

KANUN İHTİLÂFLARI

§ 1

Yazan: Franz KAHN

Tercüme eden: H. BELBEZ

BAŞLANGIÇ

Kanun ihtilâfları tâbiri ve mefhumu bugün ilmen tenkid edilmektedir; onun yerine devletler hususî hukukundan, kanunların yer itibariyle tatbik sahasından, hukukî meselelerin mülkileştirilmesinden bahsedilmektedir. Kanunların «ihtilâf» halinde olması tasavvurunun yanıltıcı olduğu kabul edilmektedir. Zira «bununla, muhtelif devletlerin kanunlarının münferid bir hâdisede tatbikleri mevzuubahis olunca, daima birbirleriyle çatıştıkları (ihtilâf haline düştükleri) farzedilmektedir. Halbuki, bunların bir ahenk halinde omaları ve hepsinin meselenin halini aynı mevzuata, aynı mahkemeye bırakmaları pekâlâ muhtemeldir, Filhakika ekseriya da böyle olmaktadır».

(*Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 2. tabı, 1889, cilt I. s. 11).

“Bu gibi hallerin de vuku bulduğunu” inkâr etmemekle beraber «bunların mahiyetleri itibariyle fer’î ve tâlî meseleler olduğunu» iddia ediyorlar. (*Savigny, System*, cilt VIII, s. 3, keza *Laurent, Le droit civil international*, cilt I, s. 653 vd.)

Böyle güzel bir ahengin son derece memnuniyetbahş ve arzuya şayan olduğunu kimse inkâr edemez. Hakkını arayan bir kimsenin, dâvasını hangi yer mahkemesinde açarsa açsın, daima aynı kararı elde edebilmesini, kanunların ihtilâfı hallerinde kararın şu veya bu devlette verilmiş olmasına bakılmaksızın hukuki münasebetlerin aynı hükme rabt olunmalarını” hiç şüphesiz gerek milletlerarası ve gerekse millî hukuk bakımından ideal bir durum olarak kabul etmek icabeder.

(*Savigny*, a. g. y., s. 27, keza krs. s. 114 ve 129, buna yakın olarak *Laurent*, I, s. 11 ve *Westlake, A treatise on private international law*, 2. bası, Londra 1880, s. 46 § 2 sonu).

Ancak hakikatte bu ideal duruma bu derece yaklaşmış bulunuyor muyuz?

Milletlerarası mahkemeler mevcut olmadıkça yeknesak bir milletlerarası hukukun da imkânsızlığını bir tarafa bırakalım: bu içtihatların birleşmesini en ziyade zarurî kılan sahalarda fiilen ve haklı olarak elde edilmeğe gayret edilen bir şarttır.

Lehr, D'un projet de règlement international en matière de mariage. Journal de droit international privé, XI, s. 49 vd.; keza bk. aynı yerde s. 483 vd.; aleyhte V. Bar, I. s. 502 vd., ve s. 589.

Biz, fiiliyat ve tatbikatta rastlanan bu gibi farklılara değil, nazari bakımdan zaruri olanlarla kanuni olanlara kıymet vereceğiz.

Evveleminde şekli hukuk ile maddî hukuk arasındaki münasebetin ne kadar sıkı olduğu malûmdur. Muhakeme usulü, sübjektif hakkın âmme kuvvetiyle cebren tahakkukundan başka bir şey değildir. Kezalik hakim her yerde ve her hâdisede, bu hâdise hangi maddî hukuka tabi olursa olsun, kendi memleketinin usul hukukunu tatbik edeceği de şüphesizdir. Bunun, hukuk tatbikatında ne kadar ehemmiyetli farklar meydana getirdiğini izaha hacet yoktur.

Yine malûmdur ki devletler hususî hukukunun her yerde kabul edilmiş bir prensibi daha vardır. Bir hâdise umumî olarak hangi hukuka tâbi olursa olsun, hakim kendi memleketinin âmir hükümlerini beher mehal tatbik edecektir. Bu âmir hükümlerinin şumulünün neden ibaret olduğu, gerçi ne umumî olarak ve ne de münferiden tesbit edilmiş değildir. Bununla beraber - *Bar*'ın itirazlarına rağmen (I, s. 22 - 27 vd.) - denebilir ki, gerek nazariyat ve gerekse tatbikattan, bu çeşit kanunlara fevkalâde geniş bir saha ayırmak temayülünü çıkarmak mümkündür (1). Fakat devletler hususî hukukunun asıl prensiplerinde vaziyet nedir?

(1) Krş. Saksonya Medeni Kanunu § 19; Fransız Medeni Kanunu M. 3 Fk. I; İtalyan Medeni Kanunu § 11 ve 12. Krş. Thöl, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, § 74; Waechter, *Ziv. Ach.*, XXIV, s. 262 vdd; Savigny. s. 32 vdd, 160 vdd, 183, 197, 248, 269, 275 vdd, 307, 313, 325 vdd. 335, 337; Laurent, II, s. 348, 375; IV, s. 523 vdd; V, s. 318 vdd, 570 vd; VII, s. 149 vdd; Westlake § 18, 19, 30, 35, 155, 203, 204; Nelson, *Selecteds ases, statutes and orders of private international law* London 1889, s. 65 vdd, 261 vdd. ve orada mezkûr içtihatlar; Esperson, *Journal de droit*, VII, s. 253 vdd. Buralardan başka aşağıdaki münferid tatbik halleri: Celle istinaf mahkemesinin 16 Eylül 1852 tarihli ka-

Devletler hususî hukukunun mahiyeti hakkında birbirine tamamiyle zıt iki telâkkinin mevcut olduğu malûmdur. Bu telâkkilerden biri, - ki bunun müessisi değilse de, en parlak mümessili *Waechter*'dir - bu hukuk kaidelerini münferid ve millî hukuk nizamlarının bir parçası olarak kabul etmektedir. Karakteristik vasfına ancak son zamanlarda kavuşmuş olmasına rağmen *Savigny*'ye ircaı kabil olan diğeri ise, bunu kaynağı münferid mülkî mevzuat dışında aranması gereken kelimenin tam manasiyle mülterarâsı bir hukuk, «tekevvün halinde olan bir dünya hukuku» olarak mütalâa etmektedir (2).

Ancak bu son nazariye dahi bir hakimin, tâbi olduğu memleketin devletler hususî hukuku ile tezat halinde bulunduğu farzolunan kanunlarını, nazarı itibare almamak selâhiyetini haiz olduğu yolunda tek tük mevcut iddiayı benimsememiştir. Bu nazariye dahi hakimin evveleminde kendi memleketi hukukuna tâbi olduğunu, kendi kanun vâzı tarafından sarahaten kabul edilmiş olan devletler hususî hukuku kaidelerini çiğniyemiyeceğini kabul etmek mecburiyetindedir. Bu gibi hükümlere "onlara müsteniden hüküm verildiği takdirde hatalı kararlar çıkmasına sebebiyet vermeleri zarurî olan hatalı veya nakıs hükümler" denmektedir. (*Bar*, I, s. 502; keza krş. II, s. 25).

rarı, *Seufferts Archiv*, VIII, s. 1; Alman Devlet Mahkemesi Kararları III, s. 28 ve XI, s. 29; Alman Devlet Mahkemesi Kararları, V, s. 129; Alman Devlet Mahkemesi Kararları IX, s. 191 XIV, s. 138 (Bunun aksine olarak Alman Devlet Mahkemesi Kararları XI, s. 35 ve XXIII s. 332); Alman Devlet Mahkemesi Kararları XII, s. 310 Seine Hukuk Mahkemesinin 10 Mayıs 1876 tarihli kararı, *Journal de droit*, III s. 429; Brescia İstinaf Mahkemesinin 4 Kasım tarihli kararı, *Journal*, VIII, 448; Paris Temyiz Mahkemesinin 13 Şubat 1884 tarihli kararı, *Journal de droit* XI s. 75; Rouen İstinaf Mahkemesinin 14 Aralık 1887 tarihli kararı, *Journal de droit*, XV, s. 524.

(2) Birinci şık için krş. *Stabel, Vorträge über Französisches Zivilrecht*, s. 65 vdd; *Böhlaus, Mecklenburgisches Landrecht*, I, s. 420; *Stobe, Deutsches Privatrecht*, I, § 29. Mommsen, *Zivilist. Archiv*, LxI s. 150 vdd.; bilhassa kati olarak Wach, s. 219, 222; *Krasnapolski, Grünhuts Zeitschrift*, XVI, s. 51 vdd; *Westlake* s. 1, 4, 5, 7,; *Story, Commentaries on the conflicts of laws*, § 7 vadd, § 18 vdd., hususiyle § 23; *Fabrès, Journal de droit*, XIV, s. 132 vdd. ve *Nelson*, a. g. y. intişar etmiş olan ve *Scrimshire v. Scrimshire* ile *Birtwhistle v. Vardill* dâvaları münasebetiyle verilmiş bulunan İngiliz içtihatları. Sonuç şık için de bilhassa *Brinz, Pandekten*, cilt I, § 23; *Bekker, Über die Kouponsprozesse*, § 8, s. 56 vdd; v. *Bar* I, s. 4 vdd, s. 105 vdd; *Laurent*, I, s. 10 vdd. s. 77 vdd, 649 vdd; *Demangeat, Journal de droit*, I, s. 7 vdd; *Brecher, Journal de droit* v, s. 225 vdd; *Piccard, Journal*, VIII, s. 462, v. s.

Fakat bugün artık hiç kimse, bu gibi hükümlerin hakimi bağhıya-
cağını inkâr eden eski bir müellifin cesaretini göstermek hatasına düş-
memektedir (3).

Mevzuatta devletler hususi hukukunu eksiksiz olarak tanzim eden
kaidelerin nâdir olduğu iddiası her ne kadar doğru olabilirse de, bu çeşit
hükümlerin oldukça ehemmiyetli miktarda mevcudiyeti de inkâr edile-
mez. Saksonya hukuku, İtalyan hukuku, Rusyanın Baltık Denizi eya-
letlerinin hususî hukuku, muhtasar bir devletler hususî hukuku kanun-
namesi sayılabilir ve başlıca mevzular hakkında müessir ve esaslı hü-
kümleri ihtiva etmektedir. Amerika ve İngiltere'de hususî hukuk ka-
nunlarının esasen teamül hukukunun çokluğu karşısında nisbeten ehem-
miyetsiz bir yer tuttuğu malûmdur. Fakat orada tatbikat ve nazariyat-
ta benimsenmiş olan devletler hususî hukuku kaideleri gözönünde tutu-
lacak olursa, bunların genişlik ve ehemmiyet bakımından yukarda adı ge-
çen kanunlardan geri kalmadıkları cesaretle iddia olunabilir. Diğer hu-
kuk çevrelerinde de hususî hükümler ve mülkî teamül hukuku eksik de-
ğildir.

Fakat bu kaidelerin en esaslı ve ehemmiyetli noktalarda birbirleriyle
birleştikleri iddia olunabileceği zannedilirse, hataya düşülmüş olur.
Hususî hukukun başlıca mevzularına sathî olarak bakılacak olursa du-
rumun başka olduğu görülür. *Şahsın hukuku*: Bu hususta bir yerde ika-
metgâh kanunu, ötede tâbiyet kanunu daha ötede de mevsuf ikamet-
gâh kanunu veya, hiç değilse medenî hakları kullanma ehliyeti baki-
mından, akdin yapıldığı yer kanunu, gayrimenkullerin de mevzuu ba-
his olması hallerinde kısmen de gayri menkulün buunduğu yer kanunu
cari olmaktadır. *Aynı haklar*: bir yerde şeyin bulunduğu yer ka-
nu başka bir yerde hiç değilse menkuller hakkında, mâlikin veya zilyedin
veya sair surette hak sahibinin ikâmetgâhı veyahut da bu kimselerin
tâbiyeti kanunu carîdir. *Borç*: Bir yerde borcun doğduğu yere, başka bir
yerde ifa yerine, daha başka bir yerde de âkidlerden birinin veya her iki-
sinin - farklı şekilde tesbit olunan - şahsî kanununa veya nihayet muay-
yen şartlar altında irade muhtariyetine tâbidir. *Miras hukuku*: Bazı yer-
lerde umumî olarak mûrisin şahsi kanununa tâbidir ki bu şahsi kanun
dahi yukarda işaret olunduğu gibi başka esaslara göre tesbit edilmek-
tedir. Diğer bir yerde ise yalnız menkuller mûrisin şahsî hukukuna tâbi

(3) Krş. Thöl, agy. § 75, dipnot 1; Savigny, s. 25, 35, 127, 130; Stobbe, I, s. 207 (§ 29,
VI) Bar., I, s. 5 vdd, not 7; s. 14, 278; Laurent, I, s. 35 vdd; Brocher, agy. s. 234; Story,

olduğu halde, gayrimenkuller mutlak surette gayri menkulün bulunduğu yer hukukuna tâbi kalmaktadır. Sayısız olan hususiyetleri ve mahallî hukuk farklarını burada zikretmekten sarfınazar edilmiştir (4).

Bu kısa izahat, bütün insanlık için beynelmilel bir hukukun tahakkukunu tahayyül eden bir görüşün ne kadar nikbin olacağını göstermeğe kâfi olsa gerektir.

Böyle bir optimizmin, muhtelif memleketlerin içtihat ve mevzuatının birbirine yaklaşmasına yaraması veya hiç değilse bunu ihzar etmesi itibariyle, iyi tarafları olduğu muhakkaktır. Fakat olanı olmasını arzu ettiği şeyle karıştırması, nazarlarını mavi semaya çevirerek ayağının önündeki taşı uzaklaştırmaya ihmal etmesi itibariyle de mahzurludur.

Aşağıdaki yazıda münhasıran mevcut olanla iştigal etmek suretiyle bunu yapmağa, yani bugün zarurî olarak katetmek mecburiyetinde olduğumuz yoldan bazı taşları uzaklaştırmaya çalışacağız. Bunu yaparken de belki aynı zamanda devletler hususî hukukunun doğru olduğuna kani bulunduğumuz mahiyetini benimseyen telâkkiye, yani onun milletlerarası değil, dahilî ve millî bir hukuk olduğu görüşünü destekliyecek bazı malzemeyi temin etmemiz de mümkün olacaktır.

BİRİNCİ KISIM

Kanunlar Arasında Sarih İhtilâflar

§ 2

Müteakip kısımlarda mevzuu bahis edeceğimiz ihtilâf sınıflarından ikisinin aksine olarak *sarih kanun ihtilâfı* diye, muhtelif memleketlerde devletler hususî hukukuna müteâlik olmak üzere mevcut sarih kaide-lerin birbirinden farklı olması neticesi husule gelen ihtilâflara diyoruz.

(4) «De sorte que le rêve d'une loi unique régissant tous hommes et appliquée indistinctement par tous les tribunaux, commence à devenir une réalité = Öyle ki, bütün insanları idare eden ve bütün mahkemeler tarafından aynı şekilde tatbik edilen tek bir kanun hayali hakikat olmağa başlamıştır». (Demangeat, *Journal de droit*, I, s. 7 vdd., keza krş. Laurent, I, s. 10 vdd.).

Tatbikatçı, böyle bir kanun ihtilâfının mevcut olup olmadığını pek istisnâî hallerde fark eder. Kaideten bu gibi hallerde - o da, yabancı hukukun tatbikini nazarı itibare aldığı takdirde, - kendi memleketinûe carî devletler hususî hukuku kaidelerine nazaran muayyen hukukî bir münasebetin muayyen bir ülkenin hukukuna tâbi olduğunu tesbît etmekle iktifa ve o memlekette o hukuk münasebeti için cârî olan kanunları tatbik eder. Daha ileri giderek, o memleket hakiminin de bu devletler hususî hukuku meselesini aynı şekilde halletmiş olup olmayacağını, kendi hukukuna göre aynı şekilde halle muktedir olup olmadığını araştırmaz ve bunu yapmak için de bir sebep olmadığını zanneder. Zira hakim, gördüğümüz gibi, kendi memleketinin kanunlarına tâbidir.

Ancak bazen bununla iktifa edilmemiştir. Araştırmalar ilerletilmiş ve sarîh kanunlar ihtilâfları dediğimiz hallerden birinin mevcut olduğu anlaşılınca, şu tereddüd uyanmıştır: Bizzat tatbik edilmesini istemiyen yabancı bir hukuku tatbik selâhiyetimiz var mıdır? Kanun vazımız bizi yabancı bir hukuka gönderirken onu bizzat o hukukun kendi kendine verdiği manada tatbik edeceğimizi şart koşmuş değil midir? Binetice, şayet yabancı hukuka uyarak onu tatbikten sarfınazar etmeğe, bizzat o bunu arzu ettiği takdirde o hukukun bizimkine olan atfını nazarı itibare almağa mecbur değil miyiz?

Bu meseleler, tatbikatta sarîh kanun ihtilâflarının mevcudiyetinin farkına varıldığı her yerde ortaya çıkmıştır (5). Bunlar, nazariyatın da son zamanlara kadar bu meselelere temas etmemiş olması itibariyle, kanatımızca son derece enterasan olan kararlar isdarına meydan vermiştir, bu itibar'adır ki bu münasebetle bu kararları etraflı olarak tahlil etmek niyetindeyiz.

(5) Bu gibi ihtilâfların farkedilmemiş olmasının sebebi, dediğimiz gibi işin mahiyeti icabıdır. Meselâ şu içtihatlar bakınız: **Mühlheim** İstinâf Mahkemesinin 14 Mart 1862 ve 23 Nisan 1863 tarihli kararları, **Slufferts Archiv** XVIII, s. 204; **Paris** İstinâf Mahkemesinin 8 Ağustos 1880 tarihli kararı, **Journal de droit**, VII, s. 477; **Seine** Hukuk Mahkemesinin 1 Mart 1881 tarihli kararı, **Journal de droit** VIII, s. 138; **Karlsruhe** İstinâf Mahkemesinin 6 Mart 1889 tarihli kararı, **Bad. Annalen**, 55, s. 129 vdd. **Clunet**, **Journal de droit**, V, s. 10 vdd. ve nazarı dikkata alınmayan kanun ihtilâflarını ihtiva eden diğer bir çok kararlar.

ATIF PRENSİBİ

§ 3

Bartolos'un statü nazariyesi devletler hususî hukukunu eksiksiz olarak ihata eden bir nazariye olarak bugün umumiyetle reddedilmektedir. Fakat aynı şekilde bunun isabetli özünü şahsî statünün teşkil ettiği kabul edilmekte ve bu sonucusuyla da şahısların bu sıfatla haiz oldukları vasıfları ve alakadar oldukları hukukî münasebetleri - doğrudan doğruya - tanzime yarayan hukuk kaidelerinin az veya çok mahdut topluluğu kastedilmektedir. Fakat insanı ülkeye bağlayan bağ olarak ikametgâh veya tâbiyet kabul edildiğine göre de *lex domicilii* veya *lex originis* tatbik edilmektedir.

Tâbiyet hukuku mese'â Saksonya (Medenî Kanun m. 7), Fransa (Medenî kanun m. 3) ve Fransa Medenî Kanununu takip eden mevzuat (krş. *Stéaffner, Entwicklung des internationalen Privatrechts*, s. 48 ve 51) İtalya Medenî Kanun m. 6), İsviçre (krş. Zürich K. §. 2; 1 Aralık 1882 tarihli Federal K. m. 10), İspanya ve Portekiz (Krs. *Journal de dr.* cilt XV, s. 138 ve *Lehr*, a. g. y. s. 352 vd.) Rusya (krş., *Lehr Journal de dr.*, Cilt IV, s. 305 vd.), bir dereceye kadar Şili (krş. *Fabres, Journal de dr.* XIV, s. 135 vd.), kezalik umumî olarak Avusturya'da caridir; mafevkeyh Avusturya'da Medenî Kanun m. 34 mucibince yabancıların medenî hakları kullanma ehliyeti ikametgâha tâbi olduğu halde, bunların evlenme ehliyetleri, miras hakları vesaire hakkında ve Avusturyalılar hakkında sureti umumiyede millî kanunlarının carî olacağı beyan edilmektedir (6). (Medenî Kanun § 4).

Buna mukabil şu devletler de ikametgâh hukukunu kabul etmiş bulunmaktadırlar: Prusya (ALR; Başlangıç, § 23 vd.), Bavyera (Code Max, 1, 2, 17 ve 1753 tarihli Mahkemeler Teşkilât Kanunu, XIV, § 7, No. 8) Letonya, Estonya ve Litvanya hususî hukuku (Giriş. § 28). Aynı husus müşterek hukukta "nazariyatta arasına itiraza uğramakla beraber tatbikatta tamamiyle yerleşmiş bir prensiptir" (RG." VI, s. 396, VIII, s. 146). Şahsî statünün ikametgâh kanununa göre tayini İngiltere ve Amerika'ya tereddüde mahal bırakmayan bir teamül hukuku olarak kabul edilmiştir. Ancak şöyle ehemmiyetli bir hususiyet de mevcuttur: medenî hakları kullanma ehliyeti hakkında Amerika'da umumî olarak, İngilte-

(6) Mezkûr § 34 ün tefsiri filhakika ihtilâftir; *Kirchstötter, Kommentar*, § 34-87 parh.

re'de ise bir dereceye kadar *lex loi actus carl* olmakta ve gayri menkullerin mevzu bahis olduğu hallerde kayıtsız ve şartsız olarak *lex rei sitae* tatbik edilmektedir. krs. *Westlake*, § 1 ve § 156, *Nelson*, s. 60 vdd., 93, 147, 244 vdd., 256 vdd., ve orada (hususıyla s. 2 vdd.) yazılı içtihatlar; *Story*, §§ 75 vdd., 89, 162 vdd., 430 vdd.

Bu durumdan doğan ihtilâflar mahkemeleri çok kere meşgul etmiştir. Alman Temyiz Mahkemesinin son zamanlarda vermiş olduğu bir kararını ele almakla işe başlayacağız, zira bu, zikredeceğimiz bütün kararlar arasında münferid kalan ve neticede bizim varacağımız bir noktai nazarı benimsemiş bulunuyor. Bu karar *Jurist'sche Wochenschrift*, yıl 1889, s. 299, satır 58 (II, 31 Mayıs 1889) da neşredilmiştir; keza krs. *Lad. Ann.*, cilt 55, s. 129 vdd., 140 vdd. (ve şimdi de: Temyiz kararları, cild 24, s. 326 vdd.) Badende ikamet eden bir Prusya'lı vefî sıfatıyla öğrenenin malları üzerinde haiz olduğu rehin hakkının tanınmasını dâva ediyor. Karlsruhe Mahkemesi Fransız Medenî Kanunu m. 3 mucibince Prusya hukukunu tatbik ile dâvayı reddediyor. İstinaf mahkemesi ise Baden hukukunun tatbiki lâzımgeldiğini, zira bizzat seâhiyeti kabul olunan Prusya hukukuna göre şahsî statünün ikametgâha göre tayin bulunduğunu ileri sürmüştür. Temyiz Mahkemesi İstinaf Mahkemesinin bu kararını bozmuştur. Medenî Kanun m. 3 ün bu usule (yani atfa) muhalif olduğu uzun boylu izah edilmektedir. Zira kanunun bu hükmünün yalnız yabancı şahsî statüyü nazarı itibare alıp umumî olarak yabancı hukuka göndermediği, mi'li hukuku mevcut ihtilâfı halledecek olan hukuk olarak tayin etmeyip devletler hususî hukuku meselesini bizzat hallettiği iddia olunmaktadır. Devletler hususî hukuku hakkında bir hüküm daha yoktur ki, lafzını insan Fransız Medenî Kanununun 3. üncü maddesi kadar az zorlamak mevkiinde kalsın. (*Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français mêmes résidents en pays étranger* = Şahısların hal ve ehliyetiyle alakalı kanunlar, eenebi memlekette ikamet eseler bile, Fransızlara tatbik edilir). Devletlerarası kaidenin kıyas yoluyla kanundan çıkarılması lâzımgelmektedir. Alman Temyiz Mahkemesinin kelimelerden itina ile çıkarmak istediği dar mana, bçy'e bir dikkat ve itinanın sebepleri meydanda olma aydı, son derece garip olurdu: Alman Temyiz Mahkemesi daha evvelki kararlarında, diğer kanun hükümlerine dayanmak sureti ile

atıf prensibini mükerreren kabul etmişti (7). Bu hallerden birine aşağıda temas edeceğiz. Bir diğeri de *Bolze, Praxis des Reichgerichts*, III No. 28 de kısaca bildirmiştir. (III, 4 Haziran 1886). Mucip sebepleri bilhassa enteresan olan bir üçüncüsü de şudur (II, 16.10.1885) (Bad. Ann., cilt 51, s. 373 vdd.).

Baden Dukalığında, senelerdenberi orada yerleşmiş bulunan Württemberg’li biri ölür. Baden’in 6 ncı Anayasa Emirnamesinin 2 inci maddesi mucibince yabancıların haiz olduğu “misafirlik hakkı” şu hakları ihtiva etmektedir: 1) “Memlekette öldüğü takdirde emvali vatandaşları gibi himaye görür ve muteber olan ölüme bağlı bir tasarruf mucibince veya tâbi olduğu memleketin miras hukukuna göre hakkı olanlara teslim olunur”. Buna mukabil Württemberg’de ise, Karlsruhe mahkemesinin Stuttgart mahkemesinden aldığı bir mütalâaya müsteniden tesbit ettiği üzere, mirasın mürisin ölümü ânında ikametgâhının bulunduğu yer hukukuna göre intikal edeceği yolundaki müşterek hukuk prensibi câridir. Karlsruhe mahkemesi «Württemberg hukuku, hakimi bizzat Baden hukuku tatbik etmek üzere Baden hukukuna gönderdiği için» Baden miras hukukunun tatbik edilmesi neticesine varmıştır. Temyiz Mahkemesi, İstinafın bu kararını da bozmuştur. Temyiz Mahkemesi, adı geçen kararnamenin hükmünün, Baden’de carî olan hukukun yabancıların terekesi hakkında sureti kat’iyede tatbik olunamayacağını âmir bulunmadığını izah etmiştir. «Bilâkis 6 sayılı kararnamenin 2 nci maddesinin 1 inci bendindeki «veya tâbi olduğu memleketin miras hukukuna göre hakkı olanlara» kelimeleri, Württemberg hukukunun, münferid hallerde, nazarı itibare alınan yabancı hukuk hükümleri sanki Württemberg hukukunun birer mütemmim cüz’i imişler gibi yabancı hukuka gönderen hükümlerine riayet edilmesini ifade etmektedir.»

Burada zahiren kanunlardan çıkarılan hususî mananın kelimelerin sun’î bir şekilde zorlanması neticesi elde olduğu meydandadır. Devletler hususî hukukuna müteallik herhangi bir kaidenin kelimeleri ele aınsın (krş. meselâ Cod. Max. III, 12, 1., Letonya, Estonya ve Litvanya hususî hukukuna başlangıç kısmının 34 ncü maddesi, İtalyan Medenî Kanununun 8 inci maddesinin buna muvazi hükümleri) - Temyiz Mahkemesinin esbabı mucibesi bunlar hakkında da aynen vâridir. Dahası da var:

(7) Daha evvel verilmiş olan diğeri bir kararda atıf fiilhakika reddedilmişti. Alman Devlet Mahkemesi Kararları II, s. 13, Krş. VII, s. 21, ancak bu kararlarda tam mana-sıyla sarîh kanun ihtilâfları mevzuu bahis değildi. Bunlarla yazımızın üçüncü kısmında meşgul olacağız.

Temyiz Mahkemesinin bu iki kararının esbabı mucibeleri, Fransız Medenî Kanunu M. 3 yerine Kararnamenin 6 ncı maddesi veya aksi konmak suretiyle değiştirilsin - bunlar yine eskisi gibi makul ve isabetli kalacaktır. Bu iki esbabı mucibe de, kanun hükümlerindeki kelimelerin tefsirine dayanmalarına rağmen, birbirleriyle tezad halindedirler. Zira mevzu bahis mesele mahiyeti itibariyle umumî olup devletler hususî hukuku kaidelerinin hepsinde müsterektir.

Hakikati halde de Fransız mahkemeleri Fransız Medenî Kanunu m. 3 e müsteniden atfı bir çok hallerde kabul etmişlerdir.

İkametgâhı Belçika'da olan bir İngilizin karısı Fransız Medenî Kanunu m. 231 e müsteniden pek fena muamelelerden dolayı Bruxelles'de boşanma dâvası açar: Dâvalı koca boşanmaya cevaz vermeyen İngiliz hukukuna iltica eder.

Evlilik ve boşanma hukuku Fransız Medenî Kanunu m. 3 anlamında şahsî hallerdendir. (Boşanma hukukunun ne dereceye kadar âmme intizamından sayıldığı meselesi burada bir tarafa bırakılmıştır.) Binaenaleyh hâdisemizde İngiliz hukukuna göre tayin olunacaklardır. Bruxelles'deki Birinci Derece Mahkemesiyle İstinaf Mahkemesi Temyiz Mahkemesinin içtihatlarına uygun olarak ve İngiliz hukuku şahsî statüyü ikametgâha tâbi tuttuğu için Belçika hukukunu tatbik etmişlerdir. Mahkemenin tafsîl edilmeyen fikirlerine *Sireyde* nâsirlerinin ilâve ettikleri şu not ifade etmiş olsa gerek: "Yabancıların kendi mahkemeleri yabancı kanunları onlar hakkında nasıl tatbik edecekdiyse, Belçika mahkemeleri de öyle tatbik etmelidir. Ve: *Les lois concernant l'état et la capacité des étrangers et spécialement des Anglais les suivent à l'étranger*. Yani: Yabancıların hususiy'e İngilizlerin hal ve ehliyetlerine taallük eden kanunları yabancı memleketlerde de takip eder..... Şu halde iş, İngiliz mevzuatına göre yabancıların hal ve ehliyetini tayin eden kanunun hangisi olduğunu tedkike kalıyor... Bir İngiliz Belçika mahkemeleri huzurunda da aynen İngiliz mahkemeleri huzurunda bulacağı hukuku bulmalıdır. (Erüksel Hukuk Mahkemesinin 19 Şubat 1881 ve Brüksel İstinaf Mahkemesinin 14 Mayıs 1881 tarihli kararı, *Sirey*, 81, 4, s. 41 vdd. Brüksel Temyiz Mahkemesinin 9 Mart 1882 tarihli kararı, *Sirey*, 82, 4, 17).

Brüksel Bidayet Mahkemesi 2 Mart 1887 de tekrar aynı kararı vermiştir. Bu kararda ikametgâhı Belçika'da bulunan ve İngiliz tâbiyyetinde olduğu iddia olunan bir vasiyetçinin evlenmesiyle bir nesebin tashihi meselesi mevzu bahistir. *La Belgique Judiciaire*, XX (1887), s. 677 vdd., *Pasicrisie belge*, 1887, III, s. 87 vdd., *Journal de droit*, XIV, s. 748.)

Paris Bidayet Mahkemesinin 19 Mayıs 1881 tarihli bir kararını da burada zikredebiliriz. (*Journal de dr.* XV, s. 791 vdd.). Bu kararda Fransa'da ikamet eden bir İngilizin Fransız hukukuna göre hacır altına alınması keyfiyeti şu lakonik sebeplerle haklı gösterilmiştir: "Şah'ın statüsünü ikametgâh hukukuna tâbi kılan İngiliz hukukunun bizim kanunumuzun hacre müteallik hükümlerine yolladığı gözönünde tutularak hâdisemize Fransız kanununun tatbiki lâzımgelir."

§ 4

Devletler hususî hukuku meseleleri, hukukun diğer hiç bir sahasında miras hukukunda olduğu kadar canlı değildir. Fakat hukukun hiç bir sahasında sarîh kanunlar ihtilâfî kaideleri bu kadar çok, bu kadar ehemmiyetli de değildir.

Çok taammüm etmiş bir ihtilâfî esasen öğrenmiş buluyoruz, bu da tâbiyet ile ikametgâh arasındaki farktır.

Tatbikatta çok rastlanan diğer bir ihtilâf da Fransız hukukunun bir hususiyetinden doğmaktadır. Medenî Kanun m. 110 a istinad eden hâkim telâkkiye göre orada da menkul miras müteveffanın ikametgâhı hukukuna tâbi tutulmaktadır. Marafih ikametgâhın bir vakia olarak kabul edilmesiyle iktifa edimemekte, bilâkis Medenî Kanun m. 13 e dayanılarak, yabancının ancak hükümetin müsaadesiyle yurt içinde tesis ettiği ikametgâh kâfi sayılmaktadır. Bu nazariyenin kanunî mesnedleri iki bakımdan mucibi tereddüttür; bazı yeni müellifler bunları haklı olarak siddetle tenkid etmektedir. (Krs. *Laurent*. III, s. 456 vdd. *Renault*. *Journal de dr.*, II, s. 379 vdd., 422 vdd., III, s. 15 vdd. bilhassa II, s. 343 vdd., keza *Journal de dr.*, VII, s. 586 da adı geçen esere bak). Fakat: "*La jurisprudence est définitivement fixée en ce sens* = İçtihat kati olarak bu istikamette istikrar bulunmuştur" sözünün Fransızca ne ifade ettiği malumdur (Paris Temviz Mahkemesinin 5 Mayıs 1875 tarihli kararı, *Journal*, II, s. 358 ve 22 Şubat 1882 kararı, *Journal X*, s. 64 vdd.).

Almanya'da bu ihtilâf *Lübeck* mahkemesini 21 Mart 1861 tarihli bir kararında meşgul etmiştir. (*Seuffer's Arch.* XIV, No. 107). Bu kararda, devletten müsaade almış olmadığı halde Mainzde - yani *Code Civil*'in câri olduğu bir hukuk sahasında - ikamet etmekte olan Frankfurt tâbiyetinde bir kimsenin terekesi mevzuu bahistir. Mahkeme Frankfurt

miras hukukunun tatbikinin lâzım geldiğine karar vermiştir. Dikkate şayan olan mucip sebeplerde de şöyle denmektedir:

“Müşterek hukuku” tatbik eden bir memleket hakimine mirası mûrisin ikametgâhında mer’î olan kanunlara göre intikal ettirmesi emir olunuyorsa, bunun sebebi mûrisin mallarına vefatı ânında onları hakikaten ve fiilen hakimiyeti altında bulunduran kanun hükümlerini tatbik etmenin tek âdilâne çare sayılmış olmasıdır. Tesadüfi bir yer olan dâva yeri, o hükümlerin tesis ettiği mîras haklarının tatbikine mani olmamalıdır. Binaenaleyh, zarurî olarak mûrisin hariçteki ikametgâhında, mirasın intikaline mütedair olup mevzuu bahis hâdiseyi de derpiş etmiş olan, o hâdiseye tatbik olunacağını bekleyen bir kanunun mevcut olduğu kabul edilmektedir... Müşterek hukukun bu prensibinin doğru tatbiki, mûrisin ikametgâhının bulunduğu yerde mer’î mevzuatın bir bütün olarak tatbikini ve mirasın intikali hâdisesi oradaki mahkemeler tarafından ne şekilde hükme bağlanacak idiye burada da aynı şekilde hallini icabettirmektedir.»

Alman Temyiz Mahkemesi bu mucip sebepleri 27 Ocak 1888 tarihli bir kararında ikna edici olarak vasıflandırmış ve sarahaten tasvip etmiştir. (Temyiz Kararları, Hukuk Kısmı, XX, s. 351 vdd.). Bu son kararda mevzuu bahis olan diğer meselelere, bir kere mevzudan uzaklaşmış olacağımızdan ve sonra da Alman Temyiz Mahkemesinin Fransız Medeni Kanunu m. 110 dan istihraç ettiği nevi şahsına münhasır ve sunî nazariyle tenkide mevzu olmak bakımından şükrana şayan olmakla beraber, burada cerh için pek fazla mevzii olduğu içindir ki buna temas etmeğe lüzum görmüyoruz.

İngiltere’de *Prerogative Court of Canterbury de Collier v. Rivaz* dâvasında aynı şekilde karar vermiştir. (*Curties Ecclesiastical Reports*, II, s. 855 vdd.). Bu kararın daha iyi anlaşılması için İngiltere’de 1861 semesine kadar vasiyetnamenin şekli şartları hakkında *locus regit actum* kaidesinin tatbik olunmadığına işaret etmek lâzımdır. Menkul mîrasa müteallik ölüme bağlı tasarruflarda esasa dair şartlarla şekli şartlar arasında hiç bir fark yapılmaksızın *lex domicilii* cari idi. *Moore’s Privy Council Cases*, X, s. 306 - 374 de yayınlanmış ve kısmen de *Nelson*, s. 174 vdd. de basılmış bulunan *Bremer v. Freemann* kararına bakınız.

Collier v. Rivaz dâvasında, 1814 denberi ikametgâhı Brükselde bulunan ve 1829 da orada ölen bir İngilizin menkul mirası mevzuu bahis idi. Kendisi 1824 tarihli bir vasiyetname ile İngiliz şekli şartlarına

uygun olarak tanzim edilmiş olan bir kaç zeyil bırakmıştı. Şu esbabı mucibe ile bunların muteber olduğu kabul edilmiştir: Esas itibarıyla Belçika hukuku carî olmalıdır. Fakat hâdisenin mahiyetine göre Belçika hukuku gereğince İngiliz şekilleri dairesinde tanzim edilmiş bulunan vasiyetname zeyillerinin muteber olup olmadığını araştırmak lâzımgelir. Zira vasiyetname tanzim eden şahsın Belçika'da ikamet etmekte olması onun Belçika hukukunun kendi tabalarından talep ettiği bütün şekillere de bizzature tâki olmasını icabettirmez. Bir kanunun ne dereceye kadar kendi tabasına ve ne zaman da yabancılara tatbik olunacağını tayin etmek her devletin hakkıdır; İngiliz mahkemesi de müşahhas şartlar altında bir Belçika mahkemesinin karar vermiş olacağı şekilde hükmetmelidir. Bu arada şahadetlerine müracaat olunan iki şahit bilirkişi, Fransız, Medenî Kanununa nazaran yalnız hükümet müsaadesiyle o memlekette ikamet etmekte olan yabancıların mirasının o yer hukukuna göre intikal edeceğini, diğer yabancılar hakkında ise millî kanunlarının carî olacağını ifade etmişlerdir. Sir *Herbert Jenner*, "binaenaleyh İngilizlerin İngiliz şekillerine uygun olarak tanzim edecekleri vasiyetname Belçika hukukuna göre de muteberdir" demiştir. (8).

New York istinaf mahkemesi de *Journal de dr.*, I, s. 86 vdd. de intihar eden (ve *Matres v. Matres* dâvası münasebetiyle verilmiş olan) bir kararında aynı şekilde hüküm etmiş olmakla beraber, esbabı mucibesi biraz farklıdır, ki buna da diğer bir münasebetle avdet edeceğiz.

High Court (Chancery Division) in 1875 tarihli olup *Hamill'on v. Dalloz* dâvası münasebetiyle verilen kararı da (*Journal de dr.*, III, s. 377) prensip itibarıyla aynı noktaya nazara dayanmaktadır; mamafih, *Merlin'e* tebean, burada, Fransız hukuku için de ikametgâh tesisinde resmî müsaadeyi şart koşan nokta nazarin vârid olmadığı kabul edilmiştir. (*Bremer v. Frazmann* da buna müşabihdir). *High Court (Chancery Division)* in *Trafford v. Blanc* dâvasında verdiği 1887 tarihli karara da bakmak lâzımdır, *Law Rep., Ch. Div.*, XXXVI, s. 609 vdd.

Madalyanın diğer cephesi de son derece en'eresandır. Bununla aynı mahiyette olan haller - yani resmî müsaade almış olmaksızın Fransa'da ikamet eden ve millî hukukuna göre mirasın alelade ikametgâhının bu-

(8) Esbabı mucibede nasıl bir atlayış yapıldığına dikkat ediniz; buna sebep başka yerlerde, ve meselâ Belçika'da da vasiyet hakkında esas bakımından cari olan hukukun şekil bakımından da cari olacağı yolundaki yanlış telâkki olsa gerek.

bulduğu yer hukukuna tâbi olan bir yabancıнын terekesi hakkında Fransız mahkemelerince verilmiş olan kararları kastediyoruz.

Toulouse İstinaf Mahkemesi, 22 Mayıs 1880, *Journal de dr.*, VIII, s. 61 vdd., Paris Temyiz Mahkemesi, 22 şubat 1882, *Journal de dr.*, X, s. 64 vdd., keza bak Temyiz Mahkemesi 5 Mayıs 1875, *Journal du Paris*, 1875. s. 1036 ve Temyiz Mahkemesi, 24 Haziran 1878, *Journal de dr.*, VI, s. 285.

Bu kararların mucip sebeplerini izaha da hacet yoktur. Zira bunlar da esas itibariyle Alman ve İngiliz mahkemelerinkilerle tam bir mutabakat halindedirler ve bunun içindir ki bunlarda pratik olarak tam aksi bir neticeye, yani Fransız hukukunun tatbiki neticesine varılmaktadır. Bu meyanda Cod. Max. III, Fası 12, § 1, No. 6 (9) nın şayanı dikkat hükmünden çıkan küçük bir ihtilâf da - bir Bavyera tab'asının mirası mevzuu bahisti - daha etraflı münakaşalara lüzum hissettirmemiştir; zira gerek *lex rei sitae* ve gerekse *lex domicilii* Fransa olması itibariyle, bunlar fiiliyatta birleşmiştir.

