

PAPER DETAILS

TITLE: DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKUNDA TABİİYET, YABANCILARIN HUKUKU KANUNLAR
İHTİLAFI VE YAGILAMA USULÜNÜN TATBIKI PRENSİPLERİ

AUTHORS: Sakir BERKİ

PAGES: 0-0

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/638371>

**DEVLETLER HUSUSİ HUKUKUNDA TÂBİİYET, YABANCILARIN
HUKUKU KANUNLAR İHTİLAFI VE YAGILAMA USULÜNÜN
TATBİKİ PRENSİPLERİ**

Asistan Dr. Şakir Berki

Tâbiyetin tatbikî prensipleri

I — Hakikî şahısların tâbiyeti

1. Aslî tâbiyet

Her şahsın doğduğu andan itibaren bir tâbiyeti olması şarttır ve elzemdir. Şahsın doğduğu anda almış olduğu tabiiyete aslî tabiiyet denir ki, iki usul ile izafe edilir: Jus sanguinis, jus soli.

A — Kan esası (Jus sanguinis) : bu sistemce çocuk ana babasına, veya bunlardan birine karşı nesebi kurulmuş ise, yalnız ona izafeten onun taşıdığı tâbiyeti alır.

a) Meşru çocuk, babasına izafeten tâbiyet alır, zira ekser mevzuat da kadın bile koca tabiiyetine tabîdir.

Türk hukukunda yabancı ile evlenen kadın Türk kalacağına göre (K. M). evlenmeden doğan meşru çocuğun tâbiyeti umumî hükümler mucibince babasının olmalıdır. Ancak şu çok mühim nokta unutulmamalıdır: Türk ana Türkiye'de doğduğundan, ki ekseriya böyledir, Çocuk vatan-daşlık Kanununun 4 üncü maddesi gereğince Türk sayılmak icap eder.

b) Evlâtlığın tâbiyeti.

İtibarî meşru nesep yaratan evlât edinme müessesesi tâbiyete tesir etmemelidir.

Türk mevzuatında evlâtlığın analık veya babalığın tabiiyetini alacağına dair zımnî bir hüküm dahi yoktur. Binaenaleyh, bir Türk tarafından evlât edinilen yabancı çocuk yabancı kalacağı gibi, bir yabancı tarafından evlât edinilen bir Türk çocuğu da Türk kalır.

Tatbikatta şuna itibar etmek lâzımdır: Eğer çocuğun kanunu evlât edinmenin tâbiyete tesirini kabul etmiş ise mahkemelerimiz çocuğu Türk addedeceklerdir; fakat fikrimizce şu şartla ki, çocuk âdi telsik şartlarını haiz bulunsun. Aksi halde İcra Vekilleri Heyetinin Türk addedilen bu çocuğu Türk tabiiyetinden iskata olan yetkisi barizdir.

c) Gayri meşru çocuk.

Gayri meşru çocuk yalnız anasına veya babasına karşı nesebe sahip ise onun, her ikisine karşı ayrı zamanlarda nesep kurulmuş ise hangisine

karşı daha evvel kurulmuşsa onun, her ikisine karşı aynı zamanda nesep kurulmuş ise babanın tâbiyetini almalıdır.

Fransız doktrinde makbul olan (1) bu son hal çaresi, bize Türk hukuku için muteber görünmemektedir. Zira, Türk hukukunda g. meşru çocuk anasına karşı daima meşru, binaenaleyh sarsılmaz bir nesebe sahiptir. Türk anadan doğan bir çocuk yabancı baba tarafından tanınırsa, bu tanıma fesh olunabilir ve çocuk bu halde ana tabiiyetine dönmeye mecbur kalır ki bu netice makul değildir.

Türk hukukunda g. meşru çocuk doğumu ile anasının tabiiyetini alır. Zira Med. K. (290) inci maddesi onu anasına karşı meşru nesebe nâil kılmaktadır. Fakat millî kanunu g. meşru çocuğu anasına g. meşru neseple ve binnetice tanıma veya hükümle bağlayan bir kadından doğan çocuk aynı zamanda Türk babası tarafından tanınmışsa, Fransız sistemine itibar ederek çocuğa Türk uyrukluğunu vermek mantık icabıdır. Bean şart ki, ananın tabi olduğu devletler hususi hukuku mevzuatında aksine hüküm olmasın. (2) Mamafi eğer Türk kanununda da bu aksi hüküm varsa Türk kanununa itibar doğrudur.

B — Jus soli (doğum yeri esası).

a - Umumiyet

Ekser devletler, Jus sanguinis sistemince tâbiyet tâynini imkânsız olduğu zaman, Jus soliyi tatbik ederek çocuğa doğduğu yerin tabiiyetini izafe ederler.

b - Türk sistemi

Türk sistemi de böyledir: Türk V. Kanunu 1 inci maddesi ile 2 inci maddesinin (3) üncü bendi Jus Sanguinis'i tatbik eder. 2 inci maddenin 1 ve 2 inci bendinde Jus Soli'yi kabul eder. Bu bentlere göre: Türkiye'de doğan, anası babası belli olmıyan veya tâbiyetsiz olan çocukların Türk olacağını kaydeder.

Çok mühim noktalar şunlarıdır: 1) Jus Soli gereğince çocuğun Türkiye'de doğmuş olması lâzımdır. Çocuk Türkiye'de bulunsa ve hattâ yetiştirilse bile doğduğu yer yabancı bir memleket oldukça çocuk bu memleket tab'asından sayılacaktır. (3).

