

MİRAS VE VASIYETE TATBİK EDİLECEK KANUN

Doçent Dr. Osman BERKİ

Bir şahsın mamelekinin «Patrimoine-patrimonium.» veya mamelekinin bir cüzünün intikaline külli intikal «Transmission universelle veya Transmission à titre universel-utuniversi» adı verilir. İntikalın bu nev'i, umumiyetle vefat neticesinde vaki olmaktadır.

Bir şahsın muayyen veya müteaddit hak ve borçlarının diğer bir şahsa geçmesi ise hususi yahut cüz'i intikal «Transmission à titre particulier - ut singuli» adını alır ki, bu intikal tarzı, umumiyet itibaryile hayatta olan kimseler arasında ve bir hukuki muamele «acte juridique» ile vaki olur.

Roma hukukunda olduğu gibi, bukünkü hukukta da, iki türlü miras «Hérédité, succession, Hereditas» vardır. Bunlardan birisi, mirasçılar kanun tarafından tâyin edilmiş olan mirastır ki, buna kanuni miras «Succession légale, succession ab intestat, H. legitima» denir.

Diğeri, mirasçılar müteveffa tarafından vasiyet «testament» yolu ile tâyin edilmiş olan mirastır ki, buna da vasiyetli miras «succession testamentaire, H. testamentaria» denilmektedir.

Bilindiği gibi, umumiyetle her hak ve borç miras yoluyla intikal edebilir. Yalnız, müteveffanın «de cujus» tamamen şahsa bağlı olan hak ve borçları bu kaideye istisna teşkil etmektedir. Bu haklar, vefatla ortadan kalkar ve binaenaleyh mirasçılara intikal etmez.

Biz burada, kanuni mirastan ve vasiyetten doğan kanun ihtilâfları «conflits de lois» halledecek olan kanunun hangi kanun olduğunu inceleyecek, salâhiyettar kanunun tatbikına istisna teşkil eden halleri gözden geçireceğiz.

Tetkikatımız tamamiyle nazari sahada kalmıyacak, tatbikat sahasına da intikal edecektir. Bu itibarla, dünya mevzuat ve mahkeme içtihatlarını da incelemeği ihmal etmiyeceğiz.

I. Kanuni mirası idare edecek kanun

Kanuni mirası idare edecek kanun hakkında üç sistem ortaya atılmış bulunmaktadır.

1 — Müteveffanın şahsi kanununun «loi personnelle du de cujus» tatbiki sistemi;

2 — Menkul mirasa «succession mobilière» Müteveffanın şahsi kanununun, gayrimenkul mirasa «succession immobilière» gayrimenkulün bulunduğu yer kanununun «Lex Rei Sitae» tatbiki sistemi;

3 — Menkul olsun, gayrimenkul bulunsun, mirasa mahalli kanunun «Lex Loci-loi locale» tatbiki sistemi;

Bu sistemleri birer birer tetkik edelim.

1 — *Müteveffanın şahsi kanununun tatbiki sistemi:*

Bu sistem, menkul olsun, gayrimenkul olsun, mirasa, müteveffanın şahsi kanununu tatbik etmektedir. Murisin şahsi kanununun tatbiki sistemi mirasın birlik ve umumiliği prensibinden «Principe de l'unité et de l'universalité de la succession» hareket etmektedir.

İşbu sisteme nazaran, ölüm ile intikal eden mamelek «patrimoine» hukuki bir küll, bir bütün teşkil eder. Miras, bir şahsın irade ve iktidarının «puissance» hayatından sonraya teşmilinden başka bir şey değildir. Bu münasebet müteveffanın şahsına bağlıdır. Binaenaleyh, bu hukuk müessesesine onun şahsi kanununun tatbik edilmesi lâzım gelir.

Mirasda, murisin şahsi kanununun tatbik edilmesini kabul eden sistem, biraz sonra inceleyeceğimiz sistemlere müreccahdır. Çünkü, bu sistemde, kanun vâzı terekeyi teşkil eden malların mahiyetine ve buldukları mahalle bakılmaksızın muayyen bir kaideye tâbi olan bir küll teşkil etmiş olduğunu mülâhaza etmektedir. Mamelekin vahdeti «Unité du patrimoine» Prensibiyle tam ahenktar olan bu sistem en esaslı, mant'ki ve hukuki bir sistemdir. Tatbiki zor değildir.

Miras bir «Universalité» teşkil eder. Bu itibarla ona, hususi unsurlarının kâin bulunduğu yer kanununu tatbik etmek imkânı yoktur. Çünkü bu Universalité bir mekâna bağlı değildir. Terekeyi, onu teşkil eden malların mahiyetine göre parçalamak, mirasın mahiyetini inkâr etmek olur.

Bu sistemin diğ̈er bir meziyeti de, mülkiyetin nehçini «l'organisation de la propriété» idare edecek olan kanunla, mirasın intikalini idare etmek hususunda salâhiyetli olan kanunu karıştırmamış olmasıdır.

Mülkiyetin nehçine «Lex Rei Sitae» nin tatbikını isteyen kanun vazunun fikrine iştirak etmemek kabil değildir. Fakat, mekân kanununun gayrimenkul mirasın intikaline tatbik edilmesi mübalâgalı bir nazariyedir. Çünkü, mülkiyetin nehçi ile mirasın intikali arasında bir benzerlik mevcut değildir.

Bununla beraber, mütevaffanın şahsi kanununun, mirasa tatbikını kabul eden sistem münasebetiyle birtakım müşkilât kendini göstremekten geri kalmaz. Şahsi kanunun tatbiki prensibinin ihlâl edemeyeceği beynelmil âmme intizamı «Ordre public international» hükümlerine nasıl hürmet edilecektir?

Bu meselenin halli, yabancı kanunun şahsi hakimiyetinin «souveraineté personnelle» mahalli kanunun mülki hâkimiyetiyle «souveraineté territoriale» ne ölçüde telif edileceğine bağlıdır.

Weiss, bu sureti halli, birçok memleketlerde ve Türkiyede [1] mevzuat tarafından teyit edilmiş bulunan hukukun şahsiyeti nazariyesinde «théorie de la personnalité du droit» bulmak mümkün olduğunu söylüyor.

Weiss, bu doktorini şu şekilde ve veciz bir surette formüle ediyor: Kanun, bir hususi menfaati tanzim ettiği zaman daima şahsın nef'ine dair olur. Kimler için yapılmışsa ancak onları idare eder ve prensip itibariyle bunları her yerde ve her türlü hukuki münasebetlerinde idare etmekle mükelleftir.

Beynelmîl âmme intizamından, iradenin muhtariyetinden «auto-

[1] Kanun ihtilâfları kaidelerini ihtiva eyleyen «canebilerin hukuk ve vezaifi» hakkındaki muvakkat kanunun 4 üncü maddesine göre: «tebeai cenebiyeye müteallik ve emvali gayrimenkuleye ait hükmümlerle devâmi ile mevaddı sairei hukukiye ve ticariye ve cezaiye davaları tebeai Osmaniyeye alâkadar olmasa dahî mehakimi devleti aliyede kavanin ve nizmaat ve usulü osmaniyeye tevfikân rüyet olunur. Şu kadar ki, gayri müslim tebeai cenebiyeye müteallik olupta akit ve feshi nikâh ve terfiki evdan ve libüvvet ve neseb ve tebeani gibi hukuku aileye ve rüş mezunüyet ve hacir ve vesayet gibi ehliyete ve emvali menkuleye ait vasiyet ve terikelere müteallik bulunan idâvaların mehakimi.

