

## MÜLKİLİK ESASI VE MÜKTESEP HAKLAR

Vedat Raşit Seviğ

### Giriş

Devletler Hususî Hukuku ilminin en önemli dalı olan kanunlar ihtilâfı bahsinde günün mevzuu sayılabilecek bir mesele varsa, o da mülkilik esasıdır.

Mülkilik esası mahiyeti itibariyle benzeri mefhumlarla karıştırılmağa fazlasiyle müsaittir.

Bu bakımdan mânasını kat'iyetle tesbit etmeğe çalışmak iktiza eder.

Fakat bu mefhumun bugün tazammun ettiği mânayı tesbit etmek için mülkî kanun tâbirinin geçirdiği istihaleyi ve bu tâbirin ifade ettiği birbirinden çok farklı hususları gözönünde tutmak lâzımdır. Bugün mülkilik tâbirinin iltibasa meydan vermesi aynı kelime ile başka başka mefhumların ifade edilmesine sebep olan lisan darlığından ileri geldiğini ayrıca nazarı itibara almalıdır.

Bu bakımdan mülkilik esasının mânasını araştırmakla Devletler Hususî Hukuku lisanının fakirliğinden doğan güçlükleri yenmeğe çalışmış oluyoruz. İlim güzel tanzim edilmiş bir lisandır, derler. İlim bizce bir lisandan, hattâ, güzel, iyi ve doğru esaslara müsteniden tanzim edilmiş bir lisandan ibaret olmamakla beraber, kendi mefhumlarını sarahaten ifade edecek mütekâmil ve kendisine has bir lisana muhtaç olmaktan kurtulamaz. Meselâ, âmme intizamı denilince hukukun şahsiliği nazariyesine göre, ahkâmı şahsiyenin ve hukukî muamelelerin hükümleriyle şekillerinin haricinde kalan bütün meselelere tatbik edilmesi gereken koca bir kanunlar yığını bahis konusudur. Ve bunlar mülkî bir mahiyet taşır. Buna mukabil mülkilik esasına taraftar olanlardan bir kısmı ile Savigny'ye veya içtimaî gaye nazariyesine bağlı olanlardan bazılarına göre âmme intizamı ancak ecnebi kanunun tatbiki iktiza eden ahvalde bazı sebepler tahtında ileri sürülen bir istisna olarak nazarı itibare alınır. Hele beynelmilel âmme intizamı tâbiri, Pillet gibi bilginlerin itirazlarını celbedecek kadar yanlış tefsirlere meydan veren bir kısaltmadan ve haddi zâtında

millî olması lâzım gelen bir mefhumu hakkiyle ifade edemiyen bir tâbir-den ibarettir.

Mülkîlik esası dediğimiz esas için dahi durum aynidir. Bu durum tâ statücü bilginler devrindenberi devam edegelmektedir. Mülkîlik, derebeylik rejiminin doğurduğu bir sistemdir. Bu rejimde her şey toprağa bağlı olduğu için hâkimiyet ve hâkimiyetin ifadesi olan kanun da toprağa bağlıdır. «Âdetler Mülkidir» kaidesi, bu suretle vücut bulmuştur. Bir derebeyi-ne ait bölgede ancak o beyin hükmü cari olur, oraya gelenler hep oranın âdetlerine, yani kanunlarına<sup>1</sup> itaatla mükellef bulunurlardı. Hattâ bu rejim dolayısıyla, dışardan gelenler o bölgede kaldıkları müddetçe oranın muvakkat tebaasından sayılırdı. Binaenaleyh bunlar oranın kanun (âdet) ve mahkemelerine tâbi olurlardı. Teşriî ve kazaî salâhiyet bakımından tam mülkîlik, Derebeylik rejiminin icaplarından idi. İtalyada Derebeylik rejiminin her yerden önce zail olması sayesinde, Postglosatör denilen âlimler şahsî statülerin vücudunu kabul etmek suretile, mülkîliğin sebep olduğu mahzurları izaleye imkân buldular. Malûm olduğu üzere «statü» tâbiri İtalyadaki küçük cumhuriyetlerle, serbest şehirlerin mahallî âdetlerine itlak olunurdu. Justinyanos kodunu şerh eden glosatörlerden Accurse'a izafe edilen bir glosa'ya (haşiyeye) göre bir yerin halkı için yapılmış olan şahsa ait bir statünün bu kimseler hakkında başka yerde de tatbik edilmesi lâzım gelirdi. Çünkü o başka yerin statüsü bunlar hakkında cari olamazdı. Bu esas üzerine kurulan Postglosatörlerin mesleğinde bundan sonra teessüs eden Fransız statü nazariyesinde olduğu gibi Derebeylik rejiminin tesir ve nüfuzu olmamıştır. Fransız statücülere ise o zamanlar Derebeylik rejiminin en had devresinde buldukları için «âdetler mülkidir» kaidesini nazariyelerine bir temel ittihâz etmişlerdir. Bu mülkîlikte de tabiatıyla gayrimenkul en büyük ve en mühim rolü almıştır. Onlar da Postglosatörler gibi mülkî ve şahsî statüden bahsetmişlerdir. Fakat mülkîlik esas olunca şahsî statü istisna mevkiinde kalmıştır. Ancak statü reel dedikleri ve mülkîliği ifade eden keyfiyetin mahiyet ve şümülü gün geçtikçe karanlıklaşıyordu. Bunun sebebi büyük âlim Lainé tarafından belirtilmiş olduğu veçhile, mülkîlik veya mülkî statü tâbirinin mevzu ve netice bakımlarından ayrı anlamlarda kullanılmış olmasıdır. Bir statüden bahsedilirken reel olduğu beyan edilince bidayette bu statünün mallara taallûk ettiği anlatılmak istenirdi. (Mevzu bakımından mülkîlik.) Sonraları mala taallûk eden statünün şahsî takip etmeyip mülk dahilinde bulunan bütün şahıs mallarına tatbik edildiği nazarı itibare alınarak buna şahsî takip etmeyen yani o memlekette cari olması gereken bir statü

1) Buradaki kanun tâbiri geniş mânasındaki kanundur.

mânası verildi. (Netice bakımından mülkilik.)<sup>2</sup> Demek oluyor ki, mülkilik dediğimiz zaman bilim dalımızda bunun iki mânası vardır :

1 — Mülkî kanun, ya netice itibariyle dâvanın rüyet edildiği yer kanunudur (Lex Fori)dur; yahut,

2 — Meselenin mevzuu itibariyle yetkili olan kanundur.

Yalnız bu ikinci mânada mülkilik, münhasıran mala taallûk eden kanunları ilgilendirmez. Daha şümüllü bir mâna anlaşılacak icap eder. İkinci mânada mülkilik, bugünkü telâkkiye göre, bir hukukî muamelenin yapıldığı veya fiilin, tekemmül ettiği veya vuku bulduğu yer kanununa tâbi olması demektir. İşte bu sonuncu mânada mülkilik, bir çok devletler Hususî Hukuku bilginleri tarafından müktesep haklara riayet mecburiyetine mütedair olan hukukî esasa istinat ettirilmiştir<sup>3</sup>.

Bu iki mâna birbiriyle karıştırıldığı zaman meseleler karışabilir. Yanlış neticelere de varılabilir.

Bu karışıklık her meselede zuhur etmez. Zira bilindiği üzere, hukukî meselelerde üç unsur, yani şahıslar, şeyler ve hukukî muamele ve fiiller yer almakta olduğu halde, mülkilik esası ancak bu üç unsurdan şeyler ve hukukî muamele ve fiiller hakkında cari olduğu görülür. Şahıslar hakkında tatbik edilen kanun, ikametgâh kanunu olduğu hallerde bile ikametgâhın bir yer olmasına ve bir memlekette kâin bulunmasına rağmen, şahıslar hakkında yine mülkilik esası (mevzu itibariyle mülkilik esası) tatbik edilmez. İkametgâh kanunu, şahsî kanun addolunur. Demek oluyor ki, hukukî meselelerdeki şahsî unsur mülkilik esasına tâbi değildir. Fakat eşya olsun, fiil olsun mülkilik esasına tâbi olabilir.

Eşya ve fiillerin buldukları veya vuku buldukları yer dolayısıyla güçlük zuhur edebilir. Eşya ve fiil müteaddit ülkeler veya memleketlerde bulunduğu veya vuku bulduğu takdirde bu eşya ve fiiller bakımından mülkilik esası, yani mevzu itibariyle mülkilik esası cari olacaksa, acaba bu memleketlerden hangisinin kanunu tatbik edilecektir ? Elhasıl hangi yerin kanunu, mülkî kanun sayılacaktır ?

D'argentre'nin sisteminde böyle bir durum belirmesi halinde malların bulunduğu yer kanunu tercih edilir. Fakat bu hal tarzı meseleleri lâyıki veçhile halletmeğe yardım edemezdi. O devirde bile akitlerin şekil bakımından tâbi olacakları kanunu gösteren Locus regit actum kaidesi

2) Lainé, Introduction au droit international privé. Cilt 2, S. 24 ve m.

3) De Vareilles - Sommieres, la synthèse du droit international privé. 2 cilt. Paris. Pichon 1897 - Dicey. A digest of the law of England with reference to the conflict of Laws. 5 inci bası 1932.

Dumoulin sayesinde şümül ve tatbik çevresini bulduğu sıralarda bu kaidenin hangi kısım statüye girmesi lâzım geleceği meselesi, statü nazariyesinin bugünkü telâkkilerimize göre sun'î olan muvazenesini bozmuştu. Filhakika bir statücü gibi düşünecek olursak, bir kanun veya âdet ancak iki vasıftan birini taşıyabilir : Ya mülkî olur, yahutta şahsî. Ahvali şahsiyeye müteallik bir hüküm bahis konusu olursa bu, genel olarak şahsî bir hükümdür. Esas kaide de âdetlerin mülkiliği olduğu için, bunun dışındaki bütün hükümler, yani sırf şahsî ilgilendirmiyenler tabiatıyla mülkî olmak icap ederdi. Binaenaleyh, bir akit taallûk ettiği malın bulunduğu yer haricinde tanzim edilip o yerin şekle müteallik ahkâmına uymuş olsa bile dâva malın bulunduğu yerde görüldüğü takdirde iki şık vardı :

1 — Ya şekil, statü reelden (mülkî statüden) addedilip malın bulunduğu ve dâvanın açıldığı yer mahkemesi kanununa tâbi tutulacaktı, ki bu halde tanzim edilmiş şeklin o mahkemenin bulunduğu memleket kanununa uymaması halinde akit gayri muteber addedilmeğe mahkûm olabilirdi.