(1) Fransız Hukukunda ise Gayri meşru çocuk anasına karşı gayri meşru nesebe sahiptir, binnetice ana tarafından yapılan tanıma da feshe maruz kalabilir. Teferruat için: Şakir Berki, Türk Hukukunda asli ve müktesep tâbiyetin esasları: (A. Hukuk. F. Dergisi 1949; cild VI, sayfa: 199).

(2) Doktrin mevzuatından, Kanundan sonra gelen bir hukuk kaynağı olduğu cihetle, bu halde ona müracaata itibar güçtür.

(3) Bu hususta teferruat için: Şakir Berkî, adı geçen makale (A. H. F. T. D. • 1949, s. 204).

2) Türk vatandaşlık kanunu 2 inci maddesinin 1 inci bendi anası babası veya bunlardan biri vatansız olan çocukların da Türk addedileceğini âmindir. Halbuki çocuğa Türk tâbiyeti verebilmek için ana ve babanın ikisinin birden tâbiyetsiz olması lâzımdır. Aksi hal devletler hukukunda büyük mahzurlar tevhit eder ve çocuğa çifte tâbiyetli hale düşürebilir.

C — Doğum yeri esası ile kan esasını meczeden jus soli sistemi.

Doğum yeri esasını kabul eden devletlerin ekserisi tam mânâsı ile doğum yeri sistemi yanında, bu sistemle kan esasını meczeden diğer bir tip doğum yeri esasını kabul etmiş bulunmaktadır.

Türk devletler hususi hukukunda da bu sistem mevcuttur. Vatandaşlık kanunumuzun 4 ncü maddesi bu sistemden bahseder. Bu sistemce tâbiyet izafesinin tatbikâtçıyı ilgilendiren mühim şartları şunlardır :

1) Çocuğun Türkiyede doğmuş olması lâzımdır. (1)

2) Çocuğun ana veya babasının veya bunlardan birinin Türkiyede doğmuş olması lâzımdır. (2)

Bu şartlarla Türkiyede doğmuş olan çocuk doğduğu andan itibaren türk vatandaşı muamelesi görecektir.

4 ncü maddeye göre bu madde mucibince Türk vatandaşı sayılamayacak olan çocuklar diplomatik muafiyetten istifade edenlerin çocuklarıdır

Müktesep tâbiyet bahsine geçmeden evvel tâbiyetle ilgisi mühim olan iki mesele üzerinde durmak icap eder:

D— Tâbiyet tâyininde Rüşt yaşının tâyini ve Reşit şahısların tâbiyeti.

a) Rüşt yaşını tâyin eden kanun.

Bazı hallerde gayrimesru kimse daima çocuk, küçük değildir ve rüste eriştiği halde tanınmış olabilir. Bu takdirde çocuğun tâbiyeti mevzuu bahis olduğundan rüşt yaşının hangi kanunla tâyin edilmesi lâzımgeldiği meselesi ehemmiyet alır.

Tanınmanın veya nesebin tahakkukunun neticeleri her şeyden evvel hususi hukukla ilgili bulunduğu ve tâbiyet meselesi devletlerin amme

(1) Türkiye'de doğmuş olmak demek, Türkiye'nin kara ülkesi sınırlarında, Türkiye'nin karasularında tâbiyeti belli olmayan veya ihtilâflı bulunan gemilerde ve nihayet açık denizlerde Türk tâbiyetindeki bir gemide, doğmuş olmak demektir. Bu hususta teferruat için: Şakir Berki, Gemilerde doğan çocukların tâbiyeti (1951 yılında A. H. F. Dergisinde yayınlanacaktır.).

• (2) Ancak Türk hukukunda doğum 1 Ocak 1929 dan itibaren vâki olmalıdır: Vatandaşlık kanununun 4 üncü maddesine bakınız.

intizamını alâkadar eylediğinden, zannımızca, rüşt yaşının tanınanın tâbi olduğu devlet kanunu ile tâyin edilmesi zaruridir. (1).

b) Reşit kimsenin tâbiyeti.

Tanınan veya nesebi hükümle taayyün eden şahıs reşit ise nesebinin teessüsü ile ana veya babasının tabiiyetini alabilir mi?

Umumî doktrin ve tatbikatla da müeyyitdir ki reşit kimsenin tâbiyeti Jus sanguinis tesirinde değildir. Binaenaleyh, nesebin tessüsü gerek tanıma ve gerekse babalığa hükümle vücut bulsun gayri meşru reşit şahıs eski tâbiyetini muhafaza eder. (2).

Bununla beraber tatbikâtının üzerinde duracağı cihet şudur: Eğer tanınan şahsın, ana veya babasına karşı nesebi teessüs eyleyen kimsenin kanununda rüşte rağmen tâbiyetin değişeceği yolunda bir sarahat mevcut ise Türk baba veya anası tarafından tanınmış olan reşit ve evlilik haricinde doğmuş yabancı bir şahsın Türk addedilmesi icap eder ve bu hal hiç bir kanun ihtilâfına yol açmaz. (3).

2. Müktesep tâbiyet.

Şahsın Jus Sanguinis ve Jus Soli sistemince doğduğu andan itibaren aldığı tâbiyetin iç hukuk veya devletler hususi hukuku müesseseleriyle gaip veya terk ederek yerine edindiği tâbiyete müktesep tabiiyet denir.

Evlenme, telsik, terk ve ilhak, ehali mübadelesi ve muhaceret, müktesep tâbiyet kaynaklarıdır.

A) Evlenme

Modern devletlerde evlenen kadın kocasının tâbiyetini alır. Bu, aile içindeki birliği siyanet içindir.