Osmaniyede rüyet edilebilmesi tarafeynin birriza müracaatına veya tebeai osmaniyeinin alâkadar bulunmasına veyahut mehakimi osmaniyede derdesti rüyet deaviye müteferri olmasına mütevakkıftır. Ve bu suretle intizamı âmmei devlete mugayir olmamak usretiyle alâkadarının hükümeti metbuaları kavanine tevfikân muamele olunur.

nomie de la volonté» ve Locus Regit actum kaidesinden çıkan istisna ve tahfifler hariçtir [2].

Müteveffanın şahsi kanununun tatbiki kabul edildikten sonra, bu kanun, nasıl tâyin edilecektir? Bu hususta tabiiyete mi «Nationalité», yoksa ikametgâh mefhumuna mı müracaat olunacaktır?

Murisin ikametgâhi kanunun tatbiki mühim mahzurlar doğurabilir. Zira, ikametgâh mefhumu hukukçular arasında fikir ayrılıklarına sebebiyet verdiği gibi, muhtelif hukuk mevzuatı ikametgâhın tâyin ve tesbiti hususunda itirak etmiş değildirlir.

Niboyet, ikametgâh kanununun «Lex domicilii - loi domiciliaire» tatbikına taraftar görünmekte ve ezcümle şöyle demektir: «Modern kontinental avrupa doktorini, miras kanunlarının ailevi mahiyetinden delil gösteriyorlar. Bu kanunların feodal mahiyeti hemen tamamen zail olduğu ve bunlar ailevi bir mahiyeti haiz buldukları muhakkaktır. Fakat, bundan müteveffanın millî kanununun salâhiyeti istihraç edilemez. Bu kanun hal ve ehliyet hususunda salâhiyettardır. Mirasa taallûk eden kanular ne ehliyet ve ne de hal kanunlarından değildir» [3].

De Martens ise, murisin öldüğü zaman malik olduğu malların buldukları yerler ne olursa olsun, bu mallar menkul veya gayrimenkul bulunsun, murisin millî kanununun tatbikına taraftardır.

Bu müellif diyor ki «Roma hukukunun tarifi yani «Hereditas est successio in universum jus quod defunctus habuerit» [4] nazara alınacak olursa, miras, tek bir kanunla idare edilen bir bütün addetmek lâzım gelir. Bu kanun, müteveffanın mensup olduğu devlet kanunu olmalıdır. çünkü, miras, aliye taallûk eden hukuka girer. Ve binaenaleyh ailenin kanunu olan millî kanunla idare edilmelidir» [5]

De Martens, tabiiyet değişmesi halinde, müteveffanın en son tâbi olduğu kanunun tatbik edilmesi lâzım geldiği fikrindedir.

Renault, mirasta millî kanunun salâhiyetine taraftar olanların fikirlerine itirak etmekte ve şöyle demektedir: (Savigny'e göre ferdin ikametgâh kanununa tâbi kılınması bir «Communis opinio» dir. Bununla beraber bize öyle geliyor ki, nazari ve pratik sebepler dolayısıyla millî kanunu takibetmek doğru olur. Tabiiyet öyle bir bağıdır ki, ikametgâh bağından daha ziyade fert üzerinde tesir icra eder. Tabiiyet münasebeti

[2] Weiss, «traité théorique et pratique de droit international privé» T. III, P. 61 v. s.

[3] Niboyet, Manuel de droit international privé, 2^{me} édition, P. 846.

[4] Bu, adage şu şekilde tercüme edilebilir: «Tevâris, müteveffanın haklarına küllî halefiyettir.

[5] De Martens «traité de droit international, t. II, P. 454.

şahsidir, mülki değil. Bir şahsın muayyen bir yerde yerleşmesi bazı hususlarda bu yer kanunlarına tâbi olmasını icabettirir. Fakat bu, vataniyle ve kanunlarıyla alâkasını kesmek demek değildir.

Tabiiyeti teşkil eden müteaddir unsurlar «fiziki, siyasi, ahlâki ve içtimai» şahsın haline ve aile teşkiline tesir eden unsurlardır.

Binaenaleyh, bunları idare edecek olan kanun, ancak millî kanundur [6].

Derhal kaydetmeliyiz ki, verasete millî kanunun tatbiki hususunda teşrii ve siyasi hareketler kendini göstermektedir.

Millî kanunun tatbikını şu devletler kabul etmektedirler:

Almanya [7] (Medenî kanuna methal kanun madde 24 ve 25), Brezilya [8] (1916 tarihli yeni medenî kanun madde 14), Çin [9] (1918 tarihli kanun, madde 20), Japonya [10] (1898 tarihli kanun madde 25), Polonya [11] (1926 tarihli kanun madde 28),

Burada çok enteresan hükümleri ihtiva etmekte olan yeni İtalyan medenî kanununa temas etmeden geçemeyeceğiz.

Yeni İtalyan medenî kanununun başlangıç hükümlerinin 13 maddesine göre, terekeyi teşkil eden mallar nerede bulunursa bulunsun, miras, murisin vefatı zamanında mensup olduğu devlet kanuniyle tanzim olunur.

Aşağıdaki iki halde, millî kanun tatbik edilmemekte, malların kâin olduğu yer, yani İtalyan kanunu hâkim olmaktadır.

a — Malların kâin olduğu mahal kanununun vazettiği âmme intizamı tahditleri halinde.

Meselâ: Müteveffanın millî kanununun tatbiki, İtalyada bulunan gayrimenkuller üzerinde mahalli kanunlarla telifi kabil olmıyan hakların tesisine müncer olursa. (Mütevali fevkalâde ikameler tesisi gibi) bu takdirde İtalyan kanunu tatbik edilir.

b — Aynı hakların iktisabının üçüncü şahıslara karşı dermeyan edilebilmesi için lüzumlu olan formalitelere müteallik mahalli hükümler, miras yoluyla bir gayrimenkuli iktisap edenlere de tatbik edilecektir [12].

[6] Renault, de la succession ab intestat des étrangers en France et des français à l'étranger,» journal du droit international privé, P. 334.

[7] Répertoire de droit international, 1930, t. VII, P. 337.

[8] Aynı Répertoire, 1930, t. VI, P. 173.

[9] Aynı Répertoire, 1930, t. VI, P. 206.

[10] Aynı Répertoire, 1930, t. VI, P. 546.

[11] Bu kanun için Bak. annuaire de législation étrangère, 1926, P.220 et ss.

[12] Bak. Droit international privé de I, Italie, (Répertoire de droit international) 1930, VI, P. 476 et ss.

