

TAVSİF İHTİLAFLARI
(Conflits des Qualifications)

Yazan : Hâlide TOPÇUOĞLU

Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Asistanı

Birinci Bölüm

TAVSİFİN MAHIYETİ

I — Tavsif nedir? II — Tavsifin rolli. 1 — İç hukukta, 2 — Devletler hususi hukukunda.

I — Tavsif nedir?

Tavsif, muayyen bir hukukî müessesenin, bir hukukî münasebetin mahiyetini, hukukî sıfatını tayin etmek demektir. Herhangi bir vakıa, bir eşya, bir canlı mahlûk, ancak kendisine hukukî bir kisve giydirildiği takdirde, hukukî bir mânâ izafe edildiği takdirde, hukuk bakımından bir varlık kazanmış, hukuk âlemine doğmuş sayılabilir. Dolayısıyla, bu müessese veya münasebetin hukukî mahiyeti, kendisine izafe edilebilen bu hukukî mânâyâ, bu hukukî kılığa göre taayyün eder. Hukukî mânâlar ve kisveler ise esas itibariyle bunları tayin ve tesbit eden bir iradenin, yani kanun koyanın iradesinin mahsulleridir. Bu itibarla tavsif, herhangi bir münasebette bizatihi mevcut olan bir mahiyeti meydana çıkarmak değil, tabir câizse, bu münasebete “hukukî bir sıfat” tanıyan muayyen bir iradenin arzusunu belirtmek demektir. Zira muayyen münasebetlere “hukukîlik” sıfatını tanımak dahi, onlarda objektif olarak, bizatihi mevcut olan bir mahiyeti tasdik etmek değil, ancak muayyen bir nizam içinde ona bu nizam bakımından bir mevki, bir sıfat bahşetmek demektir.

Birçok hâdiselere, münasebetlere, eşyaya tanınan bu vasıflar, karakterler, sun'î ve iradî şeyler olduklarından, beşer gayretinin bütün mahsulleri gibi zaman ve mekânla değişen nesnelere olacaktırlar. Bu itibarla tavsif nazariyesini izaha girişmeden evvel, bu tavsif işindeki izâfiliği belirtmenin yerinde olacağına kaniiz.

“Şu veya bu mevzuatın tatbik edilmesine göre; daha doğmamış olan bir çocuk, bir ücûbe, bir ölü, bir dernek veya kurum, birer hak süjesi telâkki edilebilir veya edilmeyebilir. Bazı hukuk sistemleri bu sıfatı, âbide gibi cansız bir şeye, hayvanlara, fevkalbeşer mahlûklara, yani Allah, azizler, melekler gibi mefhumlara da tanrlar.” (1) Görülüyor ki tavsif, yalnız başına alındığı zaman, yani mücerred olarak bir mânâ ifade etmez. Mutlâka muayyen ve müşahhas bir sistem bakımından tavsif aranır. Tek başına rastladığımız bir tavsif mefhumu bize derhal “Ne bakımından, neye göre tavsif?” sualini dâvet eder.

Bu suale sadece: Hukukî bakımdan tavsif! demek de kâfi değildir. Çünkü bizzat hukuk da zaman ve mekânla değişen bir şeydir. Bütün hukuk sistemlerinde değişmeden kalan bazı hususların mevcut olup olmadığı meselesi ise hayli münakaşalıdır.

Şu halde tavsif mefhumunu daima “muayyen bir hukuk sistemi bakımından tavsif” şeklinde anlamalı ve derhal bu esas sistemi araştırmalıdır.

Böylece tavsif; bir eşyaya, bir varlığa, bir vakiya; bunları hukukî kategorilere yerleştirmek suretiyle bir varlık izafe etmek, bu varlığı, bu şeyi veya vakiyayı hukuk tekniğine göre tarif etmek demektir. (2). Kısacası, tavsif, “bir müessesenin hukukî mahiyetinin belirtilmesi” dir, (3).

II — Tavsifin rolü :

1 — İç hukukta tavsifin rolü büyüktür. Hattâ herhangi bir münasebetin evvelâ “hukukîlik” vasfı, sonra da çeşitli hukukî kategorilerden falan veya filan nev'e dahil bulunduğu tayin edilmeden, bu münasebetin hukuk dünyasında bir varlık sahibi olduğu bile iddia edilemez. Bir münasebetin muayyen hukukî neticeler tavlid edebilmesi, hakkında falan veya filan maddenin tatbik edilebilmesine bağlıdır. Kanun maddeleri ise mücerred bir tasnif ve tamim eseridir.

Bu münasebetin, bu maddelerin sınıflandırdığı ve tecrit suretiyle icadettiği umumi mefhumlardan hangisine girdiğini tayin etmeden, bu münasebeti hukuk çarkına bağlayıp işletmenin imkânı yoktur. Bu ise, kısaca (tavsif) demektir. Muayyen bir fiilin; haksız fiil mi, bir mukaveleyi ihlâlden ibaret akdî kusur mu, yoksa cezayı müstelzim bir memnu fiil mi olduğunu tavsif ve tayin etmeden bu fiile hukukî neticeler tanımak imkânsız olur. Bu itibarla dahilî hukukda da ilk hareket noktası “tavsif” dir.

(1) ARMINJON — Précis de Droit International Privé. 1925. Sh: 108

(2) ARMINJON — Précis de Droit International Privé, 1925. sh: 10 8

(3) NIPOYET — Manuel de Droit International Privé. 1928. sh: 496

Fakat tavsifin dahilî hukuktaki rolü, mühim olmakla beraber, bu-
nu tayin ve tesbit o kadar güç değildir. Hattâ tavsifi yargıç, gayri şuuri
olarak yapar ve meslekî faaliyetine evvelâ bu elzem ve tabîî olan işi yap-
tıktan sonra devam eder.

Filhakika dahili hukuk, bütün ve tek bir hukuk sistemidir. Binaena-
leyh bu sistemin kabul ettiği muayyen bir sınıflandırma ve vasıflandırma
metodu vardır. Bu metod maddî ve objektif bakımdan aynı mahiyetteki
hâdiselerin hukukî bakımdan da aynı mahiyette olduğunu kabul eder.

Zaten sınıflandırma ve vasıflandırma metodunun hikmedi vücudu
da budur. Bu bakımdan, muayyen bir maddî münasebete, bu münasebetin
ceryan ettiği hal ve şartlar aynı olmak şartıyla, farklı sıfatlar tanınmaz.
Daha doğrusu tanınması halleri istisnaidir, ve ekseriya mezkû sistemin
tasnif ve tavsif metodunun kusurlarından neş'et eder. Elhasıl mücerret
olarak, tek bir hukuk sisteminde farklı tavsiflerin mevcut olmadığı, hiç
değilse mevcut olmaması gerektiği düşünülebilir.

2 — Devletler hususî hukukuna gelince; tavsif meselesi büsbütün
başka bir veçhe arz etmektedir. İçinde beynelmilel bir unsur bulunan bir
ihtilâf hâdisesinin, hukukî bir mahiyet arz edip etmediği, ettiği takdirde
kendisinin hangi devlet hukukunun hükümlerine tabi olacağı meselesi
bu hukuk kolunun mihrakını teşkil eder.

Muhtelif devletlerin ihtilâf kaideleri, mümkün olduğu kadar bu me-
seleyi halle çalışmaktadırlar. Fakat ihtilâf kaideleri, tabir caizse, adım-
larını ikinci basamaktan itibaren atmaktadırlar. Bu ikinci kademeye çık-
mak için zaruri olan ilk kademe, ilk basamak ise "tavsif" dir.

Ehliyet meselelerine millî kanunun, şekil meselelerine ise mahallî
kanunun tatbik edileceğini belirten ihtilâf kaideleri, "şekil" ve "ehliyet"
mefhumlarının "malûm ve müttefikan aynı şekilde anlaşılın" şeyler o-
larak kabul etmişler demektir.

Halbuki, bu mefhumları her hukuk sisteminin başka başka şekiller-
de anladığı bir vakiadır. İşte, ihtilâf kaidesinin gösterdiği hal suretine
varılmak için, evvelâ, cevabı bu ihtilâf kaidesinde mündemiç bulunma-
yan bir başka suale cevap vermek icabetmektedir: Eğer (ehliyet) veya
(şekil) mefhumları müşterek ve müstakar değillerse bunları nasıl ve ne-
ye göre tesbit edeceğiz? Daha doğrusu, muhtelif hukuk sistemlerinin ilk
karşılaşmalarında nazarımıza çarpan mütebariz kanun ihtilâflarının ar-
kasında, daha az mütebariz olmakla beraber daha az mühim olmayan giz-
li bir mefhumlar ihtilâfı yok mudur? Kanun ihtilâfları mevcut olmasa
dahi, mevcut olmakda devam eden bu mefhum ve vasıf ihtilâfları neler-

Arminjon

dir? Ve nasıl bir hal suretine bağlanabilirler? Görülüyor ki, kanun ihtilâflarının halline başlamak için zaruri olan bu mukaddem ihtilâfı, yani tavsif ihtilâfını çözmek, devletler hususi hukukunun en mühim ve en mübrem isidir. Onun için Niboyet: "tavsif; her devletin devletler hususi hukuku sisteminin bir mütemmim cüzüdür." demektedir. (4).

İKİNCİ BÖLÜM :

TAVSİF İHTİLÂFLARI

I — Tavsif ihtilâflarının sebebi. Misaller. II — Tavsif ihtilâflarının halli zarureti. III — İhtilâfların mikdarı ve şümülü: 1 — İhtilâfların cüz'iliğini iddia edenler. 2 — İhtilâfların pek çok olduğunu iddia edenler. 3 — Ölçüde itidal taraftarları.

I — Tavsif ihtilâflarının sebebi, misalleri :

Tavsifin, ancak muayyen bir sistemin temel prensipleri bakımından yapılabileceğini ve ancak bu sisteme nisbetle bir kıymet ifade edebileceğini belirtmiştik. Muhtelif hukuk sistemleri ise, muhtelif tarihi âmillerin neticesi olup, birbirlerinden oldukça farklıdırlar. Medenî devletlerin hukuk sistemleri arasında zamanla çoğalan benzeşme ne kadar mühim olursa olsun, sistem farklarının tamamen zail olacağı bir devirden henüz çok uzakta bulunmaktayız. Hattâ, siyasî rejimlerin farklılıkları, dünya telâkkilerinin birbirine zıt istikametlerde gelişmesi, bir bakıma, bu sistem aykırılıklarını büsbütün şiddetlendiriyor denebilir. Her ne hal ise hukuk sistemlerinin farklılığı bugün için bir emrivakidir. Ve muhtelif sistemlerin, aynı maddi ve fiili münasebetlere aynı hukukî kisveyi giydirmedikler de bir hakikattir.

Meselâ "Alman medeni kanunu şüpheli hallerde cinsin tayinini inceden inceye hükümlere rapteder. Müslüman hukuku erkek ve kadınların hüsnalarını tefrik ile onlara ehliyet, şahadet kabiliyeti, miras hissesi gibi bazı hakları istimal ve bunlardan istifade hususunda mütevassıt bir yer verir" (5).

En umumi ve müşterek gibi görülen eşya tavsifi bile hayrete değer istisnalar kaydeder.

Meselâ Fransız hukukunda (şey) mefhumu yalnız maddi şeyler hakkında cari değildir. Gayri maddi şeyler de vardır. Hattâ menkul ve gayrimenkul tavsifi dahi kesin değildir. (Banque de France) hisse senetleri

(4) NİBOYET — Manuel sh: 500

(5) ARMINJON — Precis 109

muayyen şartlar altında sadece menkul telâkki edilmekle kalmayıp hattâ gayrimenkul de telâkki edilir; (6) Keza, bazan muayyen bir gayrimenkule tahsis edilmiş olan menkul mallar, meselâ hayvan sürüleri, mülkü telâkki edildikleri araziye nisbet edilerek gayri menkul addedilir. (Les immeubles par destination). Halbuki, her yerde keyfiyet öyle değildir (7)

Keza, aile hukukunun temeli addettiğimiz evlenme müessesesi, acaba her yerde bu mahiyette mi telâkki edilmektedir? 1918 ve 1926 Sovyet Medeni Kanunları bu iki mefhumu tefrika çalışmamışlar mıdır? Alelâde bir tescil ile, hattâ bazan sırf bir fiili durumun yargıç tarafından evlilik olarak vasıflandırılmasıyla sabit olan bir Sovyet izdivacı garp demokrat dünyasının anladığı mânada bir evlenme midir? Yoksa bir serbest birleşme mi? Keza, müsterek bir asıldan gelen iki şahıs arasında ne derecede ve hangi şartlar altında hısımlık vardır? Hangi münasebet hısımlık olarak tavsif edilir?

Falan ivazsız tasarruf muamelesi, hibe midir? Ölüm sebebiyle bir tasarruf mudur? Yoksa bir evlenme mukavelesinin neticesi midir? Falan mukavele; bir satış mı, yoksa bir icar mıdır? Falan topluluk bir cemiyet mi, yoksa bir şirket midir?.

Elhasıl bütün bunlar Arminjon'un dediği gibi hiçbir zaman bir vakıa meselesi değil, falan veya filân mevzuatın tatbik edilmesine göre falan veya filân şekilde cevaplanan bir müsbet hukuk meselesidir.

II — Tavsif ihtilâflarının halli zarureti

Önüne her hangi bir dava arzedilen yargıç, hakkı yerine getirmekten imtina durumuna düşmemek için mutlaka bir karar vermek mecburiyetindedir. Bu, isterse selâhiyetsizlik veya davanın reddi kararı olsun. Bunu yapabilmek için, her şeyden evvel bu kararını vermesine âmil olan bir takım maddi vakıaları tavsif etmesi, daha doğrusu bu vakıaları hukuken isimlendirmesi icabedecektir. Demek ki, yargıç, daha hukuki bir lisan ile kararını kaleme almağa başlar başlamaz tavsiflerde bulunacaktır.

Görülüyor ki tavsif yapmak, ister dahili hukuka taalluk etsin, ister devletler hususi hukukuna taalluk etsin, yargıç için ilk ve zaruri işdir.

Dahili hukukda yargıç bu tavsifi tabiatıyla kendi hukukunun kıymet ve ölçülerine göre yapar.

Devletler hususi hukukunda ise mesele o kadar basit değildir. Aynen

(6) NİBOYET — Manuel 507

(7) NİBOYET — Manuel 508

dahili hukukdaki gibi hareket etmek, yani Lex Fori'ye göre tavsif yapmak, tatbikatta daima tekerrür etmekte ise de, hem doktrin tarafından oy birliği ile kabule mazhar olmamıştır, hem de tatbikatta dahi muayyen mevzular bu usulden istisna edilmiştir.

Demek ki, tavsif ihtilâfı, umumiyetle kabul edilen bir prensibe göre halledilmelidir ki ihtilâf kaidelerinin tatbikine başlanabilsin.

III — Tavsif ihtilâflarının miktarı ve şumulü :

Tavsifin zaruriliği malûmdur, keza tavsif ihtilâflarının mevcudiyetinin de zaruri olduğu bir vakıa şeklinde belirmektedir. Fakat bu ihtilâfların miktarı ve ehemmiyeti ne kadardır? Muhtelif hukuk sistemlerinin tavsiflerinde aykırılıklar olabileceği gibi benzerlikler de olmaz mı? Şu halde aykırılıkların benzerliklere nisbeti nedir? Bu hususda müellifler hemfikir olmaktan uzaktadırlar. Bir kısmı ihtilâflı halleri izameder, bir kısmı benzerliklere kıymet verir, ihtilâfları kalen alınmaya değmiyecek kadar küçümserler. Bunları üç gruba toplayabiliriz.

1 — Tavsif ihtilâflarının cüziliğini iddia edenler :

Bu cümleden olarak Pillet, tavsif ihtilâflarından doğan güçlüğü devletler hususi hukukunun faaliyetine mani olacak kadar müteaddit ve sık tekerrür eden bir şey olmadığını söyler. Bu müellife nazaran hakiki tavsif ihtilâfları pek nadirdir. Onun için her hangi bir ihtilâf tezahürü karşısında kalındığı zaman, evvelâ bunun hakikaten bir kanunî tavsif ihtilâfı olup olmadığını tayin etmelidir. Yani bu ayrılık bir mahiyet farkından meydana gelmelidir. Yoksa, her hangi bir mevzuatın, muayyen bir müesseseye bu müessesenin mahiyeti ile kabili telif olmayan bir hüküm izafe etmiş olmasından değil. Sonra, sırf doktrin sahasında kalan vasıf ihtilâfları ile uğraşmamalıdır. Ancak müsbet hukuk tarafından yapılmış olan tavsifler arasındaki ihtilâflara ehemmiyet verilmelidir. (8)

Netice itibariyle, bu müellife göre hukukî müesseseler, hemen pek az farkla her mevzuatta aynı mahiyette telâkki edilmişlerdir, ve farklı gibi göründükleri zaman, bu tehalüf, onların mahiyetlerinden değil, hemen daima tanzim ve tedvin şekillerindeki başkalıklardan mütevellittir. Zahiren bir tavsif başkalığı mevcut gibi görünen yerlerde, mutad olarak, hukuk tekniğinin basit bir farklılığı, hattâ sadece bir terminoloji farkı bulunur. Binaenaleyh bu neviden hakiki tavsif ihtilâfları son derece nadirdir. Ve bunlar o kadar hemmiyetsiz güçlüklerle sebep olurlar ki, pek

(8) — Repertoire de Droit International privé: Qualifications No: 16, 17, 18.

geniş tabirleri ihtiva eden bağlama kaideleri (règles de rattachement), birbirleriyle hemen daima pek kuvvetli bir karabet arzeden bu tavsiflere, fazla gayret sarfına ihtiyaç kalmadan intibak ederler. (9)

Hasılı, aynı fikirde olan müelliflere göre, aynı müessesenin iki ayrı mevzuat sistemindeki teşkilât farkları bu müessesinin mahiyetini alâ-kadar etmez. Bu müessese veya münasebet, aynı adalet mefhumundan iştikak etmiştir, aynı içtimaî zaruretlere tekabül etmektedir, ve aynı gayeye müteveccihdir. Binaenaleyh hangi fikir terviç edilirse edilsin, bu hukukî münasebet veya müessese, aşağı yukarı her yerde aynı rejime tâbi tutulmaya temayül edilecektir.

2 — Buna mukabil bazan tavsifler arasındaki tefrik pek dakik yapılarak en ufak ve neticeye müessir olmayacak mahiyetteki farklar dahi kale alınır. Bu takdirde devletler hususi hukukunun rolü bir çıkmaza girer. Çünkü her farklı tavsif halinde mutlâka lex fori'nin tavsiflerine baş vurulacak olursa (ki ekseriyet bu kanaattedir) yabancı kanunların tatbik sahaları son derece daraltılmış olur.

3 — Matlup olan, ölçüde itidal göstermektir. Tavsif, ancak, şahısların, maların muamelelerin hukukî mahiyetlerinin tayinine inhisar etmelidir. Yani bunların, yerine göre, objelerini veya süjelerini teşkil ettikleri hak ve borçlardan, bu hak ve borçların şekil veya sıhhat şartlarından ve inşa, nakil ve itfalarından mücerret olarak nazara alınan zatî mahiyetlerine taallük etmelidir.

Keza, hukukî müesseseleri pek dar bir şekilde tarif etmek de aynı çıkmaza götürür. "Meselâ, yabancıların ahkâmı şahsiyesi bazı mevzuata göre kendi millî kanunlarına, bazılarında göre ise ikâmetgâhları kanununa göre tayin edilir. Tâbiyet ve ikametgâh iktisabı şartları ise bir mevzuattan diğerine adam akıllı değişir. Bir yabancıyı Britanya tabası mı yoksa Brezilya tabası mı olduğu ve Britanya tabası ise bunun ikametgâhının Londra mı, yoksa Lizbon mu olduğu, Fransız mahkemeleri tarafından yalnız Fransız kanunu hükümlerinin tatbiki ile halledilemez.

Fransız kanunu, başka bir kanuna göre kurulmuş olan tesisleri (menfaati âmmeye hâdimlik sıfatını kazanmamış oldukları hâlde) yine hükmi şahıs olarak tanıyacaktır. Keza, hiçbir resmî memurun müdahalesi olmadan, sırf tarafların rızalarıyla yapılan evlenmenin muteber adde-dildiği bir memlekette vaki olmuş bir evlenmeyi muteber sayacaktır.

(9) ARMINJON naklediyor, sh: 111

(Talak) müessesesinde bir boşanma hali görecektir ve Polygamie'ye cevaz veren bir memleket tabasının ikinci izdivacından doğan çocuklarını meşru sayacaktır. Keza, şahitler huzurunda yapılmış şifahî bir vasiyeti müteber addedecektir(10)."

Görülüyor ki, müessese ve münasebetlerin asıl mahiyetlerine değil de, bunların teşkilâtlandırılma şekillerindeki farklılıklara taallük eden ihtilâfların, tavsif ihtilâfı olarak telâkki edilmemesi lâzımgelmektedir.

Diğer taraftan bazı (tarif) leri de tavsiflerden ayırmak lâzımgelir. Meselâ bir senedin resmi şekle tabiiyeti meselesini ele alalım. "Şekil" in ne olduğu, "şekil" den ne anlaşıldığı, nelerin "şekil" den sayıldığı meselesi, filhakika bir tavsif meselesidir. Fakat (resmiyet) den murat nedir? Bir de (resmiyet) in mi tavsifi lâzımdır? Artık (resmiyet) in mahiyeti, bu resmiyetin cari olduğu devlet tarafından verilen tarife bağlıdır. Zaten buna BARTIN ilerde temas edeceğimiz gibi (qualification sous-ordre) der.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM :

DOKTRİNDE TAVSİF İHTİLÂFLARI

I — Lex Fori'ye salâhiyet tanıyanlar; 1 — BARTIN'in nazariyesi : A — Nazariyeye mesned olan misaller: a — Cezayirde ölen Malta teb'asının miras bıraktığı gayrimenkuller. b — Fransa'da bir Hollandalı tarafından el yazisiyle yapılan vasiyetname. c — 1870 Alman - Fransız Harbinde kambio borçluları lehindeki moratorium tedbirleri. d — İçinde milletlerarası bir unsur bulunan salâhiyet ihtilâfları. B — Meselenin vaz'ı ve nazariyenin kurulması: a — Maddî veya fiilî zaruret. b — İhtilâf kaidelerinin millî karakterleri. c — Lex Fori'nin salâhiyetine istisnalar: (Mukavelevî münasebetlerde iradenin muhtariyeti hali - Menkul ve gayrimenkul mal tavsifi - Vasiyetnamelerin şekli meselesi — Haksız fiilde iş sahibi ve müstahdem tavsifleri). d — İstisnaların esas nazariye ile telifi ve izahı. e — Nazariyenin tamamlanması.