Türk vatandaşlık kanunu bu prensibi ancak Türklerle evlenen yabancı kadınlar için kabul etmiş yabancılarla evlenen Türk kadınları hakkında uygulamamıştır. Filhakika 13 üncü madde "yabancılarla evlenen Türk kadınları, Türk kalır" demektedir. Yabancı babaları evlenme anında sağ olmayan çocuklar Türklerle evlenen anaları gibi Türk olurlar: Babaları sağ ise yabancı kalırlar.

(1) Aksi fikir: Şakir Berki, Adı geçen tez, sahife: müellif bu hususta aksi fikirde bir mütalâayı mantıka uygun düşen bir mütalâa ile desteklemiş bulunmakta ise de yukarıdaki mütalâadan ötürü bu fikirden rücu etmektedir.

(2) Türk doktrininde de aynı fikir muteberdir: Muammer Raşit Sevig, D. H. H. c. 1. sa: 42; Mustafa Reşit Belgesay, T. Vat. Kanunu şerhi, sa: 13; Osman Fazıl Berki, D. H. Hukuku, 1949, pa: 51.

(4) Aksi fikir: Şakir Berki, Adı geçen tez, sahife: müellif bu hususta aksi fi-

(3) Ancak, fikrimizce, böyle bir şahsa Türk vatandaşı muamelesi yapabilmek için âdi telsikdeki şeraitin tahakkuku da lâzımdır. Aksi halde Türk Kanununda serabat olmamasına rağmen bir yabancıyı Türk tâbiyetine kabul etmiş bulunmak gibi bir netice doğar ki, bu yetki ancak Tükûmete aittir.

Türkle evlenen yabancı kadının gayri meşru çocuğunun yabancı babasına karşı nesebi müesseses değilse anasının evlenmesi ile o da Türk vatandaşlığına geçer. Gayri meşru babası tarafından tanınmış ise, 13 üncü maddede hükmü dahilinde ya eski tâbiyetinde kalır, veya anası ile birlikte Türk vatandaşlığını iktisap eder.

Şu ehemmiyetli mesele üzerinde durmak lâzımdır: Türkle suiniyetle evlenen yabancı kadın evlenmenin zevalinde Türk tâbiyetini muhafaza edebilir mi? Bazı müelliflerce edemez. Bazılarınca eder. Etmesi lâzımdır, zira, her ne kadar Medenî Kanunun (126) ıncı maddesi suiniyetli kadını evlenmeden doğan bütün haklardan mahrum kılmakta ise de Vatandaşlık kanununun 13 üncü maddesi sabık yabancı kadınları Türk kocalarından her hangi bir sebeple evlilik halinin zevaliyle ayrıldıkları tarihten itibaren eski tâbiyetlerine dönüp dönmemekte muhtar bırakmaktadır. Kanun " her hangi bir sebeple" tâbirini kullanmakla meseleyi vazihan halletmiş bulunmaktadır. Demekki suiniyetli kadın da, evlenme bütlan ile dahi zeval bulsa Türk tâbiyetini muhafaza eder ve eski tâbiyetine dönüp dönmemekte muhtardır.

b) Telsik.

Kanunî şartları haiz olan bir yabancıyı talebi üzerine başka bir tâbiyete almaktır.

Telsik bir lûtuftur, zira şartlar haiz olunsu bile bir devleti yabancı bir şahsa kendi tâbiyetini vermeğe zorlamak hâkimiyet mefhumunu rencide eder. (1).

Türk hukukunda telsik umumî şartlara ve doktrine muvazi olarak kabul edilmiştir.

1) Telsik çeşitleri. Türk hukuku üç çeşit telsik tanır: Adi telsik. Fevkalâde telsik. Doğum yeri esası ile imtizaç eden telsik.

Adi telsik : Türkiye'de daimî 5 sene oturan ve memleketi kanuna göre reşit bulunan ecnebi Türk vatandaşlığını isteyebilir. Türk icra vekilleri hey'eti isterse bu şartları haiz ecnebiye Türk Vatandaşlığını lûtf edebilir. (2).

Fevkalâde telsik :

Adi telsikdeki Türkiye'de beş sene ikamet şartına tâbi tutulmaksızın vâki olan telsiktir. Adi telsikin diğer bütün şartları bunda da carîdir.

(1) Fakat Amerika Devletleri telsiki, şartları mevcut oldukça ferdin hakkı olarak mütalâa ederler.

(2) Vat. Kanun Madde (5).

Talebi yapan yabancı, Türk hükümetince istisnâî muameleye lâyık görülmünce Türk Vatandaşlığına alınır. (1).

Doğum yeri esası ile imtizaç ettirilmiş telsik: Yabancıdan Türkiye'de doğan ve Türkiye'de ikamet eden reşit ecnebîler talepleri üzerine Türk tâbiyetine nail kılınabilirler. Mühim olan cihet talebin Türk kanununa göre rüşte eriştikten azami 3 sene içinde yapılması şarttır. (2).

2) Telsikin tâbiyete tesiri:

Türk hukukunda telsik kadının tâbiyetine tesir etmez. Çünkü 6 ncı madde bu hususta mutlak bir sukût ihtiyar etmiştir. Fakat telsik suretiyle Türk vatandaşlığına girmiş olan evli bir sabık yabancı erkeğin yabancı karısı, isterse münferiden kocası ile birlikte veya sonra âdi, fevkâlâde veya toprak esası ile mümteziç telsik yolu ile Türk tâbiyetine geçebilir. Şu kadar ki, vatandaşlıktan iskat edilmiş veya hudut harici edilmiş sabık bir Türk kadını olmamalıdır. (3).