Hukuku Düvel Enstitüsünün 1880 içtimasında mirasın vahdet ve umumiyeti ve müteveffanın millî kanununun tatbiki sistemi kabul edilmiştir. Aynı prensip 1928 tarihli 6 ıncı La Haye konferansının hazırladığı proje tarafından da teyidedilmiş bulunmaktadır. [13]

Kanuni miras ve vasiyet hakkında kanun ve kaza ihtilâflarına dair olan bu konferans tarafından hazırlanmış bulunan projenin birinci maddesine göre, terekeyi teşkil eden malların mahiyetleri ve buldukları memlekete ne olursa olsun, miras, mirasçıların tâyini, dereceleri, hisseleri ve iade borcu, taksim, tasarruf nı sabı ve mahfuz hisse bakımlarından murisin vefatı zamanındaki millî kanununa tâbidir.

Bu proje aynı zamanda devletler hususi hukukunun, miras bahsinde, en çetin meselâlerinden birini teşkil etmekte olan bir tavsif ihtilâfını da «Conflicts de qualifications» halletmektedir.

Bu ihtilâf, devletin terekeye hâkimiyeti sıfatıyla veya mirasçı olmak itibariyle vaz'iyet etmesinden doğan bir ihtilâftır. Proje bunu, devlet, hükümranlığı itibariyle mirasa vaz'iyet eder prensibi lehinde halletmiş bulunmaktadır. [14]

Filhakika, adı geçen projenin 4 üncü maddesine göre hiçbir musaleh bulunmadığı veya, kanunu, mirasa tatbik edilecek olan devletten sarfınazar, kanuni mirasçı mevcut olmadığı takdirde terekeye dahil olan mallar, toprağında buldukları devlet tarafından iktisap edilir.

Vahdet ve umumiyet prensibini kabul etmekle beraber mirası, müteveffanın millî kanununa «Lex patriae defunctus» tâbi kılmayıp, murisin ikametgâhı kanununa «Lex domicilii defunctus» tâbi kılan mevzuatta mevcuttur.

Bu mevzuat arasında bilhassa Arjantin medenî kanununun 3317 inci maddesini zikredebiliriz. [15]

İsviçre mevzuatında bunlar arasındadır.

Bilindiği gibi, İsviçre medenî kanunu, ecnebilerin mirasına taallük eden hiç bir hüküm ihtiva eylememektedir. Yabancıların mirası, 22/Haziran/1891 tarihli İsviçrede yerleşen ve oturan vatandaşların medenî hukuk münasebetlerine dair olan federal kanunun - loi fédérale sur les

[13] Bu konferansa iştirak eden devletler şunlardır: Almanya, Avusturya, Belçika, Danimarka, İspanya, Finlandiya, Fransa, Büyük Britanya, Macaristan, İtalya, Japonya, Letonya, Lülsenburg, Norveç, Felemenk, Lehistan, Pontakiz, Romanya, Sırp-Hırvat ve İstoven devleti, İsveç, İsviçre ve Çekoslovakya.

[14] Bu projenin menâi için Bak. Goulé ve Niboyet, Recueil de textes usuels de droit international, 1929, t. 2. P. 440 et ss.

[15] Répertoire de droit international, 1930, t. VI, P. 686.

rapports de droit civil des citoyens établis on en séjour - tarafından kabul edilmiş olan hükümlere tâbi bulunmaktadır.

Mezkûr kanunun 32 inci maddesi, bu kanunun hükümlerinin kıyas tarikiyle, İsviçrede ikamet eden yabancılara da tatbik edileceğine dair bir hüküm vazetmektedir. Bunun neticesi, İsviçrede ikamet eden ecnebi-lerin mirasının 22 inci madde mucibince İsviçre kanuniyle idare edileceğidir.

25/Haziran/1891 tarihli federal kanunun 22 inci maddesine göre, miras, müteveffanın son ikametgâhı kanuna tâbidir. [16]

Fakat muris, 22 inci maddenin 2 inci fıkrasının kendisine tanınmış olduğu hakkı kullanabilecektir. Bu fıkraya göre, son arzulara müteallik bir tasarruf (vasiyet) veya miras mukavelesiyle, mirasını mensup olduğu devlet kanununa tâbi kılabilir.

Görülüyor ki, Federal kanunun 22 inci maddesi murise «Professio juris» yapmak hakkını vermiş bulunmaktadır. Bu takdirde de bu ecnebinin malik olduğu ve İsviçrede kâin gayrimenkullere müteallik mirasın yine ecnebi kanunla idare edilebilmesine mani, kanunda hiçbir hüküm mevcut değildir.

İntikal kanunu ne olursa olsun, mirasın müteveffanın son ikametgâhında açılacağını tesbit eden mezkûr kanunun 23 üncü maddesi, mirasın vahdet ve umumiyeti prensibine taallük eylemektedir. O suretle ki, prensip itibariyle terekeyi teşkil eden malların mahiyetine nazaran yapılacak bir tefrik yoktur.

Mirasın vahdeti prensibine vazolunan tek istisna, adı geçen kanunun 28 inci maddesinden çıkmaktadır.

Filhakika, bu maddenin 1 No. 1 fıkrasına nazaran, yabancı mevzuata göre yabancı memlekette ikamet eden isviçreliler, ecnebi hukuku tarafından idare edilmekte iseler, bunların isviçrede kâin gayrimenkullerine İsviçre kanunu tatbik edilir.

2 — Menkul mirasa müteveffanın şahsi kanununu ve gayrimenkul mirasa gayri menkulün bulunduğu mahal kanununu tatbik eden sistem.

Mirastan doğacak kanun ihtilâflarını hal için ileri sürülen ikinci sistem, menkul mirasla, gayrimenkul miras arasında tefrik yapan sistemdir. «Système dualiste»

Bu sistemde, menkul miras, müteveffanın şahsi kanununa [17]

[16] 22 inci madde aynen şöyledir: «La succession est soumise à la loi du dernier domicile du défunt. On peut, toutefois, par une disposition de dernière volonté ou un pacte successoral, soumettre sa succession à la législation du canton pays d'origine.»

[17] Lex personalis, şahsi kanun, ya milli kanun «Lex patriae» veya ikametgâh kanunu «Lex domicilii» dir.

«Lex personalis - loi personnelle» ve gayrimenkul miras, gayrimenkulün kâin olduğu yer kanununa «lex rei sitae» tâbi kılınmaktadır.

Görülüyorki, bu sistem menkul mirası şahsî kanuna tâbi kılmakla [18] «Mabilia personam sequuntur» ve gayrimenkul mirasa, gayrimenkulün bulunduğu kanununu tatbik eylemekle «Tot hereditates quot regiones» [19] prensiplerini teyit etmiş bulunmaktadır.

A — Bu sistemin hukuki kıymeti:

Birçok memleketlerde halen tatbik edilmekte olan bu sistemin hukuki kıymetini tetkik etmek her halde yerinde olur.

Terikeyi teşkil eden malları iki kısma ayırarak bunlara başka başka kanunları tatbik etmek birçok karşılıklara sebebiyet verecektir.

Bu sistemi haklı olarak tenkid eden Weiss demektedir ki: iki şıktan birisi: ya veraset kanunları siyasi kanunlardandır. O halde menkule mütaallik mirasın «Lex rei sitae» nin tesirinden kurtulması anlaşlamaz. Yahutta veraset kanunları hususi menfaatlar gözönünde tutularak vaz edilmiştir. Bu taktirde, müteveffanın ve ailesinin hususi menfaatlerinin, menkul ve gayrimenkul emvalinin başka başka kanunlara tâbi olması neticesine varmak doğru olamaz [20].

