

## **KARA AVRUPASI HUKUKUNDA KANUNLAR İHTİLÂFI NAZARİYESİ (1)**

Yazan : Prof. Antoine PİLLET

Çeviren : Dr. Hicri FİŞEK

Aşağıdaki sahifelerde, Kara Avrupası hukukçularının kabul ettiği ve tatbikatta hâkim olan doktrinleri izah etmek niyetindeyiz. Bu etüt altı bölümden teşekkül edecektir. Birincisi, bugünkü şekli ile, statü nazariyesine; ikincisi hukukun şahsiliği doktrinine (İtalyan doktrini); üçüncüsü Savigny ve tilmizlerinin fikirlerine hasredilecektir. Son üç bölümün konusu ise, kanunlar ihtilâfı mevzuu üzerindeki, kendi fikirlerimizin izahı olacaktır.

### **BİRİNCİ BÖLÜM**

#### **Statü Nazariyesi**

Tarihçe. — Aynı statüler ve şahsî statüler. — Statü nazariyesinin taraftarları arasındaki münakaşalar. — Beynelmîlîl mücemele nazariyesi. — Statü nazariyesinin tenkidi. — Bu nazariyenin tesiri: Fransız Medeni Kanununun üçüncü maddesi. Nazariyenin yeniden canlandırılması için M. de Vareilles - Sommières tarafından yapılan teşebbüs, tenkidi. — Statü nazariyesinin tenkidi.

Devletler hususî hukuku, yabancılar hukuku ve müktesep hakların beynelmîlîl sahadaki tesirlerini de ihtiva ettiği cihetle, kanunlar ihtilâfı ve bu ihtilâfların halli için ileri sürülen sistemler, Devletler hususî hukukunun bütün sahasını işgal etmez. Mamafih kanunlar ihtilâfının, Devletler hususî hukukunun büyük bir kısmını teşkil ettiği de muhakkaktır; ve statü nazariyesinin taraftarları sadece bu ihtilâfların hal çarelerini aramakla meşgul olmuşlardır.

Statü nazariyesi, kanun ve âdetlerin taaddüdü dolayısı ile çıkan meseleleri halletmek için yapılan teşebbüslerin ilki değildir. Daha orta çağın sonlarında, ticaretle işgal eden İtalyan şehirleri, o zamandanberi bir daha ele geçirilmedikleri bir zenginliğe sahip oldukları vakit, bu şehirleri idare eden kanunlar arasında vahim ihtilâflar başgösterdi. Bu devirlerde Pisa, Ravenne, Bolonya ve Pérouse gibi İtalyan şehirleri, Mukaddes Roma Cermen imparatorluğunun bir parçasını teşkil ediyorlardı;

1) Académie de Droit International; *Recueil des Cours*, 1924/1, sahife 451-483.

ve binaenaleyh Roma hukukuna tâbi idiler. Fakat bu hukukun yanı sıra kendi statüleri (kanunları) da mevcuttu, ve bu statüler, pek tabîi olarak, bir şehirden öbür şehire, değişiklikler arz ediyordu. Bu şehirler arasında daimî münasebetlerin mevcudiyeti bir çok ihtilâfların doğumuna sebep oluyordu ve hâkimler hangi kanunu tatbik edecekleri hususunda tereddüde düşüyorlardı.

Bu zorluklar glosatörleri meşgul etmiştir. Filhakika *Cunctos populos* kanununun kenarında *Accurse*'ye atfedilen ve şu mealde olan bir hâsiyeye (Golse) tesadüf olunur: *Quod si Bononiensis conveniatur Mutinae, non debet judicari secundum statuta Mutinae quibus non subest*" (L. C. de Summâ Trinitate). (1)

Binaenaleyh glosatörler, Modène kanununun bir Bolonya'lıya tatbik edilmemesi ibacettiğini kabul ediyorlardı. Postglosatörler, bu prensibin neticesi ve hudutları nelerdir? sualinin cevabını, üç asır boyunca aradılar, ve işin doğrusu büyük bir muvaffakiyet de elde edemediler. Postglosatörler meseleleri zorlaştırmaktan ve karıştırmaktan hoşlanan kimselerdi. Ellerine geçen bir mevzuu kısımlara ayırırlar ve taksimatı ilâni-haye çoğaltarak, sonu gelmiyen münakaşalara girişirlerdi. Roma hukukunu çok sevdikleri için, Romalı hukukçuların hiç bir zaman düşünmedikleri bu meselelerin hallini, zorla, Roma hukukundan çıkarmağa çalışıyorlardı. İşte bunun içindir ki Bartolius ve tilmizlerini bir kenara bırakabiliriz. Hali hazırda, bunların doktrinlerinin hiç bir ilmî otoritesi kalmamıştır, fakat tesis ettikleri mektep, ilmin yavaş yavaş hazırlandığı devirdir denilebilir.

Devletler hususî hukuku sahasında, hakikaten ilmî bir karakter taşıyan ilk doktrin statü nazariyesidir. Eski hukukumuza tamamen hâkim olan bu doktrin, hâlâ tatbik olunmaktadır. Statü nazariyesi, Bartolius ve tilmizlerinin nazariyesinin aksine olarak, muntazam ve vazıhtır.

Statüler ya aynı veya şahsîdir; daha doğrusu umumiyetle aynıdırler, fakat aralarından bazıları, istisnâî olarak, şahsîdir. Statüler, şahıslara veya mallara taallük ettiklerine göre, şahsî veya aynı olurlar. Tesirleri bakımından aynı statüler malın bulunduğu arazi ile mahduttur. Şahsî statüler ise şahsa intibak ederler ve onu yer değiştirmelerinde takip ederler. Hülâsa, eski hukukumuzda, aynılık kaide ve şahsîlik istisnadır.

1) "Şayet bir Bolonya'lı Modène'e giderse, ona, tâbi olmadığı, Modène kanununu tatbik etmemek lâzımdır". Bk. J. -P. Niboyet: *Manuel de droit international*

Bu izahat statü nazariyesinin basit olduğu zehabını verir, fakat bu sadelik hakikî olmaktan ziyade zahirîdir. Bahsettiğimiz iki nevi statünün tariflerinin sebep olduğu sonsuz münakaşalar, bu halin en bariz delilidir. Ve müellifler bu husus üzerinde hiç bir zaman anlaşamadılar. Hollandalı Jean Voet şahsî statülerin mevcut olmadığını, bütün statülerin, bilâistisna, aynı olduğunu ve fakat bazı ahvalde, bir nezaket eseri olarak, yabancı kanunların otoritesinin tanındığını söyleyene kadar, Brötanyalı d'Argentré'nin dar doktrini ile Parisli Dumoulin'in daha geniş nazariyesi karşı karşıya kaldılar. Jean Voet'in doktrini, münakaşa götürmez bir şekilde, mantıkîdir. Statücüler, hâkimiyeti tamamen mülkî addederlerdi, ve binnetice, bütün kanunların temelinde bulunan bu mülkî hâkimiyetin karakterlerinin kanunlarda da mevcut olması gerekirdi. Bazılarının çok genişletmeğe çalıştığı Voet'in fikirleri, zamanımızda, ihtilâfların hallini sadece müsbet kanunlarda arayan bütün doktrinlerin temelinde bulunur. Her memleket vâzı kanunu, kanun ihtilâflarının hal çarelerini serbestçe tespit eder demek, yabancı kanunların kabulü onun nezaketine bırakılmış demek olur. Bu mücamele, eskiden olduğu gibi, hâkimin değil ve fakat vâzı kanunun nezaketidir ve bütün fark buradadır.

Statü nazariyesinin hareket noktası, onu muvaffakiyetsizliğe mahkûm etmeğe kâfi idi. Medenî kanunlar, şahsa veya mala taallûk eden kanunlar diye tefrik edilmezler. Bütün kanunlar şahıslar için yapılmıştır, ve hemen bütün kanunların (zira istisnası pek nadirdir) mevzuları maldır. Aileye taallûk eden kanunlar bile -ki en şahsî kanunlardır- ekseriya malî hususları tanzim ederler. Binaenaleyh hem aynı hem de şahsîdirler denilebilir.

Statü nazariyesinin mantıkî bir neticeye sahip olmamak gibi bir nakisesi daha vardı. Filhakika statücü müellifler, kanunların şahsiyetinin hususiyetlerine asla hürmet etmemişlerdir. Kanunların şahsiliğinin aşikâr bir neticesi, şahsî bir kanunun hâkim olduğu memlekette oturanlara tatbik edilmeyeceğidir. Halbuki şahsî kanunun bu memlekette oturanları, ecebî memleketlerde de, takip edeceği kabul olunuyordu. Ancak, şahsî bir kanunun, yabancı memlekette kâin bir gayrimenkul üzerinde tesir edip etmeyeceği hususunda ciddî şüpheler mevcuttu. Fakat statücüler bir örfün nüfuz sahasında bulunan malların, kâin oldukları memlekette, yabancı bir örfe tâbi addolunabileceklerini aslâ kabul etmiyorlardı. Bundan başka, şahsî kanun mefhumu, namütenahi bir şekilde münakaşa edilmiştir. D'Argentré sadece, umumî ehliyete taallûk eden ve gayrimenkullerin idaresine müessir olmayan kanunları

şahsî kanun addediyordu. Daha liberal olan Dumoulin, muhaliflerinden ileri gitmiş olmasına rağmen, şahsîlik fikrini, bu fikrin normal olarak icabettirdiği şekilde genişletmiyordu.

Statü nazariyesinin tarihçesi, doktrini parçalayan iki temayülün da-  
imî mücadelesinden müteşekkildir. Mamafih bu nazariyenin, kendisinden  
sonra gelen hiç bir nazariyenin nail olamadığı bir vasfı vardı: cihanşü-  
mullük. Bu tabirle statü nazariyesinin, iki asır boyunca, hiç olmazsa, bü-  
tün Avrupa'ya hâkim olduğunu ifade etmek istiyoruz. Statü nazariyesi,  
ancak uzun bir hâkimiyet devrinden sonra kıymetini kaybetmeğe baş-  
ladı.

Fransız Medenî Kanununun statü nazariyesini kabul edip etmediği so-  
rulabilir. Bu klâsik bir sualdir ve kat'î bir şekilde cevaplandırılmaz.  
Kanunu kaleme alanlar, statü nazariyesi içinde yoğrulmuş tatbikatçılar  
olmalarına rağmen, Medenî Kanunun 3 üncü maddesinin yazılmasındaki  
uzun tereddütlerinin de gösterdiği gibi, bu nazariyeye tamamen hâkim  
değillerdi. Bu 3 üncü maddenin 2 ve 3 üncü paragraflarının statü naza-  
riyesinden mülhem olduğu sâbittir. 2 nci paragraf, Fransa'da kâin olup  
yabancılara ait bulunan gayrimenkulleri Fransız kanununa tâbi kılar  
ve asıl hedefi gayrimenkul mirasıdır. Bu 2 nci paragraf eski hukukumuz-  
da kabul edilen "Her örf mülkîdir" prensibinden mülhem olmuştur. Ya-  
bancı memleketteki Fransızların ehliyetinin Fransız kanununa tâbi ola-  
cağını söyleyen 3 üncü paragraf dahi, statücülerin daha evvelden tatbik  
ettikleri bir kaideden çıkmıştır. Esasen Medenî Kanunun anladığı statü  
nazariyesinin, klâsik nazariyeden çok farklı olduğunu kabul etmek lâ-  
zımdır. Yeni hukukçuların şahsî kanuna verdiği mânâ, eskilerin ver-  
diği mânânın aynı değildir. Eskiler şahsî kanunu ikamete, yeniler ise  
tâbiyete istinat ettirmektedir. Bundan başka eski müelliflerimizimn âşi-  
na oldukları umumî ve hususî ehliyetsizlikler arasındaki tefrik, bugün  
hiç kimse tarafından nazara alınmamaktadır. Diğer taraftan, Fransa-  
da yabancı kanunların tatbikinin fransız menfaatları ile tahdidi, mo-  
dern hukukta çok canlı olarak gözükmektedir.

Eski hukukçularımız için esaslı bir prensip olan gayrimenkul mira-  
sın mülkîliği, halihazır içtihatlarımızda itibarından hiç kaybetmemiştir.  
Fakat eskisinden daha ziyade siyasî olan bir karaktere mâliktir ve tak-  
simde müsavat siyasî prensibinin temini zımında kabul olunmuş bir  
vasıta olarak tatbik edilmektedir.

