

AHKÂMI ŞAHSİYE DÂVALARINDA TÜRK MAHKEMESİNİN YETKİSİ

(Devletler Hususî Hukuku bakımından)

Prof. Dr. Vedat Raşit SEVİG

G İ R İ Ş

1. — Devletler Hususî Hukuku adını taşıyan Hukuk dalı, milletlerarası hayatın hususî hukuk münasebetlerini yetkili mahkeme ve yetkili kanun tayin etmek ve tabiiyet ile yabancıların hukukî durumu mes'elelerini icabederse çözümlenmek suretile düzenler. Bu düzenlemeyi sağlayan hükümler çoğu kere her Devletin tek taraflı olarak koymuş olduğu kurallardan ibarettir. Devlet böylece milletlerarası hukuku düzeninin bir çeşit kanun koyucusu durumuna geçmiş olmaktadır. Devlet bu görevini yerine getirirken kanunun bazı özelliklerine dikkat etmek zorundadır. Bunlar Devletler Hususî Hukukunun amaçlarıyla ilgili olan şu özelliklerdir:

Devletlerin egemenliklerine karşılıklı saygı, milletlerarası münasebetlerde kolaylık, kişilerin haklarında ve statülerinde istikrar (kararlılık), dır.

Türkiyenin ahkâmı şahsiye dâvaları bakımından Türk Mahkemelerine tanımış ve sağlamış olduğu yetki alanı Devletler Hususî Hukukunun bu özelliklerinin bugünkü belirti ve zaruretlerine uygun olup olmadığı konusunu incelemek için bu yazıyı kaleme almış bulunuyorum.

Bilindiği üzere bugünkü yargılama yetkisi (kazâ selâhiyet) sistemimiz, ahkâmı şahsiye mes'elelerinde, ilgililerin yabancı olması halinde esas olarak Türk mahkemesinin yetkisizliğini kabul eder. Buna karşılık Türklerin ahkâmı şahsiye dâvaları için Türk mahkemesine inhisarî bir yetki tanımıştır. Hattâ bunu sağlamak üzere başkaca yetkili bir Türk mahkemesi bulunamazsa Ankara mahkemesinin yetkili olacağını açıklamıştır (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 18).

Bu iki durumun bugünkü ihtiyaçlara cevap verip vermediğini kestirmek ve bu hususta ileri sürülebilecek teklifler olup olmadığını tesbit etmek bu yazının esas konusunu teşkil edecektir.

Vatandaşlarımızın Batı Avrupa memleketlerine akın ettiği bu devrede bu mes'eleyi nazara almak kanaatimce bir zarurettir.

İncelemedeki konular sırasıyla şunlar olacaktır: Birinci Kısım: Bugünkü Durumun Teessüsü; İkinci Kısım: Bugünkü Durumda Ahkâmı Şahsiye Kavramının Şümülü; Üçüncü Kısım: Bugünkü Durumun, Bugünkü İhtiyaçlara İtibak Ettirilmesi Çareleri. Bir de özetleyici sonuç.

BİRİNCİ KISIM

Bugünkü Durumun Teessüsü

(*Ahkâmı şahsiye dâvalarında Türk Mahkemesinin yetkisi bakımından*)

GENEL BİLGİ

2. — Yürürlükte olan sistemimizin esas kuralı şudur ki, Türklerin ahkâmı şahsiye dâvaları için yegâne yetkili mahkeme Türk Mahkemesi olmasına karşılık yabancıların ahkâmı şahsiyeye müteallik dâvaları hakkında Türk Mahkemesi ancak bazı şartların gerçekleşmesi halinde yetkilidir.

Bu durumu, Yabancıların hak ve vazifelerine müteallik 1330 (1915) tarihli Muvakkat Kanun (Memaliki Osmaniyede mukim tebaayı ecnebiyenin hukuk ve vezaifine müteallik 23 Şubat 1330 tarihli Kanunu Muvakkat) ile Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 18. maddesi gayet iyi belirtilmektedirler.

Adı geçen muvakkat kanunun 4. maddesi şöyledir: «Teb'ayı ecnebiyeye müteallik ve emvali gayrimenkuleye ait bilcümle deavi ile mevaddı sairei hukukiye ve ticariye ve cezaiye dâvaları teb'ayı osmaniye alâkadar olmazsa dahi mehakimi devleti aliyede kavanin ve nizamat ve usulü osmaniyeye tevfikân rüyet olunur. Şu kadar ki, gayri müslim teb'ayı ecnebiyeye müteallik olup da akit ve feshi nikâh ve tefriki ebdan ve übuvvet ve nesep ve tebenni gibi hukuku aileye ve rüşd ve mezuniyet ve hacir ve vesayet gibi ehliyet ve emvali menkuleye ait vasiyet ve terekelere müteallik bulunan dâvaların mehakimi osmaniyede rüyet edebilmesi tarafeynin birrıza müracaatına veya tebayı osmaniye'nin alâkadar bulunmasına veyahut mehakimi osmaniyede dardesti rüyet deaviye müteferri olmasına mütevakkıftır ve bu suretle intizamı âmmeyi devlete mugayir ol-

mamak şartile alâkadaranın hükûmeti metbuaları kavaninine ve ihtilâfı kavanin halinde hukuku hususiyei düvel kavaidine tevfikan muamele olunur.»

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 18. Maddesi der ki: «Türkiyede ikametgâhı bulunmıyan Türk tebaası sakın değilse ahkâmı şahsiye noktasından Türkiyedeki son ikametgâhı mahkemesine ve bulunmadığı halde Ankara Mahkemesine tâbidir.»

3. — Bu maddelerdeki esası, Lozan Andlaşmasına merbut İkamet ve Adli Selâhiyet Sözleşmesinin 16. maddesinde¹, Lehistanla 23 Temmuz 1923 de Lozanda imzalamış olduğumuz İkamet Sözleşmesinin 10. maddesinde², A. B. D. ile 6 Ağustos 1923 tarihinde Lozanda imzalamış olduğumuz Andlaşmanın 8. maddesinde³, Avusturya ile 28 Ocak 1924 de İstanbulda imzalamış olduğumuz İkamet Sözleşmesinin 10. maddesinde⁴, Bulgaristan ile 18 Ekim 1925 de imzalamış olduğumuz İkamet Sözleşmesinin 10. maddesinde⁵ az farklarla bulabiliriz.

Bunun gibi Türkiyenin Almanya⁶, İtalya⁷, Lehistan⁸ ve sair memleketlerle⁹ imzalamış olduğu Konsolosluk Andlaşmalarında da bu sefer menkul tereke mevzuunda bu esas yine teyit olunmuştur.

A — 1330 tarihli Muvakkat Kanunun kabul tarzı.

4. — Memaliki Osmaniyede Mukim Tebaayı Ecnebiyenin Hukuk ve Vezaifi Hakkında 23 Şubat 1330 tarihli Kanunu Muvakka-

1) Düstur 3. tertip, cilt 5 s. 67; Bu Sözleşmenin süresi 7 yıl idi. 13 Ağustos 1931 tarihinde sona ermiş bulunmaktadır.

2) D. 3. ter. c. 5 s. 204; 29 Ağustos 1931 tarihli Sözleşme bunun yerine geçmeğe matuftur.

3) Muahedet Mecmuası cilt I.

4) D. 3. t. c. 5 s. 599; Bu Sözleşme 2 ncı Cihan Harbinden sonra tekrar yürürlüğe konmamıştır. Kaldı ki Adli, Medeni ve Ticari Sahalardaki Karşılıklı Münasebetlere ve Adli Kararların Tenfizine dair Mukavelenamenin birinci maddesile mahalli mahkemelerin her hususta yetkili olacağı kabul edilmiştir (1930 da imzalanmış olan bu Sözleşme, D. 12 s. 967, 1950 de tekrar yürürlüğe konulmuştur).

5) D. 7, s. 1376.

6) D. 11, s. 1148.

7) D. 12, s. 264.

8) D. 8, s. 1258.

9) Arnavutluk Bak. Düstur. 3. ter. c. 9, s. 306; Macaristan 18 Haziran 1938 tarihli Konsolosluk Mukavelenamesi D. 12, s. 126; Sovyet Rusya: Düstur 3. tertip c. 6, s. 257.

tin halen yürürlükte olduğunu Ord. Prof. Muammer Raşit Sevig ispat etmiştir.¹⁰ Bugün doktrin¹¹ ve Türk Mahkemeleri İçtihadı² bu fikri benimsemiş bulunmaktadır.