§ 5

Yukarda *Collier v. Riaz* kararı münasebetiyle bir vasiyetnamenin şekil bakımından tâbi olması lâzımgelen mahallî hukuka dair Avrupa kıt'ası devletler hususî hukuku ile anglo - amerikan devletler hususî hukuku arasında mevcut olan dikkate şayan bir farka temas ettik. Avrupa kıt'ası hukuklarına göre burada daima *locus regit actum* kaidesi carîdir. Şu kadar ki hakim telâkki (krş. *Bar*, I, s. 337 vdd. 353, vdd., II, s. 321 vdd.) bunun, sayısız hususiyetlerle takyit edilmiş olmakla beraber, ihtiyarî olduğu merkezindedir. İngiltere ve Amerikada ise bu kaide asla kabul edilmemektedir. Vasiyetnamenin gerek şekli ve gerekse muhtevası için mecburî olarak *lex domicilii* ile mutabakat aranmaktadır. Amerika'da bugün dahi umumî ve mutlak olarak böyledir, İngilterede 1861 e kadar böyle idi. 6 Ağustos 1861 tarihli *Lord Kingdown Act* ile ise (metni için bk. *Nelson*, s. 176 vdd.) bir İngilizin vasiyetnamesi ya tanzim olunduğu yer hukukuna veya tanzim tarihindeki ikâmetgâhı hukukuna veyahut da İngiltere'deki aslî, yani doğumla iktisap ettiği ikâmetgâhı hukukuna uygun olduğu takdirde, bunun muteber sayılacağı

(9) «Vasiyetname mevcut olmayan hallerde mirasın intikali hususundaki ihtilâflara hiç bir zaman murisin öldüğü yerin hukuku değil, terekenin bulunduğu yerin hukuku ve münhasıran şahsî talep hakları mevzuu bahis olduğu zaman da murisin ikâmetgâhının bulunduğu yerin hukuku tatbik olunur.»

beyan edilmiştir. Yabancılar hakkında ise *common law* carî olmakta devam etmektedir: Yani vasiyetnamenin şekil itibariyle mûrisin ikametgâhı hukukuna uygun olması mecburîdir. Şu kadar ki bütün bunlar menkul miras hakkındadır, gayrı menkul mevzuu bahis olur olmaz vasiyetnamenin şekli hakkında da *lex rei sitae* carî olur.

Krş. *Story*, § 435, vdd., 468 vdd., *Westlake*, § 79 vdd., 154, *Nelson* s. 175 vdd., 186.

Bu ihtilâf bir çok İngiliz kararlarında (bu meyanda *Collier v. Rivaz* da) fiilen tatbik görmüş ve burada da atıf prensibinin mükerreren kabulünü intaç etmiştir.

Krş. *Crookenden v. Fuller* (1859; *Swabey v. Tristmas* Rep. I. s.442 vdd.; *Laneville v. Anderson* (1860, aynı yerde, II, s. 31 vdd., *In re lacroise* (1877), *Law Rep.' Porb. Div*, II, s. 94 vdd.

Çok karakteristik olan bu son kararda bilhassa ileri gidilmiştir. Bunda aslen Fransız olup telsik yoluyla İngiliz tâbiyyetini iktisap etmiş olan bir İngilizin Parisde İngiliz şekillerine göre tanzim etmiş olduğu bir vasiyetname mevzuu bahistir; Vasiyetname sahibinin ikametgâhının nerede bulunduğu sabit olmamıştır. Hâdiseye *Lord Kingsdowns Act* tatbik edilmiştir. Vasiyetname haddizatında hükümsüzdür. *Lex loci actus* Fransız. Medenî Kanunu; *lex domicilii* meçhul, asli ikametgâh ise Fransa idi. Bununla beraber, fransız hukukunun, bir yabancı tarafından millî kanunların şekil şartlarına uygun olarak yapılan vasiyetnameyi muteber addettiği ehli vukuf mütaleasiyle sabit olduktan sonra *lex loci actus*'e tekabül etmesi itibariyle vasiyetname muteber addolunmuştur (10).

(10) Sir J. Hannes'in esbabı mucibesinden bazı yerleri olduğu gibi zikretmek faydalı olacaktır: «If evidence can be offered to the law of France is permitted to a foreigner in France to make his will according to the form required by the law of his country as to the execution of wills there, and that a will so made would be deemed by the french Courts to be good and valid.... this application may be renewed, as it would then appear, that the wills were valid, as having been made in the form permitted by the law of France in the case of British subjects in France... If the evidence I have suggested can be obtained, it will be open to the applicant to contend... that the documents.... are made in accordance with the form required by the law of the place where they were made, and must therefore be held to be well executed = Fransız hukukuna göre Fransa'da bulunan bir ecnebinin vasiyetnamesini, kendi millî hukukunun o yerde yapılacak vasiyetnameler için vazetmiş olduğu şekle uygun olarak yaptığı ve böyle bir vasiyetnamenin de fransız mahkemeleri tarafından sahih ve muteber addolunduğu hususunda mahkememize celil ibraz olunduğu zaman, dilekçe sa-

§ 6

Yukarda tedkik olunan kararlar hukukî hükümlerin farklı olmasına rağmen muhtelif memleketlerin mahkemeleri tarafından serdedilen mucip sebepler arasındaki şayanı hayret mutabakat, diğer bir vesile ile daha önce tebarüz ettirmiş olduğumuz bir ciheti kâfi derecede isbat etmiş bulunuyor ki o da şudur: Burada mevzuu bahis olan, hiç bir şey ifade etmeyen ve ifade etmek de istemiyen kanun sözlerini zorluyarak değil, fakat devletler hususî hukuku hakkındaki hükümlerin mana ve ruhundan, esyanın tabiatından çıkarılmak suretiyle umumî olarak ve aynı tarzda halli lâzım gelen umumî mahiyette bir meseledir.

Mesele şudur: Sarih kanun ihtilâfları müvacehesinde - ki buna sayısız misaller getirilebilir - atıf prensibi uygun ve tabîî sayılarak kabul edilmeli midir? Bir kanun, hakimi yabancı bir devlet hukukuna, o devlet ise başka bir hukuka ve bilhassa yine hakimnin kendi hukukuna yoladığı zaman, hakim bu atfı kabul etmeli midir?

Biz buna; hayır, diyoruz. Zira bu prensip hem maksada aykırı düşer, hem mantıken kabili tatbik değildir, ve hem de devletler hususî hukukuna dair hükümlerin tabiatıyla kabili telif değildir (11).

hibi talebini yenileyebilir... zira bu takdirde fransız hukukunun Fransa'da bulunan İngilizler hakkında tecviz ettiği şekle uygun olarak tanzim edilmiş bulunan vasiyetnameler muteber sayılacaktır... Teklif ettiğim deliller temin olduğu takdirde dilekçe sahibi tanzim olundukları yer hukukunun aradığı şekil şartlarına uygun olarak tanzim edilmiş bulunan vesikaların muteber olarak kabulünü talep ve iddia da serbesttir...» Dilekçe sahibi bunun üzerine Paris İstinaf Mahkemesinden aldığı mufassal bir mütalâayı ibraz etmiştir; bu mütalâeada İngilizlerin Fransa'da İngiliz şekillerine uygun olarak yapacakları vasiyetnamelerin hüküm ifade edeceği tasrih olunmuştur; bunun üzerine dilekçe sahibi talebini yenilemiş ve Mahkeme de vasiyetname zeylini tasdik etmiştir (probate).

(11) Bununla, bir kanunda atıf hakkında da hüküm bulunabileceğini inkâr etmek istemiyoruz. Nitekim 1854 tarihli Züriç Kanununun 2. ve 3. üncü paragraflarına göre o kantonda bulunan yabancılar hakkında, medeni haklardan istifade ve medeni hakları istimal ehliyetleri aile ve miras hukuku bakımından, «tabî oldukları devlet hukuku bunu âmir olmak şartıyla» milli hukukları tatbik olunacaktır. Bir kanunun hakimi atfı nazarı itibara almağa icbar edebileceği tabiidir. Fakat bu prensibin maksada elverişsiz ve gayri mantıki olduğu isbat olunabilirse, kanunun bu mevzuunda sükkût ettiği hallerde onu tatbik etmeyiz. Nazariyecilerden atfı kabul etmiş olanlar Brocher, *Journal de droit*, VIII, s. 13; Martin, *Journal de droit*, X, s. 31, Şirey 1881, 4, 41 de naşirin 2 notu; Bar, I, s. 278 vdd; aleyhte olanlar: Laurent, *Sirey*, agy; Cluret, *Journal de droit*, VII, s. 188 ve Labbé, *Journal de droit*, X, s. 5 vdd. de intişar etmiş ve doğrudan doğruya bu mevzua tahsis edilmiş olmakla beraber kanaatımızca kâfi derecede etraflı olmayan yazısında.

1. Maksada aykırıdır. Bu prensibin asıl gayesi birlik, ahenk temin etmektir. Bu prensip aynı mesele hakkında başka başka hükümler verilmesini önlemek istiyor. Bizim hakimimiz de, hukukuna yollandığı yabancı hakimın hüküm vermiş olacağı şekilde hüküm versin.

Ancak atfın kabulüyle birlik ve ahenk temininden ibaret olan bu gaye elde edilmiş oluyor mu? Asla. Zira şayet bizim hakimimizin atfı kabulünü icap ettiren mucip sebepler doğru ise, yabancı hakimın de bunları aynen benimsemesi lâzımdır ve bu takdirde de kendisi bizim hukukumuzu bir tarafa bırakarak kendi hukukunu tatbik etmek durumunda kalır, ki Alman Temyiz Mahkemesi de Fransız Medenî Kanunu m. 3 e göre atfı reddeden 19 Mayıs 1889 tarihli kararında buna işaret etmektedir. Bu hususta en canlı misalleri yukarda (§ 4) de tedkik olunan kararlar vermektedir. Alman ve ingiliz hakimleri, fransız hukuku oraya atıf ettiği içindir ki alman ve ingiliz hukukunu tatbik etmektedirler. Aynı hâdisede fransız hâkimi de, alman ve ingiliz hukuku fransız hukukuna atfettiği için fransız miras hukukunu tatbik etmektedirler. Eğer *Lâurent* : "*C'es faire dire au code civil à - peu - près le contraire de ce qu'il dit*" = Bu, medenî kanuna aşağı yukarı söylediğinin tamamen aksini söyletmektedir diyorsa, bizce bu tamamiyle yerindedir, yalnız "*a - peu - près*" fuzulidir.

2. Atıf prensibini mantıken tatbik etmeğe de imkân yoktur. Devletler hususi hukuku hakkındaki esasen nadir olan hükümlerin mana ve maksadı esas itibariyle hemen hemen her tarafta müsavidir. Şayet bizim kanunumuzun hükmü yabancı hukukun, devletler hususî hukukuna müteallik hükümleri de dahil olmak üzere, bir bütün olarak tatbikini uygun görüyorsa, bu takdirde aynı mahiyetteki yabancı hukuk hüminün manasının da yine devletler hususî hukukuna müteallik hükümler de dahil olmak üzere bizim hukukumuzun da bir bütün olarak tatbik olunacağı yolunda o'ması lâzımdır. Demek oluyor ki: yabancı hukuk icabı olarak bizim hukukumuz bir bütün olarak tatbik olunacak, bizim hukukumuzun icabı olarak da yabancı hukuk bir bütün olarak tatbik görecektir ve ilâh.. Karşılıklı aynaların sonsuz hayal oyunu! Alman Temyiz Mahkemesi de 27 Ocak 1888 tarihli kararında (XX, s. 351) bu fasid daireyi görmüştür. Bizzat Alman Temyiz Mahkemesi de diyor: Zira, (*Labbé*) nin izahlarına (*Journal de dr.*, XII) bu fasid daireyi göstermiş olduğu için kıymet verilmiştir; bu iddia ise bir hayalden ibarettir. Bu makalenin, bu kanaati tevliid edecek mahiyette olarak ileri sürülebilecek iki yerinden (s. 10 ve 13) bambaşka bir mana çıkmaktadır.

Bu fasid daire *Labbe*'nin makalesinde katledilen mantığın hortlayan ruhu olarak Alman Temyiz Mahkemesinin karşısına çıkmıştır. Alman Temyiz Mahkemesi bunu şu sihirli formül ile nefetmek istiyor: «Devletler hususî hukukuna müteallik meseleyi evvele mirde mürisin ikametgâhı kanunlarına göre halletmek, bundan sonra da derhal ona göre selâhiyetli kılınan miras hukukunu tatbik etmek lâzımdır.» Ancak, ne kadar kat'î olursa olsun bir itiraz için aksinin isbatı için kâfi değildir (12).

Hakimi bir kutuptan diğerine gönderen iki mevzuatın her ikisinin de yabancı hukuk nizamları olabileceği gözönünde tutulursa, bu fasid dairenin içinden çıkılması imkânsızlığı daha da canlı olarak belirir. Zira atıf haklı olarak kabul edilecek olursa, iki dereceli atfı da kabülden imtina etmeğe imkân kalmaz. Yabancı hukukun, kendi arzusu vechile, bütün olarak tatbiki; hâdise hakkında bizzat yabancı hakim'in vermiş olacağı şekilde bir hüküm vermek - bütün bunlar aynı derecede iki dereceli atıf için de varid olan sözlerdir. Alman Temyiz Mahkemesinin 16 Ekim 1885 tarihli kararında mucip sebeplerle 4 Haziran 1886 tarihli karar (*Bolze, Praxis, III. No. 28*) sarahaten bu neticevi çıkartmakta oldukları gibi, z'kri geçen ingiliz kararlarından birinde de (*Trafford v. Blanc*) avni neticeye varılmıştır. Fakat bir kere - lâalettayin bir şekilde daha muğlak bir hale sokulabilecek ve çoğalabilecek olan - şu misali ele alalım: mevzu bahis olan, Amerikada ikamet etmekte olan bir Prusyalının Prusya'da akdetmiş olduğu bir mukavele münasebetiyle medenî hakları kullanma ehliyetini haiz olup olmadığı meselesinin Fransız mahkeme lerince tedkikidir. Fransız Medenî Kanunu m. 3 mucibince millî hukuk olan Prusya hukuku salâhiyetlidir; Prusya Medenî Kanunu (*Allgem. LR. Giris, § 23 vdd.*) ise ikametgâha atıf etmektedir; binaenaleyh bir bütün olarak tatbik edilecek olan Prusya hukuku icabı olarak ameri kan hukukunun tatbiki lâzımgelmektedir; Amerika'da ise hakim olan kaide akid yapma ehliyetinin *lex loci actus*'a tâbi olduğudur: demek ki ameri kan hukuku tekrar prusya hukukuna ve prusya hukuku da tekrar ameri kan hukukuna atıf yapmaktadır. Atıf prensibini bir kere kabul

(12) Alman Devlet Mahkemesinin Fransız Medenî Kanununun 119 uncu maddesinin tefsiri hususunda gösterdiği ve kendine has olan anlayış tarzının ittihaz ettiği karar' üzerinde ne dereceye kadar müessir olduğu noktasını tetkike lüzum görmüyoruz; zira Devlet Mahkemesi noktaî nazarımla desteklemek için Lüberk istinaf mahkemesinin (*Seufferts Archiv; XIV, no 107*) mucip sebeplerine dayanmak suretiyle atfı müşterek hukuk için de sarahaten kabul etmiş oluyor.

etmiş olan hakimin bu fasid daireden çıkmasına kim yardım edecektir? Kendi hukukuyla yabancı bir hukuku tatbik etmek şıkları arasında tereddüd içinde kalan hakim, gayrı mantıkî olmakla beraber, tabii bir sa-ika uyararak millî hukukunu tatbik etmiştir. Fakat kendisi için her ikisi de yabancı olan amerikan ve fransız hukukundan her biri, meselenin halini ciğerine terk ederse, düğümü kimin lehine kessin?

3. Atıf prensibi devletler hususî hukukuna dair kanun hükümlerinin tatbikine de aykırıdır.

Eu prensibin hareket mebdei, yabancı hukuka vakî yollayıştan maksadın, o yabancı hukukun bir bütün olarak tatbik olunacağı, hukukî meselenin tıpkı o memleket mahkemeleri önünde hükme bağlanmış olacağı şekilde hal ve fasıl edilmesi tarzındaki esas fikridir.

Bu esas fikir iki bakımdan yanlıştır.

a) Hiç bir zaman hukukî meselenin tamamı yabancı bir hukuka tâbi kılınmaz. Basit bir misal alalım. Müsterek hukukun carî olduğu memleketlerden birinde evlilik dışında doğmuş olup tanıma suretiyle babasına nesebi sabit olan bir çocuk, ölen babasının karısından babasına ait bazı malların iadesini dâva ediyor. Hangi hukuk selâhiyetlidir? Çocuğun muteber bir şekilde tanınıp tanınmadığı meselesi hakkında: *lex loci actus*; bu tanımanın esas bakımından muteber olup olmadığı hakkında: çocuğun veya babasının tanıma sırasındaki şahsî statüsü; nesebi gayri sahîh olan bir çocuğun mirasa hakkı olup olmadığı ve bunun şümulü hakkında: babanın ölümü ânındaki *lex domicilii*; dâvalı karının, karı koca malları hukukuna müsteniden terekeden muayyen malları alıp alamıyacağı meselesi hakkında: ilk ikametgâh hukuku; onun mütevaffanın hakikî karısı olup olmadığı, yani evliliklerinin şeklen muteber bulunup bulunmadığı hakkında evlenmenin akd olunduğu yer hukuku; kendisinin ve kocasının muteber bir evlenme akdetmeğe ehil olup olmadıkları hakkında: kendisinin ve kocasının o andaki şahsî statüleri. Bu karışıklığı namütenahi çoğaltmak mümkündür; her meselede hükme müessir olacak sayısız ehemmiyetli unsurlar mündemiçtir ve bunların her biri de mahiyetine göre başka bir yerin hukukuna tâbi olur. Binaenaleyh bütün bir hukukî meselenin yabancı bir hukuka tâbi kılınması değil, münferid unsurlarının muayyen ve icabında farklı hukuklara tâbi kılınması mevzuubahistir (keza krs. *Wächter, Zivil. Arch. XXV, s. 364 vdd.*)

b) Fakat yabancı hukuku da hiç bir zaman bir bütün olarak tatbik etmeyiz. Bir kere hal ve faslı mevzuu bahis olan bir medeni hukuk meselesine yabancı hukukun âmme hukuku mahiyetini taşıyan hükümlerini tatbik etmeyeceğimiz aşikârdır. Kezalik yabancı hukukun usül hukukuna müteallik hükümlerini tatbik etmeyeceğimiz de tabiidir. Yine âşikârdır ki, yabancı medenî hukukun esasa müteallik hükümlerini de hiç bir zaman bir bütün olarak tatbik etmekle mükellef değiliz. Zira yabancı hukuka gönderilmemizdeki mana nedir? Dama şudur: Kanun vazımız, bu veya şu hukukî münasebetin tabiatı iktizası olarak bu veya şu hukuk sahasına tâbi olduğu kanaatindedir. (krş. *Savigny*, VIII, s. 108) Hukukî bir münasebet olan medeni hakları kullanma ehliyetine, medenî hakları kullanma ehliyeti hakkındaki hukuk kaideleri; hukukî bir münasebet olan akde de akid hakkındaki hukuk kaideleri ve aynı haklara müteallik bir hukukî münasebete de aynı haklara dair hukuk kaideleri tekabül eder ve ilâh..... böyle bir hukuk münasebetini muayyen bir mahalle irca eden bir hükmün mana ve mahiyeti de onun tabiatı iktizasıdır. Biz maddî muhtevaları bu neviden bir hukuk münasebeti olan yabancı hukukun selâhiyetini tanıyoruz. Bittabi bununla hâkimin sarahaten böyle bir hukukî münasebetten bahseden yabancı kanun maddelerini tatbik etmesi lâzımgeldiğini ifade etmiş olmak istemiyoruz; rehin hakkına mütedair kanun hükümlerinin hakikî manasının ancak icabında miras hukuku, akidler hukuku, aile hukuku ve sairedeki çeşitli hükümlerden istiane suretiyle anlaşılabilceği bedihidir; bu manada ve fakat yalnız bu manada yabancı hukuku bir bütün olarak nazarı itibara alacağımız şüphesizdir. Külle cüz'ü ihtiva ettiği takdirde müracaat olunur, yoksa onun yanında veya dışında yer aldığı müddetçe değil.

§ 7

Ancak devletler hususî hukuku hükümleri esasen aynı zamanda cüzü, mahsusu da ihtiva eden hükümler değil midir? Bir hukukî münasebetin muteber olup olmadığını tayin eden hükümler o muayyen hukukî münasebeti tanzim eden hususî hükümlerden madut değil midir?

Bu itiraz iki manaya gelebilir:

I. Bu bir kere şu manayı ifade eder - ki buna Lübeck Mahkemesinin incelenen kararlarında, Alman Temyiz Mahkemesinin 16 Ekim 1885 tarihli kararında ve İngiliz içtihatlarında tesadüf ediliyor - : bizim hukukumuz bizi yabancı bir hukuka gönderdiği zaman, bu, bu gönderiş nisbetinde o yabancı hukukun bizim hukukumuza mal edilmesi, ona idhal edilmesi demektir. Böyle bir halde yabancı hukuk, dahilî olmyan (yani yabancı bir unsur taşıyan) hukukî münasebetler hakkında tatbiki

kabul edilen selâhiyetli bir dahilî veya millî hukuk hal'ine inkilâp etmek-
 tedir. Nitekim *Lacroix* hâdisesinde (yukarda § 5 sonu) vasiyetname
 hakkındaki İngiliz şekli, kanunun, Fransa'da yaşayan İngilizler hakkın-
 da tatbikini tasvip ettiği Fransız vasiyetname şekli olarak telâkki edil-
 mektedir.

Bu görüşü yekden yanlış olarak reddetmek istemiyoruz. Bu, dev-
 let' er hususî hukukunu millî veya dahilî bir hukuk sayan nazariyenin
 bilhassa İngiltere'de mutlak olarak kabul edilmiş bulunana sakat bir
 tezahürüdür. Bu, *Brinz*'in isabetli olarak ifade ettiği gibi, «dünyanın bü-
 tün kanun ve nizamlarını dahili hukukumuzun bir parçası haline sokan»
 bir nazariyedir. Hataya düşüren cihet şudur: Her ne kadar bize ya-
 bancı hukukun tatbikini emreden hüküm dahilî hukukumuzun bir cüzü
 mütemmimi ise de, bu hiç bir zaman, o hükme müsteniden tatbik ettiği-
 miz yabancı hukukun bizim dahilî hukukumuz olmasını icabettirmez.
 İtalya'da ölen bir Fransızın mirası hakkında İtalyan hakimi İtalyan Me-
 denî Kanununun 8. inci maddesi mucibince Fransız Medenî Kanununun
 718 ve müteakip maddelerini tatbik ediyor diye, Fransız Medenî Kanu-
 nunun bu maddeleri hiç bir zaman İtalyan miras hukuku sayılmaz. Ya-
 bancı hukuk, yabancı hukuk kalır, o kadar. Dahilî hukuk, bize onun tat-
 bikini emreden hükümdür, yoksa tatbik ettiğimiz hükümler değil.

II. Bundan çıkan mana şöyle de olabilir: Muayyen bir hukuk münase-
 betine dahili veya yabancı hukukun tatbikini emreden hüküm bu
 hukuk münasebetlerini tanzim eden hususî hükümlerden biridir; bu hü-
 küm, muayyen bir saha içinde mer'î olan her hukuk kaidesinin bir cüzü
 mütemmimidir. Kanun vazının iradesi nasıl muayyen maddî mevzu'lara
 taa'lûk ederse, yer itibariyle de ancak muayyen sahalara şâmilidir.

Bu itiraz bu şekliyle de ancak devletler hususî hukukunda münhası-
 ran dahilî hukuk mahiyeti görenler için mümkündür; şunu da itiraf et-
 mek lâzımdır ki, bu çok daha yerinde ve isabetli görünmektedir.

Bununla beraber bu itiraz da haksızdır. Her şeyden evvel iki şeyi:
 1. Muayyen bir hukukî münasebeti muayyen bir maha'lin hukukuna tâ-
 bi kılan, yani muhtelif ülkelerde mer'î olan hukukların hakimiyet
 sahalarını sınırlandıran hüküm ile, 2. münhasıran bizim hukuk kai-
 de' erimizin hâkimiyet sahasını tayin eden hükmü birbirinden ayırd et-
 mek lâzımdır. Her iki hükmün de birbiriyle yakından münasebettar ol-
 duğu âşikârdır, çok defa - meslâ Fransız Medenî Kanunu madde 3 de ol-
 duğu gibi - birincisini ancak kıyas tarikiyle ikincisinden çıkarmak müm-

kün olacaktır; bunun'a beraber bunlar ayrı ayrı hükümlerdir. Bir çok hallerde bunlar arasında bir ahenk teminine de imkân yoktur. Meselâ Saksonya Medenî Kanununun 8. inci maddesi mucibince, bir yabancının o memleket dahilinde yaptığı muameleden doğan bir mükellefiyetinin mevzuu bahis olması halinde, o yabancının medenî hakları kullanma ehliyeti o memleket hukukuna göre tayin olunacaksa, (keza krş: 19 Ocak 1882 tarihli İsviçre Federal K. m. 10 fk. 3 Alman H. M. U. K. § 53 Polıçe K. m. 84), hiç kimse kanun vazının yabancı kanunların hakimiyetini de aynı derecede genişletmek istediğine inanmaz; nitekim aynı kanunun 7. nci maddesi bir şahsın medenî hakları kullanma ehliyetinin o şahsın tâbi olduğu devletin kanunlarına göre tayin olunacağını âmirdir (krş. zikri geçen İsviçre K. m. 10 fk. 1, Polıçe K. m. 84). Aynı mahiyette misal'ler olarak Fransız Medenî Kanunu madde 170 ve 999 (ki bunlara aşağıda temas edilecektir), İtalyan Medenî Kanunu madde 102 fıkra 2, Rus Medenî Kanunu m. 1077, İngiliz Lord *Kinsdown Act*, Şili, Medenî Kanunu madde 15 ve 998 (krş. *Fabrés, Journal de dr. XIV, s. 293 vdd.*, ve *Pradier - Fodéré, Journal de dr. VI, s. 49 vdd.*) zikrolunabilir. Bu fark gözönünde tutulunca, (I) numara altında reddedilen görüş tasvih edilmediği takdirde, birinci sınıf hukuk hükümleri - yani hakikî devletler hususî hukuku hükümleri - hakkında bizi bu anda meşgul eden itirazın vârid olmadığı derhal görülür. Zira, nasıl olur da «bir şahsın medenî hakları kullanma ehliyeti onun ikametgâhı kanununa göre tayin olunur». kaidesi, diğerinin, yani «medenî hakları kullanma ehliyeti rüşt ile, rüşt ise 21. nci yaşın ikmalıyla iktisap olunur» kaidesinin cüz'ü mütemmimi olur? Bu iki hüküm birbirinden tamamiyle ayrı, bir medenî kanunun Anayasa'ya uygun olması için lüzumlu şartları tesbit eden bir kanunun bu medenî kanundan ayrı olduğu kadar farklıdır.

Fakat ikinci sınıfa giren - yani dahilî bir kanunun yer itibariyle hakimiyet sahasını tayin eden - hükümler hakkında da bu meşkûk itirazın isabetini kabul edememekteyiz. Kanun vazının iradesinin, tıpkı muayyen maddî mevzularda olduğu gibi, zaruri olarak yer itibariyle de muayyen sahalara müteveccih ve şâmil olduğu iddiası doğru değildir. Kanun vazı; şahısların medenî haklarını kullanma ehliyetini, kocanın, babanın aile hukuku bakımından olan haklarını, oğulun, yeğenin, lehine vasiyet edilen kimsenin miras haklarını, mâlikin, intifa hakkı sahibinin haklarının şumulünü ve ilâ tanzim etmek ister. Böyle bir kanunun yer itibariyle tesirlerinin nereye kadar uzanacağı meselesi kaideten ikinci derecede bir mesele, aynı maddede ifade edilmiş bulunsa bile, yanı başında yer alan diğer bir hükümdür; hattâ bunun hiç ifade edilmiş olma-

yıp maddî muhtevanın mahiyetinden çıkarılması halinde de durum aynıdır. Zira netice olarak çıkardığımız hukukî hükmün, onu çıkarmamıza yarayan esas hükmün içinde mündemiç olması şart değildir. Nitekim ceza hukuku hükümlerinden esas itibariyle medenî hukuk sahasına giren zarar ve ziyan mükellefiyetleri çıkarmaktayız.

Dedik ki: bir kanunun yer itibariyle hakimiyet sahasının nere'lere kadar uzandığı tâlî derecede olan, ayrı duran bir hükümdür. Öyle kanunlar vardır ki, bunlarda yer alâkası iradenin maddî muhtevasının bir cüz'ü mütemmimidir, bunlarda kanun vazı şahsî değil, yer itibariyle sınırlandırılmış muayyen bir şahıslar sınıfını, şey'i değil, muayyen bir yerde bulunan bir şeyi hedef tutmaktadır. Bu farkı canlandırmış olmak için bir misal alalım. Fransız Ticaret Kanununun 108. nci maddesinde şöyle denmektedir: Emtianın kaybolması veya hasara uğraması yüzünden komisyoncu ve nakliyecî aleyhine açılacak dâva, Fransa dahiline yapılmış sevkiyat için altı ay sonunda, ecnebi memlekete yapılmış sevkiyat için bir sene sonunda müruru zamana uğrar. Bedihidir ki burada yerin muhteva ile olan münasebeti kanun vazının iradesinin merkezi sıkletini teşkil etmiyor. Müruruzaman memleket içindeki sevkiyat için başka, memleket dışı sevkiyat için başka şekilde tanzim edilmiştir. (Kanun vaz olunurken bu farkın yapılmasında âmil olan sebepler için Paris Temyiz Mahkemesinin 30 Kasım 1886 tarihli kararına bak, *Journal de dr.*, XIV, s. 747). Şimdi yukardaki kanun hükmünün: «et après un an pour celles faites à l'étranger = ecnebi memlekete yapılmış sevkiyat için bir sene sonunda» den ibaret olan son kısmını yok farzedelim, bu takdirde hükümden şu mana çıkabilir: memleket içindeki sevkiyatta altı aylık müruru zaman, memleket dışındaki sevkiyatta ise ya 30 senelik umumî müruruzaman cereyan eder (Fransız Medenî Kanunu m. 2262) veya hut da hiç müruruzaman mevzu bahis olmayabilir. Bu halde dahi hükmün vasfı ve mahiyeti yine değişmez. Fakat şayet hükümden çıkan mana şöyle olsaydı: sevkiyatta müruruzaman müddeti altı aydır; bundan maksad da memleket içindeki sevkiyattır, zira memleket dışı sevkiyat bizim mevzuatımız dışında kalır. O sevkiyat yabancı hukuka tâbidir» bu takdirde yer ile olan münasebetin mahiyeti birdenbire bambaşka olurdu. Bu takdirde o Fransız Nakliyat Kanununun maddî muhtevasına bağlı kalmaz, bu kanunun genişletilmesini tanzim eden müstakil bir hüküm mahiyetini iktisap ederdi. Artık elimizde müruru zamanı bu neviden sevkiyat için başka, diğer neviden sevkiyat için başka tanzim eden bir fransız kanunu bulunmaz, nakliyat mukavelelerinde müruruzaman umumî olarak yeknesak şekilde tanzim edilmiş olurdu; bunun yanında

da fransız kanun vazının kanaatine göre fransız nakliyat hukukunun ne dereceye kadar şâmil olduğunu tayin eden ikinci bir hüküm mevcut olurdu.

Binaenaleyh yer bakımından hükümler ihtiva eden yabancı bir hukuka gönderildiğimiz zaman, yer bakımından olan bu münasebetin yabancı kanunun maddî muhtevasına mı, yoksa sadece yer itibariyle meriyetine mi tallûk ettiğini tedkik etmemiz lâzımdır. Eğer birinci şık mevzuu bahis ise, bu takdirde bunlar o yabancı kanunun diğer maddî muhtevası gibi bizi kağlar, buna mukabil ikinci şık mevzuu bahis ise, bu takdirde lu bizi akâ kadar etmez, zira biz sadece o kanunun maddî muhtevasına gönderilmiş bulunuyoruz; onun yabancı kanunlar üzerindeki tesir ve nüfuzunu öğrenmeğe çaışmamıza hacet yoktur; bu husustaki kararı bizim kanun vazımız vermiş bulunmaktadır.

Fakat bu takdirde ön kapıyı yüzüne kapamış olduğumuz atıf açık kalan arka kapıdan içeri giremez mi?

Hayır! Bir ve iki dereceli atıf her halde bertaraf edilmiştir, bunlar caima yanış ve imkânsızdır. Biz hiç bir zaman kendi hukukumuzaya veya üçüncü bir hukuka dönmüş olmayız. Misal olarak yine Fransız Ticaret Kanununun 108. nci maddesini ele alalım. Alman mahkemeleri önünde Fransa'dan Almanyaya yapılan bir nakliyat tetkik edilmekte olsun. İrade muhtariyeti prensibi icabı olarak (krş. Alman Temyiz Mahkemesi Kararları IV, s. 246, IX, s. 227, VI, s. 131, XIV, s. 239, XX, s. 335) bu nakliyat fransız hukukuna tâbi olacaktır. Müruruzaman meselesi de aynı hukuka tâbidir (ROEG., XIV, s. 258; Temyiz Mahkemesi Kararları I, s. 126, VI, s. 25, IX, s. 225). Yani Fransız Ticaret Kanununun 108. inci maddesi ve kanun da ikinci cümlesi tatbik olunacak, yani bir senelik müruruzaman cârî olacaktır.

Yine yukarda izah olunan ihtimalleri nazarı itibare alalım:

1 — 108 nci maddenin ikinci cümleyi ihtiva etmediğini ve marasının da Fransa'ya yapılan nakliyatta altı aylık, yabancı memleketlere yapılan nakliyatta ise 30 senelik umumî müruruzamanın carî olacağı (veya hiç müruruzaman cereyan etmeyeceği) şeklinde olduğunu farzedelim. Bu takdirde talep hakkımız 30 senede müruruzamana uğrar (veyahut da hiç müruru amana uğramaz). Tatbik ettiğimiz hukuk, bu takdirde sadece fransız hukuktur; şu kadar ki, mevzuubahis olan, 108 inci maddenin altı aylık müruru zamanı âmir olan hususî hükmünün tatbiki için yer

bakımından olan münasebet mevcut olmayacağı için, altı aylık müruruzamanın değil, Fransız hukukunu umumî hükümlerinin tatbikidir. Şimdi şunu farzedelim:

2 — 108 nci maddenin ikinci cümlesi mevcut olmasın ve bu maddeden çıkan mana da şu olsun: «nakliyatta müruruzaman müddeti altı aydır. Bundan maksat memleket içindeki nakliyatıdır; zira yabancı nakliyat bizim mevzuatımızın hakimiyet sahası dışında kalır»; bu takdirde, ortada Almanya'ya yapılan bir nakliyat mevcut olmasına rağmen talep hakkımız altı ayda müruruzaman uğrar (13). Zira bizim hukukumuzaya göre mevcut nakliyat mukavelesi bir Fransız mukavelesidir. Binaenaleyh müruruzaman da Fransız hukukuna göre tayin olunacaktır. Fransız müruruzaman kanununun yer bakımından olan mer'iyeti meselesi bizim için bertaraf olmuştur; biz sadece onun maddi muhtevasını nazarı itibare alacağız.

ATIFTA KIYAS

§ 8

Yukarda zikri geçen ve atfı kabul eden Alman ve Fransız kararlarından bazıları ile *Lab. és*'in atfı reddeden makalesi von *Bar*'i eserinin yeni tabında «ihtilâflar» faslına, şahsî statü sahasında en çok rastlanan kanun ihtilâflarını (tâbiyyet veya ikametgâh) kısaca mevzu bahis eden bir kısım (94) ilâve etmeğe seyketmiş olacak. *v. Bar* atfın insanı bir fasid daireye götüreceği mülâhazasıyla mezkûr kararlarca kabul edilmiş bulunan atfı red ve inkâr ediyor. Bununla beraber bir şahsın ikametgâhının bulunduğu yer mevzuatının, meselenin hallini tâbiyyete bırakması, tâbiyyet mevzuatının ise tekrar ikametgâha atfetmesi halinde, daima ikametgâh hukukunun tatbik olunacağı yolundaki neticeyi tasvib ediyor. Zira «bir mevzuat şahsın hukukunu tâbiyyete değil, ikametgâha tâbi kılar» bunun hakikî manası nedir? Bu, o mevzuata nazaran devletler hususî hukuku sahasında teknik manada bir tâbiyyetin mevcut olmadığı demek değil midir? O şahıs diğer devlette de hususî hukuk zaviyesinden bir tâbiyyete sahip olmadığından, o şahsın haddizatında hu-

13. Bu gibi hallerde zaman aşımının mevzu bahis olmayacağı yolundaki iddiayı ilerde - III. ncü kısımda - cevaplandıracağız. Burada sadece atfın kanilli müdafaa olmadığını isbatla iktifa edeceğiz.

susî hukuk bakımından hiç bir tâbiyeti yok gibidir, binaenaleyh ikametgâh mevzuatını salâhiyetli addetmek zarurîdir.»

Bu neticenin mesnedi olan fikrin - yani tâbiyeti olmayan bir şahsın ikametgâhına tâbi olacağı iddiasının - mahiyetini diğer bir münasebetle tellik edeceğiz. Burada bir sofismadan ibaret olan birincisi üzerinde duracağız. Kanunumuz bir şahsın medenî haklarını kullanma ehliyetinin onun tâbiyeti hukukuna tâbi olacağını söylüyorsa, bununla sureti mahsusada icad olunacak bir tâbiyeti değil, sureti umumiyede tâbiyetten re anlıyorsak, onu, yani mahiyeti itibariyle bir âmme hukuku müessesesi olan tâbiyeti kasdediyor. *v. Bar*'ın tefsir tarzı bir kere bu nevi hükümlerin lafzını zorlamakta, saniyen de, bir az daha tahdîd edilmiş olmakla beraber, net'ce itibariyle aynen atif taraftarlarının söylediklerini, yani yabancı devlet kanunlarının ancak yabancı kanun vazının başka bir şeyi arzu etmediği takdirde kabul edilebileceklerini ifade etmektedir; ve salisen de kanuna bir şeyi kendisiyle tarif ettirmekte yani şu hükmü verdirmektedir: Şahsî statü (objektif olarak = şahsına bu sıfatla taallük eden medenî hukuk hükümleri), şahsî statüye (sübjektif = bir şahsın bu sıfatla medenî sahada kanuna tebaiyeti) tâbidir.

v. Bar'ın hal tarzının hiç bir işe yaramadığını, onun bu neticeye varmasına âmil olan tatbikattaki misaller kat'i olarak göstermektedir; fransız miras hukuku ile (İtalya, *Bad vesaire* gibi) mirasî mürisin tâbiyet kanununa göre intikal ettiren devletlerin miras hukuku arasındaki ih'tîfî fasted'ycruz. Fransa'da Medenî Kanunun 110 ncu maddesine dayanarak, yalnız miras hukuku için ikametgâha bakılmaktadır; bunun dışında şahsî statü için Fransada Medenî Kanunun 3 ncu maddesi icabı olarak hiç şüphesiz tâbiyete bakılır (keza Saksonya Medenî K. m. 7 ve 17). Bu vaziyet karşısında «devletler hususî hukuku sahasında teknik marada bir tâbiyetin bulunmadığını» *v. Bar* da iddia edemeyecektir.

YAKINLIĞIN SELÂHIYETİ PRENSİBİ

§ 9

Atif prensibi dahilî hukuk nazariyesinin tabii bir neticesi olarak tezahür ediyorsa, şimdi mütalâasına geçtiğimiz ikinci prensip de bevaemilel nazariyenin mahsulüdür. Her ikisinin âmili de sarih bir kanunlar iktilâfının mevcudiyetidir. Fakat öteki prensip sözde bir hal çaresi

bulduğu halde bu hak'ki bir hal çaresi sağlamaktadır, öteki menfi ihtilâfla (14) mesgul olduğu halde, bu müsbet ihtilâfla mesguldür.

Muayyen bir hukuk münasebeti yer itibariyle iki hukuk nizamiyle temasta olduğu içindir ki, - ki başka bir sebep tasavvur etmeğe imkân yoktur - o hukuk münasebetine aynı zamanda ayrı ayrı iki hukuk tatbik olmak icdiasındadır. Fakat bir kanun vaznı, hukuk münasebetinin en ehemmiyetli unsuru olarak o münasebetin kendi ülkesiyle olan temasını kabul etmekte, diğeri ise başka bir ülke ile olan teması en mühim unsur addetmektedir. Nazariyatçı veya hakim kendi kendine şunu diyecektir: Hukuk münasebetinin yer ile olan alâkasını bu kıstas, diğeri nazaran daha büyük bir isabetle tayin ediyor. Hukuk münasebeti yer itibariyle hangi ülkenin hukukiyle alâkadarsa, o hukuk 'abiati iktizası olarak o münasebete diğlerinden daha yakındır; binaenaleyh hangi hukukun tatbikinin lâzımgelceği yolundaki ön meseleyi halletmek de o hukuka düşer. Furdaki hata da şudur ki, bu esbabı mucibe ile insan kanun vaznını takip edeceği yerde onun üstüne çıkmakta, onun kat'i olarak halletmiş olduğu ön meseleyi bir kere daha halletmeğe kalkmaktadır.

