

Hangi hallerde mahkemelerimiz Türk kanunlarını tatbik eder?

TÜRK KANUNLARININ NÜFUZ SAHASI

Ord. Prof. Muammer Raşit Seviğ

Türkiye Cumhuriyeti kanunlar ihtilâfı sisteminin iki mühim temeli: 1330 tarihli muvakkat kanun, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 76 ncı maddesi. — Bu iki kanunun mukayesesi: Muvakkat kanunun hükümleri daha muayyen ve sarîh, 76 nci maddenin hükmü daha geniş; bu iki kanunda ayrı ayrı kayıtlar vardır: muvakkat kanunun dördüncü maddesinde âmme intizamı kaydı, 76 ncı maddede ecnebi kanununu ispat mükellefiyeti. Âmme intizamı kaydı her iki kanunun hükmünde câridir; ispat mükellefiyeti muvakkat kanunun hükümlerine şamildir. — Bu iki kanunun incelenmesinden ve karşılaştırılmasından çıkan neticeler: 1. Bir takım hallerde ecnebi kanununun tatbiki icabeder; âmme intizamına muhalif olmamak ve ecnebi kanununun hükmü ispat edilmek şartıyla. 2. Türk kanunu şu hallerde tatbik olunur: evvelâ re'sen, saniyen ecnebi kanununun alâkadâr tarafından ispat edilememesi dolayısıyla, salisen âmme intizamı icabı olarak. — Bundan başka sebeplerle de yabancılara Türk kanunu tatbik edilir: 1. Polîça taahhüdüne ve emre muharrer senet tanzimine ehliyet hususunda millî kanunun Türk kanununa atfı halinde; (Atıf nedir? Bunun taraftarları ve aleyhtarları ne diyorlar? Netice?). 2. Tatbik edilecek ecnebi bir kanunun taayyün edememesi takdirinde. 3. Ecnebi kanununun hükümleri teknik farkından dolayı memleketimizde tatbik edilemez olması suretinde. 4. Tarafların ihtiyarına bırakılmış olan hususlarda Türk kanununun ihtiyar edilmiş olması halinde: mukavelelerin hükümlerinde, akitlerin şekillerinde olduğu gibi.

Devletler hususî hukukunun mevzuu (konusu) kanunlar ihtilâfının halli olduğuna göre Türkiye bakımından ve mekân itibariyle (1) Türk kanunlarının nüfuz ve tatbik sahasını tâyin etmek keyfiyeti ilk vazife olarak karşımıza çıkar.

Türkiye Cumhuriyeti kanunlar ihtilâfı sisteminin iki mühim temeli vardır: biri, 1330 tarihli muvakkat kanundur ki Türkiyede mukim ecnebilerin hak ve vazifelerine mütaallik olarak kaleme alın-

(1) Zaman itibariyle olan incelemeler mevzuumuz haricindedir.

mıştır. Diğer, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 76 ncı maddesinde yazılı olan hükümdür ki hem Türk vatandaşlarına hem de yabancılara şamildir.

Muvakkat kanun, yabancılardan hak ve vazifelerini beyan ile iktifa etmeyip bu hak ve vazifelerin hangi kanuna göre taayyün ettiğini de tespit eylemiştir. Yani bu kanun, kısmen yabancılardan hukuku bahsine ait, kısmen de kanunlar ihtilâfı bahsine mütaalliktir. Malumdur ki kanunlar ihtilâfı bahsini müellifler teşriî salâhiyet ihtilâfı ve kazaî veya adlî salâhiyet ihtilâfı diye iki kısma ayırırlar. Esas hakka tatbik edilecek kanunun tâyini, teşriî salâhiyet meselesidir. Meselâ evlenme veya miras veya ehliyet hususlarında hangi kanunun tatbikî lâzımgeleceği bu kabildendir. Hangi memleket mahkemesinin bunlara dair olan dâvaları rüyete salâhiyeti olduğu meselesi kazaî salâhiyet meselesidir. Nitekim Lozan Muahedesine merbut ikamet ve adlî salâhiyet mukavelesinde hem âkit devletler tebaasının memleketimizde haiz olduğu hak ve vazifeleri tâyin eden maddeler, hem de adlî salâhiyet hakkında mühim esaslar, ve kanunlar ihtilâfı hakkında da sarîh hükümler vardır. Bunlardan birincisi yabancılardan hukukunu, ikincisi kazaî salâhiyeti, üçüncüsü teşriî salâhiyeti alâkadar eder.