Eski hukuk yeni hukuktan, bilhassa, eskisinin tanımadığı ve yeni-  
nin çok ehemmiyet verdiği bir mefhumla ayrılır: Beynelmilel âmme ni-  
zamı mefhumu. Kanun vâzı 3 üncü maddenin 1 inci paragrafında polis  
ve emniyete taallûk eden kanunların memlekette oturan cenehilere tat-

bik edileceğini söylemekle, aksini iddia edenlere rağmen, haleflerinde rastlanmayan bir prensibi ifade etmiştir, ki bu prensibin istimali, suiistimal denilecek kadar çoğalmıştır.

Nihayet Dumoulin'in iradenin muhteriyeti üzerindeki doktrininin hukukumuzdaki devamına ve bu doktrinin halihazır tatbikatta fena bir şekilde genişletilmiş olmasına işaret edeceğiz.

Binaenaleyh, şayet statü nazariyesi Medenî Kanunumuza geçti ise, yepyeni bir karakterle geçti demekle tamamen haklı idik.

Muasır hukuk ilmi, statü nazariyesini hemen hemen terketmiştir. Statücülerin sonu gelmeyen münakaşalarından o kadar bıkmıştı ki, müelliflerin büyük bir kısmı, yeniden aynı münakaşalara girişmekten ise, kanunlar ihtilâfının halli çarelerini başka istikametlerde aramağı tercih ettiler. Mamafih bunun istisnaları vardır ve M. de Vareilles-Sommières bu istisnaların en meşhurdur. Orijinal bir görüşe sahip olan M. de Vareilles - Sommières, statü nazariyesine yeni bir kuvvet vermek bahanesi ile o kadar garip fikirler ileri sürmüştür ki nazariye statücülerin bile tanıyamıyacağı bir hale girmiştir. Bu müellife göre her vâzı kanun, kendi memleketinde bulunan ecnebilere neşrettiği kanunları tatbik edebilir ve bunu ister. Statü nazariyesinin taraftarlarının hareket noktasının bu olmadığı aşikârdır. Onlar için mülkiğin esası, gayrimenkullerin üzerinde kâin oldukları toprağın kanunundan başka bir kanuna tâbi olmayacaklarıdır. Vâzı kanunun iradesi ile hiç bir şekilde alâkadar olmuyorlardı.

Şimdi şahsî statüye taallük eden hususları görelim: M. de Vareilles'e göre mevzuları şahsî olan kanunların gayrı mülkiği, kanunların makale şamil olmayışlarının bir vechesinden başka bir şey değildir. Bu görüş tarzı da doğru değildir; ve bu benzetiş reddetmek için hiç tereddüt etmemek lâzımdır. Filhakika makale şümül prensibinin mevzuu bahis olabileceği, aynı memleketin tarih bakımından birbirini takip eden iki kanunu ile, aynı zamanda iki muhtelif memlekette mevcut olan iki kanun arasında hiç bir müşabehet yoktur. Şu halde şahsî kanunların gayrı mülkiğini, kanunların makale şamil olmayışlarına istinat ettirmek ağır bir hatadır. Kanunların makale şamil olmayışları ile müktesep hakların beynelmilel tesirleri arasında sıkı bir münasebetin mevcut olduğu doğru ise de, müktesep hakların beynelmilel tesirlerinden bahsetmekle, M. de Vareilles'in bahsettiği ihtilâflar mevzuunun haricine çıkmış oluruz.

Bu müellifin inkışaf ettirdiği diğer bir fikir dolayısı ile, doktrini hakkında sadece sitayişkâr sözler söylenebilir. Devletler hukuku ba-

kımından usulüne uygun olarak yapılan bütün muamelelerin umumî bir şekilde muteber olması prensibi üzerinde ısrarla durmuştur. Bu hususta ileri sürdüğü fikirlerin hepsi mükemmeldir. Fakat statü nazariyesinin devamını ispat etmezler; zira aynı muteberlik fikri bütün nazariyelerde mevcuttur (1).

Statü nazariyesi hakkındaki sözlerimize nihayet vermeden evvel, bu nazariyenin umumiyetle tasvip edilmemekle beraber, Avrupa kıt'ası üzerinde, tatbikat bakımından, hâlâ büyük bir tesiri olduğunu söylemeliyiz. Prensiplerinin doğruluğu hakkında ne düşünülürse düşünülün, statü nazariyesine çok şeyler borçluyuz. Bize, otoritesini bütün dünyaya yayan hakikî bir Devletler hususî hukuku doktrinin ilk misalini vermiş; şahsî ve mülkî statüler mefhumunu vaz'etmiş; daha post-gtosatörler tarafından bulunan *Locus regit actum* kaidelerini muhafaza etmiş ve nihayet iradenin muhtariyeti prensibini ortaya çıkarmıştır. Tatbikatçılar arasında hâlâ revaçta olmasının sebepleri kolayca anlaşılabilir.



## İKİNCİ BÖLÜM

### Hukukun Şahsiliği Doktrini

İtalyan doktrininin ana fikirleri; menşei. — Mancini; kanunun otoritesi ve milliyet arasındaki yakınlık. — Mancini'nin halefleri; Laurent. — Bu doktrinin taraftarlarının hukukun şahsiliği fikri için ileri sürdükleri istisnalar ve bunun neticeleri. — İtalyan doktrinin reddini mucip olacak sebepler. — Bu doktrin tarafından oynanan rolün ehemmiyeti.

Statü nazariyesi ile hukukun şahsiliği hakkındaki İtalyan doktrini arasında bâriz bir zıddiyet mevcuttur. Statü nazariyesi kanunların mülkiliği esasına dayandığı halde, İtalyan doktrini kanunların şahsî olduğu ve binaenaleyh, bazı istisnalarla, şahsın her yerde kendi millî kanununa tâbi olacağı esasına dayanır.

Bir zamanlar, hukukun şahsiliği doktrini de revaçta idi ve bunu tâbi karşılamak icabeder. Zira bu doktrin, tam bir adalet ve şahsın millî

1) Pek tâbiî olarak M. de Vareilles, statü nazariyesine ehemmiyet veren biricik modern müellif değildir. Alim avukat Faelix mükemmel bir statücü idi. Bu hususta Mailhé de Chassat (*Traité des statuts*), Barde (*Théorie traditionnelle des statuts*) ve Donnedieu de Vabres (*Evolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois*) gibi müelliflere müracaat enteresan ve faydalı olur.

karakterine fevkalâde hürmet vasıfları ile tanınmıştır. Hakikatta bu doktrin, hukukî olmaktan ziyade siyasîdir. Hukukun şahsiliği doktrinin kurucusu Mancini hukukla olduğu kadar siyasetle de iştigal eden bir zattı. Ferdin menafiini kendi millî kanunu ile idare ettirmek istemesi bunu İtalyan birliğini inkişaf ve takviye ettirecek yeni bir vasıta olarak telâki etmesindedir. Filhakika yaratılan bir tâbiyete şahısların medenî halleri üzerinde umumî bir hâkimiyet tanımak, milliyet fikrinin faal kuvvetini arttırmak demektir.

Hakikatta, hukukun şahsiliği doktrinin ilk tezahürleri Mancini'den ve hattâ onun meşhur nutuklarını söylediği asırdan, çok daha eskidir. Filhakika hukukun şahsiliği fikrinin ilk tezahürlerine postglosatörler zamanında ve *Quod si Bononiensis* diye başlayan hâşiyede tesadüf ederiz. Grenoble kütüphanesinde bir eserine rastgeldiğim ve çok tanınmamış bir müellif olan Margarita Alberti Galléoti, daha 1260 senesinde, hükümdarların tebealarından madut olmayan şahıslar için kanun yapabilmek hususundaki zaafına ısrarla işaret ederek, kanunların şahsiliği prensibini tavsiye ediyordu. Aynı mektepten olan Albéric de Rosiate ve Salicet gibi daha meşhur müellifler de, mirasın tanzimi için müteveffanın şahsî kanununa göre hareket edilmesini tavsiye ediyorlardı. Bu fikir, statü nazariyesinin tesiri altında, büyük hukukçu Cujas tarafından da kabul edilmişti (1).

Daha sonraları, statü nazariyesine karşı müteaddit aksülâmel teşebbüslerinin ortaya çıktığı zamanlarda, yâni XVIII ci asrın nihayetlerine doğru, müteaddit Alman müellifleri, meselâ Eichhorn ve Mittermaier, hukukun şahsiliği fikrinin taraftarı olmuşlardır. Ancak şurasına hemen işaret edelim ki bu iki Alman hukukçusunun anladığı şahsîlik, daha sonraları Mancini'nin anladığı şahsîliğin aynı değildir. Filhakika bu iki müellif millî kanunu değil ikametgâh kanununu nazarı itibara alıyorlardı. Bu aksülâmel, bilhassa, miras hukukunda tezahür ediyordu; ve bu aksülâmelin doğruluğu şahısların iradelerinden istihraç edilen sebepler ile mirasın umumîliği prensibine istinat ettiriliyordu.

Mancini (2), 1851 de Torino'da verdiği Devletler hususî hukuku derslerinin meşhur olan ilkinde, kanunlar ihtilâfı bahsinde, her türlü tesadüf ve kapristen âri, müdir prensipleri vaz'ettiğini iddia ediyordu. Hâdisat bu iddiayı tekzip etmiştir. Her ne olursa olsun, bu meşhur Devlet adamının delilleri, her şeyden evvel, kanunların tatbik edilecekleri mil-

(1) Bk: Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I, sf. 115 ve sonrakiler.

(2) Mancini, *Della nacionalità come fondamento del dritto delle genti*, Napoli, 1873; ve *Journal de droit international privé* 1874, sahife 271 ve 275.

letlerin karakterlerine uygun olarak, zarurî bazı değişiklikler arzettiğini müşahadeye inhisar ediyordu. Hukukî nizam ferdin ve Devletin haklarından müteşekkildir. Ferdin hukuku ise teamülün (coutume) menşeinde bulunan örflerde (moeurs) teşekkül eder; ve teamüller mevzuatta toplanırlar. Böylelikle örfler her mevzuatın kendine has karakterleri arasında bulunurlar. Binaenaleyh örflerin neticesi olan kanunlar, ancak, bu örflerin hâkim oldukları cemiyetlerde tatbik olunabilirler.

Mancini, bu muhakeme tarzına istinat ederek, kanunun otoritesi ve şahısların milliyetleri arasında sıkı bir münasebet tesisini düşünüyordu. Ancak milliyet tâbiri ile ne kastedtiğini tâyin etmesi icap ediyordu. Bu meselenin hukuk felsefesinin en zor meselelerinden biri olduğu malûmdur. Mancini nutkunda milliyet mefhumunun muhtelif âmillerini saymıştır, ki ırk, dil, din ve tâli olarak, iklim, şahısların mesguliyetleri ve nihayet, anlaşılması zor bir mefhum olan, milliyet şuuru, bunların en mühimleridir.

Daha sonraları, Mancini'nin halefleri ile, bu muhakeme tarzı genişliğinden kaybeder ve mesele muhtasar bir hal alır. Filhakika meşhur Belçika'lı müellif Laurent, âmme hukuku ile hususî hukuku birbirinden ayırır. Ona göre, âmme hukuku mülkîdir; hususî hukuk ise, aksine olarak, şahsîdir ve milliyet fikrinin hâkimiyeti altındadır (1).

Bütün bu delillerin çok zayıf olduğunu kabul etmek lâzımdır, ve esasen vakıalar tarafından da tekzip edilmiştir. Şayet kanunlar, İtalyan mektebinin dediği gibi, her millete has karakterlere tâbi iseler, aynı kanunların birbirinden tamamen farklı milletlere nasıl tatbik edildiği sorulabilir. Fransız kanunları, Medenî Kanunun neşrinden 1900 senesine kadar, Rhin'in sol sahilindeki Almanlara tatbik edilmiştir ve alâkalarının hiç bir itirazını mucip olmamıştır. Aynı Fransız Medenî Kanunu, Polonya ve Rumanya gibi Fransa'dan çok uzakda bulunan ve milliyetleri Fransız milliyeti ile karışmamış bulunan memleketlerde de tatbik edilmiştir. Sonra nasıl oluyor da bir memleketin medenî kanunu an'asıl o memleketin tâbiyetinde olan şahıslarla bu tâbiyeti sonradan iktisap eden şahıslara uygun geliyor? Filhakika bu iki grup aynı ırktan değildir. Nihayet iklim ve hayat şartlarının mevzuatın gelişmesinde kat'î bir role sahip olduğu iddiası çok mübalâğalıdır. Fusinato (2) isimli bir İtal-

1) Laurent, *Droit international privé*, t. I, sf. 624 ve müteakip; Adde P. Fiore, *Droit international privé*, Pradier, Fodéré'nin tercümesi sf. 57 ve sonrakiler; A. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2. ci tabı, t. III sf. 66 ve sonrakiler; Durand, *Essai de droit international privé*, sf. 240 ve sonrakiler; Surville ve Arthuys; *Cours élémentaire*, sf. 37 ve sonrakiler.

