesele yoktur. Hakkın ihdası değil de tanınması mevzuubahis olsa bile yine yerli kanuna riayet edilmiş olması aranır.

Fakat hakkın ihdası için muayyen bir hukukî münasebetin yerliliğini yerli kanuna tâbi olmağını âmme intizamı mülâhazası ile iddia eden Devlet hakkın tanınması için bu kabil bir münasebeti yabancı ve ecnebi kanununa tâbi sayabilir.

Nitekim boşanmayı talep etme hakkını uzun zaman reddetmiş olan Fransa böyle bir talebi Fransa ülkesi üzerinde her ne kadar şahıslar ecnebi olsalar bile Fransız kanununa göre memnu sayardı. (Âmme intizamı mülâhazası ile). Fakat ecnebi kendi memleketinde boşandıktan sonra Fransaya gelip evlenmesi zeval bulmuş bir şahıs olarak evlenebilirdi.

Hak yaradılma safhasında hukukî münasebet vatansız ise tek dereceli atıfla bir memlekete bağlanır. Bu suretle o da muayyen tâbiyetli bir hukukî münasebet olur. 3 üncü bir Devlet kendini yetkili saymamış ise pek alâ bu yeni tabiiyeti kabul eder. Nitekim bir İngiliz'in Brezilya'da vâki nikâhını Fransa tarafından kabule şayan sayılabilir.

Buna mukabil iki memleketin Devletler hususî hukuku kaideleri arasında muayyen bir hukukî münasebeti kendi kanunların hâkimiyetine tâbi kılmak hususunda vücut ihtilâf olursa, aynı münasebetin müktesep haklar safhası bir üçüncü Devlet ülkesinde tezahür ederse, üçüncü Devletin kanunu da sistemi itibarile bu işte bigâne ise, yapılacak şey o iki memleketin sistemlerinden üçüncü Devletin sistemine (Devletler hususî hukuku sistemine) en çok benzeyen sistemi olan memleketin kanununu seçmektir. Bu suretle görülüyor ki Niboyet'nin terviç etmiş olduğu (Unilatéralité) tek taraflılık esas müktesep haklar bahsinde hakkın doğuşu ve dermeyanı safhalarının tefriki esas ile birleşince iki dereceli atfa yol açıp dermeyan yerinin devletler hususî hukuku kaidelerini bu yolda tadil etmektedir.

Aynı tarzda bir tâdile miras bahsinde tesadüf etmekteyiz. Filhakika miras yolu ile intikal etmiş bir menkulün intikal esnasında bulunduğu memlekette başka yere sonradan vuku bulan nakli ile, kendisine o mal intikal etmiş kimsenin iktisabına hâlel gelmeyeceğini Niboyet belirtmektedir¹⁸. Bundan anlaşılacağı üzere bir yerde oranın Devletler hususî hukuku sisteminin miras için tayin etmiş olduğu kanunun gösterdiği memleketin dahilî hukukuna göre intikal etmiş mülkiyeti, devletler hususî

18) Pillet ve Niboyet: Manuel No. 548 - 549, Paris 1924, Répertoire (Dr. acq. No. 74 ve m.).

hukukunun sisteminin farklı olması dolayısıyla menkulün nakledildiği yer inkâr edemez.

Binaenaleyh müktesep haklar safhasında miras için yetkili kanun evvelemirde menkulün bulunduğu yer olup, ancak o yerin Devletler hususî hukuku muayyen bir devletin dahilî kanunu yetkili sayıyorsa o kanun intikale hükmedecek ve miras hakkı her yerde muteber olmak üzere iktisab edilecektir. Yani müktesep mirasta iki dereceli atfa itibar edilecektir. Şu şartla ki ilk yetki *lex loci de* veya başka ifade ile intikal zamanındaki *lex repositac*'da olacaktır.

Ecnebî dahili hukuku bakımından olan ikinci şart hakkın hakikaten iktisap edilmiş olmasını âmirdir. Yetki hususunda hakkın doğduğu iddia edilen yer ile dermeyan yeri uyuşmuşlarsa, yetkisi taayyün eden kanuna riayet şarttır. Karakteristik bir misal olarak Niboyet şunu zikrediyor: Bazı memleketlerde katoliklerin evlenmesi münhasıran kilisede cereyan etmelidir. Ancak diğer din veya mezheplerin salikleri sivil bir makam önünde evlenebilirler. Böyle bir memlekete gitmiş iki Fransız katolik nişanlının o memlekette sivil makamın önünde evlenmiş olmaları halinde tabiatile o memleketin nazarında evlenme vuku bulmamıştır. Fakat katoliklerin dahi sivil memur önünde evlenmelerini emreden Fransa, bu iki tebaasının hareketini kabul ederek evlenmelerini muteber sayacak mıdır? Niboyet bu suale menfi cevap veriyor .Zira müktesep hak (evli şahıs statüsü) iddia etmek için şekil ve merasim hususunda yetkili olan mahallî kanuna göre sözü geçen statü iktisap edilmemiştir.