Bu muvakkat kanunun I ci Cihan Harbi esnasında yürürlüğe konulmasından sonra Mütareke yıllarında ve Lozan Muahedesi müzakereleri esnasında ne gibi durumlarla karşılaşmış olduğunu incelemek bu kanunun ve getirmiş olduğu esasların önemi hakkında bir fikir verir.

23 Şubat tarihli Muvakkat Kanun denilen teşrii belgenin neşri tarihinde yürürlükte olan Kanunu Esasının 36 ncı maddesi «Heyeti Vükelâ'ya, Meclisi Umumî münakit olmadığı zamanlarda Devleti bir muhataradan veya emniyeti umumiyyeyi halelden vikaye için muvakkaten kanun hüküm ve kuvvetinde kararlar» vermek yetkisini tanımıştı. Tabiatile meclisin toplanmasına vaktin gayri müsait olması lâzım geldiği gibi bu kararların Kanunu Esasî hükümlerine aykırı olmaması ve ilk içtimada bu kararların Heyeti Mebusana tevdi gerekmekteydi.

Gerek Kapitülasyonların tek taraflı olarak Osmanlı Hükûmeti tarafından ilgası kararnamesi gerekse atılan bu sakat, muzur ve haysiyet kırıcı rejimin yerine âdil, ve faydalı modern esaslara göre yabancıların haklarını ve vazifelerini bildirecek kuralları kapsıyan 23 Şubat 1330 tarihli Muvakkat Kanun bu usule göre verilen kararlardandır.

Kapitülasyonların ilgasına ait kararnameyi Meclisi Meb'usan tasdik etmişti fakat Ecnebilerin Hukuk ve Vezaifi Hakkındaki Kanunu Muvakkat Meclisin gündeminde kalmıştı. Bununla beraber Meclis tarafından reddedilmediği için ve Kanunî Esasî'ye aykırı olmadığına göre bu muvakkat kanun hükmüne yürütegelmekteydi. Bu durum da zaten Kapitülasyonların ilgasına müteallik kararın Meclisi Meb'usan tarafından tasdiki keyfiyeti tamamiyle uygun idi.

10) T. C. Kanunlar İhtilâfı Kaidelerinin Sentezi, İst. 1941 s. 18.

11) *Belgesay*, Mustafa Reşit, D. H. H. da Adliye, İst. 1938; *Berki*, Osman Fazıl D. H. H. Ankara 1959; *Berki*, Şakir: Tatbiki D. H. H. Ankara 1950; *Birsan*, Kemaleddin D. H. H. (Tâbliyet, Yabancılar Hukuku) İst. 1936; *İleri*, Suphi Nuri, Yasaların Çatışması, İst. 1934; *Metva*, Nusret, D. H. H. ders notları, Ankara 1939; *Sevig*, Muammer Raşit, adı geçen Sentez, D. H. H. İst. 1947; *Sevig*, Muammer Raşit - *Sevig*, Vedat Raşit, D. H. H. İst. 1962; Yörük, Abdülhak Kemal, Nazari ve Ameli D. H. H., İst. 1937 ve Kanunlar İhtilâfı, İst. 1950.

12) Bakınız Kitaptan Not. 109 ve 110.

Millî İstiklâl Savaşı Yıllarında Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükûmetinin 16 Mart 1336 tarih ve 7 No'lu Kanunu sözü geçen tarihten sonra İstanbul Hükûmetince müttehaz mukarreratın tanınmıyacağını beyan etmiştir. Bu beyan bu tarihten evvelki Osmanlı Hükûmeti Kararlarının Ankara Hükûmetince cari ve mer'i sayıldığına delil teşkil eder. Nitekim yeni kanun yapılmadıkça hep o devirden kalma mevzuat ile amel olunmuştur.¹³

B — Lozan.

Bununla beraber İstanbulu işgal etmiş olan (16 Mart 1920) Devletler kendi bildikleri gibi kapitülâsyonlar rejimini daha da şiddetlendirmişlerdi ve bunu Sevres Andlaşmasıyla zorla kabul da ettirmek istiyorlardı.

Kurtuluş Harbinin, Türk Ordusunun eşsiz zaferiyle neticelenmesi üzerine Lozanda toplanmış olan Barış Konferansında en çok mücadele mevzuu olmuş bulunan hattâ Konferansın kesilmesine sebep olmuş bulunan konu kapitülâsyonlar rejimi mes'elesi olmuştur. O zaman başdelegemiz olan İsmet İnönünün savunduğu Türk tezi şu idi ki: «Kapitülâsyonlar mülga olduğuna göre Türkiyenin alâkalı devletlerle ilerideki münasebetleri, kapitülâsyonlara tâbi olmayan devletler arasındaki münasebetleri idare eden prensiplere göre tanzim etmek» yegâne tutulacak makûl yoldu.

Uzun ve çetin müzakereler sonunda ve konferansın inkıtaa uğramasından sonra Lozan Barış Andlaşması imzalandı. Bu andlaşmada Kapitülâsyonların ilgası bütün mümzi devletlerce ilân olundu (24 Temmuz 1923). Bu andlaşmaya merbut olarak bizim Yabancıların hak ve vazifeleri hakkındaki muvakkat kanunumuzun hükümlerine çok yakın hükümler ihtiva eden Lozan İkamet ve Adli Selâhiyet Sözleşmesi imzalanmıştır. Bunun 16. maddesi şöyledir:

Madde 16 — Türkiye ile diğer düveli âkide arasında mukarrerdir ki ahkâmı şahsiye mevadında yani nikâh, iştiraki emvali zev-

13) Hattâ 1956 tarihli Türk Ticaret Kanunumuzun 42 nci maddesinin son fıkrası, ecnebi anonim ve sermayesi eshama münkasem şirketlerle ecnebi sigorta şirketleri hakkındaki muvakkat kanunun 7 ile 15 nci maddeleri arasındaki maddelerinin mahfuz olduğunu beyan eder. Bu keyfiyet bu kabil muvakkat kanunların yürürlükte devam edebildiklerine kuvvetli bir delil teşkil eder. *Sevig*, Vedat Raşit, İst. Bar. Der. Sigorta Şirketlerinin Murakabesi Kanunu ve D. H. H. İst. Bar. Der. 1960, sayı 7 - 8, s. 265 - 278, Burada adı geçen Kanunun, Ecnebi Anonim şirketler hakkındaki muvakkat kanunu yürürlükten kaldırmış olup olmadığı incelenmektedir.

ceyn, talâk, tefriki ebdan, cihaz, übüvvey bünuvvet, tebenni; ehliyeti şahsiye, rüşt, vesayet, kayyimlik, hacir mesailinde ve emvali menkuleye dair mevadda vasiyet veya tevarüs veyahut taksim ve tasfiyei tereke mesailinde ve alehtlâk hukuku aile mesailinde düveli mezkûrenin Türkiyede mütemekkin olan veya orada bulunan tebaasına karşı ancak ahkâmı şahsiyesi mevzuubahsolan tarafın tabi olduğu memlekette münakit mehakimi milliye veya diğer makamatı milliye haizi selâhiyet olacaktır.

İşbu hüküm, hukuku beynedüvele veya aktolunabilecek mukavelâtı hususiyeye nazaran konsolosların nüfus vukuatına müteallik mevatta haiz oldukları vezaifi mahsusayı haleldar etmediği gibi tarafeynin mehakimi milliye veya diğer makamatı milliyelerinin dairei selâhiyetlerine dahil olduğu berveçhi balâ tasdik kılınan mesele ait delail ve beyyatı Türkiye mahkemisinin talep ve kabul hususundaki haklarına da hâlel vermez.

Birinci fıkra hükmünden müstesna olarak, şayet dâvada alâkadar tarafların kâffesi Türkiye mahkemisinin kazasına tahriren razı olurlarsa, mehakimi mezkûre, tarafeynin kanunu millisi mucibince karar vermek üzere birinci fıkrada münderiç mesail hakkında dahi haizi selâhiyet olabileceklerdir.

C — Lozan İkamet ve Adli Selâhiyet Sözleşmesi ve Muvakkat Kanun.

6. — Her iki metin karşılaştırıldığı zaman görülür ki, ahkâmı şahsiyeye ait mes'elelerde yabancıları Türk kazâi yetkisinden ayırma esasını Türkiyede bulunan yabancılardan gayri müslimlere inhisar ettiren metin yalnız bizim Muvakkat Kanunumuzdur. Sözleşmede böyle bir tefrik yapmaksızın müslim, gayrimüslim bütün yabancılar ahkâmı şahsiye bakımından Türk mahkemesinin yetkisinin dışında tutuluyor.