Usul Kanununun 76 ncı maddesine gelince bunda Türk vatandaşları ve yabancılardan diye bir kayıt bulunmaksızın umumî ve mutlak surette kanunlar ihtilâfına mütaallik bir hüküm münderiçtir. Şu hale göre 76 ncı madde Türk vatandaşları için de tatbik edilmesi lâzımgelecek usulden bâhis demek oluyor. Maddenin itlakına ve umumiliğine bakılacak olursa şu neticeye varılabilir ki; elimizde 1330 tarihli muvakkat kanun bulunmasa, yine bu 76 ncı madde hükmüne bina ederek bir Devletler hususî hukuku sistemi kurabiliriz. Şu kadar ki hangi hallerde ecnebi kanununun ve hangi ecnebi kanununun tatbikî lâzımgeleceğini beynelmilel taammüllere ve beynelmilel adlî ve malî içtihatlarına bakarak tâyin ve tespit eylemek icabedecektir. Bu iki kanunda münderiç hükümleri beyan edelim:

Muvakkat kanunun ikinci maddesi mucibince «emniyet ve âsâ-yiş-i memlekete taallük eden kâffe-i kavanin ve nizamat-ı Devlet-i Aliyye, Memalik-i Osmaniyede bulunan ecnebler hakkında dahi mer'îdir».

Dördüncü madde mucibince «tebaa-i ecnebiyeye mütaallik ve emval-i gayr-i menkuleye ait bilcümle daavi ile mevadd-ı saire-i hukukiye ve ticariye ve cezaiye dâvaları tebaa-i Osmaniyeye alâkadar olmasa dahi mahakim-i Devlet-i Aliyede kavanin ve nizamat ve

usul-ü Osmaniyeye tavgikan rüyet olunur. Şu kadar ki gayr-i Müslim tebaa-i ecnebiyeye mütaallik olup da akit ve fesh-i nikâh ve tefrik-ı ebdan ve übüvvet ve nesep ve tebennî gibi hukuk-u aileye ve rüşt ve mezuniyet ve hacir ve vasayet gibi ehliyete ve emval-i menkuleye ait vasiyet ve terekelere mütaallik bulunan dâvaların mahakim-i Osmaniyede rüyet edilebilmesi tarafeynin birrıza müracaatına veya tebaa-i Osmaniyenin alâkadar bulunmasına veyahut mahakim-i Osmaniyede derdest-i rüyet daaviye müteferri olmasına mütavakkıftır ve bu surette intizam-ı âmme-i Devlete mugayir olmak şartıyla alâkadarların hükümet-i metbuaları kavaninine ve ihtilâf-ı kavanin halinde hukuk-u hususiye-i düvel kavaidine tevfikan muamele olunur.»

Beşinci maddeye göre «kavanin-i mevzuaya tevfikan tebaa-i Osmaniyeye tarh ve istifa olunan rüsum ve tekâlif tebaa-i ecnebiyeye dahi aynı şerait ve derecede tâbidirler.»

Şu maddelere nazaran emniyet ve âsayişe mütaallik kanun ve nizamlar (madde 2) ve vergilere ait kanunlar (madde 3) ecnebilere de şamil olduğu gibi hukuk, ceza ve ticaret maddelerine mütaallik dâvalarda da ecnebiler Türk kanun ve nizam ve usulüne tâbidir. Ancak muayyen ve ahkâmı şahsiyeden mâdüt bir takım maddelerde ecnebilerin millî kanunlarına tevfikan muamele edilir; âmme intizamına münafi olmamak şartıyla.

Usulün 76 ncı maddesine nazaran «hâkim re'sen Türk kanunları mucibince hüküm verir. Ancak bir ecnebi hukukunun tatbiki lâzım olan hallerde buna istinadeden taraf o kanun hükmünü ispatla mükelleftir. İspat olunmazsa Türk kanunları mucibince hükmolunur.»

Muvakkat kanunun hükümleriyle usulün 76 ncı maddesi hükmünü karşılaştıralım:

Kanunu muvakkatin dördüncü maddesi, kaide olarak, ecnebiler hakkında Türk mahkemelerinde Türk kanun ve nizam ve usulünün tatbikini âmirdir. Bittabi Türklerden bahsetmez. Usulün 76 ncı maddesi Türk hâkiminin esas vazifesinden bâhis olduğuna göre bu vazife gerek Türkler, gerekse ecnebiler hakkında re'sen Türk kanunlarını tatbikten ibaret bulunmaktadır.