Müktesep hakların himayesi için aranan şartları bu suretle tespit ettikten sonra Niboyet bu şartlardan istihraç edilebilecek kayıtlara geçiyor. Şöyleki müktesep hak, iktisap edildiği yerin mevzuatı ve dermeyan edildiği yerin mevzuatı ile takyid edilmiştir.

İktisab yeri olan ecnebi memleketin mevzuatının hak ihdası esnasında hak sahibine tanıdığı salâhiyetlerden fazlası iddia edilemez.

Dermeyan yeri hukukunca himaye edilmiş âmme intizamına halel getirilemez. Meselâ İngilterede (mort - gage) tarzında tesis edilmiş menkul rehinleri, teslim şartına tâbi değilse de böyle rehnedilmiş bir menkul sonradan Fransaya sevk edilirse bu menkulün üzerindeki rehne itibar edilmez. Zira Fransada bulunan bir menkul üzerinde teslimsiz rehin âmme intizamını ihlâl eder, ticarî emniyeti selbeder.

Halbuki İsviçre'de çalınmış bir menkulü, yine İsviçre'de satın almış hüsnüniyet sahibi alıcı, mademki beş sene müddetle bir istirdat dâvasına maruz bulunuyor, menkulü Fransaya getirmekle bu müddeti Fransız mevzuatında yazılı olan üç senelik müddete indiremez. Ancak Fransada başka bir hukukî muamele cereyan ederse, yani menkul hüsnüniyet sahibi

bir diğer şahsa satılırsa eski hüküm kalkar, müddet üç sene sonra sakıt olur.

Neticede Niboyet'nin görüşünde müktesep hakları, alelâde kanunlar ihtilâfından tefrik etmek icabeder. Bu görüşte müktesep haklar mülkîlik esasına elverişli bir temel haline geliyor ve aynı zamanda Pillet'nin görüşü gibi Devletin hâkimiyetine dayanıyor. Zira bütün mevzu âmme hukukuna aittir. Hâkimiyetin tecellisi olarak teşriî yetkinin sahasını tayin¹⁹ onun Pillet'den farkı şudur: Pillet miras hukukunda atfa önem vermiş olmasına rağmen atfı esas itibarile reddetmektedir²⁰. Halbuki Niboyet tek taraflılığı öne sürmekle müktesep haklar bahsinde atfı kabul edip miras ve ecnebi ilâmlardaki vaziyeti izah etmiş oluyor²¹.

De Vareilles - Sommières :

Yeni Fransız ekolünün öncüsü sayılan De Vareilles - Sommières devletler hususî hukukunun sentezini yaparken bütün kanunlar ihtilâfını iki ana kaideye irca etmişti: 1 - Esas olarak her hukukî fiil vuku bulunmuş olduğu memleketin kanununa tâbidir. 2 - İstisnaen hal ve ehliyet şahsın millî kanununa tâbi olur. Esas kaide, kanunların geçmişe şamil olmaması prensipine uygun bir kaide olup müktesep hakları teminat altına almaktadır. İstisna ise ecnebilerle bazı hususlarda ticarî münasebeti kolaylaştırıp memleketin menfaatine hizmet eden ecnebi kanunlar lehine bir keyfiyetin tezahürüdür²².

Birinci kaideye göre, bu Devletin ülkesinde tekemmül etmiş bir hukukî muamelenin o Devletin kanunlarına göre iktisab etmiş olduğu kıymeti bütün diğer devletlerce iktisap yerinin kanunlarına göre takdir edilir.

Vakıa her memlekette aynı neticeleri doğurmıyacaktır. Fakat hukukî muamelenin sahih olup olmadığı keyfiyetini ülkesi hukukî muamelenin tekemmülüne sahne olmuş olan Devletin kanunu tayin edecektir. Tesir itibarile diğer devletin ülkesi üzerinde tekemmül eden aynı neviden ve aynı kıymetteki hukukî muamelelerin husule getirdikleri neticeleri hasil eder.

Binaenaleyh, bir Devletin mahkemelerinden biri tarafından usulü dairesinde verilmiş kararların diğer bütün devletler nazarında muteber ve kaziyei muhkeme kuvvetini haiz olduklarına hükmetmeliyiz.

19) Niboyet. Cours, s. 10.

20) Pillet ve Niboyet: Manuel, No. 316, 548 - 549.

21) Niboyet: Cours, No. 389, 393, 496 - 498, 712.

22) De Vareilles Sommières: Cl. 1900, s. 10 v. m.

Fakat bu ecnebi kararları, yerli mahkemelerin verdikleri kararlardan fazla bir tesir husuler getirmezler. Binaenaleyh hakkın mevzuu olan şeyin veya mütalebeye muhatap olan şahsın buldukları mahallin mevzuatının reddettiği veya tanımadığı bir hakkı taraflar ihraz edemezler.

Bu ecnebi kararları yerli mevzuatın kabul etmediği bir icra tarzını şart koşamazlar.