2 — Yahut da birinci şıkkın mahzurlarını bertaraf etmek isteyenlerin kullandıkları bir hukukî hileye başvurularak Locus regit actum kaidesi şahsî statüye ithal edilmek iktiza ederdi.

Bouhier adlı meşhur Fransız statücüsü kaide olarak statüleri şahsî addetmişti<sup>4</sup>. Binaenaleyh, bu nazariyeye göre akitlerin şekli şahsî statüden sayılmalı idi ve binnetice ilgili şahsın ikametgâhı kanuna tâbi olmalı idi. Çünkü Bouhier'nin esas olarak ele aldığı statülerin şahsî oluşu ancak bir tek istisnayı tazammun edebilirdi. O da mallara taallûk eden hükümlerin mülkî statüden sayılması halii. Halbuki şekil istisnaya giremeyince kaideye avdet edilirdi. Bu sefer kaide (Bouhier'nin teorisinde) şahsîlik olduğuna göre, şahsî statü akitlerin veya diğer hukukî muamelelerin şekline de şamil olacak idi. İşte burada Bouhier bir hukukî hile ile şekli şahsî statüden addetmekle beraber Locus regit actum kaidesine tâbi tutmağa muvaffak olmuştur. Şöyle ki, burada mevzubahis olacak şahsî kanun, şekli tanzim eden resmî memurun şahsî kanunu olacak<sup>5</sup>.

4) Seviğ (Muammer Raşit), Devletler Hususi Hukuku, 2 ci tabı. İstanbul 1947, Cilt 1, S. 294. Yörük (Abdülhak Kemal), Nazarî ve Amelî D. H. Hukuku ikinci bası 1950, S. 49.

5) J. Aurby, De la notion de territorialité en droit international privé. Ciunet, 1900. S. 698.

Bu ince buluşun şu kusuru vardı ki, ancak resmî şekli istilzam eden hukukî muamelelerde kullanılabılırdi. Adî senede cevaz veren bir yerde âdi senetle tanzim edilmiş mukaveleler için, Bouhier'in buluşu hiç bir yardımda bulunamazdı.

Görüldüğü gibi, bu çıkmazın sebebi mülkilik esasının statücüler tarafından vuzuhsuzluğa mahkûm edilmesidir.

\* Yeni müellifler mülkilik esasının böyle çıkmazlara meydan vermiyeceği kanaatindedirler. Hattâ bazıları meselâ de Vareilles-Sommières ve Dicey mülkilik esasının müktesep haklara riayet etmenin en emin çaresi sayılabileceğine inanmışlardır<sup>6</sup>.

Mülkî statü tâbirinin geçirdiği bu değişikliği bu suretle kısaca izah ettikten sonra zamanımızda mülkiliğin neyi ifade ettiğini ve bugün mülkiliğe taraftar olanların bundan ne kasd ettiklerini beyan edelim.

### Fransız doktrinde mülkilik esası

1934 senesine kadar Fransada Devletler Hususî Hukukuna ait bir Fransız ilmî derneği yoktu. Fransız bilginleri birçok milletlerarası derneklere iştirak ediyorlardı. Fakat bu derneklerin gayesi birçok memleketin Devletler Hususî Hukuku sistemini birleştirmektir. Gayeleri her memlekete kabul ve tatbik edilecek müşterek kaideler bulmaktır.

1934 de teessüs etmiş olan Fransız Devletler Hususî Hukuku komitesinin gayesi ise, Fransanın durumuna uygun gelebilecek bir sistemin nazariyesini vücade getirecek bütün ilmî mesaiyi toplamak ve düzenlemek olmuştur.

Komitenin mesaisi şimdiye kadar altı cilt halinde yayınlanmıştır<sup>7</sup>. Bu mesainin dayanmış olduğu esas hep mülkilik esası olmuştur. Komitenin (veya derneğin) teşekkülü revaçta bulunan nazariyelere karşı bir tepkinin ifadesidir. Marki de Vareilles-Sommières bu tepkinin öncüsü sayılabilir. Şu kadar ki De Varailles-Sommières'in «La synthèse du droit international Privé - Devletler Hususî Hukuku Sentezi» namıyla iki cilt halinde 1897 de neşretmiş olduğu eserde müdafaa ettiği mülkilik esası tezi Fransada ancak son senelerde taammüm etmiştir. 1897 de eser

6) Dicey, The Conflict of laws - De vareilles - Sommières, Synthèse de droit international privé. Clunet, 1900. S. 8, No. 10.

7) Travaux du Comité Français de Droit international privé (Dalloz, Paris) 6 cilt.

intişar ettiği zaman umumî efkâr, kanunlar ihtilâfı halinde Millî Kanunun tatbikine geniş bir yer sağlayan nazariyeye taraftardı. Devletler Hususî Hukuku kaidelerinin birleştirilmesi maksadiyle akdedilen ilk Milletlerarası La Haye Konferansları devri idi. Bittabi bu devirde De Vareilles-Sommières'in eseri mevsimsiz sayılıyordu. Şimdi ise durum değişmiştir.

Yukarıda söylediğimiz gibi, komitenin gayesi, Devletler Hususî Hukukunu, Devletler Hukukunun bir dalı olarak gören ve binnetice suretiahallerini dünyanın her tarafında kabili tatbik telâkki eden evrensellik güden nazariyelere karşı mücadele etmektir.

Filhakika sistemlerini dünyanın her tarafında kabili tatbik görmek temayülü bir çok yeni nazariyelerde ve bilhassa Savigny'nin Mancin'nin, Pillet'nin nazariyelerinde mevcuttur.

Vakıa bu nazariyeler de dâvanın cereyan ettiği yer mahkemesine, mensup olduğu cemiyetin zaruretlerini nazarı itibare alma imkânını veriyor. Nitekim bütün bu nazariyelerde yargıcın nazarı itibare alacağı âmme intizamı istisnası mefhumu mevcuttur. Fakat Comité'nin noktai nazarına göre bu istisna bir memleketin millî menfaatini sağlamaya kifayet etmez. Çünkü bu nazariyelere göre bir memleketin kabul etmek mevkiinde olduğu Devletler Hususî Hukuku kaideleri her memlekette carî olacak kaidelerdir. Halbuki kendi bünyesi komşu memleketin bünyesine uymayabilir. Başka memleketin tatbik ettiği kaidelerden başka kaideler tatbik etmesi, kendi bünyesinin icabına ve ihtiyaçlarına daha elverişli olabilir.

Bu ihtiyaçlara cevap verecek kaidelerin kanun koyucusu tarafından kabul edilmesi her halde, millî ihtiyaçları korumak bakımından yargıçlara büyük bir yardım olacaktır. Çünkü yargıcın esas vazifesi kanun koyucusunun kabul etmiş olduğu kaideleri tatbik etmektir. O kaidelere karşı istisna teşkil edecek bir prensibe tevessül etmek hususunda yargıç belki çekingenlik gösterecektir.

Millî ihtiyaçlar bakımından elverişsiz bir kaideyi bertaraf etmek için yargıç çok kere ince tefsir ameliyelerine tevessüle mecbur olacaktır ki, kaidenin millî ihtiyaçlara uygunluğu halinde bu zahmetten vareste kalacaktır.

İşte bu itibarladır ki, Comitéye mensup olan mülkîlik taraftarları kendi nazariyelerini her memlekette kabili tatbik bir nazariye olarak görmezler. Ezcümle Paris Hukuk Fakültesi Devletler Hususî Hukuku profesörü J. P. Niboyet, Fransada Carî Devletler Hususî Hukukunu,

menbainı Code Civil'e tekaddüm eden dahilî hukukta bulan bir Fransız Âmme Hukuku branşı olarak telâkki eder<sup>8</sup>.

Tabiatıyla Devletler Hususî Hukukunu dahilî Âmme Hukukunun bir dalı farzetmekteki maksat, münhasıran bir akademik münakaşada cephe almak değildir. Maksat, Comité'ye mensup müelliflerin ifade ettikleri veçhile tebaasından buldukları devletin millî ihtiyaçlarına cevap vermektir.

Şimdi hatıra derhal şu sual geliyor : Acaba o güne kadar revaçta olan Savigny, Mancini gibi müelliflerin hangi kaideleri bu Comité'ye mensup müelliflerin nazarında Fransanın millî ihtiyaçlarına elverişsizdir ? Bu mevzuda en elverişsiz buldukları kaide ahkâmı şahsiyeyi millî kanunun, yani (lex patriae) nin hükmüne rapteden kaidedir. Vakıa bu bakımdan Savigny'nin nazariyesine muhalif olmaları için hiç bir sebep yoktur. Zira bir taraftan Savigny ahkâmı şahsiyeyi bu Comité mensuplarının istedikleri kanuna, yani ikametgâh kanununa (lex domicilii) ye tâbi tutar, diğer taraftan da ahkâmı şahsiyenin haricindeki hususat için gayet elâstiki ve (kazüist) bir sistem takip ederdi. Bu itibarla Savigny'le ancak Devletler Hususî Hukuku ilminin metodu ve mahiyeti bakımından çatışma mümkün olabilir. Çünkü Savigny'nin metodu eklektik ve görüşü universalist idi. Halbuki Comité'ye mensup olan âlimlerin metodları sentetik ve görüşleri particularisttir (infradıcı). İşte Savigny'nin universalist ve eklektist oluşu Comité'nin bazı mensuplarının görüşlerine tamamiyle zıddır.