2 — ARMINJON'un fikirleri : A — Dayandığı esaslar. B — İstisnâ iddialarının reddi: a — Menkul ve gayrimenkul tavsifi dahi Lex Fori'ye göre olmalıdır. b — Haksız fiil ve kusur meselesi. c — İrade muhtariyetine tabi vecibeler meselesi. d — Lex Fori'nin meçhulü olan yabancı Hukuk Müesseseleri meselesi.

3 — NİBOYET'nin fikirleri

4 — LERBOURS - PIGEONNIERE, WEISS ve POULLET'nin görüşleri.

II — Lex Causae'ye salâhiyet tanıyanlar: 1 — DESPAGNET'nin fikirleri 2 — FRANKESTEIN'in fikirleri ve bunların tenkidi.

III — İhtilâf Kaldesinin tefsirine istinad edenler: 1 — NEUEE ve RABEL in fikirleri 2 — RABEL'in fikirlerinin tenkidi. 3 — Mile MERIGGI'nin sistemi : A:

(10) ARMINJON sh; 112

Şahsî tip - tavsifler a: — Hal ve ehliyete mütedair tavsifler. b — Aile hukuku münasebetlerine mütedair tavsifler. c: — Miras hukuku münasebetleri. d: — Hibe. B: Mülkî tip - tavsifler: a — Lex Fori'nin tavsifleri b — Lex Loçi'nin tavsifleri c — Lex Rei Siteae'nin tavsifleri,

3 — MERİGGI sisteminin tenkidi. 4 — MAURY'nin teklif ettiği sistem.

Tavsif meselesi, doktrin tarafından ancak son zamanlarda ele alınmıştır. Meselenin birinci derecedeki ehemmiyetine rağmen, mahkemelelerin uzun müddet nazarı dikkatine celp etmyişi muhtlif sebeplerden mütevellittir. Evvelâ, kendi hukuk sistemleri içinde düşünmeğe alışan yargıçlar tavsifi kendi kanunlarına göre yaparken bunun farkına bile varmamışlardır.

Diğer taraftan, yabancı kanunun tavsifini kabul ettikleri hallerde dahi bunu yine iyice farkedememişler, ve bütün hukukî müesseseleri aşağı yukarı her mevzuat tarafından kabul edilmiş olan kabataslak bir tasnife tabi tuttukları için, falan münasebeti mahallî kanuna; filânı millî kanuna rabdederken, işin başında bir tavsif yapmakta olduklarını düşünmemişlerdir. Filhakika uzun bir müddet mahkemeler, hukukî münasebetleri, mala taallûk edenler, şahsa taallûk edenler, muamelelere taallûk edenler şeklinde pek umumi bir tasnife daha başdan irca ettikleri için, bunlar hakkında hangi kanunun selâhiyetli olduğunu ihtilâf kaidesiyle bir kerre tayin ettikten sonra artık bu muhtelif şubelerden birine giren münasebetin, kendine has mahiyetini tayin işini de bu selâhiyetli kanuna bırakıyorlardı (11).

KAHN
BARTIN
Tavsif meselesi ilk defa Alman hukukçusu KAHN tarafından ele alındı. Bu müellifin 1891 yılında Jheringsjahrbücher'in XXX uncu cildinde neşredilen (sh: 1-143: Latente Gesetzeskollisionen) adlı makalesinde mevzu ana hatlarıyla tesbit edilmiştir. Bundan birkaç sene sonra aynı mevzu, Fransız hukukçusu BARTIN tarafından ele alınmıştır. (Clunet. 1897. sh: 225, 466, 720 — BARTIN-De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits des lois). Bilâhara bu makaleler 1899 da neşredilen (Etudes de Droit International privé) de toplanmıştır. BARTIN 1930 daki derslerinde eski fikirlerini tafsil ve teyid etmiştir. İlk araştırmaları müteakip doktrinde çetin münakaşalar başgöstermiştir. Daha sonra tavsif ihtilâfları Devletler arasındaki antlaşmalarda da yer almaya başlamıştır. Yeni antlaşmaların çoğu tavsife mütedair hükümleri ihtiva eder.

Onun için doktrin münakaşaları, tavsif keyfiyetinin milletlerarası

(11) — ARMİNJON — adı geçen eser. sh: 116.

anlaşmalarla tesbit edilmemiş bulunduğu sahalarda daha mütebariz ve şiddetlidir.

Nazariyenin tarihî seyriinde birbirini cerh ve reddeden tezlerin teakubu nazara çarpar. Bu bakımdan muhtelif müellifleri, aşağı yukarı üç gruba ayırabiliriz: Daha doğrusu şimdiye kadar bunlar iki gruba ayrılmışlardır. Fakat son etütler telifci bir zümrenin de ortaya çıktığını göstermekte olduğundan üçe ayırmağı daha elverişli bulmaktayız:

I — Tavsif meselesinde ancak Lex fori'nin selâhiyetli olduğunu iddia edenler.

II — Tavsif meselesinde ancak Lex Causae'nin selâhiyetli olduğunu iddia edenler.

III — Tavsifi ihtilâf kaidesinin bir tefsiri olarak kabul edenler.

Bu sonunculardan bir kısmı evvelki iki tezin adetâ bir sentezini yapmakta, bir kısmı ise, devletler hususi hukukunun kendine mahsus mefhum ve tariflere dolayısıyla tavsiflere ihtiyacı olduğunu iddia etmektedirler. Doktrinin büyük bir ekseriyeti birinci grup yani Lex Fori taraf-tarlığundan karar kılmış olduğundan, bu tezin ehemmiyetini izah için gerek mevzuun takip ettiği seyri, gerek bugünkü hâkim kanaatı belirtmek bakımından Bartin'in görüşünü biraz tafsil etmemiz faydadan hali olmayacaktır:

I — Tavsif meselesinde ancak lex Fori'nin selâhiyetli olduğunu iddia edenler:

1 — M. Bartin'in noktai nazarı (12). Lex Fori.

A — Misaller :

Bu müellif kendisini nazariyesini kurmağa sevkeden amilleri tah-lil ederken, bunda bilhassa içtihatların tetkikinin müessir olduğunu söy-ler. Filhakika müellifi tavsif meselesi üzerinde durmağa sevkeden ilk hâdise şu olmuştur :

a — Cezayir Mahkemesinin 24 aralık 1889 tarihli bir kararına mevzu teşkil eden dâvada, bir dul kadının kocasından kalan mallar üzerin-deki hakkının mahiyeti araştırılmıştır. Vaka şudur :

Malta tebasından iki şahıs, Malta'da, mal durumları hakkında bir evlenme mukavelesi yapmaksızın evlenirler.

İzdivaçlarından uzun bir müddet geçtikten sonra Cezayir'de yerleşir-

ler ve koca burada bir takım gayrimenkul mallar iktisap ettikten sonra ölür. Mesele, karının bu mallar üzerinde bir hakkı bulunup bulunmadığını, bulunuyorsa bu hakkın mahiyetinin ne olduğunu tayin etmektir.

Cezayir'de dâvaya bakan Fransız Mahkemesinin; Fransız Hukukunun ihtilâf kaidelerini tatbik edeceği tabiidir. Fakat bununla mesele halî olmaz. Filhakika iki hal sureti düşünülebilir. Ya, kadın kocasının mirascısı olduğunu iddia edecek ve bu sıfatla, tıpkı ölüm hâdisesi Malta'da vaki olmuş gibi, kocasının Cezayir'deki mallarından hak isteyecektir. Yahut da evlilik münasebetini ileri sürerek sağ kalan eş sıfatıyla Malta Kanunu gereğince kendisine tanınan hakları talep edecektir.

Kadın, evvelâ mirascılık sıfatını iddia etmiştir. Halbuki, Fransız hukukunun ihtilâf kaidelerine göre gayri menkuller hakkındaki hükümlerin Lex rei sitea'ye yani hâdisede Cezayir'de meri olan Fransız kanunlarına tabi olması lâzımdır. O tarihte meri Fransız medeni kanununun 767 nci maddesi ise sağ kalan eşe hiçbir miras hakkın tanımamaktadır. Binaenaleyh kadının bu mirascılık talebi reddedilmiştir. Kadın bu sefer sağ kalan eş sıfatına istinat ederek dâva açmıştır. Fransız hukukunun ihtilâf kaideleri karı koca arasındaki münasebeti mukavelevi bir durum olarak gördüğünden mahalli kanuna değil, bunu karı kocanın iradeleriyle seçtikleri veya seçmiş oldukları farzolanın kanuna tabi kılarlar.

Halbuki hâdisede bir evlenme mukavelesi yoktur. Eğer eşler evlenmeden sonra derhal Cezayir'e gelmiş olsalardı, kabul ettikleri kanunun bu izdivaç ikametgâhının yani Cezayir'in kanunu olduğu farzolanabilirdi. Fakat eşler, uzun müddet Malta'da kalmışlardır, yani mefruz iradeleriyle Malta Hukuk sistemini tercih etmişler demektir.

Malta hukuk sistemi ise kadına, kocadan kalan malların yarısından maada, "gain de survie" olarak büyük bir hisse daha tanımaktadır. Binaenaleyh bu sefer kadın, Fransız hukukunun eşe tanıdığı hakdan (ki mirascı sıfatıyla değil, fakat ortaklığın şeriki olmak sıfatıyla mirasın yarısını tanır) daha fazla bir hakka sahip olacaktır.

İşte, Fransız ihtilâf kaidelerine göre mümkün olan iki zıd hal sureti: ya dâvanın reddi, ya mutaddan fazla bir hakkın tanınması. Ve bütün mesele kadın ile, müteveffanın bıraktığı gayri menkuller arasındaki irtibatın tavsifinde mündemiç bulunmaktır.

Halbuki Fransız hakimi, Malta kanunundaki gibi büyük mikyasta bir "gain de survie" tanıyamıyacağını, bunu ancak Fransız hukukundaki bir "préciput" mukavelesi gibi kabul edeceğini (yani mirasın açılmasından sonra, sağ kalan eşin, henüz hukuki taksim vaki olmadığı halde,

evvelce yapılmış bir mukavele gereğince, muayyen bir hisse veya malî filen kendisine alması) bunun ise miras hukukuna girdiğini ve miras hukukunun da kadına bir hak tanımadığını ilâ... zikrederek dâvayı reddetmiştir.

Bartın, falan veya filan tavsife göre başka başka kanunların tatbiki gerektiğini ve bunun neticesinde de büyük bir hakkın gaip olması gibi mühim neticeler tahaddüs ettiğini görmüş ve bu gibi ihtilâfların adet ve nisbetini tayin etmek istemiştir. Bunun için içhatları yakından takip etmiş ve meselenin umumî bir müşkülün ifadesi olduğunu ve halli için de bir prensibe muhtaç bulunduğunu tesbit etmiştir. Diğer misaller ise şunlardır:

Örnek II- (b) Hollanda medeni kanunu vasiyet şekillerine müteallik hükümleri, ehliyet meselesi telâkki eder ve dolayısıyla bu hükümlerin, Hollanda te-balarını, memleket dışında da takip edeceğini kabul eder, keza Hollanda kanununda yazılı yapılmış vasiyetnameyi muteber saymaz, resmi şekle ihtiyaç gösterir.

Fransız hukuku ise, vasiyetnamenin şekline müteallik hükümleri, ehliyete değil, akitlerin şekillerine müteallik olarak kabul eder ve Fransız topraklarında yapılan vasiyetnamelerin Locus regit actum kaidesi gereğince kendi şekillerine uygun olmasını arar.

Bir Hollandalı, Fransa'da el yazısıyla bir vasiyetname yapmıştır., ve Fransız hukukuna göre el yazısı ile vasiyetname muteberdir. Şimdi bütün mesele, vasiyetnamenin şeklinin "ehliyet" tavsifine mi, yoksa "şekil" tavsifine mi gireceğini tayindedir. Vakıa Fransız mahkemesi bu hususda vasiyetnamenin muteber olmadığına karar vermiştir. Fakat bu kararın sebebini Bartın, başka türlü izah etmektedir. Yani Fransız mahkemesi bu karariyle Hollanda Kanununun "ehliyet" tavsifini kabul etmiş değildir. Ancak Fransız hukukunda şekil meselelerinin biraz da ahkâmı-şahsiyeden mülhem ve ahkâmı şahsiye ile ilgili olması dolayısıyla böyle karar verilmiştir.

Örnek III- (c) Diğer misal 1870 Alman - Fransız harbinde, Fransız Hükümeti'nin aldığı bir moratoryum tedbiridir. Bu moratoryum tedbirlerini ihtiva eden kanunlar gereğince, muhasamatın devamı esnasında, Fransada ika-met eden kambiyo borçluları aleyhine protesto keşidesi memnu idi. Fakat acaba bu kanunlar, yalnız Fransa'da oturan ve Fransa'dan ciro yapan Cırantalara mı münhasırdır, yoksa yabancı memlekette ciro eden her hangi bir cırantaya da şamil mi idi? Yani, senet hamiline karşı mevzuubahs ödeme garantisini, yabancı bir memleket kanunu altında vermiş

olan bir cırantaya da şamil mi idi? Bu cırantada dahi protesto keşide edemeyecek mi idi?

Burada da bütün mesele Fransız kanunları ile ittihaz edilen moratoryum tedbirlerinin mahiyetini tayinde yani tavsif edilmelerinde toplanıyordu.

Acaba, bu, mukavelede kararlaştırılmış olan vadeyi uzatan ve böylelikle mukavelenin esas ve maddi hükümlerini tadil eden bir hüküm mi idi, yoksa, bir usul muamelesi demek olan protestonun yapılabileceği müddeti değiştiren veya gecikdiren bir tedbir miydi?

Birinci şıkkın kabulü, mukavelenin esasına, muhtevasına taallük ettiği için ancak mukavele hakkında selâhiyetli olan kanuna tabi olabilirdi. Yani çek veya poliçe hangi kanuna göre tanzim edilmişse o kanuna bakılacaktı, ve bir ecnebi kanununa göre tanzim edilen bu nevi bir senet hakkında Fransız kanunu tesirsiz kalacaktır.

İkinci şıkkın kabulü, yani moratoryumun, ancak borcun tediye edilmediğini tesbit eden bir usul muamelesi demek olan protestonun çekilme müddetini tebdil edici bir tedbir olarak kabulü halinde vaziyet değişecektir. Mademki bu moratoryum tedbirleri ancak usuli bir muamele idi, şu halde memleket kanununa yani Fransız kanununa tabi olması lâzımdı. Dolayısıyla Fransadaki borçlu aleyhine hariçdeki cırantalar da protesto çekemeyeceklerdi.

(d) Selâhiyet ihtilâfları :

Pillet'in, tavsif ihtilâflarının nedretini iddia etmesine mukabil Bartin hattâ selâhiyet ihtilâflarının dahi, haddizatında bir tavsif ihtilâfı olduğunu belirtir.

Filhakika selâhiyet ihtilâfına iki halde rastlanır: Birisi selâhiyetin doğrudan doğruya tayini hali (détermination directe) diyebileceğimiz haldir ki, bu, içinde beynelmilel bir unsur bulunan her hâdisede kendini selâhiyetli gören hakimin yaptığı tayindir. Hakim, bu selâhiyeti tayin ederken bir takım maddi vakıaları tavsif eder ve bunlara nazaran kendisini selâhiyetli bulur. Fakat bu maddi vakıaları başka başka memleketlerin hakimleri, değişik şekilde anlayabilirler. Çünkü hukuk sistemlerine hâkim olan görüş farkları burada kendisini gösterir.

Meselâ, Fransız ticaret kanununun 420 inci maddesi, ticarî muamelelerde dâvacıya, arzusuna göre, ister müddei aleyhin ikametgâhı mahkemesinde, ister vadin yapıldığı yer mahkemesinde vesaire.. dâva açmak hakkını verir, farzedelim ki, İtalyan ve Fransız kanunları *bu vadin yapıldığı yer mahkemesinin* selâhiyetli olduğunu müstereken kabul etmiş bu-

ulnsunlar. Fransız iştihağları bunu, yalnız Fransız tebarı arasındaki muamelelere değil, Fransa'da vaadde bulunan yabancılar arasındaki muamelelere de tatbik eder. Vadin yapıldığı yer mahkemesinin selâhiyetli olduğunun İtalyan hukuku da kabul ettiği halde yine bir tavsif ihtilâfı tahaddüs edebilir. Şöyleki:

Fransa'da oturan bir Fransız tüccarla, İtalya'daki bir İtalyan tüccar arasında muhabere ile satış vaadi yapılsa, tabiatıyla vadi yapıldığı yer mahkemesi selâhiyetlidir. Fakat bu yer neresidir? Paris mi? Turin mi? Fransızlar (Kabul = réception) nazariyesini benimserler. Fransız hukukuna göre Paris'teki tüccarın icabını, Turin'deki muhatap tüccar alıp kabul eder etmez vaad yapılmış sayılır, Yani vadin tekemmül ettiği yer Turindir. İtalyan hukukunda ise "information" telâkkisi caridir. Yeni vadin yapılmış telâkki edilebilmesi için, Turin'deki tüccarın bu vadi kabul ettiğini Paris'deki birinci tüccara bildirmesi gerektir. Şu halde İtalyan görüşüne göre, selâhiyetli olan Paris Mahkemesidir.

Görülüyor ki mahkeme, selâhiyet kararı verirken mutlâka işe bir tavsif ile başlayacaktır. Ve şimdiye kadar ananevî bir şekilde daima lex-foriye göre tavsif yapmıştır.

Fakat bir de selâhiyetin bilvasıta veya dolayısıyla tayini diyebileceğimiz bir hal vardır: "Détermination indirecte." Bu yabancı memleket hâkimlerinden sadır olan ilâmın infazlarına karar verilirken vâki olur. Fransız Yargıcı Exequatur şerhini verebilmek için, evvelâ, bu ilâmı veren yargıcın selâhiyetli yargıç olup olmadığını araştırarak, elhasıl, o yargıcın selâhiyet kararı vermesine âmil olan tavsiflerinin doğru olup olmadığını kontrol edecektir.

Biraz evvel verdiğimiz misalde, İtalyan Hakiminin vereceği selâhiyet kararını Fransız Hakimi ancak kendi görüşüne göre kontrol edecek ve İtalyan görüşüne göre doğru olan bir selâhiyet kararını Fransız Hukuku zaviyesinden yanlış bulabilecektir.

Zikrettiğimiz misallerden bu ihtilâfın umumi bir problem teşkil ettiğine ve sistematik, vahdetli bir hal suretine muhtaç olduğuna kani olan müellif nazariyesini kurmağa başlar:

B — Meselenin vaz'ı ve nazariyenin kurulması :

Mahkemelerin ötedenberi daima kendi hukuk sistemlerine göre tavsif yapmaları bir emrivakidir.

Bu emrivakii bazı müellifler tenkit, bazıları tasvip ederler. Fakat Bartın bu fiilî durumun âdetâ hukukî bir gerekçesini yaratır. Araştırmalarının başlangıcında bu durumu kendisinin de beğenmediğini,

hattâ gayri makul bulduğunu, zira böylelikle ihtilâf kaidelerinin tatbik şekillerinin memleketten memlekete değişip neticede devletler hususi hukukunda varılması istenen vahdete erişilemeyeceğini düşündüğünü hatırlatmakla beraber, içtihatlar üzerinde yaptığı tetkik ve tahlillerle şimdiki kanaatına vasıl olduğunu söyler. Bartın'ın mahkemelerin tavsif işlerinde Lex fori'nin mefhumları ile bağlı olmalarını izah hususunda ileri sürdüğü delil ve sebepler şunlardır:

a) Maddi veya fiili zaruret meselesi:

Tavsif ihtilâflarına mütedair mahkeme kararlarını incelerken bir husus, müellifin nazarı dikkatini celbetmiştir: Bu kararlarda, tavsifin *neden dolayı Lex foriye göre yapıldığı hususunda bir gerekçe verilmeyişi?*

Fransız Yargıtayının gerekçeye ne kadar ehemmiyet verdiği malumdur. Hattâ yanlış gerekçeyi, gerekçe fikdanına tercih eder. Yargıç netice itibariyle doğru hüküm vermiş bile olsa, eğer kâfi derecede mucip sebep göstermemiş ise, Yargıtay bu yüzden nakzeder. Şu halde, tavsifin daima Lex Foroye göre yapılması hususunda neden mucip sebep verilmemekte ve Yargıtay bunu hoş görmektedir?

Mahkemelerin kararları, falan hukuki müesseseyi neden dolayı mirasa veya şekle ithal ettikleri hakkında mucip sebeplerle doludur. Fakat bu tasnif ve *tavsifin kendi kanunlarına göre yapılması* sebebini göstermemektedirler.

Bu fiili durumu Bartın şöyle izah eder :

“Ben bunu ancak şöyle bir sebebe atfediyorum; ve bu sebep o kadar basit bir kaziyede hülâsa edilebilir ki, insan, bunu, ilk bakışta bir izah telâkki etmeğe bile cesaret edemez. Filhakika sebep şudur: Hâdiseye bakan hakim kendiliğinden, o tarzda hareket ediyorduki, önündeki müşkülâtı, belirtmeye dahi lüzum hissetmeden, atlayıveriyordu, zira, *başka türlü hareket etmek elinden gelmiyordu.*”

Hakimin neden dolayı başka türlü hareket imkânsızlığı içinde bulunduğuna gelince; Bartın bunu tamamen psikolojik sebeplerle açıklar:

“Her hangi bir bilgi nevinde, rastlanan her hangi bir güçlük, ancak bu güçlüğe, bütün bu bilgi nevinin müstenit bulunduğu mücerret kaziyelerin tatbiki suretiyle meydana çıkarılabilir, münakaşa edilebilir. ve halledilebilir. Bu mücerret kaziyeler ne olursa olsun, bu muayyen güçlüğü meydana çıkarmak, münakaşa etmek ve halletmek için zarurî olan yegâne unsurları teşkil ederler.

Şu halde medeni hukuk meselelerinde bu mücerret kaziyeler, muhakeme tarzının (raisonnement) bu zarurî unsurları, hâdiseye bakan ha-

kim için, kendisinin tabi bulunduğu devletin mevzuatındaki karakteristik prensipleridir. Onun bütün hukukî terbiyesi, hattâ hakimlik mesleğinde inkişaf ve tekamül etmiş olan meslekî zekâsı bu prensiplere göre yuğrulmuştur. Bu prensipler, şimdi, onun meslekî zekâsı ile yekvücut olmuşlar, yahut daha doğrusu onun bizzat meslekî zekâsını teşkil etmişlerdir.

