

# TÜRKİYENİN DEVLETLER HUSUSİ HUKUKU SİSTEMİNDE MÜKTESEP HAKLAR NAZARİYESİNİN TATBİK ŞARTLARI

Prof. Dr. Vedat R. SEVİĞ

## G İ R İ Ş

Kanunlar ihtilâfı kaidelerimizin kaleme alınış tarzına bakılacak olursa tedafüi (savunucu) bir mahiyet arz ettikleri göze çarpar. En eski müdevven (kanun maddesi olarak yazılmış) kanunlar ihtilâfı kaideleri sistemlerinden Fransız sistemi hep Fransız mevzuatının hangi durumlarda uygulanacağını belirtir. Daha yeni sistemlerden Alman sistemini kanunlaştıran B.G.B. 'ye Giriş Kanununun 7 ilâ 31 inci maddeleri ekseriyet itibarile hangi hallerde Alman mevzuatının uygulanacağını göstermektedirler. Bunlara karşılık bizim sistemimizi belirtmiş bulunan «Türkiyede bulunan yabancıların hakları ve ödevleri hakkındaki 23 Şubat 1330 (1915) tarihli Muvakkat Kanun» bilhassa memleketimizde bulunan yabancılar hakkında hükümler ihtiva etmektedir. Yabancı memleketlerde bulunan yabancıların ve hattâ Türklerin tâbi olacakları kanun hakkında sistemli bir kanunî metnimiz yoktur. En derli toplu me hazımız Konsolosluklarımızın ödevlerini tâyin eden Şehbenderlik Nizamname ve Talimatnamelerimizdir.

Kanunlar ihtilâfı sistemimizin daha ziyade Türkiye dahilindeki muameleleri nazara almış olmasının ve bunu bilhassa yabancıların durumu bakımından almış olmasının sebebi, bu sistemimizin tedvini (kanunlaştırılması) sırasında başlıca gayemizin Kapitülâsyonlardan kurtulmamız olmasıdır. Bu haksız rejimden kurtulmamız ancak Lozan Muahedesile mümkün olmuştur. Böylece Lozan Muahedesile kazandığımız zafer, Batı Devletlerinden bazıları lehine yapmış olduğumuz atıfeti kötüye kullanarak ve zayıf anlarımızdan faydalanarak zorla kabul ettirmiş oldukları bu sömürücü Devletler Hukuku nizamında bir Türk İnkılâbı olmuştur. Öyle bir Devletler Hukuku İnkılâbı ki o andan sonra bir çok sömürülen memlekete örnek olmuş ve onların bugün eşit haklara sahip sayılmasına yol açmıştır.

Kapitulasyonların Lozandan evvel daha biz Birinci Cihan Harbine yeni atılmışken tek taraflı olarak ilân etmiş olduğumuz ilgasını kuvveden fiile geçirmek için Türkiyedeki yabancılar hakkında uygulanacak bir sistemi düzenlememiz, bu sistemin de çağdaş ve Avrupanın bağımsız ülkeleri arasında câri Devletler Hukuku esaslarına uygun olması gerekiyordu. İşte yukarıda bahsi geçen 23 Şubat 1330 tarihli Muvakkat Kanun bu esaslara ve bu amaçla kaleme alınmıştır<sup>1</sup>. Bu itibarla bu kanunun bilhassa Türkiyedeki yabancıların durumu ile meşgul olmasına şaşmamalıyız. Bu kanunun el'an yürürlükte olduğu Türk doktrininde bilhassa Ord. Prof. Muammer Raşit Seviğ tarafından isbat edilmiş olduğu gibi<sup>2</sup>, Yargıtayımızın bugünkü içtihadı da bu merkezledir<sup>3</sup>.

Medeni Kanunu kabul ettiğimiz zaman ise İsviçre Medeni Kanunu Acte Final'inin atıfta bulunduğu ve kısmen de tâdil ettiği kanunlar ihtilâfına mütedair federal kanunu almadık. Bunu zaten alamazdık, çünkü federal bir devlet yapısı için kaleme alınmış bir sistemdir. Alman Medeni Kanununa Giriş Kanunundaki hükümlere tekabül eden bir kanunlar ihtilâfı sistemini ihdas etmeğe vazı kanunumuz herhalde demin adı geçen Muvakkat Kanunun kurmuş olduğu sistemi bozmamak için tevessül etmemiştir. Fransız Medeni Kanununda olduğu gibi de Medeni Kanunumuzun metninde kanunlar ihtilâfına dair tamam veya natamam bir sistem de yoktur. O halde bütün kanunlar ihtilâfı sistemimizi bu muvakkat kanunundan, yine o tarihlerde yabancı şirketler hakkında isdar edilip te 1957 de yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanununda bazı hükümlerinin mahfuz olduğu bildirilen «Yabancı anonim ve sermayesi ešhama münkesem şirketlerle yabancı sigorta şirketleri hakkındaki Muvakkat Kanun» dan, ve ayrıca Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunundan, Ticaret Kanunundan ve sair bazı hususî kanunlarda serpiştirilmiş bulunan hükümlerden çıkarmamız gerekir.

Neticede en sistematik kanunlar ihtilâfı maddemiz 23 Şubat 1330 tarihli Muvakkat Kanunun 4 üncü maddesi oluyor. Bu madde ise yazılış tarzı bakımından Türkiyedeki yabancıların Türk Mah-

[1] Seviğ (Muammer Raşit ve Vedat): Devletler Hususî Hukuku, İstanbul 1961, No. 271.

[2] Seviğ (Muammer Raşit): T.C. Kanunlar İhtilâfı Kaidelerinin Sentezi, İstanbul 1941.

Seviğ (Muammer Raşit ve Vedat): op. cit., No. 436.

[3] Berki/Ergüney: Kanunlar İhtilâfı, tesriî ve kazai salâhiyet ihtilâfları bakımından.

kemesinin hükmünden ve Türk kanununun hâkiniyetinden sıyrılmaya kalkışmalarına set çeken bir maddedir. Esas itibarile Türkiye'deki hukukî münasebetler hakkında Türk mahkemesinin ve Türk kanununun ne dereceye kadar yetkili olacağını tesbit etmekle meşguldür. İşte bu bakımdan tedafüi (savunucu), yani Türk Devletinin mülki (ülkesel) egemenliğini destekleyici bir kaleme alınış tarzı var.

\* \* \*

Kanunlar ihtilâfını çözmeye yarayan sistemimizin Türkiyede yabancılar hukukunu düzenleme yönünden kaleme alınmış olması acaba dış memleketlerde cereyan eden hukukî münasebetlerin hangi kanuna tâbi olacaklarının tâyini mes'elesinde bir eksiklik husule getirmez mi? tarzındaki bir soru hatıra gelebilir.

Bu sorunun cevabını araştırmadan hemen söyleyelim ki, her memleketin Devletler Hususî Hukukunun esas amacı mahkeme, evlenme memuru, tapu dairesi, noter, konsolos gibi kendi hususî hukuk mercilerinin milletlerarası hayatın hususî hukuk münasebetlerinden hangileri hakkında yetkili olacağını ve bu münasebetler hakkında hangi memleketlerin kanunlarını hangi kıstaslara göre tatbik edeceğinin tayinidir. Bu tayin keyfiyetinde nazara alınacak münasebetler münhasıran memleket dahilinde iki yabancı arasında veya bir vatandaş ile bir yabancı arasındaki münasebetler olmayıp, yabancı memlekette iki vatandaş, bir vatandaş ile bir yabancı, iki yabancı ve hattâ o yabancı memleketin yabancısı yani bir başka yabancı memleketin uyruklu kişileri arasındaki münasebetler olabilir.

Bu noktaya işaret ettikten sonra demin bahis konusu olan soruya avdet edip şunu müşahede edebiliriz ki Türk doktrini Türkiye dışında cereyan etmiş münasebetler hakkında çoğu zaman müktesep haklara riayet esasından bahsetmek suretile mes'eleyi halletmek zorundadır.

Örnek olarak şimdilik şu birkaç mes'eleyi sıralayabiliriz:

a — Türkiye dışında bir yabancı, kendi memleketinin iç hukuk kaidelerine göre değil de kendi memleketinin kanunlar ihtilâfı sisteminin yetkili saydığı bir başka memleketin kanununa uyarak o başka memlekette usulüne uygun olarak ailevi münasebetlere müteallik bir statü edinmiş ise bu iktisap edilmiş statüyü Türkiyede dermeyan edebilecek midir? Tabiatile iktisap yerinin kendi kanu-

nunu bu iktisap işinde yetkili saymış olması şartıyla. Canlı misal olarak, bir İngilizin Amerikada iktisap etmiş olduğu evlilik statüsü gösterilebilir. Bu İngiliz Amerikanın bir eyaletinde ikamet ediyorsa, İngiltere ve o eyaletin kanunlar ihtilâfı sistemleri o eyaletin iç hukukunu yetkili sayıyorlarsa bu noktada Muvakkat Kanunumuz bir hal yolu gösterir mi? Bu nokta şüphelidir.

b — Türkiye dışında iktisap edilmiş bir menkul Türkiyeye getirildiği takdirde, bunun aynı haklar mevzuunda Türkiyenin kabul etmiş olduğu esaslara riayet edilmeyerek iktisap edilmiş olduğu ileri sürülürse, iktisap anında malın bulunduğu memleketin mevzuatına uyulmuş olduğu ileri sürülerek mes'ele hallolunabilir mi? Doktrin bu mes'elede müktesep hakların riayet esasına dayanmaktadır.

c — Dışarıdaki menkul iktisabına taallük eden tasarrufi muamele bir aksaklık arz etmeyip de, muamelenin sebebini teşkil eden hukuki münasebet, bizim Muvakkat Kanunumuzun yetkili olarak gördüğü kanunu bakımından meydana gelmiyecek idiyse durum ne olacaktır? Meselâ iktisabın sebebi miras fakat bu iktisap Fransada cereyan etmiştir ve Fransız kanunlar ihtilâfı sistemine uyularak müteveffanın son ikametgâhı kanununun mirasçı olarak tanıdığı A malları almıştır. Buna karşılık biz, muvakkat kanuna göre müteveffanın milli kanununu yetkili sayarsak ve o kanun da bir başkasını B'yi mirasçı sayıyorsa, B, A'nın Türkiyeye getirdiği mallar hakkında istihkak dâvası açabilecek midir? Yahut da B, Türkiyede A'ya karşı haksız iktisap dâvası açıp onun Türkiyedeki emvalinden faydalanabilecek midir?

d — Yabancı memlekette in'ikat edip de yine o yabancı memlekette ifa edilecek bir akit hakkında dâvanın herhangi bir sebeple Türkiyede görülmesi halinde hangi memleketin emredici hukuk kaidelerinin tatbik edileceği mes'elesinde de şu soru sorulabilir: Muvakkat Kanunun Türkiyedeki yabancıların dâvalarının Türk mahkemesinde Türk kanununa göre rüyet olunacağı merkezindeki ifadesine dayanarak Türkiye ile hiç ilişiği olmadığı halde böyle bir akit hakkında Türk kanununun emredici hükümlerinin tatbikini şart mı koşacağız? İşte burada doktrin<sup>4</sup> müktesep haklara riayet

[4] Seviğ (Muammer Raşit): Devletler Hususi Hukuku, 1 inci cilt, İstanbul 1947.

Seviğ (Muammer Raşit ve Vedat): op. cit., No. 630.

Berki (Osman Fazıl): Devletler Hususi Hukuku, 1960 (Akitler bahsi).

esasına göre o ilgili yabancı memleketin kanununun nazara alınmasını münasip görmektedir.

e — Yabancı memlekette ika edilmiş haksız fiil veya vuku bulmuş sebepsiz iktisap Türk âmme intizamına riayet şartıyla yine doktrin tarafından ika ve iktisap yeri kanununa tâbi sayılır<sup>5</sup>.