Kanunu muvakkatin dördüncü maddesi istisnaen bazı hususlarda ecnebinin mensup olduğu Devlet kanununun tatbikini kabul etmiştir. Yine hâkimin hangi kanunu tatbik ile mükellef olduğunu beyan eden usulün 76 ncı maddesi umumî olarak ecnebi hukukunun tatbiki lâzımgelen hallerden bahsetmiş ve bu hallerin neler olduğunu tasrih ve tâyin ve tâdadetmemiş, ancak bu hallerde tutulacak

yolu göstermiştir. Yani re'sen hâkimin Türk kanununu tatbik ile mükellef olduğunu esas umde olarak tespit ettikten sonra ecnebi hukukunun gerek Türkler ve gerek ecnebiiler hakkında tatbikî lâzımgelen haller bulunduğunu zikretmiştir. Birinci hüküm nasıl âm ve şamil bir hüküm ise ikinci hüküm de beyan edilen «ecnebi hukukunun tatbikî lâzımgelen haller» de öylece âm ve şâmil bir hükümdür. Tâbiri diğerle usulün 76 ncı maddesi kanunu muvakkatin dördüncü maddesi hükmünden âmdır (daha geniştir). Bu da iki cihetten anlaşılır:

1 — Usul kanunu hâkimin vazifesinden bâhis olmak itibariyle dâvacıların sıfat ve tâbiyetleriyle ve muamelelerin nev'iyle mukayyet değildir. Daha doğrusu bunların hepsinde ve her nev'inde aynı kaideler caridir.

Demek ki her hangi sıfat ve tâbiyetteki dâvacılar hakkında ve her hangi muameleye mütaallik dâvada hâkimin gerek kaide ve gerek istisna olarak tatbik edeceği kanun usulün 76 ncı maddesinde muayyen olduğu üzere doğrudan doğruya Türk kanunu ve lüzumu halinde ecnebi kanunudur. Binaenaleyh bu hükümler Türklere ve ecnebilere şamildir.

2 — Kanunu muvakkatin dördüncü maddesine nispetle ecnebiilere muhtas olan hallerde de usulün 76 ncı maddesi daha şümüllüdür: yani ecnebiilerin tâbi olacağı ecnebi kanunları, yalnız — ahkâmı şahsiye hususunda olduğu gibi — mensup oldukları Devlet kanunlarından ibaret değildir. «Ecnebi kanununun tatbikî lâzımgelen» diğer «hallerde» de ecnebi hakkında keza ecnebi kanunu tatbik olunur. Bunu meselâ l. r. a kaidesinin (2) tatbikini: âmîr olan kanunî hükümlerden — ki Türk, ecnebi herkes hakkında caridir — anlayabiliriz. Yine ehliyet hususunda alâkadarın mensup olduğu Devlet kanuniyle beraber başka bir Devlet kanununun tatbikına mesağ veren Ticaret Kanununun poliçalar hakkındaki 601 inci maddesi hükmünden anlayabiliriz. Bütün bu kanunî hükümler, ecnebi kanununun tatbikini âmîr olan kanunu muvakkatin dördüncü maddesinin çerçevesini genişlettiği için usulün 76 ncı maddesinde ecnebi kanununun tatbikî lâzımgelen haller tâbirini tefsir ederken bu halleri Türk kanunlarında mezkûr olan hallere hasr ve kasretsek bile bu hallerin kanunu muvakkatte sayılı olan hallerden daha şümüllü ol-

(2) l. r. a. diye kısalttığımız ibare Lâtince «locus regit actum» ibaresidir ki baş harflerle ifade edilmiştir. Bu kaide şekillerin mahallî kanuna tâbiyetini mutazammındır.

duğunu görür ve ecnebilere ait olan keyfiyetlerde bile 76 ncı madde hükmünün kanunu muvakkate nispetle daha eam olduğuna hükmederiz.

Demek ki kanunu muvakkatin dördüncü maddesiyle usulün 76 ncı maddesini mukayese ettiğimiz vakit ayrı noktalardan hareket eden her iki kanun maddelerinin aynı neticeye, biri diğerinden daha şümüllü surette, vardıklarını görürüz. Şu farkla ki her birinde diğerinde mevcut olmayan kayda tesadüf edilir: kanunu muvakkatin dördüncü maddesi, ecnebinin mensup olduğu Devlet kanununun tatbikını, âmme intizamına muhalif olmamak şartıyla takyidetmiştir. Diğer taraftan usulün 76 ncı maddesi, ecnebi kanununun tatbikı lâzım olan hallerde bu kanun hükmünün buna istinadeden tarafça ispatını emretmiştir. Bunu ispat edemezse yine Türk kanununa avdet edilir.

Bu iki maddede ayrı ayrı mezkûr olan bu iki kaydı da hem kendi maddesindeki mevkii ve kıymeti hem de diğer madde ile alâkası itibariyle incelemeliyiz:

A — *Kaydın maddedeki mevkii ve kıymeti.*

1 — *Âmme intizamı kaydı.* Kanunu muvakkatin dördüncü maddesine göre ahkâmı şahsiyede alâkadarın milli kanunu, Devletin âmme intizamına muhalif olmaması şartıyla tatbik olunur.