§ 10

Devletler hususî hukukunda tatbikat bakımından büyük ehemmiyeti olan miras hukuku sahasında en şümüllü kanun ihtilâfı, şüphesiz menkul ve gayri menkul miras arasında mevcut olup bir devlet tarafınca kabul ve diğeri tarafından reddolunan fark, binnetice gayri menkul mirasın birinde şahsî statüye ve diğesinde de *lex rei sitae*'ye tâbi tutulmasıdır.

Gayrimenkul miras hukukunu ülkeye bağlayan nazariye eskiden müşterek hukukta mutlak olarak hakimdi. Bugün hiç değilse Almanya'da umumî olarak terkedilmiştir. Yeni kanunların çoğunda şahsîlik prensibi kabul edilmiştir: Mese'lâ Saksonya (Medenî Kanun § 17), İta'ya (Madde 8), İspanya (Krs. Madrid Temyiz Mahkemesinin 6.6.1873 tarihli kararı *Journal de dr.*, I, s. 40 vdd.), Sırbistan (*Journal de dr.*, XI, s. 5 vdd. ve s. 140 vdd., bilhassa s. 27 vdd. ve orada mezkur Almanya (m. 19) ve Avusturya (m. 2) ile olan anlaşmalar), Şili (*Fabrès, Journal de dr.*, XIV,

(14) Kolaylığı temin için kısaca menfi ihtilâf tabirini kullanırken bunun isabetli bir tabir olmadığını biliyoruz. Doğru kanaate göre menfi ihtilâf da müsbettir. Şu kadaki bu gibi hallerde ihtilâf halinde bulunan hukuk nizamlarından her biri kendisi değil diğlerinin tatbik edilmesi icdiasındadır.

s. 293 vdd. Medenî Kanun m. 955) ve kısmen de Baltık Denizi eyaletlerinin hususî hukuku (Başlangıç § 34). Buna mukabil eski nazariye Fransa'da teamül hukukundan tefriki güç bir şekilde kanundan istihraç edilmektedir. (Kırş. *Laurent*, II, s. 214 vdd., 217 vdd., 312 vdd., VI s. 225, 237 vdd., *Renault*, *Journal de dr.*, II, s. 339, keza bilhassa *Journal de dr.*, XV, s. 77 vdd. zikri geçenler; aleyhte; *Dubois*, *Journal de dr.*, II, s. 51 vdd. ve Havre Mahkemesinin 28.8.1872 tarihli kararı, *Journal*, I s. 182). Aynı prensip kezalik Avusturya'da orada bulunan gayrı menkuller hakkında kanunen tesbit edilmiş olmakla beraber bu hükmün bir Avusturyalının terekesi içerisinde ve yabancı memleketlerde bulunan gayrı menkuller hakkında da tatbik olunup olunmayacağı hususu - yersiz olarak - münakaşa edilmektedir: (*Kirchstätter*, Medenî Kanun § § 34 - 37) Aynı prensip Rusya'da ve hususiyle Finlandiya'da (kırş. *Lehr*, *Journal de dr.*, IV, s. 205 vdd.), Litvanya'da ve Rusya dahilinde bulunan gayrı menkuller bakımından Baltık Denizi eyaletlerinde (Başlangıç § 34) ve Meksika'da (Kırş. Meksiko Mahkemesinin 26.3.1874 tarihli kararı, *Journal de dr.*, I s. 276 vdd. ve orada adı geçen kanun maddeleri) kanunlaşmıştır; bu prensip kezalik geniş anglo - amerikan hukuk çevresinde her türlü tereddütten âri olarak bir teamül hukuku kaidesi halinde yerleşmiştir, kırş. *Westlake*, § 152, 158, 159, 160; *Nelson*, s. 146, 147, 187, 189, 192, 194, 198, 199 ve bu son yerde zikrolunan ve s. 135 vdd. neşredilmiş olan kararlar; *Story*, § § 174 vdd., 483 vdd.

Laurent (II, s. 225 ve VI, s. 383) gerçi bu kaidenin İngiltere ve Amerika'da yalnız vasiyetname bırakmadan ölen bir kimsenin mirası hakkında cârî olup vasiyetname mucibince intikal eden mirasta ise gayrı menkuller hakkında dahi sureti umumiyede *lex domicilii*'nin tatbik olduğunu iddia etmektedir ve buna bütün kitabına hâkim olan İngiliz nazariyeleri aleyhtarlığına uygun olarak, bazı tenkidler ilâve etmektedir. Bununla beraber iddiası yanlış bir anlayışın mahsulüdür. Hiç şüphesizdir ki ölüme bağlı tasarruflarla intikal eden gayrı menkul mirasında da *lex rei sitae*'nin hakimiyeti umumî ve mutlaktır. *Laurent*'ın istinad ettiği *Story* bile § 474 de (*Laurent* gerçi yalnız § § 480 - 483 ü zikrediyor), gayrı menkullerde, «*the doctrine (is) clearly established, that the law of the place, where the property is locally situated, is to govern as to the capacity or incapacity of the testator, the extent of his power to dispose of the property, and the form and solemnities to give the will or testament its due attestation and effect* = yani, «vasiyeti tanzim eden kimsenin ehliyeti haiz olup olmadığı, malında ne dereceye kadar tasarruf edebileceği, vasiyetin müteber olması için lüzumlu şekil ve şartların ne-

den ibaret olacağı mese'elerinin, malın bulunduğu yer hukukuna tâbi olacağı açık olarak yer'emiş bir kaidedir» diyor. Keza *Nelson* ve *Westlake* a. g. y.. *Laurent*'i hataya sevkeden c'het vasiyetnamenin tefsiri mese'elerinde bir dereceye kadar onu tanzim etmiş olan kimsenin ikametgâhı hukukunun nazarı itibara alınmasıdır. (İradenin tefsiri bakımından ehemmiyeti ha'iz olan diğer haller ve *lex loci actus* da aynı derecede nazarı itibare alınmaktadır: bak; *Westlake*, § 160). Bu da tabiidir. Bir vasiyetnamenin kelimeleri ancak bir an'ama göre tefsir edilebilir. (krş. *Story*, § 479 h ve 484).

§ 11

Bu kanun ihtilâfı Torino Temyiz Mahkemesinin çok münakaşa edilen bazı kararlarına meydan vermiştir.

Bu kararlarda italyan tâbiyetinde bulunan bir kimsenin Papalık arazisi dahilindeki gayrimenkullerinin miras yoluyla intikali mevzuu bahistir. İtalyan Medenî Kanunu 8 nci maddesinde miras hukukunun şahsi'îği prensibini diğer herhangi bir kanundan daha büyük bir kat'iyetle ifade etmiştir. «Malların mahiyeti ne olursa olsun ve bunlar hangi mem'ekte bulursa bulunsun», vasiyetname bulunsun veya bulunmasın, miras hukuku mürisin millî kanunlarına tâbidir. Temyiz Mahkemesi Roma Hukukuna göre gayrı menkul mirasın mutlak olarak *lex rei sitae*'ye tâbi olduğu esasından hareket ederek, mevcut hâd'sede 8 inci maddeye rağmen gayrı menkûl mirasın italyan hukukuna tâbi olmayacağı neticesine varmıştır. Her ne kadar 8 nci madde mucibince gayrı menkul mirasın mürisin millî hukukuna tâbi olması lâzımdır ise de, bu hükmün gayrı menkullerin ancak İtalya ülkesi dahilinde bulunması halinde mutlak o'duğu, yabancı memleketlerde bulunan gayrı menkuller bakımından ise 8 nci maddenin, gayrı menkullerin buldukları yerlerin kanun vâzularına aynı prensibi tatbik etmeleri hususunda italyan kanun vâzı tarafından vaki bir davetten ileri gidemeyeceği, o kanun vâzuları bizzat razı olmadıkları takdirde, onların şahsi'îk prensibini zorla kabul'e icbar edilemeyecekleri tebarüz ettirilmiştir. Hâkim'n vazifesi de sırf akademik bir kıymet taşıyan kararlar vermek değildir. Halbuki hakim *judex rei sitae* hilâfına hüküm ettiği takdirde bu suretle hareket etmiş olacaktır, zira bu son kâide her zaman böyle bir hükmün tesirini sıfıra indirmek iktidarını haizdir. Bk. Torino Temyiz Mahkemesinin 22.12.1870 tarihli kararı, *Monitare dei tribunali*, yıl 1871, s. 38 vdd. ve 17.6.1874 tarihli karar, aynı yerde, yıl 1874, s. 844

vdd. (keza, krş. *Journal de dr.*, II, s. 48 vdd. ve *Revue de droit international*, VII, s. 212 vdd.).

Bu mucip sebeplerin isabetsizliğini belirtmek hususunda italyan doktrininde şayanı dikkat bir ittifak mevcuttur (15). Temyiz Mahkemesinin izahlarında iki açık hata hakimdir: İnfaz imkânsızlığı mülâhazasına istinad edilmiş olması ve hakimin noktai nazarının kanun vâzınınkî ile karıştırılmış olması. İnfazın, esas hakkında karar ittihaziy'e bir alâkası yoktur (16) ve: *sic volo, sic jubeo* = böyle istiyor, böyle emir ediyorum diyen bir kanun, benzer kaideler vaz ve muahedeler akdetmek hususunda yabancı memleketlere vaki bir davet değil, hakimi bağlayan bir hükümdür (17).

Bu kararlar ancak, bunlarda tasrih edilmiş olmamakla beraber bütün mucip sebeplerde hakim olduğu âşikâr bu'unan esas fikre rucû şartiyle anlaşılabilir, ki bu da: yakınlığın selâhiyeti veya rüçhaniyeti prensibidir (yakın ilgi prensibi).

(15) Krş. Dubois, *Journal de droit*, II, s. 4 vdd; Esperson, *Journal de droit*, VIII, s. 229; 1871 tarihli *Monitore*, s. 38 deki 2 nolu. not ve Norsa'nın agy, VII, s. 216 da saydığı müellifler (ki bunlar arasında Mazzoni de vardır). Norsa bu kararları, Temyiz Mahkemesinin mucip sebeplerine nazaran çok daha çürük mütalâalarla tasvip etmektedir. **Bar**, II, s. 307 de filhakika «burada mevzuu bahis olan İtalyan mahkemesinin kararının icra ve infazı değil, bilâkis İtalyan mahkemesinin icabında, *lex rei sitae* tarafından tanınmadıkları için hakikati halde mevcut olmayan hakların (aynî hakların) mevcut olduklarına hükmetmesidir» sözleriyle Temyiz Mahkemesinin noktai nazarına iştirak etmektedir; ancak bu mucip sebebin kararın muhtevasını teşkil eden maddi vakıa ile ne dereceye kadar kabili telif olduğunu anlamağa imkân yoktur.

(16) Bununla bir kanunun bu noktai nazarı sarahaten benimsiyetileceğini inkâr etmek istemiyoruz. Meselâ Medenî Hal ve Evlenme hakkındaki İsviçre Federal Kanununun 56 ncı maddesinde olduğu gibi Buna göre İsviçreli bir hâkimin boşanmağa hükmedebilmesi için, tarafların bu hükmün kendi memleketlerinde muteber olarak tanınmıyacağını isbat etmeleri lâzımdır. Krş. Federal Mahkemenin 14/4/1879 tarihli kararı, *Journal de droit*, VII, s. 40; Barrillet, *Journal de droit*, VII, s. 247 vdd. ve Lehr, aynı yerde, s. 464 vdd.

(17) Sarahaten bu maksatla isdar edilmiş olan kanunların mevcudiyetini kabul etmeğe mecburuz. Meselâ 3.8.1861 tarihli İngiliz kanununda şu hüküm vardır: «Majeste Kraliçe herhangi bir Devletle yapacağı bir anlaşma ile bu kanunda mevcut esasların gerek Majestenin ve gerekse o yabancı devletin tab'asına tatbikini temin için hükümler vazını kabul ederse, Majestenin bir kararname ile bu hususu tanzim etmesi kanunidir ve bu maksatla da aşağıdaki hükümler vazolunmuştur....» Kanunun meriyeti için şart koşulmuş olan böyle bir anlaşma imzalanmamış olduğu için bu kanunun tatbikatta hiç bir ehemmiyet kazanmamış olması şayanı dikkattir. Bak: Nelson, s. 177.

Temyiz Mahkemesi, çatışan bu prensiplerden - yani mûrisin millî hukukunun mu, yoksa *lex rei sitae*'nin mi tatbik olunacağı, yani şahsîlik mi yoksa ülke prensibi mi - ülke prensibinin daha tabîî, daha haklı ve selâhiyetli olduğu kanaatine varmış bulunuyor. Mahkeme *lex rei sitae*'nin hakimiyetini daha tabîî buluyor: zira tenfiz kudreti münhasıran *Judex rei sitae*'dedir. Onun kanaatine göre tek isabetli olan prensip de odur: Zira ülke prensibi (*tot hereditates quot territoria* = ne kadar ülke varsa, o kadar da miras vardır) gayri menkuller hakkında «Avrupa devletler hususî hukukunda ve bilhassa İta'ya'da ötedenberi kabul edilmiştir.» Temyiz mahkemesi italyan kanun vazının prensibini gerçi «liberal ve asil» bulmakta, fakat çok inkılâpçı ve zorlayıcı bir yenilik addetmektedir. Bu prensip daha haklı ve isabetli olan bir prensiple çatıştığı takdirde, rüçhan hakkı bu sonuncudadır.

§ 12

Torino Temyiz Mahkemesinin noktai nazarı diğer bir yerde şu mucip sebeplerle müdafaa edilmişti: miras hukukunda her yerde küllî halefiyet mevzuu bahis değildir. Bilâkis bazı mevzuat menkul ile gayri menkul mirasın intikalini birbirinden ayırmış ve bu sonuncusunu cüz'î veya münferit intikal addetmiştir. Şahsîlik prensibi ise ancak küllî halefiyet şartı altında bir mana ifade eder. Aksi takdirde umumî olarak *lex rei sitae*'ye selâhiyet tanımak zarûrîdir. Binnetice bu sonuçta kaide, *lex domicilii* ve ya *lex rei sitae*'nin küllî halefiyete istinat etmediği, mamelek mefhumunun bunlarca bir bütün olarak meçhul olduğu hallerde tatbik olunabilir. *V. Bar* II, s. 295., 306, I, s. 623 ve 543, keza karı koca malları rejimi için sarahatan, I, s. 512 aynı fikirdedir. Keza *Schäffner*, § 126 ve 132; mamafih *Schäffner* «zarurî görülen» bu tefrikin gayri kabili tatbik olması hasebiyle umumî olarak *lex rei sitae*'nin tatbikini tavsiye etmektedir. Bir kere, bu mucip sebeplerin Avrupa kıtası hukuklarından herhangi biri veya bunların çatışmaları hali için *lex rei sitae*'nin hâkimiyetini ne izah ne de tesis edemeyeceği meydandadır. Bunun içindir ki Roma hukukuna göre miras hukukunun mahiyet itibariyle küllî halefiyete istinad ettiğinde hiç bir şüphe bulunmadığına göre, *V. Bar*'ın (II, s. 306, not 25) İtalyan içhatlarını bu gibi mucip sebeplerle nasıl desteklemek istediğini anlamak güçtür.

Fakat, bu tefriki müdafaa için daima ileri sürülen ingiliz *common law*'u bahis mevzuu olduğu takdirde dahi bunda, hiç değilse bugün için, isabet yoktur. İngiliz hukukuna göre menkul mirasın ayrı, gayri menkul

mirasın ayrı bir esasa tebean intikal ettiği filhakika doğrudur, fakat bunların her ikisi de küllî halefiyet ve intikaldır. Her ikisinde de müteveffanın borçları birlikte intikal eder. Krş: *Williams, Principles of the Law of Real Property*, 17 tab. Londra 1887, s. 99 vdd., 103, 120 vdd. 252 vdd.

Bilâkis: bunlardan birini cüz'î veya münferid intikal, yani münhasıran aynı haklara dayanan bir iktisap yolu addetmek lâzımgelirse, bu ancak menkul mirasın intikalî hakkında mevzuu bahis olabilir. Zira menkul mirası iktisap eden mirasçı müteveffaya halef olmaz, onun borçlarıyla (vasiyetname mevcutsa) *executor*'e ve (vasiyetname yoksa) *adleriyle* (vasiyetname mevcutsa) *exesutor*'e ve (Vasiyetname yoksa) *administrator*'e intikal eder; bundan sonra mahkemenin nezareti altında bir nevi umumî tasfiye vücûd bulur ve geri kalan bakiye her türlü borçtan âri olarak hakikî mirasçı'ara teslim olunur. Gayrı menküllerde durum farklıdır: bunlar doğrudan doğruya müristen mirasçılara geçer ve bunlar da alacaklılara karşı mes'ul olurlar.

Şunu da tebarüz ettirmek lâzımdır ki, anglo - amerikan hukukuna göre her ne kadar menkul mirası hakkında *lex domicilii*'nin hakimiyeti mutlak ise de, bundan kasit, terekenin tenfiz memuruna intikali ve mezkûr umumî tasfiye muamelelerinde tatbik olunacak kaideler olmayıp, sadece bakiye üzerinde kimin hakkı olduğu meselesidir. Bilâkis tasfiye usulü hakkında (*"for the purpose of legal representation, of collection and administration, as distinguished from distribution among the successors"*), yani bakiyenin mirasçılar arasında taksim ve tevziinden farklı olarak kanunî temsil, tahsil ve idare hakkında) menküllerde de sureti mutlakada *lex rei sitae* câridir. Krş: *Williams, Principles of the Law of Personal Property*, 13. tabı, Londra, 1887, s. 417, 460 vdd; *Snell, Principles of equity*, 8. tab., Londra 1887 s. 294 vdd.; *Westlake*, s. 84 vdd.; *Nelson*, s. 196 vdd.

Fakat farzedelim ki, gayrı menkul mirası *lex rei sitae*'ye göre intikal ettiren bir yerde, gayrimenkul mirasta da cüz'î halefiyet esası kabul edilmiş olsun (18), bu takdirde kanunların ihtilâfı halinde *lex rei sitae* prensibini tercih etmek mi lâzım gelecektir?

Şüphesiz ki hayır.

Mameleki bir bütün telekki eden kanunumuz, b'ir şahsın bütün mirasının bizim hukukumuzla göre muamele görmesini emrederse, artık bi-

(18) Sarih kanun ihtilâfları çerçevesi dışına çıkmış olmamak için ihtiyaten: «... farzedelim ki...» diyoruz.

zim hakimimizi, mâmeleke dahil münferid malların buldukları yerdeki kanun vâzının noktaî nazarının neden ibaret olduğunu tahkike ne sevkedebilir? Bizim kanun vâzımız diyor ki: mâmelek bir küldür ve bir kül olarak intikal eder; müteveffa bir vatandaşımız ise münferid mallar nerede bu'unursa bulunsun, bizim miras hukukumuz tatbik olunur. Yabancı bir devletin kanun vazı da: bir kül olarak mâmelek mefhumu benim meçhulümdür. Bana nazaran gayrı menkul malların miras yolu ile intikali cüz'i veya münferid bir intikaldir. Binaenaleyh malikin tâbiyeti ne olursa olsun, ülkem dahi'inde bulunan mallar benim miras hukukuma göre intikal edecektir, diyor. Demek oluyor ki, o yabancı memlekette bulunup da bizim vatandaşımız olan bir kimseye ait gayrı menkuller mevzuu bahis olduğu zaman durum şöyle olacaktır: bu gayri menkuller hakkında millî kanun vâzı bizim miras hukukumuzun, yabancı kanun vazı ise kendi miras hukukunun tatbikini istemektedir. Böyle bir halde bizim hakimimiz, «bir bütün olarak mâmelek mefhumu yabancı kanun vâzının meçhulüdür» diye kendi hukukuna nazaran yabancı hukuka rüçhan hakkı tanıyacaksa; şayet o, bizim daha müterekkî ve daha iyi olan ve bizde kanuniyet kesbetmiş bulunan prensibimiz bir gayri menkulülün yabancı bir memlekette bulunmasını onun o yabancı miras hukukuna tebaiyeti için kâfi saymadığı halde, sırf o gayri menkulün bulunduğu yabancı memleket bizim bu daha müterekkî ve daha iyi prensibimiz seviyesine yükselemedi diye, o prensip dairesinde hüküm verecekse, bu takdirde bu neticeyi haklı göstermek için Torino Temyiz Mahkemesinin mucip sebebinden başka bir sebep icadetmeğe imkân yoktur: *Judex rei sitae*, icra mahalli hakimi sıfatiyle, daima kendi hukukî telâkîlerine uymıyan bir kararın infazına mani olmak kudre'ine maliktir; öyle bir mucip sebep ki, kuvvet haktan üstündür şeklinde ifade edilmekle de manası değişmiş olmaz (19).

(19) Cenova İstinaf Mahkemesi (ki bu Mahkeme yukarıda mezkûr iki Temyiz Mahkemesi kararlarının esasını teşkil eden kararları veren mahkemedir) 11 Nisan 1870 tarihli kararında isabetli bir şekilde şunları söylemiştir (Kırş. Annali della giurisprudenza italiana, yıl 1879, s. 403 vdd.): Kanunun sarîh ve herhangi bir tefsir şüphesini bertaraf eden açık tabirler kullandığı hallerde hakimimizin vazifesi - eğer o kanunu tatbik etmek değilse - kanunun ihtiva ettiği hükmün aynı mevzuda alınmış tedbirlere uygun olup olmadığını, beynelmîlel hukuk kaidelerinden inhiraf etmiş olup olmadığını veya tesadüfen hükmün ifası babında güçlükler zuhur edip etmeyeceğini araştırmak değildir. Çünkü böyle bir araştırma ancak kanun vazının, o kanunun yerine bir yenisini ikame edecek durumda bulunan teşriî kuvvetin uzuvlarına ait olup kanunun vazından sonra sadece onu tatbik ile vazifelendirilmiş olanlara ait değildir.

Fakat, yabancı bir dirlik veya aile dirliğinin miras yoluyla intikali ni kendi miras hukukumuzla göre tayin etmediğimiz umumî olarak kabul edilmiş değildir? (Krs. bilhassa Zürich Kanunu § 3; Roth, *Bayrisches Zivilrecht*, I, s. 141, § 16, not, 59; Wachter, *Civ. Arch'v* XXIV, s. 364, Oldenburg İstinaf Mahkemesi; Seufferte *Arch'v*, XXIII, s 4). Bu, zarurî olarak bizi *lex rei sitae*'ye göre münferid intikal kabul olunan her yerde bu kanunun beynelmilel olarak mer'î olması lâzımgeleceği neticesine götürmez mi?

Buna verecek cevap şudur: cüz'î veya ferdî intikal mevzuu bahis olan diğer hallerde de *lex rei sitae*'yi tatbik ediyor muyuz? Asla!

Bazan insan belki tereddüde düşebilir. Muayyen bir malde tasarruf halinde ise bunun umumî olarak mûrisin şahsî statüsüne tâbi olduğu muhakkaktır.

Aile dirliklerinde *lex rei sitae*'yi tatbik etmemizin sebebi başka bir şey olsa gerek. Bu başka sebebi bulmak o kadar güç de değildir: Muayyen bir hak mûrisin mâmelekine dahil bulunursa bu takdirde bunun mûrisin şahsî statüsüne göre intikali mecburidir; kanunumuz bunu âmir'dir ve bunda herhangi bir istisna mevzuu bahis değildir. Fakat o hak hakikaten mûrisin mâmelekine dahil midir, değil midir?, dahilse onun şümûl ve mühtevası nedir? bu bir miras hukuku meselesi değil, aynı hak, borçlar vesaire meselesidir ve buna göre de o münasebetlerin tâbi olduğu mahallî hukuka göre tayin olunur. Savigny, VIII, s. 305 vdd. de «dirlik ve aile dirliklerinde durum Roma intifa hakkına benzer: Onlar mâmeleke ve dolayısıyla de terekeye dahil olmazlar. İntifa hakkı sahibi hayatı boyunca semerelerden faydalanmak hakkını haizdir; onun mâmelekine giren yalnız budur, ölümüyle birlikte ortadan kalkar ve binaenaleyh terekede artık hiç bir izi kalmaz. Aile dirliği ve dirliklerde de durum tıpkı buna benzer... Bunlar muayyen ve münferid gayri menkul-ler üzerinde hususî hukukî müesseselerdir ve bunlar da her yerde yalnız *lex rei sitae*'ye tâbi olurlar» diyor.

§ 13

En çok yayılmış olan devletler hususî hukuku kaidesi her halde *locus regit actum*'dur. Buna beynelmilel teamül hukuku mahiyeti dahi atfedilmektedir. İfade ettiği mana - çok kere gayri menkullere taallük edenler hariç - hukukî bir muamelenin şekil şartları hususunda o muamelenin yapıldığı yerdeki mevzuata uymuş olmanın kâfi geleceğidir.

Bununla beraber bu hususta vatandaşları için bazı istisnalar tesis eden kanunlar mevcuttur. Meselâ Fransız Medenî Kanununun 170. nci maddesine göre, bir Fransızın yabancı bir memlekette o yer hukukunun şekillerine göre yaptığı evlenmenin muteber olması için Fransız Medenî Kanununun 63. ncu maddesinde derpiş olunan ilânların yapılmış olması şarttır. İtalyan Medenî Kanununun 100. ncu maddesi de İtalyanlar hakkında böyle bir hükmü muhtevîdir. Eskiden Bavyera'da Bavyeralıların yabancı memleketlerde akdettikleri evlenmeler bir nizamname mucibince hükümsüz sayılırdı. *v. Bar, I, s. 461, not 5*). Hakim olan telâkiye göre Fransız Medenî Kanununun geniş münakaşalara meydan veren 999. ncu maddesi, vasiyetnameler hakkında, bir Fransızın Fransa dışında dahi ancak Fransız şekillerine göre muteber bir hususî vasiyetname tanzim edebileceği, ancak mahallî hukukun resmî şekliyle istifade edilebileceği kaidesini vâ'zetmektedir. Aynı hükmü inkâr götürmez bir sarahatle Hollandalılar hakkında Hollanda Medenî Kanununun 992. nci maddesi ihtiva etmekteir. Rus Kanununun 1077. nci maddesi Ruslar hakkında bazı hususiyetleri muhtevîdir. (Krs. *Serebriany, Journal de dr., XI, s. 359 vdd.*)

Burada sarîh kanun ihtilâfları karşısında bulunduğumuz muhakkaktır. Bir Fransız veya bir Hollandalı Saksonya'da, İtalyada veya Zürich'de mahallî hukuka göre hususî bir vasiyetname yaparsa, Saksonya, İtalyan ve Zürich kanun vâzılarının iradelerine uygun hareket etmiş olur (Krs. Saksonya Medenî Kanunu § 9, İtalyan Medenî Kanunu, m. 9, Zürich Kanunu, § 6, Litvanya Kanunu, Giriş, § 36). Zira bu kanunlar diyor ki: Bizim hukukumuzun şekle ait hükümleri bizim memleketimizde yapılan bütün hukukî muamelelere şâmilidir. Fransız ve Hollanda kanun vâzı ise: benim hususî vasiyetnameler hakkında vazettiğim hükümler, nerede bulunurlarsa bulunsunlar, benim vatandaşlarımı bağlar. Bu, bu sahada çatışan iki prensip arasındaki kanun ihtilâfıdır; bu prensiplerden bilhassa kıta Avrupasında hakim olan birincisi, hukukî muamelenin şeklini kaide alarak muamelenin yapıldığı yer hukukuna tâbî tutmakta, İngiltere ve Amerika'da geniş ölçüde kabul edilmiş bulunan diğeri (20), hukukî muamelenin şeklini de kaideten esas hakkında tatbiki lâzımge-

(20) Evlenmenin şekil şartları için meselâ İngiltere ve Amerika'da da - ve her de mecburi olarak - *lex loci actus'a* bakılmaktadır. Krs. *Nelson, s. 73 vdd.* ve *Nelson s. 90* da zikredilmiş bulunan *Scrimshire v. Scrimshire* dâvası münasebetiyle verilmiş olan karar; *New York Temyiz Mahkemesinin 6.3.1883 tarihli kararı, Journal de droit, VI s. 428.*

len şahsî statüye tâbi kılmaktadır (21). Müteammim olan bir nazariye bu ihtilâfı şu suretle halletmektedir: umumî olarak gerçi *locus regit actum* kaidesi hakimdir. Fakat «bizatihi» tatbiki lâzımgelen şahsî statü bu kaideyi tamamiyle veya bir dereceye kadar bertaraf edebilir (22). Bu ise yine yakınlığın rüçhaniyeti prensibinin tatbikinden başka bir şey değildir. Bütün meseleyi, yukarda mezkûr hususiyetlerden hiç birini havî olmıyan bir mevzuat zaviyesinden tedkik edecek olursak, kanaatimce bu prensibin burada asla kabili müdafaa olmadığını uzun boylu izaha hâcet kalmaz. Zira kanun vâzımızın *lex loci actus*'e riayet etmekteğimizi emrettiği ve ancak muamelelerin muteber sayılabilmesi için icabında şahsî statüye de müracaatta bizi muhtar bıraktığı bir mevzuda, şahsî statünün menedici bir hükmünü aramız için bizi haklı gösterebilecek olan nedir? Bizim kanun vâzımız «hukukî muamelelerde riayeti lâzımgelen şekil o muamelelerin yapıldığı yerin kanunlarına tâbidir» (Saksonya Medenî Kanunu § 9) derken, biz ne sıfatla diğer bir kanun vâzımına muamelelerin yapıldığı yerin kanunlarını bertaraf etmek selâhiyetini tanıyabiliriz?

Bu nazariye, böyle hususiyetlere yer vermiş olan bir mevzuat zaviyesinden haklı olabilir. Bu itibarla bu nazariyenin bilhassa Fransa'da taraftar kazanmış olmasını anlamak mümkündür. (Fiore, a. g. y. gösterilen delillere bak). Deniyor ki: Kanun vâzımız tabası hakkında *locus regit actum* kaidesini tatbik ettirmek hakkına dayanıyorsa, yabancı kanun vâzımına da aynı hakkı tanıyor demektir. Fakat bu yukarda (§ 7 II) izah olunan tefrikin, yani yabancı hukukların hakimiyet sahalarını kendi aralarında sınırlandırmak isteyen kanunlarla sırf dahilî kanunların

(21) Bu ikinci prensibe eski Roma hukukunda da rastlanmaktadır. krs. Savigny, VIII, s. 80, no. 5.

(22) Krs. v. Bar II, s. 223 vdd. «bunun içindir ki, bir yabancı tacafından *lex loci actus*'un şekil şartlarına uygun olarak bir vasiyetname tanzim edilmiş olması halinde, evveleminde o yabancı şahsî statüsünün bunu menedip etmediğine bakmak lâzımdır», keza evlâd edinme şekli hakkında I, s. 549; ayrıca Pasquale Fiore, *Journal de droit*, X, s. 85 ve orada zikri geçenler:» *La doctrine qui prévaut aujourd'hui, c'est que la règle locus regit actum s'applique au testament olographe, toutes les fois qu'il n'existe point dans la loi nationale de l'étranger une disposition prohibitive pour régler le testament fait à l'étranger, telle par exemple que l'art. 999 du code civil français* Bugün umumiyetle kabul edilen doktrin, ecnebinin millî kanununda ecnebi memleket-te yapılmış vasiyeti tanzim eden mani bir hüküm - meselâ medenî kanunun 999 uncu maddesi gibi - bulunmadığı takdirde,elyazısı vasiyete *locus regit actum* kaidesinin tatbikini amirdir.

hakimiyet sahasını tahdid etmek isteyen kanunlar arasındaki farkın kâfi derecede bir vuzuhla gözönünde tutulmaması yüzünden hasıl olan yanlış bir muhakemenin neticesidir. Bir kere kabili inkâr değildir ki, bir kanun vâzı, kendi kanunlarının hakimiyet sahasını, çok kere kendi devletler hususî hukuku kaidelerine göre hakkı olduğundan çok daha fazla genişletecek kadar hodbindir. Bu misliyle mukabeleye yol açması itibariyle beynelmilel nezakete aykırı ve dünya hukuku güden nazariyatçılar için nahoş olabilir (Meselâ *Esperson*'un Alman Kambiyo Nizamnamesinin 84. ncü maddesine olan hücumlarına bak, *Journal de dr.*, VII s. 249 vdd), fakat bir vakiadır. Bu hususta yukarda (§ 7) sarîh deliller gösterdik. Bütün bu hallerde durum şöyledir: Kanun vâzı bir hukukî münasebette mevcut ve iki muhtelif yerle olan alâkadan (bir akdin infaz mahallî - onu akteden şahısların ikametgâhları; bir vasiyetnamenin tanzim olduğu yer - onu tanzim eden kimsenin şahsî statüsü; vasiyetnameyi tanzim eden kimsenin ikâmetgâhı - mirasçının ikametgâhı) birini mahiyeti itibariyle daha ehemmiyetli telâkkî etmekte ve o hukukî münasebetin beynelmilel sahada mahallileştirilmesi işini o alâkaya göre tayin etmekte, bununla beraber diğer alâkanın kendi ülkesiyle olması halinde bu alâkaya da o hukukî münasebeti kendi hukukuna tâbi kıldırarak derecede bir ehemmiyet atfetmektedir. Bu suretle kanun vâzı beyne'milel taksîmi yaparken herkese bir, kendisine ise iki yumurta tevzi etmektedir (23).

Bu gibi hallerde yukardaki gibi bir kıyas yapılacak olursa - ki bunu esas itibariyle her yerde ayrı şekilde yapmak ve meselâ Saksonya Medenî Kanununun 8 nci veya Kambiyo Kanununun 84 ncü maddesinden, bir şahsın medenî hakları kullanma ehliyetinin ancak *lex loci actus*'de hıfâfına sarahat bulunmayan hallerde tâbi olduğu devletin kanunlarına tâbi olacağı neticesini çıkarmak mümkündür - kanun vâzına hakkiyle hizmet edilmiş olmaz. Kanun vâzının esasen tanzim ve hal etmiş olduğu bir meselenin kıyas yoluyla halli temin edilmiş ve kanun vâzının bile-

(23) *Fabrès*'in, *Journal de droit*, XIV, s. 295, kanun vazını böyle bir iltimasta bulunduğu yolunda ileri sürülebilecek olan muahazalara karşı korumak için sarfettiği gayretler pek eğlencelidir. Zira Şili Medenî Kanununun 455 nci maddesine göre umumî surette miras murisin *lex domicilii*'ne göre intikal etmesine rağmen 998 nci maddesi Şili tabasının mirasçı sıfatıyla daima Şili miras hukukuna göre hak sahibi olacağını âmirddir. Haklarının istifası için kayıt ve şartsız olarak, terekeye dahil olup, Şilide bulunan gayrimenkullere el koyabilirler. *Fabrès*'e göre, Şili kanun vazı bununla Şili tabasına yabancılara narazan bir imtiyaz tanımamış, bilâkis yabancıların haklarını korumak istemiştir.

rek ikinci plânda bıraktığı yer alâkası birinci plâna geçirilmiş olur. Kanun vâzın bir hukukî muamelenin şekli için o muamele için yapıldığı yeri değil de şahsî statüyü esas adçetmiş olsaydı, o muamele için *lous regit actum* kaidesini değil, *lex domicilii*'nin hakimiyetini tesis etmiş olurdu (24). Burada tenkit olunan nazariye tarafından şahsî statü lehine olarak tahakkuk ettirilen yakınlığı rüçhaniyeti prensibinin tatbiki, yukardaki kısımlarda olduğu gibi burada da - orada gayrimenkul mirasta ülke veya şahsîlik prensibi, burada vasiyetnamenin şeklinde ülke veya şahsîlik prensibinden ibaret - iki prensibin mücadelesinde, millî kanun vâzının noktai nazarına göre eskimiş ve terkedilmiş olan prensibi galip çıkarmak gibi bir netice husule getirmektedir; orada kuvvet gibi âdi bir mucip sebebe dayandığı, burada ise kanun vâzının bazı tecavüzleri karşısında kendi hukuku lehine zayıf bir mesned teşkil edecek kadar metni parçacıklar halinde yaşamakta devam edegeldikleri için!

Tenkid olunan bu nazariye ileri sürülürken diğer bir fikre de yer verildiği meydandadır. Deniyor ki: bizim hukukumuz bir muamelelerin maddî muhtevasiyle alâkadar olmazken, onun şekli hakkında asıl alâkalı kanunun arzu ettiği başka bir şey tesbit edilmesinde bizim hukukumuzun hiç bir alâka ve menfaati yoktur. Bu fikirde şayet yakınlığın rüçhaniyetinden farklı bir şey mündemiç ise, bu da aynı şekilde, yani yukarda § 6 da izah olunduğu üzere, devletler hususî hukukunda hakim olan tahsis prensibinin anlaşılmaş olmasından ibaret hatalı bir tasavvurdur. Her hukukî meselede, her biri ayrı ayrı nazarı itibare alınması ve mahiyeti iktizası olarak ayrı bir mahal hukukuna tâbi tutulması lâzım gelen bir çok unsurlar mevcuttur. Bir hukukî muamelelerin muhteva unsurundan şekil unsurunu ayırır ve bunu *lex loci actus*'a tâbi kılarırsak, bu ilerlemekte olan hususîlik prensibinin tahakkukundan başka bir şey değildir. Bu suretle şekil de, tıpkı, medenî hakları kullanma ehliyeti gibi müstakil bir unsur halini almaktadır. Nitekim Amerika'da medenî hak-

(24) Fransız kanun vâzının da *locus regit actum* kaidesine (vasiyetnamelerin şekilleri bakımından dahi) beynelmilel bir mahiyet tanıdığı hususunda krs. **Clunet. Journal de droit**, VII, s. 381 vdd; keza, Dalloz, *Code civil annoté*, m. 999, no 21 vdd. ve m. 3. No. 215 vdd. yazılı içtihatlar. **Code civil**'in ilk layihasında sarahaten şu hüküm mevcuttur: «La forme des actes est réglée par la loi lieu dans lequel ils sont fait ou passés = hukukî muamelelerin şekli yapıldıkları yer hukukuna tabidir». Krs. **Brocher. Journal de droit**, VIII, s. 10.

ları kullanma ehliyeti de ayırd edilmiş olmaksızın akdin muteberiyeti için aranan diğer maddî unsurlarla birleştirilmiştir (25).

UMUMİ BAKIŞ

§ 14

Yukarda, hususîlik çehresi altında görülen fakat kanaatımızca hatalı olan ve sarîh kanun ihtilâflarının hal tarzları olarak bizzat müttehid bir görüş altında toplanmaları lâzım gelen prensiplerin tezahürlerinden ibaret bir takım nazariyelerle meşgul olduk. Buna göre izahlarımız da esas itibariyle hep menfi olmuş, bu hal tarzlarının isabetsizliklerini isbata inhisar etmiştir.

Eğer esas fikrimiz doğru ise, müsbet neticeyi söylemeğe bile hacet yoktur. Hakim kendi memleketinin kanununu tatbikle vazifelidir. Şayet bu kanun hangi hukukun tatbik edileceğine dair sarîh bir hüküm ihtiva ediyorsa, artık başka bir devletin kanununun da aynı şeyi isteyip istemediğini araştırmaya ne mecburiyeti ne de selâhiyeti yoktur. Sarîh ihtilâf mahallî hakim bakımından haddizatında hiç bir ihtilâf değildir. Eğer onun tâbî olduğu ülkede mer'î olan kanunlar dışına çıkar ve onların üstünde ve dışında kalan bir noktaya yükselirse, o zaman bir ihtilâf meydana çıkar. Hakim ancak o zaman bu ihtilâfı görebilir ve onu hal etmeği düşünebilir, fakat bu da onun için, Arşimed'in dünyayı yerinden oynatmak istediği noktadır.

Binaenaleyh sarîh kanun ihtilâfı ne tatbikat ve ne de tatbikata zemin hazırlamak isteyen nazariyat için bir mesele teşkil etmemektedir. Şu

(25) Seine Hukuk Mahkemesinin 21.7.1883 tarihli kararında (*Journal de droit*, XI, s. 415) bu nazariyeyi red için istinad ettiği mucip sebepler pek yerinde grünüyor: Vasiyet edenin tasarruf ehliyetini şahsî statüsü tayin etmekte, vasiyetin yalnız dış şeklini de vasiyetin yapıldığı memleket kanunu tanzim etmektedir; medenî kanunun 999 uncu maddesinin istisnaî olarak ülke dışında vasiyette bulunan fransız sadece 970 inci madde hükümlerine riayete mezun kılmasından yukarıda açıklanan prensibin vasiyetnamenin tanzimi sırasında Fransa'da bulunan ecnebiye tatbik edilmeyeceği neticesine varılmaz; şu halde bu konuda Rus kanununun şart koştuğu şekli unsurlara riayet edilip edilmediğini araştırmaya mahal yoktur. ve Orléans istinaf mahkemesinin 4. Ağustos 1859 tarihli kararı, aynı yerde, s. 468: «... şahsî statü ferdi her gittiği yerde takip ederse de bu, ferdin yalnız hali için böyledir... hukukî muamelelerin dış şekli ise muamelenin yapıldığı memleket kanunu ile tanzim edilmektedir...» keza Krş. Lucca İstinaf Mahkemesi, 23.6.1882 *Journal de droit*, XI, s. 549 ve Torino Tenyiz Mahkemesi 31 Mayıs 1881, *journal de droit*, X, s. 84 vdd.

kadar ki mevcudiyetinin zarurî olarak tevliid ettiği yaniltıcı münferid tezahürlerin bizi şaşırtmaması için onu lâyikeyle kavramamız lâzımdır. kıymetli bir müellif demiştir ki, muhtelif memleketlerin mahkemeleri aynı hâdiseye ayrı ayrı hükümler vermişlerse, bu takdirde üç ihtimal mevzuu bahistir: bu kararlardan ya biri doğru diğeri yanlış veyahut da biri yanlış ve diğeri doğrudur, veyahut da her ikisi de yanlıştır. Dördüncü bir ihtimalin mevcüt olduğunu da daima gözönünde tutmalıyız: her biri kendi memleketinin kanunlarına göre olmak üzere, her ikisi de doğrudur.