Bir kere eklektizm, mülkilik esasına bağlı olanların nazariyelerine tamamiyle zıddır. Mülkilik esasına bağlı olanlar bir tek kaide kabul ederler ve onun ancak ahkâmı şahsiyeye müteallik bir istisnasını kabul ederler. Bu hareket tarzı tamamen sentetiktir. Halbuki eklektik metod taraftarları, her hâdiseye taallük eden kanunu o hâdisenin, daha doğrusu bahis konusu olan hukukî rabitanın hukukî mahiyetine göre tayin ederler. Bu usulü kanunların içtimaî gayesini araştıran Pillet olsun, veya hukukî rabitaları Roma Hukuku metinlerinden istihraç edilmiş kazai selâhiyet kaidelerine tebaan farklı rejimlere tâbi tutan Savigny olsun hep takip ederler.

8) Niboyet : Cours de droit international privé. 1947, Paris Sirey, S. 65, S. 27.

## De Vareilles - Sommières'in nazariyesi

### Umumî Malûmat

Bugünkü Fransız âlimleri içinde mülkilik esasına taraftar olanlardan bahsetmeden önce onlara yol göstermiş olan Marki De Vareilles-Sommières'in müdafaa etmiş olduğu tezi kısaca izah etmemiz iktiza eder. Zira De Vareilles-Sommières kendi tezini ihtiva eden eserini mülkilik esasının tam bir sentezi olarak tanzim etmiştir.

Binaenaleyh; önce o eseri tetkik ve tenkit edelim.

Maamafih derhal şunu ilâve etmemiz lâzımdır ki, De Vareilles - Sommières ile muakkipleri arasında tatbikat bakımından önemli olan bir fark vardır. Bu fark ta şudur : Bugünkü mülkilik taraftarlarının ika-metgâh kanununa çok önemli bir yer ayırma temayüllerine mukabil De Vareilles - Sommières bir çok meseleyi Millî Kanuna tâbi tutmaktadır.

1 § De Vareilles - Sommières noktayı nazarını çok vazih bir şekilde ifade etmiş ve eserinin hiç bir yeniliği ihtiva etmeyip<sup>9</sup> ancak Fransız statü nazariyesinin daha sistemli<sup>10</sup> ve daha modern bir ifadesinden ibaret olduğunu beyan etmiştir. Kanaatine göre Fransız statü nazariyesi iyi anlaşılmamıştır. Zira Fransız statü nazariyesini tenkit edenler onu en kat'î bir şekilde ifade etmiş olanın eserinde yani d'Argentré'nin ifade tarzında tetkik ederek tenkit etmişlerdir. Halbuki d'Argentre kanunların mülkiliğinden, yani (territorialité) den bahsettiği zaman statut réel tabirini kullanmıştı. İşte bu nokta suitefehhüme sebep oluyordu. Halbuki statücüler maruz kalmış oldukları tenkitlere rağmen, eyaletler arası münasebatı asla sekte dar etmiyen bir nazariyeye sahiptiler. Bu kabil bir sekteye uğrayış ancak bir eyaletin yargıçları münhasıran kendi eyalet teamülünü tatbik kalkışmış olsalardı meydana gelirdi. Teamüllerde hüküm farkı bulunan hallerde böyle bir hattı hareket tabiatıyla başka bir eyalette iktisap edilmiş hakların inkârına müncer olurdu.

Maamafih şunu kaydetmeliyiz ki, De Varielles-Sommières bile Statut territorial ve statut réel tâbirlerini birbirlerinin müteradifi olarak kullanır. Fakat umumî ifadesinden bu tâbirlerle lex loci'yi kast ettiği ve binnetice yabancı kanunlara memleketlerin kanunlarına göre iktisap edilmiş hakların tanınmasına taraftar olduğu anlaşılır. Binaenaleyh,

9) De Vareilles - Sommières. Cl. 1900, S. 5

10) De Vareilles - Sommières. Cl. 1900, S. 5.



statü nazariyesinin hakikî mânası şu olmalı idi : Muayyen bir teamülün hükmü tahtında vuku bulmuş bir hukukî muamele veya fiil failine veya bir üçüncü şahsa bir hak veya sübjektif durum iktisap ettirmiş olursa bu durum veya hakkın doğurabileceği niza hangi eyalette rüyet edilirse edilsin müktesep bir hak veya durum olarak tanınmak mevkiinde olur. Zaten d'Argentre bile statut personnel namı altında bazı haller tanır ki, bu hallerde bazı hukukî fiil ve hukukî muamelelerin faillerinin ikametgâh eyaleti haricinde vuku bulmuş olsa bile yine ikametgâhın bulunduğu eyaletin kaidelerine tâbi olur.

Gerçi, kaide mülkîlik olup, statülerin şahsiliği ancak istisnayı teşkil ederdi. Fakat bu mülkîlik eyaletler arası münasebetlere mâni olmuyordu. Bu sebeple De Vareilles-Sommières'e göre Fransız statü nazariyesinin mülkîliğine karşı ileri sürülmüş tenkitler bir hakikatin inkârından ibarettir.

2 § Tabiatıyla De Varielles - Sommières bir çok memlekette vuku bulmuş olan taknin, hukuku birleştirme ve millileştirme hareketlerini nazarı itibare alıyor.

XVI ncı asırda, yani Fransız statücülerinin devrinde de hukuk kısmı azamî itibariyle teamülî ve mahallî idi. Ancak müteakip yüzyıllarda vuku bulmuş olan hukuku birleştirme ve taknin hareketleri eyaletler arası ihtilâflara nihayet vermiştir. Fakat eyaletler arası ihtilâflar için kabul edilmiş olan kaideler de, bugün milletlerarası kanunlar ihtilâfını halletmeğe yaramaktadır. İşte o bakımdan eyalet hukukuna millî hukuk kaim olunca şahsî statü bahis mevzuu olduğu zaman ikametgâh kanununun yerine millî kanun geçmiştir.

3 § Şahsî statüye bırakılmış yegâne saha olan hal ve ehliyet sahasında millî kanunun hükümleri bir milleti teşkil eden fertlerin ekseriyetini, suiniyete, tedbirsizliğe karşı veya ailelerin kötü teşkilî dolayısıyla hayatiyetsiz bir zürriyete veyahut tam veya kısmî harabiye karşı korumak maksadını güden ve milletin heyeti mecmuasının vasatî kabiliyetine göre tertip edilmiş çarelerdir. Meselâ rüşt yaşı bir vasattır, milleti teşkil eden her fert mutlaka fiilen o yaşta reşit olmaz, bazı kimseler daha genç yaşta kendini idare edebilecek duruma gelir; diğer bazıları da bu bakımdan geç kalabilir. Fakat ekseriyete en muvafık gelen rüşt yaşı vazı kanun tarafından o milletin bütün ferdlerine uygun görülür.

11) Niboyet. Cours de droit international privé. S. 426, 427.

De vareilles - Sommières. Cl. 1900, S. 7.

4 § De Vareilles - Sommières şahsî statünün gayesini bu izah edilen tarzda tarif ettikten sonra Devletler Hususî Hukukunun mahiyeti hakkındaki telâkkisini burada meydana koyuyor, şöyle ki, mülkîlik esasına ahkâmı şahsiyenin lehine bir istisnanın kabulü, onun kanaatine yerli hâkimiyetin takdirine bırakılmış bir keyfiyettir<sup>12</sup>. Yerli hâkimiyet, yani dâvaya bakan mahkemenin mensup olduğu Devlet, isterse hal ve ehliyet hususunda millî kanunu kabul edecektir; istemezse esas kaide olan mülkîliği tatbik edecektir. Millî kanunun tatbikini kabul ettiği halde de bu tatbikin şümül çevresini kendisi tayin eder. Bu hususta onu zorlayacak hiç bir Devletler Hukuku kaidesi yoktur. Vakıa burada da devletin âdil olmak vecibesi vardır; fakat bu âdilâne hareket vecibesi kendi milletinin menfaatlerini gözetmekten ibarettir. Eğer millî menfaat yabancıların celbini emrediyorsa onlara bazı kolaylıklar göstermek suretile bu celbi temin etmek Devletin âdilâne hareket etmek vecibesinin ifadesidir. Yahut ta diğer Devletlerin, kendi tebaasını mukabeleten iyi

12) De Vareilles - Sommières. Cl. 1900. S. 8, No. 10 ve S. 9, No. 13

De Vareilles - Sommières mülkîliği şöyle anlatıyor: «Statüçülerin anladıkları ve esaslı bir hakikatin ifadesi olan bir mânada kanunların mülkîliği prensibi, muhtelif devletlerin azâsının birbirleriyle olan münasebetlerine fevkalâde elverişlidir. Fertlere, buldukları memleketin kanunları dairesinde yapmış oldukları hukukî fiiller bakımından ilerisine ait bir güvenlik sağlamaktadır. Aynı zamanda bu hukukî fiillerin kanuniliğinin veya itibarının dünyanın hiç bir yerinde münakaşa mevzuu olmayacağına dair teminat verir.

Bu keyfiyet kanunların makabline şamil olmaması prensibi kadar hayırlı ve lüzumludur. Ne diyorum? Kanunların makabline şamil olmaması prensibinin bir cephesinden ibarettir. Bir kanunun hükümranlığı dairesinde tekemmül etmiş bir hukukî fiil neticelerini istihsal bakımından kendisi için yeni olan başka kanunların takdirine bırakılmamalıdır.

Vakıa neticeleri sonradan başka kanunlara tâbi olabilecekse de hukukî fiilin bidayetindeki kıymeti ve mazideki sonuçları bu sonraki kanunların hükümlerinden kurtulurlar.» Sözü geçen makale, S. 9, No. 13.

«Anlaşılması gerektiği şekilde mülkîlik esası başlı başına müsamaha ile karşılanabilir bir Devletler Hususî Hukuku sistemi teşkil eder.

Anglo-Sakson Devletleri bugüne kadar bu sistemle iktifa etmiş olmalarına rağmen asla insanlık âleminden tecrid edilmiş değillerdir.

