

II. TABİİYETİN TAYİNİNE MÜTEALLİK MESELELER

Prof. Jacques MAURY

Toulouse Hukuk Fakültesi Dekanı

Tabiiyet bağı neden ibarettir? Devlet, teşkilâtlı bir insan topluluğu, bir nevi cemiyet veya korporasyon, daha doğrusu bir şahıs - müessesedir. Vatandaş, devlet topluluğunun bir üyesidir. Lâkin bunu söylemek — artık yabancı, bir zamanlar olduğu gibi, bu topluluğun tamamen dışında bırakılmadığı için — gayri kâfidir. Çünkü yabancı, topluluk içerisinde hak ve vecibelere malik bulunmaktadır. Hattâ bir bakıma, devlete iştirak etmiş, devletin sūjesi olmuştur. Yalnız yabancı — burada, aramakta olduğumuz kıstasa temas ediyoruz — şahsiyeti dışında kalan sebeplerden dolayı ancak istisnai olarak ve ülke üzerinde oturmak, yerleşmek, ikametgâh edinmek, hattâ orada mülk sahibi olmak gibi ülkeyi ilgilendiren bazı şartları yerine getirdiği takdirde devletin sūjesi olur; vatandaş hakkında ise böyle değildir; vatandaş bir bakımdan, devletin daha üstün derecede bir üyesidir; onun devlete dahil oluşu, iştiraki, doğrudan doğruya olup, ülke ile ilgili hiç bir şarta tâbi değildir. Onun hak ve vecibeleri, şahsiyetine hâs bir ehliyetten doğduğu için tâbiyeti de esaslı ve devamlıdır. Vatandaş, devlet korporasyonunun tabii bir üyesi olarak görünür. Fertle devlet arasında bir bağ olan tabiiyet de, devletin şahsi hâkimiyetini ifade eder. Şu halde tabiiyet, bir âmme hukuku meselesidir.

Tamamen değilse bile, esas itibarile tabiiyet, bir iç âmme hukuku meselesidir. «Tabiiyet meseleleri, her devletin hâkimiyeti sahasına girer»: Devletler Hukuku kaidelerinden pek azı vardır ki, bu derece umumî ve daimî olarak kabul edilmiş ve aynı suretle sabit bir hukukî esas teşkil etmiş bulunsun. Milletler Cemiyeti tarafından, birinci Devletler Hukuku Kodifikasyon Konferansı münasebetile yaptırılmış olan anket, bu mevzuda devletlerin görüş birliğini ortaya koymuştur. Beynelmîlel daimî adalet divanı da (Fransız - İngiliz ve Alman - Leh ihtilâfları) münasebetile vermiş olduğu mütalâalarda, devletin serbestliği prensibini teyid etmiştir. Şüphesiz, devletlerin bu serbestisine karşı konmuş bazı mukavelevî takyitler, muahedelerden doğan bazı tahditler mevcut olabilir. Asıl ihtilâflı olan mesele, muahede ve mukaveleler haricinde, bu tahdit ve tak-

yitlerin ne nisbette mevcut olduğudur: muhakkak ki, beynelmilel mevzu hukukta, bu meselelerden pek azı mevcut ve pek zayıf bir önemi haiz bulunmaktadır. Bu sebeple ben, bugün burada, münakaşayı tabii hukuk sahasına intikal ettirmek niyetinde bulunmuyorum. Bunun için, zamanın kıfayetsizliği dolayısıyla, 1940 tarihli Amerikan vatandaşlık kanunu (Bk. metni için, *American journal of International Law*, 1941, ilâvesi, s. 79 ve müt. ve Hyde'in hülâsası, *Amer. Journ. of Intern. Law*, 1941, s. 314 ve müteakip) maalesef bir tarafa bırakıp, sadece, tabiiyetin tayini keyfiyetinin her memlekette ortaya çıkardığı meseleleri ele alarak formüle etmek ve 1 Kânunusani 1929 da mer'iyete giren 28 Mayıs 1928 tarihli Türk kanunundaki sureti hallerle (Bk. Leske - Loewenfeld, *Rechtsverfolgen im internationalen Verkehr*, Bd VII, 1. Teil, s. 436 ve müt., *Das Staatsangehörigkeitsrecht der Türkischen Republik*. Ch. Crozat; *Répertoire de Droit International* c. IX, v. Nationalité en Turquie; Salem, *La loi nouvelle sur la nationalité turque*, *Rev. Droit Intern. Privé*, 1929, s. 25 ve müt.), Fransız vatandaşlık kanunu (151 maddesile) ihtiva eden ve 20 Ekim 1945 tarihli resmî gazetede neşredilmiş olan 19 Ekim 1945 tarihli ordonanstaki hal şekillerine kısaca işaret etmek istiyorum. (Bk. *Les commentaires et articles de MM. Savatier*, D. 1946, L. 17, *Boulbès*, S. 1946, L. Ann. 201, *Niboyet*, D. 1946, *Chroniq.* 5, *Louis Lucas*, *Rev. Critiq. Droit intern.* 1946, 13 *Maury*, J. C. P. 1946, I, 514 ve *Plaisant*, loc. cit., 516 - *Aj. Niboyet*, *Cours.*, no: 75 ve müt., *Lerebours - Pigeonnière*, *Précis*, 4 éme ed. s. 477 ve müt). Burada birkaç temel fikri hatırlatmakla iktifa ediyorum: Tabiiyet sahasında ilk önce, bir taraftan, bazı hususlarda ve bazı devletlerde tabiiyet serbestisi şeklinde hususileşmeğe yüz tutan ferdin hürriyeti, diğer taraftan, devletin hâkimiyetinin ifadesi olan zabıta hakkı birbirile karşılaşır, bunun arkasından da milli cemiyetlerin birlik ve devama olan ihtiyaçlarıyla, vatansızlığa sebebiyet veren selbi tabiiyet ihtilâfları ve milletlerarası münasebetlerde karışıklıklara sebep olan icabi tabiiyet ihtilâflarının hemen aynı derecede muhataralı bulunduğu beynelmilel cemiyetin nizam ve ahenk zarureti yekdiğerile ihtilâf haline girebilir. Tabiiyetle ilgili her sureti hal, bir bakıma, ehemmiyeti memleketlere ve halli gereken meselelere göre değişik surette takdir olunan bu yekdiğerine zıt hak ve ihtiyaçlar arasında yapılan bir tevzinin neticesidir.

Umumiyetle, menşe tabiiyeti veya asli tabiiyet, genel bir deyimle talî tabiiyet adı verilen mefhuma karşı ileri sürülmektedir. Bu ilk noktada müttefik olan müelliflerin, menşe tabiiyetinin ne olduğu meselesinde birleşmedikleri göz önünde tutulursa, bu hususta bir çok ayırma ve sistemleştirmelerin mümkün olacağı tasavvur edilebilir. En doğru ve en faydalı fikir, asli tabiiyeti, isbatı ancak sonradan yapılabilir de, doğuşla

başlayan tabiiyet olarak kabul etmektir. Tali tabiiyet, bu takdirde, müktesep ve doğuştan sonra hüküm ifade eden tabiiyettir. Fransız tabiiyet kanunu (md. 17 ve müt. hususile md. 26) ve -zannederim- Türk kanunu (Bk. md. 1, 2 ve 4 ten md. 3 ve 5 e) aynı kanaati ifade etmektedirler.

Bu tefrik dolayısıyla, iki sıra mesele ortaya çıkmaktadır: Asli tabiiyetin izafesine müteallik meseleler ve tali tabiiyete yani tabiiyet değişmelerine (iktisap, kayıp, geri alma) mütedair olan problemler. Lâkin, kanun vazı tarafından konulan kaideler, ferdi bir karaktere sahip olabilirler ve ancak ilgilendirdikleri şahıs hakkında hüküm ifade ederler veyahut bunun aksine, o şahsın kendisi veya ailesinin bazı uzuvları için bir netice husule getirebilir ve bir nevi kollektif seciye arzedebilirler: şu halde, halli lâzım gelen yeni bir sıra mesele var demektir: biz, mevzuu sadeleştirmek için, bunlardan yalnız evlenmenin kadının tabiiyeti üzerindeki tesiri meselesini ele alacağız.

I — Asli tabiiyetin izafesi:

Burada iki sistem mevcuttur: jus sanguinis, kan esaslı veya sistemi, ve jus soli, toprak veya ülke esaslı, sistemi. Jus sanguinis: bir kimse, doğduğu memleket neresi olursa olsun ana ve babasının sahip bulunduğu tabiiyeti ihraz eder. Daha umumî olarak, burada tabiiyeti tayin eden unsur neseptir. Jus soli: bir kimse, bu defa ana ve babasının tabiiyeti ne olursa olsun, ülkesinde doğduğu devletin tabiiyetini alır. Burada da tayin edici unsur doğum yeridir. Jus soli taraftarları, bir memlekette doğmuş olan kimsenin, normal olarak bu memlekette yaşayacağını, bu memleket sakinlerinin âdetleriyle itiyatlarını, görüş ve duyuş tarzlarını benimseyeceğini, onlara benzeyeceğini ve onların teşkil ettiği guruba katılacağını ileri sürüyorlar. Jus sanguinis taraftarları ise, bu sistemin, meşruiyet ve doğruluğunu, insanlar arasında müşterek fikir ve duygunun yaratıcısı olan aile terbiyesinde bulduğunu iddia ederler.

Bu suretle jus soli ve jus sanguinis, hiç değilse meselenin bugünkü durumunda, bazı fer'i düşüncelerin farklı incelikler gösterdiği temel bir prensip olan jus educationis'in ancak birer görünüşünden ibaret bulunmaktadırlar: bu fer'i düşünceler, jus sanguinis için, şayet moral ve psikolojik temayüllerin irsen intikal ettiğine inanılırsa, ırk düşüncesi, jus soli hakkında da, yalnız doğum yeri devleti, ferdi fiilen hükmü altında bulundurup ona iradesini kabul ettirebildiği için, âmme iktidarı düşüncesidir. Bu iki sistemin farkı, jus soli'de muhit ve jus sanguinis'te aileye raptedilen ve hâkim bir durumda olduğu tahmin edilen terbiye faktörüne bağlıdır.

Fakat, à priori olarak ve umumî surette, bu iki unsurdan hangisinin üstün geleceğini söylemek imkânsızdır. Her şey, halin şartlarına ve fertlere tâbidir. Bu sahada ancak ampirik sureti haller mevcuttur. Her devlet, kendi menfaatlerinden hareket ederek, kendi asli tabiiyetini ilgilendiren kaideleri serbestçe tayin eder. Mesele, daha ziyade siyasîdir. Bu sebeple sureti hallinin de zaman ve mekânla değişebileceğine hayret edilemez. Halen, bir çok devletler değişik nisbetlerde jus sanguinis ve jus soli'ye aynı zamanda yer vermektedirler. Bu, Fransa ve Türkiye için de böyledir. Diğer cihetten, bu iki memlekette jus sanguinis esas olarak kalmakta, jus soli ise ancak fer'i ve bir bakıma yardımcı bir karakter taşımaktadır.