Acaba ekonomik bir mülâhaza, vazı kanunu böyle bir sistem kabul etmeye icbar mı etmiştir; diğer bir deyimle, gayrimenkuller lehinde mühim bir kıymet farkı mı mevcuttur?

Şüphe yokturki, artık zamanımızda menkul servet «Fortune mobilière» «Res mobilis, Res Vilis» kaidesinin hüküm sürdüğü devirlerdeki gibi mülâhaza edilemez. O zamanlarda, bütün servet hemen münhasıran esasını gayrimenkullerde buluyordu. Bugün ise menkul servet çok büyük bir ehemmiyet kazanmış bulunmaktadır. Weiss in de dediği gibi, bir asır d anberi menkul servetin önemi hârikulâde bir inkişaf göstermekte, kıymet itibariyle gayri menkule müsavi bulunmaktadır.

Eğer ölüm dolayısıyla gayrimenkul malların intikalinin tanzimini ecnebi bir kanuna terk etmek tehlikesi ise, menkul mirasın intikalini ecnebi bir kanuna tâbi kılmak daha az tehlikeli değildir. [21]

Acaba, âmme intizamı mülâhazası ile mi gayrimenkul mirasa «Lex Rei Sitae» yi tatbik etmek mecburiyeti hasıl olmuştur

[18] Menkuller şahsî takip eder.

[19] Ne kadar memleket (terikeyi teşkil eden malların bulunduğu) o kadar miras vardır.

[20] Weiss, manuel de droit international privé, 1928, 9 me édition p. 597.

[21] Weiss, adı geçen eser, p. 597.

Bu soruya menfi şekilde cevap vermek lâzım gelir kanaatındayız malûm olduğu üzere, beynelmilel âmme intizamı, muayyen bir kanun ihtilâfını halletmek için salâhiyettar olan yabancı bir kanunu hükümsüz bırakmak gayesine matuftur. Beynelmilel âmme intizamı kaideleri yabancı mevzuatın tatbikine mâni olur. Bu kaideler, Devletler hususi hukukuna taallûk eden bütün esasların normal rollerine nihayet verir.

Niboyetnin belirttiği gibi, âmme intizamı mefhumu, ecnebi kanunların tatbikinden doğabilecek zararlara karşı büyük bir çaredir [22].

Beynelmilel âmme intizamı müstekar bir karakteri haizdir. Binaenaleyh, malların menkul ve gayrimenkul olmasına göre değişmez. Bu mefhum menkuller ve gayrimenkuller için aynidir ve aynı tesirleri ıera etmesi icabeder.

Beynelmilel âmme intizamı kaidelerinin hukuki mahiyetinden hareket ederek, bu mefhumun gayrimenkul mirası, gayrimenkulün bulunduğu yer kanuna tâbi tutmağı icabettireceği fikrini ileri sürmek doğru olmaz.

B — Bu sistemin doğuracağı mühim mahzurlar:

Dualiste sistemin hukuki kıymetini gözden geçirdikten sonra tatbikatta sebebolacağı mahzurları araştıralım.

Gayrimenkullere mütaallik mirasa, gayrimenkulün bulunduğu yer kanununun tatbik edilmesi ameli ve ekseriya içinden çıkılmıyacak müşkülâr doğurur.

Mirasın muhtelif memleketlerde açılması halinde, varis her memlette istediği gibi hareket etmek serbestisine maliktir. Bir memlekette mirası kabul eder, başka bir memlekette reddedebilir.

Böylece varis terikenin, başka bir deyimle, müteveffanın alacaklılarının «Créanciers héréditaires» menfaatlerine zarar ıras edebilir. Meselâ, mahza müteveffanın alacaklarını mutazarrır etmek için mirası reddeder. Diğer bir memlekette böyle bir niyeti olmadığı cihetle mirası kabul eder.

Diğer taraftan, mirasa teferru eden hükümlerin her yerde aynı olmayacağı tabiidir. Bundan şu netice çıkar: eğer mirasçı olacak şahıslar, gayrimenkulün bulunduğu memleketlere göre değişiyorsa murisin borçlarının taksimi «Division des dettes du de cujus» karışık bir mesele olur.

Bütün yukarıda söylediklerimize istinat ederek denilebilir ki, mirasa müteveffanın şahsi kanununa tatbik etmeyen ve menkul mirasla gayrimenkul miras arasında tefrik yaparak, gayrimenkule mütaallik mirasa gayri menkulün bulunduğu yer kanununu ve menkule mütaallik mi-

[22] Niboyet, adı geçen eser, p. 525.

rasa müteveffanın şahsi kanununu tatbik eyleyen sistemin kıymeti hukuki olmasından ziyade ananevidir. Bu sistem, modern zamanların icablarına muvafık değildir. Çünkü, hukuk telâkkileri orta çağın, feodalitenin nüfuzundan tamamiyle kurtulmuş bulunmaktadır.

Bir az evvel hukuki kıymetini ve doğuracağı mahzurları belirtmeğe çalıştığımız bu sistem şu devletler tarafından kabul edilmiş bulunmaktadı:

Belçika [23] Bulgaristan [42] Macaristan [25] Romanya [26].

Fransız hukuki mevzuatı, mirastan doğan kanun ihtilâflarını sarih bir şekilde halleden hiçbir hüküm ihtiva etmemektedir. 14/Temmuz/1819 tarihli kanunla lâgvedilen kod Napoleonun 726 ve 912 inci maddeleri mirastan doğacak ihtilâfların hangi kanunla idare edileceğiyle meşğul olmaksızın, yabancıların hukuki vaziyetini bahis mevzuu etmektedir.

Fransız jürisprüdansı, 3 ncü maddenin ikinci fıkrasına istinat ederek gayrimenkule mütaallik mirası, gayrimenkulün bulunduğu mahal kanununa ve menkul mirası, murisin ikametgâhı kanununa tâbi kılmaktadır.

Görülüyorki, Fransada statut nazariyesi tanı bir sadakatla takip edilmektedir.

Hemen kaydetmek lâzımdır ki, hakikatta menkul mirasa müteveffanın millî kanunu tatbik edilmektedir. Şöyle ki: müteveffa anca nadi-ren Fransada hukuki ikametgâhâ maliktir. Binaenaleyh, Fransada fiilî bir ikametgâha «Domicile de fait» malik olduğu mülâhaza edilmekte ve mensup olduğu memlekette ikametgâhını muhafaza etmekte olduğu kabul olunmaktadır.

Rusyaya gelince: burada, ihtilâlden evvelki Rus mevzuatıyla Sovyet Rusya mevzuatının kabul eylemiş oldukları sistemi tetkik etmeden geçmiyeceğiz.

Ihtilâlden evvelki Rus mevzuatı, miras hukukuna mütaallik meseleler hakkında kanun ihtilâfı hükümleri ihtiva etmekte idi.

Filhakika, Devletler hakkındaki kanunların 835 ci maddesine göre, ecnebilerin Rusyada bulunan mallarına taallûk eden mirasları yerliler için olan umumi hükümlerle tâyin olunur. Bu maddeden anlaşıldığı veçhile, Rusyada ecnebilerin mirası Rus kanunlarına tâbi bulunuyordu. Te-

[23] Répertoire de droit international, 1930, T. VI, P. 153.