Türk tâbiyetini almış olan sabık yabancınn yabancı çocuğu babasına veya dul anasına tabî olarak Türk olur. Binaenaleyh, yalnız anası telsikle Türk olmuş ise, çocuk, yabancı babası sağ ise, yabancı kalır. Gayrimişru çocuğun babasına karşı nesebi müesses değilse, babasının hayatta bulunmasının ehemmiyeti yoktur. Zira nesep kurulu olmadığından babası filen malum olsa ve hayatta bulunsa bile ona izafeten tâbiyet taşımasına imkân yoktur.

3) Telsikin hükmü :

Telsik mutlaktır ve makabline şâmil değildir. Mutlaktır şu manada ki, telsikle Türk olan şahıs, iskat hükümleri müstesna, an'asıl Türk olarak doğmuş vatandaşların hukukuna sahiptir.

Telsik makabline şâmil değildir, yani telsikle Türk tâbiyeti almış olmak evvelki hukukî durum üzerine tesir etmez. Bu prensibin ehemmiyetli tatbiki neticeleri bârizdir.

c) Terk ve ilhak.

İlhak muahedelerinde ilhak veya terk edilen yerde ikamet edenlerin tâbiyeti değişir. Fakat muahedelerde hıyar hakkı verilir. Bu hak muay-

(1) Vat. Kanun Madde (6).

(2) Kimlerin fevkalâde telsikten faydalanabilecekleri vatandaşlık kanununun tatbik şeklini gösteren talimatnamenin 6 ncı maddesinde yazılıdır.

Telsik muamelesi için : Osman Fazıl Berki, Devletler H. Hukuku, Ankara 1949. S: 75 - 76.

(3) Yabancıların Türkiye'de ikamet ve seyahatları hakkındaki kanunun 5 inci maddesi bu fikri sarahatle teyit eder. Ancak fikrimizce bu madde fevkalâde telkise mahal veren ahvalde cari olamaz.

yen müddet zarfında kullanılmazsa lehine terk veya ilhak vâki devlet tâbiyeti kabul edilmiş sayılır.

Ehemmiyetli cihet, tâbiyetin muahedenin mer'iyete girdiği tarihten itibaren değişmiş addolunacağıdır. Binnetice, bu tarihten itibaren hıyar hakkını kullanmamış olanın terk veya ilhak edilen yerde doğacak olan meşru veya gayrimeşru çocuğu, aleyhine terk veya ilhak vâki olan devlet teb'asından sayılır. Zira bu halde çocuğun tâbiyetine ana veya babası ve kendisi muayyen bir memlekette doğmadan ötürü işleyecek olan ve ifadesini, Türk vatandaşlık kanununun 4 üncü maddesinde bulan sistem uygulanır.

d) Ehali mübadelesi :

Ehali mübadelesinde yalnız tâbiyet, terk ve ilhakda hem tâbiyet hem toprak değişir. Ehali mübadelesinde tâbiyet değişmesi iki taraflıdır. İlhak ve terk de bir taraflıdır : Toprağı terk veya ilhak edilen devletin teb'ası tâbiyet değiştirir.

Ehali mübadelesinin tâbiyete tesirinde bu hususta münakit mukavele hükümlerine bakmak icap eder. (1).

e) Muhaceret :

Yabancı devlete, veya memlekete yabancı vatandaşların gelmesi veya gelmeye mecbur kalmalarıdır.

Ehali mübadelesi mecburî olduğu halde, muhaceretde rıza vardır.

Ehali mübadelesinin tâbiyete tesiri muahedelerle muhaceretin tâbiyete tesiri iç kanunlarla hükme bağlanır.

Türk devletler hukukunda harice giden Türk muhacirlerinin tâbiyeti hakkında hüküm yoktur. Binaenaleyh, muhacir devlet mevzuatındaki hükümlere itibar edilir. Bu da sâkit ise Türk muhacirlerine muhacerete rağmen Türk vatandaşı muamelesi yapmak zaruridir. Zira, esasen Türk kanunlarında harice giden Türk muhacirlerinin Türk tâbiyetinden otomatik olarak çıktığına, veya, muhacir gidilen memleket vatandaşı muamelesi göreceklere dair zımnî bir hüküm dahi yoktur. (2).

Dahile muhacir gelen yabancıların tâbiyeti, hukukumuzda 14 Haziran 1934 tarihli iskân kanununun 6 ncı maddesi ile tanzim edilecektir. Mühim olan cihet şudur : Hükûmet muhacire tâbiyetini verip vermemek-

(1) Gerek Osmanlı İmparatorluğu, gerek Cumhuriyet Hükûmeti bu hususta mukaveleler yapmıştır. 30 Ocak 1923 de yapılan Lozanla birlikte yürürlüğe giren mukavelenin 1 inci maddesi mübadelenin tâbiyete tesirini gösterir hükümler koymuştur. Bu hususta: Osman F. Berki D. H. H. 1949, s: 89 - 90. Şakir Berki, Türk Hukukunda asli ve müktesep tâbiyet (H.F.D. 1949).

(2) Fazla bilgi için: Şakir Berki, Türk Hukukunda asli ve müktesep tâbiyetin umumî esasları (A. Ü. H. F. Dergisi, 1949) cilt IV. S: 217 - 218.

te serbesttir. Zira muhacirlere de Türk tâbiyeti telsik şartlarına göre bahşolunur. Türk tâbiyeti izafe edilen muhacirlerin gayri reşit çocukları da Türk vatandaşlığına alınabilirler. Fakat bunların ana ve babalarına Türk tâbiyeti verilmiş olması, onların da otomatik olarak Türk olmaları neticesi doğurmaz. İskân kanununun 6 ncı maddesinin son bendinden bu husus kolayca anlaşılır.