Jus sanguinis, halen Fransa ve Türkiyede çok geniş bir şümul sahasına malik bulunmaktadır.

1928 kanunu (md. 1 ve 2), hiç bir kaydı ihtirazi ihtiva etmeksizin, nesbi sahih veya gayri sahih çocuğun, doğduğu tarihte ana ve babasından herhangi birinin Türk tabiiyetine sahip bulunması halinde, bu tabiiyeti ihraz edeceğini hüküm altına alıyor.

Hakikatte oldukça hissedilir derecede farklı olan Amerikan hukuku bertaraf — esbabı mucibe lâyihasında Sovyet ve Türk hukuklarındaki emsallere müracaat eden Fransız kanunu da, bu derece ileri gitmeksizin, aynı yola girmiş bulunuyor. Filhakika, 10 Ağustos 1927 kanununa göre, meşru baba ve tabii ana babadan, birinci derecede hakkında nesep teşekkül etmiş olan kimse eğer Fransızsa, çocuk Fransız oluyordu; şayet, yalnızca diğeri yani meşru ana veya tabii ana babadan, ikinci derecede hakkında nesep teşekkül etmiş olan kimse Fransız ise, çocuk, hattâ meşru baba vatansız olup çocuğa yabancı bir tabiiyet veremediği takdirde, bile jure sanguinis Fransız olmuyordu; (bu mânada, Aix 24 Février 1938, Journal Droit Intern. 1938, 771). Böyle bir halde çocuk, ancak Fransada doğduğu takdirde Fransız oluyor, zira bu vaziyette, ailesinin Fransada yerleşmiş olduğu farzediliyordu; buradaki izafe, 10 Ağustos 1927 kanun ile kabul edilen ve jus soli ve jus sanguinis sistemlerinin müştereken tatbikine dayanan bir izafe idi. Çocuk Fransız tabiiyetini aldığı takdirde, onu, daima kat'i ve artık vazgeçmeğe imkân kalmayacak şekilde almış oluyordu. Tabiiyet kanunu (md. 17-19) bu kaidelerde önemli değişmeler yapıyor. Ana ve babadan her hangi birinin Fransız tabiiyetini haiz olması, çocuğun, hattâ Fransada doğmuş olmasa dahî, bu tabiiyeti haiz olması için kâfidir. Bu sureti hal bir çok tenkitlere yol açmıştır: bu tarzda kurulmuş olan aile, ekseri ahvalde yabancı memlekette ve çok defa kocanın memleketinde oturacak ve yaşayacaktır; muhitin tesiri, babanın ve daha umumî olarak yabancı babanın tesirine ve yabancı tabiiyet lehi-

ne olmak üzere katılacaktır; Fransız tabiiyetinin izafesi, alâkadarın zihniyetine tekabül etmeyecek, netice itibarile doğru olmayacaktır; ilâve etmek lâzımdır ki, bu izafe ekseri ahvalde, hemen daima, fiilen, icabî tabiiyet ihtilâflarına yol açacak, yeni Fransız hükümlerine göre meselâ: meşru anası Fransız tabiiyetini haiz bulunduğu için Fransız olan çocuk, yabancı hukuka ait hükümlerin tatbiki ile yabancı babanın, hususile meşru babasının tabiiyetini de haiz bulunduğundan bu ihtilâf, tatbikatta, bahis mevzuu kimse Fransa haricinde yerleşmiş bulunduğu için, ekseriya Fransız tabiiyeti aleyhinde hallolunacaktır. 1927 sureti hallile iktifa etmek şüphesiz daha iyi olurdu. İlâve etmeli ki, eğer Fransız tabiiyeti çocuğa, meselâ: meşru anasından intikal ediyorsa, babası yabancı ve kendisi de yabancı memlekette doğmuş olduğundan çocuk, rüşt yaşına vusulünden altı ay evvel, sulh hâkimi huzurunda yapacağı bir beyanla yabancı bir tabiiyeti haiz bulunduğunu ileri sürerek Fransız tabiiyetini red ve böylelikle onu kaybedebilir (md. 19); yabancı babası tarafından tanındığı takdirde tabii nesep yolile Fransız olan gayri meşru çocuk hakkında da böyledir (Md. 20). Kanununun 95 inci maddesinde görüldüğü veçhile, ailenin yabancı memlekette sürekli bir surette yerleşmesi dolayısıyla kayıp, fazla olarak, aile yabancı memlekette artık tamamen yerleşmiş bulunuyorsa, tabiiyetin jure sanguinis olarak ve hududsuz bir şekilde intikaline mâni olur. Fakat bu, Türkiyede olduğu gibi Fransada da jus sanguinis'in çok geniş olan tatbik sahasını daraltmaz.

Buna mukabil jus soli, her iki memlekette de ancak tali bir izafe tarzı olarak görünmektedir: bir kimsenin sadece, Fransız veya Türk ülkesinde doğmuş olması, esas itibarile, o kimsenin Fransız veya Türk olarak kabul edilmesi için kâfi gelmez; tabiiyetin jure soli izafesi her iki hukukta, yekdiğerinin aynı değilse bile benzeri olan iki şekil gösterir:

Evvelâ, ülke üzerinde, meçhul ana ve babadan doğmuş olma dolayısıyla izafe (1928 kanunu, md. 2, a, Fr. tab. ka. md. 21, fk. 1); Türk kanunu, 12 Aralık 1938 décret-loi'sından beri Fransız hukukundan hiç değilse prensip olarak çekilmiş bulunan tabiiyetsiz ana babadan ülke üzerinde doğmuş olma halini de ilâve ediyor (md. 2, b): yerinde olarak, asli vatansızlık halleri azaltılmak isteniyor, şu halde, nesep meçhul veya ana baba vatansız oldukları ve şüphesiz burada jus sanguinis bir rol oynamadığı için, jus soli'ye müracaat normal demektir. Fakat 1928 kanunu, (md. 2 b) ana ve babasından yalnız biri tabiiyetsiz olan ve Türkiyede doğmuş bulunan çocuğa Türk tabiiyetini vermekle daha ileri gidiyor: icabî bir tabiiyet ihtilâfını önlemek için bu sureti halli, ancak ana babadan diğèrinin tabiiyetinin çocuğa, jure sanguinis olarak intikal etmemiş olduğu takdirde kabul etmek, şüphesiz daha müreccah olurdu.

Jure soli izafenin ikinci hali, Türk veya Fransız ülkesinde muzaaf doğuştur: faraza, ana ve baba yabancı olduğundan, çocuğun Türkiye veya Fransada dünyaya gelmiş olması ve ana babadan birinin de orada doğmuş bulunması lâzımdır; Türkiye için bu, 1 Kânunusani 1929 dan itibaren varittir; (1928 kanunu md. 4, fk. 1; Fr. tab. K. md. 23, 24) bu muzaaf doğuştan, ailenin ayrı nesillere mensup iki şahsının milli ülke üzerinde doğmasından vazı kanun, bu ailenin muhtemel olarak memlekette yerleşmiş bulunduğu, binaenaleyh Fransız veya Türk muhitinin çocuk üzerinde tesir icra eyliyeceği ve çocuğun bu muhit tarafından temsil edileceği neticesini çıkarıyor. Fakat, bu tarz bir izafeye her iki hukuk da bir istisna kabul etmektedir: Fransız kanununun 33 üncü maddesi yabancı tabiiyeti haiz meslekten yetişme konsoloslarla diplomasi memurlarının çocukları, diyor (Bk. 1928 kanunu, md. 4, fk. 2) ve her iki hukuk da, bazı şartlar dahilinde kanunun hükümünden sıyrılmaya müsaade ediyor: Türk kanununun 4 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına göre, bu durumdaki bütün çocuklar, Türk kanununa göre tesbit edilen rüşd yaşına vasil olduklarından itibaren altı ay içerisinde ana veya babalarının tabiiyetini ihtiyar edebilirler; Fransız kanununa göre de izafe, rüşd yaşına tekaddüm eden altı ay içerisinde Fransız tabiiyetini reddetmek ehliyetini tazammun eder; ancak, Fransada doğmuş olan kimse, çocuğun meselâ meşru anası ise. (md. 24).

Ülke üzerinde doğuş, asli tabiiyetin izafesine bir sebep teşkil etmediği takdirde dahi, onu iktisap için bir unsur ve bir âmildir. Bu suretle talî tabiiyete, tabiiyet değişmelerine gelmiş oluyoruz.

II — Tabiiyet değişmeleri :

Bu sahada beynelmilel doktrin — Devletlerce muhtelif hattâ birbirine zıt şekillerde halledilen — fertlere ait hakların devletlerin hukukunu tahdit edebilmesi meselesini yani tabiiyet serbestisi meselesini ortaya koymaktadır. Bu serbesti iki şekilde tasavvur edilebilir: evvelâ, istenirse haiz bulunulan tabiiyeti muhafaza etmek hakkından ibaret olan ve başka bir yerde, menfi değiştirme serbestisi diye isimlendirdiğim bir serbesti vardır veya olabilir. Bu hak da iki netice, iki görünüş arzeder: kendisinin yeni bir tabiiyeti kabule icbar edildiğini istememek hakkı, cebrî bir kararla, haiz bulunduğu tabiiyetten mahrum kalmamak hakkı; bundan sonra kendi rızasile bir başka tabiiyeti iktisap için ve iktisap etmekle, evvelce haiz bulunulan tabiiyeti kaybetmek hakkından ibaret olan müsbet bir değiştirme serbestisi vardır veya olabilir. Bu serbestiler, Türk ve Fransız hukuklarında tanınmış mıdır? Eğer, tanınmışlarsa, ne nisbette

tanınmışlardır? Her iki hukuk, devlet menfaatlerini daha iyi korumak için onları tahdit ediyor, hattâ ortadan kaldırıyor mu?. İşte, tabiiyetin iktisabı ve kaybı hallerini kısaca gözden geçirirken bunları göreceğiz.

İktisap: aile bağlarının tabiiyet üzerindeki tesiri kaydı ihtirazisile bugün devletler, umumiyetle ülkeleri üzerinde az veya çok sürekli bir ikametden sonra alâkahları, kendi tabiiyetlerini kabule icbar etmiyorlar. Fransız ve Türk sureti halleri bu merkezdedir.