[24] Aynı répertoire, 1930, T. VI, P. 135.

[25] Aynı répertoire, 1930, T. VI, P. 469.

[26] Aynı répertoire, 1930, T. VII, P. 47.

[27] Bu fıkra aynen şöyledir: «Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi Française»

rekeyi teşkil eden malların menkul veya gayrimenkul olması haizi ehemmiyet değildi, tatbik edilen prensip, mülkiyeti kavanin prensibi idi.

Fakat bu prensibin bazı istisnaları yok değildi. Nitekim, medenî kanunun 1248 inci maddesi mucibince, Türkler tarafından bırakılan menkul mirasın Türkiye konsoloslarına verilmesi kabul edilmekte idi. Şu şartla ki, bırakılan miras 500 rubleyi geçmemiş ve bu terike hakkında Rus mahkemelerinde bir iddia dermeyan edilmemiş olsun.

Mülkiyeti kavanin prensibinin tatbiki, Rusyanın diğer Devletlerle imza ettiği birtakım mukavelelerle tahdit edilmiştir.

Bununla beraber, bu prensibi teyit eden bazı mukavelelerde mevcuttu.

1785 de Avusturya ile, 1859—1858 de İngiltere ve 1872 de İsviçre ile akdedilen mukaveleler bu meyanda zikredilebilir.

1870 tarihinden itibaren Rusya imza ettiği birtakım mukavelelerle gayrimenkul mirası, gayrimenkulün bulunduğu yer kanununa ve menkul mirası da, müteveffanın millî kanununa tâbi kılıyordu. Bu mukaveleler arasında 1874 tarihli Fransız-Rus miras mukavelesiyle, 31 birinciteşrin 1874 Alman-Rus mukavelesi 28 nisan 1875 tarihli İtalya-Rus mukavelesi 20 haziran 1876 İspanya-Rus mukavelesi, 28 mart 1889 tarihli İsveç-Rus ve Norveç ve 15 şubat 1906 tarihli Avusturya-Macaristan-Rus mukavelesi zikredilebilir.

Bütün bu izahlar bize gösteriyorki, çarlık Rusyasında birçok Devletler hakkında gayrimenkul miras gayrimenkullerin bulunduğu mahal kanununa ve menkul miras ta müteveffanın millî kanununa tâbi kılınmıştı.

Sovyet Rusyaya gelince: Sovyet Rusyada ecnebilerin mirası hususunda sovyet mevzuat ve sovyet makamlarının tatbikatı iki prensip arasında tereddüt etmekte idi:

Bunlardan birisi, miras hukukunun tamamen mülki olması prensibi; diğeri, menkul mirasa murisin millî kanununun tatbiki prensibi. Bu prensibin tatbiki, mütekabiliyet şartıyla mümkündü.

Sovyet Rusya miras hukukunun mülki olması prensibi 1922 tarihli yabancılar hakkında Ukrayna ve beyaz rusya nizamnameleriyle vaz edilmiş oluyor. Diğer Sovyet Rusya cumhuriyetleri, mevzuatlarında mevcut boşlukları, kıyas yoluyla, Ukrayna ve beyaz rusya kanun metinleriyle dolduruyorlar.

Fakat, Sovyet Rusya hariciye komiserliği, miras hukukunun mutlak

mülkiyeti prensibini terk eylemiş ve menkul mirası, müteveffanın mensup olduğu Devlet konsolosuna bırakmıştır.

Bugün, miras hukuku sahasında, harici işleri idare eden komiserliğin tatbikatı şu şekilde formüle edilebilir:

Menkul mirasa, murisin milli kanun, gayrimenkul mirasa, gayrimenkulün bulunduğu yer kanunu tatbik edilir. [28]

İran medenî kanununun mukaddimesinin 7 inci maddesinde yazıldığı üzere İranda mukim ecnebler hale, ehliyete ve hukuku irsiyeye merbut meselelerde, muahedelerin hududu dahilinde, mensup oldukları Devletin kanunlarına tabidirler.

Mezkûr kanunun 8 inci maddesinde yazıldığı gibi, İranda ikamet eden yabancıların ahidlere muvafık olarak temellük ettikleri ve edecekleri gayrimenkuller her cihetten İran kanunlarına tâbi olacaktır.

Bu iki maddenin tahlili bizi, İranda da menkul mirasla gayrimenkul miras arasında tefrik yapıldığı neticesine götürür.

Yabancıların ahvali şahsiyelerine dair neşrolunan 1 Haziran 1931 tarihli Irak kanununun 6 inci maddesi hükmü de «Müteveffa ecnebinin İrakta bulunan menkul malları, müteveffanın şahsi kanunu mucibince, varisi yoksa Irak hükümetinin mülkü olur. Velevki, şahsi kanun bu malların ecnebi hükümete intikalini tasrih etmiş olsun» aynı tefrikin İrakta da yapıldığını göstermektedir.

Menkul mirasla gayrimenkul miras arasında tefriki tazammun eden s istemi kabul eden mevzuat arasında Türk mevzuatını da zikretmeliyiz.

Filhakika, Türk Devletler hususi hukuku hükümlerini ihtiva eden 1915 tarihli «Ecneblerin hukuk ve vezaifi» hakkındaki muvakkat kanun, milli kanuna tâbi olan müesseseler arasında yalnız menkul mirası göstermekte, böylece zımnî olarak gayrimenkul mirasın, gayrimenkulün kâin olduğu mahal kanuniyle idare edilmesi prensibini teyit etmiş bulunmaktadır.

Binaenaleyh, Türkiyede ecneblerin gayrimenkule mütaallik mirası, münhasıran gayrimenkulün bulunduğu mahal kanuniyle, yani Türk Medenî Kanuniyle idare edilecektir. Menkul miras ise, Türk kanuniyle değil ve fakat murisin milli kanuniyle tanzim olunacaktır.

Ehemmiyetine binaen 1915 tarihli kanunun 4 üncü maddesini aynen yazmalıyız.

«Tebaaî ecnebiyeye mütaallik ve emvali gayrimenkuleye ait bilcümle deâvi ile mevaddı sairei hukukiye ve ticariye ve cazaiye dâvaları tebeai

[28] Daha fazla tafsilât için Bak. Makarov, Précis de droit international privé d'après la législation et la doctrine russes, P. 45 Oct ss.

Osmaniye alâkadar olmasa dahi mehakimi devleti aliyede kavanin ve nizamat ve usulü Osmaniye tevfikan rüyet olunur. Şu kadarki, gayri müslim tebaai ecnebiyeye mütaallik olup da akit ve feshi nikâh ve tefriki ebdan ve übüvvet ve neseb ve tebenni gibi hukuku âliyye Rüşd ve mezuniyet ve hacir ve vesayet gibi ehliyyete ve emvali menkuleye ait vasiyet ve terikelere mütaallik bulunan dâvaların mehakimi osmaniyede rüyet edilebilmesi tarafeynin biraz müracaatına veya tebaai Osmaniyenin alâkadar bulunmasına veyahut mehâkimi Osmaniyede derdesti rüyet deâviye müteferri olmasına mütevakkıftır. Ve bu suretle intizamı âmmei devlete mugayir olmamak şartıyla alâkadarların hükümeti matbuaları kavaninine ve ihtilâfı kavanin halinde hukuku hususiyei düvel kavaidine tevfikan muamele olunur. [29]

Yabancı devletlerle akdettiğimiz muahedelerde de vasiyet ve kanuni miras hakkında aynı sistemi kabul etmiş bulunmaktayız.