Bundan başka Devletin kendi ülkesi üzerinde vâki muamelelerin kıymetini dünya muvacehesinde tayin etme hakkı tabii hukuka âşikâr surette mugayir bir takdirin mevcudiyeti halinde artık nazarı itibare alınmaz. Aksi halde ahlâka veya adalete mugayir olarak bir devlet tarafından verilmiş bir karara uymakla diğer devlet bu adaletsizliğin hemfiil-leri olur.

Muayyen bir Devletin ülkesi üzerinde yapılmış bulunan hukukî muamelelerin cihanşümül kıymetine bir de hal ve ehliyete müteallik kanunî hükümlere has olan prensipler engel olabilir²³.

De Vareilles Sommières'in bu nazariyesi müktesep haklara riayet esasını kanunlar ihtilâfının esas kaidelerinin temeli mevkiine koymuştur. Fakat dikkate şayan bir nokta varsa şudur ki, müktesep haklar bahsi diye ayrı bir bahis açıp o bahse girecek mes'elelere mahsus kaideleri araştırmaya bu bakımdan kanunlar ihtilâfı bahsi ile müktesep haklar bahsi tefrikini ileri sürmüş olan Pillet ve onu bu yolda takib etmiş olan Niboyet'den ayrılmaktadır.

Bu nazariyede kanunlar ihtilâfı ve müktesep haklar tefriki olmakla beraber, kanunlar ihtilâfı kaidelerinin tertibi müktesep haklara da elverişli olacak şekilde ayarlanmıştır. Bilhassa aynı haklara müteallik hususlarda bu keyfiyet dikkati çekmektedir.

Göze çarpan bu ayarlamamanın giriş bahsimizde tespit etmiş olduğumuz beş ayrı nokta üzerinde tekâsüf etmiş olduğunu iddia edebilir miyiz? Kanaatimizce bu suale menfi cevap vermemiz lâzımdır. Çünkü De Vareilles Sommières'in kendisi şunu ifade etmiştir ki hal ve ehliyete müteallik ahkâm için hukukî muamelâtın cihanşümül tesiri bir engel ile karşılaşır.

Bu suretle hukukî muamelelerin cihanşümül tesiri yani başka ifade ile kanunî hükümlerin geçmişe şamil olmamaları ve binnetice müktesep hakların korunmuş olması, münhasıran hal ve ehliyetten gayri mevzulara taallûk eden kanunî hükümler için mevzuu bahistir.

Atıf, âmme intizamı, miras hukuku, müteharrik, (mütehavvil), ihtilâflar ve toprak ilhakı mes'eleleri olmak üzere sıralamış olduğumuz kanunlar ihtilâfı kaidelerini müktesep haklar için tâdil ettiren mes'elelerden ancak

23) De Vareilles Sommières: Cl. 1900, No. 68, 69, 70, 72, 73.

ahkâmı şahsiyeye yabancı olan kısımlarını De Vareilles Sommières'in nazariyesi ayarlıyabilir. Tabiatıyla bu ayarlama dermeyeran yerlerinin mevzuatına da riayetkârdır. Şöyle ki cihanşümul bir hürmete mazhar olan yani ülke dışı (extra - territorial) bir tesiri haiz olan keyfiyet yapılmış hukukî muamelelerin muteber olup olmaması keyfiyettir. Yoksa o muamelelerin neticesi olarak edinilen mutalebe yetkilerinin nev'i ve şümulü dermeyeran yerinin mevzuatı ile mukayyettir.

Bu durum birbirini takip eden iki lex locinin (hakkın ihdası yeri kanununun ve hak mevzuu olan şeyin muahharan nakli dolayısıyla başka bir yer olan dermeyeran yeri kanununun) birbiri ile olan münasebetlerini, yetki sahalarını, tespit etmeğe yarar. Hattâ eşya nakli olmadan fakat hükümranlık tebdili hali olan arazi ilhakı meselelerini hal etmek için kullanılacak bir hal çaresidir. Zira esas itibarile iki lex loci demek iki hükümranlık ve aralarında geçmişe teşmilsizlik esası demektir ki arazi ilhakında da vaziyet budur.

Fakat acaba arazi ilhakının ahkâmı şahsiyeye taallük eden neticeleri için ve bunun gibi ecnebi diyarda edinilmiş haklara karşı dermeyeran yerinin âmme intizamı istisnasının tesir derecesi için aynı kriter kabili tatbik midir?

Kanaatimizce esas itibarile iki hükümranlık ve geçmişe teşmilsizlik esasını kullansak bu mes'eleleri de kolayca halletmiş oluruz. Fakat De Vareilles Sommières'in hal ve ehliyet müteallik muamelâtı umumî prensipten istisna etmesi bizi bu hususta az çok tereddütte bırakmaktadır. Şöyle ki zımnen istidlâli lâzım gelen bir hal çaresini sarahat yüzünden nazarı itibare alamamak mevkiindeyiz.

Vedat Raşit Sevig