2) II principio della nuova scuola italiana di dritto internazionale privato.



yan profesörü, bu hususta, çok mukni bir tecrübe yapmıştır. Kanunî evlenme yaşının, şahsın tekâmülünün daha ağır olduğu soğuk memleketlerde, sıcak memleketlerden daha yüksek olması gerektiği fikrinden hareket eden Fusinato, bu nokta üzerinde bir çok kanunları tetkik etmiş ve şimal memleketlerinde evlenmenin muteber olması için aranılan yaş had-dinin en düşükler arasında olduğunu hayretle görmüştür. Bu hal, bu çeşit kanunların, Mancini'nin mühim tesirleri olduğunu söylediği unsurlardan farklı unsurların tesiri altında bulunduğunu gösterir.

İtalyan mektebinin en müteassıp taraftarları bile, bütün kanunların, istisnasız olarak, şahsî olduklarını ve ferdleri yabancı memlekette takip edeceklerini iddia edecek kadar ileri gidemezlerdi. Zira bu halin, zarurî olarak, imkânsızlıklarla karşılaşacağı aşikârdı. Bunun içindir ki, doktrinin hakikî emniyet süpapları diyebileceğimiz kaydi ihtirazîler ileri sürüldü ve istisnalar vaz'edildi. Bu halin, doktrinin nizamını bozmak ve tatbikatta mühim zorluklar doğurmak gibi mahzurları vardır. İleri sürüden istisnaların bazıları şunlardı: Birincisi *locus regit actum* kaidesidir ve bu kaide bütün doktrinler tarafından nazarı itibara alınır. Akitlerin şekillerine taallük ettiği müddetçe, bu kaide hakkında, hususî olarak söylenecek bir şey yoktur.

İkincisi iradenin muhtariyetidir. Bundan, mukavele ve vasiyetname gibi iradî bir akdin tâbi olacağı mevzuatı, serbestçe tayin hakkının akdi yapanlara tanındığı mânası çıkacağı malûmdur.

Nihayet üçüncüsü âmme intizamına taallük eden istisnadır.

Bu son iki istisna mühim zorluklara sebep olmuş ve bundan başka, ilmimizin göz önünde bulundurması icap eden gayenin zıddına olarak, hukukun zayıflamasına yol açmıştır. Filhakika İtalyan mektebinin taraftarları, iradenin muhtariyeti prensibini sadece, bir mukavelede tarafların idarelerine bağlı olan hususlara tatbik ile iktifa etmediler. Ve bu prensibi âmîr hükümlere de tatbik ederek, taraflara tâbi olacakları âmîr hükümleri de seçmek imkânını verdiler. Bunu böyle yapmağa mecburdular. Bir mukavelede taraflar, zarurî olarak, müşterek bir kanuna tâbi olmalıdırlar. Şayet mukavele muhtelif tâbiyette olan şahıslar arasında yapılırsa, bu müşterek kanun kendi millî kanunları olamaz, ve onlar tarafından seçilecek kanun bu hususta hâkim olur. Bu hal çaresinin kanunların mecburiliği karakterini feda etmek gibi çok büyük bir mahsuru vardır. Tatbik edilmeyebilen mecburî bir kanun tasavvur bile edilemez.

Tatbiki bazı misaller bu mahzurun vahametini gösterecektir: Evlen-

me mukavelelerinden rücuun mümkün olmadığı hakkındaki kaide ma-lûmdur. Mevcut olduğu her yerde, bu kaide, pek tabii olarak, karı ve ko-caya tatbik edilecektir. İtalyan mektebine göre, bu kaide iradenin muh-tariyeti prensibine tâbi olacaktır ve binaenaleyh, karı koca yapacakları mukaveleyi, zikredilen kaideyi kabul etmeyen bir mevzuatın hükümleri-ne tâbi kılarak, onun hükümlerinden sıyrılabilecektir. Bir zamanlar jü-risprüdansda büyük gürültüler yapan diğer bir misal: Fransız hukukuna göre, nakliyeciyi, yol esnasında hasıl olacak hasarın mes'uliyetinden sıyrı-lamaz. Buna rağmen Temyiz Mahkemesi, Hindicini'den gelen bir vapur üzerinde sandığını kaybeden bir Fransız doktorunun, taraflar arasındaki mukavelede kumpanyanın mes'uliyetsizliği sarih olarak tespit edildiği cihetle, tazminat talebinde bulunamayacağına karar vermişti (1).

Amme intizamı istisnasının kabulü, hâkimlere huzurlarına gelen beynelmîl ihtilâflara, âmme intizamı bahanesi ile kendi millî kanunla-rını tatbik için hudutsuz bir selâhiyet bahsetmiş olması dolayısı ile di-ğer istisnaların kabulünden daha muzir olmuştur. Filhakika, İtalyan mektebinin kurucularına göre, sadece yabancı bir kanunun tatbikinin alâkalı memleketin âmme intizamını vahim surette tehlikeye düşüre-ceği hallere inhisar ettirilmesi icabeden bu istisna, çok daha geniş sahala-ra yayılmış ve hemen hemen bütün hukuk şubelerinde tatbik olunmuş-tur. Böylelikle bu kaide aile hukukuna (2), miras hukukuna, hususî eş-has arasındaki anlaşmalara ve zamanımızda çok büyük bir ehemmiyet kazanmış olan kambiyo meselelerine tatbik edilmiştir.

Amme intizamı mefhumunun mübalâğalı bir şekilde tatbiki, Devlet-ler hususî hukukunun nizamını, düzeltilemeyecek bir şekilde, bozabilir.

İtalyan doktrinin fenalıkları burada bitmez. Milliyet mefhumuna verilen ehemmiyet, tatbikatı ve bu hususta kâfi bir mukavemet göster-meyen doktrini, bu mefhumu sermaye şirketlerine de teşmil etmeğe ve onlara da, hakikî şahıs imişler gibi, şahsî bir kanun tanımağa sevketti. Bu bir çok zorluklar doğuracak büyük bir hatadır.

İtalyan mektebi hakkında yapacağımız son bir tenkid de, atıf dok-trinin teşekkülüne fırsat vermiş olmasıdır.

İtalyan doktrinin reddedilmesi icabettiğini göstermek için verdiğimiz izahat kâfidir. Mamafih, jürisprüdans eski statü nazariyesine bağlı kalmakla beraber, İtalyan doktrini, müellifler ve yeni mevzuat arasında

1) Cass. civ., 23 şubat 1864, *Sirey* 64, 1.385.

2) Paris, 22 aralık 1920, *Clunet* 21, 210.

bir hayli revaç bulmuştur. Filhakika 1865 tarihli İtalyan, 1888 tarihli İspanyol kanunları ile Arjantin ve Japon kanunları hukukun şahsiliği prensibine bağlanmışlardır.

İtalyan doktrinin mazhar olduğu bu muvaffakiyet şöyle izah olunabilir: Mancini'nin doktrini bütün za'fına rağmen, zahiren oldukça âdildir. İtalyan doktrinin Devletler hususî hukukuna taze bir hava getirdiğini memnuniyetle kaydedeceğim. Bu doktrin, Devletler hususî hukukunu, statücüler arasında daimî bir münakaşa mevzuu olan ve şahsî statü mefhumunu zayıflatan bütün tefrik ve kaydı ihtirazîlerden temizledi; şahsî statü mefhumunu, statü nazariyesi taraftarlarının cesaret edemedikleri bir şekilde genişletti ve böylelikle faydalı olan hizmetler gördü. Ve hattâ doktrin bakımından Devletler hususî hukukunun temelinde bulunan, hukukun hâkimiyeti fikrinin gelişmesine yardım etti. Bu bakımlardan bu nazariye kıymetsizdir denilemez. Fakat buna rağmen kat'î bir şekilde reddedilmesi lâzımdır. Zira tamamen hayalî olan bir temele dayanmaktadır.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### Mülkîlik ve şahsîlik fikirlerini telif eden nazariyeler

Wächter. — Doktrininin mülhem olduğu prensipler, tenkit. — Savigny. — Şahsın hukuku ve her hukukî münasebete has olan hukuk; hukukî münasebetin makarrınının araştırılması. — Savigny'nin tilmizleri; de Bar ve "işin mahiyeti" mefhumunun "hukukî münasebet" mefhumu yerine kaim olması. — Jitta. — Üç nevi hukuk arasında yaptığı tefrik; bu hukukçuya göre, yüksek bir tabii hukukun mevcudiyeti.

Ne statü nazariyecilerinin mülkîlik ve ne de İtalyan mektebinin şahsîlik fikrini kabule şayan bulamayan hukukçular, zarurî olarak, kanunların bir kısmının şahsî ve diğer bir kısmının mülkî olduğu kanaatine vardılar. Bu müellif'lerin, hukukî bir münasebete tatbiki icabeden ve her birinde bu tatbik kabiliyeti bulunan muhtelif kanunlardan birini intihabetmeleri lâzımdı. Filhakika şahsın kanunu - ki bazılarına göre millî kanun ve bazılarına göre de ikametgâh kanunu olabilir-, malların, hakikaten veya farazî olarak, bulunduğu yer kanunu, akdın yapıldığı veya bir hâdisenin vukubulduğu mahal kanunu ve nihayet hâkimin kanunu hukukî bir muameleye tatbik edilecek kanun olabilir. Bu kanunlar arasında bir ahenk tesisine çalışıldı. Zira statü nazariyesinin itibarından kaybet-

meğe başladığı zamanlarda biri birinden çok farklı fikirler ortaya çıkmıştı. Ekseriya, kanun ihtilâflarının halli ile arızî bir şekilde meşgul olan müelliflere ait bulunan bu fikirlerden, Wächter eserinde bahseder. Bu fikirlerin teferruatına girişmeyeceğiz. Zira sadece iki doktrin, bizzat Wächter'in ve Savigny'nin doktrinleri, mühimdir. Bunlara, M. Jitta'nın çok orijinal fikirleri hakkında bazı malûmat ekleyeceğiz.

Wächter büyük bir mütebahhir idi ve fikrimizce mesaisi kâfi derecede yayılmamıştır (1). Bu gün, çoktanberi unutulmuş olacak bir çok fikirleri onun sayesinde tanıyoruz. Hakikatta pek de iyi olmayan, fakat doktrin sahasında mühim tesirler yapmış ve yapmakta olan bir sistemi de ona borçluyuz.

Wächter'in fikirleri üç prensip halinde telhis edilebilir:

1) Bir ihtilâf karşısında bulunan hâkim, kendi vâzu kanunun emrettiği hal çaresini tatbik etmelidir.

2) Kendi kanunun sükûtu halinde, hâkim bu kanunun mâna ve ruhuna uygun olarak karar verecektir. Yâni hâkimin kanunun ruh ve mânası, şahsî veya mülkî bir kanun muvacehesinde olunup olunmadığını ve hangi kanunun tatbik edilmesini icap ettiğini gösterecektir.

3) Şayet bu araştırma hiç bir netice vermezse, hâkim huzuruna getirilmiş olan dâvaya, kendi kanunu tatbik edecektir.

Bu prensiplerin kıymetleri pek gayri müsavidir. Birincisi, hiç münaşasız, doğru bir fikri ifade eder. Filhakka hâkim kendi vâzu kanunundan aldığı emirlere ittiba etmek zorundadır. Ve şayet bu vâzu kanun, muayyen bir ihtilâfın halli için muayyen bir çare tesbit etmiş ise, hâkimin başka bir hal çaresi tatbik etmeğe hakkı yoktur. Wächter'in zikrettiği Štruve isimli eski bir müellif, hâkimin haksız bulduğu bir hal çaresi karşısında, kendi vâzu kanununa riayet etmeyerek, serbestisini muhafaza etmesi icap ettiğini söyler. Ancak, bu gibi fikirlerin kabulünün büyük bir kargaşalık tevhit edeceği muhakkaktır. Ve binaenaleyh, hâkim kendi vâzu kanununun koyduğu hal çaresini benimseyecektir. Bu, mevzu bahis hal çaresinin en iyi hal çaresi olduğu mânasına gelmez. Bu çare fena ve hukukun hakikî gayesine muhalif olabilir. Bu takdirde oldukça vahim neticeler doğacaktır. Zira, böylece hâkim tarafından tatbik edilen kötü hal çaresinin kendi memleketi için bir kıymeti olacak ve fakat, beynelmilel hukukun ihlâlüne iştirak etmek istemeyen ecnebi memleketlerde, bu çare, hiç bir hüküm ifade etmeyecektir.

1) Bu mesai, 1841 ve 1842 senelerinde, *Archiv. für civilistische Praxis*'de, ihtilâflar mevzuu üzerinde neşredilmiş bir seri, fevkal'âde karışık, makaleden müteşekkildir.