Hakimin tabi olduğu devlet mevzuatının bu karakteristik prensiplerinin ilk safında, hukukî müesseselerin kendi aralarındaki tasnif unsurları, bu hukuki müesseselerin birbirleriyle olan münasebetleri, bunları birbirinden ayıran veya birbirine yaklaştıran esaslı hususiyetler yer alır. Hakim falan müesseseler grubunu, falan müesseseler gurubundan tefrik etmeyi meslek hayatının tahsil safhasından sonuna kadar bu tasnifin tahiti tesirinde kalarak ve bu münasebet ve hususiyetleri benimsiyerek öğrenmiş ve daima böyle tasnif etmiştir. Keza, bunu yaparken hiçbir zaman, kendi sisteminden gayrı olan hukuk sistemlerinde de müesseselerin aynı tarzda taksim edilip edilmediklerini düşünmemiştir....

Meselâ, Cezayir Mahkemesinin zikri geçen kararında, sağ kalan eşin eş sıfatıyla olan haklarıyla, mirasçı sıfatıyla olan hakları arasındaki ziddiyet iyice temarüz etmektedir. Bu hakları birbirine bu kadar yakın ve fakat birbirinden bu kadar ayrı iki bölmeden birine veya diğerine yerleştirmek için, hâkimin; meslekî inkişafının bütün hâtıralarına ihtiyacı vardır. Ve bizzat bu hâtıralar dolayısıyla onun mesleki formation'u ancak ve yalnız kendi memleketinin iç hukukundaki mefhumlardan teşekkül etmiştir. Demekki daha fazla izahata hacat kalmaksızın, hakimin meslekî olgunluğunun ve bu olgunluğun tahassül ve tekemmülüne imkân veren zaruri şartların pek basit bir tahlili sonunda, hâkimin, mahiyetini tavsif ve bu tavsif vasıtasıyla de kanunlar ihtilâfı sahasında hangi kanuna tabi olacağını tayin etmesi icab eden her hangi bir hukukî müessesesinin mümeyyiz vasıflarını, ancak kendi mevzuatından istihraç ve istiane edebileceği neticesine vara biliriz.

Bu itibarla, hakimin verdiği kararların kazayî kontroluna müteallik sistemde esbabı mucibe düşkünlüğü ne kadar müthiş olursa olsun, bu hususun esbabı mucibesini göstermek tamamen manâsız ve faydasız olur. Bunrada bir mantık bilgini için tenakuz prensibi ne kadar sağlam ve isbattan müstağni ise, o kadar sağlam ve isbattan müstağni olan bu kazıye üzerinde ısrar edeceğiz" (13) diğer sebebe gelelim:

b) *Ihtilâf kaidelerinin millî karakterleri :*

Ihtilâf kaideleri, bir memleketin dahili hukukunun bir cüzüdür. Bu itibarla memleket vazii kanununun iradelerinin ifadesidir. "Bir devlet kendi dahili kanunlarının sarîh bir hükmü ile, yahut mahkeme icihatlarının zimmî bir tasvibi ile kendi toprakları üzerinde ecnebi kanunlarının tatbikine cevaz verdiği zaman, yani muayyen ihtilâfların bu kanunların hakimiyetine tabi olacaklarını kabul ettiği zaman, kendi mevzuatının tatbik sahasını iradi olarak tahdit ediyor demektir. Bununla, muhakkakki, kanunların kendi topraklarına nüfuzuna müsaade ettiği yabancı hakimiyetlerine fahrî bir imtiyaz bahsediyor demek istemiyorum. Bilâkis, bu ecnebi kanunlarına hüsnü kabul göstermesi ve istiklâl prensibi dolayısıyla kendisine tanımağı mecbur olduğumuz mutlak hâkimiyetinden vazgeçmesi bazı hukuki sebepler yüzündendir. Fakat burada, mezkûr devletin kendi kuvvetlerini mücamelei-devlet esasına mı yoksa hukukî mülâhazalara mı istinatla tahdit etmekte olduğu hususu ehemmiyetli değildir.

Hangisine istinat ederek tahdit ederse etsin, bu tahdit iradîdir ve onu bu tahdide zorlayacak başka bir hükümran kuvvet yoktur." (14)

Şu halde, tavsif, devletin dahili kanunlarının tatbik sahasını tayin ve tadil eden bir keyfiyet olduğundan bu tahdit işini bizzat hükümran devletin telâkkisine göre yapmak icabeder. Zira bu ihtilâf kaidesiyle selâhiyetli olarak gösterilen bir ecnebi kanunu, hâkim, ecnebi kanun vazının emri olarak değil, kendi kanun vazının emri olduğu için tatbik eder ve bunun şümül sahasını tayin etmeği de ancak kendi devletinden bekler.

Nazariyesinin esaslı temellerini hülsa ettiğimiz Bartin, lex fori'nin selâhiyetine bazı bir istisnalar tanımak lüzumunu hissetmiş, bunlardan birkaç tanesinin zahiren istisnâ teşkil eder gibi göründüklerini, diğerlerinin de umumi prensiple kabili izah olduğunu belrterek nazariyesini tamamlamıştır:

c) *Lex Fori'nin selâhiyetine istisnalar :*

Tarafların iradeleriyle tayin olunan bir kanuna tâbi münasebetler :
Bazı mukavelevi münasebetlerde hangi kanunun cari olacağı tarafların serbest intihaplarına bırakılmış olabilir. Bu takdirde böyle bir münasebetin tavsifleri de artık Lex Fori'ye değil, tarafların serbestce intihap ettikleri kanuna göre yapılır. Buradaki istisna zahiridir. Zira tavsif ih-

(1) ETUDES. 14, 15 (Rép'dan naklen).

tilâfı denen şey, aynı münasebete aynı zamanda mecburi olarak tatbiki mümkün olan birden ziyade mevzuat sisteminin vücudu halinde tahaddüs eder. Halbuki burada, zaten mevzuubahis münasebetin tanzimi, ihtiyarî olarak, bir tek kanuna bırakılmıştır. Bizzat bağlanacakları kanunu seçen taraflar, tavsiflerini de seçmekte hürdürler.

Menkul ve gayri menkul tasnifi :

Devletlerin şimdiye kadar müştereken ve zimmen kabul ettikleri bir esasa göre mallar *buldukları yer kanununa* göre tavsif olunmaktadır. Bartin bunun hikmetini şöyle izah ediyor: "Bir şeyin menkul mü yoksa gayrimenkul mü olduğunu tayin meselesi, ekseriya, bu şey üzerinde aynı bir hakkın tesis veya naklinin mümkün olup olmadığı, mümkün ise hangi şartlara bağlı olduğu ve bu intikalin sağlamlık derecesinin ne olduğu hakkında mahkemelerden bir hüküm istihsali zımında mevzuubahis olur. Halbuki, hukukî münasebetlerdeki emniyet mülâhazaları her şeyden evvel, bu eşyalar üzerinde muamele yapmak, hak iktisap etmek isteyen kimselerin, bu eşyaların ve eşyalara taallük edecek muamelelerin hangi kanuna tabi olduğunu yanılma ihtimali olmaksızın bilmelerini icabettirir. Eşyaların maddi varlıklarının bulunduğu yer, hangi kanunun kabili tatbik olacağı hususunda bu gibi üçüncü şahıslara sağlam ve yanlışsız bir yol gösterir. Bu bütün Avrupa mevzuatında kabul edilmiş bir esastır. (15).

Bu itibarla menkul ve gayrimenkul tavsif artık Lex Rei siteae'ye göre yapılacaktır.

Vasiyetnamelerin şekli meselesi

Fransız medeni kanununun 999 uncu maddesine göre Fransa haricinde vasiyetname yapacak olan Fransız, ya Fransız kanunundaki el yazısıyla vasiyet şekline, yahut da ecnebi mahallî kanunun hükümlerine göre yani resmi şekline göre hareket edecektir.

Fakat ecnebi mevzuatının (resmi şekil) mefhumundan kastedtiği şey ile Fransız mevzuatının (resmi şekil) telâkkisi aynı değilse ne olacaktır?

Fransa'da resmi şekil, bir devlet memurunun müdahalesine ihtiyaç gösterir. İngiltere'de ise buna ihtiyaç yoktur. Muayyen sayıda ve muayyen adette şahitlerin huzuru resmi şekil için kâfidir.

(15) — RECEUIL, 597.

Şu halde İngiltere'de ve İngiliz mevzuatına göre resmen tanzim edilmiş bir vasiyetnameyi Fransız mahkemesi muteber telâkki edecek midir? İçtihatlar bu sususda liberal davranmışlardır, ve resmîyet meselesinin mahalli kanuna göre tayin edileceğini kabul etmişlerdir: Lex Loci actus.

Haksız fiilde patron ve müstahdem mefhumlarının tayini :

Fransız medeni kanununun 1384 üncü maddesi gereğince, (iş sahibi = (Committant), (müstahdem) kendi vazifesini icra sırasında işlediği suçlardan hukukan mesuldür.

Fakat (iş sahibi) ve (müstahdem) kime derler? Bunların vasıflarını tayin kolay değildir.

Fransız hukuku, (içtihatların verdiği neticeye göre) iş sahibini, bir hizmet mukavelesi gereğince müstahdemine emirler verebilen ve onu mukavelenin icrası hususundaki esas ve ferî noktalarda mürakabe edebilen bir kimse olarak tarif eder. Bu tarif diğer memleketlerin tariflerine uymayabilir.

Şu halde bir İngilizin müstahdemi veya memuru olan diğer bir İngiliz Fransa'da hizmetini ifa sırasında bir haksız fiil işlese, Fransız kanunları iş sahibi olan İngiliz hukukan mesul sayacaklardır. Fakat, suç İngiltere'de işlense ve dâva Fransa'da açılrsa vaziyet ne olacaktır?

İçtihatlar suç mahallindeki kanunun tavsife selâhiyetli olduğunu kabul ediyorlar. = Lex loci delicti

d) Bu istisnaların umumî prensip ile izahı kabil midir?.

Filhakika Bartın buna kanidir. Yani, zikredilen istisnalar, tavsife Lex Fori'nin selâhiyetli olduğuna mütedair olan nazariye ile kabili izah dırlar. Şöyleki :

“Bir devlet, filan veya falan gruba dahil hususi hukuk kaideleri hakkında ve binnetice bu kaideler grubuna mensup ve bunlara bağlı olan hukuki müessesler hakkında, normal olarak tatbik edilecek kanunun bir ecnebi kanunu olduğunu kabul ettiği takdirde, bununla, kendi mevzuat sahasının dışında bıraktığı bu müesseselere müteallık tatbikatın icap ettireceği diğer muhtelif tavsiflerle alâkadar olmaz.” (16) Elhasıl, muayyen müesseselerin tatbikat sahasındaki rolleri ve fonksiyonlarının icabı olan talî derecedeki tavsifler, artık Lex Fori'ye göre değil, bizzat bu müesseseler hakkında kabili tatbik olduğu Lex For'i tarafından kabul edilen yabancı kanununa göre yapılır.

Meselâ: Hukukî ehliyet meselesinde, Lex Fori, bunun, haksız fiilin işlendiği veya zararlı neticelerin meydana geldiği yer kanuna göre tayin edileceğini kabul etmiştir.

Demek ki, muayyen bir münasebet, bir ihtilâf karşısında kalan mahkeme bu ihtilâfın esaslı ve umumî tavsifini kendisi yapacak ve bu, bir (haksız fiildir) yahut, (hukuki mesuliyeti müstelzim bir fiildir) diyecektir. Bunu dedikten sonra Lex Fori bu gibi münasebetlerde falan yabancı kanununun kabili tatbik olduğunu da söyleyecek ve artık hâdise ile ilgilenmeyecektir.

Bu mesuliyetin şümul derecesi, iş sahibine ve müstahdeme olan si-rayet miktarı, artık selâhiyetli yabancı kanunun yapacağı tali derecedeki tavsiflerle hallolacaktır.

Bu zaviyeden diğer istisnaları izah edelim:

Vasiyetnamenin resmi şekle tabiliği meselesi de aynı mahiyettedir. Yabancı memlekette yapılacak vasiyetnamenin resmi şekle tabi olması gerektiğini emreden Fransız kanunu, ancak (şekil) tavsifini yapacaktır. Fakat (resmiyet) mefhumunun tavsifini mahalli kanuna, yani vasiyetnamenin yapıldığı yer kanununa bırakacaktır.

Menkul ve gayri menkul tavsifi aynı mahiyettedir. Lex Fori, mülkiyetin intikali hakkındaki hükümleri umumi ve peşin olarak Lex rei sitae'ye bırakmıştır. Şu halde intikal mevzuu olan malın menkul mü yoksa gayrimenkul mü olması, ikinci derecede bir tavsif teşkil eder ve selâhiyetli kanuna göre yapılır.

Keza, ihtiyarî olarak seçilen bir kanuna tabi mukavelevi münasebetlerin teşkil ettiği istisna da aynı şekildedir. Lex Fori'nin yapacağı şey, borç unsurunun mukavelevi karakterini tavsif etmektir. Bundan sonra bu mahiyetteki borçlarda hangi kanun selâhiyetli ise diğer ferî tavsifleri artık o kanun yapacaktır.

e) Şu halde artık Bratin'in tavsif nazariyesini tamamlayabiliriz:

"Her memlekette, dâva mevzuu olan hâdiseye hangi kanunun kabili tatbik olduğu meselesi henüz halledilmiş vaziyette değilse; kendisine hangi kanunun tatbiki gerektiğini tayin için evvelâ tavsifi icabeden hukuki münasebetin mahiyetini dâvaya bakan mahkemenin kanunu tayin eder.

Görülüyor ki, eğer hâdiseye hangi kanunun tatbik edileceği meselesi zaten daha evvelden muhtelif yollarla halledilmiş vaziyette ise Lex Fori bu tavsif işini mezkûr kanuna terk edecektir. Yani Lex Fori ana tavsifi kendi yapacak ve "hâdise şu vasıftadır ve bu vasıftaki hukukî

münasebetler hakkında ise falan yabancı kanun kabili tatbikdir. Binaenaleyh tali derecedeki tarif ve tavsifleri artık o kanun yapacaktır” diyerek hâdise ile ilgisini kesecektir.

“...Tali derecedeki tavsifler, ana tavsif hakkındaki kaidenin istisnası veya zıddı değil, fakat bilâkis, tavsif müşkülâtının hallini ecnebi kanuna bırakan birinci sureti hallin bir iştikakıdır. Zira bu müşkülât, bizzat Lex Fori'nin muhtelif sebeplerle, zaten, halledilmesini yabancı kanuna bıraktığı müşküller grubuna dahildir.” Nazariyesini bu şekilde kurmuş olan Bartin, bu nazariyenin devletler hususi hukukunun teşekkülünde Üniversalist temennilere aykırı gibi görüldüğünü belirttiikten sonra, zaten bu hukuk branşındaki vahdetin ancak enternasyonalist bir görüşle temin edilebileceğini ve müstakbel devletler hususi hukukunun hakikaten tevhit ve tanzimi murat ediliyorsa, devletlerarasındaki anlaşmaların ihzarına, kelimelerin zahiri müşabehetlerinin altından gizli bulunan tefsir tehalüfü ihtimallerini bulup çıkarmağa kabiliyetli pratik hukukçuların da iştirâk ettirilmesi gerektiğini söyler. Fîlhakika muhtelif devletlerin mevzuatında ilk bakışta birbirine tekabül eder gibi görünen müşabehetler, kelime ayniyetleri vardır. Fakat bunlar öyle tefsirlere müsaittirler ki iki devlet arasında aynı kelime ile ifade edilen iki müesseseyi, külliye birbirine zıt müesseseler haline sokabilirler. İşte bunlar antlaşmalarda nazara alınmalı ve bütün mütehasıs medeniyeciler şu umumî düstura göre hareket etmelidirler.

Omnis definitio in jure civile periculosa est.

“Medeni hukuk sahasında her tarif tehlikelidir!”

Lex Fori'ye selâhiyet tanıyan müellifler içinde nazariyeyi en vahdetli bir şekilde kuran ve meseleyi ilk defa incelemek şerefini kazanan Fransız müellifi, şüphesiz ki Bartin'dir.

Diğer müelliflerin kısmı azamî bu nazariyeye taraftar olmakla beraber ufak tadiller teklif etmektedirler. Mamafih bir kısmı daha da ileri gitmekte istisnaları dahi kabul etmemektedirler. Esas fikirlerinde daima Bratin'e atf yaparak izah ettiğimiz nazariyeye iltihak ettikleri için diğer müelliflerin ancak Bartin'den ayrılan taraflarını tebarüz ettireceğiz.

2 — *Arminjon'un fikirleri :*

A — *Dayandırdığı esaslar :*

Bu müellif, netice bakımından Bartin ile birleşir. Fakat istinat ettiği temel fikir farklıdır, netekim şöyle demektedir: “Bartin, ancak hak-

ların tavsifini kale almış fakat aynı derecede mühim olan hak sùjelerinin, muamelelerin, malların tavsifi üzerinde fazla durmamıştır.... Diğer taraftan Bartın devletler hususi hukukunun rolünü, hakimiyetlerin tahdidî şeklinde vasıflandırmıştır. Biz, kendisinin esas fikrine iştirâk edemiyoruz. Bize göre kanun ihtilâfları, hiç bir veçhile hâkimiyetler ihtilâfı demek değildir. Devletler hususi hukuku kaideleri de, bütün diğer kanunî kaideler gibi, adalet idée'si ile izah edilebilir, justifier edilebilirler ve bu kaidelerin de yegne gayesi, hakkaniyete uygun ve faydalı bir hal sureti istihsal edebilmektir.

Vakıa biz de bu değerli müellifle aynı neticeye vasıl oluyoruz, *fakat mantık ve pratik fayda* mülâhazalarına göre hareket suretiyle daha emin ve daha kısa bir yoldan gidiyoruz. Kanaatımıza göre Lex Fori'nin bağlama kaideleri, bütün diğer kanunların selâhiyet sahalarının haricinde kalıp sırf Lex Fori'ye ait olan saha dahilinde tatbik edilmelidir.

Zira bu kaideler, kanun vazıi tarafından, her hal ve şartta muteber olan sebepler dolayısıyla vazedilmiş olup hâdiselerin bizzat kanun vazıi tarafından anlaşılış şeklinin ifadelerinden ibarettir. Bu itibarla, bir varlığın, bir vakıanın, birşeyin hukukî mahiyetini, falan veya filan kanunun kabili tatbik olduğuna göre değiştirmek çok can sıkıcı bir tenakuz teşkil eder. Çünkü bu kaideler, bağlama kaidelerinden başlıyarak, diğer bütün kanuni kaidelerin çerçevesini ve armatürünü teşkile yararlar. Nihayet, çünkü muhalif hal sureti, mantıkan kabul edilemez, adletsiz ve manâsız neticeler meydana getirir." (17) .

Aynı Fransız yargıcının, aynı hukukî münasebeti kâh evlilik malları rejimine, kâh miras hukukuna sokması, aynı malı kâh menkul, kâh gayrimenkul olarak tavsif etmesi, ayniyet ve tenakuz prensiplerine olduğu kadar vazıi kanunun iradesine de aykırı değil midir? Tavsif kaidelerini vaz'edenler, bunları her ihtimali içine alacak şekilde yapmışlardır. Ve hiçbir zaman yabancı mevzuat ile kendi mevzuatları arasında bir ihtilâf zuhuru halinde, bu tavsif işini yabancı mevzuata terki düşünmemişlerdir. Kanun koyanın kabul ettiği tarif ve tasniflerin hikmeti, filhakkı, her hâdisede vazıi kanun bakımından mevcuttur ve bağlama kaideleri işte bu tavsiflerin çerçevesi içine ve bunların teşkil ettikleri temel üzerine rezk edilmişlerdir.

Lex Fori'nin bağlama kaidelerini, yabancı bir kanunun kabul ettiği tavsiflere tabi kılmak, onların tamamen mahiyetini bozmak olur.

Diğer taraftan kanun koyan, bağlama kaidelerini vazederken hiç bir zaman, kendi selâhiyetini diğer kanun koyanlar lehine olarak tahdit etmiş değildir. O, ne bunu düşünmüştür, ne de devletler hususi hukukunun evrensel bir doktrinini tesise iştirâk etmek istemiştir. O, sadece, bağlama kaidelerini vazetmekle istihdaf ettiği bir takım hal suretlerini temin etmiştir.....”

B) Bartin'in ileri sürdüğü istisnaların da ihtiyatla karşılanması lâzımdır. (18).

a) Meselâ, menkul-gayrimenkul tavsifini ele alalım:

Bartın bu hususta, bilhassa, bu şeyler üzerinde muamele yapacak olan üçüncü şahısların, selâhiyetli kanunu sarahatle ve hatasız olarak lilmeleri lüzumundan, ve bu bakımdan malların maddi durumlarının en emin bir işaret vazifesini göreceğinden bahisle, şeylerin maddeten buldukları yer kanununun selâhiyetli olması gerektiği neticesine varır. Eğer bütün şeylerin maddî bir hüviyetleri olsa idi, bütün şeyler mücessem, yani mekân içinde bir yer işgal eden cinsden olsalardı bu fikir belki kabul edilebilirdi.

Halbuki, (alacak) da bir şeydir. Ticaret sermayesi, ihtira beraati, isim ve saire.. de mülkiyet mevzuu olabilirler. O halde mülk, temellük edilmeye müsait maddi veya manevi bir cevher demektir. Yani, muayyen bir şahsın aktif müdahalesi olmaksızın kendisinden bir istifade temin edilmesi mümkün olan bir cevher demektir.

Zira, mühim iktisadî kıymeti haiz şeylerin bir çoğu mekân dahilinde bir yer işgal etmezler ve onların hukukî mahiyetleri (hiç bir maddi alâmet ile tezahür etmediğinden) bir sistemden diğer sisteme değişir.

Diğer taraftan, maddi bir şey bile olsa, yeri mütemadiyen değişmekte olan şeyler vardır. Yani bunlar mütemadiyen muhtelif hukuk sistemlerinin hakimiyetleri altından geçmektedirler.