3 — *Mirasa mahalli kanununun tatbiki sistemi.*

Devletler hususi hukukunda mirasa tatbik edilen 3 cü sistem menkul olsun, gayrimenkul olsun, mirasa mahalli kanunu tatbik eden sistemdir. Mahalli kanunun tatbiki sistemi «quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, tetidem patrimonia intelliguntur» [30] prensibinden mülhem olmaktadır.

Bu adage, hukukun mutlak mülkiyeti prensibine «territorialité absolue du droit» sadık kalan doktrine hastır. Bugün de muhtelif devletlerin topraklarına dağılmış olan terike hakkında tatbik edilmektedir.

Cenubi Amerika Kodifikasyonu (1889 tarihli Montevideo mukavelesi madde 95) bu sistemi kabul eylemiş bulunmaktadır.

Menkul ve gayrimenkul mallar arasında hiçbir tefrik yapmaksızın mirası mahalli kanuna tâbi kılan bu sistem, doktrinde taraftar bulamamaktadır.

II Vasiyeti idare edecek kanun

Kanuni mirastan doğan ihtilâflara tatbik edilecek olan kanunun aynı zamanda vasiyetten çıkacak olan kanunlar ihtilâfına da tatbik edilmesi yerinde olur. Bu husus ne doktrinde, ne mahkeme içtihatlarında ve ne de kanun metinlerinde en ufak bir tereddüdü mucip olmamış; kanuni mirası idare eden kanunun, vasiyeti de idare edeceği hakkında tam bir ittifak teessüs etmiştir.

[29] Bu kanunun metni için bak. Tertibi sani düstüru, C. 7. S. 484.

[30] Muhtelif devletlerin topraklarında kâin ne kadar mal varsa o kadar da birbirinden ayrı mâmelek vardır.

Binaenaleyh, mahfuz hisse «réserved» tasarruf nisabı «quotité disponible» meseleleri hep intikal kanuniyle idare olunur.

Eğer, intikal kanunu, murisin millî kanunu ise bu kanun, mahalli kanun ise mahalli kanun tatbik edilecektir. Eğer, menkul miras ile gayrimenkul miras arasında tefrik yapılmış ise, gayrimenkule taallük eden vasiyetler, gayrimenkulün bulunduğu mahal kanunu ile, ve menkule mütaallik bulunan vasiyetler de musinin kanunu ile idare edilir.

III Mirası idare eden kanunun tatbikinde istisnalar

1 — *Âmme intizamı:*

Âmme intizamı «Ordre public» bu istisnaların en mühimidir. Bilindiği üzere, âmme intizamı, Devletler hususi hukukunda, muayyen bir kanun ihtilâfına tatbik edilmesi iktiza eden salâhiyettar kanunun tatbikine mâni olur. Âmme intizamı mefhumunun miras meselelerinde de kendini göstereceği şüphesizdir.

A — *Mirasta âmme intizamının tesirleri:*

Diğer hukuk müesseselerinde olduğu gibi, miras meselelerinde de âmme intizamı mefhumunun tesirleri ikidir: Bu tesirler ya selbî, menfi «négatif» veya hem menfi, hem de müsbet, icabi «Positif» olur.

Âmme intizamının tesirleri menfi olur eğer, intikal kanunu, yani mirası idare eden kanun mucibince muteber ve mahalli kanuna göre memnu bir muameleye taallük eylemekte ise.

Evvelâ menfi bil'ahare müsbet olur. Eğer intikal kanununun tatbikine manî olmakla kalmayıp mahalli kanunun tatbikini de âmir buluyorsa.

Şimdi bu tesirleri misallerle konkretize edelim: Evvelâ âmme intizamının yalnız menfi tesir icra ettiği hâle bir misal verelim:

Malûm olduğu üzere islâm hukukunda köle veya cariyesini azat eden kimse, köle veya cariyesinin varisi olur. ^[31]

^[31] Islâm hukukunda buna «Mevtel'ataka» denir.

Farzedelimki, bir şahıs Türkiyede azat edilmiş kölesinin terikesi üzerinde hak iddia etmektedir. Acaba bu iddiası mesmu olur mu?

Bu soruya verilecek cevap menfidir. Çünkü, bu talep türk âmme intizamına münafidir.

Islâm miras hukukunun bu hükmü Türkiyede tatbik edilmemekle âmme intizamı tamamen menfi bir tesir icra etmiş oluyor.

Âmme intizamının evvelâ menfi ve sonra müsbet tesir icra ettiği hâle misal:

Halihazır Devletler mevzuatına bir göz atacak olursak, mirasçılarının terikenin, daha başka bir tâbirle, murisin borçlarından mesuliyetleri hususunda iki prensibin kabul edilmiş olduğunu görürüz.

Birinci prensibe göre, varis, terikenin borçlarından ancak kendine intikal eden mallar nisbetinde «intra vires successionis» mesul olur. [32]

[32] Alman Kodsiviline ve Anglo-saxon hukukuna göre varis, terikenin borçlarından, kendine intikal eden mallar nisbetinde mes'uldür. İslâm miras hukuku da aynı esası kabul etmiş bulunmaktadır.

İkinci prensibe nazaran, mirasçı, murisin borçlarından kendine intikal eden mallarla değil, bütün mallarıyla «in infinitum» mesul olur «Ultra vires successionis» [33]

İkinci prensibi kabul eden bir memlekette, birinci prensibi teyit eden bir devlete mensup olan murisin mirasçıları, âmme intizamı mülâhazasıyla millî kanunun kabul ettiği şekilde değil, mahalli kanunun emrettiği gibi bütün mallarıyla mesul olurlar. [34]

Şu hale nazaran bir alman, Türkiyede alman tabiiyetinde olan murisinin borçlarından, bütün mallarıyla mesuldür.

Görülüyorki, burada âmme intizamının tesiri, intikal kanununun, yani Alman medenî kanununun mesuliyete mütaallik hükmünün tatbik edilmemesiyle evvelâ menfi olmuştur. Fakat, âmme intizamının tesiri menfi olmakla kalmamış bilâhare Türk kanunu tatbik edilmekle müsbet bir tesir icra etmiştir.

B — Rus miras hukuku ve âmme intizamı:

Mirasta, âmme intizamının ifa ettiği rolü biürmeden evvel Sovyet Rusya miras hukukunun tatbikinin, diğer Devletlerin âmme intizamının aykırı olup olmadığının tetkikini faydeli buluyoruz.

Bilindiği gibi, Sovyet Rusya miras hukuku esaslı değişmelere maruz kaldı.

Bu değişmeleri üç kısımda mütalâa edebiliriz:

A — 1918 den 1922 ye kadar olan devir;

B — 1922 den 1926 ya kadar olan devir;

C — 1926 dan sonraki devir;

1918 de neşredilen 27 nisan tarihli «tevarüsün ilğasına dair olan

[33] Fransız, İsviçre ve Türk medenî kanunlarına göre mirasçı müteveffanın borçlarından bütün mallarıyla mes'uldür. Roma hukuku da, prensip itibarıyla, aynı kaideyi kabul etmişti.