Âmme intizamı nedir?

Bir memleket ancak kendi temel kaidelerini bozmayacak, sarsmayacak yabancı kanunların kendi muhitinde tatbik görmesini kabul edebileceğine ve bu esas nizamı bozacak ve sarsacak yabancı hükümlere ve müesseselere yer vermiyeceğine göre, âmme intizamı mefhumu Devletlerin kanunları arasındaki esasa ait aykırılıktan doğmuş olur, ve ecnebi kanunu hükmünün memleket içinde cereyanına kuvvetli bir mâni teşkil eder. Bu nizam, ister dinî, ister ahlâkî, ister siyasî, ister içtimâî, isterse iktisadî sebeplere dayansın. Esasa ait aykırılıklar zaman ve mekân ile ortadan kalkabilir. Yani bir Devletin bir zamanki telâkkisine göre temel kaideden sayılan bir hüküm diğer bir zamanda sebeplerin değişmesinden dolayı kuvvetini, kıymetini kaybedebildiği için aykırılığın vücudu zamana tâbi bulunduğu gibi, her memlekette de aynı zamanda aynı esaslar güdülmediği için bazı memleketler arasında mevcut olan aykırılık diğer memleketlere nispetle yok olabileceğinden bu keyfiyet mekân itibariyle de değişiklik göstermiş olur. Demek ki âmme intizamı mefhumu, zaman ve mekân ile değişir. Âmme intizamı mefhumu ecnebi

kanununun tatbikına engel olur. Bu iki keyfiyetten şu neticeyi çıkarırız ki *âmme intizamı*, *ecnebi kanununun tatbikına mâni olmak için dâva zamanına mukarin olmalıdır*. *Âmme intizamı*, *mülki mahiyettedir*. Yani *âmme intizamına istinadeden bir kaide mülkilik hassasını haizdir*. *Keza âmme intizamı istisnâi ve usule muhalif bir mahiyettedir*. Usule tevfikân tatbikı lâzımgelen yabancı bir kanunun önüne ve yerine geçer. Devletler hususî hukukunda mevzuubahsolan *âmme intizamının* hassaları bundan ibaret olup iç hukukundaki *âmme intizamı* telâkkisinden ayrılır: İç hukukta *âmme intizamı*, ferdin iradesini takyidettiği halde Devletler hususî hukukunda bu mefhum yabancı kanunun hükmünü tahdideder.

2 — *İspat mükellefiyeti*. Usulün 76 ncı maddesi mucibince *ecnebi kanununun tatbikı lâzım olan hallerde* — bu haller kanunlarda muayyen olsun veya olmasın yani Devletler hususî hukukuna göre de tahakkuk etsin — bu kanuna istinadeden tarafın *ecnebi kanun hükmünü ispat etmesi iktiza eder*. Bu ispat külfetinin tesisi sebebi mahkemelerin bütün *ecnebi kanunları bilmesine ve bunlarda kendi kanunlarında olduğu gibi aynı ilmi salâhiyetle tasarruf etmesine maddeten imkân yoktur*. Onun içindir ki bu kanunların hükümlerini getirip göstermek ve ora mahkemelerinin ve salâhiyetli ilim adamlarının karar ve içtihatlarını bildirmek mecburiyeti taraflara tevaccüh eder. Bu mecburiyet, yalnız bizde değil, *ecnebi kanunlarına ait kütüphanesi ve kanunlar mukayesesine hizmet eden heyet ve neşriyatı bulunan memleketlerde bile vardır*.

Mahzuru? Bu sistem, tarafları *ecnebi kanununun hükmünü ispatta gayrete getirirse de Devletler hususî hukuku esaslarına tamamiyle tevafuk etmez*. Zira alâkadarların *ecnebi kanun hükmünü ispet etmediği bahanesiyle Devletler hususî hukuku ahkâmı terkedilmiş olur*.

B — *Maddedeki kaydın diğer maddeye teşmili*.

1 — *Âmme intizamı kaydı*. Kanunu muvakkatin dördüncü maddesinde mevcut *âmme intizamı kaydı yalnız bu maddeye mi münhasırdır? Yoksa ecnebi kanununun tatbikı lâzımgelen bütün hallere de şamil midir? Tâbiri diğerle usulün 76 ncı maddesinde de bu kayıt cari midir?*