Burada, biraz evvel ima etmiş bulunduğum, ülke üzerinde doğmuş olma keyfiyetinin oynadığı rolle yeniden karşılaşmış oluyoruz. Fransız kanununa göre (md. 44, 52 ve müt.), yabancı ana babadan —her ikisinin yabancı memlekette doğmuş olduğunu kabul edelim— Fransada dünyaya gelen ve beş yıl müddetle Fransada veya kolonilerde ve Fransız himayesine tevdi edilmiş veya Fransız mandası altında bulunan memleketlerde daimi ve usulüne uygun bir ikametgâha malik olmuş olan ve iktisap zamanında dahi Fransada ikamet etmekte olan çocuk, iki suretle Fransız tabiiyetini iktisap edebilir. Yirmi bir yaşına vasıl olduğu tarihte ve yukarıda işaret edilen şartlar yerine gelmiş olduğu ve bu tarihte tekdüm eden altı ay içerisinde sulh hâkimi huzurunda yapacağı bir beyanla Fransız sıfatını terketmediği takdirde otomatik şekilde Fransız olur; ikinci halde ise, şayet şahsen ve yalnız başına veya kanunî mümessillerile birlikte veyahut kanunî mümessilleri marifetile, aynı şekiller içinde Fransız tabiiyetini ihtiyar etmişse, 21 yaşından evvel de Fransız tabiiyetini iktisap eder. Bu, esas itibarile müktesep bir hak gibi, kanun koyucu tarafından umumî surette vazedilmiş bazı şartların yerine getirilmesinden doğan bir iktisap, kanunî bir iktisap halidir. Fakat tabiiyet kanunu, otomatik iktisaba da teşmil etmek suretile de, alâkalının Fransız tabiiyetini ihraz hususundaki istihkak ve ehliyeti üzerinde hükümet murakabesini umumileştirmiştir. Hükümet, Devlet Şûrasının uygun mütalâası üzerine bir décret ile, gerek hıyar hakkının istimalinden itibaren altı ay içinde ve gerekse rüşde tekdüm eden altı ay zarfında Fransız tabiiyetinin iktisabına itiraz edebilir. Mürakabenin bu şekilde tamimi, kanunî iktisabı telsik yolile iktisaba yaklaştırıyor: her ikisinde de, bahis mevzuu hale mahsus şahsî düşünceler araya girer; bununla beraber, aralarında oldukça mühim bir fark kalmaktadır: kanunî iktisap, alâkalı kimsenin hükümetin bir itirazına saik olan kanunî ehliyetsizliği müstesna, kanun tarafından konmuş umumî şartlar yerine gelir gelmez tahakkuk eder; telsik ise bilâkis, umumî ve hususî bütün kanunî şartlar yerine gelmiş olduğu takdirde dahi reddedilebilir, zira telsik bir tabiiyet müsaadesidir. Şu halde Türk kanununun 3 üncü maddesinin derpiş etmiş olduğu iktisap tarzı bir telsik olarak görünüyor: bu maddeye göre, Tür-

kiyede mukim yabancı ana babadan Türkiyede doğmuş olan çocuk, rüşd yaşına (Türk kanununa göre 18 yaş) vusulünden itibaren üç yıl içerisinde Türk tabiiyetinin kendisine tevcihini isteyebilir: bu talep üzerine, Bakanlar Kurulu kararile 5 inci maddede olduğu gibi hükmolunur. Bu karar, tam bir serbestile verildiğinden, hakiki bir telsik karşısında bulunuluyor demektir.

Artık, muayyen şartları yerine getirmiş ve talepte bulunmuş yabancıya, salâhiyetli makam tarafından (Fransada bir décret ile) vatandaş sıfatının verilmesi hususunda ferdi ve hususî müsaade diye tarif edilebilecek olan asıl telsike geçiyorum: bu hususta ikamet ve yaş şartları vardır: zarurî ve daimî ikamet (Fr. tab. K. md. 62), fasılasız ikamet (1928 kanunu, md. 5) her iki memlekette, esas itibarile, 5 sene devam etmiş olmalıdır; telsike namzet olan kimse, Fransız hukukunda (md. 66) talepte bulunduğu tarihte 18 yaşında olmalıdır. Türk hukukunda ise, memleketinin kanununa göre reşit ve dolayısıyla ehliyeti haiz bulunmalıdır; bu daha ziyade tercihe değer bir sureti haldir, zira, bir çok ihtimallerde muzaaf tabiiyetin önüne geçmektedir. Bu adı telsikten başka, imtiyazlı telsikler de vardır: bunlarda ikamet müddeti kısaltılmış veya kaldırılmıştır, yaş şartına gelince, o da kanunun 63 ve 64 üncü maddelerinde sayılan hallerde ortadan kalkabilir; 1928 kanununun 26 ncı maddesi, hükûmete daha fazla bir serbesti bıraktığından eğer alâkalı, hususî bir teveccühe hak kazanmışsa, müddet şartı yerine gelmemiş olsa dahi telsike müsaade ediyor. Bu noktada yani hükûmetin salâhiyetleri sahasında her iki hukuk birbirinden farklı bulunmaktadır: Türk kanunu, yaş ikamet şartlarından başka hiç bir kanunilik şartı koymadığı halde, Fransız kanunu, imtiyazlı telsiklerde olduğu kadar adı telsiklerde de ikametgâhın nizamata uygunluğu haricinde (md. 79), ahlâkîlik, sıhhat ve Fransız cemiyetine temessül etmiş olmak (md. 68 ve müt.) şartlarını da arıyor. Hükûmetin kararları aleyhine, kanunsuzluk sebebiyle Devlet Şûrasına müracaatta bulunmak imkânı kabul edilirse (Bk. Crozat, óp. cit. s. 440; Maury, Loc. cit., no. 67), bu müracaat, kanunî şartlar ne kadar fazla olursa o kadar büyük bir ehemmiyet ve müessiriyete malik olduğundan, böyle bir farkın ehemmiyetsiz olmadığı meydana çıkar. Bu mevzuda söylediklerimizi bitirmek için, Fransız hukukunda, telsik yolile Fransız olan kimseleri (md. 81 ve müt.), beş yıl müddetle hükmü altında tutan ehliyetsizliklerin mevcut bulunduğuna ve Türkiyede babanın (md. 5, fk. 2), Fransada ise meşru baba veya tabii ana babadan, birinci derecede hakkında nesep teşekkül etmiş olan kimsenin (md. 84) telsikinin, Fransız hukukunda gördüğümüz kanunî iktisap şeklinde fakat yine Fransız hukukunda bazı istisna ve ihtirazi kayıtlarla birlikte, küçükler hak-

kında tabiiyet iktisabını müeddî olduğuna işaret edelim (md. 85 ve müt.)

Telsik, Fransız hukukundaki şeklile kanunî iktisap gibi ferdin tabiiyet serbestisine, ilk şeklile menfi değiştirme serbestisine bir hâlel iras etmez.

Tabiiyetin kaybına ait tanzimlerin bilhassa Türk hukukunda, bu serbestinin diğer görünüşlerine nazaran daha az düşündürücü olduğunu göreceğiz. Evvelâ Türk hukuku müsbet mânada değiştirme serbestisini kabul etmiyor veya daha ziyade, onun kayıtsız bir şekilde icrasına müsaade etmiyor: Türk tabiiyetinden vazgeçme keyfiyeti, bir tesir husule getirebilmek için, buna, Bakanlar Kurulu kararile mezuniyet verilmiş olması lâzımdır (md. 7), zira, Bakanlar Kurulu, isterse bu mezuniyeti vermekten imtina edebilir ve şayet alâkalı filî askerlik hizmetini yapmamışsa bu takdirde Bakanlar Kurulu bu mezuniyeti vermemek mecburiyetindedir. Alâkalının rızasına dayanan bu kayıp hali yanında diğer ihtimaller vardır: bunlarda, ikinci şeklile menfi değiştirme serbestisi fikrinin (alâkalı, tabiiyet kaybına mecbur tutulmamalıdır) aksine olarak tabiiyet, bir Türk vatandaşı üzerinden cebri bir kararla alınabilir, burada kayıp bir ceza, bir iskati hak şeklinde ortaya çıkar: kendi rızasile ve müsaadesiz olarak yabancı bir tabiiyet iktisap etmiş ve yine rızasile yabancı bir orduda askerî bir hizmeti üzerine almış, (md. 9) veya askerlikten gayri yabancı bir âmme hizmetine girerek bu hizmeti terketmesi hususunda kendisine verilen emre veya hizmetinde bulunduğu devletle Türkiye arasında harp halinin mevcudiyetine rağmen bu hizmeti muhafazada devam etmiş veyahut askerliğe ait vecibelerini ifadan kaçınmış veya 5 yıldan fazla yabancı memlekette ikamet ettiği halde bir Türk konsolosluğuna kendisini teşcil ettirmemiş (md. 10) olan Türk vatandaşı hakkında da hüküm aynıdır. Türk tabiiyetini tali tabiiyet olarak iktisap etmiş kimseler hakkında da, bunlar Türkiye Cumhuriyetinin dahili ve haricî emniyeti aleyhinde bazı fiiller ika ettikleri veya askerî vecibelerini yerine getirmedikleri takdirde böyle olabilir (md. 11). Türk hukukunda, tabiiyet kaybı bahis mevzuu olunca, müeyyide ve gözden düşme fikri ekseriya birlikte gelir: tabiiyetten iskat edilen kimse, eğer Türkiyede bulunuyorsa sınır dışı edilir, oraya bir daha dönemez ve patrimuanı hükümet tarafından tasfiye edilir, (md. 12), böylelikle zecrî saha üzerinde bulunuluyor demektir; fakat alâkalının rızası ve şayet mezuniyete müstenit bir tabiiyet terki halinde bulunuluyorsa her iki tarafın rızaları bahis mevzuu olduğu takdirde dahi, yabancı tabiiyete geçen Türk, bir yıllık bir müddet içersinde, Türkiyeyi terke, ikametgâhını ve iş merkezini bu memleket dışına nakle ve patrimuanını tasfiyeye mecburdur. Bunu yapmadığı takdirde, memleket dışı edilecek ve tasfiyeye hükümetçe

tevessül olunacaktır; tekrar Türkiyeye dönmesi için ise, her halde yalnız bir defaya mahsus olmak üzere ve ancak üç ayı geçmeyen bir müddet için müsaade edilebilecektir (md. 8). Bu kimsenin hükümet kararile ve ikamet şartı olmaksızın tekrar eski tabiiyetine dönmesine müsaade edilmiş olmakla beraber, herhangi bir şahsın Türk tabiiyetini muhafaza etmek istememesi daima hatalı görülmüştür. Zira devlet, sizi üzerinden atmadıkça, kendisinin terkedilmesini ancak güçlkle kabul eder.