Sıralanmış bu birkaç mes'eleden elde edilecek sonuç şudur ki, yabancı memlekette in'ikat edecek veya ifa edilecek akit, orada ika edilmiş haksız fiil, orada vuku bulmuş sebepsiz iktisap, yine dış memlekette edinilmiş menkul mal, miras hakkı, kılınmış bir nikâh, taayyün etmiş bir nesep durumu ve bunun gibi bir çok mes'eleler hakkında kanunda gösterilen bir çözüm yolu yoktur. Bu mes'elelerin halli için çoğu kere de müktesep haklara riayet esası ileri sürülmektedir.

Demek oluyor ki Devletler Hususî Hukukunun çözmekle ödevli olduğu mes'elelerden önemli bir kısmı, doktrin veya mahkemeler içtihadile düzenlenecek bir müktesep haklar nazariyesine bağlıdır. O halde müktesep haklar nazariyesinin hangi şartlar dairesinde tatbik edileceğini, halledilmesi gereken bu mes'eleler nazara alınarak tesbit edilmelidir.

Bununla beraber şartların tesbitinden evvel müktesep haklar nazariyesinin temeli hakkındaki düşüncelerden hangisinin bizim Devletler Hususî Hukuku görüşümüze daha uygun olduğunu tesbit etmek gerektiğine göre, a) önce müktesep haklar nazariyesi hakkındaki muhtelif görüşleri ve bunlarla Türk Devletler Hususî Hukukunun münasebetini; b) sonradan da Türk Devletler Hususî Hukukundaki müktesep haklar nazariyesinin tatbik şartlarını incelemek gerekir.

#### BİRİNCİ KISIM

### MÜKTESEP HAKLAR NAZARİYESİ HAKKINDAKİ MUHTELİF GÖRÜŞLER VE TÜRK DEVLETLER HUSUSİ HUKUKU

Bilindiği üzere Müktesep Haklar Nazariyesi mevzuunda değişik görüşler vardır. Bir kere bu nazariyeyi bütün kanunlar ihtilâfı sisteminin temeli ve aynı zamanda mülki hâkimiyet fikrile yabancı kanunlardaki hükümlerin nazara alınması hâdisesinin bağdaştırıl-

[5] Seviğ (Muammer Raşit ve Vedat): op. cit., No. 649.

Berki (Osman Fazıl): op. cit. (haksız fiil bahsi).

ması tarzında mütalea eden *Vested Right* teorisi vardır<sup>6</sup>. Sonra kanunlar ihtilâfı sistemini iktisap edilecek haklar mevzuunda tatbik edip müktesep haklar nazariyesini iktisap edilmiş olan hakların dış memleketlerdeki tesiri bakımından nazara alan *Pillet*'nin teorisi<sup>7</sup>. Yine bunun bir cüz'î tâdili sayılabilecek *Niboyet*'nin<sup>8</sup> tek taraflılık görüşü ile hakların milletlerarası etkisi görüşünü mezcedişi. Bir de müktesep haklar nazariyesi diye bir nazariyenin tamamen lüzumsuz olduğunu iddia edip bu hususta doğacak problemlerin bir taraftan atıf nazariyesile diğer taraftan da âmme intizamına tanınacak dereceli etkilerle halledilebileceğini, bu itibarla ancak ortada bir mütehavvil ihtilâflar nazariyesi kaldığını iddia eden ve taraftarları arasında *Bartin*<sup>9</sup>, *Lerebours-Pigeonnière*<sup>10</sup> ve *Batiffol* un<sup>11</sup> isimlerinin zikrolunabileceği görüş vardır.

Ayrıca yeni Alman doktrininin *Vorfrage* (ön mes'ele) dediği mes'elelerin bir basamaklanmaya tâbi tutularak ayrı kanunlar ihtilâfı sistemlerine tâbi tutulmasını savunan görüşü zikre değerdir.

Bu görüşleri sırasile burada kısaca izah edeceğiz.

#### A — Vested Rights teorisi:

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

Gerçekten Kıt'a Avrupası doktrinde her ne kadar yabancı kanunun re'sen uygulanıp uygulanmayacağı, yabancı kanunun yanlış uygulanması halinde temyiz mahkemelerince nakza mahal olup olmadığı, ezcümle yabancı kanunun yerli mahkemenin nazarındaki kıymeti bahis konusu olursa da bütün Devletler Hususî Hukuku ilminin temel problemi olacak bir *yabancı kanunun ithali problemi* ile uğraşılmaz. Oysa Anglo-Amerikanlar bu problemi temel olarak ele alırlar ve onu çözmek için iki teoriden birine bağlanırlar: *Vested*

[6] Dicey: On priv. int. law as a branch of the law of England 7, Law Quart. Rev., 113 (189).

[7] Pillet: Principes de d.i.p. Paris 1905, No. 273, § 18.

Maurice Bernard, Journal de droit int. Clunet'deki makale, yıl 1900, s. 1064 - 1072; Clunet 1907, s. 56 - 69.

[8] Niboyet: Cours de d.i.p. Paris 1947, No. 464-475.

[9] Martin: Principes de d.i.p., s. 193, § 78.

[10] Lerebours-Pigeonnière: Précis de d.i.p., Paris 1937, s. 254.

[11] Batiffol: Traité de d.i.p., Paris 1955, No. 320.

*rights* (müktesep haklar) teorisi ve *Incorporation* (mezc) teorisi. Biz burada yalnızca birincisile meşgul olacağız.

Anglo-Amerikan Devletler Hususi Hukuku büginleri, bir mahkemenin ancak memleketinin kanunlarına ve onları koyan hâkim organlara uymak zorunda olduklarını kabul ederler. Demek oluyor ki, mantıkan mahkeme yalnız kendi memleketinin iç hukukuna riayetle mükelleftir.

Fakat aynı bilginler bu iddialarına rağmen şu vakıa ile karşı karşıya kalırlar ki, İngiliz ve Amerikan mahkemeleri yabancı kanunları çok kere uygularlar.

O halde ülkesel egemenlik ilkesinin kesinliğine rağmen yabancı kanun nisfetin ve sosyal faydanın zorlanmasıyla yine nazara alınmaktadır. İlkelerden bir inhiraf gibi gözükebilen bu durumu anlatmak için ortaya atılmış olan izah tarzlarından burada *vested rights* teorisi hakkında sırasile *Dicey* ve *Beale*'in anlattıklarını gözden geçirelim.

*Dicey*'ye göre <sup>12</sup>, bir memleketin mahkemesi, yabancı bir kanunu uyguladığını farzettiği zaman, hakikati halde yabancı memleketin kanununa o yabancı memlekette iktisap edilmiş olan hakları tatbik mevkiine koymakla yetinir. *Dicey* bu keyfiyeti şöyle ifade eder: İngiliz hâkimleri tıpkı Fransız ve Alman hâkimleri gibi yalnız kendi kanunlarını uygularlar. Fakat dil alışkanlığı ile hâkimlerin bir yabancı kanunu uyguladıkları denildiği durumlarda, bu hâkimler hakikati halde yabancı kanunu uygulamayıp ancak yabancı kanuna uyularak edinilmiş (iktisap edilmiş) bir hakka memleket içinde yer vermiş oluyorlar. Yabancı kanunun memlekete sokulması ile yabancı bir kanuna uygun olarak edinilmiş bir hakkın ithali arasında bir fark gözetilmesi çabası lüzumsuz bir titizlik hissini Kontinental görüşlere sahip olanlara verirse de, şunu unutmamak gerekir ki bugünkü İtalyan ve hattâ Fransız doktrini bu probleme cevap vermeyi kendini vazifeli biliyor <sup>13</sup>.

Bununla beraber şunu da kabul etmek gerekir ki *Vested rights* teorisi *Dicey* tarafından vâki bu izah tarzı ile dahi tatminkâr bir teori olmaktan uzaktır. Çünkü kendisini ihdas etmiş olan hukuki nizamdan ayrı olarak memleket memleket gezen bir hakkı tasavvur etmek oldukça güçtür.

[12] Bak. not 6.

[13] Wigny: Essai sur le droit international privé américain, Paris 1933, s. 94.

İşte bu güçlüğü gidermek için Amerikalı hukuk bilgini *Beale*<sup>14</sup> şu izahı veriyor:

«Hukuki bakımdan bütün haklar bir kanun tarafından yaratılmalıdır: Evvelâ, bir hak sun'î olup tabii bir varlık değildir. Saniyen bir hak, içtimai değil, siyasi bir varlıktır. Hiç bir kanuni hak hususi eşhasın mücerret iradesi tarafından yaratılamaz.

Kanun gelecekteki hukuki durumları düzenliyen umumî bir hükümdür. Hakları yaratmak için hakkın doğuşunu belirli bir olayın vukuuna bağlamağa karar verir. Kanun, bu olaya bir sonuç bağlar; o da kanuni bir hakkın yaratılmasıdır. Bu hakkın yaratılması netice olarak belirli vakıaların ortaya çıkmasına tâbidir.

Bir hak bir kanun tarafından yaratılınca, hakkın kendisi de bir vakıa teşkil eder. Bu vakıanın kendisi aynı kanunun veya başka bir kanunun yeni bir hakkın doğuşuna şart saydığı bir âmil mevkiinde olabilir. Başka deyimle bir hak, onu yaratan kanun tarafından veya onun üzerinde otoriteyi haiz başka bir kanun tarafından değiştirilebilir.

Eğer bu kudreti haiz kanunlardan hiç biri hakkı değiştirmemişse, bu hak, mademki mevcuttur, her yerde tanınmalıdır. Bu tanınma keyfiyeti de, bir vakıanın tanınmasından ibarettir.»

*Beale*, eserinin 48 inci paragrafında şunu ilâve ediyor:

«Her ne kadar yabancı bir hak bir gerçek olarak tanınmak mevkiinde ise de, bundan dolayı ona kanuni kuvvet izafe edileceği iddia olunamamalıdır. Çünkü, bir hakkın kanuni tesiri bir kanun tarafından bahşedilir. Binnetice hiç bir yabancı hak tatbik olunamaz. Meğer ki devletin mevzuatı buna karar vermiş olsun.»

Pozitivist zihniyete gayet uygun olan bu izah tarzı hem ülkesel egemenlik esasını hem de yabancı kanuna «riayet» zehabını iyi bağdaştırmaktadır. Fakat bu teori kusursuz değildir. Nitekim yabancı kanunun uygulanmasını hakkın mevcudiyetine bağlamak iddiasında olmasına rağmen bu teoriye uygun olmak iddiasında bulunan Anglo-Amerikan kanunlar ihtilâfı sistemlerinin, hakkın henüz iktisap edilmemiş iken müktesepmiş gibi tanıdıkları iki hal vardır:

*Birinci hal* şudur: İktisap yerinin kanunlar ihtilâfı sisteminin kendi iç hukukunu değil de bir başka memleketin iç hukukunu bu

[14] *Beale: Cases on the conflict of laws*, 3 üncü bası 1902, Summary s. 2, 4, 5.



hakkın doğumu için yetkili olarak göstermiş olup da o yabancı memleketin ise yetkili saydığı bir 3 üncü memleketin kanununa uyulmıyarak vuku bulan hukuki muamelelerin hak iktisap ettiremeyeceğini iddia etmesi halidir. Meselâ, Berlin'de in'ikat edip te ifa yeri Bruxelles olacak bir aktin New-York'ta dâva mevzuu olması halî. Bu durumda New-York'daki hâkim iktisap edilmiş bir hakkın mevcudiyet iddiası karşısındadır. Bunun Berlin'de usulü dairesinde iktisap edilmiş olması gerekir. Fakat Alman kanunlar ihtilâfı sistemi akti ifa yeri kanununa yani burada Belçika hukukuna tâbi tuttuğu takdirde taraflar Alman kanununa uymuş fakat Almancaya yetkili sayılan Belçika kanununa uymamış iseler Alman hakkı doğmamış sayar. Buna karşılık New-York mahkemesi doğmamış olan bir hakkı doğmuş nazarile bakar.