Ahkâmı şahsiyede *ecnebi kanununun tatbikını âmme intizamının takyidetmesi bir emri tabii olduğunu beyan ettik*. Çünkü bir Devlet kendi yapısının esas nizamını bozacak, sarsacak bir *ecnebi nizamına memleketinde yer veremez*. Kendi esas nizamının icabı-

nı yerine getirmekle mükelleftir. Bu düstur, yalnız ahkâmı şahsiyeye ecnebi kanununun tatbikı halinde cari olmakla kalacak bir düstur değildir, daha geniş ve daha şümüllüdür. Her ne zaman ki ecnebi kanununun tatbikı lâzımgelir de bu kanun mevcut esaslı nizamı — yazılı olsun olmasın — bozacak veya sarsacak bir vaziyette bulunursa âmme intizamı namına ecnebi kanununu tatbikten imtina ederiz. Âmme intizamı dahili hukukta da cari olduğuna göre Türklerin ecnebi kanuna tâbi bulunduğu hallerde de nazarı itibara alınması kadar tabii bir şey olamaz. Âmme intizamı mülâhazası kanunu muvakkatin ikinci maddesi hükmünden de istihrac olunabilir. Devletin emniyet ve âsayaşına mütaallik kanun ve nizamlar ecnebi-ler hakkında da mer'îdir, sözünden Devletin âmme intizamına mütaallik hükümlerine ecnebi-ler de Türkler gibi tâbidir neticesini çıkarabileceğimize nazaran âmme intizamına mütaallik hükümlerde yerli ecnebi-ler arasında bir fark olmadığı ve ecnebi kanununun tatbikı lâzımgelen hallerde bu âmme intizamını daima göz önünde tutmak lüzumunu takdirde gecikmeyiz.

2 — *İspat mükellefiyeti.* Ecnebi hukukundan istifade etmek isteyen tarafın ecnebi kanunu hükmünü ispatla mükellef olması umumî bir kaidedir ki kanunu muvakkatte yazılı olmamasına rağmen onun hükümlerinin infazı sırasında nazarı itibara alınmak lâzımdır. Kanunu muvakkatin dördüncü maddesinde mevcut kaide; ecnebi-lere ait hukuk, ticaret ve ceza dâvalarının Türk mahkemelerinde Türk kanun ve nizam ve usulüne tevfiikan rüyet edilmesi suretindedir. İstisnai hükümde ahkâmı şahsiyenin bazı hallerde Türk mahkemelerinde ecnebinin milli kanununa (âmme intizamına muhalif olmamak şartıyla) tevfiikan rüyet edilmesi mezkûrdur. Bu bapta usul kanununun tatbikına hiçbir kanunî mâni münderiç olmamasına nazaran usul kanununun bu maddesinin Türk mahkemelerinde mer'î tutulacağına hiç şüphe yoktur. Bahusus ki usule ait hususlarda *lex fori* cari olacağından usulün 76 ncı maddesinde mezkûr ve hâkimin ecnebi kanununa itibar hususunda vazife ve salâhiyetinin derece ve kıymetini mübeyyin olan kayda tebaiyet zarureti kadar tabii bir şey olamaz.

Elhasıl iki maddede ayrı ayrı mevcut olan kayıtların her iki madde hükmüne şâmil olduğu vâzıhtır. Ecnebi kanununun tatbikı lâzımgelen hallerde hem âmme intizamı kaydına, hem de ispat mükellefiyetine ehemmiyet vermek icabeder.

Hangi hallerde Türk kanunu tatbik olunur?

Bu suretle Türk kanununun tatbikı *evvelâ* re'sen ve asli olarak;

saniyen ecnebi kanununun alâkadar tarafından ispat edilememesi dolayısıyla; *salisen* âmme intizamı icabı olarak lâzımgelmiş olur.

Bundan başka bir de atıf dolayısıyla vaki olur. O da, poliçalara mütaallik hükümler sırasında Ticaret Kanununun ihtilâfı kavanin unvanlı faslı mahsusunda beyan edilmiştir. 601 inci madde mucibince poliça taahhüdüne ehliyet, kaide olarak, millî kanuna tâbi ise de millî kanun başka bir kanuna ve meselâ ikametgâh kanunu olarak Türk kanununa havale etmiş bulunduğu takdirde Türk kanununa tevfikân tâyin olunacaktır. Bu hüküm, Devletler hususî hukukunda mezkûr olan atıf bahsine taallûk eder.

Atıf nedir?

Bir hukukî rabıtaya mütaallik dâvayı rüyet eden her hangi bir mahkemenin kanunlar ihtilâfı kaidelerine göre bu hukukî rabıtaya tatbiki lâzımgelen ecnebi Devlet kanunu meselesinin hallini bir başka Devlet kanununa havale etmesi keyfiyetine denilir. Bu takdirde mahailî kanunun salâhiyetli gördüğü ecnebi Devlet kanunu tatbik edilmez de o ecnebi Devletin havale ettiği kanun salâhiyetli adde-dilerek bu son kanun tatbik edilir.