Bununla beraber iki metin arasında müsterek bir esas vardır: ahkâmı şahsiye mes'elelerinde yetkisizlik esası, yalnız bu esasa konulmuş olan istisnalar bakımından Muvakkat Kanun ile Sözleşme arasında fark vardır şöyle ki: Muvakkat Kanun üç sarîh ve bir zımnî istisna kabul etmiştir: sarîh olanları şunlardır, *taraflardan birinin Türk olması, iki tarafın Türk mahkemesinin yetkisine sarahaten veya zımnî razı olması, dâvanın bir Türk mahkemesinde görülünün 2 ve 4. maddelerinin delâletile Türk âmme intizamına taallük eden hallerde Türk mahkemesinin yetkili sayılması keyfiyeti.* Buna

karşılık Sözleşme yalnız bir istisna kabul etmiştir o da tarafların Türk mahkemesinin yetkisine razı olduklarını yazılı olarak beyan etmiş olmaları halidir.

Bu bakımdan denebilir ki *Muvakkat Kanun* kaleme alınma tarihi bakımından daha eski olmakla beraber Türk Mahkemesinin yabancıların ahkâmı şahsiyeye müteallik dâvalarındaki yetkisizlik esasına karşı kabul etmiş olduğu istisnalar bakımından *Devletler Hususî Hukukununun gelişmelerine daha açık bir metin ihtiva etmektedir*. Gerçekten 1915 de Kapitülâsyonların ilgası hakkındaki tek taraflı ilândan sonra, o zamanın deyişiyle Avrupanın Devletler Hukuku esaslarına uygun bir sistemin uygulanması için vaz edilecek kaideler bundan başka kaideler olamazdı. O devirde bilhassa en son cereyanlar, millî kanunun ahkâmı şahsiyede uygulanması merkezindeydi. Mahkemelerin yetkisi bakımından millî kanun esasına bağlı olan başlıca memleketlerden Fransa, yabancıların ahkâmı şahsiyeye müteallik dâvalara bakmamağı esas kaide ittihaz etmişti, Almanya ise ahkâmı şahsiye noktasında birçok hallerde kendi mahkemelelerine yetki tanıyıyordu.

Ancak bu son yıllardadır ki Fransız mahkeme içtihatlarında yabancıların ahkâmı şahsiyeye müteallik dâvaları hakkında dahi Fransız mahkemesinin yetkisi tanınmağa başlamıştır.^{13 a}

7. — Bununla beraber şunu da kaydetmek gerekir ki Muvakkat Kanun, Devletler Hukuku esaslarını din esası üzerinde müesses bir Devletin milletlerarası kazaî yetkisi konusunda uygulamamağı hedef ittihaz etmişti. Bu bakımdan Türk Mahkemesinin yetkisizliğini ancak gayrimüslim olan tebaai ecnebiyenin ahkâmı şahsiye dâvalarına inhisar ettiriyordu. Müslim tebaai ecnebiye Osmanlı tebaası olan müslümanlar gibi ahkâmı şahsiye mes'elelerinde şer'i mahkemelere tâbi idiler. Osmanlı tebaasından gayrimüslim olanların tâbi olacağı kendi cemaat mahkemeleri vardı. Bu durum ise 8 Nisan 1340 (1924) tarihli Mehakimi Şeriyenin İlgasıyla Mahkeme Teşkilâtına ait Ahkâmı Muaddil Kanun'un kabulüne kadar sürmüştür.

8. — Lozan Barış Andlaşmasına merbut İkamet ve Adli Selâhiyet Sözleşmesi yürürlüğe girdiği zaman Muvakkat Kanun yürürlükten kalkmış değildi, çünkü yukarıda belirttiğimiz gibi o kanunu Ankara Hükûmeti zımnen kabul etmiş bulunuyordu. O halde Yabancıların Hakları ve Vazifeleri hakkındaki Muvakkat kanun Türk

13 a) Bakınız not, 21.

Mahkemelerinin kazai yetkisini tayin etmek bakımından umumî hüküm mahiyetinde olup Lozan Andlaşmasına merbut sözleşmeye taraf olan Devletler hakkında cari olan Hususî hüküm durumundaydı.

D — Bugünkü durum.

9. — Bu gün, Lozan Barış anlaşmasına merbut ikamet ve adli selâhiyet sözleşmesi yürürlükten kalkmış bulunduğu göre, başka anlaşma olmadıkça yabancılar hakkında uygulanacak hükümler 23 Şubat 1330 tarihli muvakkat kanunun hükümleridir. Bu mevzuda biliyoruz ki halen Ahkâmı Şahsiye bakımından Türk Mahkemelerinin yetkisizliğini icap ettirecek Bulgaristanla 1925 yılında imzalanmış bulunan anlaşma vardır. Bunun dışında menkul mirasa münhasır kalmak şartıyla Türk Mahkemesinin yetkisizliğini icap ettirecek Almanya ile Arnavutlukla İtalya ile ve Lehistanla imzalanmış bulunan Konsolosluk anlaşmaları vardır.

Şayanı dikkat bir noktadır ki Medenî Knunun kabulünden sonra Türkiye'nin başka memleketlerle imzalamış olduğu ikamet ve adli selâhiyet anlaşmalarının hiç birinde miras mevzuu hariç Ahkâmı Şahsiye mes'elelerinde Türk mahkemelerinin yetkisizliğini icap ettirecek tek bir hüküm yoktur. Bu duruma paralel olarak memleket dahilinde Medenî Kanunun kabulünden evvel gayrimüslim azınlıklar hakkında uygulanan değişik hükümler ortadan kalkmış bulunmaktadır. Bu hususta her bir cemaatin Cumhuriyet hükûmetine başvurmak suretiyle Lozan barış anlaşması ile kendilerine tanınmış olan kendi dinî hukuklarına tâbi olmak imkânından Medenî Kanunun kabulü ile vaz geçtikleri hatırlardadır.¹⁴

10. — 23 Şubat 1330 tarihli muvakkat kanunun 4. cü maddesinde yazılı bulunan «gayrimüslim tebaayı ecnebiyye» tabirinin Medenî Kanunun kabulünden sonra ve Türk Devletinin lâikleşmesine uygun olarak «Tebaaı Ecnebiye» olarak anlaşılacak lâzım gelir. Bu bakımdan bu gün muvakkat kanun 4. cü maddesinde yabancıların ahkâmı şahsiyeye müteallik dâvaları hakkındaki Türk Mahkemesinin yetkisizliği Yabancıнын müslim veya gayrimüslim olması durumu hiç bir fark arzetmeden uygulanması gereken bir esastır.

Burada dikkat çekebilecek olan bir husus şudur ki bazı yabancı memleketlerin ezcümle, Fransa'nın Milletlerarası kazai yetki anla-

14) Birsen, Kemalettin: Devletler Hususî Hukuku (Tâbiyet ve Yabancılar Hukuku) İstanbul. s.

yışlarında bir değişiklik husule gelmektedir. Şöyle ki, Fransa eskiden kendisini yabancıların ahkâmı şahsiyeye müteallik dâvalarında yetkisiz saydığı halde bu gün bu tutumundan vaz geçmiş bulunmaktadır. Böyle değişikliklerin yer yüzünde umumileşmesi halinde Türkiye'nin de muvakkat kanununun 4. cü maddesindeki yetkisizlik esasından vazgeçerek Türkiyede bulunan Yabancıların Ahkâmı şahsiyeye müteallik dâvalarında Türk mahkemesinin yetkili olması esasını kabul etmesi düşünölebilecek bir keyfiyettir. Bahusus ki konsolosluk anlaşmaları müstesna 1926 dan sonra Türkiye'nin imzalamış olduğu bütün anlaşmalarda ahkâmı şahsiye tefriki yapılmaksızın yabancıların Türkiye'de Hukuk ve Ticaret dâvaları bakımından Türk vatandaşlarının tâbi olacağı şartlar dairesinde o devletlerin tebaasının da Türk Mahkemelerine başvurabilecekleri esası dere olunmuştur. Bu noktada yegâne fark teminat akçesi mes'elesinde belirir.¹⁵

11. — Yine bu konuda Muvakkat Kanunun getirmiş olduğu esaslarda bir tebeddülü mucip olan bir husus da mültecilerin durumudur. Gerçekten 1951 tarihli Mülteciler Sözleşmesine memleketimiz taraf olunca onlar hakkında ahkâmı şahsiye mes'elelerinde millî kanun yerine ikametgâh kanunu ve icap ederse mesken kanununu uygulamayı kabul etmiş bulunuyor. Buna paralel olarak da bunların ahkâmı şahsiye mes'eleleri hakkında mahkememizin yetki sahibi olması gerektiği açıktır.