Mülteci ile muhacir şöyle tefrik edilir: Mülteci Türkiye'ye yerleşmek maksadı ile gelmez; sığınmasını âmir hâdise ve şeraitin devamı müddetince geçici bir zaman kalmak için gelir. Muhacir ise daimi olarak yerleşmek için gelir.

3 — Hükmi şahısların ve gemilerin tâbiyeti.

A — Hükmi şahısların tâbiyeti :

a — Cemiyetlerin tâbiyeti :

Cemiyet nerede teşekkül etmiş ise oranın tâbiyetini alır.

Türk hukukunda Türk kanunlarına göre teşekkül eden ve muamele merkezleri Türkiye'de olan cemiyetler Türk tâbiyetindedirler.

b — Şirketlerin tâbiyeti :

Şirketlerin tâbiyetini tayinde, teşekkül yeri sistemi, işin çevrildiği yer sistemi, idare merkezinin bulunduğu yer sistemi, sermayenin bulunduğu yer sistemi ve bir de kontrol sisteminden bahsolunur.

Türk hukukunda Türk kanunlarına göre teşekkül eden ve muamele merkezleri Türkiye'de olan şirketler Türk uyrukluğuna tâbidir.

c) Tesisler :

Umumî doktrinde de henüz kat'î olarak halledilmemiş olan bu meseleye dair, Türk mevzuatında ve doktrininde de sarîh bir hal çaresi yoktur. Bizce vakıf yapanın tâbiyetinde saymak münasiptir.

B — Gemilerin tâbiyeti :

Gemilerin tâbiyeti zahiren bayrakla tâyin olunur. Binaenaleyh gemilerin taşıdıkları bayrağı taşımaya haklı olduklarını resmî bir vesika ile ispat etmeleri lâzımdır.

Bazı memleketlerde bayrak taşıma, yani bu geminin bir devletin tâbiyetini alması geminin bir kısmının vatandaşlara ait olması, bazılarında gemi sahibinin veya şirketlerin hepsinin muayyen bir devletin vatandaşı olması, lâzımdır; diğer bazı memleketlerde de bayrak taşıma hakkı hiç bir şarta tâbi değildir.

a) Türk hukukunda deniz gemilerinin tâbiyeti D. Ticareti kanununun 1459 uncu maddesi ile tâyin olunmuştur: ancak Türk vatandaşlarının

malı olan gemiler sicille kaydedilebilir. (1).

Gemi hakikî şahıslara, şirketlere ait olsun tâbiyet tâyininde aynı hüküm tatbik olunur.

b) Hava gemilerinin tâbiyeti :

1946 sivil havacılık anlaşmasının 17 nci maddesince hava gemileri siciline kayıtlı oldukları devlet tâbiyetindedirler.

Türk seyrüseferleri havaî talimatnamesine göre (2) hava gemilerinin Türk tâbiyetinde olabilmeleri için sahiplerinin Türk olması lâzımdır. (3).

II — Tâbiyeti idare eden prensipler ve bunların tatbikatçıya olan faydaları :

Bu mühim prensiplerin ehemmiyetini sırası ile tetkik edeceğiz.

1. Her şahsın mutlak bir tâbiyeti olmalıdır.

Binaenaleyh, salâhiyetli Türk makamları Türkiye'de bulunan ve ika-met eden ve tâbiyetde iddia ve ispat edemeyen bir şahsa Türk tâbiyetini izafe etmekte tereddüt etmeyeceklerdir. Şahıs rüşde varmadan evvel doğum yeri belli olursa, o yerin tâbiyetini vermemekte de ısrar edilemez.

2. Her şahsın ancak tek bir tâbiyeti olabilir. Çifte tâbiyetin ferde ve devlete büyük mahzurları vardır.

Binaenaleyh, tâbiyetle ilgili makamlar çifte tâbiyetli şahsın her şeyden evvel bir tek tâbiyetli olmasını sağlayan kanunî ve hukukî yollardan hareketle bunu temine çalışacaklardır.

Türk mevzuatında çifte tâbiyetli şahsın durumu incelenmemiştir.

1930 La Hay mukavelesinin 3 üncü maddesi çifte tâbiyetli şahsın her iki devlet teb'ası muamelesi göreceğini açıklar. Binaenaleyh böyle bir şahıs başka bir devlete de mensup olduğunu ileri sürer ve hattâ bunu ispat dahi ederse, yetkili Türk memurları onu vergiden, askerlik mükellefiyetinden ilh.. muaf tutmamalıdır. Zira aynı zamanda Türk vadandaşıdır da.

"Her şahsın tek bir tâbiyeti olmalıdır" kaidesinin şu neticesi ehemmiyetlidir :

Eğer çifte tâbiyetli şahsın mensup olduğu iki devlet de yabancı ise, yetkili Türk makamları bu ferde çifte tâbiyetli muamelesi yapmamalı,

(1) Teferruat için D. Tic. Kanunu 1459 uncu maddesinin son fıkrasına ve 1460 inci maddeye bakınız.

(2) Mad. 17 bak : Düst. T. 3. C. 26. S: 94.

(3) Veya tâbi olduğu şirketin bu husustaki kanun ve nizamınca Türk sayılmak icap ederse, Türk sayılabilirler.

en çok bağılı olduğu devleti bularak tek bir tâbiyete sahip şahıs muamelesine tâbi tutulmalıdırlar. (1).