Bu prensip, bütün dünyada tatbik edilse idi, doktrini ve mahkeme içtihatlarını nazik tefrikler yapma mecburiyetinden kurtarmakla korkunç bir cesamette olan hukukî literatür'e meydan vermezdi.» Sözü geçen eser S. 8, No. 10.

muamele etmeleri ümüdi varsa bu ümidin gerçekleşmesini sağlayacak tedbirleri almak yine Devletin âdil bir hareketidir.

Demek oluyor ki, milletlerarası mücamele esası bir milli siyaset vecibesine dayanır.

### Nazariyenin izah ve isbatı

De Vareilles - Sommières'e göre statü nazariyesi altı teorem (kaide) halinde hülâsa edilebilir:

Bunlardan son 2 teorem ilk dördüne ithal edilebilir, fakat tariflerini ayrı olarak vermekle hususî bir hal çaresine bağlı sanılan bazı D. H. H. meselelerinin haddi zatında esas meselelerden ayrılmadıkları ve binnetice esas meselelerin halli için kabul edilen hal çarelerinden istifade etmeleri gerektiği belirtilmiş olur.

Geriye kalan dört teoreme gelince, bunlar kaide olan mülkilik esasının ve onun istisnası olan şahsılık esasının daha iyi kavranması için De Vareilles - Sommières tarafından yapılmış olan tahlilin ifadesidir. Filhakika De Vareilles - Sommières, mülkilik esasının müktesep haklara olan riayetini izah eder bir ifade tarzı ile ispat etme için, onu iki teoremin neticesi halinde tarif eder ve tarif etmiş olduğu bu iki neticeyi ispata çalışır. Sözü geçen dört teoremden üçüncü ve dördüncüsü de mülkilik esasının istisnasını teşkil eden şahsılık esasının tatbik sahasını göstermektedirler.

Maamafih De Vareilles - Sommières'in ifade etmeyi münasip bulduğu bu altı teoremin neticelerini aynen nakletmeyi faydasız bulmuyoruz.

İfade tarzları şöyledir :

«I — Esas itibariyle, Devletin kanunları ülkesi üzerinde (hattâ yabancılar tarafından bile), ifa edilen bütün fiiller üzerinde hükümandır.

II — Esas itibarile, Devletin kanunları ülkesi haricinde hattâ kendi tebaası tarafından dahi ifa edilen fiiller üzerinde hükümandır olmaz.»

III. — Hilâfını âmir istisnalar mahfuz kalmak şartile, hal ve ehliyet hakkındaki kanunları ile Devlet, bir istisna olmak üzere kendi ülkesi üzerinde yabancılar tarafından yapılmış fiil ve muameleleri tanzim etmeyip, ülkesi dışında kendi tebaası tarafından yapılmış bu kabil fiil ve muameleleri tanzim eder.

IV. — Bazı bakımlardan menkuller mâliklerinin ikametgâhında toplanmış farzolunur. Binnetice bu ikametgâhın kanunu menkullere müteallik muameleleri tanzim eder.

V. — Taraflar akitlerine başka bir devletin kanunlarının yorumlayıcı veya tamamlayıcı hükümlerini sarahaten veya zımnen ithal etmişlerse, aktin in'ikad etmiş olduğu memleket kanunlarının yorumlayıcı ve tamamlayıcı hükümleri tatbik edilmez.

VI. — Her mevzuda hukukî muamelelerin şekilleri ülkesi üzerinde yapılmış oldukları devletin kanununa tâbidirler.

Târifleri III ve IV rûmuzları altında verilmiş olan dâvalar mülkîlik esasının birer istisnasıdır.

V ve VI rûmuzlu dâvalara gelince, ancak zahirî istisnalardır.

V numaralıyı ele alırsak görürüzki buradaki esasa göre aktin hükümlerine âmir olacak hükümler inikat yerine tâbidir (lex loci contractus). Ancak, lex loci contractus'ün emredici olmıyan hükümleri yerine taraflar istedikleri şartları koşabildikleri gibi ve bu hususta irade muhtariyetleri carî olduğu derecede, bir yabancı kanunun müfessir veya mütemmim ahkâmına sarahaten veya zımnen atıfta bulunabilirler.

Bu atıfta bulunmakla taraflar sözü geçen hükümlere tâbi olurlar, fakat bu ittiba, bir kanuna, meselâ ehliyet hususunda millî kanuna ittiba şeklinde olmayıp, vücade getirdikleri aktin müştereken kararlaştırdıkları şartlarına tâbi olma şeklinde bir ittibadır. Haddizatında bu vaziyet Devletler Hususî hukukuna has bir durum değildir. Tam mânasiyle iç hususî hukuk çerçevesine giren Borçlar hukukunun bir esasından ibarettir : Akitlerde irade muhtariyeti esası.

Vakıa, bu esası, Dumoulin'denberi bir Devletler Hususî Hukuku kaidesi haline ifrağ etmek yoluna tevessül edenlere çok tesadüf edilmiştir. Fakat irade muhtariyetini ifrat derecesine çıkarmışlardır. Zira Dumoulin'in anladığı mânada irade muhtariyeti ile sonradan anlaşılan mâna arasında ve bilhassa bu esası Devletler Hususî Hukukunun başlıca kaidesi haline ifrağ etmek isteyen Alman müellifi Hauss'un anladığı mâna arasında dağlar kadar fark vardır.

Malûm olduğu üzere Dumoulin Devletler Hususî Hukukuna irade istiklâli esasını ithal ettiği zaman garbî Avrupada statüler nazariyesi sözü geçen hukuk branşına ait meselelerin halli için revaçta olan başlıca nazariye idi. Bu nazariye hukukî kaideleri tealluk ettikleri mevzua göre tasnif ederdi. Şahısları istihdaf eden kaideler şahsî statü sayılıp muayyen bir ikametgâh kanununa tâbi tutulurdu. Şahıs her gittiği yerde o kaideler bakımından ikametgâhı kanununa yani değişmez bir statüye tâbi idi. Halbuki malları istihdaf eden kaideler ve istihdaf ettikleri mevzu itibariyle hangi sınıfa ithal edileceği belli olmayan bütün diğer kaideler mülkî statüler namı altında bir sınıf teşkil ederdi ki, malın bulunduğu

yer ve bu itibarla yardımına müracaat edilen mahkemenin bulunduğu yer kanununa tâbi idi.

İşte bu devirde karı koca mallarının idaresi hususundaki kanunî rejim mevzuu bahis olduğu zaman statü nazariyesi yanlış tefsir edilerek mülkî statü carî kılındı. Şöyleki akdî statü tarafların evlenme zamanındaki ikametgâhları kanuna tâbi idi. Buna mukabil kanunî rejim malın bulunduğu yer kanununa tâbi idi. Halbuki mesele başka türlü hallolunabilirdi. Aktî rejimi statü personelden addetmek ve binnetice ikametgâh kanununa tâbi tutmak için statüler nazariyesine dayanan muknî sebep herhalde mevcutdu ki, bu kanun tatbik ediliyordu. Aktî rejimin ikametgâh kanununa tâbi olmasını, statüler nazariyesine uygun farzettiğimiz taktirde, kanunî rejimin de aynı kanuna tâbi olmaması için bir sebep yoktu.

Dumoulin bu meselede irade istiklâli nazariyesi çağrını açmış olan meşhur konsültasyonunda kanunî rejimin, tarafların zımnî bir mukavelesi şeklinde tefsir edilebileceğini kabul etmekle statüler nazariyesini o noktada daha mantıkî bir hale ifrağ etmekten başka bir şey yapmıyordu.

VI numaralı esasa gelince : «locus regit actum» lâtince vecizesi ile ifade edilen bir devletler hususî hukuku kaidesine temas ediyor ki, haddizatında De Vareilles - Sommières'in «territorialiste» görüşünde bir istisna olarak değil de mülkîlik esasının bir tatbik şekli olarak nazarı itibare alınmalıdır. Zaten De Vareilles - Sommières 1 inci esas kaidesini aynı lâtince ibare ile, yani «locus regit actum» ibaresi ile telhis etmektedir.

Muamelâtın şekline müteallik olan bu 6 ncı teoremi ifade etmekte bir tek fayda vardır. Ve bu faydayı De Vareilles - Sommières pek güzel bir tarzda tasrih etmiştir. Bu fayda da şudur : Her muameleyi şekil bakımından L. R. Actum kaidesine tâbi tutmaktır. Zira bu sarahat olmasa idi, istisnaî kaideyi teşkil eden ahkâmı şahsiyenin şahsî kanuna tâbi oluşu kaidesinin o muamelelere müteallik şekil şartlarına teşmil edebileceği zehabı uyanabilirdi.

Birinci teorem ülkesi dahilinde bir fiil ifa edilmiş olan Devletin kanununa o fiile hukukî bir kıymet izafe etme hakkını tanıyorsa da, hükümrân olan sözü geçen kanunun hükümrânlığının nerelerde cari olacağını söylemiyor. Münhasıran kendi ülkesinde mi ? Başka memleketlerde mi ? Halbuki Devletler Hususî Hukukunun ilgilendiği kanunlar ihtilâfı bahsi, milletlerin ayrı hâkimiyetlere münkat olmalarından münbais olan kanunlar ihtilâfının her nev'ine şamil olmayıp, münhasıran hususî hukuk dalına giren münasebetlere taallûk eden mes'elelerle uğraşır.

Buna mukabil, iç âmme hukukunu alâkadar eden meseleler Devletler Hususî Hukukunun en esaslı mevzuunu teşkil eden kanunlar ihtilâfı

bahsinin dışında kalır. Tabiatıyla iç âmme hukukuna müteallik her mese-  
lenin Devletler Hususî Hukukuna yabancı olduğu neticesine varmak doğ-  
ru değildir. Nitekim, tâbiyet Devletle fert arasında bir münasebettir.  
Hattâ bazı memleketlerde bu, bizim hukukumuzda olduğu gibi idarî kaza  
mercileri tarafından taallûk ettiği dâvaları rüyet edilebilen bir münase-  
bettir. Tâbiyet gibi yabancılar hukuku bahsine dahil bazı meseleler de  
iç âmme hukukuna mütealliktir. En basit misalleri pasaport ve vize  
mevzularıdır.