Binaenaleyh:

Şeylerin tavsifini, dâvaya bakan mahkemenin hukuk sisteminden gayrı bir sistemde aramak için hiçbir sebep yoktur.

b) Haksız fiil meselesine gelince :

“Biz, bu istisnayı da kabul etmiyoruz. Haksız fiil mahallini tayin etmek her zaman kolay değildir. Bir mevzuatın bir fiili haksız fiil telâk-

ki etmesi, hiçbir zaman mezkûr fiile bu mevzuatın tatbikini intaç etmez. Burada da, tavsifi, bağlama kaidesinden tefrik etmek lâzımdır. Tecziye-ye müstahak fiillerle, hukuki bir tazminatı intaç edeh fiilleri tayin ettikten sonra bu fiillerden birinin dâva mevzuu olduğu memleketin kanunu (yani Lex Fori) hangi şartlar içinde kendi hükümlerinin bu fiile kabili tatbik olacağını tayin eder. Bu vazifenin ifası esnasında, mezkûr kanunun; ecnebi bir sistemden, kendi görüşlerine muhalif bir tarifini alması, yani bu yabancı sistem lehine kendi vazifesinden feragat etmesi tecviz olunabilir mi?

c) *Mukavelelinin tabi olacağı kanunun intibahı tarafların iradesine ait olan münasebetler :*

Vakıa bunların tavsifi, Lex Fori'ye göre değil, seçilen kanuna göre yapılır. Fakat bu, bir istisna demek değildir. Çünkü ortada zaten hakiki bir tavsif ihtilâfı yoktur. Esasen bunun tatbik sahası çok mahduttur. "Görünüşe göre tamamen nazarı olan bir irade serbestisi vardır ki bu, ancak tavsifi şüpheli olan muameleler hakkında Lex Fori'yi bertaraf etmeğe yarar. Bu muhtariyetin muamelenin hangi unsurları üzerinde tatbik edilebileceğine bakalım: Haddizatında bu istisnanın ancak hakikaten muamelenin irade mahsulü olan unsurlarına tatbik edilmeli ve fakat muamelenin (illet) i, "mevzu" u veya irade sakatlıkları gibi, bu irade denilen vecibelerin mevcudiyetlerinin esaslı şartlarına teşmil edilmemelidir. Çünkü bunlar, bizzat iradenin unsurlarını teşkil ederler; yoksa iradenin neticelerini değil.

Halbuki doktrin ve içtihat, bu ihtiyarî olarak seçilen kanunun se-lâhiyetini bu sahalara kadar teşmil etmektedir ki, doğru değildir.

d) *Lex Fori'nin meçhulü olan yabancı hukuk münasebetlerine gelince:* (19) Bu münasebetleri de Lex Fori'de mevcut olan mümasil ve müşâbih müesseselere temsil suretiyle yine mahkemenin kanununa göre tavsif etmek lâzımdır.

Meselâ, "douaire" ve "gain de survie" nin Fransız hukukuna nisbeti böyledir.

Niboyet'in fikirleri :

Tavsif meselesinin devletler hususi hukukundaki ehemmiyetini lâ-yikiyle belirten bu müellif, esas fikirlerinde Bartin ile müşterek olmakla beraber, istisna meselesinde ayrılmaktadır.

Menkul ve gayri menkul şey tavsifini dahi Lex Fori'ye göre yapmak gerektiğini hattâ, içtihadın ancak gayri maddi şeylerin Lex Fori'ye göre yapılacağı yolundaki kanaatını kâfi görmeyip maddi şeylerin dahi yine mahkeme kanununa göre tavsifi gerektiğini belirtmektedir. (20)

İradenin muhtariyetine tabi olan vecibelerin istisna teşkil ettiğini kabul eder.

Vasiyetnamenin şekline müteallik resmiyet meselesinin ise, zaten bir tavsif meselesi olmadığını, zira devletler hususi hukukunda tavsifin, ancak selâhiyetli kanununu tayine matuf bir tarif olduğunu kaydeder. Halbuki resmiyet bu vasıfta değildir. Senedin şekli, ister hususi, ister resmi olsun, locus regit actum gereğince zaten mahalli kanuna tabidir. (21)

Lerbours - Pigeonnière'in fikirleri :

Bu da Lex Fori'ye selâhiyet tanır. Hattâ bunu, Bartin gibi, sırf hakim mesleki zekâsının kendi hukuk mefhumlarına göre teşekkül etmiş olması gibi bir zaruret neticesi olarak değil, bir vazife olarak kabul eder:

"Fransız Hakiminin hukuki ve mesleki terbiyesinin söz götürmez tesirlerine taallük eden Bartin'in müşahedeleri; mahkemenin, diğer müsâbet hukukların dahili kanunlarını da aynı derecede bilmesi ve zihninde yerli ve yabancı hukuk sistemlerinin mefhumları arasında bir muvazene temin etmesi halinde tatbik edilemez.

Bilâkis, hakimin kendi tavsiflerine müracaat etmesi bir vazifedir. Çünkü kendi tavsiflerindeki particularisme, bağlama kaidelerinin millî karakterinin bir başka veçhesidir.... Her hangi bir hukukî kaide muhtelif mülâhazalarla konmuştur. Muayyen bir hukukî müessesenin tahlili çok kere, bu müessesenin içinde karmaşık unsurların ve muhtelif gayelerin vücudunu meydana çıkarır. Bu vaziyet, muhtelif tavsiflere sevkeder: Şekil, ehliyet, mal idaresi ve saire gibi.

Yapılacak şey bu muhtelif vasıfların içinden hakim durumunda olanı seçmektir. Bu hâkim vasfın intihabında müessir olan bütün mütalalar ise, doğrudan doğruya kendi mahkemelerimiz tarafından ve kendi noktai nazarımıza göre takdir edilmelidir.... (22).

Diğer taraftan, tavsifler ancak, kabili tatbik kanunu tayine medar oldukları zaman Lex Fori'ye tabi olurlar.

(20) NİBOYET: Manuel: 510

(21) NİBOYET: 512

(22) — LEREBOURS - PIGEONNIERE . Précis de Droit International Privé

Fransız kanunu muayyen bir grup hâdiseyi muayyen şekilde tavsif edip, falan kanuna tabi kıldıktan sonra, artık selâhiyetli kanunu tayin etmiştir. Müteakip tavsiflerle Lex Fori'nin ilişiği kalmamıştır.. (23).

WEISS ve POULLET gibi müellifler de aynı esas fikre iştirâk etmektedir. (24) Aynı fikrin Almanyadaki taraftarları: CUTZWILLER, LEWALD, MELCHIOR, NUSSBAUM, REPPET'dir. İtalya'da ANZILOTTI, AGO, CAVAGLIERI, FEDOZZI, UDIME de esas itibariyle aynı fikre iştirâk ederler. Bu fikir bilhassa fiilen zaten vaki olan bir durumu hakkı gösterdiği için tavsif meselesinin çözülmesi bakımından kolay bir hal sureti teşkil eder. Bu itibarla, nazari değerinden ziyade pratik faydası galiptir denebilir. Bu görüşün bir anti-tezini teşkil eden Lex Causae taraftarlığında evvelki nazariyede hangi cihetlerden hata edildiği açıkça görülür.

II — Lex Causae'ye selâhiyet tanıyanlar: (Lex Fori taraftarlığının tenkidi).

1 — DESPAGNET'nin fikirleri:

Bu müellife göre Bartin'in tavsif nazariyesi karşısında insan hayretlere düçar olur. Hattâ cesareti kırılır. Hattâ, Bartin'in bizzat muhakemesinin esaslarına bile itiraz etmek icabeder. Zira, evvelâ yabancı kanunun tavsifini kabulde hiçbir tehlike yoktur. Saniyen, bununla memleketin ihtilâf kaideleri atıl bir hale sokulmuş olamaz. (25).

Muayyen bir mesele hakkında ecnebi kanununun tatbik edileceğini kabul eden bir ihtilâf kaidesi, vazıkanunun, o mesele hakkında yabancı kanunu gerek hükümleri ve gerek telâkkileriyle selâhiyetli kılmak isteğini ifade eder.

Bir mevzuatın maddeleriyle tavsif usullerini birbirinden ayırmak mansızdır. Yabancı kanunun maddelerini alıp, tavsiflerini bırakmakla ne yabancı, ne de yerli kanun vazının arzusu yerine getirilmiş olur. Zira, Yerli vazıkanun yabancı kanunun tamamıyla tatbikini istemiştir. Parçalanmasını değil. (26).

Hollandalının vasiyetnamesi meselesinde, ehliyetin ne olduğunu Hol-

(23) — LEREBOURS - PIGEONNIERE . Précis de Droit International Privé sh: 286 n: 254.

(24) — POULLET - Manuel de Droit International Privé. Belge. 1928 sh: 435, 467.
WEISS — " " " " " " sh: 286 n: 254

(25) — Répertoire de Droit International Privé. Qualification. n: 22.

(26) — DESPAGNE: Sh: 114, 115. (ARMINJON naklediyor).

landa kanununa sormak zaruridir. Aksi takdirde (ehliyet meselesinde Hollanda kanunu tatbik edilir) kaidesinin mânası kalmaz.

Sonra Lex Fori'nin meçhulü olan birçok müesseseler vardır. Bunların tavsifi ne olacaktır? Lex Fori'nin yapacağı tavsif keyfi temsillerden ibaret kalacaktır.

Görülüyor ki, bu müellife göre, her hangi bir münasebete bir ecnebi kanununun tatbik edileceğini kabul etmek, her şeyden evvel bu münasebetin ne olduğunu tavsif hususunda da mezkûr kanunun kanaatine iştirâkle mümkündür. Zira tavsif, bu hukuki münasebetin kendisinden ayrılması imkânsız olan bir unsurdur. Eğer tavsifi ondan ayırırsak mahiyetini değiştirmiş oluruz .(27).

Despagnet'in fikirleri derhal dairei faside itirazına uğramıştır:

Muayyen bir hukuki münasebetin mahkemece, ne olduğu tesbit edilmeden hakkında hangi kanunun selâhiyetli olduğu nasıl bilinebilir? ve bu (ne olduğunu tesbit) bir tavsif değil midir? Tavsifi, ihtilâf kaidesinden çıkarmanın imkânı yoktur. Çünkü ihtilâf kaidesi (yani selâhiyetli kanunu gösterecek olan madde) bu tavsifden çıkacaktır.

Onun için Lex Causae'ye selâhiyet tanıyan tezin diğer taraftarlarında bazı tadilâta ve bilhassa bu itiraza cevap olabilecek gayret eserlerine rastlanır. Son zamanlarda İtalya'da Pacchioni, Almanya'da Wolff bu teze istinada çalışmaktadırlar. Keza Frankestein ve Neuner'de bu gruba ithal edilebilirler.

2 — *Frankenstein'in* pek orijinal fikirleri vardır. Ona göre bir ferdin millî kanunu ile, Lex rei sitea arasında ihtilâf varsa, bu sonuncu kanunun hükümleri tatbik olunmak lâzımgelir. Zira Lex rei site'nin, şey üzerinde fiili bir kudreti vardır. Eğer Almanya haricinde bir yerde, Almanya'da kâin bulunan emlâk hakkında bir dâva açılırsa ve bu gayrimenkullerden bir şey talep edilirse, bu talebin mezkûr mallar üzerinde doğrudan doğruya müessir olacak hiçbir zecir kudretine sahip olmadığı aşikârdır. Şu halde bu maddi zecir kudretine hangi mevzuat sahip ise tavsifi o yapacaktır. (28).

Bu müellif, tavsif ihtilâflarını şahsî ve aynı kanunlar arasındaki ihtilâflara irca etmiştir. Bu hal, daha SAVIGNY denberi bütün hukukuların, devletler hukukundan atmak istedikleri iki eski mefhuma yeniden dönmek olmaz mı? Diğer taraftan fiilî zecir kudreti muayyen bir

(27) PECUEİL 1936. III. - MAURY - No. 125.

(28) Répertoire: No. 29.

hükmü veren veya bu hükmün infazını emredebilen mahkemeye aittir. Bu ise, mutlâka şeyin bulunduğu yer mahkemesi olmayabilir.

Hususiyle, müellif, eğer bu fiili zecir kudretini esas tutuyorsa, kendisinin reddettiği teze yani Lex fori tezine cevaz vermiş olur. Elhasıl, müellif, fiili iktidarla, hukuki iktidarı karıştırmış gibidir. (29).

Lex Fori taraftarlarının istinat ettikleri bütün esasları, bu ikinci ve müfrit görüşün tenkidini teşkil etmektedir. Fakat üçüncü ve daha yeni olan tez, ikinci görüş ile birinci görüşü telif etmeğe çalışmaktadır.

III Tavsif meselesini, ihtilâf kaidesinin bir tefsiri olarak telâkki edenler:

Bizzat kendisi de bu hususta yeni bir tez ortaya atmış olan Maury, meselenin vaz tarzındaki tebeddüle işaretle şöyle diyor: "Tavsif meselesi, gitgide adeta ihtilâf kaidelerinin bir tefsiri mahiyetini aldı. Bilhassa İtalyan ve Alman müellifleri bunu, daima bu şekilde tefsir ettiler Fransızlar, halâ, müesseselerin hukukî mahiyetlerinden bahsetmekle beraber, gittikçe onlar da, sebebini izah etmeden ihtilâf kaidesinin tefsiri meselesini ön plâna aldılar." (30).

Bu tezin taraftarları arasında esaslı farklar müşahede edilmekle beraber, hepsinde müşterek olan noktalar da çoktur. Hususiyle hepsi Rabel'i, kendi şefleri olarak tanırlar. Bu müellif 1931 yılında neşrettiği bir makaleyle esas fikrini izah etmiştir. (Zeitschrift jür ausländisches und internationales privatrecht.. sene: 1931 Sh: 241 - 288) de münteşir makale).

Bunlar, meseleyi şu zaviyeden görüyorlar:

İhtilâf kaidesi de diğer hukuk kaideleri gibi hukuki bir düstur, bir normdur. Bunu tatbik, ancak tefsirle mümkündür. Tefsir ise, burada geçen muhtelif mefhumları izah ile mümkün olur. Bu mefhumların izahı, evvelce izah ettiğimiz mütezat nazariyelerden birine göre Lex Fori'nin kıstaslarına göre yapılır. Diğerine göre ise Lex Causae'nin kıstaslarına göre. Rabel ise, başka bir fikirdedir. Hiç değilse prensip itibariyle bu müellif, tefsirde, *devletler hususi hukukuna has mefhumların kullanılması hususunda bunlara mahsus tarifelerin bulunması gerektiği fikrindedir.*

1 — Rabel ve Neuner'in metodu :

Bu tezde evvelâ Lex Fori taraftarlarının iddiaları tenkit edilir, bilâhara kendi teklifleri ortaya konur.

(29) Répertoire: No. 30

(30) MAURY — RECUEIL. No: 125.

Lex Fori taraflarlarını tenkit:

Bir hukuki kaidenin, bunun vazii olan hükümler iradeye göre tefsiri ancak maddi hukuk kaideleri hakkında doğrudur. Bir ihtilâf kaidesinde kullanılan tabirlerin manâları artık maddi hukuka göre değil ihtilâf hukukuna göre tayin olunmalıdır. Kendi tatbik şartlarını tayin edecek olan, bizzat kaidenin kendisidir. Bu hususta Lex Fori'ye müraعات şu mahzurları doğurur.

a — Muhtelif millî hukuklarda ehemmiyetli miktarda farklı ve bir birine zıt tavsifler vardır. Tavsifi millî hukukun tavsiflerine göre yapmak, devletler hususi hukukunda sonsuz ve can sıkıcı ihtilâflara sebebiyet verir.

b — Böylelikle ihtilâf kaidelerinin tevhibi güçleştirilmektedir. Zira bu tevhit, müessir olabilmesi için, yalnız hususi hukuku düvel normalarının ayniyetini değil, aynı zamanda mefhumların iştirâkini, tavsiflerin ayniyetini veya hiç değilse müşâbehetini de istilzam eder.

c — Nihayet Lex Fori'nin meçhulü olan yabancı müesseseler hakkında hangi kanunun tatbik edileceğini tayin etmek güçleşir.

Hasılı, ihtilâf kaidesi maddî hukukun bir tâbiî olarak telâkki edilirse, kendi rolünü, amelî ve tatminkâr bir şekilde oynayamaz. Hem bu pek tabiidir. Zira böyle bir hareket tarzı bu kaidenin bizzat rolüne, mevzuuna muhaliftir: *Beynelmîlel bir iş için, şarf milli mahiyette olan aletler kullanılmamalıdır.* "Hukuk kaidelerinin tefsiri, onların birlikte yaşamalarına, karşılıklı irtibatlarına ve yapacakları işe uygun olmalıdır.

Devletler hususi hukuku gibi, dünyadaki bütün mevcut mevzuatın tatbikini istilzam eden bir hukuk branşı ise bütün bu mevzuatın hepsini aynı zamanda gözönünde bulundurmağa, kendi tahmin ve takdir dairesi içine almağa mecburdur. *Daha doğrusu bu hukuk branşı, kendi mefhumlarını evrensel bir şekilde yaratmağa mecburdur.*

Ihtilâf kaidesinin meşgul olduğu mefhum veya müesseseler, oldukları gibi her hangi bir millî hukukun içinden istihraç edilebilecek müşahhas şeyler değildir. Bunlar, belki bu millî hukukların birbirleriyle mukayeselerinden meydana getirilecek tecritlerdir. Meselâ Alman medeni kanununun meriyete vazına mütedair kanunun 23 üncü maddesi, vesayet hususunda alâkalının millî kanununu selâhiyetli kıldığı zaman, bu (vesayet) tabiri ne medeni kanunun sarîh kaidelerini ve vesayete müteallik diğer hükümlerini, ne de Alman İmparatorluğu haricindeki bir hu-

kuk sisteminin müessesesini ifade eder. Kabili tatbik mefhum, ancak, tecrit dediğimiz bir ameliye elde edilebilir. *Bunu ikmal edebilmek için mukayeseli hukukdan istifade edilecektir.* Böylece, mezkûr kanunun 23 üncü maddesindeki vesayetten, yalnız Alman kanununun anladığı şeyi değil, fakat bütün medeni dünyanın umumiyetle bu mefhumdan anladığı şeyi anlamak lâzımdır. Daha doğrusu:

Gayesi, tamamen ehil olmayıp velâyet veya hısımlık hâkimiyeti altında da bulunmayan şahısların temsil ve himayesini tanzim etmek olan bütün hukukî müesseseleri anlamalıdır.

İhtilâf kaidesi; kendisiyle ecnebi hukukun ihtilâf kaideleri mukayese edilecek olan bir Lex fori hâdisesine taallûk etmez. Belki, bilâkis, doğrudan doğruya bütün bu hâdiselerde müsterek bulunan hususa temas eder: mukayese metodu vasıtasıyla ihtilâf kaidelerinin mevzuunu teşkil eden muhtelif mefhum kategorileri içindeki vakıaları, hukukî mütalâaları tasnif ve tanzim etmek lâzımdır.

Yahut, daha iyisi, hukukî hâdiselerin mukayesesinden çıkan mücerret muhtevalarla bu kategorileri bizzat teşkil etmektir.

Kısaca esas şudur: *İhtilâf kaidesinin mevzuunun inşasında mukayeseli hukukun ilmi şekilde istimali (31).*

2 — Rabel'in fikirlerinin tenkidi :

a) "Bu tezin neticesi, devletler hususi hukukiyle meşgul kimseleri kanun vazii yerine koymak olacaktır. Keza, bu, ihtilâf kaidelerinde geçen ilmi terimlerin hakiki manâlarıyla meşgul olunmadan, bu kaidelerin içine yine keşfe muhtaç olan yeni ilmi mefhumların sokulması demektir. Yani bu tefsir, yaratıcı bir tefsirdir.

b) Bu metot hakime, mukayeseli hukukdan ilmi araştırmalar yapmak gibi muazzam bir iş tahmil etmektedir ki buna Castro:

C'est un montrueux travail imposé au juge! der.

c) Mukayeseli hukuk ilmi, henüz mübtedillik safhasındadır, ve herhangi bir nokta üzerinde tatbik kabiliyeti olan hiçbir netice vermemiştir.

Bu itibarla Rabel'in mukayeseli hukuka istinat eden metodu meselelerin bugünkü hal suretini teshil edemez. Bu, daha ziyade, mukayeseli hukukun uzun bir tekâmülü sonunda faydalı olacak, ileri bir tezdır. Bununla beraber, esas ve nazari bakımdan kıymetli olan bu tez yerine şim-

dilik daha basit ve günlük ihtiyaçlara cevap olacak daha pratik bir tez ikâme edilmelidir." (32)

Esas itibariyle hocasına sadık kalan Neuner'in fikirleri hakkında da aynı tenkitler yapılabilir.

3 — Meriggi'nin sistemi: (33).

Bu sistem, çok sarıh hal suretleri verir.

Esas fikri diğerleriyle müsterekdir: yani, ihtilâf kaidesi, ister Lex Fori ister Lex Causae olsun, bütün maddi hukuklardan müstakildir.

Meriggi şöyle diyor:

"Nizam altına alınacak olan hâdisenin tavsifi, ihtilâf kaidelerinin mefhumlarına göre, yani devletler hususi hukukuna göre tesbit edilir. Müsbet maddi hukukların particularist mefhumlarının, ferdileşmiş müesseselerinin temelinde, bütün medeni milletler için aynı olan temel unsurlar, umumi direksiyonlar bulunur." Değişen teknik inşaların altında bir menşe ve maksat iştirâki vardır. Bir nevi fonctionnelle iştirâk veçhi bulunur. Hukukî vakıa veya muamelenin gayesi, bütün memleketlerde aynıdır.... Meselâ bir ferdin diğeri lehine, mukabilini istemeksizin bir şeyden gayri kabil rücu bir surette kendini mahrum bırakması (ki biz buna hibe deriz) daima aynı şeydir, aynı menşeden gelir, ve aynı gayeyi istihdaf eder. Hatta başka isimlerle anılsa, veya başka tarzda anılsa bile:" tavsif etmek şüphesiz ki bu gaiyeti (finalité) yi tesbit etmektedir... Tavsif; muayyen bir hâdisenin (vaka, mevzu veya münasebet olsun) cihan şümul bir tarzda telâkkisine cevap veren (tip-tarifler = d'efinition - type) yaratmak demektir.

Bu tarifler, işte, ihtilâf kaidesinin ıstılâh veya mefhumlarının tarifleri olacaktır ve hiç değilse kısmen, mukayeseli hukuka müracaat suretiyle bulunacaktır. Meselâ Meriggi, her zaman bu (tip - tariflerin) bulunamayacağını ve bazen muhtelif (tip - tariflerin) birbiriyle çatışacağını kabul eder ve böyle bir çatışma halinde bu muhtelif (tip - tarifler) arasında bir silsilei meratip kabul eder. Çok sistematik görünen bu meratip silsilesinin tanzimine amil olan husus ise sadece akli ve mücerret bir keyfiyettir. Netekim, müellif şunu teklif ediyor:

Tip-tavsifler iki geniş kategoriye ayrılır:

1 — Bir hâdiseyi ferdin şahsiyesine taallûku bakımından tavsif edenler: Şahsi tavsifler (qu. personnelle).