Meselâ dâvayı rüyet eden mahkemenin kanunlar ihtilâfı kaidelerine göre ahkâmı şahsiyede millî kanunun tatbiki lâzımgelse, millî kanun da bu bapta ikametgâh kanununun tatbikını emretmiş bulunsa artık dâvayı rüyet eden mahkeme millî kanunun hükümlerine tevfikân meseleyi halledecek yerde millî kanunun havale ettiği ikametgâh kanununun hükümlerine ittibaa mecbur olur ki atıf icabı bundan ibarettir.

Bu ikametgâh kanunu, hâkimin kanunu (*lex fori*) olduğu takdirde atıf bir dereceli ve alâkadar Devletlerden başka bir üçüncü Devlet kanunu olduğu halde de iki derecelidir. Meselâ Fransada mukim olan bir İngilizin ehliyeti hakkında Fransada muhakeme cereyan etmekte olup da — Fransız kanunu İngilizin millî kanununa ve İngiliz kanunu da ikametgâh kanununa ittibai emrettiğine göre — atıf dolayısıyla ikametgâh kanunu olan Fransız kanunu (*lex fori*) tatbik edilerek dâva halledilmek lâzımgeliyorsa bu takdirde atıf bir dereceli olur ki en ziyade cari olan şekildir. Fakat İngilizin ikametgâhı Fransada yani dâvanın hâdis olduğu mahalde olmayıp da diğer bir memlekette meselâ Amerikada bulunuyorsa, Fransız mahkemesine ve Fransız kanununa (*lex fori*) ye nispetle atıf iki dereceli olur ki ender şeklidir.

Şu izahattan anlaşılacağı üzere bir dereceli atıf demek — ecnebi kanununun atfı vesilesiyle — yine hâkimin kendi kanununu (*lex*

fori) tatbik etmesi demek olduğundan her ne suretle olursa olsun mahallî kanuna rücu mütemayil olan bazı memleketlerde münhasıran kabul edilmiş bir usuldür (Fransada olduğu gibi). Halbuki atfı kabul ettikten sonra mantıkan hâkimin kendi kanununa matuf olmıyan hallerde de yani iki derecelisinde de atfa itibar edilmek icabederdi:

Atıf nazariyesi denilen ve fiiliyatta Devletler hukukunu altüst eden bu usul müelliflerce kıymet ve ehemmiyetini kaybetmiş olmakla beraber birçok memleketlerde cari ve bir takım muahedelerde müttehad bulunmaktadırlar.

Meselâ İngilterede, Belçikada, Almanyada, İsviçrede, Portekizde, hattâ Venezüelâ'da, hâdis olduğu için münakaşa tevessü etti (3). Policalara dahil olan ahkâmda yer tuttu.

Gerçi şimdiye kadar atıf (statut personnel) hâdiseleri hakkında mevzuubahsolmuş ise de, (Weiss) in iddiası veçhile buna inhisar edeceği kabul edilemez, bu usul tevessüe gayet müsait olup (statut personnel) hakkında kabul edilince diğer hususlara da şâmil olacağında şüphe yoktur (Niboyet, p. 162, keza Despagnet'ye bak: s. 994).

Atfa mevki veren müellif ve mahkemelerin bunda istinadettiği başlıca deliller şunlardır:

1 — Ecnebi kanun, Devletler hususî hukukuna mütedair ahkâmiyle birlikte bir bütün teşkil eder. Mahallî kanun, millî kanunun tatbikını emredince bu millî kanunun her nevi ahkâmı tatbik edilmek icabeder; bu meyanda ikametgâh kanununa atfı nâtik olan madde de vardır. Hâkim kendi kanununun emrine tebaan millî kanunun atfa mütaallik hükmüne riayet etmelidir.

Cevap: bu tarzı telâkki, ahkâmın mahiyetini tağyire müncer olur. Âmme hukuku hükümleriyle hususiye hukuku hükümleri bir kanunda bir araya gelse de aynı mahiyeti alamaz. Binaenaleyh şârihin kanunlar ihtilâfını hal maksadiyle vazettiği hükümlere binaen millî kanuna ittiba edilmek lâzımgeldiği vakit tatbik edilecek hükümler, millî kanunun fer'i hükümleridir. Yani Devletler hususî hukukuna ait olmayıp, iç hususiye hukukuna müteferri olan hükümlerdir. Aksi takdirde vâzı kanun, kanunlar ihtilâfının halli için kaide vazetmiş olmasına rağmen meselenin hallini diğer bir vâzı kanuna terketmiş demek olur. Bir de bu mülâhaza kabul edilse millî kanunun atfettiği ikametgâh kanunu da bir bütün telâkki edilmek ve onda münderiç Devletler hususi hukuku ahkâmına göre yine

(3) Despagnet, p. 333

millî kanuna keyfiyet havale edilmek icabedeceğinden bir dairei fa-side içine girilmiş olur.