Elhasıl kanunlar ihtilâfı Devletler Hususî Hukukunun bir branşı  
olarak tasavvur edildiği vakit, hususî hukuk meselelerine münhasır, yani  
fertler arasındaki hususî hukuk münasebetlerine münhasır bir mevzudur.

Bu itibarla bir memlekette o memleketin kanunlarına uyularak  
tekemmül ettirilmiş muameleler veya vuku bulmuş fiiller o memleketin  
kanununa tâbi olması keyfiyetinin münhasıran o memlekette vaki olması  
mutlaka lâzım gelmez. Halbuki Âmme Hukuku münasebetlerinde mahallî  
hukuka ittiba keyfiyeti sair Devletleri oldukça bigâne bırakır.

Meselâ, tâbiyet kanunları mevzuunda hiç bir Devlet, diğer Devlet  
kanununa uyularak iktisap edilmiş bir durumu tanımağa mecbur değildir.  
Bu hususta, hattâ La Haye Adalet Divanının kararları mevcuttur.

Bunun gibi vergi kanunlarının sebebiyet verdikleri muzaaf vergi  
tarhı keyfiyeti de ancak Devletlerin sureti mahsusada tanzim edecekleri  
andlaşmalarla önlenebilir. Halbuki mantıkan bir memlekette vuku bul-  
muş bir vergi ödemesi, matrah bakımından diğer bir memlekette bulunan  
emvale veya diğer bir ülkede edinilmiş kazanca taallûk ediyorsa, o Dev-  
let tarafından da bir vergi matrahını teşkil etmemelidir.

Neticede iç âmme hukuku meselelerinde bir memleket kanununa  
göre edinilmiş bir durum veya bir hal vatandaş yabancı tefriki olmak-  
sızın mülkilik esasına uygun olarak edinilmiş (iktisab edilmiş) olsada  
başka Devletler nezdinde dermehan edilemez. Yani iç âmme hukuku sa-  
hasında, (ki Devletler Hususî Hukukunun kanunlar ihtilâfı bahsine zaten  
girmez) mülkilik esasını De Vareilles - Sommières'in tarifine uymakla  
beraber müktesep haklar ve kanunların makabline ademi şümulü esas-  
larına müellifin ümitlerine rağmen asla tetabuk etmemektedir.

Bu müşahededen şu neticeyi istihraç edebiliriz ki, tarif edildiği  
tarzda mülkilik esasını müktesep haklar teorisine karşı çıkabilecek mâni-  
leri kaldırmakla beraber, sözü geçen teoriyi kanunlar ihtilâfı mevzuuna  
ithal etmeyi istilzam eden sarıh bir tarif değildir.

O bakımdan Anglo-Sakson hukukçularının, müktesep haklar teori-  
sini, mülkilik esasına uygun olarak fakat ondan daha ileri teorilerle izah

etmeğe çalışmış olmalarına şaşmamalıyız. Bu teoriler meyanında Vested rights ve Incorporation teorilerini zikredebiliriz.

Yukarıdaki izahat veçhile, ilk iki teoremin tarifi müktesep haklara riayeti mutlaka icab ettirmemektedir. Halbuki teoremleri serdetmeden evvel teorisi hakkında umumî malûmat verir iken, De Vareilles - Sommières, mülkilik esasının müktesep haklara riayet ve kanunların makabline ademi şümülü esaslarına uyduğunu iddia etmiştir.

Biz bu neticeyi müşahede etmiştik. Fakat bir prensibin vasıflarını her ne kadar tarifinden anlayabilirsek de tarifteki ihtisar okuyanı aldatabilir. Bu bakımdan prensibin ispat ve ihtiva ettiği tezin müdafaa şeklini dahi tetkik etmek suretile ileri sürülmüş olan prensibin tam olarak şümülünü kavramağa gayret etmek iktiza eder.

Bahusus ki De Vareilles - Sommières'in tezi gibi önemli bir tez hakkında herhangi bir fikir yürütmeden evvel imkân nisbetinde teyakkuzla hareket etmek iktiza eder.

İşte bu zaruret nazarı itibare alındığı takdirde sözü geçen teoremlerin ispat şekillerine de atfı nazar eylemek lâzımdır.

#### 1 — *Birinci teoremin ispatı.*

Bu teorem, müellifin yukarıya naklettiğimiz ifadesi veçhile, memleketteki hâdisata yerli kanunun tatbikini âmirdir. Bu mecburiyetin sebebini de, De Vareilles - Sommières, medenî cemiyetin doğuşu hakkındaki görüşünde buluyor. «Medenî cemiyet muayyen bir ülke üzerinde toplanmış olan fertler arasında, doğrudan doğruya tabiat kanunu tarafından.»<sup>13</sup> «Medenî cemiyet mücerret komşuluk hâdisesinden bihakkın doğar.» İnsanlar bir arada yaşadıkları takdirde ister istemez müşterek tehlikelere karşı savaşmağa ve müşterek terâkkileri tahakkuk ettirmeğe mecburdurlar. Bu bakımdan yerli yabancı farkı yoktur. «Bir yerde toplanmış bulunan insanlara katıldığı takdirde fert, o anda hukukan ortak olur.»<sup>14</sup> Tabiatıyla siyasî cemiyet bakımından yani münhasıran vatandaşlardan mürekkep olan millet bakımından yerli yabancı farkı mühimdir. Bu farkı De Vareilles - Sommières, 1 inci prensibin tatbikatına istisnalar serdetmek suretile vazıhan belirtmektedir. Fakat medenî cemiyet mevzu bahis olduğu zaman görüşünde musırdır : Bir Devlet ülkesinde yaşayanların fiilleri kaideten o Devletin kanun ve nizamlarına tâbi olmalıdır.

13) De Vareilles - Sommières. Principes fondamentaux du droit. 1889. Paris. Pichon.

14) De Vareilles - Sommière. Cl. 1900. S. 16 - 17.

Maamafih fert iki ayrı cemiyete mensup olabilir. Bir taraftan halen gelip yerleşmiş bulunduğu yerdeki fertlerin teşkil ettikleri cemiyete dahildir. Diğer taraftan da evvelce oturduğu yere de bağlıdır. Hiç olmazsa eski yerine avdeti düşünüyor veya orada emvali kalmışsa oraya bağlılığı berdevamdır. Bu iki bağlantı birbirile kolayca telif edilebilir, çünkü bunlardan birisi muvakkattır. Nitekim ferdin arzusu ile her an nihayete erebilir<sup>15</sup>.

Netice itibarile yabancı, bulunduğu memleketin «teşriî otoritesine tâbi»<sup>16</sup> olup o otoritenin isdar ettiği ve edeceği kanunlara riayete mecburdur.

Hattâ aynı muhakemeyi memlekette emval sahibi bulunan yabancı için de yürütmektedir. Malları bakımından, bir kimse malın bulunduğu yer kanununa tâbidir. Kendisi, fiilen malın bulunduğu memlekette bulunmasa bile, yine o memleketin kanununa tâbidir.

Bir memlekette bulunan bir malın devir ve temlikî zarurî olarak o memlekette ifa olunur. Vakıa, buna mütedair olan hukukî muameleler bazen yabancı memlekette vücade getirilirse de, mülkiyetin nakli ecnebi memlekette yapılamaz. Daha açık bir ifade ile mülkiyet nakline sebep olan taahhüdî muamelenin yabancı memlekette tekemmül edebilmesine mukabil mülkiyetin nakli ancak malın bulunduğu yerde vuku bulabilir.

Binaenaleyh, mülkiyetin naklinde ve buna mümasil aynı haklara müteallik tasarrufî muameleler bakımından şahıs o yerde bulunmasa bile, malı dolayısıyla o yerin kanununa tâbidir.

«Gerçi ora mevzuatı eşyaya hükmetmezse de şahısların, o eşyaya müteallik en esaslı muamelelerine hükmeder.»<sup>17</sup>

De Vareilles - Sommières'in 1 inci teoreminin tatbikatı meyanında birçok madde görüyoruz ki, dikkate şayandır.

1 — Emniyet ve asayiş kanunlarının memleket içerisinde vatandaş veya yabancı olsun herkese tatbik edilmesi lâzımdır.

2 — Gayrimenkullere müteallik kanunlar.

3 — Menkullere müteallik kanunlar. (Fakat burada birer mameleke dahil olan menkuller bakımından bazı istisnalarla karşılaşılır.)

4 — Akitlere müteallik kanunlar ( tarafların ehliyetine müteallik olan hükümler istisna edilmek şartıyla). Mamafih in'ikat yeri kanununca

15) De Vareilles - Sommières. S. G. yazı. S. 17.

16) De Vareilles - Sommières, S. B. yazı. S. 18.

17) Sözü geçen yazı, S. 18.



muteber olmamakla beraber edimlerin ifası mahallî kanunca sahih sayılan bir mukavele ifa mahallinde muteber sayılabilecektir.

5 — Diğer borç doğuran sebepler şibih akit, cürüm ve şibih cürüm (haksız fiiller) yine hep fiillerin cereyan ettiği yer kanununa tâbidir.

6 — Borçların ifasına müteallik kanunlar. (Tediye, tecdit, takas, müruru zaman ...) hep vuku bulduğu memleket kanunlarına tâbidirler. «Bu yer de hep borçlunun ikametgâhı olmalıdır. Zira borç ancak borçlunun ikametgâhında mer'i olur. Binaenaleyh orada sönebilir.»

7 — İdarî kanunlar.

8 — Adli saiâhiyet ve usul kanunları.

9 — Cebrî icra ve iflâs kanunları.

10 — Ticaret ve sanâye müteallik kanunlar.

11 — Maliye mevzuatı.

12 — Fikrî ve sınaî mülkiyet mevzuatı.

13 — Madenlere müteallik kanunlar.

14 — Av ve balıkçılığa müteallik kanunlar.