12. — Türk Jürisprüdansının Muvakkat Kanunun 4. maddesinde belirtilmiş olan yetki ihtimallerine (yani yabancıların ahkâmı şahsiye mes'eleleri hakkında Türk mahkemesinin yetkili sayılması ihtimallerine) eklemiş olduğu bir sebep daha vardır o da hukukî mecburiyet halidir. Bilindiği üzere böyle bir karar İkinci Cihan Harbi esnasında Almanya ile siyasî münasebetler kesildikten sonra enterne edilmiş bulunan Alman uyruklularından bir karı kocanın boşanma dâvası hakkında enterne olmaklık durumunun ifade ettiği Almanyada bu dâvayı gördürme hakkındaki hukukî imkânsızlık dolayısıyla bu Almanların enterne edildikleri mahal mahkemesinin yetkili sayılması şeklinde tezahür etmişti.¹⁶

15) Ökçün, A. Gündüz: Türk Kanunlar İhtilâfı Sahasında Kodifikasyon Zarureti, Siyasal Bilgiler Fakültesi neşriyatından «Yüzüncü Yıl Armağanı» Ankara 1959 s. 303 vd.

16) Yarg. 2. H. D. E. 37/K. 1922, 6.4.1945, Berki / Ergüney s. 115.

13. — Türk mahkemesinin Muvakkat kanunda bazı ihtimallerin belirmesi halinde ahkâmı şahsiye noktasında yetkisiz olmasına karşılık Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 18 nci ve 540 nci maddelerinde hattâ Avusturya ile münakit yabancı ilâmların tenfizi konusu ile ilgilenen andlaşmada yer alan bir tamamlayıcı esas da Türklerin ahkâmı şahsiyeye müteallik dâvalarında Türk mahkemesinden başka hiç bir mahkemenin yetkili olmayacağı hususudur.

Bugünkü bu durumun ne derece ilerideki dış münasebetlerimiz bakımından faydalı veya elverişli olacağı mes'elesi bir yana, bugünkü halile bu esasın şümül sahasını tesbit etmek gerekir. 18 nci ve 540 nci maddeler ahkâmı şahsiye deyimile hangi konuları kasdetmektedirler, acaba bu deyim yalnız kişi haklarına ve ailevi münasebetlerine mi inhisar ediyor, yoksa miras mes'elelerine de mi şamildir.

Bu mes'eleleri sıra ile incelememiz gerekir:

Mülteciler mes'elesi, ahkâmı şahsiye kavramının muhtevası bugünkü esasımızın değişikliğe mühtaç olup olmadığı mes'elesi.

E — Türkiye'deki mülteciler.

14. — 29.8.1961 tarih ve 359 sayılı kanun Cenevre'de 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanmış olan Mültecilerin Hukukî Durumuna dair Sözleşmeyi 1924 tarihli Anayasa uyarınca onaylamıştır. Adı geçen Sözleşmenin 12. maddesine göre her mültecinin şahsî statüsü ikametgâhı kanununa, ikametgâhı yoksa bulunduğu memleketin kanununa tâbidir. Mülteci tarafından evvelce iktisap edilen ve şahsî statüye dair olan haklara, bilhassa evliliğe bağlı haklara, her Âkid Devlet tarafından gerekirse bu Devletin mevzuatının gösterdiği şartları yerine getirmek kaydile riayet olunur. Ancak bahis konusu hakkın, şahıs mülteci olmasaydı o Devletin mevzuatı tarafından tanınacak haklar arasından bulunması lâzımdır.¹⁷

Mülteciler bu itibarla sözü geçen Sözleşmenin belirttiği nitelikleri haiz olmaları kaydile ikametgâhları kanununa ve hattâ buldukları memleketin kanununa tâbi olurlar. Bu sonuncu halde Türk kanunu uygulanacaktır ve kendi esas vatanına dönmiyen bir kimse hakkında uygulanmış olacaktır. O halde bunu uygulayan merciin Türk mahkemesi olması tabiidir. İkametgâh kanununun uygulanması hakkında dahî aynı neticeye varmak mümkündür, çünkü memleketine dönmesi imkânsızlığını hukuken tesbit etmiş bulunduğumuz

17) R. G. 5.9.1960 sayı 10898.

bir kişi ile meşgul olmaktayız. Hukukî imkânsızlık esasına dayanan içtihadın burada uygulanması gerekir. Neticede Sözleşmenin şümulüne giren mülteciler hakkında ahkâmı şahsiye mes'elelerinde bile mahkememiz yetkilidir.

F — Muvakkat Kanunun bugünkü hali ile yabancıların ahkâmı şahsiye konulu dâvalar hakkında yetkisizliğimizin şümulü.

15. — Muvakkat Kanunun kendisi sarih olarak üç istisna kabul etmiştir şöyle ki eğer dâvada taraflardan biri Türk ise, veya dâvanın Türk mahkemesinde görülmesine taraflar sarahaten veya zımnen yani itirazda bulunmamak suretile rıza göstermişlerse veyahut da dâva bir Türk mahkemesinde görülmekte olan bir başka dâvaya müteferri ise Türk mahkemesi yetkili olur. Doktrin buna bir de âme intizamını ilgilendirmesi halini ekledi.¹⁸

✕Türk mahkemeler içtihadı bir beşinci yetki sebebi eklemiştir. Bu beşinci sebep de hukukî imkânsızlık yani tarafların dâvalarını kendi memleketlerindeki millî mahkemede gördürme imkânsızlığı. Bu içtihat 2. Cihan Harbi esnasında Almanya ile siyasî ve iktisadî münasebetlerin kesilmesine karar verildiği fakat henüz harp hali ilân edilmediği zaman enterne edilmiş bulunan Almanların memleketlerine dönüp ahkâmı şahsiyeye müteallik dâvalarını rüyet ettirebilmek imkânından yoksun bulunmaları dolayısıyla Türk mahkemesinin yetkili olacağını kabul eden bir kararla teessüs etmiştir.¹⁹

Şu noktaya dikkat etmek gerekir ki Türk mahkemesinin yabancıların ahkâmı şahsiye dâvaları hakkında yetkili olduğu zaman Usul Kanununun özel yetki hükümlerinden başka bir de Medenî Kanunumuzun 31, 128, 136, 239, 250, 299, 300 nci maddelerinin hükümlerini de nazara almak gerekir.

İKİNCİ KISIM

Ahkâmı Şahsiye Kavramının Şümulü (*Ahkâmı şahsiye ve miras*)

A — Ahkâmı Şahsiye Kavramının şümulü.

16. — Burada şimdiye kadar devletler hususî hukukunda beliren esas problem miras hükümlerinin ahkâmı şahsiyeden sayılıp sayılmıyacağı problemidir. Bilindiği üzere bazı memleketlerde mi-

18) Sevig, M. R.: Sentez s. 35.; Berki, O. F.: D. H. H. s. 522.

19) Yarg. 2. H. D., E. 37/K. 1922, Berki / Ergüney op. cilt. s. 115.

ras ailevî münasebetlerden sayılır: Meselâ, Almanyada ve İtalyada. Buna karşılık Fransada mirası mal rejiminin özel bir durumu sayan birçok hukuk yazarları vardır. Bu yazarların dayandıkları nokta şudur ki miras gayrimenkule taallük ederse diğer gayrimenkul mes'elelerinin tâbi oldukları kanuna zaten tâbidir. Menkul terekeye gelince onun da Fransız kanunlar ihtilâfı sistemine göre müteveffanın son ikametgâhı kanununa tâbi tutulması keyfiyeti malın *fiktif bulunma yeri* kanununun uygulanışı olarak yorumlanabileceğine göre menkul, gayrimenkul bütün tereke böylece mallar statüsünde olduğu gibi bulunma yeri kanununa tâbidir.

Fransanın kanunlar ihtilâfı sisteminde menkul mirasa uygulanacak kanun ile şahsın hukuku ve alelîlâk ailevî münasebetlerine uygulanacak kanun arasında fark vardır. Birincisine müteveffanın son ikametgâhı kanunu, ikincisinde ilgilinin millî kanunu uygulanır (ayrı tâbiyetteki ilgililerin millî kanunlarının çatışıp *Rivière* kararında olduğu gibi müşterek ikametgâh kanununun uygulanması hali müstesna). Miras hakkında uygulanan kanunun ahkâmı şahsiye hakkında uygulanan kanundan farklı oluşu tabii bir sonuç olarak mirasla ahkâmı şahsiye mes'elelerinin farklı mahiyette olduklarına dair kesine yakın bir kanaat hasil etmektedir.