2 — Ecnebi kanunundan daha müşkülpesent olmamalıdır. Bi-naenaleyh o kanun ikametgâh kanununa meseleyi havale ettikten sonra mutlaka o kanunu tatbika kalkışmak garip olur.

Cevap: Devletler hususî hukukuna münafi olan bu tarzı telâki, vâzı kanunun noktai nazarına da mugayirdir. Hâkim kendi kanununun emrini infaz ile mükelleftir. Atıf vesilesiyle bu kanunun emrini bırakarak diğer kanunun emrine ittiba edemez. Evvelce de söylendiği üzere bu görüş, kanunlar ihtilâfının nazari ve mevzu kaideleri hilâfında olarak hâkimin kendi kanununun fer'î hükümlerini tatbikle millî kanunun fer'î hükümlerini ihmalden başka bir gayeyi istihdaf etmediğine göre zımnen mücamele (comitas gentium) nazariyesinin ihyası demektir.

3 — Atıf hukukta ahengi ve binnetice ilâmların beynelmilel infazını temine hâdimdir (4).

Cevap: bu delil de gayrivârittir. Atfın hukukta ahengi temin etmesi bir hayalden ibarettir. Zira diğer memleket de atıf dolayısıyla kendi kanununu tatbik edince elde edilen netice iki olur. Bu neticeler birbirine muhalif olduğu için yeknasaklıktan bahsedilmesi abes olur. Bir ilâmın hangi memlekette icra edileceğini kestirmek her zaman mümkün olmadığından sarfınazar mümkün dahi olsa o memleketteki hâkimlerin meseleyi aynı tarzda halletmesi pek de vârit olmadığına ve birçok hallerde ilâmın ezcümle âmme intizamı telâkkısıyla telifi kabil olamayacağına göre tenfizi yine müteassir olur.

4 — Lerebours - Pigeonnière'in delili: tatbik edilecek kanun bu hususta ikametgâh kanununu kabul etmek suretiyle alâkasızlık gösterirse, lex fori'nin (suppletive) tâli kaidesi mucibince ikametgâh kanunu tatbik olunur. Yoksa atıf dolayısıyla değil.

Cevap: ecnebi hâkimin kendi kanununu salâhiyettar görmemesi halinde mahallî kanun tatbik edildiğine göre hangi kanunun tatbik edileceğini tâyinde yine ecnebi hâkimiyetin iradesi cari olacağından bu delilin bütün inceliğine rağmen esasta evvelkilerden ayrılmıyacağı zâhirdir (Niboyet Sommaire).

Bütün bu münakaşalardan anlaşıldığı üzere atıf — mahallî kanun tarafından açık olarak kabul edilmemiş iken, hâkimin bir takım istidlâllerle kendi kanununun hükmünden ayrılarak yabancı kanunun

(4) Kahn dans Jærings Jahrbücher, 1896, p. 371. V.sa réfutation par Bartin Etudes, p. 93 et s.

emrine boyun eğmesini tazammun ettiği için — tenkide maruz kalmıştır. Halbuki bizde poliçeye dair hükümlerde hal aksinedir. Yani atfı kanun açıkça kabul etmiştir. Sebebi, poliçenin beynelmilel itibarını korumaktır.

Acaba atıf poliçeden ve emre muharrer senetten başka hususlara da şâmil midir?

İtikadımızca atıf ancak mevridine maksurdur. Binaenaleyh poliçe ve emre muharrer senetler dışındaki ehliyet meselelerinde ve diğer ahkâmı şahsiye maddelerinde atfa yer verilemez.

Yine Türk kanununun tatbik edildiği bundan başka haller daha vardır: biri tatbik edilecek ecnebi kanununun taayyün edememesi, diğeri ecnebi kanunu hükümlerinin teknik bakımdan tatbika elverişli olmaması halidir.

1 — Tâbiyeti, ikametgâhı tâyin edememek dolayısıyla hakkında muayyen ecnebi bir kanunun tatbiki mümkün olamıyan bir kimseyi (lex fori) olan Türk kanunlarına tâbi tutmak zarurî bulunur. Zira muayyen bir Devlete tâbi olmıyan kimse hakkında muayyen ecnebi bir Devletin kanununu tatbik etmek mümkün değildir. Şu halde muvakkat kanunun dördüncü maddesinde mevzuubahsedildiği üzere Türk mahkemelerinde ahkâmı şahsiyeye mütaallik olarak rüyet edilmekte olan bir dâvada ahkâmı şahsiyesi mevzuubahsolan kimsenin mensup olduğu bir Devlet olmadığına göre mensup olduğu Devlet kanununun tatbiki mutasavver olamayacağından Türk kanununa avdet edilmek icabeder.