*İkinci hal* de, yabancı memlekette iktisap edilmiş olan hakkın dermeyeran yerinin âmme intizamı düşünceleri dolayısıyla nazara alınmaması halidir.

Neticede *Vested rights* teorisinin üç zayıf noktası vardır:

1) Âmme intizamının tesiri; bir yerde iktisap edilmiş bir hakkın diğer bir yerde bu tesir yüzünden dermeyeran edilmemesi. Şunu derhal söyliyelim ki âmme intizamı mülâhazası kanunlar ihtilâfına ait her hal çaresinde rol oynadığı görüldüğüne göre ve *Dacey*'nin kendi ifadesile yabancı memlekette iktisap edilmiş olan hakkın İngiliz mahkemelerince tanınmasının İngiliz âmme intizamını ihlâl etmemesi şartına bağlı sayıldığına göre bu nokta önemli bir mahzur olarak nazara alınamaz.

2) Devletler Hususî Hukuku sistemi tarafından bir hususta milletlerarası kıymeti haiz hak yaratmağa yetkisiz sayılan bir kanunun, sırf dâva yerinin Devletler Hususî Hukuku sisteminin sevkile hak yaratmış farz olunması keyfiyeti. Bu noktada mevcut mahzuru hafiletecek tedbirleri dermeyeran yerinin yani dâva yerinin kanunlar ihtilâfı sistemi olabilir. Bu tedbirler meyanında İngilizlerin meşhur *Foreign Court Theory*'si vardır. Bu da iktisap yeri sayılan memlekette yargıcın bu iktisabı kendi kanunlar ihtilâfı sisteminin yetkili saydığı kanuna göre hakkın doğuşunu tanıyıp tanımayacağını araştırmayı tavsiye eden bir teoridir<sup>15</sup>.

3) *Vested rights* teorisinin ahkâmı şahsiye meselelerine tatbik edilememesi. Nitekim İngilterede bulunan ve ikametgâhı dışta olan

[15] Schmitthoff: English conflict of laws, Londra 1955, s. 97-102.

bir kimsenin ahvali şahsiyesi konusunda bu dış memleketin hukukuna neden itibar edildiğini ve neden itibar edilmek gerektiğini bu teori izah edememektedir.

Bu suretle yabancı memlekette iktisap edilen haklara riayet esasınakanunlar ihtilâfı sistemini dayandıran *vested rights* teorisinin yegâne fakat gayet önemli mahzuru olarak bu son nokta kalıyor.

#### B — Pillet'nin müktesep haklar teorisi:

Fransa'da müktesep haklar bahsini kanunlar ihtilâfı bahsinden ayırt eden ilk hukukçu bilgin *Antoine Pillet* olmuştur. Bu ayırmayı Devletler Hususi Hukukuna ait nazariyesi gibi devletlerin yekdiğerinin hâkimiyetine riayet vecibesine istinat ettirmektedir. Şöyle ki kendi dahili mevzuatı ile belirli bir hakkın meydana gelmesinde âmil olmuş olan devletin başlıca menfaati bu hakkın yabancı memleketlerde tanınması suretile, egemenlik hakkının ve uyruklularının milletlerarası ticarete iştirakinin tanınmasıdır. Bu kabil hakların etkilerini yasak etmekte diğere devletlerin menfaatleri yoktur. Devletin egemenlik hakkı kendi ülkesine ve uyruklarına tamamile yabancı olan hukukî işlemlere hükmetmeğe kadar varmaz. Bu hususta yabancı kanunun uygulanması kendi kanunlarının otoritesine halel getirmez. Üstelik her iki devlet arasındaki münasebetlere halel getirmeden bu hakların etkilerini reddedemez. Oysa bu halel getirmede hiç menfaati olamaz. Binaenaleyh kaide olarak, her devlet yabancı memlekette iktisap edilmiş haklara riayet ve hürmeti sağlamalıdır. Bu kaide Devletler Hususi Hukukunun temellerinden biri olarak vasıflandırılabilir <sup>16</sup>.

Parisli büyük hukuk bilginini *Pillet*'ye göre yabancı memlekette vuku bulmuş bir hukukî işlemde doğmuş bir hakkın ileri sürülmesi bahis konusu ise, kendisinden bir müeyyide beklenen hâkimin meşgul olacağı nokta, hukukî işlemin kendisi ve sonuçlarından herhangi birisi itibarile dâva yerinin âmme intizamını haleldar edecek mahiyette olup olmaması değil de sözü geçen hukukî işlemin ileri sürülen belirli bir hükmünün dâva yerinin âmme intizamı ile bağdaşabilir olup olmadığının incelenmesi olacaktır. Temsil ettiği devletin menfaatlerinin zarurî kıldığı bu tahkikatı daha ileri götürmek hâkimi haklı bir sebep olmaksızın yabancı devletin egemenliğine dokunmak olur <sup>17</sup>.

[16] Pillet: op. cit., No. 284.

[17] Pillet: op. cit., No. 519.

Bu ifade tarzı Fransız jürisprüdansının mükâdem bir kararını izah etmektedir. Mes'ele, yabancı memlekette boşanmış olup 1878 tarihinde Fransada başka bir evlenme akdetmek isteyen yabancı kişileri ilgilendiriyordu. Gerçekten o tarihte Fransada boşanma yasak idi. Bu itibarla Fransızlar Fransada boşanamadıkları gibi bir yabancı memlekette boşanmaları halinde Fransız kaldıkları müddetçe Fransa nazarında el'an evli sayılırlardı. Hattâ yabancı kişilerin dahi Fransada boşanmaları yasak idi. Sözü geçen kişisel kanunun boşanmaya izin verip vermediğine bakılmazdı. Çünkü Fransada bir boşanma usulü muhakemesi mevcut olmadığı gibi böyle bir dāvaya kalkışmak, Fransadaki boşanma yasağı kuralını, yani Fransız âmme intizamını ihlâl eder sayılırdı. İşte bu yüzden milli kanunları boşanmaya cevaz vermesine rağmen yabancılar boşanamazdı.

Fakat yabancı memlekette boşanmış olan kişilerin tekrar evlenme hürriyetine hâlel gelmiyordu. Bunlar Fransada bile pekâlâ evlenebilirlerdi<sup>18</sup>. 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 yabancı kanununa kaim olması keyfiyeti değildi. Bu sefer bir tek mes'ele vardı, o da her nasılsa zeval bulmuş bir evlenmeden sonra evlilik hali zevale uğramış olan bir kimsenin tekrar evlenip evlenmediği mes'elesi idi. Bunda Fransız âmme intizamını haleldar edecek bir vaziyet olmadığı için o kişi tekrar evlenebilirdi. Yalnız şu şartla ki, evlenmesinin yabancı memleketteki zevale uğrayışı yetki bakımından muteber olsun. Demek oluyor ki boşanma kararını, kazai yetki kuralları bakımından yetkili bir yabancı mahkeme vermiş olmalı idi. Aynı zamanda da o mahkemede uygulanmış kanun Fransız Devletler Hususî Hukuku sisteminin nazarında yetkili sayılan kanunun yani tarafların milli kanunu olmalı idi ve bu milli kanun usulü dairesinde uygulanmış olmalı idi. Milli kanun Fransız kanunu veya onun gibi boşanmayı yasak eden bir kanun olduğu durumlarda evlenme zevale uğramış sayılmazdı. Evlilik baki idi Fakat milli kanun boşanmayı tanıyan bir memleketin kanunu olduğu hallerde evlenme zail olmuş sayılırdı.

Demek oluyor ki, araştırılan şey, yabancı memlekette meydana gelmiş olan hukukî işlemin Fransa'nın âmme intizamına olan etkisi

[18] Fransız Yargıtayı, 15 Temmuz 1878, Cl. 1878, s. 499.

değil de, bu işlem ile yabancı ülkede edinilmiş bir durumun Fransa'da ileri sürülme imkânı idi.

Bu misalden anlaşılmalı olacağı üzere *Pillet*'nin savunduğu müktesep hak teorisi âmme intizamı istisnasının kapsama alanını gösterir ve sınırlar.

Böylece *Pillet* egemenlik haklarına riayet düsturundan hareket etmek suretiyle müktesep haklar bahsini kanunlar ihtilâfı bahsinden ayırmaktadır. *Pillet*'nin müktesep haklar teorisi, kendi umumi sisteminin doğurabileceği güçlükleri hafifletmektedir. Şöyle ki: *Pillet*'nin görüşüne göre egemenliklere en çok riayet esası bazı gerekli hallerde yabancı kanunu uygulama mecburiyetini doğurur. Yabancı kanununun gayesi kişinin korunması olup umumilik vasfını kaybettiği ve buna karşılık daimilik vasfını muhafaza ettiği hallerde bu mecburiyetten bahsedilebilir. Yerli kanun ise umumun menfaatinin korumayı gaye edinmiş olduğu hallerde yerliye de yabancıya da hasılı herkese tatbik edilir. O zaman bilâkis aynı egemenlik esası yerli kanunun uygulanmasını icabettirir. Bu ikili ayırma tarzı evrensel bir sistem olmalıdır.

*Pillet*'nin teorisi bundan ibaret olsaydı eksik bir nazariye manzarasını arzedecekti. Çünkü dikkat edilirse görülür ki bazı hallerde yabancı memlekette oranın umumilik vasfını haiz yani umumi menfaat için vazedilmiş bulunan bir kanuna göre iktisap edilmiş olan bir hakkın tanınması gerekebilir. Bunun gibi de yine yabancı memlekette yetkili bir şahsi kanuna göre yani yalnızca daimiliğini muhafaza etmiş kanuna göre iktisap edilmiş bir durumun bazı neticelerini dermeyeran yerinin âmme intizamını haleldar etmeden tanımak mümkün olabilmelidir. Nihayet statüsü bahis konusu olan şahsın tâbiyet veya ikametgâhındaki değişikliğin meydana getirdiği ve arazi ilhakı hallerinin bir çok mes'elelerde doğurduğu problemlere cevap verebilmelidir.

İşte bütün bu güçlüklerle *Pillet* müktesep haklar nazariyesiyle cevap vermektedir.

*Antoine Pilet*, yabancı bir memlekette iktisap edilmiş bir hakkın tanınması için iki şart ileri sürer:

1) Müktesep hak, dermeyeran edildiği memleketteki Devletler Hususî Hukuku sistemince yetkili sayılacak bir kanuna göre iktisap edilmiş olacak.

2) İktisap yerinin hukukuna riayet edilmiş olacak.

C — Niboyet'nin müktesep hakların milletlerarası etkisi hakkındaki ve kanunlar ihtilâfı kaidelerinin tek taraflılığı hakkındaki görüşleri:

*Niboyet*'ye göre Devletler Hususî Hukuku iç kamu hukukunun bir dalıdır, çünkü vatandaşlık dersek Devlet'in yapısını teşkil eden millet unsurunun kimlerden terekküp edeceğini göstermesi hasebiyle Anayasa hukukuna girer, yabancılar hukuku dersek egemenliğin ferdi hakla sınırlanışını göstermesi bakımından yine Anayasa hukukuna dahil olabilir. Kanunlar ihtilâfı kaidelerine gelince bunlar vaz edildikleri memleketin kanunlarının tatbik alanını göstermeleri bakımından kanunun şümul sahasını tayin eden kaidelerdir. Kanunun şümul sahasını gösteren kaide onun tesirini gösterir, yani kamu hukukuna dahildir. O halde Devletler Hususî Hukukunun bütün bahisleri iç kamu hukukuna bağlanmış oluyor<sup>19</sup>.