Görülüyor ki neticesini kaydettiğimiz bu prensip, çifte tabiyyetli şahıs aynı zamanda Türk tâbiyyetini haiz olan çifte tâbiyyetli bir şahıs olduğu zaman istisnaya uğramaktadır.

III — Tâbiyyetin ziyayı :

Ekser devletlerin mevzuatında tabiyyetten istekle ve müsaade ile, veya iskat edilmekle çıkmak kabul edilmiştir.

Türk hukuku her iki tâbiyyetin ziyayı usulünü de kabul etmiştir.

1. Türk vatandaşlığından çıkmak :

Vatandaşlık Kanununun 7 inci maddesi müsaade ile Türk tâbiyyetinden çıkmaktan bâhistir. Tatbikatçının dikkat edeceği mühim husus şudur : Bir şahıs bir müsaadeyi hükümetten almış olsa bile eğer Türkiye devletinde askerlik vazifesini ifa ettiğini ispat edemezse kendisine Türk ilgili makamları Türk vatandaşı muamelesi yapmağa kanunen mecburdur. Zira 7 inci maddenin son bendi askerlik vazifesini ifa etmeyenlerin Türk addedileceğini âmirdir. Esasen bu kayıt varken icra vekilleri heyeti dahi müsaade verirken ilk defa askerlik ödevinin tamamıyla yapıp yapılmamış olduğu cihetini araştıracaktır.

İki cihet üzerinde durmayı faydalı buluyoruz :

1°) Bir Türk mecburî muvazzaflık hizmetini tamamen ifa etmedikçe İcra Vekilleri Heyeti tâbiyyetten çıkmasına müsaade edemez. Zira vazife küldür, tamamı ifa olunmadıkça, tamamının külfeti çekilmedikçe, yerine getirilmiş sayılamaz.

2°) Muvazzaflık hizmetini bitirip de, ihtiyatlık hizmetini yapmakta olan bir Türk vatandaşının vatandaşlıktan çıkma dilekçesine de müspet cevap vermemek icap eder. Her ne kadar kanun ikinci ihtimali derpiş bile etmemiş bulunmakta ise de, beyan olunan surette hareket tarzı kanunun askerî ödevden bahseden maddesi ruhuna uygundur. (2).

(1) La hay mukavelesinin 5 inci maddesi:

En çok bağılı olunan devleti bulmak için şahsın daimi olarak nerede oturduğunu, askerlik mükellefiyetini ve son amme mükellefiyetlerini hangi devlete karşı eda etmekte bulunduğunu ilh. araştırmak lâzımdır. Her iki devlete karşı mükellefiyeti aynı derecede ifa etmekte ise daimi olarak nerede oturduğunu ve meslek veya san'atının bulunduğu devlet vatandaşlığını tercih etmek vakıalara ve La Hay mukavelesinin 5 inci maddesi ruhuna da, bizce, uygundur.

(2) Mamafih ihtiyatlık ödevini yapmakta olan bir şahsın tâbiyyetten çıkma isteğini muameleye koymakta kanuna aykırılık yoktur. Hizmet müddeti içinde müsaadeye müncer olan dilekçe üzerine hizmet müddeti bitmemiş olsa bile, geri kalan muameleye devam olunabilir. Zira kanun muvazzaflık hizmetin ikmal edilmemiş olmasını tâbiyyetten çıkmaya mâni sayar.

Fakat kaydedelim ki, muvazzaflık hizmetini ifa etmiş olan bir şahsın tâbîiyetten çıkma dilekçesi yakın bir zamanda ihtiyatlık hizmetine alınması ihtimalinden ve hattâ bu husustaki bir karardan bahisle, reddolunmamak icap eder. Zira kanun askerî hizmeti muvazzafadan bahsetmektedir.

2. Türk vatandaşlığından iskat :

Kanunun 9 uncu maddesi iskattan ve sebeplerinden bâhistir. 11 inci madde sabık yabancıların iskata dairdir. Mühim olan nokta şudur ki: 9 uncu madde sabık ecnebilerin iskata da sâridir. Bunlar hakkında tahsisen 11 inci maddenin de sevk edilmiş olması bunların ancak bu maddedeki sebeplerle iskat edilebileceklerini tasrih için değildir. Fakat an asıl Türk olan vatandaşların 11 inci maddedeki hallerden dolayı iskat edilmelerinin kanunen imkânsız olduğunu tasrih etmek için vaz edilmiştir. (1).

Şunun kaydini zarurî buluyoruz ki, bu maddedeki fiilleri işleyen sabık ecnebî, bu fiillerden ötürü T. C. kanunundaki cezayı çektikten sonra vatandaşlıktan iskat olunmalıdır. Zira, bu fiillerden ötürü vatandaşlıktan iskat bu fiillerin ceza kanununa tekabül eden ecirini bertaraf edemez.

Nihayet, bir sabık ecnebinin 11 inci maddedeki fiillerden ötürü iskata karar verebilmek veya onu iskattan beri kılabilmek için icra vekilleri heyeti her şeyden evvel bu hususta şahıs aleyhinde tahrik edilmiş bir ceza davası varsa neticesini beklemeli, dâvâ tahrik edilmemişse dâvayı tahrik eylemeli ve neticeye göre karar almalıdır. Aksi halde, verilecek iskat veya iskatta mahal olmadığına dair olan icra vekilleri heyeti kararı yerinde olmayabilir. (2).