Buraya kadarki tetkiklerimiz sarih kanun ihtilâflarına, yani muhtelif memleketlerde devletler hususî hukuku hakkında mevcüt sarih hükümlerin birbirinden farklı olmasından doğan ihtilâflara inhisar etmiştir (§ 2).

Fakat bu gibi hükümlerin zahiren eşit olmaları veya hiç bulunmalarını halinde de ihtilaflar sahasından uzaklaşmış olmayız.

1. Devletler hususî hukuku hükümleri bir mahalde yürürlükte olan bir kanunun hakimiyeti ile bir hukukî münasebetin münferid unsurlarının muhtelif mahallerle olan alâka ve münasebetleri arasında bir irtibat tesis etmektedirler. Bu gibi unsurlar şunlardır: bir şahsın tâbiyeti veya ikametgâhı, bir aynın menkul veya gayri menkul oluşu, zilyet, malik veya sair bir aynî hak sahibinin ikametgâhı, bir akdin infaz veya ifa mahalli, haksız bir fiilin ika mahalli. Bu irtibat mefhumları hukukî birer mefhumdur; mevcüt olmıyan beynelmilel bir kanunnameye göre tayini imkânsız olan hukukî mefhumlar. Bunun neticesi olarak meydana gelen ikinci bir sınıf kanun ihtilâflarına da irtibat mefhumları ihtilâfı diyoruz.

2. İster kanun vâzı, ister hukuk ilmi tarafından olsun, bir hukukî münasebetin yer itibariyle olan makarı onun hukukî mahiyetine göre tayin olunur. Bir hukukî münasebetin mahiyeti ise her tarafta mer'î olan ve beynelmilel mahiyet taşıyan bir şey değildir. Müsbet hukuklar arasındaki fark hukukî münasebetlerin mahiyetleri arasındaki farklar üzerinde de müessir olur. Bunun zarurî neticesi de üçüncü bir ihtilâflar sınıfıdır. Hukukî münasebetlerin yer itibariyle ayrı olmaları neticesi husule gelen mahiyet farkları dolayısıyla doğan ihtilâflara da: gizli kanun ihtilâfları diyoruz.

İkinci ve üçüncü sınıf ihtilâflar, kanaatimizce birincisinden çok daha ehemmiyetli olan güçüklere sebebiyet vermektedirler. Aşağıki kısımlarda da bunlardan bahsedeceğiz.

İKİNCİ KISIM

İrtibat Mefhumları Arasında İhtilâf

§ 15

Sarih kanun ihtilâfları muhtelif ülkelerde cârî devletler hususî hukuku hükümlerinin farklı oluşundan meydana gelmektedir.

İrtibat mefhumları arasındaki ihtilâflar ise bu hükümlerin aynı derecede ihtiva ettikleri ve irtibat mefhumlarının irtibata esas ittihaz eyledikleri hukuk mefhumlarının farklı oluşundan meydana gelmektedir.

Bununla, esasta tamamiyle birbirinden ayrı olan şeylerin aynı ad altında şurada ve burada meydana çıktığını iddia etmek istemiyoruz. Aksi takdirde bu örtülü sarih kanun ihtilâflarından başka bir şey olmazdı. Tasavvur etmekte olduğumuz hallerde yalnız tâbirler değil, aynı zamanda mefhumların dayandığı esas fikirler arasında da mutabakat vardır. Ancak bir hukuk mefhumunu bir mantık mefhumundan ayıran da, hukukta bütün neticelerin en yüksek bir ide'den çıkarılamıyacağı keyfiyettir; zira bir hukuk fikrinin gelişmesi tah'lil ve diyalektik kanunlarına değil, tâbi olarak vuku bulur. Binaenaleyh bir müessesenin esasını teşkil eden hukuk fikrinin milletlerarasında aynı oluşu, hiç bir zaman o hukuk müessesesini tanzim eden hükümlerin de milletlerarasında aynı oluşunu icap ettirmez. Aynı asli fikri takip etmiş olmakla beraber, karîne ve faraziye burada başka, orada başka şekiller meydana getirmiştir. Öz aynı kalmakla beraber takıntılar değişiktir.

Ülke hukuklarındaki bu gibi ahenksizliklerin milletlerarasında ne dereceye kadar bir ahenge ulaşabileceğini, bugünkü şartlar altında bertaraf edilmeleri imkânsız uygunsuzlukların ne nisbette meydana geleceğini tetkik etmek etüdümüzün aşağıdaki ikinci kısmının mevzuunu teşkil edecektir.

TÂBİİYET

§ 16

Bir devletler hususî hukuku kaidesi şahsî statüyü tâbiyet kanununa göre tayin ettiği zaman, bundan muayyen bir devlete olan tebaiyetten, âmme hukuku sahasına giren bir bağılıktan başka bir şeyin anlaşılamiyacağını yukarda (§ 8) izah etmeğe çalıştık. Hususî hukuk sahasına giren bir tâbiyet bir *contradictum in adjecto* = yani terim ile ona ilâve edilen şey arasındaki tezattan ibarettir. Fakat *Bluntschli* Züriç kanununun 2. nei maddesinin serhinde muhtelif milletlerin millî kanun tabirinden başka başka şeyler anladığını izah ederken, iki hukuk hükmünün karıştırılmakta olduğu görülüyor: bunlardan biri bir şahsın millî hukukunu tayin eden, diğeri de şahsî statünün bu kanuna mı, yoksa başka kıstasa mı tâbi olacağını tayin eden hükümdür - bu karıştırmadır ki maalesef atf.n İsviçre hukukunda kanunen kabul edilmesini de intaç etmiştir (Ek. yukarda § 6 not 1).

Tâbiyetin iktisabı ve ziyai hakkındaki kanunlar muhtelif memleketlerde hâlen o derece birbirinden ayrılmaktadır ki, dünya hukuku önderliğinde en ileri gidenler bile bu sahada bir tevhidî sırf nazarı ve varılması lâzmgelen bir idcal olarak göstermektedirler. Krs. *Bluntschli*, *Revue de droit international*, II, s. 108 vdd., *Laurent* III, s. 257 vdd., *Bar*, I, s. 164 - 263.

Dununla bir kimsenin hangi devlet tâbiyetinde olduğunun hangi devlet kanununa göre tayin olunacağı meselesi ortaya çıkıyor. Buna verilecek cevap için tereddüde mahal olamaz. Bir devletin tabalariyle olan münasebetinin hukuken tanzimi selâhiyetinin münhasıran o devlete ait olacağı, yabancı devletlerin hükümlerlerinin tanınmasının en tabî bir neticesi ve hattâ aynı fikrin diğeri bir ifadesidir. Binaenaleyh tâbiyetin iktisap ve ziyai, tâbiyeti mevzuu bahis olan devletin hukukuna göre tayin olunur. Devletler hususî hukukuna değil, fakat devletlerarası âmme hukukuna giren bu mesele prensip olarak herkes tarafından da kabul edilmiştir. Krs. *Bar*, I, s. 168, *Lâ.bé*, *Journal de dr.* IV, s. 5 vdd., *Esperon*, aynı yerde, VII, s. 341, *Bordeaux Hukuk Mahkemesinin* 29 Kasım 1882 tarihli kararı, X, s. 297, *Paris Temyiz Mahkemesi* 1874, III, s. 29, *Toulouse İstinaf Mahkemesinin* 26 Ocak 1876 tarihî kararı, IV, s. 235, *Lyon Hukuk Mahkemesinin* 7, Ocak 1875 tarihli kararı, III, s. 183,

Lacca İstinaf Mahkemesinin 8 Haziran 1880 tarihli kararı, VIII, s. 552, Kahire Bîdayet Mahkemesinin 10 Nisan 1876 tarihli kararı, III, s. 192

Fakat tabiiyet kanunlarının farklı olması veya bir tâbiyetin iltisabıyla eskisinin zayi olmaması veyahut bir tâbiyetin ziyaiyle yeni bir tâbiyetin iktisap edilmemesi hallerinde iki gayri tabii durum meydana çıkar: çifte veya çok tâbiyet ve bir de - *Laurent'a* göre *une anomalie plus chowante* olan - tâbiyetsizlik.

Bu gibi hal'erde şahsî statü ne olacaktır?

Şahsî statü yalnız bir tane olabilir ve yalnız bir tane olmalıdır. Bu sonuncu şıkkı isbata da hacet yoktur. Cenevre Hukuk Mahkemesi 26 Aralık 1879 tarihli kararında ise birinci şıkkı inkâr etmektedir. Bir şahsın birden çok tâbiyeti kulanması halinde şahsî statüsünün de birden çok olacağı iddia edilmektedir; bu karara göre o şahıs mahkeme önünde şahsî statülerinden her birine istinad edebilecektir (buna karşı *Lehr, Revue*, XII, s. 312 vdd. Alman Temyiz Mahkemesi de bir haksız fiilin iki yerde ika edilmiş olduğu bir halde bu karara benzer bir karar vermiştir, bk. Alman Temyiz Mahkemesi kararları, XXIII, s. 305 vdd). Karunların içtimaidan ibaret olan bu hale ileride (III ncü Kısım) daha ctraflı olarak avdet edeceğiz. Burada şunu söylemekle iktifa edelim: hâkime, bir şahsın medenî hakları kullanma ehliyetini haiz olup olmadığını aynı zamanda hem fransız ve hem de ingiliz hukukuna göre tayin etmesini emretmek açık bir manasızlık olur; bir tarafa arzu ettiği hukuku seçmek hakkını tanımak ise tahammülü imkânsız bir haksızlık olmakla kalmaz, temel kâdelerden biri olan *jura novit curia* = hâkim kanunları bilir, prensibine de aykırı düşer. Kaldı ki bu intihabı yapmak hakkı taraflardan hangisine ait olacaktır? Şahsî statüsü birden çok olan tarafa mı yoksa hasmına mı? Medenî haklarını kullanma ehliyetinin bulunduğu iddia eden tarafa mı, yoksa ehliyetsizlikten hukukî neticeler çıkarana mı? Hele aile ve miras hukuku hükümleri karşısında durum ne olacaktır? Mirasçılardan her biri müris'n kendisi için en müsait olan şahsî statüsüne mi istinad edecektir? Bunun gayri kabili tatbik olduğu aşikârdır. Yoksa hâkim, *Nathan* da olduğu gibi, düşümü dilediği şahsî statü lehine kesmesi için müris babayı getirmedikleri takdirde tarafları huzurundan mı kovsun?

Bunun bir tek hal çaresi vardır; hâkimin tereddüt halinde daima dahilî hukuku tatbik edeceğine dair *Wächter* tarafından va'zedilmiş bulunan prensip. Avusturya kanun vâzı 9 Ağustos 1854 tarihli kanunun 25.

nci maddesinde bu yolu tercih etmiştir. Saksonya için Medenî Kanununun 6. ncı maddesinden bu neticeyi çıkarmak mümkündür; hiç değilse ROHG. müşabih bir hâdisede (borcun birden çok ifa mahallinin bulunması hali) bunu yapmıştır: Kararlar, XIX, s. 132. Ancak böy'e kanunî hükmün bulunmadığı hallerde bu hal tarzı imkânsızdır. Zira *Wächter*'in bu temel kaidesinin keyfi ve gayri kabili müdafaa olduğu hususunda bugün ittifak mevcuttur.

Beynelmilleci mektep ifrattan tefite kaçan bir hal tarzı teklif etmektedir. Bu nazariye burada da mülkî kanunlar üstündeki bir noktadan hareketle vahdeti temine çalışmaktadır.

Birden çok tâbiyetin bulunması halinde evvelemerde bunlardan hangisinin daha selâhiyetli olduğu araştırılacaktır (*Brocher (Revue, V. s. 406* "Nous croyons pouvoir le dire, il est rare que les circonstances ne permettent pas de reconnaître laquelle de ces nationalités multiples doit être considérée comme la principale = Şunu söyleyebileceğimizi sanırız, hal icaplarının, bu müteaddit tabiiyetlerden hangisinin esas olarak telâkkisi icap ettiğinin teşhisine imkân vermediği nadirdir" diyor.

Halin bu «icaplarını» bulmak çok kere kolay olmayacaktır.

Alman ana babadan Amerika'da doğan çocuk alman kanununun 3 ncü maddesine göre Alman, Amerikan hukukuna göre ise ülkesinde doğduğu devletin tabasıdır. Okyanus'u geçmemize de hacet yok: Alman ana ve baba, orada ikamet etmek şartıyla, Danimarka'da, Hollanda'da da durum aynıdır. - Bir fransız baba ve alman anadan evlilik dışında dünyaya gelmiş olup tanınmış o'an çocuk alman hukukuna göre Alman, fransız hukukuna göre ise (hiç değilse hakim telâkkiye göre: *Journal de droit.*, V. s. 13; *Laurent*, III s. 187 vdd.) Fransızdır. - Bir Almanla evlenmiş olan fransız kadını evliliğin zevalinden sonra Fransa'da yerleşirse veya Fransa'yı esasen hiç terketmemiş bulunursa, *ipso iure* Fransızdır. (Bk. Fransız Medenî Kanunu, m. 19, *Clunet Journal de dr.*, VIII, s. 150 vdd. ve orada zikrolunanlar; *Esser, Révue*, VII, s. 399), Alman kanununa göre Alman kalır (keza krş. İtalyan Medenî Kanunu, § 9). - Telsik yoluyla alman veya italyan tâbiyetine giren bir fransızın reşid olmıyan çocukları ile karısı Alman veya İtalyan'dır (Alman Kanunu § 11) İtalyan Medenî Kanunu m. 10, keza krş 1870 tarihli İngiliz *Naturalisation Act*, m. 10). Bunlar buna rağmen fransız hukukuna göre Fransız kalırlar. (bk. Lyon Hukuk Mahkemesinin 7 Ocak 1876 tarihli kararı. *Journal*, III, s. 183; Toulouse İstinaf Mahkemesinin 26 Ocak 1876 tarihli ka-

rarı, Journal, IV, s. 235; Paris Hukuk Mahkemesinin 25 Haziran 1875 ve Paris İstinaf Mahkemesinin 4 Şubat 1876 tarihli kararları, *Journal*, IV, s. 355; Luxemburg Hukuk Mahkemesinin 5 Ocak 1887 tarihli kararı, *Journal*, XIV, s. 674) (26) Bütün bu hallerde *Brocher'e* göre müteaddit tâbiyet'lerden birini tercihe imkân verecek icap'arı bulmak pek de kolay olmayacaktır. Her tarafta tâbiyetin iktisabı ve z'yanını aynı şartlara bağliyacık esaslar va'zetmek mümkündür. (Kırs. V. *Bac*, *Bluntschli*, a. g. y., ve bilhassa Amerikan Dışişleri Nazırının *Wharton'dan* naklen; *Cahn*, a. g. y., s. 22 de int'şar eden ve bir çok bakımlardan şavânı dikkat olan notası). Fakat bunlar şurada ve burada câri olan mahal'î hükümlerin bir terkibinden başka bir şey olamazlar. İhtilâf halinde olan prensipler arasından, en isabetlisi olduğu için ihtilâfın hallinde tercih edilmesi lâzımgelir diye, birisini seçmeğe imkân yoktur. Memleketlerden her biri, mahal'î tarihe tâbi olarak inkışaf etmiş olan hükümleri en tabii ve en iyi telâkki edecektir. Karakteristik bir misal şudur: Amerika'da son zamanlarda *ius soli'nin* yanında kan veya doğum esasına yer verilmiştir. Bir Amerika'nın çocuğu ister Amerika'da, ister Amerika dışında dünyaya gelsin, Amerikalıdır. Fransa'da ise aksine olarak doğum esäsundan başka mahdut bir şekilde *ius soli* esası da carid'ir. 16 Aralık 1874 tarihli kanuna göre Fransa'da doğan bir yabancı'nın babası da Fransa'da doğmuşsa, o çocuk Fransız olur. Şayet bu baba Amerikalı ise, çocuk aynı zamanda hem Amerikalı ve hem de Fransız olur. Şayet *Brocher'e* göre halin hususî icaplarını araştıracık olursak hiç şüphesiz ame-

(26) Yabancı mevzuat için kırs. *Laurent*, III, s. 213 vdd. bilhassa *Cahn*, *Das Reichs - gesetz über die Erwerbung, und den Verlust der Reichs - und Staatsangehörigkeit*, Berlin 1889, s. 19 vdd. İngiltere için: *Westlake* § 263 vdd; *Nelson*, s. 45 vdd; Şimali Amerika için: *Journal de droit*, IV, s. 383 vdd ve *Morse*, *Journal de droit*, XIV, s. 32 vdd. Keza Kalifornia evalet mahkemesinin *Look - Tin - Sing* dâvası münasebetiyle vermiş olduğu 29 Eylül 1883 tarihli mühim karar, *Journal de droit*, XIV, s. 230 vdd. Buna karşı *Morse*, agy. (burada, Birleşik Devletler anayasasının onördüncü tad'inden çıkan mahzurlu ihtilâf mevzuu bahistir.) Peru için: *Pradier - Fodéré* agy, s. 347; Şili için: *Scrinario* İstinaf Mahkemesi, *Journal de droit*, II, s. 386 vdd. - Evlenme ile tâbiyetin ne dereceye kadar iktisap ve kayıp edildiği hususundaki münakaşalar da alâka çekicidir. İngiltere'de 1870 tarihli *Naturalisation Act*, Türkiye'de 19 Ocak 1869 tarihli kanundan evvel bir yabancı ile evlenmek millî hukukun kaybını muc'p o'mazdı (Kırs. *Westlake*, § 276; *Journal de droit* VIII, s. 49; *Salem*, *Journal de droit*, s. XV s. 477). Şimali Amerika'da 1844 den evvel durum aynı idi; şimdiki durum ise münakaşalıdı; kırs. *Kelley*, *Journal de droit*, XI, s. 162 vdd; Madrid Yüksek Mahkemesinin 13 Ocak 1885 tarihli kararı, *Journal de droit*, XV, s. 138 (bu son kararda bir İspanyolla evlenmiş olan Amerikalı bir kadının amerikan tabiiyetini muhafaza ettiğine hükmedilmiş tir.)

rikan tabiiyetini hakim sayarak tercih ederiz. Zira *ius soli* «geçmiş bir devreye aidiyeti bakımından zamanımıza artık uymayan» bir prensiptir; ihtilâf vukuunda doğum esası tercih olunmalıdır (*v. Bar*, I. s. 260). Bayonne Hukuk Mahkemesi de her halde 27 Aralık 1882 tarihli kararında bu telâkkiden hareket etmiş olacak (*Journal*, X. s. 56 vdd.) Mahkeme bu kararında fransız kanununu, bu kanunun Fransa'da yaşayan yabancıların aslî tâbiyetlerini kaybetmiş olmaları haline şâmil olup, Fransadaki ikametlerinin temadisine rağmen aslî tâbiyetlerini muhafaza etmiş olmaları haline şâmil olmayacağı şeklinde tefsir etmiştir. Fakat ne gariptir ki bu *pays d'origine* = yani tabiiyet memleketinin hangi tâbiyetin daha isabetli olarak tercih edilmesi lâzımgelceği hususundaki kanaati tâmamiyle aksinedir. Paris'teki ameriken elçiliği ameriken dışişleri bakanı *Bayard*'ın 2 Temmuz 1886 tarihli bir karara taban ve Amerikanın, doğum memleketi olan Fransa lehine çekilmek mecburiyetinde olduğu iddiasıyla, aynı hâdisede pasaport vermekten imtina etmiştir; «*Les droits du pays de la naissance priment tous les autres*» = Doğumun vâki olduğu devletin hakları diğer devletlerin haklarına takaddüm eder. (*Journal*, XIV, s. 380 vdd.) (27). Kendi misal Avrupa bakımından bunun aksine kadar doğru ise, bu da aynı misal nazarından o kadar doğrudur. Bize nazaran başta gelen, ülke prensibiyle karşılaşması halinde daha isabetli ve salâhiyetli olan doğum veya kan prensibidir; Amerikalı ise bunun aksini tabii bulmaktadır.

Bu misal tipiktir. Meselenin halli burada olduğu gibi diğer bütün hallerde, en mutad olanında dahi keyfîdir; meselâ bir kimsenin telsik yoluyla veya yabancı bir memlekette uzun ikameti neticesi olarak yeni bir tabiiyet iktisap etmesiyle beraber, onun milî mevzuatı tâbiyetin bir «*character indelebilis*» = şahsın bir lâzımı gayri müfariki» olduğuna kanî bulunduğu veya - fransız veya italyan hukukunda olduğu gibi (Fransız Medenî Kanunu m. 19; İtalyan Medenî Kanunu m. 11) - mücerret yabancı bir tâbiyetin iktisabıyla kendi tâbiyetinin ziyamı kabul etmeyip, bunun için ayrıca devlet tarafından verilecek hususî bir müsaadeye ve-

(27) *Cahn*'ın s. 29 da, ameriken konsoloslarına mahsus 1881 tarihli talimatları zikrettiği kısım da buna tekâbül etmektedir; «Amerikan tabasının yabancı bir memlekette dünyaya gelen çocukları, o yer kanunlarına göre dünyaya geldikleri devletin tabiiyetini haiz olurlarsa, ameriken mevzuatı, o devlet ülkesinde buldukları müddetçe doğdukları devlete karşı olan bağlılık ve sadakat vazifeleriyle kabili telif olmayacak tarzda tefsir edilmemelidir.» Burada da ağırlık merkezinin, tabiiyeti tayin eden unsurun doğum yeri olduğu aşikârdır: yoksa *Cahn*'ın, agy, bildirdiği diğer devletler mevzuatında olduğu gibi, o memlekette ikamet asıl değildir.

ya muayyen tarzda bir feragat beyanına veyahut da sarahaten ihraca lüzum gösterdiği için: eski tâbiyetini muhafaza etmekte devam etmesi halinde olduğu gibi: yukarda zikri geçen İsviçre Federal Kanununa (*renonciation* = feragat,) Türk hukukuna (Kahire Hukuk Mahkemesinin 10 Nisan 1876 tarihli kararı, *Journal*, III, s. 192; Selânik İngiliz Konsolosluk Mahkemesinin 11 Mart 1886 tarihli kararı, *Journal*, XIX, s. 763; *Salem, Journal*, XV, s. 477 vdd.: müsaade) ve Alman kanununa göre (çıkarma: § 13) durum böyledir. Böyle bir ha'de ilk vatan olan devletin hukukunu tercih etmek, İspanya Temyiz Mahkemesinin yukarda mezkûr 13 Aralık 1885 tarihli şayanı dikkat kararında olduğu gibi tamamiyle keyfidir; zira telsik de doğum kadar tâbiyeti iktisap sebeplerinden biridir. Yeni vatanını tercih etmek de keyfidir, zira tâbiyetin iktisabı nasıl yeni vatan hukukuna göre tayni ediliyorsa, tâbiyetin ziyasının da eski vatan hukukuna göre tayini zaruridir; *Brocher*'in yeni tâbiyet lehine olarak: «*parce que l'acquisition d'une nouvelle partie semble assez généralement indiquer l'intention d'abandonner l'ancienne* = zira yeni bir vatan iktisabı umumiyetle evvelkisini terk etmek niyetini göstermektedir» demesi (keza, krs. *Lehr, Revue*, XII, s. 312 vdd.) bu her türlü mesnetten mahrumdur, zira bir tâbiyeti terk niyeti, ancak bu niyetin hukukî neticesi o tâbiyetin ziyayı olmak şartıyla nazarı itibare alınabilir. Halbuki meselâ alman kanununda da olduğu gibi alelâde bir irade beyanı dahi böyle bir hukukî neticeyi meydana getirmez. *Bar* ile birlikte itiraf edelim ki, ihtilâf halinde bulunan devletlerden her birinin kendi hakimiyet sahası içerisinde kendi iddiasını ileri sürebileceği, «üçüncü devletin ise tâbiyeti, ferdin muhaceret serbestisi prensibi icabı olarak ittihaz etmiş olduğu karara göre takdir etmek mecburiyetinde oldukları» da keyfidir. Zira muhaceret hürriyetinin «hâkim prensip» olduğu ve ona itibarın «âdetâ kanunî bir karine» bulunduğu iddia olunamaz. Böyle bir karinenin mevcut olmadığını mevzu bahis üçüncü devletin hukuku gösterecektir. Böyle olmasa bile, o üçüncü devlet yabancı bir devletin hakimiyetine tâbi olduğunu kabul mecburiyetinde kaldığı bir mevzu hakkında mezkûr prensibin tatbikini nasıl talep edebilecektir?

Bu suretle neticeye varmış oluyoruz: Tâbiyetin iktisabı, ziyayı hakkında her yerde aynı mahiyette bir kanun mevcut olmadıkça çok tâbiyetlik meydana gelecek ve mevcut olacaktır. Bundan âmme hukuku sahasına giren mükellefiyetler arasında bir çatışma ve ihtilâf meydana gelebileceği aşikârdır. Ancak bu takdirde bu çatışmadan hangi tâbiyet hukukunun mağlûp çıkacağı ne bir hukuk ve hattâ ne de bir devletler

umumî hukuku meselesi değildir (28). bu, devletler için bir mücamele, hususî veya umumî muahedeler, diplomasi ve siyaset meselesidir. Almanya ve diğer avrupa devlet'lerinin çoğu böyle bir vaziyette umumiyetle yabancı bir memlekette ikâmet eden ve ikâmet ettikleri memleketin tâbiyetini muteber bir şekilde iktisab etmiş bulunan vatandaşlarını o memleket makamları ile çıkan ihtilâflarda himaye etmeği prensip ittihaz etmişlerdir (Bk. *Cahn*, a. g. y., s. 29). Hiç kimse bu hareket tarzının, müteaddit tâbiyetlerden hangisinin daha isabetli ve daha hak'ı olduğu meselesini halletmekte olduğunu iddia edemez. Bunda hakim olan fikir her halde şudur: her iki devletin de o şahsın tabalığını iddia etmek hususundaki hakları aynı derecede kuvvetlidir. Fakat *in remari melior causa possidentis* = yani tarafların durumunun müsavâtı halinde zilyedin tercih olunacağı malûmdur, keza, *Cobbett, leading cases and opinions on international law*, Londra 1885, s. 54 vdd. mezkur beynelmilel ihtilâf hallerine bakınız). Bu, her türlü hakların fiilen dermeyanı bakımından çok büyük ehemmiyeti haiz olan bir noktai nazar olmakla beraber bu hakların mevcudiyetlerini tayin etmez. O şahs ile fiilî bir alâka ve münasebeti bulunmayan devlet, aynı derecede hak sahibi olan ikametgâh devleti lehine olarak kendi talep ve iddialarından sarfı nazar etmek zaruretindedir. Ancak diplomasi ve siyaset icabı olan bu hal tarzı medenî hukuka müteallik mahallî içtihadlar üzerinde mer'î o'amaz. Bunlar için ise bir hâl çaresi yoktur, zira bu hukuken imkânsızdır. Çok tâbiyet muhtelif hukukların mahsulüdür; bunlardan ise hiç biri rüçhan hakına sahip değildir.

Tâbiyetsizlik hakkında da aynı şey varittir. Mevzuu'nun çoğu tâbiyetin iktisabını kolaylaştırdıkları halde ziyânı güç'estirdiklerinden, tâbiyetsizlik halleri gerek sayı ve gerekse ehemmiyet itibariyle mahduttur. Ancak tâbiyetsizlik de aynı mevzu hakkında yanyana muhtelif kanunların mevcudiyetinin neticesidir; aynı sebeplerden dolayı ve aynı anlamda olmak üzere bu çeşit meselelerin hukuken halli de imkânsız-

(28) Tabiiyetin iktisabı hususunda tamamiyle anormal, her türlü modern hukuk telâkkilerine aykırı kaideler vazeden bu gibi kanunların, devletler umumi hukukunca ne dereceye kadar red olunacağı veya misliyle mukabele tedbirlerine yol açabileceği meselelerine burada temas edecek değildir; yukarıda zikri geçen misâllerin hiç birinde bu gibi istisnalar mevzuu bahis değildir. - Son zamanların acaip kanunlarından birini Brezilya Cumhuriyetinin 15 Aralık 1889 tarihli Tabiiyet Kanunu teşkil etmektedir; buna göre 15 Kasım 1889 da Brezilya'da ikamet eden ve daha sonra Brezilya'ya hicret eden herkes bilâkaydışart Brezilya tabiiyetini iktisap etmektedir, meğer ki 6 ay içinde bunun aksini tercih ettiklerini resmen birer beyanname ile bildirmiş olalar.

dır. Meselâ artık İngiltere ve Şimalî Amerika'da mevzuu bahis olmamakla beraber Danimarka'da ve Cenubî Amerika devletlerinde hâlâ olduğu gibi, *jus soli'yi* kayıtsız ve şartsız olarak tanıyan bir devletin tabiiyetinde bulunan bir kimseden Almanya'da dünyaya gelen çocuklar tâbiyetsizdir. Bir Fransız kadınından Fransa'da evlilik dışında dünyaya gelen ve Alman veya İngiliz babası tarafından tanınmış olan çocuk tâbiyetsizdir. Bir İngiliz kadınından İngiltere dışında dünyaya gelen nesebi gayri sahih çocuk tâbiyetsizdir (Bk. *Cahn*, s. 33).

Bu hallerde mahallî hukuklara rağmen beynelmilel sahada bir tâbiyet yaratmak imkânsızlığı meydandadır. Bir tabiiyetin memlekette bulunmamak vesaire gibi sebepler yüzünden zayi olup aynı zamanda yeni bir tâbiyetin iktisab edilmediği hâl gibi en ziyade mutad olan hallerde dahi kaybedilen tâbiyetin devam etmekte olduğunu iddia etmek keyfi olur, (v. *Bar*, I, s. 260; Torino Temyiz Mahkemesinin kararı; *Revue* VII, s. 201). Tâbiyet hukuken muteber bir şekilde zayi edilmiştir, zira muayyen bir ülkeye bağlı tâbiyet dışında beynelmilel bir tâbiyet mevcut değildir. Devletler umumî hukuku dairesinde devletler tarafından yapılan muahedelerde (bunlar için bak. *Cahn*, s. 197 vdd.) Bir devletin çok kere, yeni bir tâbiyet iktisap etmemiş olan eski vatandaşlarını yardıma muhtaç olmaları halinde himaye etmeği taahhüt ettiği filhakika doğrudur. Fakat, bu, o kimseler el'an dahi vatandaş olmakta devam ettikleri için değil, bir zamanlar vatandaş buldukları için ve ahdi bir mükelefiyet ve beynelmilel nasafet icabı yapılmaktadır. Bunlar onları tekabbül eden devlet için dahi tâbiyetsizdirler ve böyle kalırlar. Vatandaşlık işlerine bakan dairenin müstakar içtihadına göre bu gibiler yardım ikametgâhı kanununun 5 inci maddesi değil, 60 mci maddesi şümulüne girerler (Bk. Bu dairenin 13 Şubat 1886 tarihli kararı, XXIII, s. 169, ile 27 Haziran 1885 tarihli kararı, XVII, s. 159). Keza krs. *Lucca* İstinaf Mahkemesinin 8 Haziran 1880 tarihli kararı, *Journal, de dr.*, VIII, s. 252 vdd.

Yukarda verilen izahattan, daha önce işaret edildiği gibi, ancak bir tane o'abilen fakat bir tanenin bulunması da zarurî olan şahsî statü için ne gibi bir netice çıkar?

Birden çok tâbiyetten birinin yabancı, diğerinin ise millî olması halinde, *Wächter*'in yukarda reddolunan prensibinden sarfı nazar edilse dahi millî tâbiyeti tercih etmek en basit olan hâl tarzıdır ve tatbikatta muntazaman bu suretle hareket edilmiştir. Krs. İsviçre Federal Mahkemesinin 10 Haziran 1876 tarihli kararı, *Journal*, III, s. 231; Selânik İngiliz Konso'osluk Mahkemesinin 13 Mart 1886 tarihli ve yukarda mezkûr

kararı; Toulouse İstinaf Mahkemesinin 26 Ocak 1876 tarihli kararı, *Journal*, IV, s. 235; Belçika Temyiz Mahkemesinin 12 Haziran 1876 tarihli kararı; *Journal*, V, s. 522; Bordeaux Hukuk Mahkemesinin 29 Kasım 1882 tarihli kararı, *Journal*, X, s. 297; Luksemburg Bidayet Mahkemesinin 5 Ocak 1887 tarihli kararı, *Journal*, XIV, s. 674 ve ilâh.....

Ancak bu netice sakat ve gayrı mantıkidir. Sakat bir neticedir, çünkü bizi, müteaddit yabancı tâbiyetin veya tâbiyetsizliğin mevzuu bahis olduğu aynı mahiyetteki diğer hallerde açıkda bırakmaktadır. Gayrı mantıkidir, çünkü burada çıkan ihtilâf iç hukukla dış hukuk arasında değildir; böyle olsaydı iç hukuk tercih olunacaktı. Zira, yabancı bir tâbiyetin ancak o devletin hukukuna göre iktisap edilebileceği prensibini tanımak mecburiyetinde olduğumuzdan, yabancı tâbiyet yalnız o yabancı devlete nazaran değil, bize nazaran mevcut ve müteberdir.

Mademki yalnız bir tek şahsî statünün bulunması lâzımdır, ve bu tâbiyete göre tayin olunacaktır ve mademki tâbiyet münferid hallerde birden çok olabileceği gibi hiç mevcut da olmayabilecektir - bu takdirde kanaatimizce yapılacak yalnız bir şey kalıyor demektir: bu gibi hallerde devletler hususî hukuku hükmünü olduğu gibi tatbik etmeğe imkân olmadığını, zira irtibat mefhumunda behemehal bulunması lâzımgelen vasfın, yani vahded veya varlığın mevcut olmadığını teyit etmek. Diğer bir ifade ile: Eu takdirde bir tezaad veya hukukta boşluk karşısındayız (şu şartla ki kanun vâzı bu gibi haller için sarıh bir hüküm ihdas etmiş olmasın). Eu takdirde umumî prensiplere göre şu sualleri sormamız lâzım gelecektir: Kanun vâzı bu meseleyi düşünmüş olsaydı, heyeti umumiyenin mana ve ruhuna nazaran nasıl bir hüküm vâzetmiş olurdu? Kendisi tarafından seçilmiş olan ve hiç mevcut olmadığı veya hiç bir işe yaramıyan çifte şekliyle meydana çıktığı için meseleyi halletmeyen irtibat noktası yerine başka hangi irtibat noktasını ikame ederdi?

Tâbiyet yerine konacak tek mefhum olarak hatırımıza ikametgâh geliyor.

Bunun içindir ki (kanun vâzının başka kanaat'e olduğunu gösterecek diğer bir mesned mevcut olmadıkça) tâbiyetin birden çok olması veya hiç bulunmaması hallerinde şahsî statünün şahsın ikametgâhına ve bunun bulunmaması halinde onun bulunduğu yere göre tayin olunması lâzımgeldiği kanaatındayız. Her ne kadar bu kanaat, yukarda temas ettiğimiz milletlerarası hukuka müsteniden teklif

olunan hal çarelerinden birine çok yaklaşmakta ise de (Bk. yukarda s. 57), mana itibariyle ondan esaslı derecede ayrılmakta olduğunu tebarüz ettirmeğe hacet dahi yoktur.

Tabiiyetsizlik hali için bu neticenin kabulünde esasen hemen hemen ittifak vardır. Krş. *Renault*, a. g. y., s. 338; *Laurent*, III, s. 435, vdd.; *Brocher, Journal*, V, s. 405 vdd.; Brüksel Hukuk Mahkemesinin 29 Aralık 1877 tarihli kararı, *Journal*, VIII, s. 102; Lucca İstinaf Mahkemesinin 8 Haziran 1880 tarihli kararı, *Journal*, VIII, s. 552 vdd; Anvers Hukuk Mahkemesinin 13 Ocak 1886 tarihli kararı, *Journal*, XIV, s. 219.

İKAMETGÂH

§ 17

Şahsî statü müsavî surette ikametgâha rapt olunduğu takdirde her türlü ihtilâflar ve benzer güçlüklerden uzaklaşmış gibi oluruz. Zira fiilî bir münasebet olan ikametgâhın dünyanın her yerinde aynı olduğu sayılabilir.

Ancak hakim kanaate göre zilyedlik sırf fiilî bir münasebettir. Buna rağmen zilyedliğin iktisap ve ziraatın hukuk kaidelerine bağlı olduğunda ve bu hukuk kaidelerinin de her yerde aynı olmadığına hiç kimsenin şüphesi yoktur.

İkametgâhta durum bundan farklı değildir. Bir şahsî devamlı olarak bir yere bağlı gösteren manevî bağ, şahsın medenî varlığının merkezi - bu, hiç bir zaman ve hiç bir yerde hukukî kaidelerin yardımı olmaksızın tayin ve tesbit olunamayacak olan bir münasebettir. Yeni bir ikametgâh te'sis olunduğu neticesini çıkartacak bir irade beyanının mevcudiyetine hükmettirecek vak'aların nelerden ibaret olması lâzımgeldiğini ancak hukuk tayin edebilir; ikametgâhın kat'î olarak terkedilmiş sayılması için oradan ne şekilde uzaklaşmak icabedeceğini hukuk gösterir; iradelerini izhara muktedir olmyan kimseler için neresinin ikametgâh sayılacağını ancak hukuk tesbit edebilir; çocukların, karının vesayet altındaki kimsenin ne dereceye kadar babanın, kocanın, vâsinin ikametgâhına tâbi olduklarını ve bunların ikametgâhlarının değişmesi halinde onların ikametgâhının da değişip değişmeyeceğini hukuk gösterir. Bir kimsenin müstakil bir ikametgâha sahip olamayacak şekilde diğer bir şahsa tâbi olması için zarurî hal ve şartların nelerden ibaret olacağını hukuk tayin eder. Bu ve bunlara benzer bütün meseleleri hukuk halle-

der ve bu hâl tarzları da her tarafta aynı değildir. Meselâ krş. Fransız Medenî Kanunu m. 102 vdd.; *Westlake*, § 248 vdd., *Nelson*, s. 1, vdd, 14 vdd.: *Wharton*, § 35-72, Medenî Kanun Layihası m. 34 vdd., Mucip Sebeppler, I. s. 68 vdd.

Beynelmillelci mektep ikametgâhı da mahallî hukuklara müstenid bu temelden hareketle halletmek istiyor. İkametgâh hakkında eşyanın tabiatından her taraf için eşit beynelmilel hükümler çıkarılmak isteniyor. *Domicilium necessarium* kaidelerinin ancak münakaşa mevzuu olan yerde esasen umumî hükümlere göre de bir ikametgâh tesis edilmiş bulunması halinde, aradaki bağlılığın tabii bir aile münasebeti olması halinde, devletler hukukunca kabul edilmiş haricez mem'eket prensiplerinin mevzuubahis olması halinde ve ilâh.... beynelmilel meriyet iddiasında bulunabileceği ileri sürülmektedir. (Krş. v. *Bar*, I. s. 156 vdd.).

Fakat, bilhassa aradaki bağlılığın tabii bir aile münasebeti olduğunda şüphe edilmeyen bir halde, bunun hukukî neticeleri burada oradan farklı olursa, ne yapılacaktır? - Çocuk şüphesiz ana babasına tabii bağlarla bağlıdır. Fakat fransız hukuku, evlilik dışında doğmuş fakat tanınma suretiyle nisbeti sabit olmuş olan bir çocuğun ikametgâhının babasının ikametgâhında (krş. *Dalloz*, *Jurisprudence générale; verbo domicile*, No. 88), alman nazariyatı ve ingiliz hukuku ise *Westlake*, § 234) anasının ikametgâhında bulunduğunu kabul etmektedir. Buna mukabil Şimalî Amerika hukukunda vesayet altında olan bir akıl hastasının akli başında iken tesis etmiş olduğu ikametgâhı vasînin artık değiştiremeyeceği kaidesi câridir. (*Wharton*, § 52 vdd.) alman Hukukuna göre ise durum tamamî'e aksidir. Müstahdemlerle işveren arasında bir nevi tabii bir bağ bulunduğu da şüphesizdir. Fransız Medenî kanununun 109. uncu maddesi bundan, işverenin ikametgâhının aynı zamanda müstahdemlerin de ikametgâhı olduğu neticesini çıkarıyor; alman hukuku ise bu kaideyi reddetmektedir. (Krş. Medenî Kanun hakkındaki Mucip Sebeppler, I. s. 76 vdd.).