Bu sahada Fransız hukuku, harice karşı daha açık ve daha az tahdit edicidir. Alâkalının rızasile yabancı bir tabiiyetin iktisabı, Fransada daima, Fransız tabiiyetinin kaybı için bir sebep teşkil etmiştir: kanunun 87 nci maddesi bu sureti halli teyid ediyor; 26 Haziran 1889 kanunundanberi hükümet müsaadesine ancak, bazı askerî mükellefiyetlere tâbi bulunan ve Fransız tabiiyetinden çıkmak suretile bu mükellefiyetlerinden kaçmalarına mâni olunmak istenen Fransız erkekleri için lüzum görülmüştür; bu noktada, tatbiki derhal kabil olmâyan kanunda (kanunu kabul eden ordonans, madde 9) bu müsaade, orduya iltihaktan itibaren 15 sene içerisinde zarurî olarak görülmektedir. Lâkin, 1927 denberi Fransız hukuku, ihtiyatlı da olsa, bu yolda daha ileri gitmiş bulunmaktadı: Fransız tabiiyetile birlikte diğer bir tabiiyeti de haiz bulunan bir şahıs tasavvur ediliyor; bu şahıs, açıkça ikinci tabiiyeti ihtiyar edebilir ve bu suretle muzaaf tabiiyetine son vermiş olur, ancak bu takdirde, hükümetin bir décret'ye müstenid müsaadesini elde etmiş olması lâzımdır. (md. 91); tabiiyet ihtilâfı burada, Türk hukukunda olduğu gibi ve 1928 kanununun 7 nci maddesine uygun olarak, mezuniyete müstenit bir tabiiyet terki şeklinde halledilmiştir; şayet sureti mahsusada bir ihtiyar olmaksızın alâkalı kimse, fiilen, bu yabancı devletin vatandaşı imiş gibi davranıyor ve eğer, haiz bulunduğu iki tabiiyetten, yabancı tabiiyet onun fiili tabiiyeti bulunuyorsa, Fransız hükümeti bir décret ile bu zımnî ihtiyarı esas ittihaz ve sözü geçen şahsın Fransız sıfatını kaybettiğini beyan edebilir (md. 96). Alâkalının hiç değilse tahmin edilen rızası, terk suretile kayıp denebilecek keyfiyetin her iki halinde de bir rol ifa eder: birincisi, ailenin yabancı memlekette sürekli olarak yerleşmiş bulunmasından doğan kayıp ki, yabancı memlekette bu sürekli yerleşme, ailenin ecdadının yarım asırdan fazla bir zaman orada sabit bir şekilde yerleşmiş olduklarını, tabiiyeti bahis mevzuu olan kimsenin yabancı memlekette daimî olarak ikamet etmiş veya etmekte bulunduğunu, bu şahsın ana baba ve büyük ana ve büyük babalarının Fransız sıfatını muhafaza etmemiş olduklarını tazammun ettirir (md. 95, 144): nesep yolile intikal etmiş olan Fransız tabiiyeti, mevcut olmakta devam etse bile, bu vaziyette, artık inkârı tabii ve haklı olan nazari ve lâfzî bir tabiiyetten başka

bir şey değildir; terk suretile kaybın ikinci hali (md. 97), Fransız hükümetinin talimatına rağmen yabancı bir âmme hizmetinin ifasında devam edilmesi halidir; bu halde kayıp, kanunun mer'iyetindenberi, bir décret ile ifade edilmiş olmak gerektir: sukutu hak fikri — ki, Türkiyede tabiiyet kaybı bununla izah olunur ve kanunun mer'iyetinden evvel Fransada da buna müracaat ediliyordu — şüphesiz bu kanunda da mevcuttur. Lâkin, teknik bir mefhum olan sukutu hak, kanun tarafından, tabiiyetin kaybı şeklinde müeyyidelendirilen şeref ve haysiyetsizlik haline inhisar ettirilmiştir: bugün mülga bulunan bir çok tedbirler, harp içinde, Fransa haricinde mukavemet hareketinde bulunanlara karşı, Vichydeki sözde hükümet tarafından alınmış ve bunlar Fransız Cumhuriyeti Muvakkat Hükümeti tarafından geçmişe şâmil olmak üzere iptal edilmişlerdir; şimdi, bir de kanunun 98 inci ve sonra gelen maddelerinin daimî kıymeti haiz tedbirlerinin incelenmesi kalıyor: Devlet Şûrasının uygun mütalâası üzerine décret ile, tali derecedeki Fransızlar yani iktisap yolile Fransız olanlar — ki, iktisaptan itibaren 10 yıl içerisinde, devletin harici veya dahili emniyetine veya Anayasaya karşı işledikleri cürüm ve cinayetlerinden dolayı veyahut askerlik kanunundan doğan vecibelerinden kaçındıkları için mahkûm edilmişler veya (bu nokta beynelmilel hukuk bakımından ziyadesile kabili tenkittir) Fransız ceza kanununda cinayet diye tavsif edilen bir fiilden dolayı en aşağı 5 sene hapse mahkûm olmuşlardır — vatandaşlık haklarından ıskat edilebilirler; çok açık olan bu sukutu hak sebeplerine daha az kat'i olan bir diğeri eklenir: yabancı bir devlet hesabına, Fransız sıfatile gayri kabili telif ve Fransanın menfaatlerine zarar verici hareketlere girişmek.

Aslı tabiiyet ve tabiiyet iktisabı hususlarında, yekdiğerine bu derece yakın hükümler ve sureti haller ihtiva eden Fransız ve Türk hukukları tabiiyetin kaybı bahsinde, bazı benzerliklerine rağmen, hissedilir nisbette birbirinden farklı ve hattâ birbirine zıt bir durumda bulunmaktadır. Bunun, evlenmenin kadının tabiiyeti üzerindeki tesiri hususunda da böyle olduğunu göreceğiz.

III — Evlenme ve kadının tabiiyeti :

XX nci asır başlarında, tabiiyet birliği sistemi hemen her memlekette üstün bir yer işgal ediyordu. Sayıları oldukça büyük bir yekûn tutan devletler, bazı münakaşa ve tenkitlerle birlikte aynı sureti halli kabul etmişlerdir, meselâ: Büyük Britanya, İtalya, Almanya. Fakat gitgide bu kaideyi, kanaatimce haklı olarak — ve şüphesiz bu hususta bir mecburiyet olmaksızın — tahfif hattâ ilga eden devletlerin sayısı çoğal-

mıştır: Amerika Birleşik Devletleri, Sovyetler Birliği, Belçika, Yugoslavya, Lüksemburg, İrlanda. Karı kocadan her birinin tabiiyet istiklâline müteveccih hareket — ki, Beynelmîl Hukuk Enstitüsü de 1932 Oslo toplantısında bu hareket lehinde bir neticeye varmıştır — milletlerarası sahada olduğu kadar (Panamerican mukavelenamesi, 1933), bazı mukavemetlere ve hattâ geri dönüşlere (meselâ: İspanya'da) rağmen teyyüt ediyor.

Türk kanun vazı, kadının tabiiyet serbestisi hükmüne çok dar bir yer vermekte ve bilhassa, mümkün olduğu kadar fazla vatandaş edinmek veya muhafaza etmek arzusuyla harekete gelmiş görünmektedir. Şüphesiz bir yabancı ile evlenen Türk kadını Türk kalır (md. 13, fk. 1); fakat burada alâkalıya zorla kabul ettirilmiş bir sureti hal vardır; bu kadın, tercih ettiği takdirde kocasının tabiiyetini serbestçe ihtiyar edemez ve şayet kocasının tabiiyetini almak isterse, 7 nci maddenin umuma şâmil hükmüne uygun olarak, Türk tabiiyetinden vazgeçmek, bu hususta da hükûmetin müsaadesini almak mecburiyetindedir. Bunun aksine, bir Türk ile evlenen yabancı kadın, evlenme kanunen muteber olmak şartile, otomatik surette Türk olur; fakat burada dahi, istenmiş değil fakat alâkalıyı kabule mecbur kılınmış bir tabiiyet bahis mevzuudur, hıyar hakkı mevcut değildir. 13 üncü maddenin ikinci fıkrası alâkalıya sadece, evlenmenin feshinden itibaren üç sene içerisinde, eski tabiiyetine yani evlenmeden evvel haiz bulunduğu tabiiyete döndüğü takdirde, Türk tabiiyetini kaybetmek müsaadesini vermektedir.

Fransız hukuku ise, bilâkis, 10 Ağustos 1927 denberi, 12 Aralık 1938 décret-loi'sının tamamile geniş bir şumul verdiği kadının tabiiyet istiklâli kaidesini vazetmiştir: kadının tabiiyeti, her iki mânada, yerine getirilmesi gereken bazı kanunî şartlar müstesna, bu hususta yapmak iktidarında olduğu ihtiyara tâbi idi. 1945 kanunu, az farklı bir tanzimle, esası muhafaza ediyor.

Bir yabancı ile evlenen Fransız kadını, Fransız tabiiyetini ipso facto kaybetmez; ancak, basit bir beyanla ve tek bir şartla yani kocasının tabiiyetini, onun milli kanununa uygun olarak iktisap etmesi şartile (böylelikle vatansızlığı önlemek isteniyor) Fransız tabiiyetinden vazgeçebilir.

Bir Fransızla evlenen yabancı kadın, esas itibarile ve evlenmenin tesirile Fransız tabiiyetini iktisap eder, ancak, evlenmenin muteber olması, kadının bir sınır dışı edilme veya usulü dairesinde geri alınmamış, bir ikamete rapt kararına mevzu teşkil etmemiş olması ve hükûmetin, Devlet Şûrasının uygun mütalâası üzerine bir décret ile evlenmenin ilk altı ayı içerisinde bu iktisaba itiraz etmemiş bulunması şartile (mad. 37 ve müt.) bu suretle, memleket içinde bulunması istenmeyen şahıslardan, şerefsiz ve haysiyetsiz kimselerden korunmak istenmekte-

dir. Fakat — bu halde dahi serbesti fikri kendisini göstermektedir — Fransız tabiiyetinin iktisabı mecburi değildir: evlenmeye tekaddüm eden bir beyanla kadın, bu iktisabı (daima vatansızlığın önüne geçmek için), o tarihte kendi milli kanununa göre eski tabiiyetini muhafaza etmiş olması şartile reddedebilir (Md. 38, fıkra 1).

Şu halde, evli kadının tabiiyeti hususunda dahi, Türk ve Fransız hukukları arasında mübayanet vardır. Ne teknik hususlardaki teferruat farklarından ve ne de siyasetle ilgisi bulunan prensip tezatlarından dolayı hayrete düşülmemelidir. Tabiiyet, âmme hukuku ve hususile bir iç âmme hukuku meselesidir; onu tanzim eden kanunlar, ekseriya, muhtelif devletlerin menfaat ve temayüllerini ifade ederler. Ancak, sulha ve — temenni edelim — nihayet bir teşkilâta kavuşmuş milletlerarası bir cemiyette, fertlerin ve devletlerin haklarını ahenkli şekilde uzlaştıran bir tevhidin mümkün olup olmadığını sormak kabıyor. Hayal, hukukçulara men'edilmiş olmadığı gibi, ümit te devlet adamları için bir vazifedir ve «sebat etmek için muvaffak olmak zarurî değildir».