Türk tâbîyetinden iskat şahsa münhasırdır; iskat edilenin meşru, gayri meşru çocuklarına ve karısına veya kocasına tesiri yoktur.

İtiraf edelim ki, ihtiyat hizmetini ifa edenlerin bu hizmetin bitiminden evvel tâbîiyetten çıkma talebinde bulunamayacakları cihetini kanunun 7 inci maddesine bir fıkra ilâvesiyle yapmak, Türk vatandaşlığı müktesep olan, yani sabık ecnebilerin belki fevkalâde zamanlarda Türkiye lehine yapmakta oldukları ihtiyat askerlik hizmetinden kurtulmak isteyen muhtemel arzularına peşinen mâni olmak olur.

(1) An'asıl Türk olan vatandaşlara 11 inci maddedeki fiillerinden ötürü umumî hükümler, yani Türk Ceza Kanununun Devlet ve Hükûmet aleyhine işlenen cürümler faslı maddeleri uygulanır.

(3) Bütün bu mütalâadan ötürüdür ki, iskat kararları aleyhine Danıştay yolu açık olmak icap eder. Esbabı mucibe başka türlü olmakla beraber Danıştay Dâva Dairelerinin 8. 4. 1934 tarihli kararı bu neticeyi teyit etmektedir. Türk doktrini de mucip sebep zikretmeksizin bile olsa aynı fikirdedir : Osman Berkî, D. h. h. hukuku, 1949, s: 122; Aksi fikirde : Mustafa Reşit Belgesay, Türk V. K. Şerhi, s. 8.

Kaydi bir mecburiyet hissediyoruz ki, Türk kanun vazı vatandaşlığın tekrar iktisabı matlahı altında "... işbu kanun mucibince iskat edilmiş olanların evlâtları ikamet şartına tâbî olmaksızın Türk vatandaşlığını.... iktisap edebilirler" diye bir hüküm koymakla tatbikatçıyı şaşırtması çok muhtemel olan bir hareket tarzı ihtiyar etmiş bulunmaktadır. Bu hükmü "Vatandaşlığın tekrar iktisabı" ndan bahseden 14 üncü maddenin bir fıkrası olarak değil, ayrı bir madde olarak tesis etmek bizce zaruridir.

İskat cezaî mahiyettedir; binaenaleyh 14 üncü maddenin iskat edilenin çocuklarından bahseden hükmü iskattan sonra doğmuş olan çocuklara uygulanmak icap eder.

Türk vatandaşlığından çıkmanın ve bu vatandaşlıktan iskatin neticeleri üzerinde uzun boylu durmaya değmez. 8 inci ve 14 üncü maddeler ilgili her makama rehberlik edecek sarahattedir.

IV -- Tâbiyet ihtilâfları ve halli :

1. Tabiiyet ihtilâfları :

Devletlerin tâbiyet mevzuatının başka başka oluşu, meselâ birinde telsikin tâbiyete tesirinin kabulü, diğerinde kabul edilmemesi, tâbiyet ihtilâflarına yol açar. İki devlet bir şahsı kendi tâbiyetinde addederse, müspet; ikisi de kendi tâbiyetinde saymazsa menfi tâbiyet ihtilâfı denir. Birincisi fertleri çifte tâbiyetli, ikincisi tâbiyetsiz duruma düşürür.

2. Tabiiyet ihtilâflarını halleden kaideler :

A — Çifte tabiiyetli şahsa uygulanacak olan kanun üzerinde yeteri kadar durmuştuk.

B — Tabiiyetsiz şahıslara uygulanacak kanun :

Tâbiyetsiz şahıs hangi devlete tâbi sayılacaktır? Kaide şudur : Eğer şahsın hâkimin devletine tâbi olduğu anlaşılırsa mesele yoktur. Eğer bu sabit değil, ve hangi tâbiyetten olduğunu da tesbite imkân yoksa fikrimizce, bu şahıs muayyen bir tâbiyeti olduğunu ispat edinceye veya muayyen bir tâbiyet alıncaya kadar bulunduğu yerin, ikamet ettiği, ve muamelelerinin merkezi olan yerin teb'ası muamelesi görmelidir.

V — Tâbiyet ihtilâflarında yetkili makamlar :

İhtilâflı olan bu mesele hakkında biz şu mütalâada bulunuyoruz : Tabiiyet muamelâtı bu hususla ilgili mütehassıs makamlara terk edilmeli, tabiiyetten doğan ihtilâflar ise adî mahkemelerde hallolunmalıdır.

Zira, tâbiyet ihtilâfları netice itibariyle hususî hukuk ihtilâflarını da doğurur ve çünkü bu ihtilâfları idarî mahkemelere tevdi etmekle da-

ha isabetli kararlar çıkaracağı fikri bize mülâyim gelmiyor, zira idarî mahkemeler dahi haddinden fazla mahmüldür (1).

Türk hukuku birinci şıkkı mütalâamıza uygun bir şekilde kabul etmiştir. Zira tâbîyet işlerini tâbîyet müdürlüğüne tevdi etmiştir. İhtilâfların halli mercii sarahatle gösterilmemiştir. Türk doktrini Danıştayı merci olarak gösterir. Şimdiye kadar teamül bu merkezde olduğuna göre, meseleyi yukardaki görüş tarzımızla münakaşaya dökmeyi zait buluruz.

3 — Türk Danıştayının tâbîyet meselelerindeki yetkisi ve yetkisizliği.