*Niboyet*'ye göre kanunlar ihtilâfı kaideleri vazedildikleri memleketin kanunlarının tatbik sahasını tahdit ettiklerine göre ancak tek taraflı bir karakter taşıyabilirler. Şöyle ki bu kaideler yabancı memleketlerin kanunlarının hangi hallerde tatbik edileceğini göstermezler. Böyle olunca, dâva konusu bir hukukî münasebetin hangi kanuna tâbi olacağına kestirilmesi işinde önce *lex fori*'nin yani hâkimin kanununun mevcut kanunlar ihtilâfı kaidelerine göre yetkili olup olmadığına bakılacaktır. Eğer yetkili ise o kanun tatbik edilecektir. Yetkili değilse hukukî münasebete hükmetmek hususunda hangi memleket kendini yetkili görüyorsa o memleketin kanunu tatbik edilecektir. İki yabancı memleket arasında bu noktada çatışma varsa kanunlar ihtilâfı sistemi dâva yerinin kanunlar ihtilâfı sistemine en çok benzeyen memleketin kanununa itibar edilecektir. Yok hiç bir yabancı memleket, dâva yeri kanununun kendini yetkisiz saydığı münasebet hakkında kanununu yetkili görmüyorsa o zaman halile dâva yeri kanunu tatbik edilecektir. Çünkü böyle yapılmazsa ihkaki haktan istinkâf vaziyeti hasıl olur<sup>20</sup>.

*Niboyet* aynı zamanda ülkesellik (mülkilik, territorialité) taraftarıdır. Bu hususta *De Vareilles - Sommières*'in ortaya atmış olduğu fikre dayanıyor<sup>21</sup>. Bu fikre göre kanunlar kendilerini vazetmiş olan memleket için meydana getirilirler. İşte onun içindir ki her mem-

[19] Niboyet: Cours de d.i.p. 1946, s. 55-65.

[20] Niboyet: op. cit., s. 501-502.

[21] De Vareilles-Sommières: Synthèse du d.i.p. 1897 ve Cl. 1900, s. 5 vd. (Tercüme, Seviç (Vedat), İst. Hukuk Fak. Mecm. 1952, sayı 1-2).

leket kendi kanunlar ihtilâfı sistemini kendi görüş, ihtiyaç ve menfaatine göre tanzim eder. O halde her hukuki olay vuku bulmuş olduğu memleketin kanununa tâbi olmalıdır meğer ki o memleket bu olayın kendi kanununa tâbi olmayacağını kanunlar ihtilâfı sisteminde belirtmiş olsun. Bu fikre göre de yabancı memlekette vuku bulup o memleketteki kanuna tâbi olması gerektiği hakkında kanaat hasıl olan bir hukuki hâdise ile doğmuş olan hakkı tanımak için, o yabancı meleketin kanununu da nazara almak gerekir. Bu hususta mahkeme, yabancı memleketin ülkesel kanununu nazara almamazlık edemez. Ülkesel kanun yalnız dâva yerinin kanunu değildir, bazan da olayın vuku bulduğu yabancı diyarın kanunudur. Ancak bu sonucunun nazara alınması suretile iktisap edilmiş hakların milletlerarası etkisi tanınmış olur.

*Niboyet* yabancı memlekette iktisap edilmiş olan hakkın milletlerarası tanınmasının iki şartı olacağını söylüyor: 1) Yetkili memleketin müesseselerine göre tekemmül etmiş bir hak olmalıdır, 2) O memleketin müesseselerine göre bahis konusu olan hak, tam anlamıyla vücutte gelmiş bir hak olmalıdır.

*Niboyet* tanınacak olan müktesep hakları yabancı memleketlerin ülkesel kanunları uyarınca iktisap edilmiş olan haklara inhisar ettirmiyor. Yabancı memleketlerce oranın kanunlar ihtilâfı kaidelerinin yetkili saydığı şahsî kanuna göre iktisap edilen hakların ve statülerin tanınacağını kabul ediyor. O halde yabancı memlekette vuku bulup bir yeni hak veya statü meydana getirdiği iddia edilen olayın tâbi olacağı kanun bakımından iki memleket çatışma halinde bulunursa kanunlar ihtilâfı sistemi dermeyeran yerininkine benziyen memleketin yetkili saydığı kanuna itibar edilecektir. Meselâ bir İtalyan Londrada ikametgâh tesis edip boşandıysa sistemi Fransa'ninkine benziyen İtalyan sistemine uyularak Fransada İtalyan sistemi nazara alınacaktır. Oysa bu konuda gerek İtalya, gerekse İngiltere tek taraflı olarak ve çatışarak kendi kanunlarını yetkili görürler. Hak Fransaya göre mademki çatışma var, benzer sistemli kanuna göre doğmalıdır. O da bu statü değişikliğinin doğmasına meydan vermiyorsa boşanmışlık statüsünün dermeyeranına imkân kalmaz.

O halde *Niboyet*'nin müktesep haklar teorisinde yine *Pillet*'nin kinde mevcut olan iki şart aynen mevcuttur: Dermeyeran yeri sisteme göre yetkili kanunun tatbik edilmiş olması ve iktisap yerinin hukuki müesseselerine göre hakkın doğmuş olması.

*Niboyet* bu ikinci şart hususunda pek hassas davranıyor. Meselâ, iki katolik Fransızın katolikler için kilise merasimini şart koşan bir memlekette yine o memleketin mevzuatına göre katoliklerden gayri kimselere münhasır olan medenî nikâhla evlenmiş olmaları halinde bu evlenmeyi o memleket muteber tanımazsa, Fransanın kendi ülkesinde hukuku lâikleştirmiş olmasına rağmen tanımaması gerektiğini söylüyor. O halde *Niboyet*'nin sistemine göre iktisap yeri kendi kanununa yetki vermiş olmalıdır ki hak dermeyan yerinde haklı olarak dermeyan edilebilsin.

Neticede tek taraflılık hudutları dahilinde kanunlarını muteber sayan iktisap memleketi dermeyan yerinin kanunlar ihtilâfı sistemine uymuş olması gerekir. Şurası dikkate alınmalıdır ki *Niboyet*'nin sisteminde ayrıca gerek iktisap yerinin gerekse dermeyan yerinin sistemi kendi kanunundan başka yine tek taraflılığı ihlâl etmeden benzer sistemli bir memleketin kanununu da pekâlâ yetkili sayabilir.

**D — Ayrı bir müktesep haklar teorisinin lüzumsuzluğu hakkındaki iddialar:**

*Bartin*, *Arminjon*, *Lerebours-Pigeonnière* ve *Batiffol* gibi bazı ünlü Fransız hukukçuları müktesep haklar teorisinin lüzumunu inkâr etmektedirler<sup>22</sup>. Bunlar müktesep haklar teorisinin gördüğü işi, atıf nazariyesi, âmme intizamı istisnasının etkisinin derecelenmesi ve mütehavvil ihtilâf nazariyesi pekâlâ görür derler.

Biz burada müktesep haklar nazariyesile halli teklif edilen mes'eleler atıf, âmme intizamı veya mütehavvil ihtilâfı nazariyesile ne dereceye kadar hal edilebileceğini sıra ile tetkik edeceğiz.

**a — Atıf:**

Yukarıda izah edilmiş olan nazariyeler meyanında Anglo-Sakson ve *Niboyet* nazariyelerinde atfa yer verildiğini biliyoruz. Vakıa *Niboyet*'ninkinde atfın kendisi mefhum olarak reddediliyorsa da tek taraflılık görüşünün neticesi olarak memlekette iktisap edilecek haklar bakımından tek dereceli atıf Almanların (*rückverweisung*) dedikleri atıf tarzı ve dışarıda iktisap edilmiş haklar için icabında

[22] *Bartin*: op. cit., s. 28 ve s. 193.

*Arminjon*: Précis de d.i.p., 2 nci bası, No. 138-139.

*Lerebours-Pigeonnière*: Précis de d.i.p., Paris 1948, No. 275-280.

*Batiffol*: Traité de d.i.p., 1955, No. 320.

iki dereceli atıf yani Almanların (*Weiterverweisung*) dedikleri atıf tarzı meydana gelir. Meselâ *Niboyet*, Brezilyada ora kanununa göre evlenmiş olan İngilizlerin bu evlenmesinin muteber olup olmadığını incelediğinde İngilterede mukim olmıyan İngilizler hakkında İngiliz Hukukunun tatbik edilmeyeceğini, Brezilyada mukim kişilerin ahkâmı şahsiye noktasından Brezilya kanunları ihtilâfı sistemine göre Brezilya kanununa tâbi olduklarını müşahede ediyor ve mes'elenin Fransada bahis konusu olduğu takdirde Fransanın bu işle ilgili olmadığı için bu evlenmenin muteber olacağını kabul eder. Buna karşılık eğer Brezilyada evlenenler milli kanun esasına bağlı bir memleketin tebaasından olsalardı meselâ İtalyan olsaydılar. O zaman evlenmenin Brezilyaya göre muteber ve İtalyan kanununa göre de batıl olması halinde kendi kanunlarına yetkili sağlamak hususunda çatışan İtalyan ve Brezilya kanunları ihtilâfı sisteminden Fransanın kine ne çok benziyeni tercih etmeyi teklif eden *Niboyet* netice itibarile Fransanın yetkili saydığı memleketin atıfta bulunup bulunmadığına göre üçüncü bir memleketin kanununu yetkili veya yetkisiz saymaktadır. İlgililer İngilizse, İngiltere yetki atfettiği için Brezilya kanunu tatbik edilecektir, ilgililer İtalyan iseler İtalya yetki vermediği için Brezilya kanunu tabik edilmeyecektir. Böylece *Niboyet*'nin tek taraflılık görüşü ile mezcedilmiş bulunan müktesep haklar nazariyesi atıf nazariyesile pekâlâ halledilecek ve esasında yine fakat başka kelimeler kullanılarak atıf nazariyesinin uygulanması ile halledilen mes'elelerle meşgul olan bir nazariye manzarasını arz eder.

Anglo-Sakson görüşlerinde ise *Vested rights* nazariyesinin tam mânasile uygulanabilmesi için *Foreign Court Theory* denilen hususî bir atıf nazariyesine başvurulduğu yukarıda belirtilmiş bulunuyordu.

O halde *Lerebours-Pigeonnière* ve *Batiffol* gibi atfa taraftar olan hukukçuların müktesep hakların tanınmasına taallük eden problemlerin atıf yoluyla çözülebileceğini iddia etmelerine şaşmamalıyız.

Fakat şunu da müşahede ediyoruz ki bu hukukçular müktesep haklar nazariyesinin yerine yalnız atıf nazariyesinin tatbikatını değil bir de âmme intizamı istisnası ile mühavvîl ihtilâfları ikame etmişlerdir. Şimdi de sırayı takip ederek bunları müktesep haklar bakımından inceliyelim.



b — *Âmme intizamı:*

Müktesep haklar teorisine muarız olanlara göre bu teori ancak âmme intizamı istisnasının tesir derecesi bakımından bir rol oynar. Çünkü gerek memleket dahilinde iktisap edilecek haklar için olsun gerekse yabancı memlekette iktisap edilmiş olan hakkın tanınması için olsun müracaat edilecek olan kanunlar ihtilâfı sistemi yine dâva yerinin kanunlar ihtilâfı sistemi olacağına göre arada bir sistem, bir kaide farkı kalmıyor. Topu topu şu fark kalıyor: âmme intizamı mülâhazalarının tesiri memleket dahilinde iktisap edilecek haklar için daha tesirli, esas itibarile yetkili olan kanunun uygulanmaması ihtimalleri daha fazla olur. Buna karşılık yabancı memlekette iktisap edilmiş hak bahis konusu olunca hâkimler daha müsamahakâr olurlar. *Pillet*'nin göstermiş olduğu misalde olduğu gibi, kendi memleketlerinde doğmasına imkân vermeyecekleri bir hakkın, yabancı memlekette doğmuş olması halinde çoğu kere, neticelerini tanırlar. Meselâ, boşanmayı men eden bir memlekette, milli kanunları boşanmaya cevaz veren iki kişi boşanamazsa da esas memleketlerinde veya ona uyan bir başka memlekette boşandıktan sonra boşanmaya cevaz vermeyen memlekete gelip bir evlenme akdetmek isterlerse, pekâlâ evlenebilirler.