Oysa menkul tereke hakkında son ikametgâh kanununu uygulayan her memleketin kanunlar ihtilâfı sistemi ahkâmı şahsiyeye ayrı bir kanun uygulamıyor meselâ İngiltere hem menkul tereke hakkında müteveffa'nın son ikametgâh kanununu uygular hem de ahkâmı şahsiye mes'elelerinde yine ilgilinin ikametgâh kanununu uygular. O halde o memleketin hukukçuları arasında menkul terekeyi ahkâmı şahsiyeden tefrik etme eğilimi olmaması gerektiği zannedilse de durum bu merkezde değildir. Orada da menkul terekenin intikali ahkâmı şahsiyenin (statü personel)in dışında olarak küllî malların intikali bahsinde incelenmektedir. Yani maddî ve gayrî maddî tek ve toplu eşya bölümünde mütalâa edilmek suretile yine mallar statüsüne dahil sayılmaktadır.

Bazı yeni Kodifikasyonlar meselâ Mısır Medenî Kanunu ve Yunan Medenî Kanunu kanunlar ihtilâfına müteallik mes'eleleri tanzim eden maddelerinde miras mevzuunu ahkâmı şahsiyeden saymaktadırlar.^{19 a}

Eski zamanlarda hıristiyan memleketlerinde evlenme ve nesep mes'eleleri dinî hükümlere tâbi olmasına karşılık menkul ve gayri-

menkul tereke lâik hükümlere tâbi idi. Bu hükümler de bölge itibarıyla fark arzettikleri için gayrimenkuller hakkında mahallî kanun, menkuller hakkında fiktif bulunma yeri olarak da son ikametgâh kanunu uygulanırdı. Fransa dinî hükümleri millileştirdi böylece ahkâmı şahsiye millî kanuna, menkul tereke son ikametgâh kanununa tâbi kaldı. İngiltere ise dinî hükümleri lâikleştirmekle yetindi, ne millileştirdi ne de birleştirdi onun için İngilterede ahkâmı şahsiye de menkul terekede aralarında gözetilen mahiyet farkına rağmen ikametgâh kanununa tâbidir.

Yine eski zamanlarda İslâm memleketlerinde bütün hukuk hükümleri dinî veya din ile bağdaşık olmak mevkiinde idi. İslâm diyarında yaşayan gayrimüslim tebaanın tâbi olacağı hükümler ahkâmı şahsiyede kendi dinî cemaatlerinin tâbi olduğu hukuk idi. Ahkâmı şahsiyenin muhtevası şuydu: evlenmenin şartları, şekli ve hükümleri, eşlerin mal rejimi, boşanma ve ayrılık, nesep, babalık, analık, velâyet, tanıma, evlât edinme, vesayet, kayımlık, hacir, gaiplik, bağışlama, vasiyet, miras hakları ve vakıflar.²⁰

Bu karşılaştırmanın sonucu olarak varılabilecek kanaat şudur ki mirasın ahkâmı şahsiyeden madut sayılıp sayılmaması mes'elesi her memleketin kendi hukukî görüşüne bağlı bir şeydir. Bu itibarla Türk Hukukçusuna terettüp eden vazife bu niteleme hakkında Türk Hukuk İlmine uygun bir cephe almasıdır.

Mirasın ahkâmı şahsiyeden sayılıp sayılmaması konusu Türk Hukukçusunun karşılaştığı birkaç probleminin çözümünde rol oynar: a) Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 18 nci maddesine göre Türklerin ahkâmı şahsiyesine müteallik dâvalar bunların Türkiyede ikametgâh olmaması ve meskenleri de olmaması halinde şahsiyeye müteallik mes'elelerde yabancı mahkemenin yetkisini reddetmektedir.

b) Ayrıca yine Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 540 nci maddesi ahkâmı şahsiyeye müteallik yabancı ilâmların Türkiyede tenfiz edilemeyeceğini bildirmektedir.

Bu iki madde ile kastedilen husus yalnız ahvali şahsiye ile ailevî münasebetler midir, yoksa miras hükümleri de midir? Bu sorunun cevabına göre bir Türkün yabancı memlekette bıraktığı menkul tereke hakkında yabancı mercilerin vermiş oldukları kararlar tanınacak veya tanınmayacaktır. Ahkâmı şahsiyeye dahil sayacak-

20) (Arminjon: Le Droit International Privé en droit interne principalement dans les pays de l'İslam, Cl. 1912, s. 698 et 1025 bilhassa s. 1039).

sak müteveffanın Türk olması dolayısıyla mahkememizin hasrî yetkisi olacak ve yabancı karar tanınmayacaktır. Aksi halde tanınmas belki de mümkün olacaktır.

17. — Buna karşılık ne kendisinin, ne de mirasçısının Türkiye'de ikametgâhı olmayan bir Türkün Türkiyedeki menkul terekesi hakkında Ankara mahkemesi yetkili olacak mıdır? Almanya bu mes'eleyi şu tarzda hal etmiştir. Gerek evlilik dâvaları gerekse nesep dâvaları için, ilgililer Almansa ve Almanyada yetkili bir ikametgâh mahkemesi yoksa Berlin mahkemesi yetkilidir (Z. R. O. § 642 fıkra 1 cümle 2) eğer miras mes'elesi varsa Alman murisinin Almanyada son ikametgâhı yoksa Berlin mahkemesi yetkilidir (Z. P. O. § 27 fıkras 2). Fakat buna karşılık Alman Medenî Kanununa Giriş Kanununun 28. maddesine göre «(Giriş Kanununun) 15, 19, 24 f. 1, 25 ve 27 nci maddeleri uyarınca yetkili olan kanunların carî olduğu Devlet ülkesinde değil de başka yerde bulunan ve buldukları bu yerin kanunlarına göre değişik hükümlere tâbi olan eşya hakkında aynı kanunun kanunlar ihtilâfına taallük eden maddelerinin hükümleri uygulanmaz». Alman Medenî Kanununa Giriş Kanununun (yani E. G. B. G. B.) nin 28 nci maddesinin bu menfi ifadeli hükmü Alman Devletler Hususî Hukukunun yabancı memleketlerde gerçekleşmiş hakları tanıma konusunda göstermiş olduğu liberal zihniyetin ilham ettiği bir maddedir. Bu maddeye göre karı koca malları rejimi hakkında, ebeveynle çocuk arasındaki malî münasebetler hakkında, miras hakkında esas itibarile, 15, 19, 24 f. 1, 25 nci maddeler uyarınca uygulanması gereken millî kanun yabancı ülkelerde bulunan mallar hakkında oraların kanunlar ihtilâfı sistemi dolayısıyla değişik bir kanuna tanınan yetki yüzünden başka kişiler hak sahibi olmuşlarsa, milletlerarası münasebetlerin selâmeti uğruna, Alman Kanunlar İhtilâfı Sisteminin vermiş olduğu esaslardan feragat etmek gerekir. Hattâ Almanya ile mün'akit Konsolosluk Mukavelenamesini nazara alırsak durum şöyledir: Konsolosluk Mukavelenamesine göre, menkul tereke mes'elesinde Türkün Almanyadaki menkul terekesi hakkında Türk mahkemesi ve Türk kanunu yetkilidir. Buna karşılık da yine menkul tereke mes'elesinde Almanın Türkiyedeki menkul terekesi hakkında Alman mahkemesi ve Alman kanunu yetkilidir.

Bununla beraber yine Almanyanın kanunlar ihtilâfı sistemi uyarınca müktesep haklar tanınacağına göre (E. G. B. G. B. m. 28) Almanın Türkiye dışındaki menkul terekesi hakkında malın bulunduğu yerin kanunlar ihtilâfı sistemine itibar edilecektir. Buna kar-

şılık da biz de Almanyadan gayrı yerlerde bulunup da bir Alman murisinden kalan menkuller hakkında, bu mallar şayet Türkiyeye getirilirlerse aşağı yukarı mal mes'elesinde E. G. B. G. B. m. 28e uymakta olan kendi Müktesep Haklar nazariyemize göre hareket ederek bu mallar hakkında mirasın açılması anındaki bulunma yerlerinin kanunlar ihtilâfı sistemine itibar edeceğiz. Hattâ bu itibar etme keyfiyetini Türk murisininin Türkiye ve Almanya dışındaki bir memlekette bırakmış olduğu menkul terekeye de teşmil edeceğiz.²¹

Böylece görüyoruz ki Alman Hukuku, E. G. B. G. B. m. 25 ve 28 uyarınca yabancı memleketteki mallar hakkında daimilik niteliğini taşıyan bir kanunun uygulanmasını aramamaktadır. Yabancı memleketteki mallar hakkında miras hükümlerini velev muris Alman olsun ahkâmı şahsiyeden telâkki etmekten sarfınazar etmektedir. Buna karşılık Almanya dahilindeki tereke hakkında uygulanacak olan kanunun tayini için Alman kanunlar ihtilâfı sistemi menkul, gayrimenkul bütün terekeyi murisin millî kanununa tâbi tutmak suretile miras hükümlerini ahkâmı şahsiyeden saymağa meyyal görünmektedir.