Bu listeden anlaşılacağı veçhile kanunların % 98 i mülkidir. Fakat bir kaç istisna vardır bunlar da şunlardır :

1 — Siyasî haklar bahşeden kanunlarla askerî mükellefiyet kanunları ve vatandaşlık vasfının kaybına mütedair hükümler. Bütün bu kanunlar ve hükümler münhasıran vatandaşları ilgilendirirler.

2 — Buna mukabil memlekette bulunan ecnebilere mahsus hükümler vardır. Meselâ (Cautio judicatum solvi) denilen ecnebinin memleket mahkemelerine müracaat edebilmesi için vermeğe mecbur olduğu teminata mütedair hüküm bunun gibi ecnebilerin hüviyet varakası almak zımında vermek mecburiyetinde oldukları beyanname, bazı hallerde maruz kaldıkları sınır harici edilme muameleleri.

Bir de tabiatıyla ecnebi vasfını haiz kimselere mahsus olan vatandaşlığa alınma hükümleri.

3 — Üçüncü neviden istisnalar kanunlar ihtilâfına müteallik bir keyfiyettir ki, mülkîlik esasının icabına muhaliftir. Bu istisna şudur : Devlet, yabancılar hakkında menşe veya ikametgâh memleketlerinin bazı kanunlarını tatbik edebilir ve etmelidir de. Yani bu hususta hem yetkiyi haiz, hem de mecburiyete tâbidir.

Bu mecburiyet kendi halkının menfaatine riayetkâr olma mecburiyetidir. Çünkü ecnebi sermayesini veya işçilerini celbetmek bir milli

ekonomi siyaseti icabı olabilir. Bu hususta Devlet yetki sahibi olmalıdır ve bu yetkisini kullan onu idare edenlerin bir vazifesidir<sup>18</sup>.

Mülkîlik esasına istisna olarak tatbik edilen bu ecnebi kanunlar ancak onları kabul eden Devletin otoritesi sayesinde tatbik mevkiine geçebilir<sup>19</sup>.

Kanaatimizce, ecnebi kanunun ancak kabul edilme şartile Devlet dahilinde tatbik mevkiine girmesi keyfiyeti şahsî kanunlara münhasır olmamalıdır. Madem ki lex domicili veya lex patriac kuvvetlerini kendinden almayıp onu kabul etmiş Devletin otoritesinden almaktadır, bir ecnebi lex loci'si tatbik edildiği zaman da tatbik kuvveti yine girdiği Devletin otoritesinden almalıdır.

## 2 — İkinci teorem'in izahı.

De Vareilles - Sommières'in ikinci teoremi ecnebi memlekete gitmiş olan vatandaşların esas itibarile menşe memleketleri kanunlarına tâbi olmayacaklarını serdetmektedir. Bu keyfiyet iki noktadan nazarı itibare alınabilir:

1 — Oturdukları ecnebi diyar,

2 — Tebaasından buldukları memleket bakımlarından.

Ecnebi diyar hakkında izahat vermek zarureti yoktur, zira bu hal birinci teoremde izah edilmiş haldir.

Binaenaleyh, ikinci hal, yani yabancı memlekete gitmiş olan ferdin kendi memleketi noktayı nazarından, yine kendi memleketi kanunlarına tâbi olmayışının tetkiki kalıyor.

Menşe memleketinin ecnebi memlekete göç etmiş tebaasına kanun yolu ile emretmeyişinin üç sebebi vardır:

1 — Devlet, ecnebi diyarına gitmiş tebaasının bütün fiillerile ilgilenmez.

2 — F'ert hem bulunduğu yer kanununa, hem de memleketi kanununa tâbi olamaz. Bilhassa bu kanunların hükümleri arasında tezat varsa,

3 — Kanunlar umumiyetle tatbik edildikleri memleketin coğrafi, siyasî, iktisadî v. s. vaziyetlerine uymaktadırlar.

18) De Vareilles - Sommières. Synthèse. S. 22.

19) De Vareilles - Sommières. S. g. eser. S. 53.

Bu esasın tatbik halleri meyanında De Vareilles - Sommières şu halleri zikrediyor:

1 — Emniyet ve asayiş kanunları ecnebi memlekete gitmiş olup ta orada caiz, fakat kendi vatanlarında memnu fiilleri yapanlar hakkında cârî değildir. Bunlar avdetlerinde cezaya çarpılmamalıdır (istisnalarını ileride göreceğiz).

2 — Siyaseti ve Anayasayı ilgilendiren kanunî hükümler. Ecnebi memlekette bulunan tebaa vatanındaki seçimlere iştirak etmez.

3 — Fert, gittiği memleketteki gayrimenkuller için oranın kanununa tâbidir.

4 — Tek menkuller için vaziyet aynidir.

5 — Ecnebî memlekette in'ikat etmiş akitler, oranın kanununa tâbidir, o kanun bizimkine uymazsa bile. (Aktin ifası meselesi bu kayıttan istisna edilmek şartıyla.)

De Vareilles - Sommières'in 2 nci teoremine ait tatbikatın istisnaları da şunlardır:

1 — Vatandaşların hal ve ehliyetlerine müteallik dâvalar, bu vatandaşlar ecnebî memlekette ikamet etseler dahi, dâva vatan dahilinde rüyet edilirse vatandaşın millî kanununa tâbi olur.

2 — Ecnebî memlekette tebaa tarafından işlenmiş suçlar, ora ceza kanunlarınca cezayı müstelzim olmak şartile millî ceza kanununca da cezayı müstelzim iseler, cezayı davet ederler.

Bu ikinci istisna aut dedere, aut punire (ya iade, yahut cezalandırma) esasına dayanıp, (kanunsuz suç ve ceza olmaz - Nulla poene, nullum crimen sine lege previa) esasına riayet etmek şartile beynelmilel suçluluk içtimaî zararını izaleye matuftur.

3 — Devlet, tebaasını bazı vazifeleri ifa zimmında memlekete davet edebilir (askerlik, jürilik, şahitlik vazifeleri için bazı memleketler vatandaşlarını davet etme yetkisini haizdirler).

4 — Bazı suçlar vardır ki, bir memleketin emniyetini ihlâl etmeye matuf olduğu cihetle faili tebaadan olsun, yabancı olsun, fiil, memlekette veya hariçte ika edilmiş olsun bunlar hakkında emniyeti ihlâl edilmek istenen memleket ceza tertip etme yetkisini haizdir.

Buradaki prensip devletin müdafaası esasıdır. Dikkat edilecek iki nokta vardır:

1 — Gördüğümüz gibi, Devletin vaz etmiş olduğu kanunlar ecnebî memlekete gitmiş tebaası hakkında avdetlerinde mecburen tatbik edilmez. Fakat hiç tatbik edilmez demek değildir. Eğer taraflar millî kanunlarına uyarak hukukî muamelâta girişmişlerse, bu muameleleri vatanlarında muteber sayılacaktır.

2 — Akitlerin in'ikat etmiş oldukları memleket kanunlarına tâbi olmakla beraber, tabîi hukuka mugayir olmaları halinde başka memleketlerde muteber sayılmamaları iktiza eder.

### 3 — Üçüncü teorem'in izahı.

3 üncü teorem mülkîlik esasına istisna teşkil eden şahsîlik esasından bahseder. Fakat bu şahsîlik beynelmîlel mücamelenin eseridir.

Eğer bazı ecnebîlerin hal ve ehliyeti kendi millî kanunlarına tâbi tutulursa bu keyfiyet ecnebinin millî kanununu tatbik etmiş olan Devletin mezkûr millî kanununu vaz etmiş olan teşriî otoriteye riayetini ifade etmez. Başka ifade ile, ecnebî kanun proprio vigore tatbik edilmez. Haddi zatında bu bir hakkaniyet vazifesidir. Fakat, bu vazife ecnebiye veya mensup olduğu Devlete karşı a priori (kablî) bir adalet vazifesi olmayıp feragatte bulunan Devletin kendi milletine karşı bir adalet vazifesidir. Zira bu hattı hareketi takip etmekle Devlet, milletinin menfaatine uyacak tarzda ecnebî sermayeyi ve ecnebî işçilerini celbetmiş olur. Tabiatıyla bu mülâhazalar her Devlet için varit değildir. Bazı devletler bil'akis ülkelerini «muslihane hulûl» denilebilen harekete karşı korumak siyasetini takip etmektedir. Bu hususta gerek Amerika kıt'ası, gerek nüfusu az artan Fransa birinci hattı hareketi takip etmek mecburiyetindedirler. Buna mukabil memleketimizin yaptığı gibi, Orta Avrupa memleketleri, ikinci hattı hareketi takip etmektedirler.

Devletler ecnebîlerin hal ve ehliyetlerini münhasıran takdir ettikleri nisbette menşe memleketlerinin kanununa tâbi tutarlar, bu takdir bir mücamele eseri olabilir. Aynı mücamele Devletin kendi tebaasına yapılması ümidile, yahut, ecnebî işçileri, mütehassısları veya sermayedarları celbetmek maksadile. Elhasıl Devlet bu takdiri kendi millî menfaati lehine kullanır. Hiç bir veçhile bir hukukî mecburiyet bir Devletler hukuku kaidesi mevzuubahis değildir. Esas itibariyle Devletin bu hattı hareketi kendisine bazı külfetler tahmil etmektedir. Meselâ, ecnebîlerin rüşd yaşını tesbit edebilmek için hüviyetlerini tescil etmek.

Not : Mamafih Büyük Britanya birinci hattı hareketi takip etmektedir. Halbuki modern mülkîlik esasının mensei İngiliz hukukudur. Fakat İngiliz hukukunun durumu bambaşkadır.