[34] Mirasın borçlarından mirasçıların mesuliyeti hakkında müellifler arasında ihtilâf vardır. Bu hususta âmme intizamının müdabalesi leh ve aleyhinde fikirler üleri sürülmektedir. Fazla tafsilât için Bak Osman Fazıl Berkî, la succession ab intestat dans la droit international privé de la Turquie, thèse, Fribourg, 1941 P. P. 85—86.

kararname» ile Rusyada miras müessesesi tamamiyle lâğvediliyor ve binnetice tevrıs ve tevarüs hakları ortadan kalkıyor.

B — 1922 den 1926 ya kadar olan devir:

27 nisan 1918 tarihinde tevarüsün ilgasına dair olan kararname hükümlerinin 1922 tarihine kadar devam ettiği görülür. 22 mayıs 1922 tarihli kararname ile 1918 tarihli kararname ortadan kaldırılıyor ve miras hukuku mahdut bir şekilde tezahür ediyor.

Filhakika, işbu kararname hükümlerine nazaran tevrıs ve tevarüs hakları tanınmakta ise de 10,000 rubleden fazlaya tevarüs hüküm ifade etmemektedir. Bu vaziyetin 1926 tarihine kadar devam ettiğini görüyoruz.

C — 1926 dan sonraki devir:

Nihayet 29 ikincikânun 1926 tarihinde bu tahdit de ortadan kaldırılmış ve tevrıs ve tevarüs hakları miktar bakımından bir tahdide tâbi tutulmamıştır. [35]

Sovyet Rusyada miras hukukunun geçirmiş olduğu safhaları gözden geçirdikten sonra, her safhanın, yabancı memleketlerde nasıl mülâhaza edildiğini tebarüz ettirelim.

1918 den 1922 ye kadar Sovyet Rusyada miras hukunun ilğası, umumiyet itibariyle, diğer devletlerin âmme intizamına aykırı addedilmekte ve binnetice ilğaya mütedair olan kararname de mahkemelerce tatbik edilmemekte idi. Bunun tek bir istisnasını Alman mahkeme içtihatlarında görüyoruz. Bu içtihatlara göre, Rusyada tevarüsün ilğasına dair olan kararname, Alman kanunlarının gayesine ve âdabı umumiyeye mugayir olmadılarından Kafkasyada ikamet eden mirasçıların Almanyada bulunan ve terikeyi teşkil eden mallar üzerindeki miras hisselerinin idaresi için bir vâsi tâyini hakkındaki talep reddedilmiştir.

Sovyet Rusya miras hukukunun daha sonraki safhaları hakkında yabancı devlet mahkemeleri pek az karar vermiş bulunmaktadır.

10,000 rubleye kadar olan terikeye tevarüsün kabul edilmesi Fransız mahkemeleri tarafından âmme intizamına mugayir addedilmiştir. [36]

[35] Bugün mer'iyet mevkiinde olan Sovyet mirâs hukuku, diğer devletlerin mirâs hukukundan esaslı bir şekilde ayrılmış bulunmamaktadır.

Filhakika, hali hazır Rus mirâs hukukunda mirasçılardan mülkleri mahduttur.

Kanuni mirâsçılar, usul ve furu, sağ kalan eş «conjoint survivant» ve fakir olduklarından ve çalışma kudretini haiz olmadıklarından dolayı ölümünden bir sene evvelinden itibaren mirâsın baktığı temsilcilerden ibarettir.

Sovyet Rusya mirâs hukukuna göre ancak kanuni mirâsçılar musaleh olabilirler.

Mirasçılardan, terikenin borçlarından mes'uliyeti «intra vires successionis» dir. (Makarov, adı geçen eser, 469)

[36] Clunet, 1926, P. 1166.

Fakat, Fransız mahkemeleri 1926 tarihinden sonra Sovyet Rusya miras hukukuna dair karar ittihaz etmemişlerdir.

Almanyada, Almanya ile Rusya arasında ortaya çıkabilecek olan miras meseleleri 1925 tarihli mukavele mucibince halledilmektedir.

Bu mukavele mevkiî mer'iyete vaz olunmadan evvel bazı müellifler tevarüs miktarının tahdidini Alman âme intizamına mugayir addetmemişlerdir. [37]

Fikrimizce, bugün Sovyet Rusyanın kabul ettiği miras hukuku diğer devletlerin âme intizamına mugayir olmamak lâzım gelir. [38]

Temyiz mahkememiz son zamanlarda ittihaz etmiş olduğu bir kararında, pek haklı olarak, Rus miras hukukunun tatbikının Türk âme intizamına mugayir olmadığını tebarüz ettirmiştir.

Ehemmiyetine binaen bu kararı, burada aynen yazmağı faildeli buluyoruz. [39]

Müddeiyenin, müteveffaya varis olduğuna dair 9 kânunuevvel 1940 tarihli veraset vesikası verilmiş ise de, müteveffanın Rus tabiiyetinde olduğu anlaşılmasına ve veraset meselesinin milli kanunlara tevfikan halli muktazi bulunmasına mebni Sovyet veraset hükümleri tahkik edilerek mumaileyhanın hakkı tevarüsü olduğu tahakkuk etmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi kanuna muhalif ve temyiz itirazları bu itibarla varit olduğundan hükmün bu sebeble nakzına ittifakla karar verildi. [40]

2 — Atif mirasta mahalli kanunun salâhiyettar addeylediği kanun, meseleyi ikametgâh kanununa havale ettiği, yani atif «Renvoi» [41] mev-

[37] Makarov, adı geçen eser. P. 471.

[38] Aynı meâlde Makarov, adı geçen eser, P. 471.

[39] Hâdise şöyle idi: Rus tabiiyetinde olan... İstanbulda ölüyor; Osmanlı ve Fele-

[40] 25/3/944 tarih, 997 esas ve 1395 karar No. 11 olan bu hükmün neşredilmemiştir, menk bankalarında 7748 liralık mevduatı sulh mahkemesince kabzolanıp emlak ve eytam bankasına verilerek bilahare bizineye devrolunuyor. Müteveffanın kızkardeşi... 9 uncu hukku mahkemesinden istihsal ettiği veraset vesikasına istinaden meblâğı mezkûrun hizineden tahsilini talep ediyor.

Mahkeme, vereseden olduğu mübrez veraset senediyle sabit olan dâvacının, talebi vechile karar vermiştir.

[41] Atif meselesi ilk defa 1841 de İngilterede bahis mevzuu olmuştur. Şöyle ki: Belçikada ikamet eden ve İngiliz tabiiyetinden olan bir şahıs milli kanunu olan İngiliz kanununun tayin ettiği, şekilde bir vasiyetname tanzim ediyor. Fakat, İngiliz devletleri hususi hukuku, vasiyeti musirin ikametgâhı kanununa - yani Belçika kanunu - tâbi kılmaktadır. Bununla beraber İngiliz mahkemesi vasiyetnameyi muteber add ediyor. Çünkü Belçika kanunu hukuku vasiyeti ikametgâh kanununa değil, musirin milli kanununa - yani İngilizkanunu - tâbi kılmaktadır.

zuu bahis olduğu zaman kanunlar ihtilâfını hango kanun halledecektir? Mahalli kanunun salâhiyettar tanıdığı intikal kanunu mu; yoksa intikal kanununun keyfiyeti havale ettiği kanun mu?