III. ŞİRKETLERİN TABİİYETİ MESELESİ

(Hususile Fransız Pozitif Hukukunda)

Hukuk dünyası, insanlardan başka bir takım varlıklar, diğer bir takım hukuk sūjeleri tanır. Filhakika, hak ve vecibelere sahip ve dolayısıyla, insanlar gibi hukukî bir şahsiyete malik bulunan ve birer topluluk sıfatı ile hukukî münasebetler sahasına giren bazı fert ve menfaat grupları mevcuttur. Bunlara hükmi şahıslar denir. Acaba, bu hükmi şahısların mahiyeti nedir? Burada hukukun, bütün büyük hukukçular tarafından sıra ile ele alınan fakat kat'i hiç bir sureti halle bağlanamıyan temel meselelerinden biri ile karşılaşılıyor. Ben sizlere, sadece, bu mevzuda birbirine zıt iki temayülün mevcut bulunduğunu hatırlatıyorum. Uzun müddet klâsik sistem yerine geçen «fiction» nazariyesine göre, sadece devlet doğrudan doğruya hükmi ve hukukî bir şahsiyete sahip bulunmakta ve hususî hukuk veya âmme hukukuna ait diğer bütün hükmi şahıslar, mevcudiyetlerini, onun tarafından verilmiş bir imtiyazdan almaktadırlar. Devlet müstesna, bütün hükmi şahıslar kanunun yarattığı farazî varlıklardır. Maamafih, bugün bu nazariye, hükmi şahsiyeti mutlak surette inkâr eden ve realitede sadece objektif hukuk kaidelerinin ve bu kaidelerin kendileri hakkında kabili tatbik bulunduğu beşerî varlıkların yani fertlerin mevcut olduğunu söyleyen bir çok müellifler tarafından geniş mikyasta aşılış bulunmaktadır. Objektif teori namını taşıyan bu nazariye,

Fransada Duguit ve hariçte Avusturyalı büyük hukukçu Kelsen tarafından müdafaa edilmiştir.

Bu iki nazariye karşısında, bir çok tenevvülerile birlikte hükmi şahısların hakikîliği sistemini buluyoruz: bu sistemde, objektivistlere karşı evvelâ, hukuk sūjesi yani hukukî şahıs mefhumunun zarurîliği ve kıymeti belirtiliyor veya belirtilmeğe çalışılıyor, sonra da kendilerine has bir faaliyet merkezi teşkil eden umumî menfaate tahsis olunmuş müessese ve toplulukların bizatihi, müstakil ve ayrı bir mevcudiyete sahip oldukları ve bunların, hukukun sadece tanımakla iktifa edebileceği entité'lerden ibaret buldukları ileri sürülüyor. Hükmi şahısların mahiyetleri hakkındaki bu sistemlerden herhangi birine taraftar olmak, hükmi şahısların tabiiyeti meselesinin bizzarure bu sisteme göre çözüleceği neticesini vermese bile, bunun, meselenin varacağı sureti halle geniş ölçüde tesir eyliyeceği gayri kabili münakaşadır. Ben şahsen, Hauriou ile birlikte, ikinci sisteme yani hükmi şahısların hakikîliği sistemine bağlı bulunmaktayım.

Şirketlerin tabiiyeti meselesi sadece, taraftar olunan sisteme göre hakikî veya farazî, hukukî bir şahsiyete sahip bulunan şirketler için mevcuttur: denilebilir ki, şahsiyet, tabiiyetin bir unsuru daha doğrusu bir şartıdır. Bence (Bk. İtalyan Temyiz Mah. notu 29/4/933, Giurisprudenza comp. di diritto intern. privato, vol III, s. 23 müt.) ve her ne kadar bu nokta münakaşalı ise de (Bk. Beitzke, Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht, s. 42 ve müt.), bundan bir şirketin bir şahsiyete malik olup olmadığına karar vermek hususunun milli kanuna ait olacağı neticesi çıkar. Tabiiyet şahsiyeti tazammun ettiği ve bu da, ancak milli kanun taayyün ettikten sonra tevcih veya reddolunduğundan lege causae bir tavsif gözüle bakılabilen böyle bir sureti hal nihayet fasit bir daireye müncer oluyor gibidir. Hakikatte ise de modern doktrinadaki bütün lege causae tavsifler gibi o da böyle bir netice husule getirmez. Meselâ: bir Fransız mahkemesi önünde herhangi bir şirketin Fransız tâbiyetine malik olup olmadığı meselesi bahis mevzuu edilmiş olsun. Bu hususta ilk önce bahis mevzuu şirketin, Fransız hukukuna göre bir şahsiyete malik olup olmadığı meselesinin halli lâzımgelir. Faraza, Fransız hukukuna nazaran şirket bir şahsiyete sahip değilse, şirket, hukuken uzuvlarından yani kendisini terkip eden fizikî şahıslardan tefrik edilmediği için bir tâbiyete malik olamaz; şüphesiz ki, tâbiyet, ayrı bir entité halinde mevcudiyeti tazammun eder. Fakat, Fransız hukukuna göre bir şahsiyeti ve binnetice Fransız tâbiyetini haiz olmayan bir şirket, yabancı bir memleket hukukuna nazaran bir şahsiyete ve o memleketin tâbiyetine sahip bulunabilir. Yalnız, her hangi bir devletin hukuk nizamına göre bir şah-

siyete malik olan şirketler, ancak bu nizam içerisinde bir tâbiyete malik olabilirler. Lâkin, şirketlerin bir tâbiyete sahip olmaları icap eder mi ve şayet icap ederse bu tâbiyet ne suretle taayyün edecektir? İşte bunlar, şirketlerin tâbiyeti probleminin ihtiva etmekte olduğu iki büyük meseledir.

Umumiyetle 1914 - 1918 Harbine kadar şirketlerin bir tâbiyete malik oldukları kabul ediliyordu (Bk. bazı lâtin Amerika devletleri hak., Sereni, *La cittadinanza degli enti morali.*, Riv. Dir. Internaz. 1934, s. 340 not 3). Bu tabiiyetin tayini hususunda ise başlıca iki sistem tefrik olunabilir. Anglo-Sakson memleketlerinde şirket, kanunlarına uygun olarak teessüs ettiği devlete yani bir bakımdan onu yaratmış olan devlete bağlanmaktadır. Bu, incorporation nazariyesidir (Bk. Cheshire, *Private International Law*, 2 éd., s. 196-197, Domke, *Le problème de la nationalité des sociétés.* Nouv. Rev. Droit International Privé 1941, s. 69 ve müt. not 29; Rühlend, *Le problème des personnes morales en droit international privé*, Rec. Cours Académie Droit Intern., 1933, III, s. 387 ve müt. bilhassa s. 405 ve müt.). Kara Avrupası memleketlerinde ise şirkete, idare merkezinin bulunduğu memleket tâbiyeti izafe olunmaktadır; fakat Almanya'da şirketlerin tâbiyeti hususunda nizami merkez yani taraflarca tesbit edilen ve hakiki idare merkezinden farklı olabilen merkez mevzuubahistir. Burada irade serbestisine, yalnız, taraflarca intihap edilen mevzuat ve dolayısıyla devletin mukavele hükümleriyle münasebeti olmaktan uzak bulunmaması kaydı ihtirazisi ile, bir yer ayrılmış bulunmaktadır (Bk. Mezger, *Le nouveau régime des sociétés anonymes en Allemagne.* thèse Paris 1939, No. 412 ve müt., Rühlend, op. cit. s. 412); diğer devletlerin ekserisinde ve hususile Fransada, idare merkezinin hakiki ve ciddi mahiyette olması, şirketin uzuvları veya başlıca hukuki organlarının merkezin bulunduğu yerde olmaları ve orada muamelelerde bulunmaları istenmektedir. Bazı müellifler bu hakiki idare merkezinin hileli olmaması gerektiğini, şirketin bir memlekette sırf tabii rabitalarla bağlı bulunduğu başka bir memleketin kanun ve nizamlarından kaçınmak için, yerleşmiş olmamasını da buna ilâve ediyorlarsa da bu nokta ihtilâflı olarak kalmaktadır. Maamafih, şirket tâbiyetinin tayininde şirketlerin tâbiyetinin nazarı itibara alınmaması gerektiği hususunda tamamiyle birleşilmiş bulunuluyordu. Zira, bu hususta başka bir görüşten hareket etmek, kendisini terkib eden uzuvlardan farklı bir entité meydana getiren şirketin şahsiyetinden sarfınazar etmek demek olurdu.

1914 - 1918 Harbi, bunun aksi olan bazı sureti haller meydana getirecekti. Bir çok muharip memleketlerde ve hususile Fransada düşman devletler tebeasına ait mallar haciz altına alınmıştı. Bu tedbir, hakiki şa-

hıslar için olduğu gibi hükmi şahıslar hakkında da kabili tatbik olduğundan, hangi şirketlerin düşman tâbiyetini halz bulunduğunu bilmek lâzım geliyordu: Fransada teessüs etmiş, yerleşmiş ve bu memlekette bir idare merkezine malik olmakla beraber yabancı unsurlar ihtiva eden, Alman sermayesile işleyen ve ekseriyeti hattâ tamamı itibarile Almanlardan müteşekkil bir idareye sahip bulunan şirketlerin, muhasamatın devamı müddetince, Fransada serbestçe faaliyette bulunmakta devam etmeleri haklı olarak istenmiyordu. Fransız mahkemeleri evvelâ, iyi veya fena muhtelif hukukî vasıtalarla bu nevi şirketlere ait malların haciz altına alınmasını meşru göstermeğe çalışmışlar ve sonra, 2 Şubat 1916 tarihinde, Adalet Bakanının bir tamimi üzerine, mürakabe nazariyesi denilen bir nazariyeyi kabul etmişlerdir. Bu nazariyeye göre, şirketin tâbiyeti, hiç değilse devletin menfaatleri bahis mevzuu olduğu zaman, realitenin tetkikinden hareket etmek, sermayenin ve idarecilerin tâbiyeti gibi fiili unsurlara bağlanmak ve şirket içinde ilhamın, hâkim ruhun hangisinin olduğunu aramak suretile taayyün eder. Mürakabe teorisi bir çok muharip memleketlerde bulunmaktadır (Bk. Sereni, loc. cit., s. 345, not 1). Birinci Cihan Harbine nihayet veren ekseri sulh muahedeleri de, düşman mallarının tasfiyesi için bu nazariyeyi kabul etmişlerdir (bu hükümlerin şumulü hakkında bk. Rühländ, loc. cit. s. 415 ve müt.) .

Fakat yekdiğeri arkasından kabul edilmiş nazariyeler arasında bariz bir tezadın mevcudiyeti vakıası da — bir taraftan incorporation veya idare merkezi nazariyeleri ve diğer taraftan mürakabe teorisi — şirketlerin tâbiyeti meselesinin yeniden tetkikini icap ettiriyordu. Bu tetkik, doktrin sahasında iki cereyanın teşekkülüne âmil oldu; bazı müellifler şirketlerin tâbiyeti mefhumunu, hiç değilse şimdiye kadar ona verilmekte olan şumulile, terketmek ve mahdut bir sahada mürakabe nazariyesini faaliyete getirmek lâzımgeldiğini iddia ediyorlar. Diğerleri ise şirketlerin tâbiyeti mefhumile birlikte, bu tâbiyetin idare merkezi dolayısıyla tayini esasını muhafaza etmek tarafını iltizam ediyorlar. Biz, evvelemirde bu meselelere bir cevap arayacak ve bilâhare 1914 - 1918 Harbinden sonraki Fransız pozitif hukukunun temayüllerile bu mevzuda kabul etmiş olduğu sureti halleri göreceğiz.