İtalya'da dünyaya gelmiş olan bir kimse daha sonra İngiltere'de bir ikametgâh tesis eder ve bundan 32 sene sonra bu ikametgâhını terk ederek Fransa'ya gider ve fakat devamlı olarak orada yerleşip yerleşmek veya yoluna devam etmek hususunda henüz kat'î bir karara varmamış bulunursa - bu takdirde bu kimsenin İskoçya'daki asli ikametgâhının yeniden ikametgâh olarak canlanması kadar hiç bir şey bizler için gayri tabii olamaz. Fakat bu telâkki İngiliz Hukuku için dünyanın «en tabii bir hâdisesidir. «*Why should not the domicile of origin cast on him*

by no choice of his own, and changed for a time, be the state to which he naturally falls back, when his first choice has been abandoned animo et facto, and whilst he is deliberating before he makes a second choice?
 = ilk seçtiği ikametgâhı o niyetle ve fiilen terkettikten sonra, ikinci bir intihap yapmadan evvel teemmül etmekte olan bir kimsenin, ihtiyarı dışında olarak kendisine atfedilmiş ve bir müddet için değiştirilmiş bulunan asli ikametgâhı, niçin bu kimsenin tabii bir şekilde avdet edeceği hal olmasın?» (29).

(29) Lordlar Kamarasının Udny v. Udny dâvası münasebetiyle vermiş olduğu 3 Haziran 1869 tarihli kararda Lord Hatherley, Law. Rep. Scotch Appeals, I, s. 441 vdd; bu karar Nelson, s. 1 vdd. intişar etmiştir. Aynı kararda Lord Westbury'nin ifadesi daha da karakteristiktir: «Natural born Englishman may, if he domiciles himself in Holland, acquire and have the status civiis of a Dutchman which is, of course, ascribed to him in respect of his settled abode in the land; but if he breaks up his establishment, sells his house and furniture, discharges his servants, and quits Holland, declaring that he will never return to it again, and taking with him his wife and children, for the purpose of travelling in France or Italy in search of another place of residence, is it meant to be said that he carries his Dutch domicile... at his back, and that it clings to him pertinaciously until he has finally set up his tabernacle in another country? Such a conclusion would be absurd; but there is no absurdity, and, on the contrary, much reason, in holding that an acquired domicile may be effectually abandoned by unequivocal intention and act; and that, when it is so determined, the domicile of origin revives, until a new domicile of choice be acquired = Doğumdan itibaren İngiliz olan bir kimse Hollanda'da yerleşirse bir hollanlının medenî halini iktisap edebilir; şüphesiz ki bu ona ikametgâhını Holianda'da tesis ettiği için tanınan bir haldir. Fakat şayet ikametine son verir, evini ve mobilyesini satar, hizmetçilerine yol verir ve Hollanda'ya bir daha dönmiyeceği beyaniyle ve yeni bir ikametgâh tesis edecek bir yer aramak için Fransa veya İtalya'da seyahat etmek maksadiyle Holiandayı terk eder ve karısını ve çocuklarını da beraberinde götürürse, Hollanda'daki ikametgâhını da sırtında taşıyacağı ve onun diğer bir memlekette yerleşinceye kadar kendisine ısrarla bağlı kalacağı iddia edilmek mi isteniyor? Böyle bir netice çıkarmak manâsızdır; buna mukabil müktesep ikametgâhın bir daha dönmemek kast ve niyetiyle fiilen terk olabileceğini, bu böyle olunca da yeni bir müntehap ikametgâh iktisap olununcaya kadar asli (yani doğumla elde olunan) ikametgâhın tekrar canlanacağını kabul etmek manâsız değil, bilâkis çok makûl olur.» Görülüyor ki, burada mevzu bahis olunan mevcut olmayan ikametgâh yerine başka bir mefhumun ikâmesi değil (meselî umumî dâva mahalli olarak menşeyen memleketin ikâmesi gibi, krş. Lübeck İstinaf Mahkemesinin 18 Nisan 1848 tarihli kararı, Seufferts Archiv, II, s. 354). Bilâkis İngiliz telâkkilerine göre sonradan intihap suretiyle elde edilecek olan müstesap ikametgâh ile gölgede bırakılan, zayi olmayıp, geçici olarak uykuya dalan, fakat hiç bir zaman ölmeyen asli (yani doğum ile elde olunan) ikametgâhın tam manâsı ile devamı mevzu bahistir. It remains in abeyance during the continuance of the domicile of choice = o, müntehap ikametgâhın devamı müddetince muattal kalır». ve: «as the domicile of origin is the creature of law, and independent of the will of the party, it would be inconsistent with the principles on which it is by law created and ascribed to suppose that it is capable

İkametgâh da diğerleri gibi bir hukukî müessesedir. Bu hususta bizim tabii telâkki ettiğimizi diğer devletler böyle sayıyabilirler veya bilâkis onların tabii bulduğunu biz öyle görmeyebiliriz. «Hukuku hukuk hissi değil, hukuk hissini hukuk yaratmıştır.» Mülkî esaslara müsteniden meydana gelmiş bulunan bir müesseseyi yine mülkî hukukî tahlillere müsteniden hal'e kalkışmak keyfî bir spekülasyon olur. Beynelmîlel ikametgâh kadar mülkiyet, beyi, kira ve bütün diğer hususî hukuk müesseseleri hakkında da beynelmîlel hükümler toplamak kabildir. Bu takdirde kelimenin tam manasıyla beynelmîlel bir hususî hukuk elde edilmiş olur. Ancak bunun bir tek eksiği bulunacaktır: bunun müelliflerin muhayyeesi dışında da hukuken mer'î olması! Hattâ diğer sahalarda buna benzer denemeler de yapılmıştır. Meselâ *Wharton'a* göre (§ 170 - 180) beynelmîlel bir evlenme şekli vardır (*by the common law of christendom* = Hıristiyanlığın müsterek hukukunun tayin ettiği) ve bu da evlenme ehliyetini haiz olan tarafların rizalarının birleşmesinden ibarettir. «*Local limitations of this principle requiring marriages to be conducted according to certain solemnities, have no extraterritorial force* = evlenmelerin muayyen merasime tabi olmasını âmir bulunan bu prensibe konulan mahalli tahditlerin extraterritorial (= ülke dışı) hiçbir hükmü yoktur.» (Eşyanın tabiatına uygun olmayan ikametgâha mütedair hükümler hakkında *Bar* aynı neticeye varmaktadır.) Evlenme ehliyetinde de durum aynıdır. Burada bütün hıristiyanlığın müsterek hukuku olarak şu esaslar cârîdir: «*General principles of international law, which concede matrimonial capacity to all persons of puberty, excepting those affected by the impediments of incest or polygamy* = Hısımlıktan ve çok evlilikten ileri gelen manilerden müteessir olanlar hariç bulûğa ermiş herkese evlenme ehliyeti bahşeden devletler hukukunun umumî prensipleri» evlenme ehliyeti hakkındaki diğer bütün mülkî kaidelerin beynelmîlel mer'iyeti yoktur. - Kanaatımızca bu, bir hususî hukuk müessesesini incelerken alâkalı ülke dışına yükselen fikrin tabii olarak vardığı bir neticedir. Parlak spekülasyon'ar neticesinde, hakikatı halde yontulmuş ve kırılmış mülkî bir hukuktan, mülkî hukuk hükümlerinin birleştirenin telâkkisine göre tabii bir terkibinden başka bir şey olmayan ikinci derecede ferî bir beynelmîlel hukuk elde edilmektedir. Fakat hukuk-i şu-

of being by the act of the party entirely obliterated and extinguished = aslı ikametgâh hukukun yarattığı ve alâkalının iradesine tabi olmayan bir mefhum olduğuna göre, alâkalının fiili ile silinip ortadan kaldırılabilceğinin mümkün olduğunu kabul etmek, yaratılmasındaki maksat ve tahsis olunduğu gaye ile kabili telif olmazdı. (Lord *Westbury*, aynı yerde).

urda kâfi derece yer yaptıktan sonra, müsbet olan hukuk da tabîidir ve en tabîî olan hukuk da bidayette müsbet idi.

Binaenaleyh ikametgâhı da herhangi bir müsbet hukuka göre tayin zorundayız: ancak hangisine göre?

Yukarda tâbiyet için söylenen prensipden mi hareket etmek lâzımdır? Her iki müesese arasındaki yakınlık meydandadır. Her ne kadar beynelmilel bir ikametgâha imkân yoksa da bu hususî hukuk ikametgâhı yanında âmme hukukuna göre bir ikametgâh da pekâlâ mevzuu bahis olabilir. Nitekim anglo-amerikan doktrini birbirinden farklı müteaddit ikametgâhların mevcudiyetini sarahaten kabul etmektedir. Sadece *political, civil, forencic domicil'den* (siyasi, medeni, adli ikmamegâhın) değil, aynı zamanda ayrı bir *commercial, matrimonial* ve bir de *for the purpose of succession* (ticarî ikametgâh, evlilik birliğinin ikametgâhı ve miras işleri için bir ikametgâhtan) ve ilâh..... bahsedilmektedir ve bunların her biri başka başka şeylerdir. (*Wharton*, §. 73). Şu kadar ki, burada mevzuu bahis olan ayrı bir hukukî müesseseden ziyade dil bakımından bizimkinden ayrılan tâbirlerdir. *Political domicil*, tâbiyetten başka bir şey değildir. (Krs. *Wharton*, §. 74; *Lord Westbury*, zikri geçen *Udny v. Udny* dâvası münasebetiyle verilen kararda). *Principal civil domicile* den başka bir de hususi bir ikametgâhtan bahsolunduğu zaman, bundan maksat da, (salâhiyetli mahkeme, kaza hakkı gibi) umumiyetle yalnız ikametgâha mahsus olan muayyen hükümler tevliededen ve bizim hukukumuzda bir kimsenin bulunduğu mahal (residence) diye ifade edilen mefhumdur. (Krs. *Phillimores ve Nelson'un Wharton*, a.g.y., s. 16 da zikredilen ifadeleri). Her ne hal ise, ikametgâh mefhumunun bu tarzda parçalanması bizim hukukumuzun meçhulüdür. Bizim hukukumuzda göre ikametgâh, bazı mevzuat bu husustaki hükümlere usul kanunlarında yer vermiş olmasına rağmen (Medenî Kanun Mucip Sebepleri, I, s. 68. Vahdet arzeden bir medenî hukuk mefhumudur. Bu husuta en iyi delil, mucip sebeplerde sarahaten ifade (s. 53) ve umumiyetle tasvip edilmiş bulunan beyana müsteniden 13 üncü maddesinde ikametgâh mefhumunu malûm olarak kabul etmiş bulunan Alman Hukuk Mahkemeleri Üsûlü Kanunudur. Mucip sebeplerde şöyle denmektedir: «İkametgâh mefhumu ile ikametgâhın tesisi veya terki için lüzumlu şartlar, medenî hukuk hükümleriyle muayyendir».

İkametgâh bir hususî hukuk mefhumu olunca, yukarda tâbiyetin beynelmilel olarak tâyini için tatbik ettiğimiz kaideden burada istifade etmemize imkân kalmaz; zira o kaide tâbiyetin bâriz olan âmme hukuku mahiyetiyle sıkı sıkıya alâkadar olduğundan, hususî hukuk müessesesele-

rine de teşmil olunduğu takdirde umumî bir karışıklığa sebebiyet verecektir.

Bu suretle beynelmilel âmme hukuku yerine devletler hususi hukukundan yardım beklemek mecburiyetinde olduğumuza göre, bir şahsa ait hukukî münasebetlerden biri olan ikametgâh onun şahsî statüsünün bir parçasıdır, binaenaleyh onun da şahsî statüsünün tâbi olduğu hukuka göre tâyin edilmesi icabeder, dememiz lâzımgelirdi.

Fakat bunun bizi fâsid daireye götürdüğü âşikârdır. Eğer şahsî statü ikametgâha göre tâyin olunacaksa, ikametgâhı da şahsî statüye göre tâyin etmemize imkân yoktur.

Esas itibariyle doğru olan bir muhakeme tarzı yanlış bir neticeye vardırırsa, bu yanlışlığı bizim böyle bir hususu mülâhaza etmiş olmamız da aramak lâzımdır.

Beynelmilleştirme, yani devletler hususî hukuku prensiplerine göre tâyin etme ameliyesinin (30) son temeli olarak nihayet bir hukuk münasebeti kalmış oluyor; ne kadar basit olursa olsun, ancak mülki bir hukuka göre tâyini kabil olup, hakkında devletler hususî hukukunu tatbik imkân kalmıyan bir hukuk münasebetini beynelmilleştirmenin de bir sonu vardır. İkametgâhı ancak kendi hukukumuzla göre tâyin edebiliriz.

Mahkemeler birçok hakikî kanun ihtilâflarını da içinde taşıyan bu prensibi muntazaman tatbik edegelmiştir; bunda filhakika çok defa, ikametgâha müteallik millî hükümlerin aynı zamanda eşyanın tabiatına uygun oldukları ve bu itibarla da her tarafta tanınmaları icabettiği kanaati da âmîl olmuştur.

Mamafih atıf icabında burada da fenalığını göstermiştir.

Yukarda § 4 de tetkik olunan içtihatlarla avdet zorundayız. Mevzuu bahis olan, mirasın intikalini alelâde ikametgâha göre tâyin eden diğer bir hukukun aksine olarak mirasa mütedair devletler hususî hukukunun tatbiki için ikametgâhta hükümetin müsaadesini arayan Fransız hukuku telâkkisidir. Yukarda yaptığımız gibi, Fransız prensibi, Fransız Hukukunun bir hususiyeti olarak kabul edilecek olursa, bu takdirde sadece sarıh kanun ihtilâfı ile karşı karşıyayız demektir. Fakat, çok defalar

(30) Burada ve ileride: «Devletler Hususî Hukuku prensiplerine göre tâyin etmek» mefhumunu ifade için bir tek kelime bulmak mecburiyetindeyiz; güzel olmamakla beraber bunun için *internationalisieren* = *beynelmilleştirmek* ten başkasını bulamadık.

olduğu gibi, Fransız hukukuna göre de menkûl mirasın umumiyele *lex domicilii*'ye tâbi olduğu, fakat Fransız Medenî Kanununun 13 üncü maddesine göre bir yabancıнын Fransada ancak hükümetin müsaadesiyle ikametgâh te'sis edebileceği kabul edilirse, bu takdirde sadece irtibat mefhumları arasında bir ihtilâf mevzuu bahistir. İngiliz ve Amerikan kararlarında durum böyle kabul edilmiş ve *Westlake* de § 231 de (keza krs. *Nelson*, s. 187) bundan ikametgâha mütedair hükümlerin ihtilâfı halinde umumî olarak atfın kabulü neticesine varmıştır: «*If an establishment be made in any country in such manner that by English law it would fix the domicile there, still no effect which the law of that country does not allow to it, can be allowed to it in the character of domicile in England. In other words: no one can acquire personal law in the teeth of that law itself*» — Bir kimse İngiliz hukukunun ikametgâh tesisi için aradığı şartlara uygun olarak herhangi bir memlekette yerleşirse, o memleket hukukunun bu yerleşme keyfiyetine izafe etmediği hiçbir hüküm, İngiliz ikametgâhı vasfı gözönünde tutularak ona izafe edilemez. Diğer bir ifade ile: hiç kimse o yer hukuku rağmına şahsî bir hukuk edinemez.» Fasih ifadesi ile âdetâ klâsik hukukî bir darbu mesel intibamı bırakan bu son cümle ne kadar ikna edici görünürse görünsün, alakalı hukuka nazaran orada bir ikametgâh te'sis edilmiş olmadıkça *lex domicilii*'nin hakikatte *lex domicilii* olmadığı ne kadar mantikî olursa olsun, — atıf, sarîh kanun ihtilâflarında olduğu gibi, burada da aynı hâtalı muhakemenin neticesidir. Birbirinden farklı kararlar verilmesinden kaçınmak isterken yine hukukun başka başka tarzlarda tatbiki neticesine varıyoruz; zira Fransız hâkimi aynı derecede haklı olarak: burada (yani Fransada) bulunan İngiliz hükümetten müsaade almadığı ve binnetice kendi memleketindeki ikametgâhı devam ettiği için filhakika benim hukukuma (yani Fransız hukukuna) nazaran da *lex domicilii* İngilteredir; fakat İngiliz hukuku İngilteredeki ikametgâhın ziyasını ve yabancı bir memlekette bir ikametgâh iktisabı için o yabancı memlekette uzun müddet bulunmak gibi fiili bir durumu kâfi saydığından, Fransada ikametgâhın mevcudiyetini kabule mecburum, diyecektir (Toulouse İstinaf Mahkemesi 22 Mayıs 1880 tarihli kararında bunu sarahaten ifade etmiştir. *Journal*, VIII, s. 61 vdd.). Yine fâsîd daireye geliyoruz; zira yabancı hukuka tâbi olarak *lex domicilii*'nin yurd içinde olduğuna karar verirsek, niçin yine yabancı hukuka tâbi olarak dahilî hukuku tatbik suretiyle ikametgâhın yurd dışında bulunduğuna karar vermiyelim? Biz isbat etmek istediğimiz hususu şart ve delil ittihaz etmek suretiyle, yani hakikî *lex domicilii*'nin yabancı memleket olduğundan hareket ederek.

bu hususu isbata çalışıyoruz; zira eğer hakikî *lex domicilii* o memleket değilse, o takdirde onun ikametgâh hakkındaki hükümleri de bizi alâkadar etmez.

Tâbiyette olduğu gibi, burada da ikametgâhın birden çok olması veya hiç bulunmaması halini tetkik etmek zorundayız. Mamafih meselenin ehemiyeti burada çok daha azdır. Bir kere böyle bir hâl ancak böyle gayri tabilıklere imkân veren bir hukuk nizamında ortaya çıkabilir. İngiltere ve Amerikada olduğu gibi, herkesin doğumuyla birlikte muayyen bir ikametgâha bağlandığı ve bundan sonra da (Şimalî Amerika'da olduğu gibi) bir yenisi iktisap edilmedikçe bunun terkedilmiş sayılmıyacağı veya (İngilterede olduğu gibi, yukardaki izaha bak.) sonradan ihtiyarî olarak iktisap edilmiş bulunan her ikametgâh terk olundukça doğumla müktesep ikametgâhın yeniden canlanacağı kabul olunursa, nihayet birden çok ikametgâhın mevcudiyeti halinde daima bunlardan birinin *principal domicile* = aslı ikametgâh olduğuna hükmedilirse (Krs. *Wharton*, § 73, *Nelson*, s. 16 ve orada mezkûr kararlar), binnetine: *It is clear that by our law a man must have one domicile, and must have a single domicile* = Aşikârdır ki, hukukumuzda göre bir kimsenin bir ve yalnız bir ikametgâhı olmalıdır denilebilirse (*Lord Hatherley, Udney v. Udney* dâvası münasebetiyle verilen yukarda mezkûr kararda), bu takdirde bütün güçlükler kendiliğinden yok olur. Yine, ikametgâhın birden çok olması veya hiç bulunmaması ihtimalini kabul mecburiyetinde bulunduğumuz Almanyada dahi devletler hususî hukuku bakımından tahaddüs eden güçlükler çok kere kanunen tamamen veya kısmen ortadan kaldırılmıştır. Bu hâl tarzında isabet bulunup bulunmadığı hususuna burada girişmiyeceğiz, (Krs. *Allgemeines Landrecht*, Başlangıç § 26 ve 27, § 29-31 ve yukarda s. 52, 53). Kanunî mesnedler bulunmazsa, bu takdirde vaziyet yukardaki gibidir: devletler hususî hukuku hükmünün irtibat mefhumu işe yaramıyacağından, onun yerine geçecek bir başkasını aramamız lâzımdır. Kanaatimizece bunun için de şahsın bulunduğu yeri almak mümkündür. Çok kere ikametgâhın bulunmaması halinde son ikametgâhın devam ettiği «farz olunmakta» (Krs. İstinaf Mahkemesinin Stuttgart 14 Nisan 1882 tarihli kararı, *Seufferts Archiv*, XXXVIII, No. 203, *Savigny*, VIII, s. 101; *Stobbe*, I, . 212) ve ikametgâhın birden çok olması halinde de ilk tesis edilmiş olan tercih edilmektedir. (*Savigny* s. 102; *Dernbürg, Pandekten*, I. s. 103); bızce bu da keyfi olmakla beraber, şu cihet gözönünde tutulmak şartıyla büyük bir ehemmiyeti haiz değildir: ikametgâhın iktisabı ve ziyâ daima dahilî hukuka tâbi olduğundan, ikametgâhın birden çok olması veya hiç bulunmaması halleri dolayısıyla hiç bir zaman kanun-

ların çatışması neticesi husule gelemez ve gelmemelidir. Fakat iç hukuka nazaran bu gayri tâbîî hallerden biri bulunursa, bu takdirde şahsî statüyü tâyin için, işe yaramaz bir hale gelmiş olan ikametgâh mefhumu yerine neyin ikame olunacağı bir tefsir meselesidir.

§ 18

MENKUL VE GAYRİ MENKUL MALLAR.

Bugünkü müşterek hukuk doktrini aynı hakların devletler hususî hukukunda menkuller ve gayri menkuller diye tefrikini ittifakla reddetmektedir. Aynı haklara müteallik meseleler hakkında umumî olarak ve prensip itibariyle *lex Rei sitae*'ye göre hüküm verilir. (Kırş. Bar, I, s. 599 vdd. Stobbe, § 32; Saksonya Medenî Kanununun § 10; Alman Temyiz Mahkemesi kararları XI, s. 55).

Bir zamanlar diğer bir nazariye her tarafta aynı derece ittifakla hâkimdi. Bir İngiliz hâkimi şunları diyebilmişti:

«It is a clear proposition not only of the law of England, but of every country in the world, where law has the semblance of science, that personal property has no locality, but that it is subject to that law which governs the person of the owner. With respect to the disposition of it, with to the transmission of it, either by succession or the act of the party, it follows the law of the person. — Yalnız İngiliz hukukunda değil, hukukun ilme benzediği bütün memleketlerde, menkul mülkiyetin hususî bir mahalli olmayıp, malikin şahsını idare eden hukuka tabi olduğu açık bir kaziyedir. Menkul mülkiyet, tasarruf tarzı bakımından olsun, veraset yoluyla veya taraflardan birinin fiiliyle intikali bakımından olsun, şahsın hukukunu takip eder.» (Lord Loughborough, *Sill v. worswick* dâvası müna-sebetiyle *Court of Common Pleast*'te verilen 13 Temmuz 1791 tarihli kararda; *Nelson*, s. 153 vdd.).

Wächter ile *Savigny*'nin müşterek hücumları, ebediyete kadar müteber olmak üzere, kurulmuş olan bu nazariyeyi — yani menkullere müteallik aynı hakların, sahibinin *lex domicilii*'sine tâbi olduğu nazariyesini — Almanya için yıkmağa muvaffak olmuştur.

Niyetimiz, devletler hususî hukukunun bu pişdarlarına muhalif olarak o nazariyeyi burada müdafaa etmek değildir. O nazariyenin dayandığı mucip sebeplerin daha zayıf, nazariyenin maksada elverişsiz ve na-

razi bakımdan kabili cerh olduğu muhakkaktır. Ancak ilmin en parlak hücumları dahi *lex lata* = meri hukuk müvacehesinde parçalanmağa mahkûmdur. O nazariye son derece kötü, tatbiki son derece elverişsiz olabilir — fakat bugün dahi birçok yerlerde kanunlaşmış halde mevcuttur.

ALR. Başlangıç § 28 de: «Bir şahsın menkul malları o şahıs hakkında salâhiyetli olan mahkemenin bulunduğu yerin hukukuna tâbidir» denirken ve § 32 ye göre de «gayri menkuller hakkında ise mâlikin şahsı nazarı itibare alınmaksızın o gayri menkuller hakkında salâhiyetli mahkemenin bulunduğu yer kanunları» cârî olurken, Avusturya Kanununun 300 üncü maddesi: «gayri menkul mallar buldukları eyaletin kanunlarına, diğer bütün mallar ise mâliklerinin şahıslarının tâbi olduğu kanunlara tâbidir» diye emrederken, Fransız Medenî Kanununun 3 üncü maddesi: «gayri menkuller, yabancılara ait olsalar dahi, fransız kanunlarına tâbidirler» deyip menkuller hakkında sükût ederken, ve bu sükût komisyonun lâyihasındaki: «Fransa dışında bulunan Fransızın menkul malları da onun şahsı gibi fransız kanunlarına tâbidir» cümlesiyle tavsif edilmişken, (bk. *Brocher, Journal de dr.* VIII, s. 5), *Savigny*'nin bütün otoritesine rağmen, bu gibi «umumî ifadelerden..... aynı hakların bu yolda muameleye tâbi tutulmak istendiklerine dair asla kat'î bir netice çıkarılamayacağı» sözünü şüphe ve tereddütle karşılamamak elde değildir. (Buna karşı bk. *Stobbe*, § 32, not ve 13 ve hâkim fransız telâkkisi için *Laurent*, II, s. 312 vdd., VII, s. 217 vdd., 220 vdd., *Daloz, Code Civil annoté*, m. 3, No. 186 vdd.)

Yeni mevzuat çok daha sarihtir. Meselâ, Litvanya, Estonya ve Letonya Medenî Kanununun başlangıç kısmının 33 üncü maddesinde şöyle denmektedir: «gayri menkuller üzerindeki haklarla bu gibi malların zilyedliği, o malların bulunduğu yerin hukukuna tâbidir; menkul mallar üzerindeki haklarla bunların zilyedliği ise mâlik veya zilyedin şahsî halleri bakımından salâhiyetli olan mahkemenin tâbi olduğu kanunlara tâbidir». İtalyan Medenî Kanununun 7 nci maddesinin birinci fıkrası da: «sal ve le contrarie disposizioni della legge del passe nel quale si trovano» gibi birçok mânaya gelen bir kaydı ihtiva etmesine rağmen, «I beni mobili sono saggetti alla legge della nazione de proprietario» tarzındaki ifadesiyle, hiç değilse, mâlikin şahsî hukukunun yalnız menkul mamelekin bir bütün olarak mevzu bahis olduğu hallerde değil, münferid menkul mallar üzerindeki aynı haklar hakkında da tatbik olunacağı hususunda şüphe bırakmıyor; bu 8 inci maddenin mefhumu muhalifinden çıkan bir neticedir. (Kırş, keza *Esperon, Journal de dr.*, VIII, s. 210 vdd. ve orada mezkûr ka-

nun metinleri ve bilhassa o hükümlerin mânevî babası olan *Mancini*'nin izahları).

Bununla beraber, menkuller hakkında sahibinin *lex domicilii*'sini esas itihaz eden prensip bazı defalar tenkide uğramakla kalmamış, onun tatbik imkânı külliyen inkâr edilmiştir: Mal üzerindeki hak mâlikin ikametgâhını takip eder. Bu bir prensip değil, isbatı istenen neticenin delil olarak istimalinden başka bir şey değildir. Mülkiyetin iki kişi arasında ihtilâflı olması halinde bunlardan her biri kendi şahsî statüsünü ileri sürebilir (Buna *Savingy'de* işaret etmiş, *Bar*, I, s. 597, kayıt ve şarta tâbi olarak, *Wharton*, § 308, ise mutlak olarak iddia etmişlerdir).

Bu hücum prensibin kendisine değil, onun manası hakkındaki yanlış telâkkiyedir.

Devletler hususî hukukuna müteallik her hüküm bir hukuk münasebetini, o münasebette mündemiç bir unsurun bulunduğu veya bulunduğu farz olunan bir mahalle rapteder. Eğer menkul mallar üzerindeki aynı hakları sahibinin *lex domicilii*'sine tâbi tutan hükmün manası: bir şahsın bir malı üzerinde haiz olduğu haklarda en ehemmiyetli unsur o şahıstır; o şahsın ikametgâhı neresi ise bütün hukukî münasebetinin makarının de orada bulunduğunu kabul etmek zarurîdir; binnetice bir mal üzerindeki haklar o şeyin o andaki sahibinin ikametgâhına tâbi olur - dan ibaret olsaydı, bu takdirde yukardaki itiraz bu mucip sebepleri ve ondan çıkarılan bütün neticeleri çürütmüş olurdu. Fakat bu prensipten o kadar kolaylıkla manasız neticeler çıkarmak kabildir ki, onun herhangi bir memleketin tatbikatında, değil bir gün, yüz yıllarca hakim kalabilmiş olmasını tasavvura imkân yoktur. Bu nazariyeyi bu tarzda anlamak kabil değildir. Bu nazariyede eşya üzerindeki haklar, tıpkı bizde olduğu gibi bir yer ile olan münasebeti tesis eden en ehemmiyetli unsurun eşya olduğunu kabul ediyor. Fakat şeyin yerle olan alâkası hakkındaki telâkkisi bizden farklıdır. Gayrı menkul ilelebed değişmeksizin bulunduğu yerde kalmaktadır; onun bulunduğu yeri tayinde hiç bir şüphe ve tereddüt yoktur. Menkul bir şey ise - ister hayvan gibi bizzat, ister insanın tesir ve müahalesiyle olsun - mevkiini, tıpkı bir şahıs gibi, devamlı olarak değiştirmeğe muktedirdir. Tâbi olduğu hukuku tayin ederken şahsı nasıl her an geçici olarak bulunduğu yere bağlanmış tasavvur etmiyor ve bilâkis onun durumu için daimî bir merkez arıyor ve bu merkezi de onun ikametgâhında buluyorsak, işte bu nazariye aynı şeyi menkul mallar için de yapmamız lâzım geldiğini söylüyor: «*Movables have no Locality* . = menkullerin

mekânı yoktur.» Bu merkezi de işte o malın mâlikinin bulunduğu yerde buluyoruz. Zira menkul mal mâliki ile birlikte bir yerden diğerine hareket etmektedir: «*Mobilia personam sequuntur.* = menkuller şahsa tabidir». Lord Selborne, *Freke v. Carbery* de diyor ki, *Law Ref. Imity Cases*, XVI, s. 461; *Nelson*, s. 142 vdd.): «*when mobilia are in places other than that of the person to whom they belong, their accidental situs is disregarded, and they are held to go with the person* = menkuller, ait oldukları şahıstan farklı yerlerde buldukları zaman arizi durumları nazara alınmaz, şahısla birlikte gittikleri farzedilir» (31).

Her ne kadar bu telâkkinin «*founded in the nature of things* = eşyanın tabiatında mündemiç» olduğu hususunda Lord Selborne'e iştirâke imkân yoksa da, bunda bir hakikat nüvesi bulunduğunu inkâr da kabil değildir. Muhalifleri bile bunu muayyen haller bakımından kabul zorunda kalmışlardır (Krs. *Savingy*, VIII, s. 178; *Stobbe*, I, s. 227, buna karşı *Bar*, I, s. 605 vdd.) Kaldı ki mahallî miras hukukunu tayin için bütün mâmeleki mûrisin ikametgâhında yerleşmiş olarak tasavvur eden telâkki ile netice itibariyle yukarda bahsi geçen telâkki arasında çok sıkı bir yakınlık mevcuttur.

Bu gözönüne tutulunca mevzuu bahis kaideye istinad edilmekle isbatı matlup hususun yine onun delil ittihazı suretiyle isbatı durumuna düşülmüş olmaz. Bir şeyin bulunduğu mevki, kendi şahsî statüsü mucibince malik olduğunu iddia eden kimseye değil, onun hakikî malikine göre tayin olunacaktır; ve bu hususun tesbiti mülkiyetin iktisabını temin eden ameliye ile değil, ancak ona müsteniden yani iktisap tekemmül ettikten sonra kabildir. Menkul bir malın sahibi taayyün eder etmez menkulün mevki de o sahibin ikametgâhı olur; artık başka hiç kimse gelerek kendi şahsî statüsüne müsteniden o mal üzerinde hak iktisap edemez. Zira aksi takdirde bu, isbatı matlup hususun bizzat delil olarak istimali demek olur; o kimse ancak mülkiyeti iktisap ettikten sonradır ki menkul mal da onun şahsî statüsüne tâbi olacaktır. Diğer bir ifade ile: mal ile alâkası bulunan iki şahıstan gerek birincisinin o mal üzerindeki mülkiyet hakkının zayî olduğunu ve gerekse halefinin mülkiyeti iktisap ettiğini tayin edecek olan ancak devreden şahsî statüsü olmak lâzımdır. Nitekim *Esperson'da* (*Journal*, VIII, s. 214) menkul mallarda iktisabî müruru zamanın hangi yer hukukuna tâbi olacağı meselesini İtalyan hukuku zaviyesinden şu suretle hallediyor: *en faveur de la loi nationale du*

(31) İngiltere ve Amerika'da son zamanlarda *Savingy*'nin nazariyesinin yerleşir gibi olduğu anlaşılıyor: Krs. *Westlake*, kısım 7, bilhassa § 141; *Wharton* § 297 vdd.

propriétaire contre lequel on invoque cette exception, et non de celle dks propriétaire qui l'invoque, puisqu'il n'est pas propriétaire tant que la prescription n'a pas été accomplie. = meseleyi bu defi'i dermeyan eden malikin değil, fakat bu definin aleyhine dermeyan edildiği malikin millî kanunu lehinde halletmek icap eder, zira murûrüzaman dolmadıkça ilk zikretoiğımız taraf malik değildir.»

z

Tekrar ediyoruz: yukarıdaki izahlarımızdan maksad, menkullere müteallik aynı hakları mâlikin şahsî statüsüne tâbi tutan hükmü nazârî bakımdan veya *de lege ferenda* = müstakbel hukuk bakımından müdafaa etmek değildir. Biz sadece bu hükmün bugün dahi *de lege lata* olarak mer'i bulunduğunu inkâr götürmez bir şekilde göstermek istedik.

Bu gibi hallerde muayyen bir malın menkûl mü yoksa gayrı menkul mü olduğu meselei mütekaddimesini = ön meselesini hangi hukuka göre halledeceğiz?

Bu mesele ortaya çıkdıkça - ki bu manada (yani bir ön mesele olarak) hemen hiç bir zaman tavzih olunmamaktadır - hemen umumiyetle bunun *lex rei sitae*'ye göre hallolunacağı kabul edilmektedir. Aynı haklar hakkında mutlak olarak *lex rei sitae*'nin carî olduğunu müdafaa ve eski nazariyeyi de yanlış ve gayrı kabili tatbik olarak reddeden nazariyeciler için bu gayet tabiidir. Fakat eski nazariye taraftarı olanların da çok kere bunu kabul etmelerini hayretle karşılamamağa imkân yoktur (krş. *Laurent*, VII, s. 201, 211 vdd.); *Story*, § 447; *Esperson*, a. g. y., s. 217; *Foelix, Traité du droit international privé*, no. 64 not 2 ye nazaran *Demangeat* ve *Bar*, I, s. 622, not 2 de zikrolunanlar).

Bu nazariyeye göre pek âlâ aynı derecede mâlikin şahsî statüsünü kabul etmek de kabildir. Hangisinin daha tabii olduğu, sorulacak sualin tarzına, yani sualin mevzuu bahis malın gayrı menkul mü yoksa menkul mü olduğu şeklinde va'zına bağlıdır. Bu hususta en parlak misali, gayrı menkullere müteallik aynı hakları tetkik sırasında (No. 60): «*La loi de la situation de l'immeuble décide, si un objet..... est ici - même meuble ou immeuble, sans égard à la personne du propriétaire ou créancier*, = gayrîmenkulün bulunduğu yer kanunu bir şeyin... burada menkul mü yoksa, gayrı menkul mü olduğunu, malikin veya alacaklının şahsî kanunu nazara alınmaksızın, tayin eder» dedikten biraz sonra (No. 64) menkul mallara müteallik aynı hakları izah ederken: «*Du principe que le statut personnel régit les meubles il suit qu'elle détermine aussi la nature mobilière ou immobilière des biens, par rapport à la personne du créan-*

cier = Menkullerin şahsî statüye tabi olması prensibi, malların menkul veya gayrimenkul mahiyetini de, alacaklının şahsına nazaran, şahsî statünün tayin etmesini intac eder.» diyen *Foelix* vermektedir. *Demangeat* bu safiyane tezadın mevcudiyetini müellifin gözünden kaçmış olmasına hamletmekte haklıdır. Fakat müddeayı delil ittihaz etmek hatasını, bunun mevcudiyetini ikinci cümlede kabul, birincide ise inkâr etmek suretiyle ortadan kaldırabileceğini zannediyorsa, bizzat hataya düşüyor demektir. Tatbiki lâzımgelen hukuk malın menkul veya gayri menkul olduğuna göre değişecekse, o ön meselenin halli menkullere müteallik mülki hukuk sıfatıyla *lex domicili*'ye veya gayri menkullere müteallik mülki hukuk sıfatıyla de *lex rei sitae*'ye bırakıldığı takdirde, yine aynı fâsid dairenin içine girilmiş olur.

Mevcut hükümlere göre gayri menkul mefhumunun beynelmilleştirilmesinin imkânsızlığı karşısında bazı defa bunların yerine başka bir hüküm ikame etmenin zarurî olduğu zannedilmiştir. Böyle bir hüküm olarak da yine sadece *lex rei sitae*'nin tatbiki teklif edilmiştir (Krs. *Kirchstätter*, Avusturya Medenî Kanunu şerhi, § 300, No. 2, s 58); *Wharton*, § 272). Yukarda, ikametgâhların birden çok olması halinde buna benzer izahlarda bulunmuştuk.

Ancak orada devletler hususî hukuku hükmünün doğru tatbiki sayesinde arzu edilmediği âşikâr olan bir tek neticeye, yani çifte statüye varmıştık. İntihap etmiş olduğumuz irtibat mefhumu anormal olan bazı hallerde işe yaramamış ve bu itibarla heyeti umumiyenin ruh ve manasından hareketle bu boşluğu doldurmağa çalışmıştık.

Burada ise maddî vakıa bambaşkadır. Burada bahse konu olan anormal bir hal, muayyen hallerde irtibat mefhumunun kifayetsizliği değil, devletler hususî hukuku hükmünün kendi irtibat mefhumunun nasîl olmasını arzu ettiği meselesidir. Bunun için de ortaya yedek bir devletler hususî hukuku hükmü çıkarılmak istenirse, kanun vâzı itmam deği, tashih edilmiş olur.

Bazı müellifler ise (*Bar*, ve onu takiben *Stobbe*) mezkûr hâkim telâkiye muhalif olarak bir malın hukukî bakımdan menkul mü yoksa gayrimenkul mü olduğu meselesinin bir aynî haklar meselesi olmayıp, sadece, «umumiyetle menkul veya gayrimenkullere tatbik edilmekte olan hükümlerin bütününden ibaret bir takım hukuk kaidelerinin o mal hakkında tatbik olunacağını ifade eden kısa ve muhtasar bir hükümden başka bir şey olmadığını» ileri sürmektedirler. (*Bar*, I, s. 622; Krs. *Stobbe*,

I, § 32 ve 63). Binaenaleyh bundan, o meselenin *lex rei sitae*'ye göre değil, «mevzuu bahis olan hukukî münasebet hakkında tatbik edilecek olan» kanuna göre hallolunacağı neticesi çıkarılmaktadır (*Stobbe*). «Malın vasfını menkul mü, yoksa gayri menkul mü olduğunu tayin eden hususî bir hüküm bulunmasa dahi, hangi mülkî hukukunu tatbik olunacağını öğrendiğimiz anda mesele de halledilmiş olur» (*Bar*).

Bu kaideyi bizi burada meşgul eden meselede tatbik kalkıştığımız takdirde, yine aynı fâsid daireye katılmış olacağımız âşikârdır. Zira hangi mülkî hukukun tatbik olunacağını ancak malın menkul mu yoksa gayrimenkul mü olduğu ön meselesini hallettikten sonra bilebiliriz.

Fakat bu prensibin dayandığı fikir belki bizi bir adım daha ileriye götürebilir. Bunların hareket noktası, malların menkul mu yoksa gayri menkul mü olduklarına dair olan hukuk kaidelerinin ehemmiyetinin «maddî varlığı itibariyle menkul veya gayri menkul olan bir malın hukukî bakımdan da bu tabiata uygun olarak mı, yoksa diğer sınıfa giren mallar hakkındaki kaidelere tâbi tutularak mı muamele göreceğinin tayininden ibaret bulunduğu» (*Stobbe*). Yani cismin menkul veya gayri menkul olma vasfı onun tabiatı iktizasıdır. (keza krs. Medenî Kanun Mucip Sebepleri, III, s. 36), hukuk hükümleri olsa da, olmasa da bu sabittir değişmez.

Devletler hususî hukuku kaideleri bakımından bir şeyin menkul mü, gayri menkul mü olduğu meselesini halletmemize yarayacak her hangi bir müsbet hukuk hükmünü ararken her tarafta yenilmesi imkânsız güçlüklerle karşılaşmamızın sebebini, o kaidelerin, müsbet ülke hukukları dışında olan o tabii mefhuma raptetmek istemelerinde aramak yerinde olur.