Meselâ bizde jürisprüdans, yabancı kanunlar tarafından tespit edilen ehliyetsizliğin tesirlerinin, ecnebî ile mukavele yapan bir Fransızın menfaati bakımından, tâdil edilmesinin hakkaniyete uygun olduğuna kanidir. Bu tahdidin, yabancının tâbi olduğu Devlet nezdinde tatbik ihtimali pek azdır. Bu hal, hâkimin riayete mecbur olduğu ve fakat beynelmilel otoriteden mahrum olan bir prensibe misal teşkil eder.

Yine jürisprüdansımızda, telsik yolu ile Fransız tâbiyetini iktisap eden şahısların -eski kanunları boşanmayı kabul etmese bile- boşanmalarına müsaade edilmesi hususunda kuvvetli bir ceryan mevcuttur. Müelliflerin ekseriyeti, La Haye anlaşmasının da tecviz etmediği, ve hukuk kaidelerine muhalif olan bu kolaylığı kabul etmemektedir. Filhakika bu hususun kabulü bir şahsın bir memlekette evli kabul edilmesine rağmen diğerinde evli addedilmemesi gibi garip bir hal meydana getirecektir.

Wächter'in vaz'ettiği ikinci prensip müphem ve gayrı kâfidir. Hâkim kendi millî kanunun ruh ve mânasında, karşılaştığı ihtilâfın hal çaresini beyhude yere arayacaktır. Zira vâzı kanun, umumiyetle, bu nevi ihtilâfları düşünmemiştir; binaenaleyh kanunun mâna ve ruhunu tetkik etmek tamamen faydadan hâlidir.

Wächter tarafından verilen misaller metodunun fakirliğini gösterir. Kumar borcu hakkındaki memnuiyeti, bu memnuiyetin mânasına göre, yabancılara da tatbik olunacağını söyleyerek zikreder. Aynı neticeye, bu nevi memnuiyetlerin, âmme intizamına taallûku dolayısı ile ecnebilere de tatbik edileceği düşüncesile, ve daha kolayca varılabilir. Aynı hal, evlenmenin muteberliği için dinî merasimin muhakkak lâzım olduğu memleketlerde medenî evlenme hükümsüzdür dediği vakit de mevcuttur. Böylelikle, Wächter bir memleketin kanunlarının bünyesinden neşet eden ve aklı selime uygun olan bir hakikatı ifade etmiş olur.

Üçüncü prensibe gelince bunun tamamen kötü olduğunu söyleyeceğiz. Zira ihtilâfa sebep olan kanunlardan birinin ruh ve mânasının, ihtilâfı hal çaresini vermemesi, sadece hâkimin kanunun tatbik edileceği neticesini doğurmaz. Filhakika bu halde dahi, beynelmilel bir mesele mevcuttur ve beynelmilel bir hal çaresine ihtiyaç vardır.

Mamafih Wächter'in prensiplerine, tatbikatta, pek bağlı kalmadığını da kaydetmek lâzımdır. Kararlarının esbabı mucibesini, pek muhtelif sahalardan çıkarıyordu. Ve bilhassa, bizce kanunlar ihtilâfının hallinde en mühim âmillerden biri olan, bir Devletin kendi kanunun tatbikindeki alâkası, Wächter ile görünmeğe başlar. Wächter'in hal çareleri, ufak istisnalarla, çok makuldür. Bu hukukçu beynelmilel hukukta, miras mese-

lesinin, müteveffanın ikametgâhı kanununun otoritesi altında, tevhidine taraftar idi.

Wächter'den çok daha meşhur olan Savigny (1), hiç değilse eserinin felsefî muhtevası bakımından, ona faiktir. Savigny, *Traité de droit romain* adlı eserinin sekizinci cildinde, kanunun otoritesinin zaman ve mekân bakımından hudutlarını tetkik etmiştir, ki bu, kanunların makable şâmil olmamaları ve ihtilâf nazariyelerini, aralarında sıkı bir münasebet olmamasına rağmen, bir birlerine yaklaştırdığı mânasına gelir.

Savigny, milletler arasında hukuk birliği fikrinin yayılmasında mühim bir rol oynamıştır. Ancak bu birlik fikrini, bu gün anladığımız mânası ile, yâni mevzuatın vahdeti şeklinde anlamamak lâzımdır. Mevzuu bahis birlik, kanunlar ihtilâfının halli için müşterek bir sistemin kabulüdür. Savigny'nin nazariyelerinin kuruluşu, mümkün olduğu kadar, gayrı mükemmeldir denilebilir. Alman hukukçusu şahsın hukukunu, her hukukî münasebete taallûk eden hukuktan ayırmakla işe başlar. Şahsın hukukuna esas olmak üzere origo (menşe) ve domicilium (ikametgâh) mehumları üzerinde alâkabahş izahattan sonra ikametgâh taraftarı olduğunu söyler. Bundan sonra nazariyesinin, belki en meşkûk olan kısmı gelir: Bir şahıs hukukî bir münasebete girdiği vakit, prensip olarak, tâbi olduğu kanunun hâkimiyetinden çıkar ve o hukukî münasebetin tâbi olduğu hukukun hâkimiyetine girer. Bu mudil ve kabulü zor bir fikirdir. Zira bir şahsın kendisine !as bir kanunu varsa, yapacağı muamelelerde, bu kanunun tatbik edilmemesinin sebebi anlaşılamaz.

Savigny'nin prensibi vaz'edildiğine göre, her muameleye tatbik edilecek bir hukuk bulmak lâzımdı. Savigny'ye göre bu hukuk, her münasebetin makarrı (siège) ile taayyün eder; ve şahıs makarrı bulunması gereken bir yığın müktesep hakkın merkezi olarak telâkki edilir. Her hukukî bağa bir makar arayan Savigny, tarafların iradelerinden ve teşriî selâhiyetle kazaî selâhiyet arasındaki benzerlikten çıkardığı neticelerden istifade etmiştir. Daha basit bir ifade ile, tarafların seçtikleri kanunun veya ihtilâfın arzedildiği mahkeme kanunun tatbikine taraftardır. Bu delillerin her ikisi de zayıftır. Tarafların iradesini, bu idareye terkedilmiş hususlarda hâkim addetmek makuldür. Fakat âmir hükümlerin otoritesinin hudutlarının tayinini tarafların iradesine bırakmak, hukukunun hâkimiyetini hiç indirmektir.

Kanunların selâhiyetini mahkemelerin selâhiyetine tâbi kılmak da mübalâğalıdır. Her hangi bir işin halli için bir mahkemeyi tercih ettiren sebepler, bir kanunun tatbikini gerektiren sebeplerden, tamamen, farklı-

1) *Traité de droit romain*, t. VIII.

dır. Teşriî selâhiyet ile kazâî selâhiyet arasındaki bu yaklaştırma Savigny'nin sistemi için bir zaaf kaynağıdır.

Savigny'nin, kat'î surette mecburî müsbet kanunlar adını verdiği, âmme intizamına taallûk eden kanunların mülkîliğini sarîh bir şekilde kabul ettiğine de işaret etmek yerinde olur.

Aralarında çok meşhur hukukçuların da bulunduğu ve sayıları çok olan, Savigny'nin tilmizleri üstatlarının doktrinini terk etmekte gecikmediler (1). Bu tilmizler hukukî muamelenin makarrından bahsetmezler, ve ihtilâfları işin mahiyetine uydurarak halletmeğe çalışırlar. Bu işin mahiyeti tâbiri pratik olmakla beraber müphemdir. İşin mahiyeti tâbirinin arkasına her türlü fikir saklanabilir ve işte bu vuzuhsuzluk, Savigny'nin doktrinini red etmemize âmil olmuştur.

Nihayet, M. Jitta (2) tarafından ileri sürülen fikirlerden, onları tamamen vaz'etmek için değil, ve fakat hususî ve enteresan taraflarına işaret etmek için, bir kaç kelime ile bahsetmek icabeder. M. Jitta hususî hukuk münasebetlerini, millî münasebetler, nisbî beynelmilel münasebetler ve mutlak beynelmilel münasebetler diye bir tefrika tâbi tutar. Bir Devlet için millî addedilecek hukukî münasebetler bu Devlet dahilinde doğan münasebetlerdir. Nisbî beynelmilel münasebetler, münasebetin doğduğu Devletle diğer bir Devlet arasında mevcuttur. Mutlak beynelmilel münasebetler ise hukukî muamelenin doğmadığı iki Devlet arasında mevcuttur. M. Jitta'nın doktrini, bilhassa bu üçüncü nevi münasebetlerde orijinal bir hal almaktadır. Zira M. Jitta, burada mutlak beynelmilel bir hukuk münasebetinin, ihtilâf halinde olan kanunlardan başka bir kanuna tâbi olabileceğini kabul etmektedir. Binaenaleyh bu gibi hallerde tatbik olunacak üstün bir mevzuatın -bir nevi tabîî hukukun- lüzumuna kanidir.

Premsipleri bakımından müdafaası zor olan bu son hal tarzının, büyük bir kıymeti vardır (3). Böylelikle, ihtilâfın halli için kanunlardan birisinin intihabına kat'î mahiyette ki sebeplerin mani olduğu, en vahim hallerde dahi, hukukî bir hal çaresi bulmak imkânı sağlanmıştır. Tâbiyet hususunda *jus sanguinis* (kan esas) ve *jus soli* (toprak esas) arasındaki ihtilâf böyle bir ihtilâftır. Görülüyor ki normal yollardan çok uzaklaşmış olan doktrinlerin bile bazan faydası olabilir.

1) Savigny'nin en meşhur talebesi hiç şüphe yok ki de Bar'dır. *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts* adlı eseri, Devletler hususî hukukunun en kıymetli eserleri arasındadır.

2) Jitta, *La Méthode du droit international privé*.

3) Bu görüş tarzı, mevzuu mevcut kanunların otoritesinin beynelmilel münasebetlere teşmili olup, bu münasebetlere has yeni kanunlar yaratmak olmayan, Devletler hususî hukukunun hudutlarını aşar.

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

## Asgarî Fedakârlık Kanunu

Kanunlar ihtilâfının hallinde tatbik edilecek prensipler. — Kanunun kanun olması hasebi ile çift karakteri. — Daimîlik veya gayri mülkîlik. — Umumîlik veya mülkîlik. — Aynı bir ihtilâfın hallinde bu iki karektere müsavi şekilde riayet etmenin imkânsızlığı. — Kanunun otoritesini en ziyade muhafaza eden vasfın tercih edilmesi zarureti. — Beynelmîlel bir münasebete, normal olarak selâhiyetli kanunun tatbik edilemediği hallerde, bu kanundan hemen sonra gelen kanun tatbik edilecektir. — Bazı kanunlar, muayyen bir Devlet dahilinde her zaman tatbik edilmelidir. tâbiyete taallük eden kanunlardan misaller.

Şimdi de, yaptığımız plâna ittibaen, tetkik ettiğimiz mevzu üzerindeki kendi fikirlerimizi vaz'etmek yerinde olur. Burada, pek tabii olarak ne yabancılar hukukundan ve ne de müktesep hakların beynelmîlel tesirlerinden bahsedeceğiz.

Tedrisatımızı felce uğratan bu meselenin karşısında uzun müddet tereddüt ettikten sonra, ihtilâfların hallinde rehberimiz olacak prensipleri kanunların tabiatında aramağa karar verdik. Suali en basit şekli ile soalm: Kanun mülkî midir, gayri mülkî midir? İşaret ettiğimiz gibi, bazıları mülkî ve bazıları da gayri mülkîdir der. Kanaatımıza göre, kanun bu vasıfların her ikisine de aynı zamanda sahiptir. Yâni hem mülkî ve hem de gayri mülkîdir. Bunun böyle olduğu, kanunlar ve onların karakterleri üzerinde dahili hukuk bakımından yapacağımız tetkik neticesinde, tezahür edecektir. Bu tetkik metodu -yâni kanunun dahili hukuk bakımından tetkiki - tamamen yerinde olan bir metottur. Zira ilmimizin, kanunların otoritesinin beynelmîlel münasebetlere teşmilinden başka bir gayesi yoktur. İlk olarak, bütün beynelmîlel unsurlardan sıyrılıp, kanunun karakterlerini, dahili hukuk bakımından tetkik etmek faydalıdır. Bu bakımdan mütalâa edilince kanunun, muhtevassından müstakil olarak, sadece kanun olması dolayısı ile, kanun fikrinden ayrılması mümkün olmayan bazı karakterlere sahip olduğu müşahade edilir. Bu karakterlerden ikisi, bizi hassaten alâkadar eder: Kanunun daimîliği ve tatbikinin umumîliği.