Yabancı ilâmların tenfizi ve tanınması mevzuunda bu niteleme problemi önem kazanmaktadır, çünkü yabancı ilâmın tenfizi için aranan şartlar arasında şunlar vardır: 1) ilâmın ahkâmı şahsiyeye taallük etmemesi, 2) ilâmın yetkili bir yabancı mahkemedenden (yani Türk mahkemesinin hasrî yetkisi olmadığı bir durumda dâvaya bakan bir mahkemedenden) sadır olması.

18. madde Türklerin Türkiyedeki terekesi için Türk mahkemesine hasrî yetki verince bir Türkün Türkiyedeki menkul terekesine ait parçalar hakkında bilhassa bu parçalar mirasın açılması anında Türkiyede bulunuyor idiyse yabancı ilâmın Türkiyede tenfizi imkânsız olmalıdır. Fakat aynı Türkün Türkiye dışındaki menkul terekesi hakkındaki ilâmlara müstenit iktisap edilmiş olan hakların Türkiyede tanınması pekâlâ mümkündür, eğer bizim müktesep haklar nazariyemiz Türkiye dışında bulunan mallar hakkında E. G. B. G. B. m. 28 inkiye benzer bir hüküm taşıyorsa. Tabiatile bu tanıma ilâmın tanınmasına müteallik diğer şartların tamam olması halinde mümkün olacaktır. Bu karar da ancak dıştaki mallar hakkında bahis konucu olabilecektir.

Kanaatimizce E. G. B. G. B. deki bu esasın Türkiyenin Müktesep Haklar Sistemi tarafından benimsenmesi zarurîdir.

21) Seviğ (Vedat): Hukuk ve Ticaret Dâvalarında Türk ve Yabancı Mahkemelerinin D.H.H. bakımından yetkisi, İst. 1963 s. 138.

B — Ahkâmı Şahsiye ve Miras.

18. — Bu neticeye varınca müktesep haklar sisteminde mirasın mallar statüsüne girmiş olduğunu müşahede ederiz. Fakat bu demek değildir ki müktesep haklar nazariyesinin bahis konusu olmadığı diğer kanunlar ihtilâfı mes'elelerinde miras mallar statüsüne tâbi olacaktır. Bilâkis miras Türkiye tarafından Türkiyedeki kanunlar ihtilâfı bahis konusu olduğu zaman karı kocanın malları rejimi gibi ailevî münasebetlerin malî hükümlerinden sayılabilir. Bu bakımdan da Türkiyedeki kanunlar ihtilâfı miras mevzuunu müteveffanın millî kanununa tâbi tutmalıdır. Şu kadar ki gayrimenkul tereke bakımından kanunlar ihtilâfı sistemimiz mühim bir istisna yapmakla tamamile haklıdır. Çünkü, gayrimenkul mevzuu siyasi rejim üzerinde kuvvetli tesiri olabilen bir mevzudur. Bu itibarla da kestirme ve kestirmeliği nispetinde hukuk istikrarını sağlar bir çözüm yolu gayrimenkul terekeyi Türk kanununa tâbi tutmaktır. Bu hususta zaten Türk Hukuk İlerlemesinin bir geleneği vardır.

Terekenin ikiye bölünmesi önemli bir mahzur teşkil etmez, çünkü böyle bir neticeye menkul, gayrimenkul bütün terekeyi tek bir kanuna tâbi tutan memleketler bakımından varittir. Nitekim Almanya'da her ne kadar bütün tereke tek bir kanuna tâbi ise de o terekeye dahil olup da Almanyanın dışında bulunan mallar çok kere Almanya değişik kısmî terekelerin mevcudiyetini kabul etmek zorundadır.

O halde kazâi yetki bakımından durum şu olacaktır: Terekenin üzerindeki miras hisselerine, ölüme bağlı tasarruflar hakkındaki tenkis veya butlan dâvaları, taksim, mirasın kabul, red veya defter tutturma ve buna benzer sorumluluk şümulü mes'eleleri bakımından evveleminde tereke parçalarının bulunduğu yer nazara alınmalıdır. Bunlardan Türkiyede olanlar hakkında takip edilecek usul şu olmalıdır: Muris Türk idiyse HUMK 11'e göre esas itibarile son ikametgâhı mahkemesi yetkilidir. Eğer Türkiyede ikametgâhı yoksa Türkiyedeki mallar bakımından mirasın ahkâmı şahsiyeden sayılması noktasındaki görüşümüz icabı bu hususta HUMK m. 18 in uygulanmasını gerekli görüyoruz.

Buna karşılık muris yabancı idiyse yine Türkiyedeki malları bakımından (fakat yalnız menkuller nazara alınarak) miras ahkâmı şahsiyeden sayılmak gerektiğine inandığımız için esas itibarile yabancı'nın menkul terekesi hakkında mahkememiz yetkisiz fakat

kendi millî mahkemesi yetkili olmalıdır. Gayrimenkulleri hakkında da Safer Kanunu mucibince gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesi yetkili olmalıdır. Bunlar taaddüt ediyorsa irtibat dolayısıyla bir tanesi yetkiyi üzerine alır. Asıl güçlük menkul mallar hakkındadır fakat burada bazı konsolosluk anlaşmaları işi halletmektedir. Bunlara göre millî mahkemeden verilecek olan ilâm Türkiyede tanınacak ve tenfiz olunacaktır. O halde HUMK 540. maddedeki ahkâmı şahsiyeden olan yabancı ilâmların tenfiz edilmezliği keyfiyetinde bir istisna konulmuş oluyor. Ne varki her memleketle miras hususunda millî mahkemeleri karşılıklı olarak yetkili sayacak anlaşmamız yoktur. Bu durumlarda yapılacak şey bu menkul miras dâvası hakkında tarafların Türkiyede müessir olabilecek tarzda bir yabancı mahkemeye başvurmalarının Türk Hukuku muvacehesinde *imkânsız* olduğunu tesbît etmek suretile jürisprüdansımızın açmış olduğu hukukî imkânsızlık istisnası çığırından istifade etmek suretile Türk mahkemesinin bu hususta yetkili olacağına karar vermekten ibaret kalacaktır.

Miras açıldığı anda Türkiye dışında bulunan mallar hakkında miras dâvasının nitelendirilmesi o malların bulunduğu memleketin devletler hususî hukuku sistemine mevdu olup o yerin kanunlar ihtilâf sistemi muvacehesinde yetkili kanunun hükümlerinin kabul edeceği hal çaresine uygun bir ilâm nereden sadır olursa olsun diğer şartlar da yerine gelmek şartile Türk mahkemesi tarafından tenfiz edilebilmelidir, çünkü müktesep haklar nazariyemiz muvacehesinde bunlar ahkâmı şahsiye değil mal statüsü mes'eleleridir. Evleviyetle yabancı memlekette miras yolu ile iktisap edilmiş bir aynı hak, mal Türkiyeye getirildiği vakit tanınacaktır. Bu iktisap, iktisap anında iktisap yerindeki kanunlar ihtilâfı sistemine göre yetkili olan kanuna göre vukubulmuş ise.

Görüldüğü üzere Türkiyedeki mallar hakkında hukukî imkânsızlık esası, ihkakı haktan istinkâfın bir nevisine müncer olan yetkisizliğin Türk mirasçı olduğu takdirde Anayasa m. 36 ya göre (mülkiyet ve miras hakkı kamu yararına olmadıkça sınırlanamaz) diyen hükmü muvacehesinde arzettiği sakıncayı önlemektedir. Bu esasın kanunlaşması şayanı temennidir.

ÜÇÜNCÜ KISIM

Bugünkü Durumun, Bugünkü İhtiyaçlara İntikab Ettirilmesi Çareleri

A — Yabancıların Ahkâmı Şahsiye Dâvaları hakkında mahkememizin yetkisiz olması doğru mudur?