I — Şirketlerin tâbiyeti mefhumu

Tâbiyet mefhumunun şirketlere tatbiki aleyhinde üç türlü delil ileri sürülmektedir: böyle bir tatbik doğru değildir ve tehlikelidir: bu, müdafaa edilen tezin menfi tarafıdır. Tatbik faidesizdir: zira, daha mükemmel bir hukukî tertip meydana getirmek mümkündür. Bu da, aynı tezin müspet tarafıdır (Bk. Niboyet, Revue droit intern, privé, 1927, s. 404

ve müt. ve *Traité de Droit Intern. Privé*, c. II, s. 255 ve müt. ve *Cours*, No. 225 ve müt., s. 234 ve müt.).

Evvelâ, tâbiyet mefhumunun şirketlere tatbiki doğru değildir: zira, ancak hakikî şahıslar için tasavvuru kabil bir tâbiyet vardır, deniliyor. Tâbiyet, bir tâbilik rabitası, fertle devlet arasında siyasi bir münasebetir; devletle, bir hükmi şahıs arasında siyasi münasebete imkân yoktur ve şirketler bir tâbiyete malik olamazlar. Bunun için, şirketlerin tâbiyeti mefhumu tam mânasile hukukî bir fiction'dur. Halbuki her fiction, ancak gayri kabili münakaşa bir faide esasına dayanmak suretile meşruiyet ifade edebilir. Sözü geçen fiction ise faidesiz olduğu gibi, tehlikelidir de (ikinci delil); bu noktada 1914 Harbi tecrübesi ve millî savunma kanunlarının tatbiki hususunda şirketlerin tâbiyeti şeklinden doğan güçlük ve kararsızlıklar ileri sürülüyor; sözde bir şahıstan ibaret bulunan şirketin arkasında sadece şerikler, hukuk kaidelerinin yalnız kendileri hakkında kabili tatbik olduğu ve yegâne realite olan insanlar vardır.

Bu yolda bir muhakeme muzaaf bir hataya dayanmaktadır.

Bu muhakemeyi yapanlar, hususile M. Niboyet, evvelemirde ve az çok bir kat'iyetle hükmi şahsın bir fiction'dan ibaret bulunduğu fikrinden hareket ediyorlar. Bu benim evvelce de işaret etmiş olduğum gibi, doğruluğuna inanmadığım bir fikirdir. Hattâ, hükmi şahsın bir fiction olduğu farzedilse bile bu fiction'un ekseri memleketlerin hukuk nizamlarında olduğu gibi Fransız hukukunda da münakaşaya gelmez bir şekilde kabul edilmiş olduğu ve hukuk tekniğinin bir unsurunu teşkil ettiği meydandadır: Fransız hukuk nizamında, hukuk kaidelerile bir şirketin uzuvlarını teşkil eden fertler arasına sokulan ayrı bir mevcudiyet vardır. Bu mevcudiyet, kendisinden tamamen sarfınazar edilmesi imkânsız olan şirkettir. Ortada, mantıkan kendisine hukukî vasıf ve iktidarlar izafesi mümkün olan, ehliyete sahip ve bir tâbiyete malik olabilecek gibi görünen hakikî veya farazî içtimai bir varlık mevcuttur.

Hükmi şahıslara, tâbiyet mefhumunun da gayri kabili tatbik olduğu ileri sürülmektedir, fakat, çürütmeğe çalıştığım doktrinin ikinci hatası kanaatimce bilhassa bu noktadadır. Bu doktrin tâbiyeti, verdiği haklar ve yüklediği vecibeler bakımından, tarif etmekte ve yalnız fizikî şahıslar bu haklardan bazılarına malik ve bu vecibelerden bazıları ile mükellef olabilecekleri için, bundan, fizikî şahısların ancak bir tâbiyeti haiz bulunabilecekleri neticesini çıkarmaktadır. Lâkin tâbiyet, esas itibarile mutlak ve daimî bir tâbilik keyfiyetidir. Hukukî bir şahısla bir devlet arasında bu tarzda bir tâbilik münasebeti, fizikî şahıslar için olduğu kadar hükmi şahıslar hakkında da mevcut bulunabilir. Bunun böyle olduğu, zamanımızda M. Niboyet'nin yaptığı gibi, bilhassa siyasi mânada sada-

katten bahsedildiği zaman, kapalı olarak itiraf edilmektedir. Zira bu siyasi mânadaki sadakat, tâbiyetten başka bir şey değildir.

Şirketler, bir şahsiyete malik buldukları için ve bir şahsiyete malik oldukları takdirde tâbiyeti haizdirler. Şirketlere bir tâbiyet tanımak icap eder mi? Şayet icap ederse bu, ne nisbette ve hangi şartlar altında olmalıdır? Burada, münakaşanın sahası değişmektedir.

Bu hususta, muhalif bir görüşe sahip bulunanlar, hakikatte oldukça basit olan iki meselenin birbirine karıştırılmak suretile mudil bir hale getirildiğini ileri sürmektedirler. Bu meselelerden birincisi bir kanunlar ihtilâfı meselesi yani şirketin hukukî statüsü meselesidir: mûta bir şirketin kuruluş ve faaliyeti hususlarında tatbiki kabil olan kanun hangi kanundur? Bu kanunun, şirketin idare merkezinin bulunduğu memleket kanunu olduğu, başka bir deyimle, şirketin şahsî statüsünün şirket ikametgâhının kanunile taayyün ettiği tamamen kabul olunabilir. İkinci mesele, bir yabancılar durumu meselesidir: bir şirket dahilinde, şirketin bu nam altında gizlemekte olduğu bir takım yabancılar mevcutsa, bunlar şirket vasıtasile, vatandaşlara ve meselâ Fransızlara bahsedilmiş menfaatlerden, hususile yabancı memlekette Fransanın diplomatik himayesinden ve Fransada medenî haklardan faydalanabilirler mi? Eğer böyle ise, hangi şartlar dahilinde faydalanabilirler?. Bu ikinci mesele de şirket dahilinde hâkim tesirin yani şirket mürakabesinin Fransız veya yabancı ve M. Niboyet'nin iddia ettiği tezdeki son ifadesile, siyasi mânadaki sadakatin milli veya yabancı olup olmadığını aramak suretile cevaplandırılacaktır.

Her şeyden önce işaret edelim ki, — zira bu, bizim daha evvelki müşahedelerimizin teyidinden ibarettir — bu, şirketlerin şahsiyetinin sosyal birer realite halinde değilse bile, mevzu hukukun birer müessesesi olarak tanınması demektir. Filhakika, eğer bir şirket Fransızlar tarafından mürakabe ediliyorsa, ona iştirak eden yabancılar yabancı olsalar da, bu Fransız mürakabesinin şirkete verdiği vasıftan faydalanacaklardır. Şu halde bu, şirketin, şeriklerin ve her halde şeriklerden bazılarının hukukî statüsünden farklı bir statüye malik olması ve müstakil bir entité teşkil etmesi demektir. Dikkat edilirse münakaşa en son safhasında, tâbiyetin kıstası ve tâbiyetin tatbik sahası meselelerine varmaktadır.

Halbuki, mürakabe nazariyesinin mahzurları oldukça önemlidir.

Bu hususta salâhiyetli kanunun ikametgâh kanunu, idare merkezi kanunu olduğunu söylemek suretile şirketin faaliyetini sağlamak ve (şüphesiz bu faaliyeti imkânsız kılacak) mütevalî statü değişmelerinin önüne geçmek mümkündür. Fakat, bir taraftan diplomatik himaye diğer taraftan medenî haklardan istifade meseleleri şirketin tâbi olduğu müraka-

beye bağlıdırlar. Bu mürakabe bilfarz bir Fransız mürakabesi oldukça, şirket yabancı memlekette Fransız sıfatından faydalanabilecek, icabında, Fransızlara bazı menfaatler sağlayan muahedeleri ileri sürebilecektir. Yine bu mürakabe bir Fransız mürakabesi oldukça, şirket Fransada kayıtsız şartsız bütün hususî haklardan istifade edecektir. Fakat, mürakabe bir yabancı mürakabesi olduğu takdirde, bunun aksi olan sureti haller ortaya çıkacaktır. Halbuki mürakabe, intuitu personae şeriklerin ve idarecilerin ve şirket eshamını ellerinde bulunduranların tâbiyetine göre tahavvül ettiğiinden, çok defa muhtelif istikametlerde ve bu hususta hiç bir ilân yapılmış olmaksızın değişebilecektir. Mürakabe nazariyesi, hukukî münasebetlere bir gayri muayyeniyet, bir istikrarsızlık hattâ bir keyfilik unsuru getirir ve meselenin sureti hallini mahkemelerin takdirine tâbi kılar. Burada, 1932 mukayeseli hukuk kongresinde Anglo-Sakson hukukçularının hayret ve itirazlarını mucip olan, pratik mahiyette büyük bir mahzur mevcuttur.

İkinci bir mahzur, idare merkezi nazariyesi veya buna yakın nazariyelerin ekseri devletler tarafından kabul edilmiş olmasından ve milletlerarası hukukun da bu istikamette karar kılmış bulunmasından ileri gelmektedir. Bundan iki netice ortaya çıkmaktadır: yabancılar tarafından mürakabe edildiği için merkezi Fransada olan bir şirketin Fransız olmadığını ilân etmekle mahkemeler, onu, şüphesiz bazı güçlüklerle sebep olan tâbiyetsiz bir şirket, vatansız bir şirket haline getirmek tehlikesile karşı karşıya bulunmaktadır. Buna mukabil, Fransızlar tarafından mürakabe edilen fakat idare merkezi yabancı bir memlekette olan bir şirketin, sırf bu sıfatından dolayı onu korumak için, Fransız olduğunu ilân etmekle ekseriya, bu şirketin muzaaf bir tâbiyete sahip olması ve idare merkezinin bulunduğu devletle bir ihtilâf çıkması neticesine varılmış olacaktır (Bk. Domke, Rev. Lapradelle, 1941, s. 78 ve müt.). Bu sureti hal Fransız jürisprüdansında nadiren ve yalnız bidayet mahkemeleri tarafından verilmiş bulunmaktadır. Daha üstün derecedeki mahkemeler tarafından kabul edilmiş veya ele alınmış değildir (Paris 12 Şubat 1941, G. P. 1941, 1, 139; Cassation Civ. 14 Mart 1939, Rev. Critique droit intern. 1939, 280. — Bk. Soygunculuk mahiyeti arzeden muamelelerin butlanına müteallik 9 Haziran 1945 tarihli Ord. md. 1, fık. 2. J.C.P. 1945, III, 9595; Fransız mürakabesi altındaki hükmi şahıslar yabancı memlekette Fransız olarak addedilmişlerdir).

Pratik bakımdan mürakabe sistemi, idare merkezi sisteminin münakaşa kabul etmez surette dúnundadır: idare merkezi statülerde gösterilmiş olduğundan, tatbiki nisbeten basit olan idare merkezi sistemi az çok bir muayyeniyet ve muamelâta zarurî olan bir tahmin imkânını verdiği

gibi, merkezin tesbiti hususunun ciddi bir karakter taşıması kaydı da bir takım hileleri bertaraf kılmağa müsaade eder.