c — *Mütehavvîl ihtilâflar:*

Müktesep haklar nazariyesinin tatbik edildiği her mes'ele bir âmme intizamı istisnasının farklı etkisi veya bir atıf mes'elesi değildir. Kanunlar ihtilâfı farkı olmadığı ve âmme intizamı istisnasının da dermeyeran edilmediği fakat yine müktesep haklar esasına riayet edildiği iddia edilen haller vardır. Meselâ, bir menkul A memleketinde iktisap edildikten sonra B memleketine getiriliyor, A daki iktisabın usulü dairesinde olup olmadığını kestirmek için tabiatile A memleketinin kanununa başvurmak gerekir. *Lerebours-Pigeonnière* ve *Batiffol*'e göre, mademki dermeyeran memleketinde bu hale mahsus ayrı bir kanunlar ihtilâfı sistemi yoktur, mademki kaideten müktesep hakkın tanınması şartı dermeyeran yerinin kanunlar ihtilâfı sistemine riayet edilmiş olmaktır o halde bütün mes'ele bu kanunlar ihtilâfı çerçevesi dairesinde kalan bir bağlantı noktası bakımından değişiklikten ibarettir. Şöyle ki, dâva anı ile dâvaya sebebiyet vermiş olan hukukî münasebetin meydana gelmesi anında ayrı ayrı yerler aynı kanunlar ihtilâfı kaidesinin tatbikinde bahis konusu olur. Deminki misalde kaide aynı kaidedir, bağlantı

noktası malın bulunduğu yer olarak ifade edilir fakat hukukî münasebet önce A memleketinde vücut bulmuştur, dâva da sonradan B memleketinde cereyan ediyor, malda önce A memleketinde sonradan da B memleketinde bulunuyor. Yani bulunma yeri değişiyor. Değişiklik kaidenin kendisinde değil, bağlantı noktasındadır.

Buna benzer bir hal, ahvali şahsiye bahis konusu olan kimse- nin doğumu bahis konusu olan hukukî münasebetin vuku olduğu an ile dâvanın zuhur etmiş olduğu an arasında tabiiyet değiştirmiş olması halidir.

Bu durumları şöyle de tarif etmek mümkündür: aynı kanunlar ihtilâfı kaidesinin tatbiki suretile münasebetin kurulduğu anda yetkili saydığımız hâkimiyet ile sırf dâva anı bahis konusu olsa idi yetkili olacak hâkimiyetin iki ayrı memlekete ait olması haline mütehavvil ihtilâf denir.

Bu tarife göre toprak ilhaki dolayısıyla zuhur eden kanunlar ihtilâfı da mütehavvil ihtilâflardandır<sup>23</sup>.

Daha ileride göreceğimiz üzere bu üç yazarın temas ettikleri doğru noktalar vardır. Fakat müktesep haklar problemi daha şümüllü bir sisteme ihtiyaç gösterir.

#### E — Vorfrage (ön mes'ele) konusu:

Son yılların Dünya jürisprüdansı yeni bir mevzu ile meşgul olmağa başlamıştır. Bu mevzua Alman doktrini *Vorfrage*<sup>24</sup>, Fransız doktrini *Questions préalables*<sup>25</sup> demektedir. Türkçe olarak bu kavramı *ön mes'ele* deyimile ifade etmek mümkündür.

Bu mevzuda uygulanan usul bir hukukî problemin halli için nazara alınacak mes'elelerin esas mes'ele ve ön mes'ele olarak ayrılması ve esas mes'eleye dâva yerinin kanunlar ihtilâfı sistemine göre tatbiki gereken kanun hangi memleketin kanunu ise o memleketin kanunlar ihtilâfı sisteminin de ön mes'ele sayılan kısma hükmetmesi yani bu sonuncu sistemin yetkili saydığı kanunun ön mes'elenin halli için nazara alınmasından ibarettir. Şöyle ki tekem-

[23] Bartin: Principes, Paris 1930, s. 28 vd.

[24] Kegel: Internationales Privatrecht 1960, s. 102, § 9.

Hoffmeyer: Das international privatrechtliche Verfrage probleme 1957, teksir edilmiş tez (Lagarde'dan aktlen, bak. not 25).

[25] Lagarde: Les règles de conflit applicables aux questions préalables, Rev. int. de d.i.p., 1960, s. 459 vd.

Louis Lucas: Qualification et répartition, Rev. Crit. de d.i.p., 1957, s. 153-183.

mül etmiş olan bir hukuki durum henüz tekemmül etmemiş bulunan bir hukukî durumun ön mes'elesi sayılıp, bu tekemmül etmiş durumun hangi kanunun tabik edilmesile usulüne uygun bir tarzda tekemmül etmiş sayılacağı yolundaki ön mes'elenin halli için başvurulacak olan kanunlar ihtilâfı sistemi, esas mes'elenin nazara alındığı memleketin kanunlar ihtilâfı ssitemine göre, esas mes'ele için yetkili sayılan kanunu vazetmiş olan memleketin kanunlar ihtilâfı sistemidir.

Bu hususta Alman, Avusturya ve İsviçre jürisprüdansında bu mes'eleye taallük eden kararlara rast gelinmektedir. Birkaç misal şöylece sıralanabilir:

a — Almanyadan: *Köln* (Kolonya) şehri Hukuk Mahkemesi 20 Şubat 1953 tarihli kararında <sup>26</sup> bir Belçikalı erkek ile bir Alman kadını arasındaki evlenmenin merasimi Almanyadaki Belçika işgal kuvvetlerine mensup bir subay tarafından icra edilmiş olması halinde, Belçikanın tuttuğu yol hilâfına Almanyanın böyle bir evlenmeyi muteber saymamasına rağmen bu evlenmenin daha evvel doğmuş çocukların nesebi üzerinde tashih edici bir tesir icra etmiş olduğuna karar vermiştir.

Buna karar vermek için Alman Mahkemesi esas mes'ele olarak nesebi ele almıştır. Bahis konusu nesebin sıhhati için şart olan ebeveynin muteber evliliğini ise ön mes'ele olarak ele almıştır. Nesep mes'elesinde (esas mes'ele) Alman sistemi, babanın milli kanununu yani Belçikanın iç hukukunu yetkili sayar. Baba Belçikalı olduğuna göre ön mes'ele olarak halledilmesi gereken mes'ele yani baba ile ananın muteber bir surette evlenmiş olup olmadıkları mes'elesi Belçikanın kanunlar ihtilâfı sistemine bırakılacaktır. Belçika sistemi evliliği muteber saydığına göre çocuğun nesebinin tashihi kolaylaşıyor. Oysa ön mes'eleye de Alman kanunlar ihtilâfı sistemi uygulansaydı Alman kanunu tatbik edilecekti ve evlilik batıl sayıldığı için nesep tashih edilmeyecekti.

*Hamburg Hansa* Mahkemesi <sup>27</sup> bir Alman kadını ile evli bir İskoçyalının Almanyada vuku bulan boşanmasından sonra Almanyada tekrar evlenmeyeceğine hükmediyor. Sebep: Alman Kanunlar İhtilâfı sistemine göre evlenmeye ehliyet milli kanuna tâbidir. İskoç kanunlar ihtilâfı sistemine göre mukaddem boşanma muteber değildir.

[26] *Revue Critique* 1955, s. 112, not Wengler.

[27] 5 Ağustos 1954, *Rev. Crit.* 1957, s. 50, not Wengler.

b — Bunun gibi *Avusturya Yüce Mahkemesi*<sup>28</sup> Bulgar tâbiyetinde bir erkeğin Avusturyada Bulgar Elçiliğinde bir Avusturyalı kadınla evlenmesinin mahsulü olan çocuğun nesebi mes'elesinde, bu evlenmenin Avusturya nazarında şekil bakımından batıl sayılmasına rağmen Avusturyaya göre nesep mes'elesine babanın milli kanunu hükmettiğine göre Bulgaristanın kanunlar ihtilâfı sistemi evliliği muteber ve nesep durumunu sahih addettiği için nesebi sahih saymıştır.

Görüldüğü gibi burada da evlenmenin muteber olup olmadığı ön mes'elesinin halli için esas mes'eledede kanunu yetkili sayılan yabancı memleketin kanunlar ihtilâfı sistemine başvurulmuş oluyor.

c — *İsviçre Federal Mahkemesi* 11 Kasım 1954 tarihli kararında<sup>29</sup>, İsviçrede bir İtalyan erkeği ile bir İsviçreli kadın hakkında daha evvel İsviçrede verilmiş boşanma hükmüne rağmen İtalyan erkeğinin İngilterede vuku bulmuş olan ikinci evlenmesinin evlenmeden evvel doğmuş bulunan bir çocuğun nesebini tashih edemeyeceği neticesine varmıştır. Bu suretle İsviçreye göre muteber olan boşanma hükmünün İtalyanın milli kanununca muteber sayılmaması dolayısıyla iki evlilik durumunun hasıl olmaması için İsviçre elinden gelen tedbiri almış bulunuyor. Maamafih buradada bir çocuğun da nesebi tashihten mahrum kalıyor. Uygulanan usul yine ilgiliye esas mes'ele hakkında tatbiki gereken yabancı kanunun hangi memleketin kanunu ise o memleketin kanunlar ihtilâfı sistemine başvurmaktan ibarettir.

#### Lagarde'nin görüşü:

Ön mes'ele konusunda ilgi çekici bir monografisi bulunan Fransız hukukçusu *Lagarde*'e göre ön mes'ele hakkında yabancı bir memleketin kanunlar ihtilâfı sistemine başvurma usulünün dayanaacağı esas düşünce, ön mes'eleye yerli hukuk nizamı ile yabancı bir hukuk nizamından hangisinin daha yakın bir ilgi ile bağlı olabileceği düşüncesi olmalıdır<sup>30</sup>.

Bu görüşe göre ön mes'ele için en ilgili hukuk nizamı bir yabancı memleketin hukuk nizamı ise o memleketin kanunlar ihtilâfı sistemine göre yetkili sayılan kanuna itibar etmek gerekir. Eğer yerli

[28] 25 Ekim 1952, Rev. Crit. 1955, s. 110, not Wengler.

[29] Rev. Crit. 1957, s. 52, not Wengler.

[30] Lagarde; op. cit., not 25 de.

nizam daha ilgili ise yerli kanunlar ihtilâfı sistemi ön mes'ele dolayısıyla esas mes'eleye de hükmetmelidir. Bu iki ayrı ihtimal karşısında *Lagarde* şu noktalara dikkati çekmektedir:

a — Bilhassa kendi memleketi olan Fransanın, *exequatur* (tenfiz gerekliliği kararı) için saymış olduğu şartlar arasında bir de Fransız kanunlar ihtilâfı sisteminin yetkili gördüğü kanunun uygulanması halinde varılacak neticenin aynına yabancı mahkeme kararında varılmış olması şartını jürisprüdans yoluyla koşması keyfiyeti önemli bir itiraza sebep olması noktası. Şöyle ki, yabancı memleketin mahkemesi kararı için Fransız kanunlar ihtilâfı sisteme uygunluk arandıktan sonra evleviyetle Fransadaki kararlar için Fransız kanunlar ihtilâfı sistemi uygulanmalıdır. Bunun tek istisnası atıf teorisinin tatbiki olabilir. Atıf teorisi ise *Vorfrage* (ön mes'ele) konusu ile karıştırılamaz çünkü şartlar ayrıdır, atıf nazariyesi esas mes'ele hakkında yabancı sisteme itibardır oysa *Vorfrage* (ön mes'eledede) yabancı sisteme itibardır. Tatbik sahaları ayrıdır. O halde *Vorfrage* bahanesile, velev atıf nazariyesile tahfif edilmiş olsun, Fransız kanunlar ihtilâfı sisteminin hükmünden dışarı çıkılamamalıdır.

b — *Lagarde*'in dikkati üzerine çektiği ikinci nokta da bazı hallerde ön mes'ele hakkında yerli sistemin tatbik edilmesile esas mes'eleye yetkili sayılması gereken yabancı kanunun bertaraf edilmesi suretile beliren tatbikattır. Meselâ, Alman kanunlar ihtilâfı sistemi uyarınca evlenmenin şekli konusunda yetkili sayılan Alman kanununun tatbik edilmesi suretile Almanyada evlenme merasimleri icra kılınmış olan bir vatansız kadınla bir İranlı erkeğin bu evlenmesinin merasimden evvel doğmuş olan çocuklarının nesebini tashih edip etmiyeceği mes'elesini Alman kanununa tâbi tutan Berlin Mahkemesinin<sup>31</sup> kararı vardır.