Kanunun daimîliğinden maksat, onun mer'iyete girişinden ilgasına kadar, taallük ettiği bütün şahıslara fasılasız olarak tatbik edileceğidir. Dahilde kanun, şahsın ikametgâhı ve malları nerede bulunursa bulunsun, daimî surette tatbik olunur. Belediye nizamnameleri aynı mahiyette değildir; onların tesirleri, sadece, belediye hudutları dahilinde görülür.

Beynelmîlel sahaya geçelim: Bu sahada daimîlik gayri mülkîlik ismini alır. Filhakika kanunun tesiri, kanun, şahsın yabancı memlekette



yapacağı muamelelere veya orada sahibi olabileceği mallara tatbik edildiği takdirde, daimîdir. Şu halde, beynelmilel münasebetlerde kanun otoritesinin, millî münasebettekilerine benzemesi için, gayrı mülkiliğin bu ilk şartının vücudu lâzımdır.

Fakat kanun, dahilde sadece daimî değil, aynı zamanda da umumîdir. Ve bu umumîlikten, kanunun farksız olarak, bütün şahıslara tatbik edileceği anlaşılır. İşe bakan mahkemenin kaza sahası haricinde bulunan bir mahkemenin, veya tahayyül edilebilecek diğer her hangi bir maddî şartın, bir şahsı kanunun tesirlerinden muaf tutturabileceği tasavvur bile edilemez. Şu halde kanun, bir Devlete tâbi ve bu Devletin arazisinde bulunan, yâni o Devletin kudretine doğrudan doğruya tâbi bulunan, bütün şahısların riayete mecbur oldukları umumî bir emir olarak tezahür eder.

Bu aynı karakter beynelmilel sahaya nakledilirse, kanunun mülkiliği şeklinde tezahür eder. Ve bu karaktere, bu kanun her memlekette, ecnebî veya tebea, ikamet eden veya etmeyen gibi farklar gözetilmeksizin, bütün şahıslara tatbik edildiği nisbette riayet edilmiş olur. Şu halde kanunun, millî münasebetlerde malik olduğu tesirlere, beynelmilel sahada da tamamen sahip olabilmesi için, aynı zamanda hem mülkî ve hem de gayrı mülkî olması lâzımdır. Fakat bu imkânsızdır; zira kanunun aynı zamanda hem mevcut olması ve hem de mevcut olmamasını istemek demek olur, ki bu hal çözümlenmesi imkânsız ihtilâfların doğmasına sebep olmaktadır.

Misal olarak, kendi şahsî kanununa göre muteber bir vasiyetname yapamıyacak olan ve 25 yaşında bulunan bir küçüğü ele alalım. Bu şahsın, mallarının bulunduğu yer kanununa göre muteber bir vasiyetname yapabileceğini kabul edelim. Bu küçüğün, kendi millî kanununu gayrı mülkî ve mallarının bulunduğu yer kanununu mülkî kanun olarak tatbik etmek istersek, bu şahsın muteber bir vasiyetnameyi, aynı zamanda, hem yapabileceği ve hem de yapamıyacağı neticesine varırız. Bunun mütenakız ve saçma bir netice olduğu aşikârdır.

Karı koca arasındaki hibeler, bu hususta, tamamen klâsik bir misal teşkil eder. Karı kocanın millî kanunlarının bu nevi hibeyi kabul ettiğini ve muamelenin bunu kabul etmeyen bir memlekette cereyan ettiğini farzedelim. Millî kanuna gayrı mülkî ve akdin yapıldığı yer kanununa mülkî olarak tatbik kabiliyeti tanırsak, yapılan hibenin, aynı zamanda hem muteber ve hem de batıl olduğu neticesine varırız, ki bu da yukarıdaki misalin neticesine müşabihtir. Bu hallerden şu neticeler istihraç olunmalıdır:

1) Kanunlar millî sahada sahip oldukları tesir bütünlüğünü, beynelmilel sahada muhafaza edemezler. Bu sarahata rağmen, bu bütünlüğü muhafaza için ısrar edilirse, hâkimin, huzuruna gelen ihtilâflara, tercihan, daima kendi kanunu tatbik edeceği neticesine varırız, ki bu hal bütün Devletler hususî hukukunun yıkılması demek olur.

Binenaleyh, her hususî halde, kanunun karakterlerinden birini zarurî olarak terk edip, diğerini kabul etmek icap edecektir. Ve işte bunun içindir ki Devletler hususî hukukunun gayrı mükemmel bir ilim olduğuna işaret edeceğiz. Bu ilim, kanunun millî sahada sahip olduğu tesir bütünlüğünü, beynelmilel sahada muhafazaya muktedir olamadığı için gayrı mükemmeldir. Böylelikle ikinci bir karaktere geliyoruz.

2) Kanunlar ihtilâfının halli, ancak, kanunun karakterlerinden birinin fedası sayesinde elde edilebilir. Bu fedakârlık, kanunun sadece gayrı mülkiliğinin kabulüne inhisar edebilir. Bu takdirde kanun daimiliğini muhafaza eder. Bu ancak mülkîlik vasfından vazgeçmek ile olur, ki bunun neticesinde de kanun umumiliğini kaybeder. Yapılacak fedakârlık, mülkîliğin muhafaza edilerek, gayrı mülkîlikten vazgeçmekten ibaret olabilir. Bu takdirde kanun neşredildiği memleketteki bütün şahıslara tatbik olunur, fakat onları yabancı memleketlerde takip etmez. Evvelki halde olduğu gibi, burada da kanun kuvvetinden bir kısmını kaybedecektir. Araştırmalarımızın kutupları olan bu iki karakterden birinin tercihi hususunda, Devletler aynı fikirlerden mülhem olup aynı hal çarelerini kabul etseler, aralarında bir ahenk kurulacak ve dünyada hakikî bir beynelmilel vahdet ve hakikî bir Devletler hususî hukuku mevcut olacaktır.

Böylelikle, beynelmilel tatbikatta kuvvetinden kaybeden kanun, bu kaybını genişlemesi ile telâfi eder denilebilir. İşaret ettiğimiz gibi kanun zarurî olarak natamam bir hal alır, lâkin buna mukabil normal olarak hâkimiyeti altında bulunmayan şahıs ve muamelelere de şâmil olur.

Şu halde bir fedakârlık yapmak icap edecektir. Lâkin bu fedakârlık nasıl tesbit edilecektir? Burada asgarî fedakârlık kanunu dediğimiz prensip karşımıza çıkmaktadır. Bu prensip şu şekilde vaz'edilebilir:

3) Her ihtilâf halinde, mümkün olan iki hal çaresinden, ihtilâf mevzuu olan kanunun otoritesini en çok koruyan hal çaresini tercih etmek lâzımdır. Hakikatta bu prensip her nevi izahtan müstağnidir. Filhakika kanunun otoritesinden yapılacak her fedakârlığın, bu kanunun müessesiyetini azaltacağı, tesadüfe veya adaletsizliğe fırsat verebileceği ve bunun hukukun medenileştireci hareketinde bir gerileme olduğu aşikârdır. İşte bunun içindir ki kanunun otoritesinden yapılması gereken fedakârlıkları asgarî hadde indirmek lâzımdır.

Bu asgarî fedakârlık prensibinin, beynelmilel hukukta, tasavvuru mümkün olan en umumî bir kaide olduğuna işaret etmek yerinde olur. Bu prensip, Devletler hususî hukukuna olduğu gibi, Devletler umumî hukukuna ve ceza hukukuna olduğu kadar medenî hukuka da tatbik olunur. Hülâsa bu prensip, Devletlerin birbirlerinin hâkimiyetlerine en büyük hörmeti göstermeleri icap ettiği yolundaki umumî bir kanaatın neticesidir.

Şimdi de bu prensibin tatbikatta ne halde olduğunu görelim: Her hangi bir ihtilâfta, tatbik olunabilecek iki hal çaresinin, kanunun otoritesine aynı derecede hörmet etmiyeceği aşikârdır. Bazı hususlarda, meselâ ceza hukukunda, hal böyledir. Ceza kanunlarının, yabancı ve yerli farkı olmaksızın, tatbik edilmediği bir Devlette hiç bir emniyetin mevcut olamayacağı aşikârdır. Şu halde bu kanunlar, gayrı mülkîlikleri herşeyden mühim olan kanunlardır ve memleketin emniyet ve asayîşi için, bu kanunların gayrı mülkîliklerinin fedası yerinde olur. Haksız fiiller (délit civil) bakımından da mesele aynı şekilde tezahür eder. Aynı şekilde, bir kanun tebeasından birisini ehliyetsiz addederse, bu ehliyetsizliğin gayrı mülkî olacağı aşikârdır. Aksi takdirde bu ehliyetsizliğin hiç bir kıymeti olmayacaktır. Zira yabancı bir memlekette muteber muameleler yapabileceğini bilen bir ehliyetsizin, bu yabancı memlekete gitmesinden daha kolay bir şey yoktur.

Fakat aynı vuzuh her vakit mevcut değildir. Zira kanunun iki vasfından hangisinin tercih edileceği hususunun müphem olduğu haller de vardır. Meselâ evlenme mukavelelerinin değişmezliği hakkındaki meşhur prensip için hal böyledir. Bu prensip karı kocanın statü personeline mi aiddir, yâni mülkî midir? Bu hususta fikirler henüz tebellür etmiş değildir. Başka misaller daha mühim zorluklara yol açar. Devletler hususî hukukunda iskatî müruruzamanı bu misaller arasında zikredebiliriz. İskatî müruruzamanın tevhit edebileceği ihtilâfların çözülmesi için bir çok hal çareleri teklif edilmiştir. Ancak şimdiye kadar bunlardan hiç birisi ötekilerine tercih edilememiştir (1). Hukukun otoritesine en çok riayet eden kanunun intihap edilmesinin bütün Devletler için -ve hattâ kanunu reddedilen Devlet için bile- en iyi hal çaresi olduğuna işaret etmek isteriz. Zira hukukun otoritesinin, keyfî bir surette azaltılmasında, hiç bir

1) En meşkûk diye tanımlan faraziyelerde işlenebilecek hataların, en az tehlikeli hatalar oldukları müşahade edilebilir. Filhakika kanunun birbirine zıt iki karakterinden, birisini seçmek için şüpheye düşülmüş olmak keyfiyeti, bu iki karakterin, hemen hemen birbirine müsavi bir ehemmiyet taşıdığını gösterir. Biz burada sadece, halli mümkün olmayan şüphelerden bahsediyoruz.

Devletin menfaati yoktur. Bu husus üzerinde ısrarla durmak icap eder. Zira h ylelikle prensibimiz, doğruluğunu hiç bir Devletin ink r etmediği bir fikirden hareket ederek, vazih bir Şekilde beynelmilel bir kıymet kazanır.

Mesele bununla nihayete ermiŐ değildir. Her ihtilâf halinde, kanunun otoritesine en çok riayet eden karakterin muhafaza ve tatbik olunacağını söyledik. Yâni, bu vasfı haiz olan kanun diğerlerine tercih edilecektir. Fakat izahatımızın tamam olması için, seçilen kanunun, ihtilâf halinde bulunan diğer kanunları tamamen ortadan kaldırmadığını söylememiz lâzımdır. Bunun mânası Őudur: Maddi bir Şartın selâhiyetli kanunun tatbikine m ni olduğu çok vakidir. Bu takdirde, daha az selâhiyetli olup tatbik kabiliyetini muhafaza eden kanunun tatbiki yerinde olur. Bir misalle izah edelim: Bu gün gayrı mülkilik bahsında, Şahsî kanunu tâbiyete veya ikametg ha bağlamak hususunda Şüphe edilmektedir. Fransa'da, ve umumiyetle l tin memleketlerinde, bu hususta, tâbiyete ehemmiyet verilmektedir. Lâkin ihtil fin mevzuu t biyetsiz bir Şahıs olabilir. Bu takdirde, ikametgâh kanunu, normal olarak, Şahsî kanun addedilecektir. Şu halde bir kanunun intihabı kat'i bir hal çaresine bağlanamaz. Mesele daha az selâhiyetli olanı daha çok selâhiyetli olandan tefriktir. Ve Şimdi aŐađdaki prensibin vaz'edilebileceğini zannediyoruz:

4) Beynelmielel bir münasebete tatbik edilecek ve normal olarak selâhiyetli addedilecek bir kanunun yokluğu halinde, bu kanundan hemen sonra gelen ve ihtilâfa dahil bulunan kanun tatbik edilir.

Nihayet çok vahim bazı sebepler dolayısı ile vâzı kanun, yaptığı bir kanunun ne mülkilik ve ne de gayrı mülkilik vasfından fedak rlıkta bulunamaz. T biyete taall k eden kanunlar, bu hal için, iyi bir misal teşkil ederler. Bu gibi hallerde hâkim, önüne getirilen ihtilâflara, kendi memleketinin kanununu, bu kanunun k h m lk  ve k h gayrı mülkî vasıflarına dayanarak, tatbik edecektir. Bu kanunlar halli imkânsız ihtilâflar sahasına dahildir. Bunlara, sadece diplomatik anlaşmalar sayesinde bir çare bulunabilir. Bu, müsbet hukukunun, doktrinin kifayetsizliğini önlemek üzere müdahalede bulunduğu noktalardan biridir.