(32) RECUEIL No. 132.

(33) MERIGGI — Saggio Critico sulle qualificazioni (1932).

Ve: RECUEIL (MAURY) Nakledeer No. 134.

2 — Bir hâdiseyi bir toprağa olan alâkası bakımından tavsif edenler: mülki tavsifler (qu. tertitoriale).

Birinci gruba girenler, umumiyetle ferdin şahsiyetine gösterilen hürmet dolayısıyledir.

Bu tavsif, muhtelif memleketlerin nizamlarındaki farklardan, şahsiyetin müteessir olmamasını istihdaf eder. "Bunun vazifesi, insan şahsiyetine, ister onun cevheri, bekasi veya kendini izhar kabiliyetinde, ister ifade ve tezahüründe (irade) olsun, hürmeti temin etmektir. Herkes bu cevher ve kabiliyetin, nereye giderse gitsin, meriyette olan kaidelerin tesadüfî değişikliği yüzünden sarsılmıyacağından, ve iradesinin insanlar arasındaki meşru vecibelerin müvellidi olmak sıfatının her yerde tanıma-acağından emin olmalıdır." bu itibarla birinci kategoriye giren bir (tip - tavsif) ile ikinci kategoriden olan bir tip-tavsif çarpışır, birinci tercih edilecektir.

Sonra her bir kategorinin içinde de ayrıca tâli taksimler vardır. Ve bu taksim de bir meratib silsilesine tabidir.

I — Şahsi tip-Tavsifler :

- 1 — Hal ve ehliyet mütedair tavsifler
- 2 — Aile hukuku münasebetlerine mütedair tavsifler
- 3 — Miras hukuku münasebetlerine mütedair tavsifler
- 4 — Hibe münasebetlerine mütedair tavsifler

II — Mülkî tavsifler :

- 1 — Lex forinin tavsifleri
- 2 — Lex Loci'nin tavsifleri
- 3 — Lex Rei sitae'in tavsifleri

Keza, Merggi'ye göre, "aynı bir hukuk nizamının selâhiyet dairesine giren şahsî muhtevalı münasebetler, mameleki münasebetlere tefevvuk etmelidirler, ve her halde en büyük ehemmiyeti irade unsuruna vermek lâzımdır." Meselâ, vasiyet yoluyla yapılan bir miras tavsifini kanunî miras tavsifine tercih etmelidir.

3 — Merggi'nin sisteminin tenkidi :

1 — Muayyen bir mesele hakkında birden ziyade selâhiyetli kanunun farklı mefhumlara sahip olduğu bütün hallerde müellif bir tip-tavsif ihtilâfı görür. Fakat bunların fevkinde ve müşterek bir tip-tavsif ara-

2 — Tip-tavsifleri çok dar olarak tarif eder. Bu yüzden bazı müessesler hariçde kalır. Sovyet aile tipi gibi,

3 — İhtilâf kaideleri arasındaki meratip silsilesi adeta bir tabii hukuk fikrinin tatbikidir. Sübjektif ve nazarıdır.

4 — Hiç değilse bugün devletler hususi hukukuna has bir tavsif sistemi yoktur. Tavsifler bizzarure ya Lex Fori'den, ya Le Causae'den alınacaktır.

4 — Maury'nin teklif ettiği sistem :

Bu müellif tavsif meselesinde gerek lex fori'nin, gerek lex causae'nin rollerini kabul eder ve lex fori'nin ilk ve hakim rolü oynadığını söyler. Bu hususda Bartin'in ileri sürdüğü mucip sebeplerde kendisiyle hemfikirdir. Fakat, Lex Fori'nin mefhum ve tavsiflerinin milletlerarası hukukta oynayacağı bir rol vardır ki, bu, bu iç hukuktaki rollerinden tamamen farklıdır. *Bu mefhumların, milletlerarası rollerini iyice oynayabilmeleri için, biraz tevsi edilmeleri ve manâlarının biraz tadil edilmesi icabeder.* rollerinden tamamen farklıdır. *Bu mefhumların, milletlerarası rollerini iyice oynayabilmeleri için, biraz tevsi edilmeleri ve manâlarının biraz tadil edilmesi icabeder.*

Filhakika kanun koyan her hangi bir hukukî müesseseyi tanzim ederken, çeşitli gayeleri birden elde etmeği düşünmüş olabilir. Bu itibarla o müessesenin tavsifinde bu gayelerden birine diğerinden daha fazla hemmiyet verilmesine göre elde edilecek neticeler de değişik olacaktır. Meselâ vasiyetnameyi resmî şekle tabi tutan bir hukuk kaidesi, bununla vasiyet yapacak kimsenin cehaletinden doğacak tehlikeleri bertaraf ederek onu himaye etmeyi istihdaf ettiği gibi, geri kalan âileyi bunun yapacağı bazı tasarruflara karşı korumağı da düşünmüş olabilir. Şu halde bu gayelerden birine daha fazla ehemmiyet vererek tavsifi ona göre yapmamız gerekir. Bu hal, bir "şekil" meselesi midir, yoksa bir "şahsî hal" meselesi mi? İşte burada artık millî hukukun telâkkileriyle değil, devletler hususî hukukunun ölçüleriyle hareket etmek ve meselâ locus regit actum kaidesini tatbik ederek milletlerarası münasebetleri kolaylaştırmak için bunu bir "şekil" meselesi olarak tavsif etmek lâzımgelecektir. Böylece mahkemenin maddî hukuk mefhumları artık ihtilâf hukukunun ölçülerine göre ya genişliyecek ya tadil edilecektir.

Meselâ, şahsî hal meselelerini millî kanuna gönderen bir ihtilâf kaidesi üzerinde âkit devletler anlaşmış olsunlar, Acaba bu ihtilâf kaidesi, 19-11-1926 tarihli Sovyet aile kanunnamesinin 1 ve 3 üncü maddelerine göre vaki olan yani ve âdî bir tescilden yahut da basit bir fiilî durumdan

meydana gelmiş olan bir Sovyet evlenmesine de tatbik edilebilecek midir? İşte evlenme mefhumu genişletilmezse buna müsbet cevap veremeyiz. Zira, Fransız hukukuna göre serbest münasebet ancak borçlar hukuku sahasına giren bir şeydir. Şahsî hallerden olarak tavsif edilmediği gibi aile hukukuna gene hiç giremez. Sonra, tescil edilmiş bir evlenme için durum daha farklıdır, bu, ne tamamen İtalyan ve Fransız hukuk sistemlerindeki evlenmeye benzer ne de tam serbest münasebet manzarasını arzeder. O halde böyle bir Sovyet izdivacını nasıl tavsif etmelidir? FEDOZZI İtalyan hukukundaki evlenme mefhumunun genişletilerek Devletler Hususî Hukukuna uydurulması ve böylece Sovyet evlenme tipinin de buraya idhali gerektiği fikrindedir. Burada WENGLER'in bir misalini zikrederim. (34). "Nasıl bir insanın karakterini anlamak için onun içinde doğup büyüdüğü muhit ehemmiyetli ve fakat ona bu muhitte verilmiş olan ad ehemmiyetsiz ise, aynı şekilde bir ecnebi hukukî müessesesinin muhtevası için de, bu müessesenin içinde bulunduğu diğer hukukî müesseselerin muhtevalarından ibaret olan muhit ehemmiyetli ve fakat bu muhitin bu hukukî müessese hakkındaki tavsifi ehemmiyetsizdir". Böylece yargıç işe evvelâ Lex Fori'nin tavsifiyle başlayacak fakat ihtilâfın hususiyetine göre bu mefhumlara gerekli elâstikiyeti verecektir.

Bu, bu mefhumların yabancı hukuktaki mütekabil mefhumlarla mukayesesi suretiyle yapılır. Bu tavsif yapıldıktan sonra, hangi yabancı kanunun salâhiyetli olduğunu gösteren ihtilâf kaidesine geçilir. Bu kaideye gösterilen yabancı kanunun tamamen mi, yoksa ancak mahkemenin hukuku ile telifi kabil olan kısmının mı tatbik edilebileceği meselesi ortaya çıkar. Filhakika salâhiyetli yabancı kanunun bütün tavsiflerinin kabûle değer olup olmadığı hususunda iki cereyan vardır: Bazı müellifler salâhiyetli kanunun ancak Lex Fori'nin telâkkileriyle bağdaşan maddelerinin tatbikini isterler. Yani yabancı hukukun ancak, Lex Fori'nin ihtilâf kaidesiyle istihdaf ettiği gayeye uygun olan maddelerinin tatbikine cevaz verirler.

Diğer bazı müellifler ise, yabancı kanunun kül halinde her maddesinin tatbik edilebileceğini kabul ederler ki bu ikinci sisteme İtalyan sistemi denir MAURY son görüşe taraftardır. Ona göre salâhiyetli yabancı kanun ancak kül halinde tatbik edildiği takdirde bir manâ ifade eder.

Tavsif meselesi üzerindeki münakaşalar hâlâ devam etmektedir. *N. K.*

(34) — J. MAURY - Règles générales des conflits des lois (Recueil des Cours. 1936. III. n: 154).

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
TAVSİF İLE İLGİLİ KANUN VE ANDLAŞMALAR

1 — Tavsif ile ilgili kanunlar : 1 — Bustamente kanunu 2 — Quebec kanunu
3 — Lichtenstein Prenslığı medeni kanunu

II — Tavsif ihtilâflarının andlaşmalarla halli: 1 — Müsterek tavsifler : A —
Tadadı tavsifler B — Vakıalara dayanan tavsifler C — Hakkiki müsterek tavsifler.

2 — Millî kanunlara atıf suretiyle tavsif: — Lex Causae'ye atıf B — Lex Fo-
ri'ye atıf.

3 — Tassif meselesinin meskût geçilmesi hali. A — Andlaşmanın tatbik edilmesi
lüzumu. B — Andlaşmanın yargıç tarafından tefsir suretiyle ikmali.

1 — Tavsif ile ilgili kanunlar

① — 1928 tarihli Bustamente kanunu:

Madde 12 — Menkul ve gayrimenkul *mal tavsifi*, üçüncü şahısların
müktesep hakları haldar edilmemek şartıyla, daima bu seylerin bulun-
duğu mahâl kanununa göre yapılır.

Madde 13 — Diğer mal tavsif ve tasnifleri de aynı kanuna tabidir.

Madde 247 — Kollektif veya komandit bir şirketin *ticarî sıfatı* şir-
ket mukavelesinin tabi olduğu kanuna tabidir. Eğer bu kanunlar adı ve-
ya ticarî şirketler arasında bir tefrik yapmazlarsa dâvanın açıldığı mem-
leket kanununa tabidir.

Madde: 248 — Bir anonim şirketini *ticarî sıfatı*, şirket mukavelesi-
nin tabi olduğu kanuna, bu yoksa, hissedarlar umumi heyetinin toplandı-
ğı yer kanununa, bu da yoksa mutad olarak müdüriyetinin veya idare
meclisinin bulunduğu yer kanununa göre tayin edilir. Şayet bu kanunlar
adı veya ticarî şirketler arasında bir tefrik yapmıyorlarsa şirketi; dâva-
nın rüyet edildiği memleketin ticaret siciline mukayyed olup olmadığına
göre ticarî veya adı sınıfını alır. Ticaret sicili yoksa, dâvanın rüyet edil-
diği memleketin kanunu tatbik olunur.

② — 1924 tarihli Quebec medeni kanunu:

Madde 6 — Aşağı Kanada hudutları dahilinde bulunan *gayrimenkul*
mallar hakkında Quebec kanunu hükümleri uygulanır.

Menkul mallar malikin ikametgâhı kanuna tabidir. Şukadar ki aşa-
ğıdaki meseleler Quebec kanununa göre hallolunur.

Malların vasfı veya mahiyeti; imtiyaz ve rehin hakları zilyedlik ih-
tilâfları, mahkemelerin salâhiyeti ve muhakeme usulü cebri icra ve ihti-

yatı haciz usulü, amme nizamı ve hükümdar emlâkine mütaallık ihtilâflarla bu kanunda sarahaten tanzim edilmiş olan diğer meseleler.

③ Liechtenstein Prenslığı medeni kanunu:

Madde 10 — Birşeyin *menkul veya gayrimenkul* olarak tavsifi, şeyin bulunduğu mahal kanununa göre yapılır.

II — Tavsif ihtilflarının anlaşmalar ile halli :

Muhtelif milletlerin ihtilâf kaidelerinde anlaşmaları, ancak bu milletlerin tavsif hususunda anlaşmış bulunmaları halinde bir kıymet ifade eder. Kahn'ın tabiri veçhile "gizli ihtilâflar" baki kaldığı müddetce aşikâr ihtilâfları halletmiş olmanın hiçbir faidesi yoktur. Son zamanlardaki milletlerarası anlaşmalarda tavsif meselesi iki şekilde halledilmektedir.

1 — Devletler yaptıkları anlaşmalarda muayyen bir hukukî müessesenin müşterek bir tavsifini bizzat yaparlar ve anlaşma metnine geçirirler. Artık âkit devletlerin mahkemeleri için ilk bakışta hiçbir tereddüt mevzuu kalmaz, buna (qualification commune) denir (35).

2 — Yahutta falan hukukî müessesenin tavsifi falan millî kanuna göre meselâ Lex Fori'ye veya Lex Causae'ye göre yapılacaktır derler.

Bunlardan birincisi muhakkak ki en mükemmelidir. Gerek nazari, gerek ameli bakımdan en kusursuzudur. Fakat yapılması güçtür. Bunun için devletler ekseriya ikinci yola sapar ve tavsifi muayyen bir kanuna havale etmekle işin içinden çıkarlar. Halbuki bu tarz oldukça tehlikelidir.

3 — Nihayet üçüncü bir ihtimal de zikir edilebilir ki buda anlaşmaların çok defa olduğu gibi, tavsif hakkında hiçbir sarahatı ihtiva etmemeleri; meskût geçmeleridir. Bu takdirde iki hareket tarzı düşünülebilir: Ya anlaşmayı, tavsif hususundaki sükûtundan dolayı tatbik etmemek, yahutta mahkemenin kanununu tatbik etmek.

I; *Müşterek tavsifler* (Les qualifications communes) bunlar da birkaç türlü yapılır :

A — Bazen devletler bir anlaşmaya tanınacak olan tatbik sahasını tahdit ve tarif ile iktifa ederler. Bunlar muhtasar tavsifler demektir. Bunlarda bir takım haklar veya hukukî durumlar tadat edilmekle ikti-

(35) Robert Plaisant — Les règles des conflits de lois dans les traites 1946 Paris

fa edilir, fakat bunların inşai unsurları zikir edilmez. Aşağıdaki andlaşmalar bu şekilde yapılmış tâdâdi tavsifleri ihtiva ederler.

a — *Sınâî mülkiyet hakkına* 6.11.1945 tarihli La Haye mukavelenemesi:

(Sınâî mülkiyetin himayesine mütedair 20.3.1883 tarihli Paris ittihadı mukavelesini muaddil).

Madde 1 — Akid memleketler sınâî mülkiyetin himayesi için bir ittihad teşkil etmişlerdir. Sınâî mülkiyetin himayesine mevzu teşkil eden hususlar: İhtira beratları, faydalı modeller, sınâî resim ve modeller, fabrika ve ticaret markaları, ticaret unvanları, mevrid işaretleri veya menşe unvanları, gayrikanunî rekabetin men ve tecziyesinden ibarettir.

Sınâî mülkiyet en geniş mânası dahilinde nazari itibara alınır ve asıl sanayi ve ticarete münhasır olmayıp (şarap, hububat, tütün yaprakları, meyveler, hayvanat.... gibi) Ziraî sanatlar ve (madenler, maden suları.... gibi) istihracî sanatlar sahasında da tatbik olunur.

İhtira beratları arasında akîd memleketler kanunları tarafından kabul edilmiş olan idhal beratları ve ıslâh ve ikmal beratları, ilâve berat ve tasdiknameleri gibi muhtelif nevi sınâî beratlar da dahildir.

b — *Edebi ve artistik eser hakkında* Bern Konvansiyonu: (9.9.1886 da kararlaşıp 13.11.1908 de Berlin'de, 2.6.1928 de Roma'da tadil edilmiştir.)

Madde 2 — (Edebi ve artistik eserler) tabiri, eserlerin ifade şekil ve tarzı her ne olursa olsun; edebi, ilmî, artistik sahaya taallük eden bütün mahsulleri ihtiva eder. Meselâ: kitablar bröşürler, diğer yazılar, konferanslar, hitabeler, vaızlar ve bu mahiyetteki diğer eserler, dramlar ve musikili dram eserleri, sahneya konmaları yazı ile veya diğer bir suretle tesbit edilmiş bulunan raks eserleri ve pandomimaler, sözlü veya sözsüz musiki parçaları, coğrafya, topoğrafya, mimariye ve fünuna mütaallik plânlar, krokiler ve plâstik eserler.

c — *Miras hakkında* : V inci ve VI ıncı La Haye konferansları projesi: "Mirasci olabilecek kimselerin tayini, Mirasciler arasındaki derecenin tesbiti; mirascilere düşecek hisseler, miras taksimi, tasarruf nisabı, ve mahfuz hisseler müteveffanın millî kanununa tabidir".

ç — *Miras hakkında*: 7.5.1925 Çek - Romen andlaşması :

Madde 24 — Evvelki paragrafdaki mânada miras hukukundan şunlar kastedilmiştir: Kanunî tevariüs vasiyet ile ve vasiyetin tadilî yolu

ile tevârüs, miras mukavelesi, ölüme bağlı hibe, mahlûl miras üzerinde devletin hakları.”

d — *Ahvali şahsiye hakkında* : 24.7.1923 tarihli Lozan antlaşması.

İkâmet ve selâhiyeti adliye hakkında mukavelename:

Madde 16 — Türkiye ile diğer düveli âkide arasında mukarerdirki ahkâmi şahsiye mevadinde yani nikâh, iştiraki emvali zevceyn, talâk, tefrikiyeden, cihaz, ibbüvvet, nübüvvet, tebennî, ehliyeti şahsiye, rüşt vesayet, kayyumluk, hacir mesalinde, ve alelittlak hukukiaile mesalinde düveli mezkürenin Türkiye’de mütemekkin olan veya orada bulunan tebasına karşı ancak ahkâmi şahsiyesi mevzubahs olan tarafın tabi olduğu memlekette munakid mehakimi milliye veya diğer makamati milliye haizi selâhiyet olacaktır.

İşbu hüküm hukuku beyned düvele veya akdölunabilecek mukavelati hususiyeye nazaran konsolosların nüfus vukuatına mütaallik mevadde haiz oldukları vezaifi mahsusayı haleldar etmediği gibi tarafeynin mehakimi milliye ve diğer makamati milliyelerinin dairei selâhiyetlerine dahil olduğu berveçhibalâ tasdik kılınan meseile ait delail ve beyyinati Türkiye mehakiminin talep ve kabul hususundaki haklarına da hâlel vermez.

I inci fıkra hükmünden müstesna olarak, şayet dâvada alâkadar olanların kâffesi Türkiye mehakiminin kazasına tahriren razı olurlarsa, mehakimi mezkûre, tarafeynin kanunu millisi mucibince karar vermek üzere birinci fıkroda da münderiç mesail hakkında dahi laizi selâhiyet olabileceklerdir.”

e — 8.10.1937 tarihli Türkiye - Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri ittifadi ticaret ve seyrüsefain müahedenamesi ve ticaret ve tediyeye andlaşması: nihai protokol: 7, 8, 13 üncü maddelerine müteferrihan: (“hükmi şahıslar” tabiri ile, bir taraftan ticarî, sınaî, mali ve nakliyatçı Türk şirketleriyle sair her hangi nevi iktisadi hedefli şirketler ve diğer taraftan ticarî, malfî, sınaî ve nakliyatçı Sovyet teşkilâtları ile sair her hangi iktisadi hedefli teşkilâtlar kasdolunmuştur.)

f — 12.10.1925 tarihli Alman-Rus konsolosluk muahedesi:

Nihai protokol II: Sovyet Rusyanın kanunları menkul ve gayrimenkul arasındaki farkı tanımadığından *gayrimenkul mallar* denilen mamelek hakkındaki Lex Rei Sitse hükümleri Sovyet Rusya’da aşağıda sayılan mamelek katagorilerine şamildir: Her nevi bina ve üst hakları.

Bu şekilde yapılan tavsifler ilk bakışta pek elverişli, pek katî gibi görünür ve artık yargıç için tereddüt sebebi kalmadığına hüküm olur. Halbuki biraz derinleşince iş değişir. Filhakika "sınai model" "ihtira be-rati" "artistik eser" gibi mefhumlardan ne anlaşılacak lâzımdır? Her â-kid devlet bu mefhumları aynı şekilde mi anlayacaktır? Eğer farklı şe-kilde anlayacaksa bunların himaye nisbeti de farklı olacaktır. Bu anla-ma farkından dolayı falan memleket filan memlekette daha geniş bir himayeye mazhar olacak, buna mukabil kendisinin bu himaye mevzuu olan hakları daha dar bir çerçeve içinde anlaması yüzünden kendisi di-ğer âkid devletlerin daha az sayıdaki hakkını himaye edecektir. Bu ise andlaşma ile murad olan iktisadi muvazeneyi bozacaktır. Sonra miras ve şahsî hal meselelerini tâdat ile de iş bitmez, burada sayılan haklar-dan her biri ve bunlarla ilgili hususlar ayrıca tavsife muhtaçtır. Bunlar millî kanuna göre mi, yoksa mahkemenin kanununa göre mi vasıflandı-rılacaktır? Burada Birtin'in (Tâli tavsifler) meselesine dönmüş oluyo-ruz. Bazı müellifler netice itibariyle devletler arasında müsavi derecede bir iktisadî himayet görmeyi tazammun eden sınai veya edebi mülkiyet andlaşmaları gibi hususlarda bu maddelerin tahdidî bir şekilde kabulünü, kıyas yolu ile teşmillerden sakınılmasını; buna mukabil ahvalî şahsiye miras gibi dar veya geniş tefsirleri devletlerin iktisadi menfaatlarını sars-mayacak olan hususlarda kıyas yolu ile genişletmelerin caiz olduğunu id-dia ediyorlar. (36).