Fakat bir malın tabiatı iktizasî menkul mü yoksa gayri menkul mü olduğunu nasıl anlayacağız? «Menkuller, varlıkları zarar görmeden bir mahalden diğerine götürülebilen şeyler, gayri menkuller, bir mahalden diğerine götürülmesi ya hiç veyahut da mahiyetlerine zarar verilmeksizin mümkün olmayan şeylerdir» (*Stobbe* § 63) Ancak yardımcı hükümlere başvurulmadıkça münhasıran bu umumî kaideye istinaden eşyanın tabiat ve hayatta arzettiği sayısız şekilleri tereddüde mahal bırakmayacak şekilde tanzim etmek güç bir iş olsa gerektir. Alman hukukuna has olup *Stobbe* tarafından a. g. y. da tetkik edilmiş bulunan hususiyetlerin arzettiği muazzam rakkam dahi umumî ve yeknesak bir hal tarzı bulmak imkânı hususunda - şüpheye düşürmek için kâfidir. -

Şu kadar ki bütün bunlar belki tabiatın ayrılan müsbet hukuk hükümleridir. - Fakat tabiatın nerede nihayet bulup müsbet hukukun nerede başladığını kestirebilmemize yardım edecek sihirli vasıtayı bilseydik ne kadar iyi olacaktı. *Superficies solo cedit* = arsa binayı yer kaidesi Romalılar için tabii bir zaruret olduğu halde cermen hukuku için tamamiyle aksi mevzuu bahisti (krş. bilhassa Allgemeines Landrecht § 329 vdd., T. I, T. 9). *Stobbe* cermen telâkkisini eski zamanlarda binaların haiz oldukları tabii hallerile izah etmektedir. *Stobbe* yere uzvî ve mihanikî bir şekilde merbut bulunan yapılar için Roma telâkkisini tabii bulmaktadır. Bu gibi şeyler tabiatları iktizası gayrı menkul'dür. (a. g. y. s. 525, Bununla beraber Alman Medenî Kanunu lâyihası bile başka bir noktai nazarı kabul etmiştir. *Superficies solo cedit*, yani arsa binayı yer kaidesi dahi Romalıların iddia ettikleri gibi «hukukî bir zaruret olmayıp, müsbet bir mahiyet taşımaktadır.» (Mucip sebepler, III, s. 43). Müsbet hukukun hiç bir dahli olmaksızın tabiatı iktizası gayrı menkul olan arazidir. Arazi ise «arzun riyazî sınırlarda tahdit edilmiş parçalarıdır. Her bir parçanın sınırlandırılmasının, arazinin üstünde bulunan sınır hatlarından şakulî olarak arzın merkezine doğru uzanan ve orada birbirleriyle birleşen satırlar vasıtasıyla temin edildiği tasavvur olunmalıdır. İşte bu suretle sınırlandırılan kitle gayrı menkulün tabii bünyesini teşkil etmektedir. (Mucip Sebepler, III, s. 48 vdd.). Ancak arazideki kaya, kum, tohum tanesi, ekilen nebat, bir ağaç veya inşa edilen bir evden daha mı az hareketsiz ve sabittirler? Arazi üzerinde serbest duran ve kabili nakil olduğu her atışta sabit olacak olan bir taş, arazinin gayrı menkul bir cüz'ü mütemmimi addeden kaide, bir kaleyi de aynı şekilde telâkki eden kaideden daha mı az müsbettir? Tabiatı iktizası gayrı menkul olan arazi, kısmen birbirleriyle az veya çok sağlam bir şekilde kaynaşmış, kısmen de uzvî olarak birleşmiş olmaksızın sırf cazibei arz kanunu neticesi birleşik bulunan mahiyet ve tabiatları itibariyle menkul namütenahi sayıda şeylerden mürekkep bir varlıktan başka bir şey değildir. Binaenaleyh eşyanın tabiatı hakkındaki fikri sonuna kadar takip edecek olursak tabiatı iktizası gayrı menkul olan şey olarak, ucu arzın merkezinde bulunan ve yanları satırlardan ibaret olan riyazî şekilden başka bir şey kalmaz. Bu stereometrie için belki elverişli olan fakat hukuk ile hiç bir alâkası bulunmayan bir şeydir!

Her cisim mutlak ve tabiatı iktizası olarak menkuldür veya hiç bir cisim menkul değildir, her şey tabiatı iktizası ve mutlak olarak gayrı menkuldür veya hiç bir şey böyle değildir. Gerek gayrı menkullük ve gerekse menkullük nisbî ve izafî vasıflardır. Bir şeyin bizzat menkul

olan namütenahi sayıda mütemmiz cüz'lerden tereküp eden araziye ait sayılması ve bu itibarla gayri menkul addolunabilmesi için, bu bağılık derecesinin neden ibaret olması lâzımgereceği; böyle bir bağılığın hangi andan itibaren başlamış ve hangi andan itibaren çözülmüş sayılacağı; yalnız fizikî değil, ruhî münasebetin de bu bağılığın derecesinin takdirinde ne dereceye kadar müessir olduğu: bütün bunlar ve daha diğer bir çok noktalar hep ve münhasıran hukuk telâkkimize tabi şeylerdir. Bir şey için, o tabiatı iktizası gayri menkul'dür veya menkul'dür dediğimiz zaman bu bizim yerleşmiş bulunan hukuk telâkkimize göre böyledir demektir. Hukuk telâkkimiz ise kanunda ifadesini bulmuştur ve kanunun hukuk telâkkimizi lâyıkiyle ifade edemediğine, hattâ ona ayırı olduğuna kani olsak bile, hukukî telâkkiyi kanuna hakim kılmağa, bilhassa hâkim sıfatiyle, hakkımız yoktur. Tatbikatta tabii olduğu iddia olunan bir mefhuma müsbet hukuk tarafından kabul edilmiş bulunan bir mefhuma nazaran rüçhaniyet tanımamız halinde de aynı şekilde hareket etmiş oluruz.

Binaenaleyh burada da, bundan evvelki kısımda olduğu gibi, aynı neticeye vasil oluyoruz. Mevzuu bahis mal menkul veya gayri menkul olduğuna göre devletler hususî hukuku bakımından tatbik olunacak mahallî aynı haklar da farklı olacağından, hakim bu irtibat mefhumunu artık daha ziyade beynelmilleştiremez, onu münhasıran kendi dahilî hukukuna göre tayin etmekle mükelleftir.

§ 19

MENKÛL VE GAYRI MENKÛL MÂMELEK

Alman devletler hususî hukuku nazariyesi, aynı haklar hakkında olduğu gibi mâmelek hukukunun diğer bütün kolları hakkında da *Wächter ve Savigny*'den beri menkul ve gayri menkul tefrikini reddetmektedir. Fakat alman hukuku dışına çıkarsak bu tefrikin de, hem de daha geniş bir ölçüde, mer'î hukuk olduğunu görürüz.

Yabancı hukukların çoğu miras hukukunda kısmen kanunen, kısmen teamül hukuku hainde, gayri menkul miras için *lex rei site*'nin menkul mirası için ise mûrisin şahsî statüsünün tatbikini kabul etmişlerdir. Tafsilât için yukarda § 10 daki izahlarımıza gönderebiliriz. Gayri menkul malların mevzuu bahis olduğu hallerde karı koca malları hukukunda, ölüme bağlı tasarruflarda bulunmak ehliyeti hakkında *lex rei*

sitae'nin tatbiki Fransa ve diğer memleketlerde münakaşalı olmakla beraber İngiltere'de hiç bir şüpheye mahal bırakmayacak şekilde câridir. Alman nazariyelerinin amerikan teamül hukukiyle tezaad teşkil ettiği hallerde dahi alman nazariyatı tesiri altında kalan amerikalı *Wharton* bile, burada bu hukuk kaidelerinin meriyeti hakkında en ufak bir şüphe izharına muktedir değildir (32).

Fakat böyle bir halde hakim, mâmeleke dahil mevzuu bahis malın menkul mü, yoksa gayrimenkul mü olduğunu nasıl tayin edecektir?

Burada tabiatı iktizası menkul veya gayri menkullük mefhumundan bahsedilemez: yalnız araziyi gayri menkul, diğer bütün şeyleri ve hakları ise menkul sayan kaidelerle meşgul olmadığımız, bilâkis, gayri maddî mallar da dahil olduğu halde bütün mâmelekin menkul ve gayri menkul mallardan ibaret iki sınıfa tefriki ile karşı karşıya olduğumuz şüphesizdir (meselâ krş *Westlake*, § 147). - İngilterede durum belki başka olabilir: *Freke v. Carbery* dâvası münasebetiyle verilen kararda *Lord Selbornes*'in mütalâalarına bak, *Nelson*, s. 142 vdd. - Fakat bizde hakların tab'an menkul ve gayri menkul olamayacaklarında ve bu tefrikin ancak müsbet hukuk tarafından yapılabileceğinde hiç kimsenin en ufak bir tereddüdü dahi yoktur.

Hâlen muhtelif hukuk nizamlarında bu hususta mevcut müsbet hükümlerin birbirlerinden birçok bakımlardan ayrıldıklarını da uzun boy-lu izaha hacet yoktur. Bilhassa krş. Saksonya Medenî Kanunu, § 59 vdd.; *ALR*, T, I, 2, § 6 vdd.; Avusturya GB. § 293 vdd.; § 298 vdd. Züriç GB., § 474 vdd., Litvanya - Estonya - ve Lentonya Medenî Kanunu § 530 vdd.;

(32) «There can be no question that as to realty, capacity is determined by the *lex rei sitae* = gayrimenkullerle alâkalı olarak ehliyetin *lex rei sitae*'ye göre tayin olunacağı hususunda herhangi bir şüphe ve tereddüt mevzuu bahis değildir. (§ 296); the English law so far as concerns real estate, is positive; and the rule that here the *lex rei sitae* must govern, and that the guardian cannot intermeddle with land without the sanction of the local court, is too deeply settled in the English common law to be shaken = İngiliz Hukukunun gayri menkullere taallük eden kısmı müsbettir; burada *lex rei sitae*'nin cari olduğu ve vasinin, mahalli mahkeme tasvip etmedikçe gayri menkuller üzerinde tasarruflarda bulunamayacağı yolundaki kaide İngiliz Common law'ında o derece yerleşmiştir ki, onu sarsmağa imkân yoktur.» (§ 268; keza krş. § 255). «However this may be the law both in England, the united States and France is clearly settled, that in those countries in matters of succession personalty is governed by the law of domicile and realty by the *lex rei sitae* = ne olursa olsun, İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri ve Fransa'da hukuk kat'i olarak istikrar bulmuştur. Öyleki bu memleketlerde menkul miras ikametgâhının bulunduğu yer hukukuna gayrimenkul miras ise *lex rei sitae*'ye tabidir» (§ 560).

Fransız Medenî Kanunu m. 516 vdd.; İtalyan Medenî Kanunu m. 406 vdd. İngiliz hukuku için: *Williams, Real property*, s. 8 vdd., 16 vdd., 364 vdd.; *Williams, Personel property*, s. 1 vdd., 16 vdd., 252 vdd.; keza bak. *Laurent*, VII, s. 202 vdd.; Alman Medenî Kanunu Mucip Sebepleri, III; s. 36 vdd.

Binaenaleyh burada da herhangi bir müsbet hukuka dayanmak mecburiyetindeyiz. Hakim telâkki (krş. yukarda s. 74 de zikrolunanlar ve bilhassa *Westlake* § 146 - 148) yine *lex rei sitae*'yi ele almakla iktifa etmektedir. Fakat hangi *rei sitae*? Her halde menkul mü yoksa gayrı menkul mü olduğunda tereddüd edilen malın değil; zira hakları nasıl menkul ve gayrı menkul saymağa imkân yoksa, onları muayyen bir yere bağlamağa da imkân olmadığı için, bu hiçbir fayda temin etmeyecektir. Nazarı itibare alınması icabeden *lex rei sitae*, mameleke dahil olup mahiyetinde tereddüd edilen malın, arazinin bulunduğu yerde mer'î kanunun o mala arazinin gayrı menkullük vasfını izafe ettirecek kadar ehemmiyetli saydığı bir münasebetle bağlı bulunduğu arazinin *lex rei sitae*'sidir (33). Bu suretle yakınlık prensibinin yukarda 10 ve 11 nci paragraflarda mütalâa olunan tatbik şeklinden başka bir şey olmayın bir fikir silsilesi takip edilmiş oluyor demektir.

Meselâ Meksika'da, gayrı menkul mirasın *lex rei sitae*'ye tâbi olacağı kanun emri iktizasıdır. (Meksika Kanunu 14 ve 18 nci maddeleri; Meksika hukuk mahkemesinin 26 Mart 1874 tarihli kararında yazılı olduğu üzere, *Journal de dr.*, I, s. 276 vdd.), aynı esasın Fransa'da içtihatlarla yerleşmiş olduğu malûmdur (bak. yukarda § 10). Bu vaziyete göre fransız hakimi bir fransızın terekesine dahil ve Meksikada bulunan bir gayrı menkul üzerindeki ipoteği, Meksika hukuk telâkkisine göre ipotek gayrı menkuldür diye Meksika miras hukukuna mı tâbi tutacaktır. (Meksika kanununun 782 ve 1940 nci maddeleri, Meksika Hukuk Mahkemesinin 29 Eylül 1875 tarihli kararı, *Journal de dr.*, III, s. 225 vdd.)? Fransız telâkkisine göre ise Medenî Kanunun 526 nci maddesi mucibince

(33) Krş. bilhassa *Westlake*, § 148: «So long as money produced by sale or otherwise from immovables in their situs, be considered to represent the immovables and be subject to the same right, it must be considered to represent them and be subject to the *lex situs*, in every jurisdiction in which it may hapen to become administrable — satış veya sair sadetlerle gayrimenkullerden elde olunan paranın o yer hukukuna göre, gayrimenkülü temsil ettiği ve aynı hukuka tabi olduğu kabul etdilmekte ise bu para hangi hukuk nizamı altında sarf edilirse edilsin, onun o gayrimenkülü temsil ettiğini ve *lex situs*'a tabi olduğunu kabul etmek zaruridir.»

ipotek menkûl bir haktır (Hiç değilse hakim telâkki böyledir: *Laurent*, VII, s. 208); bütün menkûllerin ise nerede bulunurlarsa bulunsunlar, *lex domicilii* ye, yani fransız hukukuna tâbi olması icab etmez mi? İkametgâh hakiminin bulunduğu yerde yerleşmiş hukuk telakkisine göre mâmeleke dahil olan bu hak, alâkalı arazi ile ona gayri menkul vasfını izafe ettirecek derecede sıkı bir surette kaynaşmış bulunan haklar sınıfına dahil sayılmazsa, ikametgâh hâkimi, malın mahiyeti hakkındaki yabancı noktai nazarı tercih etmek ve bu itibarla da o gayri menkulün *lex rei sitae*'sini tatbik etmek hakkını nereden almaktadır?

Bütün bir mâmeleki menkul ve gayri menkul mallar olarak ikiye ayırırken; aynı haklara müteallik bir mesele ile karşı karşıya bulunmadığımız muhakkaktır. Hangi hukuk mevzuu bahis ise, bu taksim de o hukuka aittir. *Bar* ve *Stobbe*'nin yukarda zikrolunan izahlarında doğru olan öz de kanaatimizce budur. Binaenaleyh, mâmeleke dahil bir malın menkul mü yoksa gayri menkul mü olduğu meelesinin devletler hususî hukuku bakımından «bahse mevzu hukukî münasebet hakkında tatbik edilecek olan» kanuna göre hallolunacağını kabul etmek zarurîdir. Meselâ bir İngilizin mirası mevzuu bahis olduğu zaman, hangi malların gayri menkul olduğu ve binaenaleyh *administrator* veya *executor*'e geçmeden doğrudan doğruya *heir*, mirasçıya, intikal edeceği meselesini (krş. yukarda § 12 alman mahkemeleri münhasıran mûrisin şahsî statüsüne göre halletmekle mükellef olacaklardır; bir fransız karı kocaya ait karı koca malları mevzuu bahis olduğu zaman, karının evlenmeden evvelki mallarından hangilerinin gayri menkul olduğu ve binaenaleyh 1404 ncü madde mucibince karının şahsî mallarından sayılacağı meselesini münhasıran fransız hukukuna göre halletmemiz icabedecektir. Bütün bunlar makul olup her hangi bir güçlük arz etmemektedir. Fakat iştigal mevzuumuzu teşkil eden hallerde olduğu gibi, hukukî münasebete tatbik edilecek olan mahallî hukukun tayini evveleminde mâmeleke dahil malın menkûl mü yoksa gayri menkul mü olduğunun tayinine bağlı olduğu zaman ise, yine mahud fâsid daireyle karşılaşmış olacağımız âşikârdır. *Bar*'ın burada miras hukuku için bir malın menkul mü yoksa gayri menkul mü olduğu cihetinin «alâkalı mevzuata göre intikalin küllî intikal esasına göre cereyan etmesi halinde müteveffanın şahsî statüsüne, gayri menkul malların intikalinin mûrisin ikametgâhında veya bir hak ile takyid edilmiş bulunan malın bulunduğu yerde mer'î olan kanınlara göre münferid intikal telâkkî olunması halinde ise *lex rei sitae*'ye tâbi olacağı» şeklinde teklif ettiği hal tarzı (*Bar*, I, s. 123, krş. II, s. 312), bir kere yukarda isbata çalıştığımız gibi hiç bir haklı sebebe dayanmamak-

tadır; diğ er taraftan da, gayri menkullerin miras yoluyla intikalinin *lex rei sitae*'ye tâbi olmakla beraber küllî halefiyetin carî olduğu her yerde (bak. yukarda § 12) kendiliğinden hükümden düşer.

Bu suretle bir kere daha bütün beynelmilleştirme hareketlerinin kendiliğinden müncer olduğu noktaya varmış bulunuyoruz. Mâmeleke dahil bir malın devletler hususî hukukunun irtibatı sağlıyan bir kaidesine göre menkul mü yoksa gayri menkul mü olduğunu ancak Hakim kendi dahilî hukukuna göre tayin edebilir (34).

Burada devletler hususî hukukunun mahiyeti itibariyle bir iç hukuk olduğu lehinde kat'î bir delil mevcut olduğuna işaret etmekten kendimizi alamıyacağız. Mâmeleke dahil bir malın menkul mü yoksa gayri menkul mü olduğu meselesi, her seferinde mevzuu bahis hukuk münasebetinin tâbi olduğu kanuna göre hallolunacaktır; bu meseleyi ortaya çıkaran hukuk münasebetinin mahiyeti değıştikçe verilecek cevap da değışecektir. Bu mesele burada bir devletler hususî hukuku kaidesi dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Binnetice devletler hususî hukuku meselelerinin bu sıfatla tâbi oldukları hukuka göre halledilmeleri lâzımdır. Bu da, beynelmilel nazariyenin doğru olması halinde, beynelmilel hukuk, iç hukuk telâkkisi kabul edildiği takdirde de millî veya dahilî hukuk olabilir. Mâmeleke dahil bir malın menkul mü yoksa gayri menkul mü olduğunu tayin edecek beynelmilel bir hukuk mevcut olmadığı için birinci hal tarzı burada beynelmilel nazariye tarafından ileri sürülemeyeceğine göre, devletler hususî hukuku kaideleri bugünkü gibi geniş ölçüde o mefhuma raptolundukları müddetçe beynelmilel nazariye de kendi kendine sahadan çekilmiş olur.

§ 20

BORÇ

Devletler hususî hukuku nazariyatında akidden doğan borçlar kadar münakaşa edilen bir saha daha yok gibidir. Bu sahada, prensipsizlik

(34) Bununla iç hukukta bu meselenin muhtelif hukuk kollarına göre başka başka ve meselâ devletler hususî hukuku kaideleri için ayrı, miras hukuku kaideleri için ayrı bir şekilde cevaplandırılabilceğini inkâr etmek istemiyoruz. Nitekim İngiliz hukukunda bir gayrimenkul kiracısının haiz olduğu hakların menkula müteallik bir hak olarak kabul edildiği, aynı hakkı ise «for the purpose of private international law = devletler hususî hukuku bakımından «bir gayrimenkul telâkki bulunduğu da şüphesizdir. Bak Westlake, § 154: Lord Selborne, Freke v. Carbery dâvası münasebetiyle verilen kararda, *Law Reports, Equity Cases XVI*, s. 461; Nelson, s. 142 vdd.

prensibi de dahil olmak üzere bütün prensiplerin temsilcileri mevcuttur (krş. *Bar*, II, s. 17). Bununla beraber burada çok kere kanun hükümleri o kadar sarihtir ki, nazari hücumların bunlara karşı hiç bir tesiri olamaz. Meselâ ifa yeri hukuku şu memleketlerde esas olarak kabul edilmiştir: Saksonya'da Medenî Kanununun 11. nci maddesiyle, Bayera'da kanunun 14 ncü babının 7 nci maddesinin 8 nci bendi ve 11 Haziran 1816 tarihli Nizamname ile, Baltık denizi eyaletlerinde Medenî Kanununun başlangıç kısmının 35 nci maddesiyle; inikad mahallî hukuku da şu mevzuatta kabul edilmiştir. Avusturya Medenî Kanununun 37 nci maddesiyle, (bazı takyidler altında olmak üzere) İtalyan Medenî Kanununun 9 ncü maddesinin 2 nci fıkrasıyla, Şimalî Amerika telâkkisine de uygun olarak (krş. *Story*, § 242 vdd.) Peru Kanununun 40 ncü maddesiyle Almanya'da Alman Temyiz Mahkemesinin müstakar içtihatlarına müsteniden hakim olan irade muhtariyeti nazariyesi de - ki bu nazariyenin son zamanlarda İngiltere'de de *lex loci contractus* nazariyesi yerine kaim olmağa başladığı sezilmektedir (krş. *Lloyd v. Guibert*, *Law Reports, Queens Bench Div. I*, s. 155; *Nelson*, s. 247 vdd.; *Westlake*, s. 234 vdd.) - kısmen kanuniyet kesbetmiştir: bak. Zürih Kanunu m. 5.

İnikad yeri, ifa yeri, irade muhtariyeti: bunlar da ikametgâh veya mâmeleke dahil malların gayrı menkullüğü gibi, sırf vakialardan ibaret değildir. Bu mefhumların hukuk hükümleriyle tanziminin ne derece zarurî olduğunu, bu mefhumların birbirlerinden ne kadar ayrılacaklarını ve hakikaten de ayrılmış olduklarını uzun boylu izaha hacet yoktur. Kaide teşkil eden haller burada da basit ve bunları tanzim eden hükümler hemen her yerde birbirine benzemektedir. Fakat - hazır olmıyanlar arasında yapılan akidlerde inikad mahallî; ayrı ayrı yerlerde ikamet edenler arasında hariçte bulunan mallara dair yapılan akidler; irade muhtariyeti esasında tarafların iradelerinin sarahaten ifade edilmemiş olması veya bunun tefsirinde tereddüt olunması vesaire gibi - iki tarafa da çekilebilen tereddüdü mucip hallerle karşılaşılınca ihtilâflar da başlar.

Tesbit edebildiğimize nazaran, bu mefhumları mahallî hukuklar arasında mevcut farkları bertaraf etmek suretiyle beynelmilel bir şekilde tanzim etmek için herhangi bir teşebbüs yapılmış değildir. Böyle bir teşebbüsün bu sahada diğerlerinden de daha az muvaffak olacağı kanaatindeyiz. Binaenaleyh daima ön meseleyi mahallî ve mülkî hukuklardan birine göre cevaplandırmamız lâzımdır. *Siebenhaar* (Saksonya Medenî Kanunu Şerhi, § 11) «muhtelif devletlerin kanunlarının ifa yeri

hususunda birbirlerinden ayrılmaları» güçlüğünü zikr ve bunu «ister verilecek cevapta tereddüt olunmadığı için, ister böyle bir suali vaz'etmek kimsenin hatırından geçmediği için olsun, kaideten sükûtle geçilen bir mesele» olarak tavsif ediyor. Ancak *Siebenhaar*'ın bunu hal için yaptığı teklife fazla taraftar çıkmasa gerek: bu gibi ihtilâflarda inikad yerinin mahallî hukukunun tatbikini ileri sürüyor. Kanunu bu suretle tashih için ne gibi sebeplere dayandığını göstermiyor; bununla beraber kanunların inikad yeri hususunda da ayrılmaları halinde *Siebenhaar*'a göre hangi hukukun nazarı itibare alınması lâzımgeleceğini öğrenmek enteresan olurdu.

Akidden doğan borcun doğduğu yer veya ifa yeri hakkındaki yahut tarafların ne istedikleri veya ne istiyebilecekleri hakkındaki hukuk kaideleri akidler hukukunun umumî hükümlerinden maduttur. Binnetice prensip olarak bunları, doğrudan doğruya akidden doğan borcun tâbi olduğu hukuka göre tâyin etmek lâzımgelir. Fakat eğer bu mefhumlardan biri hakkında verilecek karar akidden doğan borcun tâbi olduğu mahallî hukuk ile ilgili ön meseleyi teşkil ederse, irtibat mefhumunu bu sıfatla beynelmilleştirmeğe kalkıştığımız taktirde, yine ehemmiyetini artık idrak ettiğimiz ve halli imkânsız olan fâsid daireyle karşılaşmış oluruz. Hâkim bu ön meseleyi ancak kendi hukuk telâkkilerine göre çözebilir.

ROGH'da, Sakonya hukukuna müsteniden verdiği 14 Haziran 1877 tarihli kararında (XXII, s. 296 vdd.). Bunu tabî olarak telâkki etmiştir: «11 inci madde mucibince..... alacaklar ifa olunacakları yerin hukukuna tâbi olurlar. Ve bu yerin tâyini için de 702 nci ve müteakip maddelerin hükümlerine bakılır.»

Bar inikad yeri, ifa yeri, irade muhtariyeti nazariyelerini tenkid ederken bunların hepsinin müddeayı delil ittihaz etmek hatasına düştüğünü iddia ediyorsa, bunda haklıdır.

Fakat müddeayı delil ittihaz etmek hatası, haksız fiilen doğan borç için ika mahalli hukukunun esas ittihaz olunması halinde daha mı az mevcuttur? Haksız fiilin ika olunduğu mahalli tâyin etmek, akdin inikad yerini tâyinden daha mı kolaydır veya bu, diğerinden daha mı ziyade müsbet hukukun malıdır? *Bar* (II, s. 120) iradenin açıklandığı yer ile neticenin husule geldiği yerin birbirlerinden ayrılmaları halinde, birinci yeri tercih ediyor; fakat bunun dahi, tabiaten mer'î olduğu iddiası yanlış bir zahaba dayanan ve beynelmilel mevcudiyenin de isbatı lâzımgelen bir hukuk kaidesinden ibaret olduğunu burada tekrarlamamıza hacet yoktur.

Burada da ön meselenin hali için mahallî bir mülkî hukuka dayanmak zaruretindeyiz ve beynelmilleştirme artık imkânsızlaşmış olduğuna göre, bu mahallî ve mülkî hukuk da ancak ve ancak millî ve dahilî hukuk olabilir.

§ 21

MÜTEARİFE MEFHURLAR.

İhtira beratı hukuku için icadın yapıldığı yere, telif hakkı için eserin intişar olduğu yere veya müellifin yahut nâşirin tâbiyetine ve ilâh. bakmak icabediyorsa, bütün bu hallerde aynı mesele mevzuu bahis olur. Sırf vakıalardan ibaret olan ve herhangi tereddüde meydan bırakmıyan irtibat mefhumlarında da durum aynıdır. Nümune olarak gösterilen şu beynelmilel kaideyi ele alalım: aynı haklar *lex rei sitae*'ye tâbidir; menkullerin, sahiplerinin ikametgâhında bulunduğu dair olan eski nazariye kabul edilmiş olmasa bile, birçok hallerde bir şeyin hukukî mânada bulunduğu yerin neresi olduğu meselesini sırf "tabii" olarak halletmemize imkân yoktur. Yüzen malların, yolcu bagajının makarrı olarak bunların varma yeri; gemi, lokomotif ve benzer şeylerin makarrı olarak bunların mütad olarak yerleştirildikleri yer kabul edilirse, bütün bunlar, ister bir kanunda yer almış, ister nazariyat ve tatbikat sayesinde vücut bulmuş olsunlar, kelimenin tam mânasıyla hukuk hükümleridir. - Mamafih beynelmilel nazariye bu hukuk hükümlerinin mevcudiyetini kabul etmekle beraber, bunların dahilî hukuk mahiyetlerini yine de inkâr edecektir. — Dahası da var: bir şeyin hukukî mahiyeti nazarı itibara alın-

maksızın o şeyin nerede «bulduğunu» tâyin etmek çok kere imkânsız olacaktır. Hukuk nazarında asıl nerede ise, teferruat, cüzî mütemmim de orada bulunur. Ancak asıldan ayrılan, fakat hukuken bu vasfını taşımakta devam eden cüz'ü mütemmimin, başka bir yere götürülen teferruatın fizikî bakımdan aslı ile aynı yerde bulunmaması pekâlâ mümkündür; hattâ gayri menkullerde dahi asla tâbi bulunan mütemmim cüz'ün devamlı olarak bulunduğu yer, aslın bulunduğu yerden başka bir yer olabilir. Krs. Alman Temyiz Mahkemesinin 19 Mayıs 1882 tarihli kararı, *Puchelts Zeitschrift*, XIV, s. 604. Malın bulunduğu yer hakkında karar verebilmek için, daha önce malın vasfını ve mahiyetini tayinde mütereddit olan hâkimi *lex rei sitae*'ye yollayacak olursak, yine beynelmilleştirmenin sonunu ihbar eden malûm fâsid daire ortaya çıkar. Meselâ hâkimin hukukî mânada bir malın veya müstakil bir malın mevzuu bahis olup

olmadığı hususunda tereddüde düşmesi halinde vaziyet böyledir. Ancak eline devletler hususî hukuku hakkında kelimenin tam mânasıyla beynelmîl bir kanun verilmedikçe hâkim bir mahallî hukuka göre hüküm vermeğe mecburdur.

Hülâsa, bir devletler hususî hukuku hükmü ne kadar basit olursa olsun, her yerde yabancı hukuka göre tâyini imkânsız olan birtakım esas mefhumları muhtevidir; bu yabancı hukukun bulunabilmesi için evvel-emirde onun tavazzuh etmesi şarttır. Riyaziye için mütearife ne ise, devletler hususî hukuku için de bu esas mefhumlar odur; yani bütün sistemin kurulmasını mümkün kılmak için bizzat mevcut olmaları lâzımgelen temeller. Faydalı olmak isteyen bir nazariye ve mevzuat bu gibi temeller olarak, bütün medenî devletler tarafından mümkün olduğu kadar müttehid bir şekilde hukuken tanzim edilmiş bulunan mefhumları seçmekle mükelleftir. Eğer nazariye bunda tamamiyle muvaffak olamamış veya mevzuat bunda isabet etmemiş ise, nihaî irtibat mefhumları olarak başka başka yerlerde ayrı ayrı şekillerde tanzim edilmiş bulunan müesseseler seçilmiş olursa; bundan irtibat mefhumları arasındaki ihtilâflar, bizzat devletler hususî hukuku hükümlerinin birbirlerinden farklı olması halinde olduğu gibi, zarurî ve halli imkânsız kanun ihtilâfları doğar.

Mamafih, her irtibat mefhumu — yani bir devletler hususî hukuku hükmünün, raptolunduğu hukuk mefhumu — aynı zamanda da mütearife olan bir mefhum değildir. Ancak beynelmîlleştirilmesi binnetice ve hükmün mahiyeti icabı imkânsızlaşmış olan irtibat mefhumu bir mütearife mefhumdur

Tâbiyet şahsî statüye müteallik devletler hususî hukuku hükmü için bir irtibat mefhumudur: fakat bu aynı zamanda bir mütearife mefhum değildir; zira onun daha ziyade beynelmîlleştirilmesi mümkün ve zarurîdir. Yukarda § 16 da tetkik olunan karışıklıklar, mülkî hukukların müsavi olmaları lâzım gelirken ayrı ayrı olmaları neticesinde meydana gelmekte olup, devletler hususî hukuku hükümlerinin ayrı ayrı oluşlarından ve bu itibarla da hakikî mânadaki kanunlar ihtilâfından ileri gelmemektedirler. Bunlara hakikî olmayan ihtilâflar demek mümkündür.

Menkuller üzerindeki aynî hakların mâlikin ikametgâhı kanununa tâbi olacağı yolundaki devletler hususî hukuku hükmünün irtibat mefhumu mülkiyettir; fakat bu kaziye mahiyetini taşıyan bir mefhum değildir: zira mâlikin şahsında tereddüt edilmesi halinde hükmün hakikî mânasına rücû etmenin mümkün ve zarurî bulunduğunu, hakikî ve nihaî

irtibat noktasının mâlikin şahsı olmayıp, şeyin bulunduğu (farz olunan) yer olduğunu görmüştük (yukarda § 18). Binaenaleyh burada hakikî olmayan bir irtibat mevzuu bahistir denebilir.

Şu halde, bir devletler hususî hukuku hükmünün irtibat noktalarından hangilerinin mütearife mefhumu olduğu çok kere ancak o hükmün dikkatle tetkiki neticesinde anlaşılabilir. Fakat bu unsurlardan birinin bir mütearife mefhumu olduğunu anlar anlamaz bunu artık iç hukuka göre tâyin ve tesbit etmekten başka çare kalmaz. Zira her hâkim, tıpkı bizzat devletler hususî hukuku kaidesinde olduğu gibi, onun mütearife mefhumları hususunda da kendi mahallî = mülkî hukuku dışına çıkamaz.

§ 22

MÜTEARİFE MEFHUMLARIN İZAFİLİĞİ

Diğer bir vesile ile daha önce de tebarüz ettirdiğimiz gibi, atıf ve yakınlık prensiplerine sarıh kanun ihtilâflarında olduğu kadar irtibat mefhumlarının ihtilâfında da tesadüf edilmektedir. Birinci kısımda söylediklerimizi burada tekrarlamış olmamak için burada bu iki prensibin yeniden izahına lüzum görmüyoruz.

Buna mukabil, yukarda § 7 (sonunda) izah etmiş olduğumuz prensiple el ele giden ve atfa benzeyen üçüncü problem burada daha büyük bir ehemmiyet kazanmaktadır.

Meseleyi tasvir için bir iki misal zikredelim:

1 — Daha önce gördüğümüz gibi, İngiliz-Amerikan telâkkisine göre gayri menkullerin mevzuu bahis olması halinde aile malları hukuku *lex rei sitae*'ye göre tâyin olunmaktadır. Bir İngilizle evli bulunan bir Fransız kadınının evlenmeden evvelki malları arasında, Fransada bulunan bir gayri menkul üzerinde bir gayri menkul iradı vardır. İngiliz telâkkisine göre bu bir gayri menkuldür. (Krs. *Williams, Real property s. 372*). Buna göre İngiliz hâkimi bu mallar hakkında karı-koca malları hakkındaki Fransız hukukunu tatbik edecektir. Fransız hukukuna göre ise, bu irad menkul bir kıymettir. (Fransız Medenî Kanunu m. 526, 529). Bu vaziyet karşısında hakim: benim hukuk telâkkime göre gayri menkul iradı gerçi gayri menkuldür; binaenaleyh Fransız karı-koca malları hukukunu tatbik etmem lâzımdır; Fransız hukukuna göre ise menkul sayıldığından Medenî Kanunun 1401 inci maddesi mucibince mal birliğine dahil olacaktır, demiyecek midir?

2 — Saksonya hukukuna göre akidden doğan borç ifa yeri kanunlarına tâbidir. Akdin inikadı anında Fransada ikamet eden bir borçlu, bilâhare Saksonyaya nakletmiştir. Saksonya Medenî Kanununun 705 inci maddesine göre ifa mahalli Fransadadır. Binnetice fransız borçlar hukukunun tatbiki lâzımdır. Halbuki hâkim fransız doktrini Medenî Kanunun 1247 nci maddesinin 2 nci fıkrasını, borçlunun akdin inikadı anındaki ikametgâhının değil, alacağın talep edildiği andaki ikametgâhının bulunduğu yerin borcun ifa mahalli sayılacağı şeklinde tefsir etmektedir. (Saksonya Medenî Kanununun: “malum olmak şartıyla” ifadesini ihtiva eden 706 ncı maddesinin Fransız Medenî Kanununun 1247 nci maddesinin 1 inci fıkrasıyla, keza 1690 ve 1651 inci maddeleriyle mukayesesi halinde buna benzer farklar doğmaktadır). Saksonyalı hâkim fransız borçlar hukukunun bu hükümlerini nazarı itibara almayıacak mıdır?

Ortaya attığımız bu meselelere verilecek cevaplardan hangisinin doğru olduğu yukarda § 7 de verdiğimiz izahattan anlaşılacaktır. Hâkim, devletler hususî hukukuna taallük eden meseleyi bu sıfatla hallettiği andan itibaren şahsî hukuk münasebetinin bütün hususları bakımından artık yabancı hukuk sahasına girmiş olur. Yabancı hukukun tamamını, yabancı hukuku “bir bütün olarak” tatbik edeceği ne kadar yanlışsa, o yabancı hukukun hangi kısmına gönderilmişse, o kısmı «bir bütün olarak» tatbik mecburiyetinde olduğu da o derece doğrudur. Binaenaleyh yukardaki misallerde fransız karı-koca malları hukukunun gayri menkul iradını bir menkul sayan hükmünü, keza fransız borçlar hukukunun, — âdemi ifa sebebiyle zarar ve ziyan vesaire gibi bütün müteferri neticeleri de dahil olmak üzere, — borçlunun o andaki ikametgâhını ifa mahalli olarak kabul eden hükmünü de nazarı itibara almakla mükelleftir. Atif aleyhinde ileri sürülen sebeplerden hiçbiri — mütearife mefhumların izafiliği diyebileceğimiz — bu prensibin tatbiki aleyhine ileri sürülemez.

Bu prensip bizi fâsid daireye sokmuş olmaz. Zira biz: gayri menkul iradı ingiliz hukukuna göre gayri menkuldür; binaenaleyh fransız hukukunun tatbiki lâzımdır; fransız hukukuna göre ise menkuldür, binaenaleyh tekrar ingiliz hukuku tatbik olunacaktır, demiyoruz. Aksi takdirde bu yine atif, bir fasid daire mahiyetini alır ve sarih kanun ihtilâflarında olduğu gibi burada da sakat olurdu.

Bu prensip, hususilik prensibini (yukarda § 6, No. 3) inkâr etmemektedir. Zira burada yabancı hukuka tâbi kıldığımız mesele, bizim gönderdiğimiz hususî hukuk mevzuunun mütemmim bir cüz’ünü teşkil etmektedir.

Bu prensip bir tezdâ da muhtevi değildir. Zira devletler hususî hukuku bakımından muayyen hukukî bir vasfa muayyen bir mâna vermiş olmamız, aynı vasfa diğer bir hukuk mevzuu bakımından başka bir mâna vermeliğimizle mâni teşkil etmez. Bizim devletler hususî hukukumuz bakımından bu mütearife mefhumunun kat'î ve mutlak olması lâzımdır. Binaenaleyh biz bunu ancak millî ve dahilî hukukumuzla göre tâyin edebiliriz. Bu temelden yürümek suretiyle bahse mevzuu olan hukuk münasebetinin muayyen bir yabancı hukuka tâbi olduğu neticesine varırız. Fakat bu suretle devletler hususî hukuku da bizim için sona ermiş olur. Bundan sonra tatbik ettiğimiz artık yabancı mahallî karı-koca malları hukuku, aynı hakları vesairedir. O hukuk için bir mütearife mefhumu olan şeyin — ki, aksi takdirde bir sürü fâsid daireler üzerine kurulmuş bulunan yapının çökmesi lâzımgelirdi — bizim için aynı şekilde bir mütearife mefhumu olması icabetmez. Yabancı bir ülke hukukunun tatbik olunması icabedeceği şeklinde varılan netice, o ülke hukukunu, bizim devletler hususî hukukumuz bakımından verdiğimiz kararın mesnedlerini teşkil etmiş olan unsurların aynı derecede bağlayıcı sayılması suretiyle tatbikini icabettirmez. Bir kararın kaziyei muhkeme olarak kabulü, mucip sebeplerinin ise kaziyei muhkeme olarak reddi nasıl bir tezdâ ifade etmezse, bu iddia da mantıkî bir tezdâ değildir.

Vardığımız neticeyi şu suretle hülâsa edebiliriz: Devletler hususî hukukunun mütearife mefhumları millî veya dahilî hukuka göre tâyin olunur. Fakat her mütearife mefhumu bu sıfatla izafidir.

III ÜNCÜ KISIM

GİZLİ (KAPALI) KANUN İHTİLÂFLARI

§23

«Gizli» kanun ihtilâfları deyince, bununla, muhtelif devletlerin devletler hususî hukuku hükümleri veya bu hükümlerin raptettikleri hukuk mefhumları arasındaki farkdan değil, fakat sarîh hükümler bulunmaksızın bizzat devletler hususî hukukunu meydana getiren temelden, yani hukuk münasebetlerine muhtelif devletlerde ayrı ayrı mahiyetler tanımakta olmasından ileri gelen kanun ihtilâfları anlaşılır.

Fakat *Savigny*'nin meşhur sözünden anlaşıldığına göre, bütün devletler hususî hukukunun temeli hakikaten hukuk münasebetlerinin mahiyeti midir?

Bar'a inanmamız lâzımgelirse, hayır.

Yalnız *Savigny'nin* bihakkın beynelmilel bir mahiyet kazanmış olan (Krs. *Brocher, Journal de dr.V, 229; Wharton, § 393, 317 a*) hukukî münasebetlerin makarrı sözü isabetsiz ve şaşırtıcı bir ifade olarak tavsif edilmekle kalmıyor (keza, krs. *Brinz, Pandekten, I, s. 102*), tetkikler yapılırken hukukî münasebet mefhumunun hareket mebdei ittihaz edilmesinin dahi hatalı ve yanıltıcı, sakat bir fâsid daire olduğu da iddia ediliyor. Ancak «hakikî vakıaların» veya «tam mânasiyle devletler umumî hukukunca da müselleme hukuk münasebetlerinin» devletler hususî hukuku için hareket mebdei ittihaz edilmesi lüzumu ileri sürülüyor ve «bir karara namzed teşkil edebilecek yegâne kıstasların... şahsın veya şey'in bulunduğu yer ve şahsın tabiiyet ve ikametgâhı olabileceği» tasrih ediliyor, (bak. *Bar, I, s. 107, 112, 116*).