## BEŞİNCİ BÖLÜM

## Kanunun içtimai gayesinin nazarı itibara alınması

Her hususî halde, kanunun otoritesi, azami olarak, nasıl muhafaza edilir? - Bir kanunun kıymeti takibettiği gayeye bağlıdır. Bu gaye, vâzı kanunun ifa etmesi icabeden vazifenin tabiatını ve binnetice, kanunun nazarı itibara alınması icabeden vasfını tayin eder. - Misaller. - Kanunların tasnifi: şahsî kendisine karşı vesayet altına alan kanunlar; içtimai hayatta asayişin teminine mâtuf knunlar. - Mülki veya gayri mülki kanunların ihtilâfı halinde, selâhiyetli kanunun tayini için, kanununun tatbikinde en ziyade alâkâlı olan Devletin kanununu tatbik etmek lâzımdır. - Misaller. - İhtilâf halindeki kanunların takibettikleri gayelerin büyük ehemmiyeti.

Şimdiye kadar şu hususları tesbit ettik:

- 1) Kanunlar, tabiatları icabı hem mülki ve hem de gayri mülkidir.
- 2) İhtilâfları halledebilmek için bu karakterlerden birini feda etmek lâzımdır.
- 3) Her ihtilâf halinde yapılacak olan bu fedakârlık, kanunun otoritesinden mümkün olduğu kadar az bir kısmını kaybettirecek şekilde yapılmalıdır.

4) Normal olarak selâhiyetli kanunun ademi mevcudiyeti halinde, vâzı kanunun takibettiği gayeye en uygun olan kanun tatbik edilecektir. Şimdi yeni bir sual karşısında bulunuyoruz.

Her ihtilâf halinde kanunun otoritesini azami derecede muhafaza edebilmek için ne yapmak lâzımdır? İşte bu hususu, bu bölümde tetkik edeceğiz.

Evvelâ tesbiti icabeden bir nokta vardır. Dahilî münasebetlerde âmir hükümlerden olan hususları, beynelmilel münasebetlerde, hiç bir zaman, ihtiyarî addetmemek lâzımdır. Bu pek bedihîdir, zira bu nevi bir değişiklik kanunun otoritesini tamamen ortadan kaldırır. Buna rağmen bu prensibin hatırlatılması faydalıdır. Dumoulin, *famosissima quœstio*'da, mukavelesiz evlenen karı kocanın tâbi olacakları rejimin, tahmin edilecek iradelerine tâbi olacağını söylediği vakit, bu hataya düşüyordu. Zira böylelikle, carî olduğu memlekette mecburî olan bir örfü, örflerarası sahada ihtiyarî hale getiriyordu. Meseleleri basitleştirmek gibi bir faydası olan bu temayül, şârihler arasında bir çoklarının, bilhassa borçlar hukuku münasebetleri mevzuu bahis olduğu vakit, aynı hataya düşmelerine sebep olmuştur. Müellifler ve hâkimler, vâzı kanunun âmir bir olarak var ettiği kaideleri ihtiyarî addetmek hatasına sık sık düşmüşlerdir. Bu hale bilhassa, irade fesadı, ayıp dâvası, mes'uliyet vesaireye taallük eden hususlarda tesadüf edilir. İyi bir doktrin bu gibi hatalara, aslâ, düşmemesi lâzımdır.

Bu hususu tesbit ettikten sonra tetkikatımıza devam edelim. Bir kanunun bütün kıymeti takip ettiği gayeye bağlıdır. Filhakika kanun kör ve bildiğinden şaşmaz bir ilâh değil, fakat sayısız hallere tatbiki icap eden ve fevkal'âde uysal olan bir vasıtaadır. Muhakkak olan bir cihet varsa, o da kanunun hiç bir zaman varılmak istenilen muayyen bir gayeye vüsul için yapılmadığıdır. Bu gayeyi takip ederken, vâzı kanun vazifesini ifa arzusundaadır; daha doğrusu, vâzı kanun vazifesini ifa için, kanun dediğimiz tanzim edici vesikayı neşreder. Muayyen bir gayeye teveccüh etmeyen bir kanun çılgınca bir hareket olacaktır. Ancak gayesi cemiyetin iyiliği olmayan bir kanun, zarurî olarak, fena ve müstebit bir kanundur.

Şu halde her şey kanunun takip ettiği gayeye ve vâzı kanunun ifa etmek istediği vazifenin tabiatına bağlıdır. Kanunlar, gayelerine göre, ya mülkî addedilecekler ve Devletin arazisi üzerinde buluna yerli ve yabancılar ve onların yaptıkları muamelelere tatbik edilecekler; veya gayrı mülkî addedilecekler, ve bu takdirde, yer ve zaman farkı gözetmeksizin her yerde ve her vakıt, sadece tebeaya tatbik edileceklerdir. Bu fikirlerin tatbikatı, bazan gayet basittir. Devletin kıymeti kendisini teşkil eden tatbikatı, bazan gayet basittir. Devletin kıymeti kendisini teşkil eden ferdlerin kıymetlerine bağlı olduğu cihetle, aile teşkilâtına müteallik kanunların, Devlet için, hayatî bir ehemmiyette olduğu bedihîdir. Bu kanunların gayesi, hudutları içerisinde, ferdin faaliyetlerinin gelişmesini sağlayacak, sâbit bir çerçevenin yaratılmasıdır. Binaenaleyh bu kanunların, zaman ve yer şartlarından müstakil ve tek şekilli bir hukuk sistemi teşkil etmeleri zarurîdir. Bu hukuk sisteminin bariz vasfı daimîliğidir ve gayesine gayrı mülkî olduğu takdirde varabilir. Esasen bu kanunlar, ekseriya, gayrı mülkî olarak addedilmektedir. İşte bunun içindir ki ebeveyne tanınan kanunî intifa hakkı ve karının ipotek hakkı gibi, çok münakaşa edilmiş, hususların alâkah şahsın millî kanununa tâbi olduğunu ediyoruz.

Mülkiyete taallük eden kanunların ise, tatbikatta umumîliğe ihtiyaçları vardır. Zira bunların mevzuu, herkesin haklarını tesbit ederek âmme asâyişini muhafaza etmek ve malların en iyi şekilde işletilmesini sağlayacak imkânları yaratmaktır. Bu sebepler, Devletin arazisi üzerinde bulunan yerli ve yabancılar için aynı derecede muteberdir. Binaenaleyh bu kanunlar herkese aynı şekilde tatbik olunacaklardır. Bu hususta, gayrı menkul mülkiyeti için hiç bir zorluk yoksa da mesele, menkuller mevzuu bahis olduğu vakıt zorlaşır. Lâkin bu zorluk dolayısı ile prensipten fedakârlık etmemek lâzımdır.

Menkuller için mesele daha karışık olduğu cihetle kanunun hangi gayeye varmak için kaleme alındığını çok büyük bir dikkatle araştırmak

lâzımdır. Ancak böyle bir tetkik neticesinde, meselâ “menkuller hususunda zilyetlik senet hükmündedir” kaidesinin beynelmilel şümülünü tâyin mümkün olabilir.

Tahvilâta müteallik kanunlar âmme itibarını da alâkadâr ederler. Tahviller, arazisi üzerinde alınıp satıldığı Devlet için çok mühimdir. Ancak tahvilât üzerinde yapılabilecek muamelelerin gayet değişik olması, bu muameleleri yapanlara büyük bir serbesti verilmesini intaç eder. Buna rağmen mukavelelerde dahi, bütün kanunlarda olduğu gibi, takip edilen gayeye vüsul için riayeti mecburî olan ve beynelmilel tesirleri haiz olması icap eden âmir hükümler mevcuttur. Satış akdini feshetmek selâhiyetini veren ayıba taallûk eden kanunlar, bu hususa bir misal teşkil ederler. Bu kanunlar pazarların emniyet ihtiyacından mülhemdirler ve binaenaleyh bu pazarlarda iş gören herkese tatbik edilmedirler. Diğer bir misal olmak üzere, komisyoncuya iş verenin komisyoncunun taahhütlerinden mütevellit mes'uliyetlerine müteallik kanunları zikredebiliriz. Taraflar (yâni komisyoncu ile kendisine iş veren) arasındaki münasebetler mevzuu bahis olduğu takdirde, bu kanunlar tarafların iradelerine tâbidir. Lâkin üçüncü şahıslar mevzuu bahis olursa, ticaret emniyetine taallûku ciheti ile, bu emniyeti teminat altında bulunduran kanunlardan sıyrılmak mümkün değildir.

Ailenin en mükemmel istinatgâhlarından biri olan mirası tanzim eden kanunlar da, gayelerinin gayet ciddî bir surette devamlılık istediği kanunlardır. Lâkin bir burada, Medenî Kanunumuzun bu husustaki hükümlerinden değil, nazariyattan bahsediyoruz.

Usul kanunları için vaziyet başka türüdür. Her Devlet kendi mahkemelerinde kullanılacak usul ile alâkâlıdır; ve bu usul, sadece, tatbik edildiği memleketin kanunlarının tesirlerine tâbidir. Mallara müteallik icra bahsında mülkî kanun hâkimdir. Filhakika Devlet bu icra işinde âmme kudretini istimal ettiği göre, bunu faydalı ve lüzumlu bulduğu nisbette yapması tabiidir. İflâsa taallûk ettiği vakit, bu prensip çok büyük bir ehemmiyet kazanır.

Basit olan bu hallerin yanı sıra, vâzı kanunun gayesinin tesbit edilmesinin çok zor olduğu hallere de rastlanır. Bu arada müstakbel mirasa taallûk eden akitler yapmak memnuiyeti, daha evvel işaret ettiğimiz iskâtî müruruzaman ve kadının şahsî mallarının tesbiti gibi hususları zikredebiliriz. Bu muhtelif hallerde vâzı kanun tarafından takip edilen gaye müteaddit ve karışıktır. Müstakbel mirasa taallûk eden akitler yapmak memnuiyeti, müteveffayı korumak için kaleme alınmış ise, miras hukukuna tâbi olur. Lâkin bu memnuiyet ahlâka mugayir mukavelelerin ya-

pılmasını önlemek için vaz'edilmiş ise, akdin yapıldığı yer kanunu memnuiyetin mevcudiyet veya ademi mevcudiyetini ve bunun şümulünü tesbit edecektir. Aynı taaddüt ve karışıklığa zikrettiğimiz diğer hallerde de tesadüf olunur.

Şu halde kanunun tatbikinin beynelmilel şümulünü, kanunun gayesi tesbit edecektir. Bu prensip esas olarak kabul edilebilir, ve her hususî halde kanunun otoritesini en çok tatmin eden beynelmilel hal çaresi araştırılabilir. Fakat mevzuu biraz daha aydınlatmak ve kanunları mülkî ve gayrı mülkî diye gruplara ayıran temayüllere uymak mümkün değil midir?

Görüşlerimizin şimdiye kadar sahip oldukları sağlamlığı, burada da muhafazaya devam ettiklerini iddia etmeksizin, kanunların böyle bir tasnife tâbi tutulabileceğini zannediyoruz. Böylelikle kanunlar iki gruba ayrılacaklardır. Birinci grup, ferdî faaliyetlerin himayesi için vaz'edilen kanunları ve ikinci grup içtimaî hayat ve sulhü himaye için vaz'edilen kanunları ihtiva eder. Şahıslara veya mallara taallûk eden kanunlar demiyoruz; zira kıstasımız tamamen farklıdır. Amme hukukuna veya hususî hukuka taallûk eden kanunlar da demiyoruz; zira bu tefrikin doğruluğuna pek itimadımız yoktur. Mevzuları, şahısları kendi tecrübesizliklerinin veya zaaflarının mucip olabileceği tehlikelere karşı bir nevi vesayet altına almak olan kanunları, içtimaî bir garanti tesis ederek, yokluğu insanların cemiyet halinde yaşamasını imkânsız kılan, sulh ve hürriyeti teminat altına alan kanunlardan tefrik ediyoruz.

Ehliyetsizliğe taallûk eden kanunlarla beşerî faaliyetleri, insanın zaaf ve ihtiyatsızlıklarının tevlit edebileceği yanılmalardan koruyan kanunlar birinci gruba dahildirler. Şahsî himaye eden kanunların birinci safında gelen aileye taallûk eden kanunlarla, ademi mevcudiyeti halinde ailenin devamını imkânsız kılan, miras ve vasiyete müteallik kanunlar da bu gruba dahildir.