Bu tatbikat *Lagarde*'in ilgili memleket tezini *Vorfrage* konusuna hâkim kılan görüşüne önemli bir destek teşkil etmektedir.

*Lagarde*'in işaret etmiş olduğu birinci noktaya gelince Fransız jürisprüdansının artık *exequatur* konusunda eski sertliğini kaybetmeğe başladığını görüyoruz<sup>32</sup>. Yabancı mahkemenin Fransız sisteminin yetkili saydığı kanunun ulaştıracağı neticeye varmış olmasını

[31] Rev. Crit 1956, s. 83, not Wengler.

[32] Lagarde: op. cit., s. 469.

Louis Lucas: op. cit., s. 163.

Cour de Paris, 21 Ekim 1955 tarihli karar, Rev. Crit., s. 769, not Batiffol.

Fransız jürisprüdansı şart koştuktan vazgeçmektedir. Böylece Fransız kanunlar ihtilâfı sisteminin mutlak hükümlerliliği adına *Lagarde*'e karşı yapılacak itirazın önemli bir dayanağı ortadan kalkmaktadır. Dikkatimizi çeken bir nokta da *Lagarde*'in kendisinin bu yeni jürisprüdanısa işaret etmeyişidir.

*Lagarde* görüşünü böylece izah ettikten sonra muarızlarının gayet önemli bir tenkidine cevap vermeğe çalışmaktadır. Tenkit de «*hukukî schizophrénie*» tehlikesine işaret olarak ifade edilebilir<sup>33</sup>. Şöyle ki, ön mes'eleye yabancı bir memleketin yetkili gördüğü kanun uygulanırsa bir evlenmenin meselâ, bir aynı hak mes'elesinde var ve aynı evlenmenin çocukların nesebi dâvasında yok farzedilmesi mümkündür. Bu önemli itiraza *Lagarde*'in cevabı şudur ki: iç hukukta da mahkeme kararlarının kaziyei muhkeme kuvveti bazı istisnalarla nisbidir yani taraflara inhisar eder. Hattâ bu noktada, Devletler Hususî Hukukuna ait ön mes'ele ile ilgili kararlarda iç hukukunun kaziyei muhkeme kuvvetinin mutlak tesiri ile teçhiz ettiği dâvaların halledilmiş olduğu iddia edilebilirse de bundan dolayı hemen ön mes'elenin savunulan tarzda halledilmesi aleyhinde bulunamayız. Çünkü iç hukukta genel olarak kaziyei muhkemenin mutlaklığını icap ettiren kararlar bazı durumlarda yalnızca gerekçede yer almış bulunmak hasebile nisbî kuvvette kaziyei muhkeme teşkil ederler. Meselâ, Fransada kadının kanunî ipotek hakkını talep etmesi için evliliğinin muteber oluşunun karar gerekçesinde zikredilmiş olması başka bir dâvada yani başka taraflar beyninde, başka sebep veya mevzuda açılmış olan bir dâvada evliliğin muteber olması noktasında mutlak kaziyei muhkeme kuvvetini bahşetmez. Oysa evlenmenin muteber oluşu keyfiyeti gerekçede değil de kararın hüküm kısmında yer almış olsaydı mutlak bir tesiri olurdu.

#### Vorfrage (ön mes'ele) konusundaki kanaatimiz:

Ön mes'ele hakkındaki incelemelerin belirtmiş olduğu sonuçlar kanaatimizce şunlardır:

1 — Ahlâk kaidelerinin benimsediği bir hukukî durumun muhafazası için elverişli kanunlar ihtilâfı sistemi hangisi ise onun uygulanması için bir hal çaresi. Meselâ, sahih nesep durumunun muhafazası, iki karılılık suçunun ika edilmemesi ahlâkan lüzumlu-

[33] Bu tâbiri ilk olarak Goldschmidt kullanmıştır. Kegel: op. cit., s. 104 ve *Lagarde*: op. cit., s. 476 ve not 2 den naklen.

dur. O halde bazen yerli sistemi bazen de yabancı sistemi uygulamak gerekecektir.

2 — Yabancı sisteme başvurulunca atfın tatbikine benzer bir durum hasıl oluyorsa da atıf teorisinin uygulanması sayılamaz, çünkü atıf teorisi esas mes'ele hakkında yerli kanunlar ihtilâfı sisteminden yabancı kanunlar ihtilâfı sistemine geçişi tazammun etmesine karşılık burada esas mes'ele yerli kanunlar ihtilâfı sistemine tâbi tutuluyor, fakat ön mes'ele sayılan bir başka mes'elenin halli yabancı kanunlar ihtilâfı sistemine bağlanıyor.

3 — Mes'eleler arasında bir basamaklama (*échelonage*) uygulanmaktadır. Sonraki basamakta bulunan mes'elenin halli için yetkili olan kanun hangisi ise o kanunu vazetmiş olan memleketin kanunlar ihtilâfı sistemi evvelki basamaktaki mes'elenin halli için yetkili sayılır.

4 — Bu basamaklama sayesinde yetkili saydığımız bir yabancı sistem tarafından müktesep sayılan bir hak tekrar çekişme konusu olmaktan kurtulur. Şöyle ki meselâ nesebinin sıhhatini iddia eden kişi bize yabancı olan kendi milli kanunlar ihtilâfı sisteminin anasının ve babasının muteber bir şekilde Türkiye dışında evlenmiş olduklarını tanıdığını doğrulamak suretile hak kazanmalıdır. O halde haklarda kararlılık ve durumlarda ahlâkîlik sağlayan bir sistem olmak durumundadır.

5 — Bu ön mes'eleye ayrı kanunlar ihtilâfı sistemi uygulama usulü maalesef hakların istikrarını tam olarak sağlamamaktadır. Çünkü «*hukukî schizoprénie*» itirazına verilen cevap böyle bir «hastalığın» bütün hukuk sisteminde mevcut olduğunu iddia etmekten ibarettir. (Bakınız, yukarıda Lagarde'nin görüşü). Bu ise pek zayıf bir cevaptır.

## İKİNCİ KISIM

### TÜRKİYENİN DEVLETLER HUSUSİ HUKUKU SİSTEMİNDE YER ALMASI GEREKEN MÜKTESEP HAKLAR NAZARİYESİNİN TEMELİ, ESASLARI VE ŞARTLARI

#### A — Temel:

Türkiyenin Devletlere Hususî Hukuku sistemi, giriş bahsimizde belirtmiş olduğumuz veçhile bilhassa Türkiye dahilindeki hukuki

münasebetleri tanzim eder. Dıştaki münasebetlerin Türkiye tarafından tanınması için nasıl bir müktesep haklar sisteminin tanzim edilmesi gerektiğini, bu sistemin hangi durumlarda, hangi neviden mes'eleler için hangi memleketin kanununa itibar edeceğini bunun tayininde de yabancı bir memleketin kanunlar ihtilâfı sistemine bakılacaksa o yabancı memleketin hangi kıstaslara göre taayyün edeceğini tesbit etmek gerekir.

Türk sistemine iyi bir temel vazifesini görüp görmeyeceklerini tayin etmek için müktesep haklar mevzuunda ileri sürülmüş muhtelif görüşleri Türk Devletlere Hususi Hukuku açısından eleştirmemiz gerekir.

### 1 — *Vested Rights* teorisi:

Yabancı bir ülkede oranın kanununa göre iktisap edilmiş olan bir hakkın tanınmasını icap ettiren bu sistem her hal-ü kârda uygulanabilen bir sistem olmaktan uzaktır. Ahkâmı şahsiyeden sayılan hukukî münasebetlerin meydana getirilmesi veya tādili için yapılan hukukî muamelelerde değişmez ve kişiyi izleyen bir şahsî kanunun — velev bu kanun Anglo-Amerikan görüşlerine göre İkametgâh Kanunu olsun — neden mahallî kanunun yerini aldığını izah edemez.

Demek ki *Vested Rights* teorisinin faydalanılabılır tarafı ancak sınır dışında iktisap edilmiş olan haklara Devletler Hususi Hukukunda kıymet tanınması lüzumunu ifade eden tarafıdır.

Bilindiği gibi *Vested Rights* teorisinin esas amacı yabancı kanununun niye nazara alınacağını ülke hâkimiyeti esasına karşı gelmemek suretile izah etmektir. Burada da amacını tam olarak gerçekleştirememektedir çünkü dışta iktisap edilmiş olan hakka içte de riayet edileceğini az çok izah edebilmekle beraber memleket dahilinde kurulan hukukî münasebetlere niye bazı ahvalde yabancı kanunun tatbik edildiğini izah edememektedir.

### 2 — *Pillet*'nin görüşü:

Bu görüş de bugünkü realiteye tekabül etmez. Bugün her memleketin kendine mahsus bir kanunlar ihtilâfı sistemi olacağı bu sistemlerin birbirinden farklı olacağı artık hukukî ve sosyolojik bir gerçek olarak kabul edilmektedir. Kanunlar ihtilâfı sistemlerini birleştirme hususundaki mülteferarası gayretler daha iddiasız ve belki de daha müessirdir.



*Pillet* ise evrensel bir kanunlar ihtilâfı sistemi tasavvur ediyor. Bu sistemine göre ülkesel kanun ülke dahilinde uygulanır, ülke aşıcı kanun ise ülke dışında dahi uygulanabilir. *Pillet* buradaki boşluğu doldurmak için ülkede câri olan ülkesel bir kanunun kazandırmış olduğu hakkın başka yerlerde dermeyan edilebilmesi için müktesep haklar nazariyesini kuruyor.

Kanaatimizce, evrensel bir kanunlar ihtilâfı sisteminin mevcudiyeti tasavvuruna dayanan *Pillet*'nin müktesep haklar teorisi değişik kanunlar ihtilâfı sistemleri olan bir dünyada bir takım değişikliklere uğrıyacaktır. Şöyle ki, yabancı bir ülkeye ait ülkesel kanuna tâbi saydığımız bir mes'eleyi o ülke kendi kanununun yetkisine tâbi saymıyabilir. Meselâ bir üçüncü memleketin kanununa tâbi sayabilir. Daha da birçok ihtilâflar çıkabilir. Şahsî kanunun tayininde de yeknesaklık olmadığına göre yabancı bir memlekette iktisap edilmiş bir şahsî statünün başka bir memlekette yok sayılması karşısında, *Pillet*'nin görüşünü bir an için kabul ettiğimizi farzetsek nasıl bir hal çaresini bulacağımızı tayin etmek güç olur. Çünkü kanunlar ihtilâfı sistemimiz 27 Şubat 1330 tarihli Muvakkat Kanuna dayanır ve Türkiye dahilindeki şahsî statü iktisapları ile ilgili olduğunu belirtir. Kaldı ki bu sistemi aynen uygulamak haksız neticelere de ulaştırabilir. Meselâ: İki İngilizin New-York'ta mukim olup ora kanununun ehliyet şartlarına göre ve İngiliz kanununun ehliyet şartları hilâfına evlenmiş olduklarını tasavvur etsek İngiliz kanunlar ihtilâfı sisteminin dahi tanıdığı bu evlenmeyi batıl mı ve doğan çocukları nesebi bozuk mu sayacağız? Türkiyedeki menkuller üzerinde nesebin sahih olmaması sebebiyle murisin İngiliz olması halinde İngiliz hukukunun tatbik edilmesi süsü ile bu çocukları mirastan mahrum mu edeceğiz? Oysa bu çocuklar İngiltere'deki kanunlar ihtilâfı sistemine nazaran yetkili olan New-York kanununa uygun olarak evlenmiş bir çiftin meşru ve miras hakına müstahak evlâtları sayılmaktadır.