Bar'ı burada «kısta» diye vasıflandırdığı hususlar, bizim bundan evvelki kısımda irtibat mefhumları, mütearife mefhumları diye izah ettiklerimizden başka bir şey olmasa gerektir. Bunların, mümkün mertebe, hakikî vakıalar veya her tarafta aynı şekilde tanzim edilmiş âlelade hukuk mefhumları olması lüzumu (krs. yukarda § 21) şüphesiz ki, doğrudur. Fakat mevcut hukukta bunların buna rağmen umumî surette kabul edilmemiş olduklarını yukarda izaha çalıştık; bunların, aynı hakların ve borçlar hukukunun en iptidai safhaları dışına yükselmiş bulunan bir hukuk leminde, de lege eranda = yani olması lâzımgelen hukuk bakımından da şahsın veya şey'in bulunduğu mahal ve ilâh ... gibi en basit irtibat mefhumlarına münhasır kalamıyacağı da kanaatimizce inkâr götürmez bir hakikattir. Şu kadar ki, burada bahse mevzu olan bu değildir. *Savigny'nin* hukuk münasebeti irtibat mefhumunun kıstası olarak değil, raptolunan şey olarak gözükiyor. Bu bakımdan *Bar'ın* hücumu yersizdir.

Dört kilo arpayı üç kilo samana taksim etmek nasıl imkânsızsa, vakıaların muayyen bir ülke hukuna tâbi kılınması lüzumunu sırf vakılardan istihraç etmeğe de imkân yoktur. İster istemez vakıalarla bir hukuk kaidesi arasında bir münasebet tesis etmek, yani hukukun vakıalara tatbiki suretiyle meydana gelen hukuk münasebetini fikren kurmak lâzımdır. *Bar'da* şüphesiz bunu kastediyor: «Bir şahsın veya bir şeyin umumî olarak diğer bir ülkede mer'î olan bir hukuk nizamının hâkimiyeti altına girmesinden bunların o ülkede câri olan müferid hukuk hükümlerinin de hepsine tâbi olacakları neticesi çıkar.... Bilâkis şahsın veya şeyin buldukları yer, şahsın veya şeyin, her ne sebebe olursa olsun, o

ülkede bulunan şahıslar veya şeylere tatbik olunmak üzere isdar edilmiş bulunan hukuk hükümlerine tâbi olmalarını intaç eder. *Bar* bu suretle, bir hukuk hükmünün veya hukuk hükümleri mecmuasının, eşyanın tabiatine, yani bu kanunların mâna ve derecesine göre ne zaman, ne gibi şartlar altında ve hangi şeyler hakkında mer'î olmak istediğini ve mer'î olması lâzımgeldiğini uzun boylu tetkik etmektedir. (Meselâ, krs. I, s. 116 vdd. 552, 557 v.s.). *Bar*'a göre, "raptolunan şey" — ki, *Savigny*'ye nazaran bu muayyen bir hukukî münasebetin makarrıdır — muayyen hukuk kaidelerinin hâkimiyet sahasıdır. *Savigny*, aynî hakların tabiatından, şeyin bulunduğu yerin aynı zamanda bu neviden olan hukuk münasebetlerinin de makarrı olduğu neticesini çıkarıyor, *Bar*, *lex rei sitae*'nin hâkimiyetini «aynî haklara mütedair kanunların maksat ve gayesinden», kanun vâzının aynî haklara mütedair hükümler va'zetmekteki "makul" niyet ve maksadından istihraç ediyor. *Savigny*, evliliğin, velâyetin, vesayetin, "tabiatını", *Bar* ise, "aile hukukuna müteallik kanunların hedefi olan maksat ve gayeyi" tetkik ediyor. Kısacası, *Savigny* hukuk münasebetlerinin makarrını kendilerine has tabiatlarını göz önünde tutarak, *Bar* ise hukuk kaidelerinin hâkimiyet sahasını bu kaidelerin hedef ve maksadına göre tâyin ediyor. Bunların her ikisi de birbirinden farksız şeylerdir. (Bak. bizzat *Savigny*, VIII, s. 3). Meseleyi birincisi sübjektif bakımdan, ikincisi ise objektif hukuk zaviyesinden tetkik etmektedir. Bu iki tetkik tarzından muhakak ki, birincisi şayanı tercihtir; zira sistematik hukukî düşüncemiz daima sübjektif olarak hareket eder; ve bu mütad usulden ayrıldığımız takdirde çok kere sistematik sayesinde hukuk organizasının derinliklerine kadar nüfuz ettirmeğe muvaffak olgumuz nazarı (Krs. *Jhering*, *Geist des römischen Rechts*, I, § 3) tekrar kaybetmek, münferid hukuk kaidelerine dayanmak suretiyle, doğru gibi görünen, fakat hakikati halde sadece zahirî kalan mucip sebeplere dönmek tehlikesine mâruz kalırız (35); hukuk münasebetlerinin tabiatına istinad eden mucip sebeplerin de, objektif mânadaki hukuk münasebetlerinin, daha üstün bir mertebeye ulaşmış olan hukuk kaidelerinden başka bir şey olmadığı (krs. *Jhering*, a.g.y., s. 37), sübjektif mânadaki hukuk münasebetlerinin ise, başka bir zaviyeden görünen aynı şeylerden ibaret bulunduğu şeklindeki aynı fikrin tamikinden ibaret olduğu da gözden kaçmış olur.

Demek oluyor ki, ister kanun vâzı tarafından isdar, ister hukuk ilmi tarafından tesbit edilmiş olsunlar, bütün devletler hususî hukuku hükümleri için hareket mebdei, hukuk münasebeti ve onun tabiatıdır. Kanun vâzı diyor ki: Bu cins ve nevideki hukuk münasebetleri bu veya

şu ülkeye ait telâkkî olunacaktır, zira bu, o hukuk münasebetlerinin tabiatlarına uygundur. Kanun vâzının sükût ettiği yerde de ilim böyle hareket etmekte, bu gibi hukuk münasebetlerinin tabiatları iktizası olarak hangi ülkeye ait bulduklarını tetkik eylemektedir.

Binaenaleyh *Savigny*'nin meşhur sözü her türlü taarruzdan mâsundur. Bu sözle her şey isbat olunabilir veya hiçbir şey isbat olunamaz denirse (*Bar*, I, s. 116), bu filhakika doğrudur; fakat bununla esasen bir şey isabet edilmek de istenmemiştir. Bu söz sadece bir başlık" (krş. *Savigny*, a. g. y. s. 28 ve 108), meseleye bir cevap veya onun bir hal tarzı değil, onun sadece vazından ibarettir; bu bir devletler hususî hukuku nazariyesi değil, devletler hususî hukuku probleminin kendisidir (36).

§ 24

Diğer taraftan hukuk münasebetleri de münferid hukuk nizamları dışında mevcudiyetleri olan şeyler değildir; bunların tabiatlarını teşkil eden unsurlardan hiçbiri sanki «hukuk üstünde» veya «hukuk dışında» kalan mantikî zaruretler değildir (krş. *Jhering*, IV, s. 302 vdd.). Bize böyle görünen şey, tarihî tekâmül neticesi meydana gelmiş bulunan hukukumuzda dayanarak neşvünüma bulmuş olan tarihî tekâmülün bir mahsülüdür. *Savigny* bile «bütün milletlerin ve bütün devirlerin hukukuna göre kocayı aile birliğinde reis saymak icabetmiştir» diyor. Fakat *Herodot* bile kadınların aile ve devlette hâkim bir rol oynadıkları milletlerden bahsetmişti ki, mukayeseli hukuk üzerinde tetkiklerde bulunmak üzere son

(36) *Savigny*'nin bu cümleye, bizim bugün ondan çıkardığımız kadar geniş bir mâna vermiş olması da şüphelidir. *Savigny*'ye göre bir hukuk münasebeti «şahıstan şahsa olan bir hukuk kaidesi tarafından tayin ve tanzim edilmiş bulunan bir münasebettir.» (Ein Rechtsverhältnis ist eine «Beziehung zwischen Person und Person, durch eine Rechtsregel bestimmt» krş. I, s.6 vdd. ves. 833 vdd). § 345 de «Devletler hususî hukukuna umumî bir bakış» başlığı altında verdiği izahat da bu anlayışa uygundur; buna göre hukuk kaidelerinin mevzu ve muhtevası şunlardan ibarettir: 1. bizzatî şahıslar, onların medenî haklardan istifade ve medenî hakları istimal ehliyeti ve.. 2. hukuk münasebetleri, ki bunlar arasında aynı haklar, borçlar hukuku, aile ve miras hukuku da zikredilmektedir. Gerek § 350 de ve gerekse sureti-umumiyede, bir hukuk münasebeti rabıtasıyla bağlı bulunan bir şahsın durumu (hali) ile bu hukuk münasebeti arasında açık olarak bir fark gözetilmektedir. Yalnız § 361 de hukuk münasebetlerini tasnif ederken şahsın halini (= durumunu) (medenî haklardan istifade medenî hakları istimal ehliyeti) en başta zikr ve bunun icabı olarakta ileride «münferid hukuk münasebetleri» altında tahlil ve izah etmektedir. «Hukuk münasebeti», yukarıda kabul olunan umumî ve en geniş mânasıyla üçüncü kitabının ve bunun başlangıç faslının başlığını teşkil etmektedir (§ 344).

zamanlarda yapılmış olan seyahatlarda vâki keşifler ve bu hususta hazırlanan yeni raporları da bu vakıayı te'yid ediyor. (krş. *Post Africana Jurisprudenz*, I, s. 16, 297, 400 vdd.). Hiç değilse kadının evlenmek suretiyle kocanın ailesine geçişine «tabiaten zarurî» diyebilmeli idik. Fakat hayır, tamamiyle aksinin cârî olduğu milletler de vardır. (Meselâ, Java ve Sumatra adalarındaki ambil-anok evlenmeleri, *Post*, I. s. 405). Karı kocanın teşkil edecekleri aile birliği dahi ailenin "tabii" mefhumunun ayrılmaz bir vasfı değildir: Malaya'lılarda ve diğer milletlerde (bak. *Post*, I, s. 404 ve 406) karı kocadan her biri evliliğe rağmen asil ailesi dışına çıkmış olmaz ve çocuklar da bazılarında babanın, bazılarında ananın ailesine kalır ve nihayet bazılarında da taksim olunurlar. Hattâ evli babanın hukuken çocuğun babası olması, yani, babalık diye ifade edebileceğimiz hak ve mükellefiyetleri ve münasebetleri v nefsinde mezc etmesi bile her yerde cârî bir kaide değildir. Kürre-i ârz üzerinde oldukça geniş bir nispette yayılmış bulunan maderşahilik usulünde (krş. *Post*, I, s. 13, not I) çok kere çocuklarda babaları arasında hukukî hiçbir münasebet yoktur: hukuken onların babası ve en yakın erkek akrabası dayıdır; çocuklar dayıların adını taşır, onları dayıları yetiştirir, bütün mükellefiyetler ve bütün şümûliyle *patria protestas*'dan neş'et eden haklar ve çok kere hattâ çocukları satmak hakkı dayıya aittir, (krş. *Post*, s. 16 vdd., 23).

Hukuk münasebetlerinin tabiaten zarurî olan bir muhtevası bulunmadığına ve binaenaleyh hukukî münasebetlerin, bütün devletler hususî hukuku kaidelerini çıkarmamıza yarayan tabiatının kaynağı münferid ülkelerde mer'î olan hukuklar olduğuna göre — zira hususî hukuk kaidelerinin bundan başka meselâ, beynelmilel bir kaynağı bulunduğunu kimse iddia etmemektedir — muhtelif ülkelerde ortaya çıkan hukuk münasebetleri arasında büyük bir mahiyet yakınlığı bulunmasına rağmen, bu hukuk münasebetleri için devletler hususî hukuku bakımından ayrı ayrı birer «makar» tesbiti, sık sık rastlanan bir keyfiyet olmamalıdır.

Buna kolaylıkla misaller gösterebilir:

Meselâ, mahiyetleri itibariyle öyle mürekkep hukuk müesseseleri vardır ki, (krş. *Jhering*, IV, s. 176 vdd.) devletler hususî hukuku bakımından bunların, hukuk usulünün dâva birliğine benzeyen (Alman Hukuk Mahkemeleri Usulü Kanunu. § 59) bir vahdet teşkil etmelerinin zarurî olduğu âşikârdır. Unsurları teker teker nazarı itibare alındığı takdirde bunların her biri için ayrı bir «makar» tesbiti icabetmesine rağmen, bütün münasebeti bir tek hukuka tâbi kılmağa zaruret vardır; bu

gibi hallerde, bütün münasebetin ağırlık merkezi onun unsurlarından hangisinin tarafında ise, hukuk müessesesinin makararı da o unsura göre tâyin olunur.

Aileye müteallik hak ve selâhiyetlerinde de durum böyledir. Bugün daha az medenî milletlerde olduğu gibi, (krş. *Post*, I, s. 50vdd., 294, s. 1 vdd.) eski Roma hukukunda da (krş. *Jhering* IV, s. 195) bunlar aile reisine tanınmış ve aslında belki de onun mallar üzerinde haiz olduğu haklardan hiç farkı olmıyan veya pek az farkı olan sübjektif haklardan ibarettir; zamanla medeniyet ilerledikçe aile reisinin hakları geri düşmekte, onların yerine reisin hâkimiyeti altında bulunanı temsil, himaye gibi mükellefiyetler birinci plâna geçmektedir. "*Tutela est jus ac potestas in capite libero*" (§ 1 J. 1. 13 (de tut) yerine bugün: "*Le mineur est le centre et la base du grand organisme qu' on appelle la tutelle*" küçük vesayet denilen büyük organismanın merkez ve temelidir" denmektedir. (*Brocher, Journal de dr.*, V, s. 401, keza krş. *Laurent*, V, s. 506 vdd. VI, s. 11 vdd., 43; *Esperson, Journal de dr.*, VII s. 340 vdd.). Medeniyet seviyesi orta derecede olan her yerde hak ve mükellefiyetlerden terekküp eden bu müesseseler bu unsurlardan birine veya diğerine daha ziyade temayül ettiklerine göre, bunların beynelmilleştirilmesi için çocuğun veya mahcunun yahut da baba veya vasinin şahsî statüsünü esas ittihaz etmek lâzım gelecektir. (Krş. *Laurent*, a.g.y.). (37)

Mürekkep olmıyan basit hukuk münasebetlerinde dahi durum buna benziyebilir. Muhtelif memleketlerde mevcut olup, hizmet ettikleri mak-sad, hayattaki görevleri itibariyle müsavi olan hukuk münasebetlerinin hukuk tekniği bakımından ayrı ayrı şekillere bürünmüş olmaları çok ras-lanan bir haldir.

(37) Burada şunu da işaret etmek lâzımdır ki, baba ile oğlun veya vasi ile vesayet altındaki kimsenin şahsî statülerinin ayrı, fakat bunlardan birinin hâkimin millî hukuku.. olması halinde, tatbikatta (bilhassa Fransa'da) hâkim daima kendi hukukunu tatbik etmektedir. Nitekim bir avusturyalı ile evlendikten sonra kocasının ölümünden sonra tekrar Fransız tabiiyelerine dönen bir fransız kadını ile alâkalı bir dâvada da Paris Tem-yiz Mahkemesi 13 Ocak 1873 de (*Journal de droit*, I s. 245), kadının, avusturya hususî hukukunun aykırı olan hükümlerine rağmen, çocuğu üzerinde kanunî vesayeti haiz olduğuna hüküm etmiştir: «*La dame veuve M. ayant recouvré de Française est régie pour sesdevoir corrélatifs par la loi française, sous l'empire de laquelle elle est rentée. Elle s'est trouvé par conséquent imvesite de plein droit par le décès de son mari de la tutelle légale de sa fille mineure et de tous le attributs actifs et passifs de la puissance paternelle* = dul bayan M. fransız sıfatını yeniden iktisap ettiğine göre buna tekabül eden vazifeleri bakımından, tekrar hükmü altına girmiş olduğu fransız kanununa tabi-dir. Bu itibarla, kocasının ölümü ile, küçük kızının kanuni vesayetine ve velâyetin aktif ve pasif bütün selâhiyetlerine kendiliğinden (başka bir tasarrufa ihtiyaç olmaksızın) sahip kılınmıştır.

Kiracının hakkı, müşterek hukuk sahasında bir borç, Prusya'da aynı bir hak, Fransa'da kendine hâs karışık bir müessesese, İngiltere'de ise menkuller üzerindeki bir aynı hak (*ersonal property*) şeklindedir.

İflâs Almanya'da müflis borçlunun tasarruf salâhiyetini tahdîd eden bir icra usulü, İngilterede alacaklıyı borçlunun bütün mallarının hukukî halefi yapan bir usuldür. (Krs. *Williams, Personal property* s. 174 vdd., bilhassa s. 196 vdd.).

Borçlunun, alacaklıları izrar edici tasarruflarda bulunması halinde bunların açacakları iptal dâvası kanunlarda bazen haksız fiilden mütevellid bir dâva, bazan haksız mal iktisabına dayanan bir dâva ve bazan da her ikisini mezc eden bir dâva olarak tanzim edilmiştir.

Evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun nafaka talebi bazılarına göre haksız bir fiilden, başkalarına göre şahsî hallerden doğan bir talep hakkı diğer bazılarına göre ise *obligatio ex lege*, yani kanundan doğan bir borçtur; bu çeşitli nazariyelerin kanunlarda da farklı olarak ver alması olmaları âşikârdır. (Krs. Alman Temyiz Mahkemesinin 5 Temmuz 1889 tarihli kararı, *Juristische Wochenschrift*, s. 368, no. 13 ve orada gösterilenler).

Mal rejimleri hukuku, kocanın bu sıfatla, karının malları üzerinde haiz olduğu haklar, kanunen, bir yerde bir tasarruf salâhiyeti olarak, diğer bir yerde kocayı muayyen münferid mallar bakımından kariya hukuken halef kılacak, nihayet üçüncü bir devlette de (meselâ, son zamanlara kadar İngilterede olduğu gibi: bak. *Williams, Personal Property*, s. 481 vdd., *Real property*, s. 258 vdd. —) karının bütün malları bakımından ona hukuken halef olacak şekilde tanzim edilmiştir.

Bir hukuk müessesesinin mahiyetini tâyin ederken, hususiyle devletler hususî hukuku mevzuu bahis olduğu zaman, o müessesenin teknik bakımından büründüğü şekiller arasındaki farkı değil, görevi itibariyle arzettiği ehemmiyetin eşitliğini esas ittihaz etmek gerekir.

Bu itibarladır ki, kanaatimizce, meselâ, müşterek hukuk sahasındaki bir hâkimin Prusyalı bir kiracının aynı hakkını, kendi memleketinde asla tanınmayan nevi şahsına münhasır bir hukuk müessesesi olduğunu kabul etmesi kadar (*avingy*, VIII, s. 190, *Förster-Eccius, Theorie und Praxis des preussischen Privat-Rechts*, IV. tabı, I. § 11, s. 61), Bar'a tâbi olarak bunu Roma hukukunun şahsî irtifak hakkı olarak mütalâa etmesi de hatalıdır. (Krs. *Laurent*, VII, s. 369 vdd.). Kiracının kira münâ-

sebetinden çıkan talep hakikî ister aynî, ister bir dâva sıfatiyle korunmuş olsun, mevzuu bahis olan, bütün medenî milletlerce malûm olan bir kira münasebetidir.

Muhtelif memleketlerdeki hukuk münasebetleri mütecanis, nüve ve mahiyetleri itibariyle mutabakat halinde olmakla beraber, teknik bakımdan ehemmiyetli farklar gösterebilirler; öyle farklar ki, bunlar bu münasebetlerin beynelmilleştirilmesi halinde birbirinden farklı neticeler elde olunmasına da sebebiyet verebilir ve kısmen de vermektedir. «Hukuk münasebetlerinin tabiatının», bir yerde temerküz etmiş hukuk hükümlerinden başka bir şey olmadığı yukarda söylenenlere bak. *Jhering*, I, s. 37, IV, s. 302 vdd.) muhtelif memleketlere ait hukuk münasebetlerinin tabiatları arasındaki tam mutabakatın, bu husustaki maddî hukuk hükümleri arasında da ayniyet ve mutabakat demek olduğunu daima gözönünde tutmamız lâzımdır ki, böyle bir halde de mevzuu bahis hukuk münasebeti için bir devletler hususî hukukuna ihtiyaç kalmaz.

Bütün bunlardan evveleminde şu netice çıkıyor: Bizzarure öyle haller mevcuttur ki, beynelmilel noktai nazardan, muhtelif devletlerin mütecanis hukuk hükümleri bunlar hakkında aynı zamanda meriyet iddiasındadırlar (müsbet ihtilâf); yine diğer bir grup haller daha vardır ki, haklarında mevcut iki hukuk nizamından birinin tatbiki lâzımgelirken her ikisinin de merî olmayacakları iddia edilmektedir (menfî ihtilâf).

— — —
§ 25

MÜSBET İHTİLÂF - KANUNLARIN İÇTİMÂİ

Hükümler arasında açık bir tezad bulunması halinde muhtelif memleketlere ait aynı cins hukuk kaidelerinin aynı zamanda tatbikinin imkânsız olacağı meydandadır. 22 yaşında olan bir şahsın medenî haklarını kullanma ehliyeti mevzuu bahis olduğu zaman rüştü 21 yaşın ikmaliyle başlatan Alman kanunu ile rüştü 24 yaşın ikmaliyle başlatan Avusturya kanununun aynı zamanda tatbikine imkân olmayacağı aşikârdır; yan hısmılarıyla karşılaşan kocanın miras hakkının mevzuu bahis olması halinde, kardeşlerle karşılaşan kocaya 2/3 miras hakkı tanıyan İtalyan hukuku ile kocaya hiçbir miras hakkı tanımayan müşterek hukuku zamanda tatbik suretiyle miras meselesinin halli cihetine gidilmesi imkânsızdır ve ilâh.... (krş. yukarda § 16).

Bu gibi hallerde içtima eden iki hukuktan birini seçmek lâzımdır. Fakat aynı zamanda meriyet iddiasında bulunan bu iki hukuktan birini seçmek için nasıl hareket etmek icabedecektir?

“Tereddüd halinde” daima dahilî hukukun tatbiki lâzımgeldiği şeklinde *Wächter* tarafından ortaya atılan prensip, bugün umumiyetle ve haklı olarak reddedilmiştir (krş. yukarda § 16 ve § 24 not. 37).

Allgemeines Londrecht, Başlangıç, § 27’den, hukukî muameleler mevzuu bahis olduğu takdirde muamelenin muteber sayılması hususunda en müsait olan kanunun tercihi icabedeceği neticesini çıkarmak mümkündür.

Menkuller üzerindeki aynı haklara gelince (*Allgemeines Landecht’e* göre burada prensip olarak mâlikin ikametgâhı kanunu câridir: bak. Yukarda § 18), mâlikin iki ikametgâhının mevcudiyeti halinde § 29 mucibince *lex rei sitae* tercih olunacaktır.

Bir şahsın birden çok şahsî statüsü bulunması halinde Cenevre Hukuk Mahkemesi şahsın, kendisi için en müsait olan statüye istinadedebileceğini kabul etmektedir (bak. yukarda § 16).

Miras hukukunda bir devlet küllî halefiyet, diğer biri cüzî halefiyeti kabul etmiş olur ve binnetice de bunlardan birincisi mâlikin şahsını, ikincisi ise malikin bulunduğu yeri kanuna tebaiyet için bir kıstas telâkî etmiş olacaklarından, şahsî bir hâdisede her ikisi de muayyen bir malın intikalini tâyin iddiasında bulunurlarsa, bu takdirde *lex rei sitae* tercih olunur.

Bu gibi hal tarzlarından umumî surette kabili tatbik olan bir prensip çıkarılmıyacağı âşikârdır. Fakat, kanunen sarahaten emredilmiş olmadıkça hiçbirinin haklı ve mâkul bir sebebe istinad etmediğini de ayrıca ve ya yeniden izaha hacet yoktur.

Fakat hiçbir esasa dayanmayan bir seçim, içtimadaki tatbik imkân-sızlığı hiçbir yerde bu derece açık olarak kendini göstermez.

Nitekim Alman Temyiz Mahkemesi cilt: XXIII, sayfa: 305 vdd. mektupla ika olunan haksız bir fiil dolayısıyla mektubun gerek irsal olunduğu ve gerekse vâsıl olduğu yeri haksız fiilin ika mahalli olarak telekkî ederek binnetice «haksız fiilin bütün neticeleriyle bu yerlerin hem birinde, hem diğerinde carî olan hukuka tâbi olacağını» kabul ediyor. Kolonya İstinaf Mahkemesi aynı hâdisede Fransız Medenî kanunu mucibince neşir edilmiş bulunan ve dermeyan olunan kaydı ihtiraziye râşmen, cilt; XIX, s. 382 vdd. intişar eden kararlar tezaad teşkil eden bir kararında, râşmen, bu hükümleri hükümsüz sayarak fransız kanununu mu tatbik

lâzım geldiği esbabı mucibesıyla — mektubun irsal yeri Lyon idi — tazminata hüküm etmişti. Temyiz Mahkemesi ise mektubun Züriç'de alındığını göz önünde tutarak Züriç hukukunun tatbikini istemiştir. Temyiz mahkemesi (ayrıca izahat vermek lüzumunu hissetmeksizin) bu talebin Züriç hukukuna göre de vârid olup olmadığının bir ehemmiyeti olmayacağını, zira, yukarda da söylendiği gibi, haksız fiilin bütün neticeleriyle birlikte bu yerlerin her birinde ve hem de diğerinde cârî olan hukuka tâbi bulunduğunu ve "binnetice" (!) İstinaf Mahkemesinin zarar ve ziyan talebi hakkında Fransız hukuku hükümlerine göre hüküm vermiş

olmasının müesses hukuk prensiplerine uygun olduğunu beyan etmiştir. Fakat İstinaf Mahkemesi zarar ve ziyan talebi hakkında İsviçre hukukunu tatbik ederek — Temyizin iddiası veçhile İsviçre hukuku tazminat hakkı tanımamış olmak şartıyla — dâvayı reddetmiş olmasaydı, «binnetice» yine müesses hukuk prensiplerine uygun hareket etmiş olurdu. Alman Temyiz Mahkemesinin her iki hukukun değil, yalnız Fransız hukukunun tatbik olunacağını kabul ettiği âşikârdır. Onun prensibi hakikati halde: haksız fiilin mektupla ika edilmiş olması halinde zarar ve ziyan talebi hem irsal ve hem de muvasalat mahallerinde cârî olan hukuka tâbi olacaktır, şeklinde olmayıp, bilâkis: ister, irsal, ister muvasalat yeri huku olsun, bu iki hukuktan zarar ve ziyan talebini isaf eden hukuk tatbik olacaktır, şeklindedir. Yani: *indubio pro actore* = tereddüt halinde dâvacının lehine gidilir!

Bu prensip sadece manasız olmakla kalmaz, her iki hukukun da fiilin ikâmı kabul etmekle beraber tazmin mükellefiyetinin şümûlü bakımından birbirlerinden ayrılmaları halinde açıkça görüleceği üzere, aynı zamanda da gayrı kabili tatbiktir.

§ 26

MENFÎ İHTİLÂF - KANUNLARDA BOŞLUKLAR

Alman Temyiz Mahkemesi müteaddit defalar (İctihadlar Mecmuası, Cilt II, s. 13 vdd., Cilt VII, s. 21 vdd.) şu hukukî hadise ile karşılaşmıştır: Üç senelik müruru zamana tâbi tutuldukları takdirde müruru zamana uğramış olan (Police Kanunu m. 100), polişeler hakkındaki altı

senelik amerikan müruru zamanına tâbi tutulmaları halinde ise henüz müruru zamana uğramamış bulunan ve Amerika'da tanzim edilmiş emre muharrer senetlere (*promissory notes* = bonolar) müsteniden dâva açılmıştır. Bugün bizde umumî olarak kabul edilmiş bulunan nazariyeye göre dâva müruru zamanı maddî hukuka taallük eden bir müessesedir; Bu itibarla mevzuubahis talep hakkının, esas bakımından tâbi olduğu ülke hukukuna (38) ,yani hâdisemizde mezkûr bononun millî hukuku denebilecek olan amerika'nın hukukuna göre nazarı itibare alınması lâzımgelir. Halbuki Şimalî Amerika'da dâva müruru zamanının bir usul müessesesi olduğu ve binaenaleyh *lex fori*'ye göre tayin edilmesi lâzımgeldiği kanaati hakimdir. Buna dayanmak sureti ile dâvaya karşı bonoların, *lex fori* olması itibariyle tatbiki lâzımgelen alman hukukuna göre müruruzamana uğramış oldukları def'an dermeyan edilmiştir. Alman Temyiz Mahkemesi bu def'i kabul etmemiştir: "Birleşik Devletlere dahil diğer devletlerde olduğu gibi *Tennessee* Devletinin müruru zamana müteallik kanunlarının mahiyetleri itibariyle sırf usül kanunları oldukları yolundaki izahat doğru ise, bundan her ne kadar, amerikan hukukuna göre alacağı dâva etmek hakkının usüle müteallik bir takım hükümlerle zaman bakımından tahdid edilmiş olduğu, asıl alacakların ise müruru zaman müddetinin inkizasına rağmen devam etmekte oldukları, yani maddî bakımdan hiç müruruzamana tâbi olmadıkları neticesi çıkarsa da müruruzamanı bir maddî hukuk müessesesi telâkki eden alman hakimi için, makarları dâva yerinde bulunan alacaklar hakkında carî müruru-zaman müddetlerini tatbik etmek neticesi çıkmaz; bilâkis, *Tennessee*

(38) Krş. bilhassa **Reichsoberhandelsgericht**'in kararı, XIV, s. 258; Alman Devlet Mahkemesi kararları, I, s. 126; VI, s. 25; IX, s. 225; Paris Bidayet Mahkemesinin 2 Haziran 1881 tarihli kararı, **Journal de droit**, VIII, s. 235 vdd; Marsilya Ticaret Mahkemesinin 25 Ekim 1860 tarihli kararı, **Journal de droit**, VIII, s. 259 ve orada adı geçenler; Paris İstinaf Mahkemesinin 28 Şubat 1882 tarihli kararı, **Journal de droit**, VIII, s. 263, **Besançon** İstinaf Mahkemesinin 11 Ocak 1883 tarihli kararı, **Journal de droit**, X, s. 153; Petersburg Ticaret Mahkemesinin 17 Mart 1877 tarihli kararı, **Journal de droit**, VIII, s. 189; **Flandin**, **Journal de droit**, VIII, s. 230 vdd. ve **Brocher**, **Revue**, V, s. 137 vdd. - **Bar**'ın II, s. 99 vdd. nevi şahsına münhasır olan hal tarzı üzerinde durmıyacağız.

mahkemeleri için mevcut olan usul hükümleri alman mahkemelerini bağliyamayacağından müruruzaman def'inin reddi lâzımdır; diğer taraftan da mevzuu münakaşa alacakların makarrı Almanya dışında bulunduğundan bir maddî hukuk müessesesi sayılan alman müruruzamanı da bu alacaklar hakkında tatbik olunamaz.»

Burda menfî veya selbî kanunlar ihtilâfiyle karşı karşıya bulunduğumuzu ve bunun neticesi olarak kanunlarda bir boşluk bulunduğunu kabul etmemiz lâzımgeldiğini anlamakta güçlük çekilmez. Bu suretle tasvip olunan neticenin şiddeti yukarda mezkûr hâdisede o derece sarîh olarak hissedilmemektedir, zira müşahhas olarak amerikan müruruzaman müddetinin tatbiki, müruruzamanın hiç carî olmayacağını kabulü gibi bir netice tevliht etmiştir. Fakat altı seneden fazla bir zamandanberi dermeyeran olunmayan, yani gerek alman ve gerekse amerikan müddetlerine göre müruruzamana uğramış bulunan bonoların mevzuu bahis olduğunu farz edelim. Bu takdirde bizim mahkemelerimiz kendi memleketlerinde dahi artık icra kabiliyeti kalmamış olan bu amerikan senetlerinin hüküm ifade etmekte devam ettiklerini mi kabul edecektir? Alman Temyiz Mahkemesinin noktai nazarına göre şüphesiz ki evet! Fakat istihraç olunan netice de o derecede aşırı, tabîî hukuk hislerine o derecede aykırıdır ki, hiç bir kimse bu çeşit bonoları bizde de dermeyeran etmeğe cesaret edemeyecektir. Buna rağmen dermeyeran edilse, mahkemenin müruruzaman defî hakkında yukardaki şekilde karar vermesine ihtimal veremeyiz. Böyle bir halde mahkemenin kararındaki mucip sebeplerin aşağı yukarı şöyle olabileceklerini tahmin etmekle hataya düşmüş olacağımızı zannetmiyoruz: Gerek alman ve gerekse amerikan hukukuna göre bonolar müruruzamana uğramış bulduklarından, alman noktai nazarı icabı olarak müruru zaman hakkındaki amerikan hukukunun mu, yoksa amerikan telâkkisine uygun olarak alman hukukunun mu tatbik olacağı hususundaki devletler hususî hukuku meselesini incelemeğe lüzum yoktur.

Bu amelî ve tabîî kararı nazaî bir rehber olarak da ittihaz etmemiz zarurîdir. Müruruzaman meselesinin iki hukuktan yalnız birine göre, ya amerikan veya Alman hukukuna göre hallolunabileceği şüphesizdir. Amerikan hukukuna göre poliçeler altı senede, Alman hukukuna göre üç senede müruruzamana uğrar; hiç müruruzamana uğramamak her iki hukuk için de mevzuu bahis değildir.

Fakat, diyorlar, amerikan usul kanunları bizim için na mevcut de-

mektir. Biz Amerikanın maddî hukukunu tatbik ediyoruz, bunda ise müruruzaman yoktur.

Hata işte bundadır.

Her hukuk bir bütündür ve kanun vâzı da onu bu şekilde tasvir etmiştir; hukuk, uzuvları işleyen bir organizmadır, yoksa kısımları ihtiyara göre parçalanabilen bir makina değildir.

Poliçeleri müruruzamana uğratmayan bir amerikan hukuku yoktur. Mürurüzamana müteallik hükümleri usul hükümleridir diye ayırmak suretiyle böyle bir hukuk yaratılır ve müruruzaman meselesinin geriye kalan maddî hukuka göre halledilebileceği sanılırsa, bu manasız olur. Koparılan uzuv organizma içinde ifa edebileceği görevi, sakatlanmış olan göğdede hiç bir zaman ifa edemez (39).

(39) Oradaki müruru zamana müteallik kanunları usul hukukuna ithal eden ingiliz - amerikan nazariyesinin yanlış olduğunu tebarüz ettirmekten kendimizi ahkoyamayacağız. Bunun için ileri sürülen mucip sebepler *statutes of limitation* denilen hükümlerinhususiyetlerine dayanmayıp, bizde de müruruzaman hakkındaki kanunların usul hukuku mahiyeti taşıdığını isbat için son zamanlara kadar en tanınmış nazariyeciler ve mahkemeler tarafından ortaya atılmış bulunan sebeplerin aynidir. Bir taraftan **Martin, Archiv für praktische Rechtswissens haft, N. F. X (1868, s. 267 vdd. ve Wächter, agy, s. 410 vdd.** adı geçenleri, hususiyle **Rostock İstinaf Mahkemesinin, Seufferts Archiv. XVI, No. 90** da çıkan kararının mucip sebeplerini, diğer taraftan da **Story, § 576 vdd. ve bilhassa 582, Wharton, § 534 vdd. Nelson, s. 29, s. 425 vd. ve orada adı geçenler, Journal de droit, III, s. 120 ve Wheoton ve Kent'in orada zikredilen ifadelerini karşılaştırmız. Aradaki tek fark, müruruzaman hakkındaki adı geçen nazariyenin, hatalı olduğu için bugün bizde artık tamamıyla terk edilmiş olması, İngiltere ve Amerika da ise tamamıyla kök salmış olup alelâde dâva müruruzamanın *lex fori* ye tabi olacağı şeklindeki devletler hususi hukuku kaidesinin hâkim olmasını intaç etmiş bulunmasıdır; bu kaide, temeli hataya müstenit bulunmasına rağmen (ki bunu meselâ **Weslake** de itiraf etmektedir), ingiliz - amerikan hukukunun en verimli kaynağı olan mahkeme içtihatları sayesinde istikrar bulmuş olması itibariyle bunun meri bir hukuk kaidesi olduğunu inkâr etmeğe imkân yoktur. Tahlil ettiğimiz hâdisede müruruzaman hakkındaki amerikan kanunlarının tatbikinin zarurî olduğunu söylemiştik; böyle olunca, burada verdiğimiz izahatın netice itibariyle karar üzerinde filî bir tesiri yoktur; Alman Devlet Mahkemesinin noktai nazarına göre bunun ehemmiyeti vardır ve bu itibarla da bu cihetin sükûtle geçştirilmemesi icab ederdi, zira şayet yukarıda ileri sürülen noktai nazar doğru ise, Alman Devlet Mahkemesinin, mustakar içtihatlarına uygun olarak (krş. yukarıda § 3 vdd.) atfî nazarı itibara alması ve binnetice alman müruruzaman kanunlarını tatbik etmesi icabederdi. Pek sathî bir şekilde olmakla beraber, bizat Alman Devlet Mahkemesinin dahi bu ihtimali idrâk etmiş olduğu, kararın mucip sebeplerinin sonundaki şu esrarengiz ifade de isbat ediyor. «Oradaki kanaata göre müruruzaman bir usul hukuku müessesesi ise, **Tennessee**'de doğan vecibelerin müruru zaman noktasından, dâva edildikleri yer hukukuna tabi olacaklarına dair bir maddî hukuk hükmünün **Tennessee**'de mevcut olduğunu kabule imkân yoktur.»**

Yukarda incelediğimiz misaldeki vuzuhu iki hal bulandırmaktadır: 1 — Bahse mevzu olan hukuk müessesesine verilen şekiller arasında mevcut olup bu müessesenin devletler hususî hukukunda farklı muameleye tâbi tutulmasında âmil olan farkın aynı zamanda maddî hukuk ile usûl hukuku arasındaki farkla birleşmesi; ve 2 — icabına yok olarak da tasavvur edebileceğimiz bu hukuk müessesesinin tamamıyla müsbet hukukta mevcut oluşu.

Bir kere bu iki şartı da yok farzedelim.

Meselâ, velâyetin Fransa'da yazılı hukuktaki şekliyle, yani bir mükellefiyetten ziyade bir hak olarak, devam edegeldiğini düşünelim (krş. yukarda § 24). Bundan, tatbiki lâzımgelen alâkalı hukuk hükümlerinin bu hukuka nazaran babanın şahsî statüsü olması lâzımgeleceği neticesi çıkar (Krş. *Laurent*, VI, s. 11 vdd.)

Bizde velâyetin daha ziyade bir mükellefiyet münasebeti olduğu telâkkisi icabı olarak çocuğun şahsî statüsünün tatbiki icabetmektedir.

Her iki halde de şahsî statünün tâbiyete göre tayin olunduğunu kabul ediyoruz. Şimdi yukardaki hallerden birinde babanın Alman, çocuğun ise Fransız olduğunu farzedelim; bu gerek babanın ve gerekse çocuğun telsiki neticesi meydana gelebilir (Tâbiyet kanunumuzun 8 nci maddesinin 1 nci bendi ve 11 nci maddesi ve yukarda § 16 da verilen izahata bak; velâyet yerine misal olarak vesayeti alacak olursak, şahsî statülerin birbirinden ayrılmasını daha kolaylıkla tasvir etmek mümkündür.)

Böyle bir halde çocuk velâyet altında olmayacak mıdır?

Veyahut: gayri menkullerin miras yoluyla intikalinde bizde küllî halefiyet, İngiltere'de cüz'î halefiyet esası câridir.

Bu demektir ki, gayri menkuller İngiltere'de buldukları takdirde İngiliz miras hukuku muris bir Alman olduğu takdirde de alman miras hukuku tatbik olunacaktır (krş. yukarda § 10 vdd.).

Ölen bir İngiliz Almanya'da gayri menkuller bırakıyor. Bu gayri menkuller mirasçısız mı kalacaktır? Zira umumî olarak *lex rei stae*'nin tatbik edilmesi lâzım geleceği yolunda *Schäffner* ve *Bar* tarafından kabul edilmiş bulunan kaideyi müsbet ihtilâf halinde olduğu kadar (krş. yukarda § 11 ve § 25) buradaki menfî ihtilâf halinde de haklı gösterecek hiç bir mucip sebep ileri sürülemeyeceği gibi atıf prensibi ile de hiç bir netice elde olunamayacağını burada artık izaha hacet bulunmadığı kanaatindeyiz.