19. — Bilindiği gibi kapitülâsyonları tek tarafî olarak ilga ettiğimiz zaman o günün en modern görüşlerine uygun olan ve aynı zamanda hukuk yapısı bakımından üniter devlet mahiyetinde olan Almanya, Fransa ve İtalya gibi devletlerin devletler hususî hukuku sistemlerine uygun olan diğer taraftan da memleketin o zamanki teokratik yapısına da uygun olan bir kanunlar ihtilâfı ve kazâî yetki sistemi ortaya çıkarmıştık. Kapitülâsyonların, Lozan Zaferile temin edilen Andlaşma yoluyla ilgası neticesinde de yine modernlik ve üniter devlet olmaklık esaslarına göre tanzim edilmiş bir sistem ortaya konulmuştu (İkamet ve Adli Selâhiyet Sözleşmesi m. 16). üzere bizim Muvakkat kanunumuzun kayıtları gayrimüslim tebaayı Lozanda tanzim edilmiş olan bu maddenin teokratik yapılı bir devlete de kabili tatbik bir madde olup olmadığı şüphelidir. Bilindiği ecnebiye hakkında vazetmesine karşılık, Sözleşme bütün yabancılar hakkında hüküm sevketmekteydi. Yani Türkiyenin tebaasından olmayan müslümanlar dahi yabancı muamelesi görüp ahkâmı şahsiye cihetinden Türk kazasının dışında tutuluyorlardı.

Sözleşme yürürlük süresini tüketince yürürlükten kalkmıştır. Diğer taraftan Türkiye Cumhuriyeti lâiklik prensiplerini kabul etmekle Muvakkat Kanundaki müslim gayrimüslim tefrikini tazammun eden ibareyi hükümsüz bırakmıştır. O halde bugün muvakkat kanunumuz muvacehesinde dahi bütün yabancılar ahkâmı şahsiye noktasında Türk kazasının dışında tutulmaktadırlar, meğer ki kanunun veya hukukun genel ilkelerinin şart koştuğu istisnalardan biri gerçekleşmiş olsun.

Şunu da hatırlamak gerekir ki mahkemelerimizin içtihadı, Türk mahkemelerinin yetkili olacakları hallerin adedini arttırmıştır. Şöyle ki kanunun saymış olduğu hallere bir de mecburiyet hali veya hukukî imkânsızlık halini katmış bulunmaktadır.

Şimdi karşılaştığımız problem şudur: 1915 de ve 1923 de örnek ittihaz etmiş olduğumuz üniter ve millî yapılı bağımsız Batı devletlerinin sistemi kendi mahkemelerini yabancıların ahkâmı şahsiye mes'elelerinde yetkisiz görmekteydi. Fakat bunlardan bazısında bilhassa Fransada bugün bu hususta önemli bir gelişme olmuştur.

Bugün Fransa yabancıların ahkâmı şahsiyeye müteallik dâvalarına bakmaktadır.²²

Bizim de bu gelişmeye göre yargılama yetkisi (kazaî selâhiyet) kurallarımızı ayarlamamız gerekmez mi?²³

Türk sisteminin bugünkü durumu niza halinde bulunan iki yabancı bahis konusu olunca veya bu hususta mensup olduğu Devletin Türkiye ile andlaşması bulunmayan bir yabancıнын menkul terekesi bahis konusu olunca bir hayli güçlük arz etmektedir. Birinci halde taraflar dâvayı kendi memleketlerinde gördürmek zorundadırlar. Burada ikamet ettikleri takdirde bazı memleketlerin kendi mahkemelerini yetkisiz sayacaklarını da unutmamak gerekir. Meselâ Anglo - Amerikan memleketler. Bunlar ancak, ülkelerinde mukim kişilerin ahkâmı şahsiye dâvasına bakar. Tabiatile bunun bazı istisnaları varsa da esas budur. Bu takdirde her iki memleketin bir nevi ihkakı haktan istinkâf durumu olabilir. Bunun gibi ikinci ihtimalde müteveffanın menkul terekesi hakkındaki miras sebebiyle istihkak dâvasına bakacak olan müteveffanın tebaasından bulunduğu memleketin mahkemesinden sadır olan ilâmı biz burada tenfiz etmezsek, ki andlaşmalı bir memleket değilse HUMK 540 a göre tenfiz etmemek gerekir, o halde Türkiyedeki mallar bakımından muallâkta bir durum olmaması için ya bir aynı hak istihkakı veya alacak dâvası açıp ona teferru eden miras mes'elesi hakkında mahkememizi yetkili kılmak veyahut da direkt olarak Türkiyede menkul tereke bırakmış olan yabancı murisin mirası hakkında miras sebeble istihkak dâvası ikame edilmesine cevaz vermek gerekir. Bu sonuncu cevaz her halde yabancı hükmün müessir olamaması yüzünden meydana gelebilecek olan bir zaruret halinin neticesi olacaktır. Her iki ihtimalde de hukukî durumun yaratmış olduğu bir mecburiyet hali vardır ki eğer Türk Yargıtayının 1945 de açtığı çığır tam olarak neticelerini verecek olursa bu mes'eleyi de mecburiyet halinin kapsamının içine almakla bir çok çapraşık durumlar çözüm yollarını bulmuş olur.

22) Ch. Cic. 21 Haziran 1948 Patino, Revue Crit. 1949, 557, Juris Classeur Périodique 194J8 II 4422, Sirey 1949. I. 121; Aksi istikamette Cour d'Appel de Paris (Cl. 1960, 792), İngiliz kadınının İtalyan kocası aleyhine ikame ettiği boşanma dâvasına bakılmayıp ancak ayrılık dâvasına bakılacağına dair. (Burada şurası dikkati çeker ki erkek İtalyandır ve İtalyada boşanma yoktur. Boşanma müessesesini kabul eden bir devletin tebaası olsaydı, belki boşanmaya da bakardı).

23) Bakınız not 15.

Yabancı mahkemeye başvuramama durumlarında yerli mahkemenin yetki kazanması ve yabancılar hakkındaki dâvaya bakılmanın o yabancı memlekette ilâmın tanınmasının vabeste olması esasları bazı yabancı mahkeme içtihatlarında kabul edilmiş olan bir esastır. Bu hususta iki örnek gösterilebilir:

1) Almanyadaki bir gayrimenkulünü İsveçte mukim ve yine İsveçte malları olan bir kimseye kiraya vermiş olan bir gayrimenkul sahibi ile kiracısı arasındaki nizada başvurulmuş olan İsveç mahkemesi kendi sistemine göre gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesi kira dâvalarında yetkili sayılmak lâzım gelmesine rağmen sırf dâva mercisiz kalmaması için rüyete koyulmuştur. Burada İsveç mahkemesinin nazara almış olduğu keyfiyet Alman sisteminde ya dâvalının ikametgâhı mahkemesinin veya hiç değilse dâvalının (ki burada dâvalı kiracıydı) mallarının bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.²⁴

2) Bunun gibi yine İsveç mahkemesi Melnick'e karşı Melnick boşanma dâvasında iki tarafın ayrı tabiiyette olmasını nazara alarak Östra - Vårend Bıdayet Mahkemesi 2 Aralık 1955 tarihli kararında *lex fori* ile kocanın millî kanununu tercih etmiştir. Fakat kazaî yetki mes'elesini nazara almak zorunda kalmış olan Gothia İstinaf Mahkemesi 30 Kasım 1956 tarihli kararında, iki yabancıların boşanma dâvasına bakmakta İsveç mahkemesinin yetkili olup olmadığı mes'elesinin kocanın millî kanununa göre millî mahkemesinin inhisarî yetkisi olup olmadığı noktasına bağlı olduğu neticesine varmıştır. Bu itibarla Polonya kendisini yetkili görmekle beraber hasrî yetki iddiasında olmadığına kanaat getirilmiş olduğu için İsveç mahkemesinin yetkili olduğuna karar verilmiştir.

Netice itibarile bizim muvakkat kanunumuzun 4. maddesi bir istisna daha kabul etmelidir o da şu olmalıdır: Eğer yabancı tebaanın ilgili olduğu ahkâmı şahsiye dâvasının yabancı memlekette görülemeyeceği veya görülse bile ilâmın ahdi mütekabiliyet²⁵ yokluğu dolayısıyla Türkiyede tenfiz edilemeyeceği sabit olursa Türk mahkemesinin yetki kazanması gerekir, şu şartla ki aile statüsüne taallük

24) Stokholm Bıdayet Mahk. 9.4.1957 ve Svea İstinaf Mahk. 11.11.1957; CL. 1960, 538.

25) H.U.M.K. d. 540 daki ahdi mütekabiliyet şartının fiili mütekabiliyet şartına inkulâp etmesine taraftarız. O zaman da hukukî zaruret sebebiyle yetki ihtimalleri azalır.

eden dâvaya bu sebeple bakmamız ilâmımızın ilgilinin memleketinde tanınsın.