Bu son misal bize mes'eleleri bir basamaklamaya tâbi tutmak zaruretini açıkça gösteriyor.

### 3 — *Niboyet*'nin sistemi:

*Niboyet*'nin sistemi de tatminkâr değildir. Vakıa basamaklama imkânlarını ortadan kaldırmamaktadır. Fakat onun tek taraflılık esası, bizce Türk Devletler Hususî Hukuku görüşünün, milletlerarası hayatın hususî hukuk münasebetlerini düzenlemek amacı ile

her Devlete tanıdığı milletlerarası mahiyetteki görevin ifası neticesi olarak memleket dahilindeki bu kabil münasebetlerin hangi memleketin hukukuna tâbi tutulacağı mevzuunda Türk vazu kanununa iki taraflı (*bilatéral*) karakterde kaideler vazetmek mecburiyetini yüklemesi, keyfiyetile bağdaşamaz.

#### 4 — Müktesep hakları inkâr edenlerin görüşü:

Bunların görüşleri de atıf nazariyesinin müktesep haklar konusunda çare olarak görmeleri de tatminkâr değildir, çünkü atıf usulünün müktesep haklara riayeti sağlıyan bir esas olması için ön mes'ele ile esas mes'ele arasındaki basamaklama ameliyesine dikkat etmek gerekir.

Meselâ Fransada müteveffanın son ikametgâhı kanununa göre iktisap edilmiş menkul terekenin Türkiyeye nakli üzerine Türk kanunlar ihtilâfı sisteminde câri olan menkul terekenin müteveffanın milli kanununa tâbi olması esasına dayanılarak Türkiyeye getirilen bu menkul tereke parçaları hakkında miras sebebiyle istihkak dâvası açılması neticesinde hasıl olabilecek güvensizlik durumunu atıf yolu ile her zaman halledemeyiz. Böyle bir durum gerçekten nahoş olur. Bunu hissetmek için bir an için misali tersine çevirip Türkiyede iktisap edilmiş tereke parçaları hakkında sonradan Fransada sistem ayrılığı sebebiyle istihkak iddiasının mesmu olduğunu tasavvur edelim. İktisap istikrarı lâzımdır. Fakat çaresi atıf olmayabilir. Fransadaki iktisap misalinde müteveffa İngiliz idiyse mes'ele yoktur, Türkiyedeki iddiaya karşı yine atıf yolu ile o da Türkiyenin atfı kabul etmesi şartile çare bulunabilir, şöyle ki, müteveffanın milli kanunu İngiliz kanunu son ikametgâh kanununa atıfta bulunduğu göre ve Fransadaki iktisap bu son ikametgâh kanununa dayandığına göre dâvacının iddiası mesmu olmaz. Fakat müteveffa Alman idiyse o zaman Alman kanunu son ikametgâh kanununa atıfta bulunmadığına göre dâvayı dinlemek lâzım gelir, meğer ki mes'eleleri bir basamaklamaya tâbi tu'alım ve diyelim ki buradaki esas mes'ele mal üzerindeki mülkiyet hakkı mes'elesidir, bunun ön mes'elesi ise mülkiyet iktisabının sebebi miras mes'elesi idi onun da malın iktisap zamanında bulunduğu yer olması bakımından hâkim olması bizim nazarımıza tamamile doğru olan Fransanın kanunlar ihtilâfı sisteminin yetkili saydığı kanuna tâbi olması gerekir. O halde dâva mesmu olmaz ve iktisaplarda güvenlik sağlanır.

Şunu da unutmamak lâzımdır ki atfı kabul etmemiş olan bir memlekete bunu zorla kabul ettiremeyiz. Meselâ İtalyada iktisap edilmiş bir hakkın müktesebi İtalyada mukim bir İngiliz ise ve hak şahsi statüye taallük ediyorsa İngiliz kanununa tâbi tutulmuş olacaktır, çünkü İtalya atfı kabul etmez. Buna karşılık iktisap yeri Fransa müktesep yine İngiliz fakat Fransada mukim ve hak da yine şahsi statüye ait olursa Fransız kanunu tatbik edilmiş olur, çünkü Fransa atfı kabul eder. Bu farklı durumu İngiltere bile tanır. *Foreign Court theory*'sinin esası budur. O halde müktesep hakları tanımak istersek biz atfı evrensel bir sistem olarak görmeye çalışmamalıyız.

### 5 — Ön mes'ele:

Bu konuyu da müktesep haklar hakkındaki temel görüşümüzü tesbit etmeğe çalışırken ele almalıyız, çünkü bu konu her ne kadar müktesep haklar mes'elesinden ayrı ise de müktesep hakların temini için ne gibi şartların gerçekleşmek zorunda olduğunu az çok anlatır. Şöyle ki mes'eleleri basamaklara ayırır ve her basamakta ilgili bir memleketin kanunlar ihtilâfı sistemine itibar eder.

Kanaatimizce Türk müktesep haklar teorisi, basamakların tesbiti üzerinde daha fazla eğilmelidir. Yoksa bugünkü ön mes'ele görüşünde mevcut olan başboşluk müktesep hak istikrarını temin etmek şöyle dursun «hukuki şizofreni» mahzurunu büsbütün arttırmış olur.

### Netice:

Bazı noktalarını tenkit ettiğimiz bu muhtelif görüşlerin ışığı altında Devletler Hususi Hukukunun mahiyeti hakkındaki Türk görüşüne de uygun olmak kaydıyla müktesep haklar nazariyesinin dayanacağı temelini şöylece düşünebiliriz:

Müktesep haklar nazariyesinin temeli Devletler Hususi Hukukuna ait kanunlar ihtilâfı kurallarının temeline uygun olmalıdır. Milletlerarası hayatın hususi hukuk münasebetlerini tanzim işini esas amaç olarak kabul eden kanunlar ihtilâfı sistemleri bu amaçlarına varabilmek için hukukun milletlerarası bir birleştirmemeye erişmemiş olduğu alanlarda, hangi adli veya sair hususi hukuk işleriyle görevli mercilerin yetkili olacaklarını ve bunların hangi kanunları uyguluyacaklarını tayin eder. Bunun için söz konusu mercilerin ve kanunların yetki alanının sınırlandırılması lâzımdır.

Bir merci veya bir kanun bir Devletin egemenlik hakkının ifadesidir. O halde kanunlar ihtilâfı kaidelerinin konusu egemenliklerin sınırlandırılmasıdır.

Yeknazarda düşünülebilir ki bu sınırlandırma ameliyesini milletlerarası mahiyette bir vazı kanun yapmalıdır. Fakat derhal de şu gerçek hatıra gelir ki milletlerarası hukukun vazı kanunu yine devletlerin kendileridir. Şöyle ki, devletler ya tutumları, davranışları ile bir milletlerarası hukuk teamülünün teessüsüne meydan vermektedirler, ya aralarında andlaşma akti suretile milletlerarası nizamı tesbit ederler, ya da Birleşmiş Milletler gibi teşekküller vücade getirerek nizamı onun vasıtasile amma peşin olarak kabul ettikleri bir hududa kadar meselâ *domaine réservé* (mahfuz sahaya) dokundurmamak şartile kurarlar. En nihayet de bu hususta teamülün teessüsüne bakmadan Devletler, bu milletlerarası nizamı kendi görüşlerine göre tek taraflı olarak kurmaya da tevessül ederler. İşte kanunlar ihtilâfı kaidelerini devletler ekseriyetle bu tarzda vaz ederler. Böylece her devlet kendi görüşüne göre diğer devletlerin egemenliklerini sınırlama işini üzerine almış olur. Tabiatile bu sınırlama fiilen ancak kaideyi vaz etmiş olan memleketle olan milletlerarası hususî hukuk münasebetleri bakımından olup tamamen evrensel olmaktan uzaktır. Fakat amaç, milleterarası münasebetleri düzenlemek ve egemenliklere saygı temel prensip olduğuna göre ayrıca da insan hakları bakımından istikrar sağlamak gerektiğine göre her Devletin görev ikileşmesi (*dédoublement fonctionnel*) ile milletlerarası bir vazı kanun rolünü ifa ederek kanunlar ihtilâfı kaidelerini vazettiği zaman, eşit egemenlikte olan diğer devletlerin de aynı rolü ifa edeceklerini, binaenaleyh diğer devletlerin kendi kanunlar ihtilâfı sistemleriyle fiilen etkiledikleri sahalarda iktisap edilmiş hukuki durumları tanımak gerektiğini bilmesi lâzımdır. Bu tanıma, insan haklarında istikrar ve milletlerarası münasebetlerde güvenlik sağladığı gibi devletlerin milletlerarası vazı kanunun görevlerine karşılıklı saygıyı da temin eder.

#### B — Esaslar:

Türk Devletler Hususî Hukukunun Müktesep Haklar Nazariyesinde gözönünde bulundurulması gereken esaslar şunlardır:

1 — Ülke dahilindeki hukuki münasebetlere mahsus olan kanunlar ihtilâfı kaideleri ülke dışındaki iktisap edilmiş olan hakların veya statülerin tanınmasına mahsus vazedilecek müktesep

hakları tanıma kurallarından farklı olabilir, çünkü Devlet kendi hudutları içerisinde cereyan eden münasebetlerin hangi memleketlerin kanunlarına tâbi olacaklarını tayin ettiği zaman milletlerarası hukukun kendisine yüklediği kanunlar ihtilâfı kaidelerini vazetmek görevini âdil, makul, milletlerarası hayatın, devletin ve ferdin menfaatlerini dengeli olarak düzenler bir sistem kurmak suretile yerine getirir. Bu tanzim işinde başka bir memleketin kabul etmiş olduğu sistemi daha ziyade bir örnek olarak veya bazı ahvalde milletlerarası bir teamülün mevcudiyetine bir işaret olarak nazara alır. Buna karşılık Devlet kendi hudutları içerisinde değil de dışında cereyan eden münasebetler hakkında kanunlar ihtilâfı kaideleri vazetmek isterse yabancı memleketlerin görüşlerini nazara almak bakımından daha dikkatli davranmak zorundadır, çünkü bu sonuncu münasebetler hakkında zaten başka bir devlet, kendi kanunlar ihtilâfı sisteminin yetkili gördüğü bir kanuna itibar ederek hukukî münasebeti değerlendirmiş bulunuyor. O halde haklarda istikrar ve milletlerarası münasebetlerde güvenlik sağlamak için hukukî münasebetin cereyan yerinin kanunlar ihtilâfı sistemine itibar etmek gerekir. Bu keyfiyet aynı zamanda hukukî münasebetin cereyan ettiği memleketin egemenliğine saygıyı tazammun eder.

Fakat yabancı memleketin kanunlar ihtilâfı sistemine itibar mutlak bir esas değildir. Bazı hallerde bir memleket başka bir memlekette cereyan eden münasebetlere o başka memleketin görüşüne rağmen yine bildiği kanunu uyguluyacaktır. Meselâ kendi tebaasının ahvali şahsiyesi hakkında milli kanununun tatbikini isteyen bir devlet, bu tebaa dış ülkelerde başka bir kanuna tâbi tutulmuş olsalar bile onların kendi kanununa riayet etmiş olmalarını arar. Şöyle ki dıştaki evlenmelerini veya boşanmalarını tanımayabilir. Bizim sistemimiz de böyledir ve müktesep haklar nazariyesi, onun bu özelliğine tesir edemez. Bununla beraber şunu kabul etmelidir ki bir memleketin kanunlar ihtilâfı sisteminin böyle evrensel etkili olmak iddiası ancak ülkeaşıcı (extra-territorial) etkisi olan şahsî kanun kategorisine giren kanununun tatbiki icap eden hallere münhasır olmalıdır.