Bu sorunun cevabında ne doktrin, ne mahkeme içtihatları ve ne de devletler mevzuatı ittifak etmiş değildir.

Atıf nazariyesinin taraftarları olduğu gibi aleyhtarları da vardır. [42] Biz burada, atfa taraftar olanlarla aleyhtar bulunanların dermeyen ettikleri fikirleri tahlil edecek değiliz. Bu, etüdümüzün haricine çıkmak olur. Yalnız, atfın kabulü zaruri olduğu kanaatinde bulunduğumuzu söylemekle iktifa edeceğiz.

Bilindiği gibi atıf iki türdür:

Eğer, salâhiyettar olan kanunun keyfiyeti havale ettiği ikâmetgâh kanunu, hâkimin kanunu «Lex Fori» ise bu takdirde bir dereceli atıf «Renvoi au premier degré» bahis mevzuu olur.

Meselâ: İsviçre tabiyetinde olan bir şahıs menkul mallar bırakarak ikamet etmekte olduğu Türkiyede ölüyor. İsviçre devletler hususî hukukuna göre, mirasa tatbik edilecek olan kanun müteveffanın son ikâmetgâhı kanunudur. Görülüyor ki, burada İsviçre kanunu meseleyi ikâmetgâh kanunu olan Türk kanununa havale etmektedir. Türk kanununa nazaran menkul miras müteveffanın milli kanununa tâbi olduğundan Türk kanunu İsviçre kanununa atıf yapmaktadır. Murisin son ikâmetgâhı Türkiyede olduğuna göre atfın kabulü halinde bu İsviçrelinin terikesine Türk kanunu tatbik edilecektir [43].

Eğer, salâhiyettar addolunan kanun keyfiyeti üçüncü bir devlet kanununa havale etmekte ise iki dereceli atıf «Renvoi au second degré» mevcuttur [44].

Fransada atıf meselesi 1875 de ortaya çıkmıştır. Bavyera tabiyetinde olan «Forgo» uzun senelerden beri ikamet etmekte olduğu Pariste vefat ediyor. Ve orada menkul mallar bırakıyor. Fransız hukukuna göre, bu miras meselesinin milli kanun olan Bavyera kanunu ile halledilmesi icab ediyordu. Fakat Bavyera kanununa nazaran, miras müteveffanın son ikâmetgâhı kanunıyla idare olunmakta idi. Fransız mahkemesi meseleye Fransız kanununu tatbik etmiş ve bu suretle atıfı kabul etmiştir.

[42] Atıf nazariyesinin aleyhtarları taraftarlarından daha fazladır. Aminjon (Précis de droit international privé, t. I. P. 143), Fiore (Clunet 1901), Lerebour-Pigeonnière (Précis ed droit international privé Oo. 272—273), Weiss (manuel de droit international privé, p. 82) atfın aleyhtarı olmakla beraber ahvali şahsiye meselesinde atfın tatbikine taraftardır.

[43] Bir dereceli atıf kabul eden memleketler şunlardır: Almanya, (Medeni kanuna metail kanun madde 27), Japonya (1898 tarihli hukuk kaidelerinin tatbikine mütedair kanun madde 29), Çin (5 ağustos 1918 tarihli ecnebi kanunların tatbiki hakkında kanun, Madde 36).

[44] 2 ağustos 1926 tarihli Polonya kanunu 36 cı maddesinde iki dereceli atıfı da kabul etmektedir.

Meselâ: Almanyada ölen ve Fransız tabiyetinde bulunan bir şahsın İsviçrede gayrimenkulleri vardır. Alman devletler hususi hukuku kaide-lerine göre, miras müteveffanın milli kanuna tâbi olduğundan Alman kanunu meseleyi müteveffanın milli kanununa, yani Fransız kanununa havale ediyor. Fransız hukukunda ise gayrimenkule mütaallik miras gayrimenkulün bulunduğu mahal kanununa tâbi kılındığından Fransa İsviçre kanununa atıf yapmaktadır.

Miras meselelerinde Türk hâkimi atıf karşısında kaldığı takdirde salâhiyettar kanunun atıf yaptığı kanunu tatbik etmelidir. Çünkü, Türk kanun vazıı atfı kabul etmektedir.

Filhakika ticaret kanunumuzun 601 ci maddesinde (Bir şahsın poliçe ile taahhüt altına girmesi için haiz olması lâzım gelen ehliyet tâbi olduğu devletin kanunu ile tâyin olunur. Tâbi olduğu devlet kanunu bu babda diğer bir devlet kanununun salâhiyettar olduğunu mutazammın ise ancak o kanun tatbik kılınır.) Demekle atfın kabul edildiği açıkça görülmektedir. Bu madde yalnız bir dereceli atfı değil, aynı zamanda iki dereceli atıfda kabul eylemektedir.

3 — Vasıf ihtilâfları:

Bir hukuk müessesesi, bir memlekette miras hukukuna diğer bir memlekette karı koca arasındaki mal rejimlerine ithal edilmiş olabilir.

Bu hukuk müessesesine acaba mirasa tatbik edilen kanun mu, yoksa mal rejimlerini idare eden kanun mu tatbik olunacaktır?

Burada muayyen bir hukuk müessesesine verilen vasıfta ihtilâf mevcuttur. Bu ihtilâf ancak hâkimin kanununun tatbiki suretiyle halolunabilir.

Vasıf ihtilâfları devletin terikeyi teşkil eden malları iktisap etmesinde de kendini gösterir.

Bilindiği gibi, devletin terike üzerinde hak iddia etmesi hususunda iki telakki mevcuttur:

Birinci telâkkiye göre, devlet terikeye mirasçı sıfatıyla «Jure hereditario» değil, hükümranlığı dolayısıyla vaziyet eder. Buna «droit régalien» denilmektedir.

Bu telâkkiye nazaran, mahlûl mirasta mallar sahiptir. Devlet terikeye sahiptir mal «Res Nullius» olmak itibariyle malik olur. Devletin hakkı bir işgal hakkından ibarettir [45].

[45] Fransız medenî kanunun 613 cü maddesi mucibince devlet terikeye sahiptir mal olmak itibariyle malik olur.

İslâm hukukunda da terikenin hazineye kalması sahiptir mal olmak itibariyledir.

İkinci telâkkiye nazaran, devlet terikeye kanun mirasçı «Héritier Légal» sıfatiyle sahip olur [46].

Devletin terikeye mirasçı olmak sıfatiyle veya hükümranlığı itibariyle sahip olmasından doğacak olan ihtilâflar, ekseriyetin fikrine göre hâkimin kanununun tatbiki suretiyle halledilmek icabeder.

Doçent Dr. Osman BERKİ

[46] İsviçre hukukuna ve Türk medenî kanununa nazaran devlet mirasçı olmak sıfatiyle terikeye sahip olur.

Alman medenî kanununun 1936 cı maddesi aynı prensibi kabul etmiş bulunmaktadır.

İtalyan medenî kanununun 758 ci maddesinin tefsiri devletin mirasçı olmak sıfatiyle terike üzerinde hak iddia etmesi menhuzindedir.