Cürüm ve şibih cürüm (haksız fiil) halindeki ehliyete mütedair kanunlarla, âmme itibarına, adaletin idaresine ve âdab ve ahlâka taallûk eden kanunlar ikinci gruba dahildir. Bütün bu kanunların gayesi, Devletin dahilinde, bir nizam yaratmaktır ve ekseriya bu kanunlara verilen âmme intizamına taallûk eden kanunlar ismi buradan neş'et eder.

Verdiğimiz izahat, kanunların gayelerinin mevzuumuzdaki ehemmiyetini, tamamen tebarüz ettirmeğe kâfi değildir. Kanunun gayesinin mülkî veya gayrı mülkî vasıflarından birisinin izafesinde rolü olduğunu gördük. Fakat mesele bununla bitmez. Filhakika bir kanunun tabiatı icabı mülkî veya gayrı mülkî olduğu bilindiği takdirde de, selâhiyetli kanunun



seçilmesi meselesi mevcuttur. Selâhiyetli kanun, birinci halde mülkî ve ikinci halde gayrı mülkî kanunlar arasından seçilecektir. Burada kanunlar kendilerini nesreden Devletleri temsil ederler ve kanunun tatbiki ile en ziyade alâkalı olan Devletin kanunu selâhiyetli kanun olarak seçilecektir. Burada bahis mevzuu ettiğimiz alâka ve alâkalı Devlet tâbirlerinden ne kasdettiğimizin iyice anlaşılması lâzımdır. Nazarı itibara alınması icabeden alâka, bir Devletin vazifelerini ifa bakımından duyduğu alâkadır ve ileri sürdüğümüz fikir şöyle de ifade edilebilir: “Kendi vazifelerinin ifasında en çok alâkalı olan Devlet hangi Devlettir” (1). Bu hususu misallerle tavzih edelim: Küçüğün ehliyetsizliğine veya karı koca arasındaki şahsî münasebetlere taallûk eden kanunlar gayrı mülkîdir. Bu bakımdan bir zorlukla karşılaşılmazsa da, bu iki halde hangi kanunun selâhiyetli olduğu hususunun da tesbiti lâzımdır. İkametgâh kanunu ile milî kanun arasında tereddüd edilebilir. Ve şayet ikinci kanun seçilirse, her iki halde de şahısların tâbi olduğu Devletin, kanununun tatbikinde en ziyade alâkadar Devlet olması, bu intihabın sebebiştir. Bir Devletin, kendi tebaasından olan küçüklerin tabîî vasîsi olduğu ve yabancı küçükler için aynı durumda bulunmadığı yolundaki düşünce tarzı ile bu neticeye varılır. Aynı şekilde eşler arasındaki iyi ahenk, bu ailenin mensup olduğu Devleti, o ailenin sadece arazisi üzerinde ikamet etmekte bulunduğu Devlettten daha fazla alâkadar eder.

Bu ikinci meselenin ehemmiyeti, bilhassa mülkî ve âmme intizamına taallûk eden kanunlar mevzuu bahis olduğu vakit, çok büyüktür. Bu meselelerde selâhiyetli kanunun tayini hususunda, ekseriya, büyük bir kararsızlık mevcuttur ve bu kararsızlık ancak, her Devletin alâkasının dikkatle nazarı itibara alınması sayesinde ortadan kalkabilir. Mevzuatımıza göre çalınmış veya kaybedilmiş menkuller temlik edilemezler. Bu husustaki kanunun tatbikinde hangi unsur karar vermeğe yarayacaktır? Hırsızlığın yapıldığı, menkûlün hakikaten bulunduğu veya temlik edildiği mahal kanunlarından birisini veya hâkimin kanununu seçmek hususunda tereddüde düşülebilir. Herbiri mülkî kanunlar olduğu halde hangisinin seçileceği hususunda büyük bir kararsızlık mevcuttur. Karşı karşıya

1) Bu çeşit zorluklar her vakit zuhur etmez ve ekseriya sadece iki kanun ihtilâf halinde bulunur. Bu takdirde bu kanunların mülkî veya gayrı mülkî olduklarının tesbiti kâfidir. Fakat aynı bir ihtilâfa üç, dört veya daha fazla sayıda kanunun tatbik edilebileceği haller de mevcut olabilir ve hangisinin intihabedileceği hususunda şüpheye düşülebilir. O vakit ihtilâfın hall için mülkî veya gayrı mülkî vasıflarının tesbit edilmiş olması kâfi gelmez; bundan başka, kanununun tatbikinde en ziyade alâkah olan Devleti de aramak icabeder. (Bu hususta Pillet: *Traité du droit international privé*, t. II, sf. 236 ve sonrakilere müracaat)

bulunan muhtelif mevzuat nazarı itibara alınırsa temlikin yapıldığı mahal kanunu tercih edilecektir. Zira bu mahallin vâzu kanunu, kendi memleketinde yapılacak muamelelerin muteberliğini, âdetâ, tekeffül etmiştir. Alacağın devrî temliki hakkındaki kanunlara gelince, alacaklının mı, yoksa borçlunun mu kanunun tatbik edileceği, ekseriya, sorulur. Bu husustaki kanunların asıl gayelerinin, bu gibi muamelelerin aleniyeti olduğu, ve bu aleniyetin ancak borçlunun ikimatgâhında fiilen elde edilebileceği aşikâr olduğu cihetle, umumiyetle borçlunun kanunu tatbik olunur. Deniz yolculukları esnasında tahaddüs eden kazalar gibi bazı haller, hakikaten, mühim zorluklar doğurur. Bizim Fransız içtihatlarının bu meselelere, tefecilik gibi addedilen faizli borçların mevzuu bahis olduğu dâvalarda yer verdiğine işaret edelim. Fransız jürisprüdansı, faizlerin kanunî miktarını tecavüz edip etmediğinin, karz akdinin yapıldığı yer kanununa göre tâyin edilmesi icabettiği kanaatindedir.

İşte bu düşünüş tarzları iledir ki, bir ihtilâfın halli hususunda tatbik edilecek kanunu tâyin mümkün olacaktır. Fakat burada daha evvel kullandığımız bir formülî tekrar ele alarak en ziyade selâhiyetli kanunun ademi mevcudiyeti halinde, daha az selâhiyetli kanunun seçilebileceğini, ve meselâ millî kanunun yokluğu halinde ve millî vâzu kanunun en ziyade alâkalı vâzu kanun olduğu halde, daha az selâhiyetli olmasına rağmen ikametgâh kanunun seçileceğini söyleyebiliriz. Bu yolda çok ilerilere gitmek mümkündür. Böylelikle açık denizlerde muhtelif tâbiyetteki gemiler arasında vukua gelen bazı çatmalardan mütevellit dâvalarda, mevcut mes'uliyetler hâkimin kanununa tevfikân tesbit olunur. Bunun sebebi hâkimin mensup olduğu Devletin bu işle en alâkalı Devlet olması değil, fakat daha iyi bir kanunun bulunmayışı ve muhakkak bir kanunun tatbik edilmesi lüzumudur.

Nihayet, içtimâî gaye mülâhazası son bir meselenin daha halline imkân verecektir. Aynı bir hukukî münasebette alâkalı bulunan ve nihâî olarak aynı bir kanuna tâbi olmaları icabeden iki şahıstan, hangisinin kanunun bu münasebete tatbik edileceği düşünülebilir. Bu kanunun gayesine ve bu gayeye vüsulün en çok hangi Devleti alâkadar ettiğine bakmak lâzımdır. Vesayet hususunda mesele böyledir. Vasi ve vesayet altında bulunan şahıs arasında hususî ehliyetsizlikler mevcuttur. Bu husustaki kanunun mülkî olduğuna şüphe yoktur. Fakat vasi ile vesayet altında bulunan şahıstan hangisinin kanunu tercih edilecektir? Sonuncunun kanunu tercih edilecektir. Zira vesayetin gayesi, vasinin değil, ve fakat vesayet altında bulunan şahsın himayesidir.

Görüldüğü gibi, kanunun içtimâî gayesinin nazarı itibare alınması

hakkındaki umumî kaide, doktrinimizin esasını teşkil eder. Ve Savigny'nin fikirlerinden de bu bakımdan ayırır. Her iki hali birbirinden ayırdetmeksizin tatbik edilecek bir hal çaresi aramıyoruz ve hukukî münasebetin makarrının araştırılmasını lüzumsuz buluyoruz. Bizim görüş tarzımıza göre, tek bir şart, yâni ihtilâf halinde olan kanunların takibettikleri gaye kat'î mahiyettedir. Bu kat'îlik sayesinde Berlin'li profesörün en büyük hatası olan gayrı muayyenlikten kurtulmuş oluyoruz.



## ALTINCI BÖLÜM

### Neticeler

Kabul edilen doktrinin neticeleri: a) ihtilâfları halletmesi bakımından; b) bu hal tarzının pratik neticeleri bakımından. — Statü personel mefhumunun gelişmesi. — İradenin muhtariyetine karşı âmir hükümlerin muhafazası. — Amme intizamı mefhumunun tahdidi. Bu mefhumun mülkî kanunlarla alâkası. — Netice: Devletlerin kendi aralarındaki vazifelerinin birer vechesini teşkil eden Devletler umumî ve hususî hukukunun vahdeti.

Ana hatlarını son iki bölümde çizdiğimiz metodun neticeleri, hem ihtilâfları hallediş şekli ve hem de bu hallin pratik sonuçları bakımından tezahür eder.

İhtilâf halinde takibedilecek yol hakkında ileri sürdüğümüz fikirler ihtilâf halindeki kanunların içtimaî gayelerini, daima, nazarı tibara aldırmağa mütemayildir. Ve bu gayeye tam bir vüsulün, kanunları mülkî veya gayrı mülkî addederek mi mümkün olacağı hususunun da göz önünde bulundurulması lâzımdır. Esasen kanunların bu iki vasfa, aynı zamanda, sahibolduklarını ve şeraite göre, bunlardan birisinin, kanunun tabiatını bozmaksızın, seçilebileceğini biliyoruz.

Bu ilk nokta tesbit edildikten sonra, bazan müteaddit mülkî veya gayrı mülkî kanunlardan birisinin seçilmesi hususunda şüpheye düşüldüğü vakidir. Yine bu halde de kanunun gayesi, kendi kanununun tatbikinde en ziyade alâkadar olan, ve binnetice, kanunu seçilecek olan Devletin hangi Devlet olduğunu gösterecektir.

Nihayet fiilî bazı mâniler dolayısı ile selâhiyetli kanunun tatbik edilememesi halinde, hangi kanunun intihap ve tatbik edilmesi icabettiğini de, kanunların içtimaî gayeleri gösterecektir.

Bütün bu söylediklerimiz metoda taallük eder. Pratik neticeler bakımından şunlar söylenebilir:

Metodumuzun, göze en çok çarpan, pratik neticesi, hiç şüphe yok ki, statü personel mefhumunun genişlemesidir. Bu genişleme statü personelin hakikî mevzuunu tesbit için yaptığımız araştırmaların bir neticesidir. Statü personel, eskilerin zannettiği gibi, hal ve ehliyete müteallik kanunların bir vasfı olmadığı gibi, Mancini'nin dediği gibi bütün kanunlarda müşterek olan bir vasf da değildir. Statü personel tâbiri, şahsı kendi zaafalarına karşı koruyan bütün kanunları ihtiva eder ve bu iki fikir arasındaki rabita, bir şahıs her zaman ve her yerde korunmadığı takdirde, kelimenin tam mânası ile korunmamış olacağı fikrinden neş'et eder.

Böyle olunca, ehliyetsizliğe taallük eden bütün kanunları, statü personel mefhumunun şümül sahası içine sokmak icabeder. Ancak siyasi ve cezai kanunlardan doğan ehliyetsizlikleri, bu kaideden istisna etmek lâzımdır. Zira bu sahalarda şahsiliğin mümkün olamayacağı malûmdur (1). Aynı şekilde, iflâstan doğan ehliyetsizlikleri de istisna addediyoruz, çünkü burada da himaye mevzuu bahis değildir.