2 — Yabancı kanundan maksat yabancı memleketin iç hukuku olmalıdır. Bunu La Haye Konferansı da 1951 tarihli içtimainda kabul etmiş bulunuyor. O halde kanaatimizce ştif nazariyesinin kabulü veya reddi her vazı kanunun kendi takdirine bırakılmalıdır. Türk Devletler Hususî Hukuku yabancı memlekette iktisap edilmiş bir hak karşısında olduğu zaman hak İtalyada iktisap edildiyse

oranın atfı reddeden sistemini nazara aldığı gibi hak Fransada iktisap edilmişse Fransanın atfı kabul eden sistemi de nazara alınmalıdır.

Türkiye dahilinde cereyan eden hukuki münasebetler hakkında da atıf nazariyesine bağlanmamızı gerektiren bir sebep yoktur. (Ticaret Kanunumuzun ticarî senetler hakkındaki hükümler ve teessüs ederse Yargıtayımızın içtihadı müstesna).

3 — Hangi hukukî münasebetlerin memleket dahilinde, hangilerinin dış memlekette cereyan ettiğini veya o memleketlerle ilgili olduğunu tesbite yarayan bir kıstaslar sistemi lüzumludur.

4 — Herhangi bir Devletler Hususi Hukuku dâvasında esas mes'ele sayılması gereken mes'ele bir yabancı memlekette iktisap edilmiş bir hakka taallük ediyorsa o hakkın tanınmasında yukarıda belirttiğimiz kıstaslar sistemine göre ilgisi taayyün eden memleketin kanunlar ihtilâfı sistemine göre yetkili sayılan kanun nazara alınmalıdır.

Bu esasa göre yabancı bir memleketin kanunlar ihtilâfı kurallarına itibar etmek lâzım gelebilecektir. Bu hususta atıf nazariyesine rücu edildiği zannedilmesin. Çünkü müktesep hakların tanınması için nazara alınacak olan yabancı kanunlar ihtilâfı sistemi esas mes'ele hakkında yetkili olarak gördüğümüz memleketin sistemidir. Oysa normal atıf nazariyesile bir kere memleket dahilinde iktisap edilecek haklar konusunda atfa başvurmayı teklif etmiyoruz. Sonra da normal atıf nazariyesi yalnız esas mes'ele hakkında değil ön mes'ele vasfını taşıyan mes'ele hakkında da tatbik edilebilir. Meselâ yabancı memleketteki menkul tereke iktisabı misalinde esas mes'ele mülkiyettir. Müktesep haklar sistemile malın iktisap anında bulunduğu memleket ilgili sayılır ve ön mes'ele hakkında yani mülkiyetin iktisabı sebebi hakkında bu ilgili memleketin kanunlar ihtilâfı sisteminin yetkili gördüğü kanun uygulanır. Oysa atıf tatbik edilse iktisabın sebebi hakkında da yani ön mes'ele hakkında da önce bizim sistemimize başvurmak ve ondan sonra sistemimizin yetkili gördüğü memleketin kanunlar ihtilâfı sistemine itibar etmek ve o sistemin yetki kabul edip etmemesine göre mes'eleyi halletmek yoluna gidilir. Bu yolda bir tatbikatın Fransada mukim olarak ölen bir Almanın menkul terekesi bakımından ne istikrarsız neticelere götüreceğini daha evvel belirtmiş bulunuyoruz.

**Netice:**

Türk Devletler Hususi Hukuku sisteminin kabul edebileceği bir müktesep haklar sistemi: a) memleket dahilindeki münasebetler için vaz edilmiş olan kanunlar ihtilâfı kaidelerinde icabında farklı olabilir; b) bu sistem yabancı bir memleketin kanunlar ihtilâfı sistemine itibar etmeyi gerektirebilirse de atıf nazariyesi değildir; c) ilgili yabancı memleketin tayini için bir kıstaslar sistemi lâzımdır; d) bu kıstaslar sistemine göre ilgili saydığımız memleketin kanunlar ihtilâfı sisteminin bahis konusu olan hakkı tanıyıp tanımadığına göre hükme varırız. İlgili memleketin tayini işinde izlenecek dâvada esas mes'eleyi ön mes'eleden ayırmak ve yukarıda bahsi geçen kıstasa göre esas mes'elenin ilgili olduğu memleketi tayin etmekten ibarettir.

Kıstas olarak nazara alınacak sistem hukukî münasebetlerin illiyet rabitalarına göre basamaklandırılmasına dayanmalıdır. Ayrıca da malın bulunma yeri mal iktisabında ve tâbiyetin şahsi ahvalde oynadığı rolü nazara almak gerekir. Şöyle ki ailevî münasebetlere taallük eden ahvali şahsiye mes'elelerinde ilgilinin tâbiyeti, mal iktisabında malın iktisap anında bulunduğu yer sair mes'elelerde hukukî neticenin hasil olduğu yer kıstas olarak nazara alınmalıdır. Her bir kıstasın basamak olarak tesbit ettiği esas mes'eleden sebep vazifesini ifa eden münasebetler meselâ mal iktisabında borç münasebeti veya miras hakkı, iktisap anında malın bulunduğu memleketin kanunlar ihtilâfı sistemine göre yetkili sayılan kanuna tâbi olmalıdır. Bunun gibi nesep mes'elesi ilgilinin mensup olduğu memleketin kanunlar ihtilâfı sistemi ebeveyninin (Türk olmamaları şartile) muteber bir şekilde ve ehliyet ve mâniler bakımından yetkili kanuna uygun olarak evlenip evlenmediklerini tesbit etmek için yetkili saydığı kanuna itibar edilir.

**C — Şartlar:**

Bilindiği üzere müktesep haklara riayet esası *Pillet*'ten mülhem iki klâsik şarta tâbi sayılır:

a) Hakkın menşei olan memleket kanununa göre alelûsul iktisap edilmiş bir hak olmalı;

b) Bu kanun Devletler Hususi Hukukuna nazaran hakkın iktisabında salâhiyetli bulunmalıdır.

Bu birinci şart yalnız ülkesel etkili olan kanunlar için doğrudur. Meselâ, mal iktisabına taallük eden hükümler ülkeseldir dediğimize

göre memleketimizde iktisap edilmiş bir mal Türk kanununa göre yani Medeni Kanunumuzun aynı haklar kısmına göre iktisap edilmiş olmalıdır. Buna karşılık yabancı memlekette iktisap edilmiş olan bir malın muteber bir şekilde iktisap edilmiş olup olmadığının tesbiti için o yabancı memleketin aynı haklara taallük eden medeni hukuk hükümlerine itibar etmemiz gerekir. Fakat mes'ele ülkeaşıcı hükümlere taallük ediyorsa faraza iki Alman Pariste Fransız evlenme memurunun önünde evlenirlerse ehliyet ve mâniler bakımından evlendirme memurunun Alman kanununa itibar etmesi Fransız kanunlar ihtilâfı sistemi iktizasındandır. Alman sistemi de bunu talep eder. Türk sistemi de aynı görüşe sahiptir. O halde iktisap yeri olan Fransanın iç hukukunun ehliyet ve mâniler bakımından müessir olmasını bu evlenmenin tarafımızdan tanınması için şart koşamayız.

İkinci şarta gelince o da her hal ve kârda tatminkâr sayılamaz. Dermeyan yerinin kanunlar ihtilâfı sistemi yetkili kanunun tayininde her zaman aynı rolü oynayamaz. Meselâ iki İtalyan İngilterede ikametgâh tesis etmiş ve orada boşanmıştır. Boşanmayı meneden İtalya bu boşanmayı tanımaz. Bizim nazarımızda İtalyanın şahsi hali milli kanununa yani İtalyan kanununa tâbidir. O halde biz de bu İtalyanları boşanmış saymıyacağız. Fakat iki İngiliz Amerika Birleşik Devletlerinde ikametgâh kurup İngilterenin tanımadığı bir sebeple boşanırsa ve İngilterenin kanunlar ihtilâfı sistemi bu hususta Amerikanın o ilgili federe devletinin hukukunu yetkili sayıyor ve boşanmayı da tanıyorsa atfı tanımazsak bile müktesep haklara riayet edebilmek için burada İngilterenin ve ilgili federe devletin birbirine uyan kanunlar ihtilâfı sistemlerine itibar etmemiz gerekir. O halde ikinci şart kanunlar ihtilâfının yetkili saydığı kanun olarak ifade edildiği zaman bu yetkili kanunun tayini babında bu şartın işlenmesi ve belki de ileride teklif edeceğimiz kıstaslar nazara alınarak işi halletmeye çalışmak müktesep hakların tanınmasını sağlamak bakımından daha elverişli olacaktır.

*Batiffol*'ün müktesep haklar nazariyesini lüzumsuz ve ilgili dâvaları atfı kabul etmiş normal bir kanunlar ihtilâfı sistemile halledilir telâkki etmesine karşılık şu kanaatteyiz ki atıf nazariyesi mes'elelerin basamaklanması sağlanmadan her mes'eleyi halledemez. Bu hususta yukarıda temel kısmında dört numara altında belirtmiş olduğumuz misal yani Fransada mukim olarak vefat eden Almanın menkul terekesinden bazı parçaların Türkiyeye sonradan getirilmesi misalini hatırlatmak kâfidir.



Bazı yazarlar dermeyeran yerinin değil de iktisap yerinin kanunlar ihtilâfı sistemine itibar edilmesini bunun ancak dermeyeran yerinin kamu düzeni istisnası ile takyit kâfi geldiğini iddia etmektedirler. Kanaatimizce bu görüş de çok yanlışlıklara yer verebilir. Bu görüşe itibar edilse İngilterede boşanmış iki İtalyanın evliliğini zail olmuş sayılmak gerekir, çünkü bunda bizim kamu düzenimizi ilgilendiren bir nokta da yoktur. Muvakkat Kanunumuz ancak Türkiye dahilindeki hukukî işlemler için kamu düzeninden sayılabilir. Yetkili bir Türk kanunu da yoktur ki ona riayetsizlikten bahsolunsun.

En nihayet ön mes'ele (*Vorfrage*) konusu da yeterli hal çarelerini vermekten uzaktır, çünkü birbirini tutmaz neticelere vardırır. Oysa müktesep haklarda gaye istikrardır.

O halde müktesep haklar naazriyemizin hangi şartları ihtiva eedceği konusunda şu neticeye varabiliriz ki, Türkiye dışında iktisap edilmiş bir hak veya statünün mevcudiyeti Türkiyede ileri sürüldüğünde ihtilâf konusu olan esas mes'elenin şahsi hal, mülkiyet veya bunların dışında bir hak olup olmadığını araştırmak gerekir. Bu araştırmanın neticesi olarak esas mes'ele bir şahsi hal mes'elesi ise şahsi hali bahis konusu olan kişinin mensup olduğu devletin kanunlar ihtilâf sisteminin yetkili saydığı şu veya bu memleketin kanunu muvacehesinde tanınması gereken statüyü muteber saymalıyız. Esas mes'ele mülkiyet mes'elesi ise iktisap anında mal hangi yabancı memlekette bulunuyor idiyse o yabancı memleketin kanunlar ihtilâfı sistemi iktisabın hukukî sebeplerinin (ödeme ve buna tekaddüm eden akit veya haksız fiilden doğan borç veya miras yolu ile iktisap gibi sebeplerin) değerlendirilmesi için yetkili olarak tanıdığı şu veya bu memleketin kanununa itibar ederek hakkın iktisap edilmiş olup olmadığına hükmetmeliyiz. Bunun dışındaki hukukî münasebetlere dayanan iddialar, bahis konusu hukukî münasebetin normal olarak hukukî sonuçlarını meydana getirmesi gereken yerin kanunlar ihtilâfı sistemine göre yetkili sayılan kanuna tâbi olarak mütalâa edilmelidir.