1 — İngiliz hukuku teamülî olmasına rağmen Norman istilâsındanberi hukuki vahdete nail olmuştu. 2 — Milletlerarası mahiyette kanunlar ihtilâfına rast gelinmemişti, îâ ki, İskocya İngiliz krallığına birleşmiş olsun (1407 de ilk kanunlar ihtilâfı meselesi zuhur ediyor)<sup>20</sup>. Tabiatıyla bu daha ziyade eyaletlerarası bir kanunlar ihtilâfıdır. Fakat zaten o devirde eyaletlerarası ve milletlerarası kanunlar ihtilâfı pek tefrik edilemezdi. 3 — İngiliz hukukçuları ise bu meselelerle ilk karşılaştıkları zaman mülkîlik esasına bağlı Hollanda Üniversitelerinde tahsilde bulunmuşlardı. Tabiatıyla o devrin Hollanda mektebine bağlanmışlardır.

Netice itibariyle İngilterenin Almanya, İtalya v.s. şarkî Avrupa devletleri gibi nüfus ihraç eden bir memleket olmasına rağmen Amerika gibi nüfus ithal eden bir kanunlar ihtilâfı sistemine müşabih bir sistemi haiz olması ancak tarihi bir sebebe dayanabilir.

Mamafih kendi kanaatimizce, asıl külfet idarî makamata ait değildir. Zira inzibatî sebeplerle zaten yabancıları sıkı tescil mükellefiyetlerine tâbi tutmaktadır. Asıl mükellefiyet kültürce yerlilere intibak etmiş olan bir yabancı ile hukukî muamelâta girişen vatandaş içindir. İşte bu vatandaşın külfeti, kendisinin veya diğer vatandaşların demin arz ettiğimiz millî menfaat ile kapatılır.

De Vareilles - Sommières hal ve ehliyetin yani ahvali şahsiyenin değişmez bir kanuna tâbi tutulmasındaki gayeyi şöyle izah etmektedir : Bu hükümler bir tek vatandaş nazarı itibare alınıp vaz edilmiş hükümler olmayıp, milleti teşkil eden vatandaşların heyeti umumiyesi nazarı itibare alınmış, yani milletin karakteristik vasıflarına göre kabul edilmiş kaidelerdir. Bu kaideler memleketi iyi teşkil edilmemiş ailelerin zuhuru gibi veya hayatiyetten mahrum bir zürriyetin yetişmesi gibi veyahut ta ailelerin malî harabisi gibi felâketlere karşı alınmış tedbirlerdir<sup>21</sup>. Bu kaideler her ferde uymaz, fakat milletin ekseriyetine uymak iddiasıyla vaz olunurlar. Ecnebî memlekete gitmiş tebaanın aynı kaidelerin onlara tatbiki gittikleri memleketin takdirine tâbidir. Zira mense memleketin her kaidesi olduğu gibi tebasını takip etse «yabancıyı kabul etmiş Devlet vazifesini nasıl ifa etsin ?»<sup>22</sup>.

20) Muammer Raşit Seviğ, Devletler Hususî Hukuku, İstanbul, cilt 1.

21) De Vareilles - Sommières. cl. 1900, S. 260.

22) De Vareilles - Sommières. cl. 1900, S. 262.

De Vareilles - Sommières'in bu izah edilen üçüncü teoremi tatbikat bakımından münakaşayı muciptir. Zira müellif bu eserini yazdığı zaman La Haye konferanslarında ahkâmı şahsiyeyi millî kanuna tâbi tutmak zımmında teklif olunan beynelmilel mukavele tasarısı münakaşa ediliyordu. Tasarı teklifinde bulunanlar daha ziyade Alman hukukçuları idi. Teklifleri Alman kanunlar ihtilâfı sistemine uymakta idi.

De Vareilles - Sommières kendi memleketi olan Fransanın hukukî bakımdan bir hezimete uğramaması için hem mülkîlik esasını ileri sürmüş, hem de onun istisnası telâkki ettiği şahsîlik esasını (kanaatimizce) Fransız kanunlar ihtilâfı sistemine intibak ettirmeğe çalışmıştır.

En büyük ayrılık ehliyetin evlenme manilerine şümulüne ve mirasın tâbi olacağı kanuna aitti. Alman hukuku evlenme ehliyetini bilâkaydüşart millî kanuna tâbi tutmak taraftarıdır. Fakat, Alman kanununda asker kaçaklarının evlenme ehliyetinden mahrum olacakları musarrahtır. Askerlikten kaçanların bir kısmını, o devirde 1870 Alman - Fransız harbini müteakip Fransanın harbi kaybedişi neticesi olarak Almanyaya ilhak edilmiş olan Alsas ve Loren eyaletleri ahalisinden olup Fransada yaşamayı tercih edenler teşkil ediyordu. Fakat tâbiyet itibariyle bu şahıslar Alman sayılırlardı. Bunların şahsî halleri hakkında Fransa, kendi millî kanunları olan Alman kanunlarını tatbik etmek mecburiyetinde olduğu takdirde bir çok hallerde evlenmelerine mümaneat etmeğe mecbur olacaktı. Nitekim Fransa kanunlar ihtilâfına mütedair kaideleri birleştirme hususundaki beynelmilel mukavelelere iltihak ettikten sonra bu yüzden fesih iztirarında kalmıştır.

De Vareilles - Sommières'de ehliyetin daima millî kanuna tâbi olmayacağını zımmen ispat etmek için ehliyet ile «hakka tasarruf imkânı» (disponibilité) arasında bir tefrik yapmaktadır: Meselâ, her mümeyyiz reşit ehildir, fakat mümeyyiz reşitler 10 seneyi aşan hususî hukuk iş mukaveleleri ile ilzam olunamazlar.

Bu kabil tefriki, De Vareilles - Sommières'e göre, kanunların hikmeti vücudunun araştırılması sayesinde yapmak mümkündür. Eğer kanunun hikmeti vücudü failin bir ehliyetsizliği ise, bir ehliyet meselesi mevzuubahistir. Fakat kanunun hikmeti vücudü bu değilse, failin «hakka tasarruf imkânı» mevzuubahistir.

De Vareilles - Sommières'in ikinci mücadelesi bütün mirasın müteveffanın millî kanuna tâbi tutulma esasına karşıdır. Bu esasa karşı serdetmiş olduğu mütaleaları ileride izah edeceğiz. Bundan evvel şunu da

zikretmeden geçmiyelim ki, kendi memleketi olan Fransanın mahkeme içtihatlarında yer almış bir esası da şiddetle tenkit etmiştir: Tenkit ettiği bu esas, mallarının rejimi hakkında mukavele akdetmemiş karı kocanın zımnî bir mukavele akdetmiş farzolunarak mefruz iradelerile seçmiş oldukları kanunu, kanunî rejim olarak tatbik edilmiştir.

Bu meselede de müellif kanunun hikmeti vücudünü araştırmaktadır ve şu neticeye varmaktadır ki; akdetme ehliyetinden mahrum oldukları zaman veya kanunî rejimi (resmî bir şekilden gayri bir şekilde) bertaraf etmek arzusunu izhar ettikleri zaman, madem ki kanunî rejime tâbidirler, kanun eşlerin iradesini nazarı itibare almaz, binaenaleyh kanunî rejim hakkındaki hükümler hem mevzu itibariyle (quoad objectum), hem de netice itibariyle (quoad effectum) bir hal meselesi olup millî kanuna tâbi olmalıdır<sup>23</sup>.

Kanunî mirasa gelince, De Vareilles - Sommières bil'âkis Fransız hukukunu müdafaa etmektedir.

Burada da kanunun hikmeti vücudunu araştırmaktadır. Gayrimenkul kanunî mirasın bir ahvali şahsiye meselesi olmayıp bir emval meselesi olduğu neticesine varmaktadır. Çünkü kanaatince en esaslı mesele, mâlikî vefat etmiş gayrimenkulün ne olacağı keyfiyetidir. Res nullius mü olsun? Devlete mi intikal etsin? Yoksa bazı yakın akrabalara mı intikal etsin?

Kanun hısımlar dolayısıyla emval ile ilgilenmeyip emval dolayısıyla hısımlarla ilgilenir, bunun delili şudur ki, müteveffanın hiç bir yakını yoksa, emvalin akibeti meselesi yine mevcuttur. Yalnız şu farkla ki, hal tarzı değişip Devlet mirascı oluverir.

Kanaatimizce, kanunun emvalle iştigal etmesi memlekette cari olan iktisadî rejimle ilgilidir. Şahsî teşebbüse müstenit bir rejim, alacaklıların durumunu himaye etmeyi ihmal etmemelidir. Onun için şu üç şartın mümkün mertebe nazarı itibare alınması iktiza eder.

1 — Tereke bir kül halinde aynı teşebbüs ile iştigal edecek mirasçılara intikal etmelidir.

2 — Miras taksimleri mümkün mertebe iflâs usulünden müstağni kalmalıdır. Zira bu usul alacakların istifa edilmesini temin etmemektedir.

3 — Müteveffanın ticarethane cinsinden teşebbüslerinin oldukları gibi Devlete intikalleri de hususî teşebbüs rejimine uygun bir rejim değildir.

23) De Vareilles - Sommières. cl. 1900. S. 284.

Netice itibariyle kanunî miras müessesesi mevzu itibariyle (quoad objectum) mülkidir. Acaba tesir veya netice itibariyle (quoad effectum) şahsî sayılmaz mı ?

De Vareilles - Sommières burada ecnebî bir kanunun kabul edilemeyeceğini beyan ediyor, mirasın millî kanuna tâbi olması lehindeki delilleri teker teker çürütmeğe çalışıyor.

1 — Mirasçılarının millî kanunu tatbik edilmelidir.

Cevap. Karışıklığı mucip olur. Zira mirasçılar ayrı ayrı tâbiyette kimseler olabilir.

2 — Müteveffanın millî kanunu

Cevap. Onun şahsiyeti kalmadığına göre, niye tâbiyeti belki ayrı tâbiyette olan mirasçıları hakkında muayyen bir kanunu yetkili kılsın? (Bu son itiraz, menkul emvalin mirasını müteveffanın son ikametgâhına tâbi tutan Fransız sistemini benimseyen De Vareilles - Sommières'in bu tercihini çürütecek mahiyettedir. Çünkü şahsiyeti ortadan kalkmış müteveffanın tâbiyetine göre hareket etmiyecek isek ne diye ikametgâhına itibar etmemiz icap etsin ?