Menkul tereke mes'elesi için bu şart lüzumsuzdur çünkü ahkâmı şahsiye kavramının şümülü bahsinde belirtmiş olduğumuz üzere Müktesep Haklar Teorisi hakkındaki şartlar bakımından şahsî görüşümüz şudur ki miras mallar statüsüne girer ancak tereke parçaları hangi memlekette bulunuyorsa oranın kanunlar ihtilâfı sistemine tâbi olmaları bahis konusu olur. Bu itibarla Türkiyedeki mallar hakkında hangi kanuna göre kimi hak sahibi olarak tanıyacağımızı kendi kanunlar ihtilâfı sistemimiz gösterir. İşte bu mes'elenin bu safhasında menkul terekeyi ahkâmı şahsiyeden addeder. Halbuki aile hukukuna taallük eden mes'elelerde ta baştan mes'ele aile statüsünden sayılıp yine ta baştan ilgilinin mensup olduğu memleketin kanunu ve bu ilgili yabancı memlekette bir aile hak veya statüsü kazanmış olmak iddiasında ise mensup olduğu memleketin ve iktisap yerinin kanunlar ihtilâfı sistemlerine bakılacaktır.

İşte bu tefrik kendini yukarıda muvakkat kanunun 4. maddesi hakkında teklif ettiğimiz istisna bakımından rol oynar.

B — Türklerin Ahkâmı Şahsiye Dâvaları hakkındaki hasrî yetkiyi hafifletmeli midir?

20. — HUMK. nun 18. maddesinin bir yandan çok isabetli olduğunu fakat diğer bir yandan da sakıncaları olduğunu kabul etmek gerekir.

İsabetli oluşu şu noktadadır ki millî bir bünyesi olan devlet, millî toplumun nüvesini teşkil eden aileyi yeknesak bir örneğe göre düzenlemeği şiar edinir. Bunun devletler hususî hukuku alanında sağlamanın çaresi de vatandaşı nereye giderse gitsin aile hukuku yönünden hep millî kanuna bağlı tutmakta olur. Bunu da kuvvetlendirecek çare bu konularda yalnızca millî mahkemeye yetki tanımadır. HUMK m. 18, böyle bir gayenin mahsulüdür. Bu bakımdan yerindedir. Alman kazaî yetki sistemi aşağı yukarı aynı tarzda bir inhisarî yetki sağlar.

Fakat, böyle bir sistemin sakıncaları da vardır. Bu sakıncalar özellikle Türklerin yabancı memleketlerde elde edebilecekleri boşanma ilâmının Türkiye tarafından HUMK. nın 18. maddesi dolayısıyla tanınmaması halinde meydana gelir.

Yabancı memlekette verilmiş bir boşanma ilâmından faydalanarak yabancı memlekette evlenen bir kimsenin bu ikinci evliliği bir

kere butlan dâvasına maruz kalır. Buna muhatap olduğu anda Türkiyede eski eşine karşı bir boşanma dâvasını açmanın mümkün olduğunu ve mevcut bir boşanma ilâmının geçimsizliğe bir karine teşkil etmesi bakımından Türkiyede ikinci bir boşanma ilâmının kolayca alınabileceğini de tasavvur edersek dahi, buna tevessül etmeden iki kere evlenmiş olan Türk erkeğinin öldüğü ve ölümünden sonra bu ikinci evlilikten bir çocuğun dünyaya geldiği takdirde ikinci eşin MK. 114. maddesinin 3. fıkrası tarafından korunmuş olmadığına göre (bilindiği üzere bu fıkra ancak birinci eşin ölümünü veya birinci evliliğin sair surette zevale uğramasını öngörür) ikinci eşin durumu, çocuğun nesebinin sıhhati âdeta birinci eşin veya sonradan o da ölürse mirasçılarının insafına terkedilmiş olur.

Burada kanaatim şudur ki, HUMK. 18 ahkâmı şahsiye noktasında aynen olduğu gibi kalmakla ve 540. madde ile yine takviyeli kalmakla beraber, Türkler hakkında yabancı memleketlerden sadır olmuş boşanma ilâmlarının tanınması noktasında kanun yoluyla bir istisna kabul etmek gerekir. Şu şartla ki boşanma yolu ile (veya biraz da şümullendirilebilir) veya sair adli işlemlerle zevale uğratılan evlenme yabancı memlekette bir Türkle bir yabancı arasında akte-dilmiş olan bir evlenme olsun. Bu tahdit eşi dışa gitmiş olan bir Türk vatandaşını o eşin kötü bir tesir altında meydana getirebileceği haksız bir duruma karşı korur.

N E T İ C E

21. — Memleketimizin Devletler Hususî Hukuku sistemi gerek yasama çatışmaları kuralları bakımından olsun gerekse yargılama çatışmaları kuralları bakımından olsun çok ileri bir seviyede bulunmaktadır. Ancak ileride yeni belirecek olan ihtiyaçları karşılayabilecek durumunu daima muhafaza edebilmesi için evvelden bazı ayarlamaları düşünmek Türk hukukçusunun vazifesidir. Türk Hukuku, geleceğin ihtiyaçlarına cevap verdikçe Türk Milleti tarih boyunca medeniyet âleminde ifa etmiş olduğu aydınlatıcı rolü medeniyetçilik hasletine ve geleneğine uygun hareket etmiş olacaktır.

Türk Mahkemesinin, Türk vatandaşlarının ahkâmı şahsiye dâvaları ile ilgili olarak haiz olduğu inhisarî yetkiyi tamamiyle yerinde bulmamak için bir sebep yoktur. Millî devlet olmanın şartı olan, aile nizamının millî bir düzene tâbi tutulması esasının normal bir neticesidir. Fakat nasıl ki bazı ihtiyaçlar bu noktada değişik mercileri şimdiye kadar yetkili kıldıysa, meselâ, vatandaşlarımız yabancı bir

memlekette oranın mahallî mercileri önünde nasıl evlenebilirler ve biz bunu geçerli sayıyorsak, vatandaşlarımızın yabancı memlekette vukubulmuş bazı boşanmalarını da geçerli saymalıyız. Bunu yapmadığımız takdirde batıl evlenmelerin çoğalması ihtimali kuvvetli olur.

✦Türkiyede bulunan yabancıların ahkâmı şahsiye dâvalarına gelince bu hususta 1915 de, 1923 de hep kendimizi yetkisiz saymışızdır. Bu tutum Batıda o zamanlarda yürürlükte olan devletler hususî hukuku sistemlerine tamamile uygun idi. Ne var ki bugün Batıda bu ihtiyatlı davranıştan yavaş yavaş vazgeçilmeye başlanmıştır. Bizim gibi millî yapılı ve millî hukuklu devletlerden Fransa jüriprüdansyel yoldan bunu terk etmiştir. Almanya ise Alman vatandaşları hakkında inhisarî yetki iddiasına eğilimli oluşu, onun yabancıların ahkâmı şahsiye dâvalarına bakmak istemediğini tazammun ettiği şüphelidir. Kaldı ki bugün devletler hususî hukuku doktrini Pillet zamanında olduğu gibi yalnızca egemenliklere karşılıklı saygıyı sağlamayı amaç edinmemektedir. Bunun yanı başında kişilerin haklarında istikrarın sağlanması ve milletlerarası münasebetlerin kolaylaştırılması esasları da vardır. Bu bakımdan Türkiye, bir yabancıların ahkâmı şahsiye dâvası hakkında şayet bu dâva hakkında vereceği ilâmın yabancı memlekette nazara alınacağı sabit olur ve bu yabancıların kendi memleketinde dâvayı gördüremeyeceği veya gördürse bile bunun Türkiyece nazara alınmayacağı da sabit olursa Türk mahkemesinin yine yetki kazanması gerekir.

✦Bu noktadaki tâdil yorum yoluyla olabilir. Nitekim 1945 de Yargıtayımız mücbir sebep veya hukukî imkânsızlık telâkkisiyle yeni bir çığır açmasını bilmıştır. Fakat HUMK. m. 18 in mutlâk inhisarî yetki hükmünü ancak kanunî bir tâdil hafifletebilir.

✦Türk Mahkemelerinin yetkisi konusundaki bu iki tâdille, yargılama yetkisine ait direkt kurallar bakımından Türk Devletler Hususî Hukuku ileri bir hukuk nizamı olmak niteliğini muhafaza eder ve devam ettirir. ✧

Prof. Dr. Vedat Raşit SEVİG