Filhakika bu suretle yapılan tavsifler faydalı ise de gene R. Plaisant'ın dediği gibi natemamdır. Tavsif ihtilâflarını tahdit eder fakat izale etmez ve andlaşma maddesini tamamlamak için yine millî kanuna başvurma-ı icabeder, (37).

E — Müsterek bir tavsife vasıl olmak için muhtelif milletlerin bir-birlerinden farklı anlayışlarını karşılaştırmak ve birbirleriyle telif et-mek gibi bir güçlükten kurtulmak için bazen andlaşmalarda *münhası-ran maddi vakıalara müstenid tavsifler yapılır*. Böylece maddî ve mü-sahhas vakıalar her âkid devlet tarafından aynı şekilde anlaşılacağından tavsif ihtilâfı oldukça cezri bir şekilde halledilir. Fakat böyle tavsifler bir bakımdan nadirdir. Çünkü tavsif ihtilâfı haddi zatında bir mefhum-lar ihtilâfıdır. Vakıalar ihtilâfı değil. Sonrada hukuk sahasında mün-hasıran vakıaları tavsir ve tayin suretiyle yapılabilecek tavsif halleri pek

(36) — Robert Plaisant: Adı geçen eser Sh: 57

(37) — Aynı yerde,

azdır. Bu kabil, tavsiflere misal olarak VI üncü Lahey konferansındaki anlaşma projesini zikir edebiliriz :

a — Satış akdi hakkında madde . . . 1: Maddî menkul malların satışında prensip itibariyle satıcının kanunu tatbik edilir. Bu kanun bu anlaşmanın tatbiki hususunda aşağıdaki kaidelere göre tayin edilir:

1 — Eger satış, bir ferd tarafından kendi ticari münasebetleri sırasında yahut bir ticarethane, bir şirket veya bir cemiyet tarafından yapılmış ise; bayiin kanunu, mukavelenin yapıldığı anda mukaveleyi akdeden esas müessesenin veya şubenin bulunduğu yer memleketinin dahili kanunudur.

2 — Eger satış bir ferd tarafından fakat kendi ticari münasebetleri haricinde yapılmış ise, bayiin kanunu, mukavelenin akdi sırasında bayiin mutad olarak ikamet ettiği yerin dahili kanunudur.” (Transaction commerciales.)

Mamafi yine (mutad ikametgâh) veya (ticari münasebetler) gibi mefhumların tavsifi gerekmektedir.

c — Tavsifin; *esash bir şekilde ve bahis konusu olan hakkın veya müessesesinin mahiyetini belirtmek suretiyle anlaşmalarda yapılması* : Bu cidden en mükemmel olan şekildir, fakat istisnadır.

a — Misal olarak devletin mahlûl miras üzerindeki hakkının mahiyetine mütedair IV üncü Lahey konferansı anlaşması projesini zikir edebiliriz :

Burada 1904 deki konferansta münakaşa edilmiş olan devletin mirascılık sıfatı bahis konusu olmuştur. Filhakika bu hak, Fransız ve Anglosakson görüşüne göre bir egemenlik hakkıdır ve vârisiz ölen kimse- nin malları sahipsiz kalmamın diye devlet tarafından işgal olunur. Alman ve İsviçre hukukuna göre ise devlet, tıpkı bir kanunî mirascı gibi ve mirascı sıfatıyla mallara tevrüs eder. İşte bu tavsif ihtilâflarını önlemek için proje bunu “hâkimiyet hakkı” olarak tavsif ile kesin bir hal suretine bağlamıştır: “Mevrus mallar buldukları yerin devleti tarafından ancak şu hallerde iktisap edebilirler: Vasiyetname ile tayin edilmiş bir mirascı, veya miras meselesi hakkında kendi kanunu uygulanabilen devlet hariç olmak üzere, başka bir kanunî mirascı bulunmazsa”. O halde meselâ Fransa’da ölen bir Alman’ın vasiyetname ile tayin edilmiş veya kanunî bir mirascısı yoksa bu mallara Fransız devleti konacak demektir. Yani artak kanunî mirascılar meyanındaki Alman devletinin bu hakkı tanın-

mayacaktır. Zira devletin mirascılığı hakimiyet hakkı dolayısıyledir. Mallara hakim olan devlet ise Fransadır.

b — Halbuki aynı mesele 12.10.1925 tarihli Almanya - Rusya ve 5.2.1927 tarihli Almanya - Avusturya anlaşmalarında başka tarzda hâl edilmiş ve devletin mahlûl miras üzerindeki hakkı bir varisli khakkı olarak kabul edilmiştir. Böylece devletler hususî hukuku bakımından en isabetli ve elverişli şekil olan muhtelif müşterek tavsif tarzları daima istisnâ kalmıştır. Çünkü bunların meydana getirilmesi, muhtelif millî hukukların birbiriyle taaruzu yüzünden pek ciddi müşküllerin aşılmasını gerektirmektedir.

c — Diğer taraftan bazı ticarî anlaşmalarda tereddüde mahal bırakmayacak kadar sarîh tavsifler daha doğrusu tariflere rastlanmaktadır. Fakat bunlar daha ziyade bir hususiyet arzeden mefhumların tavsîhi mahiyetindedir:

28.3.1942 tarihli Türkiye - İsviçre ticaret ve tediye anlaşması : Madde 2/2: İşbu anlaşma mucibince "*hususî takas*" tan maksad, mal ihraç veya idhali mukabilinde müsavi kıymette başka mal idhal ve ihracı vecibesini tahmil eden bir muameledir.

2/3 — İşbu anlaşma mucibince "*serbest dövizle satış*" dan maksat satıcının kendi memleketinde selâhiyettar makamlarca mukabilinde bir ithalât yapmak mecburiyeti tahmil edilmeksizin ihracına müsaade edilen malın satışdır.

d — 2/2/1943 tarihli Türkiye - Romanya ticaret ve tediye anlaşması:

Madde : 2 — İşbu anlaşmadaki "*karşılıklı muamele*" tabirinden maksad, mukabilinde müsavi kıymette diğer mallar ithal ve ihracı mecburiyetini tazammun eden bir mal ithal ve ihraç ameliyesidir.

2 — Anlaşmalarda tavsifin bir millî kanuna atfedilmesi: Bu halde birbirine zid millî hukuk telâkkilerini telif edip sentetik bir tavsif yapmak zorluğu yoktur. Yapılacak şey, âkid devletlerin muayyen bir münasebet için Lex Fori veya Lex Causae'den birini seçmesinden ibarettir.

A — *Lex Causae'nin seçilmesinin bazı faydaları vardır* : İhtilâfın tabi olacağı kanun tavsîfi de bizzat yaparsa tatbikatta matlup olan vahdet temin edilmiş olur.

a — Umumiyetle mal meselelerinde, mal tasnifi hususunda bu kanuna atıf yapılır. İhtilâf kaideleri mallara taallûk eden hususların Lex Rei

Sitae'ye tabi olduğunu kabul ederler ki tavsifi de bu selâhiyetli kanuna yaptırmak her bakımdan faydalıdır.

b — Hattâ fikrî hakların (Propriétés intellectuelles) tavsifi dahi yine bu hakların himaye gördükleri memlekt kanununa göre olmalıdır. Çünkü bir fikrî icad kaç memlekette tescil edilmiş ise o kadar fikrî hak şekline inkılâp etmiştir. Yargıç böyle bir hakkı tanımak durumuna gelinece; bu ihtilâflı fikri hakkın doğduğu, tescil edildiği veya ihtira beratinin verildiği, eserin tabedildiği veya oynandığı yerin kanununu tatbik eder. Sinaî ve edebî mülkiyet haklarında durum budur. Yalnız menşei işaretleri hususunda Lex Fori tavsifleri kabul edilir (Paris ittihadı Md: 10)

c — Şahsî statüler hakkında da Lex Causae'nin tatbiki gerekip gerekmediği meselesi hayli münakaşalı olmuştur. Fransada evlenmek isteyen Alman askerlerinin durumu bu ihtilâfın malûm misalidir.

12.6.1902 tarihli La Haye andlaşmasının birinci maddesine göre: "Evlenme akdetmek hakkı mustakbel eşlerden her birinin millî kanunu ile tanzim edilir",.. Fakat bu (evlenme akdetmek hakkından) her devlet aynı mânayı anlamamaktadır. Ezcümle Alman medeni kanununun 315 inci maddesi askerleri, zabıtları ve memurları evlenirken hükümetten müsaade almağa mecbur tutar. Fakat Fransa'da evlenen bir Alman memuru yine müsaade talep edecek midir? Fransa ve Belçika hukuk sistemleri bu milletlerarası andlaşmayı kabul etmekle beraber böyle bir müsaade sistemini kabul etmemişlerdi. Onlara göre bu, âkid serbestisine dayanan ve hususî hukuka giren bir müessesedir. Fakat evlenme manileri bir amme intizamı meselesidir ve dolayısıyla Fransız hukukuna tabidir. Fransız hukukunda ise böyle bir mani yoktur. Yani evlenme ehliyeti bakımından, hükümetten müsaade almamış olmak hali bir noksanlık teşkil etmez. Şu halde mesele bu "müsaade talebi" ni tavsifindedir. Bu bir amme hukuku takyidi midir, yoksa hususî hukuka mütedair bir ehliyet şartı mı? Halbuki Alman millî tavsifine göre mesele tamamen aksidir. Burada müsaade almamış olmak hususî hukuk bakımından bir ehliyet noksanlığı teşkil eder ve âkid devletlerin bu hususî hukuk kaidelerini teyid ve tatbik etmeleri gerekir. Filhakika Lahey andlaşması tavsif hususunda millî kanuna bir faikiyet tanıyordu. Şu halde Alman tavsifinin esas tutulması gerekirdi. Bu ise Fransız ve Belçika hukuklarının temel prensiplerine uymadığından neticede bu iki memleket andlaşmayı feshetti.

d — Keza boşanma hususunda La Haye andlaşması yine Lex Causae'ye selâhiyet tanır.

e — Keza 5.2.1947 tarihli Almanya - Avusturya andlaşmasının 6. maddesinin B bendi "ölüme bağlı tasarruflarda irade sakatlıkları mefhumları (hata' hiyle, cebir) müteveffanın, tasarrufun yapıldığı andaki kanununa tabidir), der.

Keza tüccar ve ticarî muamele hakkındaki 1889 tarihli Montevideo andlaşmasına göre :

Madde 1 — Bir hukukî muamelenin adi veya ticarî olduğu bunun akdedildiği yer kanununa göre tayin edilir. Bir kimsenin tacir olup olmadığı hususu Ticarethanesinin bulunduğu yer kanununa göre tayin edilir.

B — *Lex Fori'ye atf* : Buna evvelâ Bustamante kanununda rastlanır.

a . . *Madde 6* : "Bu kanunda derpiş edilmemiş olan bütün hallerde 3 üncü maddede zikredilmiş olan (38) kanun guruplarına tekabül etmesi icabeden hukukî müessese veya münasebetlere âkid devletlerden her biri kendi tavsiflerini tatbik edecektir. Bu madd ile mevcut fili bir durum bir devletler hukuku kaidesi haline sokulmak istenmiş daha doğrusu başka bir yol bulunmadığı için bizzarure *Lex Fori'ye* gidilmiştir.

(38) Madde 3 — Medeni hakların hatta siyasi teminatların istimali için âkid devletlerden her birinde meri olan kanun ve kaideler aşağıdaki üç gruba dahil sayılmışlardır :

1 — İkametgâhları ve milliyetleri sebebiyle şahıslara tatbik edilen ve onları yabancı memleketlere gittikleri zaman dahi takip eden kanunlara şahsî kanunlar ve dahillî amme hukuku kanunları denir.

2 — Memleket dahilinde oturan, teba olsun olmasın herkesin müsavi surette riayet etmesi gereken kanunlara mülkî, mahallî veya milletlerarası amme intizam kanunları denir.

3 — Yalnız tarafların veya yalnız bir tarafın iradesinin izharı tefsiri ve farzî ile tatbik edilen kanunlara iradi veya hususi nizam kanunları denir.

b — Keza 1925 de toplanan La Haye konferansında aynı vaziyete rastlanır. Bu konferans evvelâ iflâs meselesini tevhid etmek istemiştir. Zira muhtelif memleketlerde şubeleri ve faaliyet sahaları bulunan bir ticarî müessesenin iflâsı halinde çeşitli müşküller zuhur ediyordu. Bu durum tesbit edilmedikçe müessese mütaaddit iflâs hükümlerine tabi tutuluyordu. Proje, âkid devletlerden birisi tarafından hüküm altına alınan bir iflâsın diğerleri tarafından da tanınacağını kabul ediyordu. Fakat andlaşma projesinde (tüccar) tavsifi *Lex Fori'ye* bırakılmıştı. Bu yüzden garip vaziyetler oldu. Meselâ falân memleketin tüccar telâkki ederek iflâs ettirdiği bir kimseyi, filân memleket tüccar olarak tavsif etmiyorsa iflâsı da tanımayacak demkti. Nitekim vaziyeti tenkid eden Niboyet şöyle der: "Eger hakikaten

tatminkâr bir andlaşma yapılmak isteniyorsa, bina için elzem olan bir taşın konması niçin unutuluyor?" Filhakika andlaşmanın tatminkâr olabilmesi için (tüccar) tavsifini bizzat kendisinin yapması lâzımdı.

3 — Antlaşmalarda tavsif meselesi meskût bırakılmışsa ne yapılacaktır?

Burada ancak iki hal sureti düşünülebilir :

A — Antlaşmayı, tatbiki için elzem olan bazı unsurlardan mahrum nakıs bir kanun gibi telâkki etmek ve bu sebeple tatbik etmemek.

B — Antlaşmada tavsif meselesi açıkça belirtilmemiş olduğu halde, iç mevzuatta olduğu gibi burada da antlaşmayı tanzim etmiş olan iradeleri tefsir ederek tevsif hakkındaki boşluğu doldurmak.

Birinci görüş hukukî bakımdan muhakkak ki doğrudur. Antlaşmada tavsifin neye göre yapılacağı bildirilmemişse ihtilâf kaidesinin tatbiki imkânsız olur, zira ilk basamak çıkılmadan ikinciye atlanamaz. Fakat burada da acele etmemek lâzımdır. Böyle katî bir neticeye varmak için Antlaşmanın tavsif hakkında bir sarahat olmadıkça hakikaten tatbik edilmemesi lâzımdır. Meselâ âkid Devletlerden her birinin bahis konusu olan hukukî müessese hakkındaki tavsiflerinin telif edilemeyecek kadar aykırı olması, yahut antlaşmadaki umumî görüşün hiçbir şekilde tefsirine imkân olmaması gibi. Yoksa meselâ her iki devlette de aynı şekilde tavsif edilmiş bir hukukî duruma müteallik bir antlaşmayı tavsif hakkında bir şey belirtmiyor diye tatbik etmemek mânasızdır. Zira hiç bir antlaşma tatbik edilmemek için yapılmaz. Bunların tatbiki mecburidir ve yargıç bu hususta bütün tefsir salâhiyetini kullanmalıdır.

Bu itibarla ikinci görüş hem daha makul hem daha elverişlidir. Yargıç, Antlaşmanın heyeti umumiyesine hâkim olan ruhu, antlaşmada geçen çeşitli unsurları, görüşleri, nihayet ihzarî çalışmaları gözönüne alacak ve tavsif hakkındaki boşluğu dolduracaktır. Hülâsa yargıç, âkid Devletlerin mefruz iradelerinin yerini kendi iradesiyle dolduracaktır. İctihatlarda bunun muhtelif misallerine rastlanır, bu konuya tekrar döneceğiz.

Fakat yargıç bütün tefsir salâhiyetini ve imkânlarını kullandığı halde yine bir sonuca varamamışsa artık iki sıktan birini tercih zorunda kalır : Ya antlaşmayı hiç tatbik etmemek, yahut da Lex fori'ye başvurmak. Birinci ihtimal fazla sert bir usuldür. Esasen antlaşmaların tatbik mecburiyetleri ile telif edilemez. İhtilâfla ilgili fertlere karşı da bir nevi hakkı yerine getirmekten çekinme tesirini yapar. Yargıç, evvelce münakaşasını yaptığımız doktrinlerden en amelîsi olan Lex Fori tezini kabul

edip kendi kanunlarına göre tavsif yapacaktır. Fakat bunun mucip-sebebini artık millî egemenlik kavramıyla değil, âkidlerin bu sükûtlarını, tavsif işini, tatbiki mutata olan Lex Fori'ye terkettiklerine alâmet saymak suretiyle izah etmek lâzımdır. Yani yine âkidlerin iradelerini tefsir ve bıraktıkları boşlukları itmam suretiyle hareket etmek gerektir.

Tavsif ihtilâflarının antlaşmalarla halli ancak müşterek tavsiflerin teşkili halinde tam bir fayda temin eder ki bu da hukukî telâkkileri birbirine yakın Devletler arasında kabil olur.

BEŞİNCİ BÖLÜM

İÇTİHA TLARIN DURUMU

I — Fransız mahkeme içtihatlarından örnekler : A — Eski Hukuk : Rouen Parlement'ının 12.1.1610 tarihli kararı. (Vasiyet konusu gayri menkuller). B — Fransız Yargıtayının (varislerin şüf'a hakkı)na mütedair 8.3.1909 tarihli kararı. C — Fransız Yargıtayının (institution contractuelle) hakkındaki 7.5.1924 tarihli kararı. D — Fransız Yargıtayının (elyazisiyle vasiyetname) hakkında 25.8.1847 tarihli kararı. E — Fransız Yargıtayının Avusturya tebası (musevilerin boşanması) hakkında 29.7.1922 tarihli kararı. F — Paris İstinaf mahkemesinin (Brunswick Dükünün siyasi ehliyetsizliği) hakkındaki 16.1.1836 tarihli kararı. G — Evlenme aktinin şekline mütedair içtihat. I — Paris İstinaf mahkemesinin (hisse senetlerinin) tavsifine mütedair kararı. H. — Paris İstinaf mahkemesinin (deniz nakliyatında ademi mesmuyet iddiası) hakkındaki 6.3.1925 tarihli kararı. J — Antlaşmalardaki boşlukların tefsirine mütedair örnekler.

II — Alman Mahkeme içtihatlarından örnekler ve ilgili notlar : Hamburg İstinaf mahkemesinin (Müruruzamanı)n esasa veya usule taallük ettiğine dair 13.1.1932 tarihli kararı. B — Berlin İstinaf Mahkemesinin (İsviçreli eşlerin Evlenme için vesayet makamından almaları gereken müsaadenin tavsifi) hakkındaki kararı. C — Alman Yargıtayının (Deniz hukukunda haksız fiilin tavsifi hakkındaki 12.11.1932 tarihli kararı. D — Manneheim Bidayet mahkemesinin (İsviçre İcra İflâs Kanunundaki yeni mal tabirinin mânası hakkındaki 11.5.1928 tarihli kararı. E — Boşanma meselesinde mukabil dâva olmadan da dâvacının kabahatli olduğuna hükmolunabileceği hakkındaki 24.2.1928 tarihli kararı. F — Berlin İstinaf mahkemesinin Sovyet kanunlarındaki yazılı şekil mecburiyeti hakkındaki 25.10.1927 tarihli kararı. G — Hamburg istinaf Mahkemesinin döviz alacağının tesisi günündeki rayice göre İngiliz lirasına tahvil edileceği yolundaki İngiliz hukuk kaidesinin maddî hukuktan olduğuna mütedair 15.5.1929 tarihli kararı. H — İngiliz Hukukuna göre nesebi sahih olmanın çocuğun durumu ve ananın talep haklarına mütedair 20.12.1926 tarihli Gera Sulh mahkemesi kararı. I — Aynı meseleye mütedair Charlottenburg Mahkemesinin 25.10.1928 tarihli kararı. J — Alman Yargıtayının mal tasnifi hakkında 15.7.1934 tarihli kararı. K — Hamburg İstinaf Mahkemesinin 30.7.1934 tarihli temel-lük edenin borçluya ihbar mükellefiyetinin mahiyeti hakkındaki kararı. L — Berlin İstinaf Mahkemesinin Boşanmadan sonraki mal mukavelesi hakkında 25.9.1938 ta-

rihli kararı. M — Alman yargıtayının mirascılık hakkına mütedair 7.7.1932 tarihli kararı. N — Antlaşmaların tefsirine vesile olan kararlar.

III — Canada (Quebec) — Saskatschewan İstinaf Mahkemesinin 11.6.1932 tarihli kararı. (Müstakbel eşler arasında ve içlerinden sağ kalacak taraf lehine yapılan hibe akdi hakkında.)

I — Fransız Hukuku :

A — Eski Hukuk : Rouen Parlement'inin 12.1.1610 tarihli kararından hülâsa :

(Tavsif nazariyesi ortaya atılmadan evvel, mahkemeler tavsif meselelerini umumiyetle Lex Fori'ye göre hallediyorlardı. Yalnız, mal ve şahısların pek kabataslak bir tasnifini yaparak bunları Lex Causae'ye bırakıyorlardı.)

Rouen kararında hâdise şuydu : Paristeki fakirler lehine, yine Pariste bir vasiyetname tanzim edilmişti. Fakat vasiyet konusu olan gayri menkuller Normandiyada idi. Ve vasiyetname de murisin ölümünden evvelki üç ayın içinde yapılmıştı. Halbuki, Normandiya hukukuna göre böyle ölümden evvelki üç ay içinde yapılan vasiyetler muteber değildi. Paris mahkemesi bu kaydı miras meselesine mütedair olarak kabul etti. Miras meselesi ise malların bulunduğu yer kanununa tabi idi. Yani hâdisede Normandiya örf, âdet code'unun 422 nci maddesinin tatbiki gerekirdi. Böylece Pariste tanzim edilen vasiyetname batıl addedilmiştir.

B — Malta kanununun hükümlerine tabi olan bir menkul mirasta (varislerin şüf'a hakları = retrait successoral) meselesi malların taksimine değil, irsi intikale mütedair bir husus olarak telâkki edilmiştir. (8.3.1909)

C — Fransız hukukundaki (institution Contractuelle) Cass. req. 7 Mayıs 1924.

Mirasa mı, yoksa karı koca mallarının idaresine mi girer? Fransada kâin gayri menkuller hakkında mevzu bahis olan böyle bir durumun miras hukukuna girdiği kabul edilirse Fransız hukuku, karı koca mallarının idaresine taallûku kabul edilirse İtalyan kanunu tatbik edilir. Mahkeme, Fransız tavsifini kabul ile miras hukukuna ithal etmiş ve bunu muteber addetmiştir. Halbuki İtalya'da olsa idi batıl olacaktı.