Ehliyetsizliklerin yanı sıra, âkidlerini maruz bıraktıkları tehlikeler dolayısı ile men'edilmiş veya hiç olmazsa hususî şartlara tâbi kılınmış bazı akitleri istihdaf eden kanunları da statü personelin hudutları dahiline sokuyoruz. Bu basit genişleme, bilhassa evlenme mukavelesi ile yapılan hibeler mevzuu bahis olduğu vakit, beynelmilel hukuktaki hibeler nazariyesini tamamen değiştirir. Doktrin, bu hususî nokta üzerinde, iradenin muhtariyeti, *Locus regit actum* ve âmme intizamı mefhumları arasında daimî bir tereddüt halinde kalmış ve meseleyi aydınlatamamıştır. Tatbikatta ise, daha iyi bir çare mevcut olmadığı için, miras hususundaki kanunların selâhiyeti, hibelere de teşmil edildi. Bu iş yapılırken, belki de, hibelerin büyük bir kısmının miras üzerinden bir avans olduğu, yahut da verilen malların mirasın normal seyrini değiştirdiği fikirleinden hareket edilmiştir. Her ne olursa olsun, yabancı unsuru ihtiva eden hibelere (2) tâbi oldukların rejimin, verilen mal menkul veya gayri menkul olduğuna göre, değişmesi; ve verilen mal gayri menkul olduğu takdirde, hakikatta hiç bir mânası olmadığı halde, verilen malın bulunduğu yer kanununun hibeye tatbiki cihetine gidilmiştir.

1) Siyasi ve cezai kanunlar, beynelmilel bakımdan dahi tamamen hususî bir vaziyettedirler. İlk fırsatta bu hususu tetkik edeceğiz.

2) Asıl metinde bu fikri ifade için "*des donations en droit international*" tâbiri kullanılmıştır. Müellifin bundan maksadı, Devletler hususî hukukunu alâkadar eden, yani yabancı bir unsuru ihtiva eden hibeler olduğu cihetle, bu şekilde tercümeyle terçih ettik (Çevirenin notu).

Hibeye taallûk eden âmir hükümlerin, hemen hemen, hepsi vâhibin irade zaafını tamamlamak ve böylelikle onu etrafındaki tuzaklardan korumak gayesine mâtuftur. Vâzu kanun, vâhibi kendi kendisine karşı himaye eder ve bunun içindir ki bu husustaki kanunlar, tamamen tesirsiz kalmamak için, gayri mülkî olmalıdır.

Hibeye müteallik kanunlara hakikî vasıflarının izafesi, zorlukları ile şöhet bulmuş bazı meseleleri çok basitleştirir. Hastanın doktoruna yapacağı hibe ve vasiyetlerde olduğu gibi, sadece bazı şahıslara yapılacak hibe ve vasiyetin men'i, bu hususta, misal olarak zikredilebilir. Böyle bir hibe veya vasiyetin mevcudiyeti halinde, doktorun mu yoksa hastanın mı kanununun tatbik edileceği meselesi üzerinde düşünülebilir ve böylelikle mesele, lüzumsuz olarak, zorlaşır. Zira bu kanun doktoru değil, fakat hastayı himaye için vaz'edilmiştir. Binaenaleyh hastanın kanunu tatbik edilecektir.

Bu himaye fikri, hibe bahsinde çok ileri gider ve buraya, ehliyetsizliklere taallûk eden bazı kaideleri de ilâve etmek lâzımdır. Meselâ hukukumuzda ölüme bağlı hibelerin kabul edilmemesini intaç eden "*donner et retentir ne vaut*" kaidesi (1), yahut bir menkule taallûk eden hibenin mu-teber olabilmesi için, hibenin, hibe mevzuunu teşkil eden malların kıymetini takdir eden bir liste ile yapılması kaidelerini zikredebiliriz. Bütün bunlar hibeden rücu edilememesini temin için kabul olunmuştur ve bu prensip vâhibin hürriyetini teminat altına almağa mâtuftur.

Metodumuzun, ivazlı mukavelelerde iradenin muhtariyetinin tesirlerinin hudutlarını münasip bir şekilde tesbit etmek gibi bir faydası daha vardır. Bilindiği gibi, âkitlerin iradelerinin muhtariyeti, halli müşkil olan bir çok meselelerin ortadan kalkmasına sebep olduğu için, bu sahada pek çok suiistimaller yapılmıştır. Kanunların mecburîlik vasfından hiç bir zaman, fedakârlık yapmadığımız için, metodumuz bu mahzuru ortadan kaldırmıştır. Filhakika bir kanunun ehemmiyeti onun mecburî olmasını istediği vakit, bu kanunu ihtiyarî kabul etmek, onun tabiatını bozmak ve bütün otoritesini yıkmak demektir. Gerek bu kanunlar, gerekse diğer

1) "Vermek ve alkoymak aynı şey değildir" şeklinde tercüme edebileceğimiz bu kaide, Fransız hukukunun örf ve âdete dayanan, çok eski bir kaidesidir. Bu günkü Fransız hukukunda kabul edilen ve hibeden rücuun kabil olmayışı ve hibe edilen malın, prensip itibarile, hibe anında elden çıkarılması halleri, bu kaidenin neticesidir. Bk. *Répertoire pratique de doctrine, de législation et de jurisprudence*, Paris 1912, Cilt IV, sf. 520, art. 2; Marcel Planiol ve Georges Rippert: *Traité élémentaire de droit civil*, Paris 1927, cilt III, sf. 679. (Çevirenin notu)

bütün kanunlar için kanunun gayesine bakılacak, bu gayenin şahsı veya cemiyeti himaye etmesine göre, kanunun gayri mülkî veya mülkî olduğuna hükmedilecektir. Böylelikle mukavelelere taallûk eden butlanın karakteri hakkındaki mesele de hallolunacaktır. Karı koca arasında satış akdinin men'ine, başkasının malını satmağa ve evlenme mukvelesinden doğan bir çok tahdidata müteallik butlanlar için de hal böyledir. Statü personel mefhumu burada da tesirini icra eder, ancak bu tesirin başka sahalardakinden çok daha mahdut olduğuna işaret etmek gerekir. Zira mukavelelerde tarafların müsavatını tanımak icabettiğinden, onları müşterek bir kanuna tâbi kılmak, yâni millî kanunun otoritesi yerine ikamet-gâh kanununun otoritesini hâkim kılmak lâzımdır.

Şahsın himayesi işi, sadece o şahsa inhisar etmez, ailesine de şâmil olur. Zira, bir ferdin ailesi haricinde, inkişafı imkânsızlaşır ve faaliyet sahası daralır. Ailesiz bir fert tasavvur edilemeyeceği cihetle, ferdi koruyan kanunun aileyi de koruması icabeder. Esasen tatbikatta işler bu şekilde cereyan etmekte ve Devletler hususî hukuku ferdi koruyan kanunların aileyi de idare edeceğini kabulde tereddüt etmemektedir. Biz Fransızların fikirlerine göre, bütün bunlar, millî kanunun sahasına girmektedir. Burada millî kanunun sahası çok genişlemelidir; ve sadece aile efradı arasında, hiç bir zorluk tevhit etmeyen, şahsî münasebetler değil ve fakat aile münasebetlerinden doğan malî hususlar da millî kanuna tâbi olmalıdır. Eşler arasındaki müşterek hukuk rejiminin tâyini, evlenme mukavelesinin gayri kabili rücu oluşu, karının ailenin mal birliğinden, birlik bozulduğu vakit, payını alması ve buna müteallik beyyinler ve nihayet miras için hal böyledir.

Metodumuzun, biraz evvel izah ettiğimizden faydasından hiç de aşığı kalmayan diğer faydası da âmme intizamı mefhumunu gerektiği şekilde tahdit etmesidir. Fikrimizce, mülkî olan kanunların hepsi, âmme intizamını alâkadar ettikleri için mülkî addedilmemişlerdir. Bu kanunların mülkî oluşlarının sebebi gayelerine ancak mülkî oldukları takdirde varabilmeleridir. İşte bunun içindir ki, yukarıda, bu nevi kanunlara cemiyet halinde yaşayabilmek için elzem olan kanunlar dedik. Ancak, bir çok kanunlar âmme intizamına taallûk etmeyen sebepler dolayısı ile mülkidir. Ceza kanunları, asayişe ait ve daha yüksek bir sahada olmak üzere, ah-lâkın iptidai kaideleri gibi itaat edilmedikleri takdirde büyük kargaşalıklara sebep olan kanunların mevcut olduğu münakaşa götürmez bir hakikattir.

Mülkî olan diğer bazı kanunlar daha vardır, ki bunlara riayetsizliğin karışıklık çıkaracağı iddia olunamaz. Amme itibarına taallûk eden

kanunlar, hiç bir tefrik yapılmaksızın, herkese tatbik edildiği takdirde tesirlerini tam mânası ile gösterebilirler. Lâkin buna rağmen, âmme intizamının muhafazası bu kanunlara riayet ile mümkündür denilemez. Tes-cile müteallik kanunları da misal olarak zikredebiliriz. Bu husustaki kanunların, mülkî olmalarına rağmen âmme intizamına taallük elmedikleri âşikârdır, zira vasiyete taallük eden hususlarda tatbik edilemezler.

Herkese tatbik edilmemesi tasavvur dahi olunamıyacak bazı kanunlar mevcuttur. Usul kanunları, vergi kanunları ve noterliğin icrasına müteallik kanunlar bu nevidendir.

Gayrimenkullere taallük eden kanunların tatbik edilebilmeleri için mülkî olmaları icabeder. Hiç şüphesiz, bütün bu kanun grupları mülkî kanunlardan teşekkül eder. Fakat bu kanunların herbirinin mülkî addedilmesinin sebebi değişiktir, ve burada himaye gayesini güden kanunlardaki basitlik mevcut değildir.

Mülkî kanunlar, burada sadece işaret etmek istediğimiz, diğer bir zorluğa daha sebep olurlar. Kat'î olarak mülkî olan bir kanunun muvacehesinde bulunulup da, hangi vâzı kanunun selâhiyetli olduğunun tesbit edilemediği hallerde sık sık tesadüf edilir. Filhakika aynı bir hukukî münasebet üzerinde, muhtelif memleketlerin kanunları, mülkî olarak selâhiyet iddiasında bulunabilir. Bu takdirde kanunlardan birisini intihap ve diğerlerini reddetmek lâzımdır. Burada anlatılması zor olan bu intihap işinde de kanunların gayesi rehberimiz olacaktır.

Nazariyemizin izahı işinde daha ileri gitmiyeceğiz. Netice olarak şunu söyleyebiliriz: Nazariyemizin hakikî vechesinin meydana çıkması için karşımıza gelen meselelerin köküne kadar gitmek lâzımdır. Bu meselelerin ve birbiri sıra kabul ettiğimiz prensiplerin mânası nedir?

Müteaddit kanunlar ihtilâf halindedir denildiği vakit, bunun mânası muayyen bir hukukî münasebetin, aynı zamanda, muhtelif hâkimiyetlerin nüfuz sahasında bulunduğu ve bu hâkimiyetlerden hangisinin seçilmesi ve hangi kanunun tatbiki icabettiği hususlarının bilinmesi gerekir demektir.

Devletler hususî hukukunun, hususî hukuk münasebetlerinin beynelmîlel sahaya yayılmasını tahakkuk ettireceği iddia olunursa, bu, diğer bir ifade ile, her teşriî kuvvetin meşru faaliyetlerinin, milletler arası münasebetlerde muhafaza edilmesi icabeder demektir.

Asgarî fedakârlık kanununun mânası, her Devletin kendi kanununa, beynelmîlel sahada, mümkün olduğu kadar geniş bir tatbik imkânı bahşedilmesini istemekle birbirlerine müsavi olduklarının ifadesidir.

Kanunun gayesinin nazarı itibare alınarak, kanununa itaat edilmesinde en ziyade alâkalı olan Devletin kanununun tercih edilmesi fikri, beynelmilel câmianın, her Devletin kendi vazifesini mümkün olduğu kadar iyi bir şekilde yapması ile alâkadar olduğu ve bu câmianın Devletleri kendi kanunlarının tatbikinin hassaten mühim olmadığı hallerde, bu kanunları fedaya sevkedişi fikrinin bir neticesidir.

Şahsî kanunların mevcudiyeti, bir Devletin tebaasını, yabancı memlekette bulunsa bile, himaye etmesi icabettiğini gösterir.

Mülkî kanunların mevcudiyeti, bir Devletin, kendi arazisi dahilinde bulunan eşhası, asgarî bir teminat altında bulundurması icabettiğini gösterir.

Nihayet, zaruret halinde normal olarak selâhiyetli kanunun yerine başka bir kanunu ikame eden tatbikat, bir Devletin haklarının hiç bir zaman kaybolmadığını gösterir.

İşte Devletler hususî hukukunun esas bünyesi böyle dokunmuştur. Yaptığımız tahlil, bu ilmin köklerinin Devletler hukukunda olduğunu ve hakikatta, ahval ve şeraite göre, tesirlerini kâh âmme ve kâh hususî hukuk sahalarında gösteren tek bir Devletler hukukunun mevcut olduğunu gösterir. Bu hukukun milletler arasındaki münasebetlerde serbestçe işleyebilmesini temin, belki de, beynelmilel sulhün hâkim olabilmesi için, en mükemmel çaredir.