3 — Müteveffanın millî kanunu, belki mensup olduğu devletin ilgisi dolayısıyla yetkilidir.

Cevap. Kat'î bir delil değildir. Olabilir ki, lex rei sitae'nin tatbiki müteveffanın tâbiyetini haiz olmıyan mirasçılara daha büyük avantajlar sağlar. Devletin burada ilgisi ancak tebaasının fazla pay alması bakımından olduğuna göre bu delil de tatminkâr değildir.

4 — Müteveffa kendisi millî kanunu belki zimmen seçmiştir. Bu itibarla vasiyetname tanzim edilmemiş ise kanunî mirasçılarını tayin etmek için millî kanuna müracaat etmelidir.

Cevap. Bu da doğru değil, zira sarîh bir irade bile resmî şekillere uymadıkça vasiyetnameyi butlandan kurtaramaz iken farazî bir zımnî iradelerin bir kanun tayin etmesi biraz mübalâğalı bir iddiadır.

5 — Bütün terekeyi tek bir kanun hükümlerine göre taksim etmek çok basitleştirici bir usuldür. Binaenaleyh bütün terekeyi, her memlekette bulunan menkul, gayrimenkul bütün emvali ile müteveffanın millî kanununu tâbi kılmalıyız.

Cevap. Bu iddia da doğru değildir. Zira her memlekette bulunan gayrimenkulleri oranın usulü dairesinde taksim etmek daha kolaydır. Çünkü aksi takdirde, dili, âdetleri, makamı bilinmiyen bir yabancı memlekette formalitelere girişmek zarureti zuhur edebilir.



Vakıa La Haye Konferansı 1893 te menkul, gayrimenkul bütün mirasın müteveffanın millî kanununa tâbi olmasını şart koşturmaktadır, fakat o kadar çok kaydı ihtirazîler kabul etmektedir ki, asıl kaide istisna mevkiine düşmektedir. İfade şöyledir. «Memleketin âmme hukukuna, namzetliğe müteallik hükümlere, âmme menfaatini hâdim müesseselerin şahsiyeti hükmiyesine, hususî eşhasın hürriyet ve müsavatına, veraset hürriyetine, haksız fiil dolayısıyla mirasçılarının veya varislerin mirastan mahrumiyetine evlilik birliğine ve meşru evlâtların hukukuna müteallik ahkâmı haleldar etmemek...»<sup>24</sup>

Demek oluyor ki, gayrimenkullerin vasiyet olmadan miras tarikile intikali *Lex rei sitae*'ye tâbi olmalıdır. De Vareilles - Sommières mirasın hakkındaki hükümlerin hikmetinin tetkiki suretile bu neticeye varmıştır:

Fakat bu neticeyi mahfuz hisse hakkındaki hükümlere teşmil edemiyor. Zira mahfuz hisse, mahiyeti itibariyle mirasçılarının hısımlık derecesine, yani şahsî hali ile alâkadardır. Zaten mahfuz hisse meselesi hibe edilmiş veya vasiyet edilmiş emvale mütealliktir. Tabiatıyla böyle bir vaziyette, terk edilmiş bir mal mevzuubahis olmayıp, asıl, vazı kanunu ilgilendirecek keyfiyet, hısımlık derecesi, yani ahvali şahsiye olacaktır.

Mamafih bu duruma rağmen bu emval yine mülkî ahkâma tâbi olmalıdır. Zira, mahfuz hisseye müteallik hükümler (quoad objectum) ahkâmı şahsiyeye müteallik iseler de (quoad effectum) ahkâmı mülkiyeye tâbi olmalıdır. Bunun sebebi de aşağıdaki istisnalardır:

1 — Hedeflerine ancak ecnebî memlekette tatbiki halinde varabilen fakat o ecnebî memleketin mümaneatı ile karşılaşan şahsî kanunları onları vaz etmiş Devletin tebaası tarafından ecnebî memlekette tekemmül ettirilmiş muamelelere dahi kendi nazarında bile hükmedemezler. Meselâ, Fransız kanunu evli kadına, kocasının emvali üzerinde kanunî ipotek hakkı bahşetmektedir. Bu hüküm bir şahsî statü hükmüdür, fakat Fransa haricinde kâin gayrimenkullere ancak buldukları memleketin bu keyfiyete rıza göstermesi halinde kabili tatbiktir.

2 — Âmme intizamı mülâhazası. Eğer gayrimenkulün bulunduğu memleketin vazı kanunu bir noktada şahsî ahkâmın tatbikini âmme intizamına mugayir saymakta ise (not).

Not: Şurasına dikkat etmeliyiz ki, De Vareilles - Sommières âmme intizamı istisnasının takdirini mahkemelere terk etmeyip, teşriî organların vazifelerinden biri saymaktadır. Biz bu noktayı nazari kabul edemeyiz. Zira Medenî Kanunumuzun

24) De Vareilles - Sommières'den naklen Cl. 1900, S. 269.

1 inci maddesinin hâkimlerimize bahsettiği takdir hakkına muhaliftir. Bunun gibi «hâkim hukuku» olan Anglo-Sakson Commun Law'ına ve Fransız Yargıtayı salâhiyetlerine muhaliftir.

3 — Ecnebî statü personeli ahlâk ve adalet telâkkimize muhalif olabilir.

4 — Ecnebî statü personelini tatbik etmek için, statü personele müteallik kanunlardan gayri kanunlarda bir inhirafta bulunmak iktiza ederse yine bir istisna ile karşılaşırız. De Vareilles - Sommières'in vardığı misal şudur : Bir Romalı babanın ahkâmı şahsiyesi oğlunu öldürmek salâhiyetini bahsetmektedir. Halbuki bu hüküm ceza kanunumuzun muayyen hükümlerini ihlâl eder.

5 — Bazı ehliyetsizlik sebepleri yabancının bulunduğu memleket mevzuatınca meçhul olabilir. Bu halde o ecnebler her ne kadar menşe memleketlerinde böyle bir ehliyetsizliğe maruz iseler de, bu ehliyetsizlik buldukları memlekette dermeyeran edilemez.

6 — Eğer bir ecnebinin şahsî statüsünün tatbiki, bir yerlininkini ihlâl ediyorsa.

7 — Çifte tâbiyet halleri,

8 — Ve en nihayet atıf hali<sup>25</sup>.

4 — *Dördüncü teorem'in izahı.*

Dördüncü teoreme gelince, tarifi şöyledir : Bazı bakımlardan menkuller mâliklerinin ikametgâhında toplanmış farz olunurlar. Binnetice bu ikametgâhın kanunu bu menkullere müteallik muameleleri tanzim eder». *Mobilia sequuntur personam* kaidesine taallûk edip terekenin menkul kısmından ve icraî satış hallerinde imtiyazlı sınıflardan bahseder. Bu kaidenin sebebi olarak gerek mâlikin, gerek etrafındakilerinin bazı menkullerin tâbii olarak mâlikin ikametgâhına er veya geç nakledilebileceklerini düşünüp hesaplarını ona göre yaptıkları ileri sürülebilir<sup>26</sup>.

Bu itibarla De Vareilles - Sommières'e göre *Mobilia sequuntur personam* (menkuller şahsı takip eder) kaidesi fazla şümüllü bir kaidedir.

25) De Vareilles - Sommières. S. G. Eser, Cl. 1900, S. 275.

26) De Vareilles - Sommières, S. G. Eser, Cl. 1900, S. 276.

Zira bu kaide müellife göre ancak mahdut hallerde (tereke ve rüçhan hakkı) hallerinde bir farazî takipte vuku bulur. Bu takip ise yalnız bir yere, yani mâliklerin ikametgâhına doğru yönetilmiştir.

Böylece mevzu itibariyle mülkî olan bir statü tesir itibarile bir faraziyenin yardımı ile şahsî görünmeye muktedir oluyor<sup>27</sup>.

Tatbikat halleri şunlardır :

1 — Kanunî intikal,

Menkuller için *Lex rei sitae* tatbik edilmemelidir. Çünkü önceden hesaba katılmamış ve kazara vuku bulmuş hâdisatın (yani murisin ölümünün bazı emvali falan veya filân memlekette bulunuyor iken vuku bulmuş olması) hem kendi tasavvurlarını, hem de ikametgâh kanunu tarafından tayin edilmiş mirasçılarının meşru ümitlerini karıştırmaması makbul bir hal tarzı değildir.

Menkuller için millî kanun tatbik edilmemelidir. (De Vareilles-Sommières'e göre) zira müteveffa mevcut veya gelecek emvalini tevzi vazifesini her halde bir hatıradan ibaret olan doğum memleketine tevdi etmektedir (not).

Not : Kanaatimizce milli kanuna karşı serdedilen bu itiraz De vareilles-Sommières'in yukarıda beyan etmiş olduğu gayet makul muhakeme tarzına mugayirdir. Nitekim, yukarıda gayrimenkul mevzubahis olduğu zaman gayet doğru olarak müteveffanın tasavvurlarının nazarı itibare alınmayacağını beyan etmiştir, esbabı mucibe olarak da hem kanunî miras halinde asıl mevzuun mal olduğu, hem de müteveffanın zaruri bir iradesi nazara alınmayacağını beyan etmişti. (Mademki iradesi beyan etmek istediği hallerde bile eskale sıkı surette tâbidir.

2 — Mahfuz hisse mevzu bahis olduğu zaman ikametgâh kanununa bakmak iktiza eder. Çünkü murisin tasavvurlarına ait bir meseledir.

3 — Muayyen mal vasiyetleri daima ikametgâh kanununa tâbi olmalıdır. Her ne kadar vasiyet edilen eşya başka bir memlekette bulunuyorsa da.

4 — Rüçhan hakkı mal nerede bulunursa bulunsun, ikametgâh kanununa tâbi olmalıdır. Çünkü borçlu ile muamelede bulunmuş olanların tasavvur ettikleri ahkâm borçlunun ikametgâhı kanunudur.

Vedat Raşit Seviğ

27) De Vareilles - Sommières. Cl. 1900. S. 276.