D — Vasiyetname : Cass. Civ 25 août 1847.

Fransa'da elyazısıyla bir vasiyetname tanzim etmiş olan bir İngilizin durumu: malûmdur ki İngiliz hukukuna göre elyazısıyla vasiyetna-

me memnudur. Vasiyetnamenin şekli bir ehliyet meselesi telâkki edilseydi İngiliz kanununun tatbiki gerekirdi.

Fransız mahkemesi bunu iradenin izharına taallûk eden haricî resmîyet ve aleniyet şekli olarak kabul ile kendi tavsifini kabul etmiş ve vasiyetnameyi muteber addetmiştir.

E — *Boşanma* : Cass. 29. Juillet 1922.

Avusturya kanununda musevilerin dâva açmadan evvel hahamın huzuruna çıkmaları mecburiyeti vardı ki, bu, esasa taallûk eden bir kaide sayılır. Fakat Fransız mahkemesi bunu bir şekil meselesi telâkki etmiş ve Fransız kanununu tatbik etmiştir.

F — *Siyasî ehliyetsizlik* :

Brunsvick Dükü 1830 da, siyasî sebeplerden dolayı mallarına tasarruftan menedilmişti. Fransaya iltica eden Dük, oraya, mühim bir servet getirdi. Dük hakkında alınmış olan tedbirlerin Fransa'da da cari ve muteber olup olmayacağı mevzu bahis idi. Mahkeme bunu reddetti. Çünkü ecnebi memleketteki hacir tedbiri ehliyete müteallik bir tedbir olmayıp Dükalığın siyasî emniyetini ilgilendiren bir tedbir olarak telâkki edildi. Filhakika ehliyete müteallik telâkki edilseydi, Millî kanunun yani Dükalığın tedbirinin kabulü lâzım gelirdi. Fakat siyasî bir tedbir mahiyetinde addedildiği için ve siyasî tedbirlerde esaslı bir surette mülki mahiyette oldukları için Fransa'da Dükün tasarruf ehliyeti kabul edilmişti.

Esasen Dükün ehliyetsizliği, hususî hukuka değil, âmme hukukuna giren siyasî bir ehliyetsizlik idi. Verilen kararda aynen şöyle deniyordu :

“Şekli, sadır olduğu makam, tatbik mevkiine koyan makam, verilmesine âmil olan ahval ve şerait ve istinat ettiği delâil itibariyle, bu hacir muamelesi; hükümleri *medenî hukuk tarafından* tanzim edilemeyecek olan esaslı bir surette siyasî bir tasarruf idi.”

G — Izdivaç akdine taallûk eden haricî eşkâl münhasıran Fransız kanununa tabidir.

H — Mukavelevî durumlar : Paris İstinaf Mahkemesinin 6.3.1925 tarihli İçtihad,d kararı :

Deniz nakliyatında geçen bir ademi - mesmuyet şartının hukuk usulüne mi yoksa nakil mukavelesinin icrasına mı ithali gerektiği meselesini Fransız Hukuk sistemine göre hallederek mukavelenin esasına taallûk eden bir husus olarak kabul etmiştir.

Diğer misal : Yataklı vagonla nakil mukavelesi bir nakliye mukavelesi midir, yoksa bir otel kiralama mukavelesi mi? Roma mahkemesi 21.9.1922 tarihli kararında bunu Lex Fori'ye göre bir nakliye mukavelesi olarak kabul etmiştir.

I — Hisse senetlerinin menkul veya gayri menkul oluşu, ikametgâh meselesi, salâhiyet meselesi, tüccar ve ticarî muamele mefhumları daima Lex Fori'ye göre tavsif olunur.

J — Antlaşmalardaki boşlukların tefsir yoluyla doldurulmasına ait örnekler: (39):

1 — İsviçre Federal Mahkemesinin 6.12.1937 tarihli kararı : “İndigents” tabiri hakkında: La Haye anlaşmasının usule dair bazı maddeleri bütün mumzî Devlet tebalarının adlı müzaheretten faydalanmalarını istihdaf ediyordu. Burada adlı müzaherete müstahak olan “yerli - indigents” lerin tarifi lâzımdı. Mahkemenin hal tarzı şöyledir: “... başka tabirle, La Haye antlaşması, ister bizzat antlaşma metninde dercedilsin, ister tarifi tatbikağa terk edilmiş olsun, herhalde bütün âkid devletler için mecburî olan bir yerlilik “indigence” mefhumuna dayanmamaktadır. Belki sadece âkid devletlerden her birinin diğer devlet tebalarına kendi tebalarıyla müsavi muamele yapmasını istemektedir.” demek ki anlaşmaya İsviçre Hukukunun yerlilik mefhumu tatbik edilecekti.

2 — Seine mahkemesinin 4.3.1932 tarihli kararı : Gemilerin istimvali hakkında.

VI ncı La Haye anlaşması istimval mefhumu hakkında katî bir tavsifi ihtiva etmiyordu. Bu itibarla ilk bakışta millî kanunu bu muameleyi kendisi için elverişli şartlara tabi tutmakta serbest bırakıyor gibi görünüyordu. Fakat mahkeme, antlaşmanın, istimvali, müsadereye mukabil olarak kullandığını, dolayısıyla istimvali hakkından zımnî bir tavsif yaptığını, böylelikle millî kanunun tatbik sahasını ancak bu muamelelerin icra safhasına inhisar ettirdiğini kabul etti. Bu tefsirin sıhhati, gerek ihzarî çalışmalar, gerek Dernek Başkanının muhtelif beyanatı ile teyid edilmiştir. Böylece âkidlerin müşterek bir tavsif hususundaki iradeleri tefsir yoluyla açıklanabilmektedir.

3 — Req. 14.5.1923: Saint - Germain anlaşmasına göre Avusturya-Macaristan ordusunda harbetmiş olan Avusturya - Macaristan tebaalarının Fransadaki malları haciz ve tasfiye edilerek bedeli harp borçlarının

tasfiyesi hesabına geçirilecekti. Acaba bu hüküm; aynı orduda Fransaya karşı harbetmiş olan bir vatansızın malları hakkında da tatbik edilebilir miydi? Mahkeme, yabancı bayrak altında Fransaya karşı harbetmiş olan bütün kimselerin Fransadaki malları hakkında aynı tarzda hareket edileceği neticesine vararak antlaşmayı bu yolda tefsir etmiştir.

II — Alman mahkeme içtihatlarından bazı örnekler ve bu kararlar hakkındaki tenkidler :

A — Zamanaşımı (müruruzaman) müessesesi hakkında: (Hamburg İstinaf Mh. 13.1.1932 tarihli kararı ve bu karar hakkında AGO ve REISER'in notları) (40).

1 — Müruru zaman meselesine tatbik edilecek kanun, vecibe münasebetini tanzim eden kanundur.

2 — İngilterede kabul edilecek bir kambio taahhüdü hakkında İngiliz kanunu tatbik edilir.

3 — İngiliz mahkemeleri ne zaman müruruzaman meselesini tetkik etseler daima Lex Fori'yi tatbik ederler.

4 — İngiliz hukuk telâkkisine göre müruruzamanın maddî hukuka dahil bir müessese olarak mı, yoksa usul hukukuna giren bir müessese olarak mı tavsif edileceği meselesinin halli zarureti yoktur. Zira İngiliz hukukuna göre müruruzamanın hükümleri esas itibariyle Alman hukukundaki müruruzaman hükümlerinin aynıdır.

5 — Binaenaleyh İngiliz kanununa tabi bir dâvada İngiliz hukukunun müruruzaman hükümleri tatbik edilir.

6 — İngilterede ise bir kambiyo alacaklısının bir poliçeyi kabul edene karşı olan taleplerinin müruruzaman müddeti 6 senedir.

Pr. Dr. Roberto AGO'nun bu karar hakkındaki mülâhazalarının hü-lâsası (41) :

Alman ve Anglo - Sakson hukuklarında iskati müruruzaman müessesenin mahiyeti. Mahkemenin dâvayı tetkik ettiği tavsif zaviyesinin iki cephesi. Muayyen bir münasebete tatbiki kabil olan kanunun tayininden ibaret olan ve Devletler Hususî Hukuku kaidelerinin tefsirine taallûk eden mesele ile, yani TAVSİF meselesi ile, ihtilâf kaidesinde gösterilen yabancı hukuk sistemi kaidelerinin tefsirini birbirine karıştır-

(40) *Giurisprudenza Comparata Di Diritto Internazionale Privato. Volume. I. n: 40. Sh: 168.*

(41) *Giurisprudenza Comparata Di Diritto Internazionale Privato.*

mamak lüzumu. Böyle bir karıştırmanın iskatî müruruzaman hakkında Alman doktrin ve içtihatlarındaki neticeleri. Nihayet mahkemenin, müruruzaman meselesine, sanki ortada bir maddî hukuk meselesi varmış gibi ve sırf bu suretle Alman hukukuna da tekabül etmekte olması yüzünden İngiliz hukuk sistemini tatbik etmek istemesindeki hata.

Aynı karar hakkında Pr. Dr. Ludwig REISER'in fikirleri(42) :

“Dâva müruruzamanı Almanyada bir maddî hukuk müessesesi olarak telâkki edildiği halde, İngiliz hukuku bunu bir usul müessesesi gibi telâkki eder. Bu farklı tefsirlerden doğan meselenin muhtelif tarzlarda halline çalışılmaktadır. Alman Temyiz Mahkemesi çok eski ve çok münakaşalı içtihatlarında maddî İngiliz hukukuna tabi bir dâvada hem Alman maddî müruruzaman hükümlerinin, hem de İngiliz usul hukukuna müteallik müruruzaman hükümlerinin tatbikini reddederek, talep hakkını güya müruruzamana tabi olmıyan bir alacak gibi telâkki ettiği halde Hamburg istinaf mahkemesi Alman ve İngiliz müruruzaman müesseselerinin hukukî neticelerini birbirleriyle mukayese ederek bunların esaslı noktalarda birbirlerinin aynı olduklarını görmüş ve İngiliz kanundaki müruruzaman hükümlerini tatbik etmiştir.

Rabel'de, müruruzaman müessesesinin hukuk sitemi içinde ifa ettiği rolü tetkik eder, ve çatışan sistemlerin iç hukuklarında bu müessesenin nasıl tavsif edilmiş olduğuna bakılmaksızın umumiyetle dâvaya kabili tatbik olan kanunun, bu dâvanın süreden (delâi) nasıl müteessir olacağını da tayin edebileceğini bir ihtilâf kaidesi gibi kabul ederek aynı neticeye varır.

B — “Yabancı memlekette evlenen İsviçreli eşlerin vesayet makamlarından müsaade almamış olmaları hali.”

(Berlin İstinaf mahkemesinin 23,6,1932 tarihli kararı (43).

1 — Alman Tapu sicilli nizamnamesinin 34 üncü maddesine göre eşler arasında mal ayrılığı rejiminin cari olduğu hususu, karı koca mal rejiminin sicilli mahsusuna mukayyet bulunduğunu bildiren bir senedin tapu siciline verilmesiyle isbat olunur. Bu hüküm, Alman karı - koca malları sicilinin, ecnebi eşler arasındaki mal rejimlerinin de tesciline cevaz vermesi nisbetinde yabancı eşler arasındaki mal ayrılığı rejimine de

(42) Aynı eser: Sh: 171.

(43) Giurisprudenza Comparata di Diritto Internazionale Privato. Volume V.N. 37 sh: 64. KKG 1 23.6.1932 Jahrbfreiw GBK 10 (1933) 186; HRR 1933, n. 205.

tatbik olunur. Bu ise, yabancı eşlerin Almanyada ikametgh edinmiş olmaları halinde kabildir.

2 — Karı - koca malları siciline geçirilen kayıtlar ihdası mahiyette olmayıp, ancak izharî mahiyettedir. Şu halde kayd muhtevasının doğru luğu ile, tapu sicili alâkadar olmaz.

3 — Memleket içinde ikametgâhı olan yabancı eşlerin karı - koca mallarının idaresi hususunda kocanın evlilik sırasında mensup olduğu devlet kanunları tatbik olunur. Şayet bu hukuk, Alman hukukuna atıf yapmakta ise Alman hukuku tatbik olunur. (Alman medenî kanununun meriyet kanunu madde: 27).

4 — İlk ikametgâhlarını yabancı memlekette kurmuş olan İsviçreli eşler arasındaki mal idaresi İsviçre devletler hususî hukuku gereğince, İsviçre hukukuna göre tesbit olunur. Meğer ki mutlak surette ikametgâh mahallindeki yabancı kanunun tatbiki lâzımgale (25.6.1891 tarihli İsviçre federal kanunu madde: 31). Alman hukuku kendisininin tatbiki için böyle bir mutlakiyet iddia etmez.

5 — Alman hukuk telâkkisine göre bir evlenme malları mukavelesinin caiz olup olmaması ve hangi muhtevayı haiz olması gerektiği hususları, karı - koca malları idaresine müteallik meselelerdendir.

6 — İsviçre medenî kanununun 181 inci maddesine göre evlilik zamanında aktedilen evlenme mukavelelerinin sıhhati için resmî şekilde yapılmaları, âkidler tarafından imza edilmeleri ve *bundan başka vesayet makamları tarafından tasvip edilmeleri lâzımdır.*

7 — İsviçre hukuku bakımından vesayet makamının muvafakatinin evlenme mukavelesinin şekil şartlarından olduğu şüpheden âridir. Alman hukukuna göre, Alman hukukunun şekil şartlarına riayet edilmek şartıyla Almanyada aktedilmiş bir hukukî muamele muteberdir. (Alman medenî kanunu tatbikat kanunu: 11). Fakat bu mânada şekil şartının ne demek olduğu Alman hukuk görüşlerine göre tesbit olunur.

8 — İsviçre hukukuna göre İsviçreli eşler, evlenme muvelasi ile, ancak İsviçre medenî kanununda derpiş edilmiş olan mal rejimlerinden birini kabul edebilirler. (İsviçre medenî kanunu 179/2) halbuki Alman devletler hususî hukukuna göre Almanyada mukim yabancı eşler kendi millî kanunları tarafından açıkça menedilmiş olsa bile, Alman hukukuna göre caiz olan bir mal rejimini kabul edebilirler. (Alman tatbikat kanunu: 15 2/2).

10 — Böyle bir evlenme mukavelesinin yapılması için vesayet makamlarının muvafakatına lüzum yoktur.

Yukarıki karara George Melchior tarafından yapılan tenkidin özü(44) :

Müellif, Almanyada İsviçreli eşler arasında aktedilmiş olan bir evlenme mukavelesinin muteberliği aleyhine İsviçre vesayet makamlarından mezuniyet alınmadan yapılmış olması yüzünden kararda serdedilen itirazları redde mütemayildir. Bunun için de İsviçre hukukunun yabancı memlekette ikamet eden İsviçreliler arasında vaki evlenme mukavelelerinde bu mezuniyete lüzum göstermediğine işaret etmektedir.

Hattâ İsviçre hukuku mezuniyetin matlûp olup olmadığı hususunun hallini de Alman kanununa atfetmiş olsaydı yine netice aynı olacaktı, çünkü Alman hukuku zaten böyle bir mezuniyet lüzumunu tanımıyor.

Müellif bundan başka şuna da işaret ediyor : Bir evlenme mukavelesinin hattâ kocanın millî hukukuna muhalif olarak dahi inikad edileceğini kabul eden 15 inci maddesinin 2 nci fıkrasının; eşlerin Alman hukukundan veya Alman devletler arası hususî hukuk kaidelerine göre tatbiki kabil sayılan yabancı hukuktan işlerine gelen her hangi bir rejimi kabulde serbest olacakları mânasına tefsiri gerekmektedir. Binaenaleyh dâvada bir Alman rejiminin kabulüne cevâz vardır.

C — *Deniz hukukunda haksız fiilin tavsifi :*

(Alman Temyiz mahkemesinin 12.11.1932 tarihli kararı) (45) :

1 — Eğer muayyen bir hâdise hukukî bakımdan tetkik edilerek tavsif edilecek ise, Alman mahkemeleri Alman hukuku bakımından hareket etmelidirler.

2 — Gemilerden birinin tayfalarının tek taraflı kusuru yüzünden vâki çatma, Alman kanununa göre, bir haksız fiildir.

3 — Bir haksız fiil muayyen bir devlet ülkesinde vaki olur da zarar bir başka ülkede meydana gelirse, haksız fiil her iki ülkede de vaki olmuş gibi telâkki edilir.

4 — Açık denizdeki gemiler millî devlet ülkesinin aksamından telâkki edilir. Açık denizdeki bir gemide işlenmiş olan haksız fiil, hukukan geminin ait olduğu devlet dahilinde işlenmiş gibi telâkk edilir.

(44) Aynı yerde Sh. 77.

(45) Giurisprudenza Comparata Di Diritto Internazionale Privato Volume. 1. N: 42 sh: 177 RG. 12.11.1932.

5 — Şayet, bir gemide işlenen haksız fiilden diğer bir gemi mutazarrır olursa her iki gemi de haksızfiilin işlendiği mahal gibi telâkki olunur.

6 — Bir haksız fiil iki ayrı devlet ülkesinde aynı zamanda işlenmiş telâkki edildiği takdirde, mağdur, zarar ziyan talebinde bu iki mevzuat sisteminden hangisi daha lehine ise ona istinaden dâva açabilir. Meğer ki Alman tatbikat kanununun 12 nci maddesinde derpiş edilmiş olan istisnâî durum tatbik edile. Filhakika bu istisnaya göre yabancı memekte işlenmiş bir haksız fiilden dolayı bir Alman vatandaşı aleyhine yapılan hak talepleri, Alman kanununda derpiş edilen miktardan daha fazla olmaz.

7 — Gemiler arasındaki çatma halinde mesuliyetin yabancı kanun tarafından başka türlü tanzim edilmiş olması vakıası, bu yabancı kanunun bir Alman kanununun gayesine muhalefeti yüzünden tatbik edilemeyeceği mânasını tazammun etmez. (Tatbikat kanunu madde: 30) *Bu kararın Padova Üniversitesi Profesörlerinden Rolando Quadri tarafından tenkidi (özü) (46).*

Müellif, bu kararla hal edilmiş olan meselenin, iki devlet ülkesi üzerinde işlenen alehtlak bütün haksız fiiller hakkındaki daha umumî bir hâdiseye irca edilebileceği fikrindedir. Haksız fiillerin neticelerinin bu fiillerin vaki oldukları mahal kanununa göre tayin edileceği prensibin böyle hallerde nasıl tatbik edileceğini araştırır. Her iki devlet mevzuatının da müsavi derecede salâhiyettar olacağı fikri ile, bu iki mevzuatın birbiriyle tadil edilerek tatbiki fikrini reddeder. Bundan sonra müellif; bu suç mahallerinden birinin dâvaya bakan mahkemenin devletine ait olup olmamasına göre bir tefrik yapar. Birinci halde müellif bu işte münhasıran Lex Fori'yi salâhiyetli tanır. İkinci halde ise atıf şartları ile mihanikî bir surette tatbiki istenen kanunlardan hangisi Lex Fori'ye daha yakın ise onu salâhiyetli tanır:

D — Mannheim Bidayet Mahkemesinin 11.5.1928 tarihli kararı: Yeni mal tabiri.

... İsviçre icra iflâs kanununun 265 inci maddesinin 2 nci fıkrası hükmü, yalnız usul bakımından değil, maddî hukuk bakımından da ehemmiyetli olup, Alman yargıcı tarafından İsviçre Hukukuna göre halli gereken bir hâdisе hakkında da tatbik edilmelidir.

... İş akdinden doğan gelirler, sözü geçen hükmün mânasında yeni mal (mamelek = neues vermögen) mahiyetinde değildir. (Bu madde Türk İcra kanununun 251 inci maddesine tekabül eder). Kararın gerekçesinde: Yeni mamelek tabirinden ne anlaşılması gerektiği hususu şüphelidir. Her nevi mamelek mi, yoksa, borçlar çıktıktan sonra kalan kısım mı? Bu hususta yegâne müsterek görüş, iş mukavelesinden doğan iş kazancının yalnız başına yeni bir mamelek mahiyetinde olmayıp, ancak iş ücretinden biriktirilmiş olan yani kapitalize edilmiş olan bir tasarruf olduğudur. İş ücretinin yeni bir mamelek olmadığı şundan da anlaşılmaktadır ki, gelir mefhumu başka, mamelek mefhumu ise yine başkadır. Bu itibarla yeni mamelek tabirinden yalnız sermaye mahiyetindeki mamelek anlaşılmalıdır(47).

E — Alman Yargıtayının 24.2.1928 tarihli kararı: Danimarkalı eşlerin boşanmasında dâvacı eşin de kabahatli olduğuna dair bir hüküm, ancak dâva olunan eşin de mukabil dâva açması halinde verilebilir. Zira Danimarka hukuku mukabil dava olmadan kararda davacının da kabahatli olduğu yolundaki bir hükmü kabul etmez. Alman medenî kanununun 1574 üncü maddesinin 1 ve 3 üncü fıkraları boşanma hususunda kimin kabahatli olduğunu hükümde göstermekle Yargıcı mükellef kıldığı nisbette usul hukukundandır(48).

F — Berlin İstinaf mahkemesinin 25.10.1927 tarihli kararı(49) : 500 rubleyi aşan muameleler.

Sovyet Rusya medenî kanununun 136 ncı maddesine göre muayyen bir meblâğı aşan muameleler hakkında şahadet caiz değildir. Bu hüküm maddî hukuka müteallik olduğu için Alman yargıcı Rus hukukuna tabi olan bir hukukî muamele hakkında karar verdiği takdirde bu maddeyi tatbik eylemelidir.

(Gerekçe: Gerçi Sovyet Rusya medenî kanununda 500 rubleyi aşan mukavelelerin yazılı şekilde olması, muteberlik bakımından değil, belki muamelenin isbatı cihetinden talep edilmektedir. Buna rağmen şahadetin caiz olmaması neticesinde kanun tarafından istenen yazılı şekil temin edileceği cihetle mezkûr hüküm, muteberlik şartı olarak telâkki edilmiştir.)

Bir çok bakımlardan münakaşaya değer mahiyette olan bu kararın

(47) Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts im Jahre 1928. N: 9.

(48) Aynı eser: N: 50.