İdare merkezi sistemi, rasyonel bakımdan da tercihe şayandır. Bir şirketin tâbiyetini belirtebilmek için, millî ekonomiyi, içtimai muhiti ve bu şirketin, kendisine karşı tâbiyet mefhumunun açıkça ifade ettiği tâbîlik durumunda bulunduğu devleti tetkik etmek lâzımdır. Halbuki her şirketin şahsiyetinin mesnedi, onun faaliyetidir. Bu faaliyeti ve münasebetleri iledir ki, şirket bir vahdet olarak kendisini gösterir. Şu halde şirketi, faaliyette bulunduğu memlekete bağlamak tabiidir. Tayin edilmesi belki de güç olan hakikî ve maddî faaliyet yeri başlıca çalışma merkezi, hukukî bakımdan fazla bir mâna ifade etmez. Her milletin kendi jürisprüdansı hukukî faaliyet mahallini yani hakikî idare merkezinin bulunduğu memleketi tercih etmekte haklıdırlar: M. İsay'ın ifadesine göre: «Hükmi şahsın dimağı, sınır sisteminin merkezi» oradadır.

Bununla beraber mahkemelere kendisini kabul ettiren harp zamanı jürisprüdansını tenkit etmek te imkânsızdır. İdare merkezi nazariyesi muhafaza edildiği takdirde, bu jürisprüdans ne suretle izah olunabilir? Bu izah, müdafaa ettiğim nazariye dahilinde kolaylıkla yapılabilir. Hükmi bir şahıs olan şirket, ekonomisine dahil bulunduğu devletin tâbiyetini haizdir ve idare merkezinin bulunduğu mahal bu devletin hangi devlet olduğunu ve şirketin hangi devlete tâbi bulunduğunu açıklar. Fakat eğer, hemen her zaman olduğu gibi, idare merkezinin nazara alınması kâfi ise ve bu nazara alış yeter bir sadakatle realiteyi ifade ediyorsa bu, hattâ sulh zamanında dahi daima böyle değildir. Harp zamanında ise bu, sık sık böyle olmayabilir. Sulh zamanında hukuk, basit ve müstakar kaidelere malik olmak ihtiyacında bulunduğu idare merkezi esasının fiiliyatta doğru neticeler vermediği istisnai haller, haklı olarak ihmal edilebilir ve edilir. Harp zamanında, millî savunma ve âmmenin selâmeti düşünceleri hâkimdir, başlıca mesele şirket faaliyetinin siyasi bakımdan millî bir istikamet gösterip göstermediği veya bilâkis düşman bir karakter taşıyıp taşımadığı meselesidir. Bu meseleye, ancak bütün teknik kaideler bir tarafa bırakılmak ve fiilen, her şirket dahilinde hangi tesirin hâkim bulunduğu bakmak suretile cevap verilebilir. Bu ise mürakabe teorisi- dir. Harp mevzuatı — acemice — tâbiyet mefhumuna müracaat ettiği zaman mürakabe teorisinin idare merkezi sistemi yerine ikamesi millî savunma icaplarıyla, icabında hukuk tekniğine ait mefhumların bertaraf edilmesini gerekli kılan zaruretlerle izah olunur. Bu mefhumlar, sulh yeniden teessüs edince bütün kıymetlerini tekrar kazanırlar. Tefsirci tamamen serbest olsa dahi Fransız hukukunda şirketin tâbiyeti mefhumu ve bu tâbiyetin hakikî idare merkezi yolile tayini mahkemelerimizce ka-

bul edilmek gerektir. Fakat bu hususta tefsirciler tamamen serbest de-ğillerdir. Şimdi size göstermeğe çalışacağım da budur.

II — 1914-1918 Harbinden sonra Fransız pozitif hukuku

Evveleminde Fransız pozitif hukuku, şirketlerin tabiiyeti mefhumunu kabul etmektedir. Fransız şirketlerle ecnebi şirketlerden bahseden gerek mukavelevi (muaheadeler) ve gerekse teşrii metinler oldukça fazladır. (Bk. ticaret sicilli hakkında 18 mart 1919 tarihli kanunun 9 uncu maddesi). Bu tâbirlerin «Fransız kanunu ile idare edilen şirketler» ve «Yabancı kanunla idare olunan şirketler» tâbirlerinin muadili olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmekte ise de bu, şüphesiz, kanun veya muahedenin mânasını değiştirmek olur. Diğer taraftan bazı teşrii metinler hususile 31 mayıs 1942 kanunu (Hava seyrü seferleri hakkında) nun 5 inci maddesi açıkça, Fransız tabiiyetini haiz şirketleri hedef tutmaktadır. Bilhassa iki madde, 24 temmuz 1867 ve 7 mart 1925 kanunlarının 31 inci maddeleri meseleyi kat'î surette halletmektedir. Bu metinlerden birincisi eshama münkasem, ikincisi ise mahdut mes'uliyetli şirketlerin, şerikler müttefikan rıza göstermedikleri takdirde tabiiyet değiştirmelerini menetmektedir. Bunlar, şirketlerin tabiiyeti tabirile ifade olunan hukukî mefhumun kabul edildiğini gösteren şekli hükümlerdir ki, tefsirci, artık bunları Fransız hukukunun bugünkü durumu içinde kabul etmeğe mecbur bulunmaktadır.

Saniyen, nisbeten daha az bir ölçüde de olsa bunun, tabiiyetin idare merkezi dolayısıyla tayini hususunda da böyle olduğunu müdafaa etmek yoluna gidilebilir: bizzat M. Niboyet, (manuel, No. 304) «En yeni muahedelerin şüphesiz idare merkezi esasına uygun bulunduğu ve bu muahedelerin hükümlerine tâbi olan şirketlerin, alâkalı memleketlerden birinde idare merkezine sahip bulunan şirketler olduğunu» itiraf ediyor. (Aj. Cours, No. 268, p. 244). Filhakika, mutad olarak kullanılan formül, Fransa ile Kanada arasında imzalanan 12 Mayıs 1933 tarihli ve 6 Aralık 1936 décret'sile ilân olunan mukaveleden aldığı formülün benzeridir: «İki memlekette birinde bu memleketin kanunlarına uygun olarak kurulan ve idare merkezi orada olan şirketler karşılıklı olarak tanınırlar.», (Rev. Critiq. Droit Intern. 1937, 257). Burada basit bir işareten fazla bir şey mevcuttur. Zira mümâsil hallerde muahedeler, iki devlet arasındaki münakaşalardan ve mütekebil tarizlerden çıkan hususî bir tarif vermekten ziyade, müştereken kabul edilmiş ve aşağı yukarı kendiliğinden ortaya çıkan bir sureti halli kabul ederler. Mamafih, Fransız pozitif hukukunun kabul etmiş olduğu umumî sureti hal bu gibi mukavelevi hükümlerden istintaç edilemez.

Böyle bir sureti hal, vazı kanun tarafından verilmiş değildir.

Bunun aksi olan tez, her ne kadar M. Savatier tarafından müdafaa edilmise de (Rev. Critiq. Droit Intern. 1939, s. 418 ve müt.), 1939 harbi kanunları bu noktada ne bir mâna ne de bir şümule malik bulunuyorlar. Filhakika bu metinlerdeki bazı tahrir hatâlarına rağmen, tabiiyet meseleleriyle harp tedbirlerinin tatbikine ait meselelerin, yerinde olarak birbirinden ayırt edilmiş olduğu görülüyor. Eğer, sayısı pek çok olan bu metinlerden bir kaçı, istisnai olarak hükmi şahısların tabiiyeti meselesini ele alıyorsa (Bk. Fransızların yabancı memlekette kasalar ve kapalı paketler içinde muhafaza ettikleri, kendilerine ait maddeler hakkındaki 2 Kasım 1945 tarihli Ord. md. 1. J. C. P. 1945, III, 10066), fiziki şahıslar hakkında ikametgâh esası ne ise (Bk. Sermaye ihracı, altın ticareti ve kambiyo muamelelerine müteallik 9 Eylül 1939 décret-lo'si, 9 Eylül 1939 ve 24 Nisan 1940 décret'leri ve 30 Kasım 1939 ve 24 Nisan 1940 kararları hakkında Journal de Droit International, 1940-1945, s. 202 ve müt.), burada da umumiyetle, bu hükmi şahısların Fransadaki müesseselerine bağlanıyor demektir. Bu harp tedbirleri pek yerinde olarak teknik mefhumlar üzerine değil, ekonomik ve sosyal realiteler üzerine kurulmuştur. Bu sebeple onlardan, şirketlerin tabiiyeti mefhumunun ne leh ve ne de aleyhinde çıkarılacak hiç bir hüküm mevcut değildir.

Mürakabe teorisini kabul eden veya ona mütemayil bulunan ve daimi mahiyette olmak üzere neşr ve ilân edilmiş bazı teşriî metinler şüphesiz ki mevcuttur. Seyahat acenteleri hakkında 19 mart 1937 tarihli kanun ve yine aynı mevzuda halen mer'iyette bulunan 24 şubat 1942 kanunu bu acentelerin birer ruhsatname almalarını istiyor ve bu ruhsatname nin itasına bir şart olarak, hususi müsaade hariç (L. 1942), Fransız tabiiyetini ortaya koyuyor. Yine aynı metinler, bir şirket mevzuubahis olduğu takdirde bu şirketin, idare merkezi, idarecilerinin tabiiyeti ve sermayesinin menşei itibarile Fransız tabiiyetini haiz bulunduğunu isbat etmesi lâzımgeleceğini tasrih etmektedirler. Şu halde burada, idare merkezi ve mürakabe kıstasları kanun vazunun şekli bir tanzimile bir araya getirilmiş bulunmaktadır. Aynı sureti hal, kara nakliyatı ile uğraşan şirketler hakkındaki 12 Ekim 1938 décret-loi'sile de kabul edilmiştir. Diğer başka metinler — hakikatte daha evvelki metinler gibi mürakabe sistemini, idare merkezi sistemine eklemek, ilâve etmekle beraber — ihtiva etmekte oldukları hükümlerin tatbikini temin için, idare mekanizması hattâ alelâde komandit, kollektif veya hususî şirketler hakkında âzası Fransız olan şirketlerin Fransız tabiiyetini haiz telâkki olunacaklarını söylemekle iktifa ettiklerinden görünüşte daha az sarih ve nisbeten daha dar nazari bir şümulle bu sistemlerden birincisini diğeri yerine ikame

ediyorlar: bu âmme hizmetlerinin ifasını imtiyaz yolile üzerine alanların tabiiyeti hakkındaki 12 Kasım 1938 tarihli décret-loi'nun ikinci maddesinin ifade etmekte olduğu formüldür. Bundan daha geniş bir formüle, bankacılık mesleğinin teşkilâtlanması hakkındaki 13 Haziran 1941 tarihli kanunun 5 inci maddesinde tesadüf olunur. İdare merkezlerinin bulunduğu mahal neresi olursa olsun, yabancı fiziki veya hükmi şahısların doğrudan doğruya veya bilvasıta mürakabesi altında bulunan bankalar «Ecnebi bankalar» addedilmiştir. Memleketin yeniden imarı hakkındaki mevzuat karşısında yabancıların durumunu tayin eden 2 Kasım 1945 ordonansı da (md. 2) buna benzer bir sureti hal ortaya atmış bulunuyordu (J. C. P., 1945, III, 10020). Lâkin bunlar, kanun vazının muayyen bazı hallerde böyle olacağına bizzat işaret etmiş olduğu hususî sureti hallerdir. Bunların bu sıfatla mevcudiyetleri, nazarı itibara alınan kanunlar tarafından kabul edilmiş kıstasın tevziine müsaade etmekten ziyade daha farklı umumî bir sureti halli tazammun ettirir.