2 — Ecnebi Devletin — bize göre salâhiyettar olan — kanunda münderiç hükümler, aramızdaki teknik farkından dolayı tatbik imkânından mahrum bulunuyorsa meselâ o kanun mucibince meseleyi halle memur addedilen idarî veya adlî makam bizim teşkilâtımızda mevcut değilse, artık ecnebi Devlet kanunu hükümlerini terkederek Türk kanununun emri dairesinde muamele ifası lâzımgelecektir.

Şimdiye kadar olan izahlarımızda kanun hükümlerinin mecburî bir mahiyeti haiz olması halini göz önünde tuttuk. Bir de kanun hükümlerinin ihtiyara bağlı olmasına veyahut mecburî olan kanunlardan birinin tercihi beynelmilel münasebetler dolayısıyla alâkadarların ihtiyarına bırakılmış bulunmasına göre meselenin incelenmesi lâzımdır.

Malûmdur ki kanun hükümleri mutlaka emredici mahiyette olmaz: bazıları da tefsir edici veya ihtiyarî bir durumda bulunabilir. Fertlerin iradesine bırakılmış muamelelerin başlıca misali mukavelelerdir. Mukavelelerde âkitlere oldukça geniş bir serbestlik sa-

hası gösterilmiştir. Bizde Borçlar Kanunu, hiçbir Devlet kanunundan aşağı kalmıyan bir hürriyet prensibi kabul etmiştir (5). Buna benzer surette diğer memleketler de fertlere mukavelelerini serbest surette yapmak hakkını tanımıştır. Buna göre mukavelelerin hükümlerini filân veya filân kanuna tâbi tutmak hususunda tarafların salâhiyetli olduğunu kestirmek mümkün olur. Gerek buradaki gerek başka memleketlerdeki ecnebilerin mukavelelerine Türk kanununu esas tutmaları halinde o mukavelelerin hükümlerinden çıkacak ihtilâfı mahkemelerimizin Türk kanunlarına tevfikân halletmesi kadar tabîî bir keyfiyet olamaz. Bu takdirde Türk kanununun mukavelelerde mer'îliği tarafların ihtiyarının neticesi olmuş oluyor.

Türk kanunlarından bir kısmında tesadüf ettiğimiz hükümlerle vücudunu anladığımız bir beynelmilel kaide daha vardır ki Lâtince tâbiriyle *locus regit actum* kaidesidir ve akdin şekillerinin yapıldıkları yer kanununa tâbi olmasını tazammun eder. Meselâ bir vasiyetname, nerede tanzim edilirse oranın usulüne uygun olarak tanzim olunur. Bir poliçe taahhüdünün şekli, yapıldığı yer kanununa tâbidir. Elhasıl şekiller, yapıldıkları yerin kanununa uygun olmalıdır. Fakat bu kaide daha ziyade ihtiyarî olduğundan (hangi hallerde mecburî ve hangi hallerde ihtiyarî olduğu Devletler hususî hukukunun birinci cildinin 222 ve 323 üncü sahifelerinde beyan edilmiştir) millî kanuna göre yapılan bir şeklin muteber olmasına mâni teşkil etmez. Şu halde ecnebi bir memlekette iki ecnebi tarafından yapılan bir akdin şekli — akdin memleketimizde icra edilmesi ihtimaline mebni — Türk kanunlarına uygun olabilir. Bunun aksi bir ihtimal de düşünülebilir. Ecnebi bir memlekette tenfiz edilecek bir vasiyetin şeklini bir ecnebi Türk kanunlarına uygun olarak yapabilir. Bu iki halde de alâkadarların ihtiyariyle Türk kanunu tercih edilmiş olduğundan buna dair bir ihtilâfa el koymuş olan Türk mahkemesi, alâkadarların ihtiyarına riayetle Türk kanununu tatbik eder.

Şu kısa tetkikten anlaşılacağı üzere Türk kanununun tatbikini istilzam eden başlıca yedi hal vardır.

Ord. Prof. Muammer Raşit Seviğ

(5) Borçlar Kanununun bu bapta tanımış olduğu serbestlik hakkında ve bilhassa «idarenin istiklâli kaidesi» adını taşıyan bu kaidenin bizde ne suretle meydana çıktığı meselesine dair «Devletler Hususî Hukuku» nun birinci cildinde 473 ve sonraki sahifelere bakınız. Şunu da ilâve edelim ki mukavelelerde tarafların haiz olduğu serbestlik hakkında yalnız Borçlar Kanununda sarahat mevcut olmayıp Ticaret Kanunumuzda da buna dair hüküm vardır (madde 2).