(49) Aynı eser. 1929 senesi. N: 7.

verilmesine sebep olan hâdise şudur: Berlinde merkezi bulunan bir Rus şirketi aleyhine bu şirketin bir memuru tarafından bir dâva açılmıştır. Dâvanın mesnedi Moskovada yazılı şekilde aktedilmiş olan bir hizmet mukavelesi idi. Dâva olunan Rus şirketi, bir itirazda bulunarak mukavelelenin sonradan şifahen tadil edilmiş olduğunu iddia etti. Bunu da şahitle isbata hazır olduğunu bildirdi. Asliye mahkemesi de Rus hukukunu tatbik ederek Rus medenî kanununun 136 ncı maddesine istinatla dâva olunanın şahitle isbat sadedindeki talebini reddetti.

G — Hamburg İstinaf mahkemesinin 15.5.1929 tarihli kararı (50) : Döviz alacakları hakkında.

Bir Alman gemisinin alenî müzayedesinde İngiliz icra yargıcı tarafından yapılan taksimde ipotekli bir döviz alacaklısı, alacağını, ipotegin tesisi günündeki rayice göre almaktadır. Halbuki ipotekli alacaklı ile gemi sahibi arasındaki münasebet için Alman hukuku tatbik edilip te, bu hukuka göre tediye gününün rayici nazarı itibare alınacağı cihetle, ipotekli alacaklı, haksız mal iktisabı bakımından alacağından fazlasını iade etmekle mükelleftir. Gerçi İngiltere'de vaki olan alenî müzayede hakkında İngiliz usul hukuku tatbik olunur. Fakat döviz alacaklarının tesisleri günündeki rayice göre İngiliz lirasına tahvil edileceği yolundaki İngiliz hukuku kaidesi İngiliz maddî hukukundan sayılmalıdır.

H — Gera Sulh mahkemesinin 20.12.1926 tarihli kararı: Nesebi sahih olmıyan çocuk hakkında (51).

İngiliz hukukuna göre nesebi sahih olmıyan çocuğun babasına karşı bir nafaka talebi hakkı yoktur. Fakat ana, kendisinin çocuğa karşı olan nafaka borcuna babanın da iştirâkini talep hakkına sahiptir. Tatbikat kanununun 21 inci maddesine göre, İngiliz hukukunu tatbika mecbur olan Alman Sulh Mahkemesi, her ne kadar babalığın tesbiti dâvasını kabul edemezse de babaya nafakaya iştirâk borcunu tahmil edebilir. Bu hususta İngiliz Hukukundaki azamî hadle mukayyettir.

İ — Charlottenburg sulh mahkemesinin 25.10.1928 tarihli kararı (52): Nafakaya iştirâk talebinin çocuğa devri hakkında.

İngilizden doğma nesebi sahih olmıyan bir çocuk tarafından, Alman baba aleyhine nafaka dâvası açılmıştır. Alman mahkemesi tatbikat kanununun 21 inci maddesine göre İngiliz hukukunu tatbik ederek dâvayı

(50) Aynı eser. 1929 yılı. N: 51.

(51) Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrecht im Jahre 1929. N: 84

(52) N: 85

reddetmiştir. Bunun üzerine dâvacı çocuk, dâvasını ıslah ile, annesinden devralmış olduğu "nafakaya iştirak talebi hakkı" na istinadetmiştir.

Mahkeme, Alman medenî kanununun 400 üncü maddesine göre haczi kabil olmıyan bir alacağın devrinin de kabil olmadığını, nesebi sahih olmıyan bir çocuğun nafaka alacağının ise, Alman hukuk mahkemeleri usulü kanununun 850 nci maddesinin 2 numaralı bendine göre hacze tabi olmadığını ileri sürerek dâvayı reddetmiştir.

J — Alman Yargıtayının 5.7.1934 tarihli kararı(53), mal gurupları hakkındaki ilk tavsifin Lex Causae'ye aidiyeti hakkında.

(Hadise: Çekoslovak tebası bir murisin Almanyada bıraktığı fabrikanın tavsifi bahis konusudur. Çekoslovakya'da merfî olan Eski Avusturya Medenî kanununa göre (md: 298) fabrika menkuldür. Fakat Fabrikanın kâin bulunduğu yer kanunu olan Alman kanununa göre ise fabrika gayri menkudür. O halde ne olacaktır? Karar ilk tavsifi, lex causae'ye bırakır):

Kanun ihtilâflarına müteallik bir kanun maddesini tefsirde bu maddeyi isdar etmiş olan Devletin kanunu esas tutulur. Eğer yabancı hukuk yalnız gayri menkul mallar hakkında Lex rei Sitae olan Alman kanununun tatbikini emretmişse, hangi şeylerin gayri menkul olarak tavsif edileceği meselesinin yine bu yabancı kanuna göre tayini lâzımdır.

K — Hamburg İstinaf mahkemesinin 30-7-1949 tarihli kararı: (54) temellük edenin borçluya ihbar mükellefiyeti hakkında.

Belçika ve Fransız medenî kanunlarının 1690 ıncı maddelerine göre bir alacağı temellük eden kimsenin borçludan, borcun tediyesini, ancak ona resmî bir şekilde yapılan ihbardan veya onun devrî temlik muamelesini kabul ettiğini resmî şekilde beyanından sonra isteyebilir. Bu şartlar ise muamelenin şekline taalluk eden şartlardan değildir. Esasa taalluk eder. Binaenaleyh Belçikalı bir borçlu aleyhine olan bir alacağın temliki muamelesi Almanyada yapılmışsa zikredilen şartlara uygun hareket edilip edilmediği meselesi Belçika kanunlarına göre tayin olunur.

L — *Berlin İstinaf mahkemesinin* 25.9.1939 tarihli kararı. Evlenme mukavelesi.

Memleket içinde yaşayan ecnebi eşler arasında ilerde vaki olarak

(53) R. G. Z. 145, 85.

(54) Hans R.; G; Z; 17 (1934 — B. 623 N: 177)

boşanmadan sonraki mal münasebetlerinin tasfiyesini tanzim eden mukaveleler, bu gibi mukaveleler hususunda kendisine müracaat edilen Alman kanununa göre (Lax fori) karı - koca mallarının idaresine müteallik bir mukavele olarak sayılamaz. (55)

M — *Alman Yargıtayının 7.7.1932 tarihki kararı. Mirasçılık hakkı.*

Bir talep hakkının tavsifi, talebin mesnedine müteallik olduğu için bizzat mesnedi tavsif eden müşterek kanuna göre yapılması lâzımdır. Çünkü ancak bu görüş kabul edildiği takdirde mirasçı olan kimse, miras statüsüne göre kendisine bahşedilen haklardan istifade debilir. Miras statüsüne göre ileri sürülen talep hakkı, miras hukukundan ileri gelmediği mülâhazasıyla reddedilirse, davacı, Alman kanunlarına göre miras hukukundan bir talep hakkına sahip olduğunu ileri sürerek davasını kazanamaz. Çünkü, tatbikat kanununun 25 inci maddesinin 2 inci fıkrasına ancak Alman tebası olduğu takdirde istinad edebilir. Yoksa ecnebî sıfatıyla bu fıkraya istinad edemez. (56)

N — *Antlaşmaların tefsiri suretiyle verilen kararlara örnekler :*

1 — *Alman Yargıtayının 4.2.1931 tarihki kararı: Alacağın doğum anı.* (57)

Milletlerarası antlaşmaların tefsiri için ilk evvelâ antlaşmanın heyeti umumiyesinden, maksadından, ve ihzârî çalışmalarından istihraç edilecek olan âkid devletlerin müşterek iradesine önem verilmesi lâzımdır. Eğer, Almanya ile İsviçre arasında akdedilmiş olan altun şartlı ipotek antlaşmasının lafız ve maksadından (alacağın doğumu) tabirinin Alman veya İsviçre hukukuna göre anlaşılması lâzım geldiği hususunda hiçbir emare istihraç edilemiyorsa Alman yargıcı âkid Devletlerin müşterek iradesini antlaşmanın doğum tarihinden istihraç çalışmalıdır. Bu yoldan da belli bir neticeye varılamadığı ve Alman hukukundan başka bir hukukun tatbiki hakkında tarafların anlaşığına dair hiçbir emare mevcut olmadığı takdirde yargıç, takdir hakkını kullanarak Alman hukukunun hükümlerine göre karar verebilir.

(Yukarki karara mevzu olan hadise: İsviçreli alacaklının mezkûr antlaşmadan istifade edebilmesi için antlaşmada kullanılan (alacağın doğumu) nun 31.7.1914 tarihinden evvele musadif olması lâzımdır. Alacağı temin eden ipotek 8.7.1914 tarihinde tapu siciline kaydedilmiş, ve

(55) Die deutsche Rechtsprechung. im Jahre 1933. Sh: 69. N: 32

(56) " " 1932. Sh: 16. N: 6

(57) " " 1932. Sh: 205 n: 112

ipotek senedi 21.7.1914 tarihinde alacaklıya verilmiştir. Halbuki ödünç olarak verilecek para borçluya ancak 1915 senesinde teslim edilebilmiştir. Alman hukukuna göre ödünç alacaklısının alacağı, ancak ödünç paranın borçluya verilmesi anında doğar. İsviçre hukukuna göre ise, alacak, daha ödünç akdi in'ikad ederetmez doğmuş sayılır. O halde antlaşmada (alacağın doğumu) tabiri hangi manada kullanılmış ise ona göre alacaklı mezkûr antlaşmadan istifade eder veya etmez).

2 — Alman Yargıtayının 2.2.1931 tarihli kararı : (58)

Versay antlaşmasının hükümlerine göre Milletler - Cemiyeti'nin conseyi Almanya ile Polonya arasında ve Silezyada bulunan sosyal sigortaların mameleklerinin kısmen Polonyaya intikali hakkında 9.12.1924 tarihinde bir karar vermiştir. Bu kararda şu hüküm vardır: "La propriété de tous *biens meubles* possédés en Haute-Silésie polonaise par une institution des assurances sociales, est transféré à la Pologne." Her ne kadar antlaşmanın metni lehçe ve Almanca olarak terceme edilmişse de, yalnız Fransızca metin muteber sayılır. İşte bu Fransızca metinde geçen "*biens meubles*" tabirinin Almanca tercemede olduğu gibi yalnız menkull mallar manasına yani Almanca "*bewegliche Sachen*" manasına mı, yoksa Fransız hukukunun anladığı gibi maddî menkullere ilâveten bütün menkulleride içine alacak şekilde geniş bir manaya mı geldiği meselesinden ihtilâf çıkmıştır. Alman Yargıtayının fikrine göre Conseil'in verdiği kararın Fransızca olarak kaleme alınmış olmasından, Fransız medenî kanunu terimlerinin kullanılmış olduğu manası çıkarılmaz. Bu hususta Conseil'in hangi memlekette toplanmış olduğu meselesi de ehemmiyetsizdir. Zaten meselede bu conseil ilk önce Cenevrede sonraları Breslav ve Karakovada ve en sonra Pariste toplanmıştır. Milletler - Cemiyeti organlarının beyanlarındaki medenî hukuk mefhumlarının hangi manaya alınacakları meselesi ancak halin icabına göre halledilir. Mademki sosyal sigortaların mameleklerinin Polonyaya nakli meselesi önceden ve sonradan hep Alman hukukuna tabi olan bir ülkede bahis konusu olmaktadır, o halde conseil'in ilgili mevzuları tavsifi için Alman hukuku mefhumlarından hareket etmiş olması ihtimali vardır. Binaenaleyh, *biens meubles* tabiri hakikatte yalnız Alman hukuk dilinde kullanılan "*bewegliche Sachen*" tabirinin tercemesidir. Eğer Fransız hukukundaki mana kastedilmiş olsaydı onun Almanca karşılığı "*bewegliches Vermögen*" olurdu.

III — Canada mahkemesinden misâl:

Sağ kalan eşe karşılıklı hibeleri ihtiva eden evlenme mukavelesinin tavsifi : (59)

Saskatchewan — Canada İstinaf mahkemelerinin II Haziran 1932 tarihli kararı :

Mustakbel eşler arasında yapılan ve içlerinden önce ölenin bütün mallarının sağ kalan eşe hibe edileceğine mutedair olup mukavele kanununa göre muteber olan bir evlenme mukavelesi yabancı bir memlekette dahi muteberdir. Bu yabancı memleketin, ölen şahıslara ait malların kanuni mirascilerine intikal şekline mutedair merî mevzuatının nasıl olduğuna bakılmaz.

(Kendi mameleklerine mutaallik sarıh anlaşmaların yokluğu halinde Quebec'de ikamet eden eşler mal ortaklığı rejiminden faydalanırlar Halbuki Kanada'nın diğer eyaletlerinde oturanlar mal ayrılığı rejiminden istifade ederler. Her iki halde de evlenmeden önce yapılmış mukavelelerle ister mal ayrılığı ister mal ortaklığı rejimini kurabilirler. Bahis konusu mukavelede münderiç olup karşılıklı hibelere taalluk eden şart daha karmaşık meselelere yol açar: Bu şart, Quebec kanununa göre müteberdi. (Yani evlenmenin inikad mahalline göre) fakat eğer bu muamele yaşayanlar arasında yapılmış bir intikal muamelesi veya bir ölüme bağlı tasarruf gibi telakki edilmek icap ederse selâhiyetli kanun evlilerin evlilik ikâmetgahlerinin bulunduğu mahal yani kocanın ölümü sırasındaki ikâmetgahi ve mallarının bulunduğu mahal (Saskatchewan) kanunu olacaktır. Öyle görünüyorki muamelenin bu kanuna göre muteber olduğu hakkında kendisine istinad edilebilecek olan yeğane delil, bu muameleyi bir hibe veya vasiyet tasarrufu gibi değil de, malların mustakbel intikali için gösterilmiş bir ıvaz (Considération) gibi telekki etmek olacaktır.

Netice

PİLLET'nin bir eserinde dediği gibi "Tavsifler den doğan müşkülâtı halletmeğe çalışacak değiliz, çünkü bu müşküllerin zaten halli imkânsız olduğuna kaniiz "demek, belki, bu hususda söylenecek sözlerin en doğrusu olurdu. Netekim aynı güçlüğe işaret etmiş olan Robert PLAISANT da 1945 yılında Paris Hukuk Fakültesinde müdafaa ettiği pek muvaffak tezinde bu güne kadar bu meselenin halli için sarfedilmiş olan diplomatik gayretlere temas ettikten sonra aynen şöyle der: "De-

(59) Giurisprudenza Comparata Di Diritto Internazionale Privato. I. n: 2 Sh: 10 in re Jutras estate. Court of Appel, Saskatchewan. June II, 1932. 2 W.W. R 533

mek ki tavsifler meselesi Devletlerin istiklâllerinin ve hükümlerinin doğrudan doğruya bir neticesidir. Bu mesele birbirleriyle telifi imkânsız şeyleri telife uğraşmakta, birbirlerine aykırı gerçekliklere cevap olmağa çalışmaktadır. Bu itibarla ancak sun'î, keyfi ve noksan bir şekilde hallolunabilir. Lex fori veya Lex Causae'nin pratik faydaları hakkında yapılacak bir münakaşa boşunadır çünkü bu bir nevi meselesidir. Milletlerarası münasebetlerin ihtiyaçlarına tamamen uygun gel-mese bile hiç değilse rasyonel bir kaideye ancak bazı prensipler vasıtasıyla erişilebilir." (61).

Bu etüdümüzde şimdiye kadar ortaya atılmış olan çeşitli teklifleri ve gerek pratik ihtiyaçların zoruyla gerek millî hükümler fikrinin ibramı ile daima Lex Fori'ye temayül eden tatbikatın çeşitli denemelerini nakle çalıştık. Şimdi bütün bu nazari çalışmalardan uzaklaşarak hukukî vakialara biraz yukardan bakacak olursak, bize kendini zorla kabul ettiren kat'î bir gerçeklikle karşılaşırız: Hukuk sistemlerinin tehalüfü. Bu dün ve bugün için bir vakiydir. Yarın zail olabileceğini düşünsek bile bu yarın herhalde pek yakın değildir. Bu itibarla çeşitli hukuk sistemlerinin gittikçe birbirlerine benzemeğe temayül ettiklerini müşahede ederek ilerde tahakkuku muhtemel bir duruma göre bugün için faidalı olabilecek hal suretleri aramak beyhudedir. Yapılacak şey, eldeki malûmlara göre şimdiki çatışmaları oldukça elverişli bir tarzda halle çalışmaktan ibarettir. NİBOYET'nin yukarda zikrettiğimiz esere yazdığı önsözde işaret ettiği gibi, "Devletler Hususî Hukuku ile uğraşan bir hukukçu, hastanın başı ucunda felsefe yapmamalıdır, sanki hasta olup olmamak onun elindeymiş gibi! Hükümlerlik, kendisiyle uyusulması, bağdaşılması gereken bir vakiydir. hakiki taktik, bundan doğacak çatışmaları hafifletmekten, ve milletlerarası münasebetlerin modern inkişafına tekabül edebilecek vasatî bir hukukî hayat yaratmaktan ibarettir. Tatbikatçı, hangi hastalık için kendisine başvurulduğunu ve hastasının bünyesini bildiği için, koyacağı teşhisin belli başlı unsurlarını ve tatbik edeceği tedavi tarzını da zaten bilir."

Fakat, tatbikatçıya da bir yol göstermek, bir prensip vermek gerekir.

Hukuk sistemlerinin kaçınılmaz başlıklarını bir zaruret, hatta hukukun daima içinde bulunduğu sosyal muhitin şartlarına uyararak inkişaf etmesi bakımından bir nevi terakki âmili olarak kabul ettikten

(60) PILLET - Les Principes de Droit International Privé; Paris. 1903. n: 39

(61) Robert PLAISANT - Les règles de conflit de lois dans les les traités. Paris. 1946, Sh: 49.

sora, bu başkalıkların çatışmalarından imkân nisbetinde az müteessir olmanın çaresini bulmak gerekir. Bu çareyi tatbikatçının takdirine terketmek ancak günlük hadiseleri birbirleriyle tecanüssüz bir şekilde halledip geçiştirmeye yarar. Fakat hukuk ilminden beklenen şey, herhalde keyfi ve istikrarsız bir çok hal suretlerini hadiselere uydurvermesi değildir. Tavsiflerden doğan müşkülleri gerçekliğe uygun bir surette halletmek imkânsızdır. Mesele bu şekilde vazedilmemelidir. Zira gerçeklik bir tehalüfden ibarettir. Bu farklı şeylerden hangisine uyulacaktır? Yahut bir üçüncü mutevassıt had mi icad edilemelidir? İç hukuk mefhumlarının devletler hususî hukukuna has mefhumlar haline sokulması için genişletilip değiştirilmeleri teklifinde bulunanlar zımnen böyle bir halsureti teklif ediyorlar demektir. Görülüyor ki, bahis konusu olan şey, bir gerçekliğe uygunluk değildir, ancak bir tercih meselesi, bir kıymet meselesidir. Bu gibi meselelerse hareket noktalarına göre değişir, bazıları için makul olan hal suretleri diğerleri için gayrî makul görünebilir. Zira hakikatte makullükten ziyade elverişlilik esaslarına göre hareket edilmiştir ve tabiatıyla bazı görüşlere uygun düşen bir hal sureti başka görüşlere uygun gelmemiştir.

Ohalde, ortada sun'î bir uzlaşma ile halli gereken bir çatışma vardır. Yapılacak şey karşılıklı fedakârlık ve iyi niyetle tarafların en az zarar görebilecekleri bir hal suretini sarahatle kabulden ibarettir. Tavsifin hangi kanuna göre yapılacağını bildirmek, yahut muhtelif Devletlerde elbirliğiyle kabul edilecek bir tavsifi bizzat yapıp bu devletlerin tatbikatçalarına arz etmek, muhakkak ki en doğru ve en amelî yodur. Bunu da ancak antlaşmalardan bekliyoruz,

Evvelce temas ettiğimiz gibi antlaşmalarla temin edilecek hal suretlerinden en münasibi, müşterek tavsiflere varmaktır. Fakat bu ancak hukuk sistemleri arasında azçok yakınlık olan Devletler arasında mümkün olur. Onun için, hukuk sistemleri aykırı devletler arasındaki antlaşmalarda da hiç değilse millî kanunlardan birine atıfla işi aydınlatmak lâzımdır. Herhalde antlaşmalarda tavsif hususunun meskût geçilmesi temennî edilir bir şey değildir.

Bunun haricinde, yargıca yapması için tavsiye olunan mukayeseli etüdler, veya millî hukuk mefhumlarının Devletlerarası Hukuka uyacak şekilde tevsi ve tadilleri, tefsir salâhiyetinin son haddine kadar kullanılması gibi usuller daima noksan ve daima keyfi kalmağa makûm tedbirlerdir. İç hukukta bile hukukî mefhumların istikrar bulması ne kadar uzun çalışmalara malolmuştur.

Bu mefhumların yargıçların şahsî bilgi ve kanaatlarına göre şu ve ya bu suretle tadili ne kadar keyfî ve istikrarsız neticelere götürebilir! İctihadlardan aldığımız misallerin bazılarında yargıçların gösterdikleri tefsir zafına hayret etmemek mümkün olmaz. Meselâ İsviçre İcra ve İflâs Kanunundaki yeni memelek tabiri hakkındaki karar bize ne kadar garip gelmektedir. Filhakika Alman mahkemesi, usule mütedair hususlarda yabancı kanununu tatbik etmemesi gerekirken, İsviçre İcra ve İflâs Kanunundaki (yeni memelek) tabirinin maddî hukuka giren bir tavsif olduğunu kabul ederek bu yabancı kanunun tatbikine karar vermiştir. Halbuki maddî hukuka giren bir tavsifi mutlaka yabancı kanuna göre yapması gerkiyorsa bunu İsviçre medenî kanununa göre yapması icap ederdi Yoksa usul hukukuna göre değil. Keza, Sovyet Rusya medenî Kanunundaki 500 rubleden yukarı muamelelerin senede rabtı lüzumuna mütedair olan hükmün maddî hukuka girmesini izah eden gerekçe de aynı derecede zaiftir. Misaller çoğaltılabilir.

Görülüyorki meseleyi Yargıçların takdirine terketmek prensibi, yargıcı rehbersiz bırakmak olur, ve isabetli neticelere vurduramaz. Bu itibarla yapılacak şey, evvelce BARTIN'in de tavsiye etmiş olduğu gibi, milletlerarası antlaşmalara vukuf sahibi hukukçuların da iştirakiyle tafsilât ve teferruata kadar incek etraflı belirli ve tereddüde mahal bırakmıyacak tavsif maddelerinin konmasına çalışmaktan ibarettir. Kanun ihtilâflarının ilk basamağını teşkil eden tavsif ihtilâfları böyle açık ve kesin hal suretlerine bağlanmazsa fâsid bir daire manzarasını arzeden bu müşküller ilânihaye uzatıp gidecektir.