Her yerde devletler hususî hukuku meseleleriyle karşılaşan hakimin vazifesi alâkalı hukuk münasebetine tatbik olunmak iddiasında olan hukuk hükümlerini bulmak ise - bu hususta bilhassa *Thal* gayet kat'îdir: krs. *Einleitung in das deutsche Privatrecht* § 72 - , bu takdirde ve buna benzeyen bütün haller için bir tek netice vardır: Her iki hukuk kaidesini veya her iki sınıf hukuk kaidelerini de tatbik etmemek; fakat bu takdirde tatbikatta elde olunacak neticeler de her türlü salim hukuk hissiyle bariz bir tezat haline düşmüş olurdu.

§ 27

Laurent'in kanunların içtimai ve kanunlarda boşluk labirent'lerinden çıkmak için bulmağa çalıştığı çare dikkate şayandır ve daha yakından tatbik olunmağa değer.

Laurent, bütün hukuk hükümlerinin, münferid şahıslar mı, yoksa âmmenin menfaatleri, âmme intizamı düşünülerek mi va'zolunduklarını tedkik etmek isteyen yeni İtalyan doktrini taraftarıdır. Birinci nevi hükümler şahsi milliyeti icabı olarak her yerde takip ederler; fakat ikinci nevi hükümlerle karşılaşmaları halinde bunlar yerlerini bu ikinci nevi hükümlere bırakmağa mecburdurlar, zira bunlar kendi ülkeleriyle münasebettar olan bütün münasebetler hakkında mer'îdirler (bilhassa bak. *Esperson, Journal de dr. VII, s. 253 vdd.*).

Bu doktrinin hilâfı iddia olunamayacak derecede doğru ve kabili tatbik olduğunu kabul edelim - buna karşı bak. *Bar, I, s. 89 vdd.* - ; bu halde dahi, bundan her yerde cârî müttehid bir devletler hususî hukuku çıkarılmak istendiği takdirde ve meselâ aynı nevi hukuk hükümlerini bir kanun vâzınının şahsî, diğerinin ülkeye bağlı mahallî addetmeleri halinde yukardaki ihtilâfların aynen ortaya çıkmaları zarurîdir (Bak. *Laurent, VII, s. 58 vdd.*).

Aşağıdaki misal de tipiktir: İtalyan Medenî Kanununun 1908 nci maddesine göre vasiyetnameye müsteniden miras iktisap eden kimselerin iktisabı tasrih edilmiş olmak şartıyla tenkise tâbidir. Fransız hukukuna göre ise bütün mirasçılarının ve lehlerine vasiyet edilen kimselerin iktisabı tenkise tâbidir; meğer ki vasiyetnameyi yapan kimse hîbeyi veya muayyen malı "*par préciput et hors part ou avec dispense du rapport*" = önvasiyet ve hisse dışı olarak veya iade muafiyeti kaydıyla vasiyet etmiş olsun (Fransız Medenî Kanunu m. 843). *Laurent*, gayesi mirasçılar arasındaki müsavati âmir bir şekilde tanzim etmekten ibaret

olan bu son hükmün mahiyetinden onun «mülki» olduğu neticesini çıkarıyor ve İtalyan Medenî Kanununun 1008 nci maddesini alelâde bir miras hukuku hükmü olarak “şahsî” sayıyor. Budan da şu neticelere varıyor: 1 — Bir İtalyanın mirası Fransa’da «açılırsa» bu takdirde lehine mal vasiyet edilmiş bulunan İtalyanın iktisabı “*dans le système de la réalité du statut* = statünün mülkiliği sistemi dairesinde» tenkise tâbidir (40). 2 — Eğer bir Fransızın mirası İtalyada açılırsa, bu takdirde lehine vasiyet edilenin iktisabı İtalyan Kanunu icabı olarak tenkise tâbi olmaz. - *Laurent*’in her iki halde de (ikinci itimalde araya sokturulmuş bulunan “*le juge français dira*” ifadesine rağmen) dâvanın açıldığı yere tâbi olmayan umumî beynelmilel birhal çaresi teklif etmek istediği şüphesizdir.

Fakat kendimizi bir kere italyan hakiminin yerine koyalım. İtalyan Medenî Kanununun başlangıç kısmının 8 nci maddesi bile - ki bu hükme göre vasiyet edilen miras her bakımdan «*sono regolati dalla legge nazionale della perona, cui credita si tratto, di qualunque natura siano i beni ed in qualunque pelese si trovino*» *Laurent* tarafından varılan neticelerin tahakkukuna manî olmağa kâfidir. Fakat sarîh kanun ihtilâfları sahasına girmemek için bundan sarfı nazar ederek sadece *Laurent*’in, fransız kanununa göre tenkis mükellefiyetinin «*mülkî*» italyan kanununa göre ise “şahsî” olduğu yolundaki sözlerini almakla iktifa edelim.

1 — Bir İtalyanın mirası Fransa’da açılıyor. Vasiyetnameye müstelden mal iktisap etmiş olan mirasçının iktisabının tenkise tâbi olup olmadığı hakkında İtalyan hakimi karar verecektir - bunun usul hukuku bakımından mümkün ve hattâ mumaileyhin İtalyan olması halinde kâide olduğunu izaha hacet yoktur. Karar verirken, sırf, fransız kanun vazı - ve hem de bizzat *Laurent*’in ifade ettiği gibi hatalı olarak - mevzuu mülki sayıp ona göre tanzim lüzumunu hissetti diye mürisin İtalyan olmasına ve İtalyan kanununun tenkis hakkındaki hükümleri şahsî adetmiş bulunmasına rağmen, bu hükümleri hükümsüz sayarak fransız kanunu mu tatbik edecektir?

(40) *Laurent*’in terekenin açıldığı yerin, esas hakkında tatbiki iktisada eden miras hukukunu da tayin edeceği iddiasında olmayıp, hakim telâkkinin (krş. yukarıda § 4) aksine ve kanaatımızca isabetli olarak, Fransız Medenî Kanununun 3 nci maddesine nazaran mirasın mürisin millî hukukuna tabi olacağı ve Fransız Medenî Kanunun 110 nci maddesinin sadece selâhiyetli mahkemeyi tayin eden bir hüküm ihtiva ettiği kanaatını beslediğini tebarüz ettirmek lâzımdır; krş. Fransız Medenî Kanunu m. 770, 784, 793, 812, 822 (bk. *Laurent*, III s. 671).

2 — Bir Fransızın mirası İtalyada açılmıştır. Buna göre italyan hakimî tenkis meselesi hakkında fransız hukukunu tatbik zorundadır, zira kendi kanun vâzımın noktai nazarına göre tenkis hakkındaki kanun şahsîdir. Şayet Fransız Medenî Kanununun 843 ncü maddesi mülkîdir diye *Laurent* gibi: *Or les statuts réels ne sortent pas de leur territoire, donc la question devra être décidée par le code Italien* == aynı statülerin ülkeleri dışına şümü'lü yoktur, demek ki mesele italyan kanunu tarafından halledilmelidir" diyecek olsa, bu atıf prensibinin kabulünden, yani fâsîd daireden başka bir şey olmaz.

Beynelmîlel noktai nazardan ancak bir şey diyebilir: Ne İtalyan Medenî Kanununun 1008 nci ve ne de Fransız Medenî Kanununun 843 ncü maddesi tatbik iddiasındadırlar; zira bir kere mûris İtalyan olmadığı gibi miras da fransız ülkesinde açılmış değildir. Binaenaleyh, tıpkı yukarda amerikan poliçelerinin müruruzamanında olduğu gibi, kanunların bir boşluğu karşısındayız; orada nasıl müruruzaman mevzuu bahis değilse burada da tenkis mükellefiyeti mevzuu bahis değildir. Bu netice, yukarda olduğu gibi, gerek tatbikat gerekse nazariyat bakımından maansızdır. Tatbikat bakımından manasızdır: zira, buna göre, gerek fransız ve gerekse italyan kanunlarına göre maddî şartlar mevcut olması halinde dahi tenkis mükellefiyeti mevzuu bahis olmayacaktı. Nazarî olarak da manasızdır: her türlü tenkis mükellefiyetini ortadan kaldıran kanun hangi hukukun malıdır? Ne fransız ve ne de italyan hukukunun, belki her ikisinin parçalanmasından vücade gelmiş bulunan bir hukukun.

Bu yukardaki misale tamamiyle benziyen diğer bir misal için bak. *Laurent*, VII s. 10 vdd. keza krs. II, s. 348, IV, s. 523 vdd., s. 609 vdd., V, s. 318 vdd., s. 570 vdd., VII, s. 369 vdd.

§ 28

Münferid ülke hukuklarının maksat ve manasından müttehîd bir devletler hususî hukuku yaratmak teşebbüsü, kanaatimizce, bunun tatbiki neticesi olan gayrı tabîî ve hallî imkânsız kanunların içtimai (41) ve manasız kanun boşlukları karşısında akamete uğramağa mahkûmdür.

(41) Meselâ *Bar*'ın evlenme ehliyeti I, s. 451 vdd. evlâd edinme tahdidleri, I, s. 547 vdd. hibe kaidesi II s. 110 vdd. dirlik yasakları, II, s. 332 hakkındaki izahlarını karıştırdınız.

Tahkik etmemiz icabeden husus, yabancı kanunların tatbik edilmeği isteyip istemedikleri değil, tatbiklerinin lâzımgelip gelmediğidir.

Bir kere, yabancı hukukun tatbikine sırf beynelmilel bir nezakete istinad etmediği, yabancı bir kanun vâzına karşı bir mücamele icabı olmadığı hususunda bugün artık tereddüt yoktur. Bilhassa bizzat o yabancı kanun vâzının böyle bir talebi bulunmaması halinde böyle bir mücamele büsbütün mânasız olurdu. Biz, böyle bir hukukî münasebetin “makarrı”nın o ülkede bulunması, onun o ülkeye ait olması bizim hukuk telâkkimize uygun düştüğü içindir ki, yabancı hukuku tatbik ediyoruz. Meselâ, bir şahsın reşid olup olmadığını, onun tâbi olduğu devlete bir cemilede bulunmuş olmak içindeğil, yaşın verdiği olgunluğun esas itibariyle iklim, milliyet gibi tesirlere de bağlı olduğuna ve binaenaleyh onun kendi millî kanun vâzının tesbit etmiş olduğu yaş haddinin, bizim devletimizde tesbit edilmiş olana nazaran daha doğru ve daha münasip olduğuna inandığımız içindir ki onun tâbi olduğu devletin kanunlarına göre tayin ediyoruz.

Bizim kanun vâzımız yabancı hukukun tatbikini arzu ettiği zaman o yabancı hukuk tatbik olunmalıdır. Sarih bir hüküm bulunmadıkça bunu arzu edip etmediğini ancak onun sair suretlerle tesbit olunan niyet ve maksatlarına göre anlayabiliriz. Bu niyet ve maksatların neden ibaret bulunduğunu ise yabancı bir kanun bize hiç bir zaman gösteremez. Diğer bir ifade ile: Devletler hususî hukuku hükümeri ancak millî = dahilî hukuk nizamının tefsiri suretiyle keşfolunabilir (42). Miras hukuku murisin *lex domicilii*'si ne tâbi olur, zira bizim kanun vâzımız bunun tamamını küllî halefiyet olarak tasavvur etmiştir. Velâyet çocuğun şahsi statüsüne göre tayin olunur, zira bizim kanun vâzımız bunu çocuğun himayesi için kurulmuş bir müessese olarak düşünmüştür. Hülâsa: Kanun vâzının sarahaten va'zetmeği ihmal ettiği devletler hususî hukuku hükümlerini, diğer hukuk hükümlerinin tavassutuyla buluruz. Zira hukuk münasebetleri mahiyetleri itibariyle hukuk hükümlerinin temerküzünden

(42) «That whatever force and obligation the law of one country have in another, depends only upon the laws and municipal regulations of the latter, that is to say, upon its own proper jurisprudence and polity and upon its own express or tacit consent = bir devletin kanunlarının diğer bir devlette ne dereceye kadar hüküm ifade edeceği ve mükellefiyetler doğuracağı, münhasıran bu sonuncu devletin kanunlarına ve dahili nizamlarına, yani onun kendi hukuk anlayışına ve esas teşkilâtına, onun sarih veya zımnî muvafakatına bağlıdır.» (Story s. 23). Keza bk. *Reichsoberhandelsgericht*'in 19 Ocak 1879 tarihli kararı, *Seufferts Archiv*, XXXIII, No. 184.

başka bir şey değildir (krş. *Jhering*, IV, s. 305 ve yukarda § 25).

Eğer bu noktai nazar doğru ise, yukarda 6 ncı ve müteakip pragraflarda söylediklerimiz aynen burada da cârîdir. Yabancı devletler hukusi hukuku hükümlerini araştırmak bizim işimiz değildir. Bizim işimiz sadece kendi hukuk nizamımızda bulduklarımızı tatbik etmekten ibarettir. Yabancı hukuk kaidelerini ve hukuk münasebetlerini tedkikteki tek gayemiz bunların mahiyetleri itibariyle, bulduğumuz devletler hususî hukuku hükmünün şumulüne girip girmediğini tahkikten ibarettir. (keza, krş. Alman Temyiz Mahkemesi Kararları, IX, s. 196). Şu halde bir devletler hususî hukuku hükmünün bulunması ile onun tatbikini birbirinden ayırmak lâzımdır. Böyle bir hükmü bulmak için yalnız ve yalnız millî = dahilî hukuk nizamını, bizim hukuk kaidelerimizin mana ve mahiyetlerini inceliyeceğiz; tatbik için de mevzuu bahis yabancı hukuk hükümlerinin mana ve mahiyetini, bunu da bizzat onların tatbik olunmak isteyip istemedikleri zaviyesinden değil, ancak kanun vâzımızın iradesine uygun olarak bulduğumuz devletler hususî hukuku hükmünün taallûk ettiği hukuk münasebetleriyle aynı mahiyette olup olmadıklarını ve hînaenaleyh özü bakımından o hukuk münasebetleri olarak kabul edilip edilemeyeceklerini tayin için yapmamız lâzımgelecektir. Bu sonuncu ihtimal mümkün olabilir. Fakat buna rağmen o münasebetlerin yabancı hukuka göre haiz oldukları farklı şekilden, yabancı hukuk hükümlerinin maksudından, o hukuk münasebetleri için bizim bulduğumuz «makar» dan başka bir «makar» çıkarmak da kabildir. Fakat bu sarîh kanun ihtilâflarında olduğu kadar burada da bizi yanıltmamalıdır. Devletler hususî hukuku meselesi hakkında esasen bizim hukukumuz karar vermiştir. Onu artık bir kere de yabancı hukuka göre halletmeğe lüzum yoktur. (43).

Şu hale göre tenkis mükellefiyeti fransız hukukuna göre «mülkî», italyan hukukuna göre ise «şahsî» ise: bu takdirde, mûris ister İtalyan isterse Fransız olsun, İtalyada açılan bir miras mevzuu bahis olduğu zaman fransız hakimi İtalyan Medenî Kanununun 1008 nci maddesi mucidi-

43) Yukarıda § 7 ve 13 de söylenenlerin burada da cari olacağına işaret etmek isteriz: Bir kerre bizim kanun vâzımız dahilî hukuk hükümleri için muadilleri olan yabancı hukuku hükümlerine nazaran daha geniş bir tatbik sahası düşünmüş olabilir; ve saniyen de, yabancı bir hukuk kaidesi bir yer ile, devletler hususi hukuku değil, fakat maddî hukuk mahiyeti taşıyan, başka bir hukuka yollamayıp, sadece muhtelif tatbik imkânları bahşeden dahilî bir hukuk yaratan bir münasebet ve rabıtayı ihtiva edebilir.

bince musaleyhin tenkis mükellefiyetine tâbi olmadığına karar vermeğe mecburdur: İtalyan hakimi de, bilakis, bir Fransızın mirası mevzuu bahis olduğu zaman, miras İtalya'da açılrsa bile, Fransız Medenî Kanununun 843 ncü maddesi mucibince daima musaleyhin tenkis ile mükellef olduğuna hükmetmekle mükelleftir. - Mirasın intikali Almanyada külli halefiyet, İngiltere'de cüz'î halefiyet ise, bir İngilizin mirası mevzuu bahis olduğu zaman alman hâkimi istisnasız olarak İngiliz Miras Hukukunu tatbik edecek, terekeye dahil malların Almanyada bulunması halinde ise İngiliz hâkimi de istisnasız olarak Alman hukukunun tatbiki cihetine gidecektir. - Velâyet Almanyada hakdan ziyade vazife ve mükellefiyet, Fransa'da ise mükellefiyetten ziyade hak ise: velâyet hakkında alman hâkimi umumiyetle çocuğun şahsî hukukunun muhtevi olduğu hükümleri fransız hakimi ise umumiyetle babanın şahsî hukukunun muhtevi olduğu hükümleri tatbik edecektir. - Evlilik dışında dünyaya gelmiş olan çocuğun nafaka alacağı Almanyada bir ahvali şahsiye dâvası sayılır, diğer bir devlet kanununda ise haksız fiilden mütevellid bir dâva olarak tesbit edilmiş bulunursa, bu takdirde alman hakiminin bu talep hakkını münhasıran evlilik dışındaki babanın şahsî hukukuna (44) yabancı hakim in ise münhasıran cinsî münasebetin vuku bulduğu yer hukukuna göre tayin etmesi lâzımgelir. - Almanyada firma hukukuna, markalar hukukuna, istimalden menî dâvası açmak suretiyle himaye gören bir gayrı maddî mal hukuku şekli verilmişse, tazminat dâvasının ticarî müessesenin bulunduğu devletin hukukuna tabi olması lâzımgelir. (Kırş. Alman Temyiz Mahkemesi, XVIII, s. 28 vdd., ve 14 Kasım 1889 tarihli karar, *Juristische Wochenschrift*, s. 516 No. 11); bu gibi zarar ve ziyan taleplerinin münferid haksız fiillerden mütevellit olduğunu kabul eden yabancı bir devlet ise haksız fiilin ika olunduğu yer hukukunu tatbik etmek zorunda kalacaktır. - Dâva müruruzamanı Almanyada bir maddî hukuk müessesesi ise, ameri kan kanun vâzı müruruzaman hakkındaki kaide'leri usul hukuku hükümleri addetse bile, Almanyada Amerikan poliçelerine ameri kan müruruzaman kaideleri tatbik olunur. Ne tuhaftır ki yukarda mevzuu bahis edilen iki Aman Temyiz Mahkemesi kararından birincisinin mucip sebepleri bu prensibi bütün açıklığıyla ifade etmekte iken: «bura hukukuna göre..... dâva müruruzamanı..... bir usul müessesesi değil, bir maddî hukuk müessesesidir ve aşağı derece hakimleri haklı olarak dâva mevzuunu teşkil eden alacağın burada carî olan üç senelik değil, New York'ta

(44) Ana ve çocuğun değil: mufassal mucip sebepler için bk. Bad. Annalen, 11, s. 170 vdd.

cari olan altı senelik müruruzamana tâbi olduğunu kabul etmişlerdir». Aynı kararın mucip sebeplerinin devamı ve aynı dairenin zikrolunan ikinci kararı bununla tam bir tezaad halindedir. Ancak birinci noktai nazar sadece daha isabetli değil, aynı zamanda da makuldür.

§ 29

Yukardaki izahatın tabii bir neticesi şu kaidedir: Dahilî hukuk münasebetlerinden mahiyetleri itibariyle tamamiyle ayrılan hukuk münasebetleri karşısında yabancı hukukun tatbiki mevzuu bahis olamaz; diğer bir ifade ile, *Savigny*'nin koymuş olduğu şu kaide hüküm ifade eder: Yabancı bir devete ait olup bizim devletimiz tarafından tanınmayan hukuk müesseselerini bizim memleketimizde hukuken himaye etmeğe imkân yoktur, (*Savigny*, VIII, s. 32 vdd., keza krs. *Jena*, İstinaf Mahkemesinin 7 Temmuz 1853 tarihli kararı, *Seufferts Archiv*, XVI, No. 1; *Berlin* İstinaf Mahkemesinin 8 Nisan 1875 tarihli kararı, *Seufferts Archiv*, XXXI, No. 194, *Rohg*, XV, s. 8).

Bu noktai nazar nazariyat tarafından çok kere tenkid edilmiştir. Gerçekten de beynelmileci nazariyenin bunu böyle umumî olarak tasvip etmesine de imkân olmadığı gibi *Savigny* tarafından ortaya atıldığı münasebet dolayısıyla ve gösterilen mucip sebeplerle bunu müdafaaya da imkân yoktur. Zira şayet bu, «muhtelif devletler arasındaki hukuk birliği karşısında bu derece serbestçe harekete hukukî mahiyetleri icabı mani olan bazı kanunlar göz önünde tutulmak suretiyle» devletler hususî hukukunun doğru olan prensiplerine bir istisna teşkil ediyorsa ve bunun neticesi olarak da, «bu prensipler icabı tatbiki lâzımgelen yabancı hukukun tatbikinden sarfi nazar edilmekte ise» (s. 32), şayet «mutlak kanunlardan mürekkep bir kanunlar gurubu» karşısında isek. (s. 38): bu takdirde bu gibi «istisnaları» haklı göstermek için o yabancı hukuk müessesesinin bizim memleketimizde meçhul olması her halde kâfi değildir; olsa olsa «âdâp ve ahlâka aykırı olduğu için reddedilmiş» olması lâzımdır (bk. *Stobbe*, I. s. 207, § 29 VI: *Martin* a. g. y. s. 242, vdd. not 20; daha dar olarak *Bar*, I. s. 130, not 7).

Fakat yakın kan hısımları arasındaki evlenmeler, süt kardeşlik, bütün müessese ve münasebetleriyle birlikte madersahılık gibi yabancı ırktan olan milletlerde rastlanan müesseseleri nazarı itibare olursak - (krs. *Post*, a. g. y., I, s. 36 vdd., 13 vdd., 404 vdd., 42 vdd., 74 vdd.) «bu hukuk müesseselerinin bizde mevcut olmayışlarının onları tanınmamamızın

red ve inkâr etmemizin neticesi" olduğunu iddia edemeyiz (*Martin*, a. g. y.); böyle olmasına rağmen hakimlerimizin bu gibi müesseselere müsteniden hüküm vermeğe temayül göstereceklerini zannetmiyoruz. Bunun sebebi de, bu müesseseleri «ahlâki ve dini sebeplerle bunları red ve inkar etmeğliğimiz» değil - zira bizim topraklarımızda yetişmiyen palmiyeleri de red ve inkâr etmiyor ve zencilerin derilerinin rengini hastalık saymıyoruz - hukuk sistemimizin çerçevesi dışında kalan münasebetler hakkında kaza hakkımızı kullanmak inkânından mahrum olduğumuzdur.

"Bizde mevcut olmadığından dolayı değil, fakat ahlâki dinî sebepler dolayısıyla reddettiğimiz için» bizde tatbik görmiyen yabancı hukuk müesseselerinin en tipik misali poligami = çok karılıktır. Fakat bilhassa bu mevzuda, ingiliz *probate* Mahkemesinin *Hyde v. Hyde* dâvası münasebetiyle verdiği 20 Mart 1866 tarihli, çok esaslı ve ferasetli kararı aksi noktai nazarın doğru olduğunu isbat eden çok esaslı bir delil teşkil etmektedir (*Law Reports, Probate and Divorce*, I, s. 130 vdd.; bk. *Nelson*, s. 83 vdd.). Bu kararda evli olan bir mormon'un tekrar evlenmesi üzerine birinci evliliğin zinâ sebebiyle feshi mevzuu bahisti; bu vesile ile böyle bir evliliğin prensip itibariyle sureti umumiyede bize nazaran nasıl bir hüküm olacağı meselesi incelenmiştir. *Lord Penzance*, daha baştan itibaren mormonlar arasında hukuken müteber sayılan kadın ve erkek arasındaki bir birleşmenin ingiliz mahkemelerinin anladığı manada bir evlenme olup olmadığı hususunda mütereddit idim, diyor. Hıristiyanlığın anladığı manada evlilik «yalnız bir kadın ve yalnız bir erkeğin bütün hayatları için kendi ihtiyarlarıyla birleşmeleridir»; dünya üzerindeki birçok milletler kadın ve erkeğin başka şekiller altında - meselâ çok karılılık şeklinde - birlikte yaşadıkları şüphesizdir. Bu memleketlerde bu gibi temeller üzerine kurulmuş olan bir münasebeti tanzim için kanun ve hukuk mevcut olduğunda da şüphe yoktur. Ancak bu gibi birleşmeler karşısında, bizim için tamamiye yabancı olan temellere istinad eden yabancı hukuk hükümlerini tatbik etmek ne kadar manasızsa, bu çeşit birleşmeyi bizim evlenme hukukumuzda tâbi kılmak da o derecede manasızdır. Kezalik çok karılılık şeklindeki evlenmelerden birincisini, esaslı bütün hükümleriy-le birlikte bizim anladığımız manada bir evlenme ve dolayısıyla ilk kadını meşru karı, onu takip edenleri ise metres saymak gayrı kabii tatbiktir. Zira bize göre gerek zinâyı ve gerekse çok karılılığı evliliğin feshi ve iptali için bir sebep olarak kabul nasıl zarurî ise, üst üste yapılan iki evlilik karşısında, ikinci evliliğin aynı zamanda bir zina teşkil etmesi sebebiyle birincinin feshi ve birincinin devamı esnasında akdedilmiş ol-

ması itibariyle ikincisinin iptali de zarurîdir. Binnetice kendi memleketinde mûteber olarak iki defa evlenmiş olan bir mormon, karılarına şikâyet ve dâva için en ufak bir vesile vermemiş olmasına rağmen, İngilterede her iki karısını da kaybetmek durumuna düşecektir. Bu mülâhazaların neticesi olarak İngiliz mahkemesinin bu gibi birleşmeler üzerinde kaza hakkını haiz olmadığı tesbit olunmaktadır. Bu hususta keza *Roche v. Washington* dâvası münasebetiyle verilmiş olan amerikan kararına, Wharton, § 130 ve crada mezkûr diğer kararlara bak.

§ 30

Buna nazaran bizim ölçülerimize uyamayan yabancı hukuk münasebetlerinin tatbik olunamayacağı prensibi ne kadar doğru görünüyorsa, bu prensibin münferid hallerde tatbiki de o nisbette güç ve karışıktır. Bunu bütün teferruatıyla tedkik etmenin yeri burası değildir; bunu ancak devletler hususî hukukuna dair yazılacak tam bir eserde yapmak mümkün olabilir. Burada sâdece ehemmiyetli saydığımız bir iki noktayı daha tebarüz ettirmekle iktifa edeceğiz.

1. Bazı yabancı hukuk müesseselerinin gayrı kabili tatbik oluşları, bu müesseselerden çıkan bütün hukuk münasebetlerinin de tatbik edilmemelerini icabettirmez. Elverir ki bunlar bizim hukuk münasebetlerimize uygun olsun (45). Bize nazaran çok karılılık bir evlilik değildir. Bununla beraber «kendi memleketi kanunlarına uygun olarak birden çok kadınla evlenmiş olan bir müslümanın oğlunun, babasının terekesine dahil olup bizim ülkemizde bulunan bir malın mülkiyetini iktisap etmesine» mani olamayacağımız şüphesizdir (*Bar*, I, s. 129). Fazla olarak: birden çok kadınla evli bulunan babanın, memleketi kanunlarına girer çocuğu üzerinde haiz olduğu velâyet hakkını da tanımak mecburiyetindeyiz. Bütün bunlarda bir tezat mevzuu bahis değildir. Muhtevaları doğru dan doğruya çok karılılık halindeki birleşmeyi tanzim etmek olan hukuk hükümleri bizde kabili tatbik değildir yabancı hukukun bu mahiyet-

(45) Bilhassa yukarıda zikri geçen *Hyde v. Hyde* dâvası münasebetiyle verilmiş kararın son kısmına bakınız: « . . . **This decision is confined to that object. This Court**

does not profess to decide upon rights of succession or legitimacy which it may be proper to accord to the issue of the polygamous unions, nor upon the rights or obligations in relation to third persons, which persons, living under the senction of such unions may have created for themselves. **All that is intended to be here decided is that as between each other they are not entitled to the remedies, the adjudication, or the relief**

of the matrimonial law of England.

teki unsurlarının bizim için adeta mevcudiyeti yoktur. Fakat çok karılılık şeklindeki birleşmeden husule gelen çocuğa taallük eden münasebetler hukuken o şekilde tanzim edilmiş bulunabilir ki, bu münasebet bizdeki nesebi sahih çocukların durumuna tamamiyle uygun olabilir. Böyle bir çocuğun durumunun, o yabancı hukuka göre meşru olup olmadığına hükmedebilmek için ana babasının hukuken tasvip olunmayan bir şekilde çok karılılık halinde yaşayıp yaşamadıklarını araştırmamız lâzım geleceği doğrudur. Mevzuubahis olan, çok karılılık şeklindeki evliliğin hukuken müteber olduğu ve binnetice de çocuğun nesebi sahih bir çocuk olacağı hususunun değil, ana ve babası arasında hakikî bir evlilik mevcut olmamasına rağmen tatbik olunan yabancı hukuk icabı olarak çocuğun durumunun hukukî olup olmadığıнын tesbitidir. Çok karılılık şeklindeki birleşme, o hukuka göre çocuğun hukukî durumunu tayin edecek olan maddî unsurlardan biri olarak tetkik edilmektedir.

II. Bir hukuk münasebetinin bizdeki muadiline ne zaman tevafuk etmediğinin binaenaeyh bize yabancı olduğunun prensip olarak tesbiti imkânsızdır. Bu ancak münferid hukuk nizamları nazarı itibara alınmak ve o hukuk nizamına ait hukuk münasebetleri muadilleri olan yabancı hukuk münasebetleriyle mukayese edilmek suretiyle hallolunabilir.

Bu hususta o münasebete verilmiş bulunan adın bir şey ifade edemeyeceği âşikârdır. Yukarda zikrolunan *Hyde v. Hyde* kararında tebarüz ettirildiği gibi "*There is no magic in name* = bir isim büyümlü bir şey değildir" (keza, krş. *Jhering*, IV, s. 303).

Çok karılılık veya çok kocalık şeklindeki veya yakın kan hısımları arasındaki bir birleşmeyi nasıl bizim anladığımız manada bir evlilik addetmeğe imkân yoksa (krş. *Post*, a. g. y. I. s. 300 vdd). münhasıran vasiye bir takım hakimiyet hakları tanıyan bir müessese olarak mevcut olan bir vesayeti de (yukarda § 24) bizim anladığımız manada bir vesayet saymağa imkân yoktur. Fakat amerikan hukukuna göre müruruzamanda hakikatı halde «alacağı dâva etmek hakkı usûle müteâlik bir takım hükümlerle zaman bakımından tahdit edilmiş olmasına, asıl alacaklıların ise müruruzaman müddetin inkızasına rağmen devam etmek-

(46) Alman Devlet Mahkemesi müruru zamanın cari olmayacağı yolundaki noktai nazarını haklı göstermek için amerikan müruru zamanının yabancı bir müessese olduğu için değil, sırf bir usul hukuku müessesesi olduğu için tatbik olunamayacağını ileri sürmektedir. Buna karşı krş. yukarıda § 26.

te olmalarına» rağmen amerikan müruruzamanı bizim için daima yine bir müruru zamandır. Zira asıl olan bir müesseseye hukuk tekniği tarafından verilmiş olan şekil değil, onun görevi ve özüdür (krş. yukarda § 24). Müruruzaman müessesesinin esas özü, alacakları dâva hakkının ister usûl hukukuna, ister maddî hukuka dahil olsun bir takım hukuk kaideleriyle zaman itibariyle tahdit edilmiş olmasıdır (46).

“Gizli ihtilâfları”, “yabancı hukuk müessesesinden” ayıran hudut hattının çok kere inhiraf ettiği görünüyor. Kanun boşluğu gibi bir mantıksızlık (müruru zamana uğramamak ve saire) birinci noktayı nazarın doğruluğu lehine bir delildir.

III. Bizim hakimimizin yabancı bir hukuk münasebetinin tanıması ve kabul etmesi için o münasebetin filhakika bizde mücerret olarak mevcudiyeti şart ise de müşahhas olarak mevcudiyeti şart değildir.

Bu sonuncu hal, yani ancak kanunlarımız tarafından müşahhas olarak ihdas edilmiş bulunan bir hukuk münasebetinin bizde tanınabileceği *Schmid*'in noktai nazarıdır. Meselâ akitten doğan borçlarda: «her hukukî fiil ancak kanun tarafından tesbit edilmiş bulunan muayyen şartların tahakkuku halinde hukuken hüküm ifade edecek olan bir vakıa olduğundan, bir akte müsteniden muayyen haklar iddia eden ve bunların himayesi için mahkemelerimize müracaat eden herkes tabiatıyla ancak bizim kanunlarımızın hukukî neticesi olarak kabul ettiği hakları dermayan edebilir.» Binnetice, şekil hususunda *locus regit actum* ve edanın ifa tarzı bakımından ifa yerinin nazarı itibare alınması gibi iki istisna hariç, akidden mütevellid bütün borçlar *lex fori*'ye tabidir (s. 64 vdd., 72. *Keza Wharton*, § 401), *Schmid Savigny*'nin bu gibi hallerde âmir hükümlerin mevzuu bahis olduğu telâkkisinden değil, aynı noktai nazardan hareketle haksız fiilden mütevellid borçlar hakkında da *lex fori*'nin tatbikini müdafaa etmektedir (s. 74 vdd). İngiliz doktrini ve içtihadları da buna müşabih olarak haksız fiillerden mütevellid borçlar için hem *lex loci actus*, hem de *lex fori*'ye göre vârid olmak şartıyla dâva hakkı tanınmaktadır (*Westlake*, § 186 vdd.) (47).

Bu nazariyeler gayrı mantikî neticelere vardıkları için redde mahkûmdarlar. *Bar* haklı olarak *Schmid*'e karşı *Kritische Vierteljahresschrift*, XV, s. 31), onun prensibinin «borçlar hukuku münasebetlerine olduğu kadar aynı derecede diğer hukuk münasebetlerinin hepsine de tatbik olunabileceğini ve *lex fori*'nin hemen hemen istinasız olarak tatbiki neticesine götüreceğini» ileri sürmüştür. Buna rağmen çok kere zan olun-

duğu gibi, devletler hususî hukukunun vazifesi her hukuk münasebeti için, bu münasebetin tabiatı iktizasî tâbi olduğu ülke hukukunu tayin etmekten ibaretse, bu prensibin umumî olarak kabulü ve «*lex fori*'nin hemen hemen istisnasız olarak tatbiki» hakikaten tek doğru çare olacaktır. *Bar*'ın muayyen vakaların bir hukuk münasebeti olup olmadıklarını veya bir hukuk münasebeti vücade getirip getirmeyeceklerini tayin edebilmek için bunları selâhiyetli sayılan muayyen kanun ve hukukların çerçevesi içinde tedkik etmek, yani daha önce, tâbi oldukları hukuk ve kanunları bilmek lâzımgelseceği» yolundaki ifadesi (*Bar*, I, s. 107, bk. yukarda § 23) devletler hususî hukukunun mahiyeti hakkında böyle bir kanaate sahip olduktan sonra, yerindedir; bunun tabii neticesi de, ortada bir hukuk münasebetinin bulunup bulunmadığı, bulunuyorsa bunun hangi münasebet olduğu meselesinin daima *lex fori*'den başka bir kanuna göre halledilemeyeceği olacaktır.

§ 31

SON MÜLÂHAZALAR

Etüdümüzde, dâva hangi devlet mahkemelerinde açılırsa açılısın, «hukuk münasebetlerinin aynı şekilde hükme bağlanacakları» tarzındaki ideal durumdan çok uzakta olduğumuzu göstermeğe çalıştık. Hakikî kanun ihtilâfı hallerinin, zarurî olarak hukuk ayrılığı yaratan neticeleriyle birlikte, açık olarak gözönünde tutulması icabettiğini, bunların tâlî istisnalar, nazari bakımdan hiç bir mana ifade etmiyen ameli ihtilâflar olarak devletler hususî hukuku doktrininden atılamıyacaklarını ısrarla tebarüz ettirmek lüzumunu duyduk. Zira, geniş ölçüde mevcut olan hakikî kanun ihtilâflarının nazarı itibare alınmamasının gerek nazari ve gerekse tatbiki bakımdan tehlikeli hatalara sevkettiği ve bizzarure edeceği muhakkaktır.

(47) «For any tort committed in a foreign country within its own exclusive jurisdiction an action of tort cannot be maintained in this country, unless the cause of action would be a cause of action in that country and also would be a cause of action in this country = Yabancı bir memlekette, onun hakkı kazasına tabi yerlerde işlenmiş bir haksız fiilden dolayı bu memlekette dâva açılmaz, açılabilmesi için dâva sebep ve şeklinin hem o memlekette ve hem de bizde bir dâva sebebi ve şekli olarak kabul edilmiş olması lâzımdır.» *Chartered Bank of India v. Nethelands India Stearn Navigation Compny* davası münasebetiyle verilmiş olan karar, 1883, *Law Reports, Queens Bench Division*, X. s. 521 vdd Nelson s. 290).

Binaenaleyh biz devletler hususî hukuku nazariyatında kanun ihtilâfları tâbir ve mefhumuna lââyık olduğu mevkiin verilmesi görüşünü müdafaa ediyorsak, diğer taraftan da hukukta görülen ve kanunlar arasındaki ahengin lehine olarak kanun ihtilâfları sahasını daraltmağa çalışan gelişmeye karşı cephe almaktan da çok uzakız. Varılması arzuya şayan gayeyi varılmış olanla, ilerideki inkişaf neticesinde elde edimesi muhtemel olan şeyi halihazır şartlarına göre elde olunabilenle karıştırmamak, bütün arzumuz budur!.

Medenî milletlerde mevcut olup anahatları itibariyle mutabakat halinde bulunan hukuk müesseselerine taaliûk eden bütün sarih devletler hususî hukuku hükümleri aarsında mümkün mertebe müsavat temini arzuya şâyandır.

Devletler hususî hukuku hükümlerinin, hukuk münasebetlerini muayyen kanunlara tâbi kılmak üzere bu kanunlar için irtibat noktası olarak kullanılan en basit hukuk münasebetleri arasında beynelmilel bir ayniyet temini; mütearife irtibat mefhumlarını tanzim eden hukuk kaideleri arasında tam bir müsavat, arzuya şâyandır.

Bunların her ikisi de temin olunabilir. Ancak bunun için yalnız nazariye ve ilim ve sadece milletlerarası muahedeler kâfi değildir. - Bu gibi muahedelerin hususî hukuk sahasındaki tesirlerine burada temas edecek değiliz; krş. Paris Bidayet Mahkemesinin 5 Şubat 1874 tarihli kararı ve buna kaşı da *Demangeat, Journal de dr.*, I., s. 197 vdd. Bunun için muhtelif ülkelerde bu gibi muahede ve anlaşmalara müsteniden isdar olunacak eşit mevzuata (krş. *Asser, Droit inetrnational privé et droit uniforme, Revue*, XII, s. 5. vdd.), ötedenberi malûm olan çeşitli hukuk sahalalarında, eskiden tasavvur olunamıyacak derecede gelişmeye başlayan bir nevi hukuk teşekkülüne ihtiyaç vardır.

Buna göre de olması lâzımgelen hukuk bakımından birinci ve ikinci kısımda müatılâa ettiğimiz ihtilâfların başlıcalariyle mücadele ve bunların bertaraf edilmesine çalışılması bir utopya değildir.

Şu kadar ki - ülke kanunlarının âmir hükümleri ve usulî farklar yüzünden meydana gelen ahenksizliklerden sarfı nazar edilecek olursa (yukarıda § 1) - ortada yine üçüncü sınıf ihtilâflar kalır. Bunun mevcudiyetinin sebebi münferid hususî hukuk nizamları arasındaki derin farklardır. Bizim hukuk kaidelerimizle kabili telif olmıyan yabancı hukuk kaidelerini hiç bir suretle; bizim hukuk kaidelerimizle kabili telif olmakla beraber, ait oldukları ülke dahilinde mer'iyetlerindeki gaye, bizdeki mu-

adillerinden farklı olan hukuk kaidelerini de bu gayeye uygun olarak tatbik edemeyiz. Bizzat ihtilâf halinde bulunan hukuklar birbirlerine daha ziyade benzetilmedikçe, meselenin kararı verecek mahkemeye intikalindeki tesadüfü ortadan kaldırmağa çalışmak, fâsid daireyi büsbütün bir çıkmaza sokmak olur. Bir hükmün vazifesi filhakika yeni hukuk yaratmak olmayıp, bilâkis mevcut hukuk münasebetlerini tavzih etmekten ibarettir. (*Martin*, a. g. y., s. 234; *Bar*, *kritische Vierteljahresschrift*, XV, s. 3 ve IPR., I, s. 106). Fakat bu hukuk münasebetleri mevcut mudur, ve bunların mevcut olup olmadıkları hangi ülke hukukuna göre tayin olunmalıdır, işte asıl mesele budur. Bu öyle bir meseledir ki, dünya üzerinde birbirinden farklı hukuk nizamları mevcut oldukça muhtelif kanun vâzılarının bu husustaki kanaatleri de farklı olacaktır. Her hukuk münasebetinde mündemiç olduğu iddia edilen «hukukun tek ve değişmez ölçüsü» de, tıpkı bütün insanlığı birleştiren tek bir dünya hukuku gibi (krş. yukarıda § 1), sâdece tatlı bir hayalden ibarettir ve böyle kalacaktır.