Şu halde gözlerimizi harp sonrası jürisprüdansına çevirmek zarurî oluyor. Bu jürisprüdans ise yeniden idare merkezi teorisine dönmek yolunda karar kılmış görünüyor. Mürakabe sistemile alâkalı olan kararlar, ya harp sonunda derhal icrası lâzım hale getirilmişler veyahut az çok bir vuzuhla, yalnız 1914 - 1918 harbinden doğan münasebetleri hedef tutmakla hemen daima mahdut bir şümül sahasına malik bulunmuşlardır. Aynı istikamette bir ifade taşıyan yeni hüküm ve kararlar, kira bedelleri hakkındaki yeni harp mevzuatının tatbiki yolunda, aynı şeyi yapmaktadırlar. Kanaatimce bu, kabili tenkittir (Bk. 26 Eylül 1939 décret-loi'si hakkında, Cass. Soc. 26 Ekim 1945 J. C. P. 1945, IV, 101 ve Paris 20 Mart 1944, Gaz. Pal. 6 - 9 Mayıs 1944). Bu nokta bir tarafa bırakılırsa kararların ekserisi hattâ esbabı mucibelerinde mürakabe fikrine bir yer verseler dahi, yine idare merkezi kaidesini kabul ediyorlar. (Bk. hususile bir şahıs şirketi mevzubahis olduğu için vazih bir misal olarak: Paris 4 Mars 1932, Jour. Droit Intern. 1932, 990).

Mamafih, 15 senedenberi, bir taraftan doktrin sahasında şirketlerin tabiiyeti aleyhindeki yazıların tesiri altında, diğer taraftan bazı haklardan (meselâ: ticari mülkiyet hakkı) istifade hususunu mümkün mertebeye Fransızlara tahsis etmek arzusile bazı mahkemeler ve hususile temyiz mahkemesinin dilekçe dairesi, bu hususta bazı tereddütler göstermişlerdir. (Bk. Rec. 12 Mayıs 1931, s. 1932. 1. 57). Fakat, hukuk dairesi bu noktada, aşağıdaki üç kaziyede ifadesini bulan çok vazih bir içtihat sevk etmiş bulunmaktadır (Bk. Civ. Cass. 25 Tem. 1933, S. 1935. 1. 41, D. 1936. 1. 21-Aj. Civ. Cass. 29 Mayıs 1937, Journ. Droit Intern. 1939. 89; Civ. Cass. 29 Mayıs 1938, J. C. P. 1939. II. 1284): 1) Şirketlerin şahsiyeti bir fara-

ziyedir (bu, temyiz mahkemesinin daima müdafaa ettiği tez olmuştur) ve bu farazî şahıslara bir tabiiyet izafesi hukukî münasebetlerin icapları ile izah olunur. 2) Bu suretle kabul edilen tabiiyet, idare merkezinin bulunduğu mahal ile taayyün eder. 3) Bu görüş, «İhtirazî bir kayıt olmaksızın âmme hukuku sahasına intikal ettirilemez ve sözü geçen şirketlerin Fransız sıfatına bağlı bütün imtiyazları devlete karşı dermeyan etmelerine mezuniyet vermez».

Halledilecek ilk mesele, böyle mucip sebebin hakikî mânasının ne olduğunu bilmektir. Yabancıların hukukî durumunun tanzimi keyfiyetinin, hususî haklardan istifade mevzuubahis olduğu takdirde dahi, bir âmme hukuku meselesi olduğunu iddia etmek mümkündür. Tabiiyet ve şahsiyet mefhumlarının âmme hukuku sahası dışına atılması, yabancıların durumu ile ilgili bütün meseleler hakkında mevzuubahistir. Bu suretle, aşağı yukarı M. Niboyet'nin nazariyesine varılmış olur. 1933 kararına verilecek mâna şüphesiz bu değildir: bu karar 17 nisan 1919 kanunu mucibince, harp zararlarından dolayı verilecek tazminata dahil olup âmme hukukundan bahsederken — arkadan gelen cümlenin ifade ettiği gibi — bundan, Fransız sıfatının, Fransız devletine karşı dermeyanına imkân verebileceği hakları kastediyor ve «âmme hukuku» tâbiri en dar mânasında alıyor. Binaenaleyh, hukuk dairesinin kararından prensip olarak, hususî haklardan istifade keyfiyetinin şirketler hakkında, onların tabiiyetlerine nazaran taayyün edeceği neticesi çıkıyor. İlâve edelim ki, temyiz mahkemesi şirketlerin tabiiyetini hattâ dar mânasile âmme hukuku sahasında dahi, kendiliğinden ve mutlak olarak bertaraf etmiyor, sadece, bu mefhumun âmme hukukuna, ihtirazî bir kayıt olmaksızın götürülemediğini söylemekle iktifa ediyor. Bu kararda sadece, her durumda isbatı mümkün istisnaların bir işaretini görmek, şüphesiz metne fazla sadık kalmak değildir. Biz şahsen, bunun en doğru sureti hal olduğunu düşünüyoruz. Şirketler bir şahsiyete malik olduklarından, esas itibarile, idare merkezleri dolayısıyla muayyen bir tabiiyete maliktirler. Bu da, dilekçe dairesinin en yeni kararlarında müracaat ettiği idare merkezi nazariyesidir. (Rec. 20 Ocak 1936, s. 1936. 1. 127; rec. 9 Ocak 1940, S. 1943. 1. 72). Bu kaidelere iki sıra istisna göstermek mümkündür: evvelâ, kanun hükümleri mürakabe kıstasını idare merkezi kıstası yerine ikame edebilirler ve evvelce gördüğümüz gibi, bazı hallerde ikame etmişlerdir de. Bu halde, şirketlerin şahsiyeti fikri muhafaza edilmiştir. Sonra, dar mânada âmme hukuku bahis mevzuu olunca şirketin uzuvları olan fertleri yani fizikî şahısları nazarı itibara almak için, şahsiyet ve tabiiyet mefhumlarının her ikisi de bertaraf veya tâdil olunurlar. Devlet Şûrasının içtihadına nazaran yalnız hususî şirket-

ler hakkında ve 1914 - 1918 harbinin meydana getirmiş olduğu zararlar mevzuunda vaziyet aynen böyledir. Tazmin hakkı, ancak Fransızlara ait olan sermayeler nisbetinde mevcuttur ve dolayısıyla bu hak, bütün şirketlerin yabancı olması halinde ortadan kalkar. Söylediklerimize bir sonuç vermek için, şirketlerin tabiiyeti nazariyesinin ikinci grup istisnalarını da izah etmek yerinde olur. Eğer şirketlerin şahsiyet ve tabiiyeti (Temyiz mahkemesinin kabul ettiği gibi) birer faraziyeden başka şeyler değilse şüphesiz vazın kanununun hesaba katılabileceği bir güçlük yok demektir. Fakat, hükmi şahısların hakikiliği esasından hareket edilse ve bilhassa Maurice Hauriou ile birlikte (Bk. Précis de Droit Administratif 12 éd., par A. Hauriou s. 42 ve müt. A. J. Gény, Science et technique, c. VI, s. XVIII - XX, 18 ve müt.) içtimai bir realite olan hükmi şahısla, hukuki durumların fikri bakımdan en uygun ve en basit bir teşkilatlanmasından ibaret bulunan hukuki şahsiyet yekdiğerinden tefrik edilse dahi bu nevi sureti halleri izah etmek imkânsız değildir. (Bk. Gény, Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de Duguit, revue trimestrielle, 1922, s. 779 ve müt.). Hükmi birer şahıs olan şirketler Fransız hukukunda fiziki şahıslar gibi prensip olarak hukuki şahsiyete maliktirler; fakat, bu şahsiyetin esirgenmesi gayri kabili tasavvur değildir. Eğer, fiziki şahıslar hakkında böyle bir esirgemeye tesadüf olunmuyorsa, tarih, kölelik ve medeni haklardan ıskat müesseseleriyle bunun da misallerini vermektedir. Hükmi şahıslar hakkında bu esirgeme, hattâ bugün için dahi yok değildir. Bu esirgeme, hükmi şahsın hukuk sahasından çıkarılmasına ve bu sahaya duhulünün menolunmasına muadildir. Bunun neticesi, hukuk alanında fertleri yalnız bırakmaktır. Meselâ 1 temmuz 1901 kanununa göre sadece filî bir sıfatı olan ruhanî teşekküllerle, 17 nisan 1919 kanununa göre harp zararlarının tahmini bakımından şahıs şirketlerinin durumu böyledir. Hukuki şahsiyetin esirgenmesi, tam bir fiction'la ortada hakiki şahıslardan başka bir şey görmemek için, hükmi şahsiyetin tamam olması hususunda teknik bir vasıtaadır.

Şirketlerin tabiiyeti fikri ve bu tabiiyetin hakiki idare merkezi yoluyla tayini, Fransız pozitif hukukunun hâkim nazariyesidir. Yalnız bu böylece kabul edildikten sonra mevzuatta bir mesele ortaya çıkıyor. Bu mesele idare merkezleri dolayısıyla Fransız tabiiyetini haiz bulunan şirketlerin Fransada bazı haklardan faydalanmak ve bilhassa bu memlekette bazı faaliyetlerde bulunmak için, bir takım şartları yerine getirmek, ekseriyeti Fransız olan bir idareye malik olmak ve hiç değilse büyük kısmı Fransızlara ait olan bir sermayeye sahip bulunmak mecburiyetinde olup olmadıkları meselesidir. Bir çok kanunlar bu istikamette bir ta-

kım hükümler sevk etmişlerdir (Bk. Harp zararları hakkındaki 28 Ekim 1946 kanununun 10 uncu maddesi). Burada, devlet menfaatlerinin müdafaası hususunda çok müessir bir vasıta mevcuttur. Lâkin bu gibi hükümler tabiiyet mevzuuna temas etmemektedirler. Bunlarda bahis mevzuu olan şey, bir yabancının, bir Fransız şirketinde âza veya idareci olup olamayacağı ve şayet olacaksa hangi şartlar dahilinde olabileceği hususudur. Halbuki bu, bir yabancılar durumu meselesidir, bu meselenin hali ise şirketlerin tabiiyeti mevzuunun teknik kuruluşuna yeni bir şey ilâve etmemekte, onu olduğu gibi bırakmaktadır.

Jacques Maury

Tercüme eden

Rahmi Çobanoğlu