A — Danıştayın yetkili olduğu mevad :

Danıştaya aşağıdaki meselelerde baş vurulabilir :

a) Tâbîyet kanunu ile teb'a veya yabancıya veya çifte tâbîyetli veya haymatlozlara, yani fertlere mutlak olarak verilen hakların ihlâl edilmesi. Meselâ Türkiye'de bir Fransız kadınından gayri meşrû bir çocuk doğsa ve tanınsa, tâbîyet müdürlüğünün çocuk Türkiye'de doğmuştur, diye çocuğa Türk vatandaşı muamelesi yapmasına karşı anası tarafından (velisi) Türk Danıştaya dâva açılabilir. Zira, vatandaşlık kanununun 2 nci maddesinin son bendinde gayri meşrû çocukların ana veya babalarının tâbîyetini alacakları yazılıdır.

Danıştay dâvayı esas bakımından iki cihetten red edebilir.

1) Çocuk ana tarafından tanınması mümkün olmayan bir çocuksa. (2)

2) Fransız kadın da Türkiye'de doğmuş ise bu takdirde Danıştay Vatandaşlık Kanunumuzun 4 üncü maddesi gereğince çocuğun Türk addedilmesi icap edeceğinden bahisle dâvayı reddedecektir.

b) İcra Vekilleri Heyetinin mücerret takdirine bırakılmamış olan meselelerde.

Tâbîyetten iskatın kanunî sebepleri musarrahtır. Bunlar tahakkuk

(1) Aksi fikir : Muammer R. Seviğ, Devletler Hukuku, C. 1, sf. 146; Osman Fâzıl Berkî, Devletler H. Hukuku, sf. 121.

Fikrimizce, esasen adalet tek mahkeme tarafından tevzi olunmalıdır : Zira bütün şeraiti aynı olmayan hâkimlerden bir mesele hakkında sâdir olacak kararın aynı olamayacağı iddiasını kanaatbahiş esbapla çürütemek pek mümkün değildir. Adaletin tam tahakkukuna idarî teşkilâtda dahi ihtiyaç duyulmuştur. İller idaresi kanunun tek bir kanun halinde bütün idare âmirlerine rehber olarak sunulmuş olması bunu kolayca teyid eder. Teferruat: Şakir Berkî "Nesillerin Hukuk Bilgisi: ADALET". Bu kitapta tevhidî kaza bahsine bakınız (kitap 1951 de çıkacaktır).

(2) Fransız Kanunun da evlenmeleri memnu olanlarla esasen evli birinden olan gayri meşrû çocuk anası tarafından da tanınmaz: Deccopet, Enfant naturel et son père, 1919, Lausanne.

etmiş olmadıkça, gerek aslen, gerek müktesep vatandaşlık suretiyle Türk tâbiyetinde olan herkes iskat kararına karşı dâva açabilir (1).

B — Danıştay baş vurulamayacak haller :

a) Hükûmeti, mutlaka fertlerin lehine karar vermeğe icbar eden bir hüküm yok iken İcra Vekilleri Heyetinin aleyhe vermiş olduğu kararları.

Meselâ İcra Vekilleri Heyetinin âdi veya fevkâlâde veya doğum yeri esası ile memzuç telsik (madde 3) şartlarını havi bir ecnebiyi Türk tâbiyetine almaması kararına karşı açılan bir dâvayı Danıştay esastan red eder. Zira bu üç halde de İcra Vekilleri Heyeti telsikin Türk Kanununda meşrut ve matlup şeraitini haiz olan yabancıya mutlaka Türk tâbiyetini vermeye mecbur değildir. İzahî güç olsa bile, (2), kanun böyle olunca, İcra Vekilleri Heyeti takdir hakkına sahiptir.

b) Türk vatandaşlığı mevzu bahis bulunmayan vatandaşlık ihtilâfları Türk Danıştayının yetkisi dahilinde değildir. Esasen böyle bir ihtilâfî hallerden Türk Danıştay kararı diğer memleketlerde, ilgililerin memleketinde icra kabiliyetini de haiz değildir (3).

c) Hükûmete hususî ahval ve fevkalâde şeraiti önlemek için verilen iskatla ilgili takdir hakkına karşı dâva açılmaz. Bu cihet Danıştay Dâva dairelerinin 8.9.1934 günlü (4) kararı ile de müeyyettir.

Yabancıların Hukukunu İdare Eden Prensipler

I — Yabancıнын tarifi :

Bir devlet içinde bulunan ve o devletin tâbiyetine sahip olmayan veya onu ispat edemeyen kimsedir. Ekalliyetlerin hukuku ile yabancıların hukuku arasında fark vardır : Ekalliyet içinde bulunduğu devletin teb'asıdır, anı asıl teb'adan ırkî, dinî farklarla ayrılan zümredir ki, tabîî haklarına mâni olunamaz.

(1) Danıştay Dâva dairelerinin 8.9.1934 de verdiği bir karar, dolayısıyla olsa dahi bunu teyid etmektedir.

(2) Filhakika kanundaki bütün telsik şartlarını haiz olan bir yabancıya Türk Vatandaşlığını vermemek, kanunların mevcudiyet sebebi ile telif kabul eder bir hal değildir. Tam bir hukuk devletinde kanunların efrada hak veren hükümleri takdir hakkı ile değil açık kanunî istisnalarla tatbik kabiliyetini kaybetmelidir.

Fıkrimizce tam bir kanun devletinin ilk şartı idarede, âmme hukukunda mevcut kanun hükümlerini bir şahıs veya heyete mevdu mutlak takdir hakları ile tatbik edilmemeye mahkûm kılınmamaktır.

(3) Danıştay 5 inci Dairesinin 9.2.943 günlü kararı.

(4) Bu karar için: Suphi Nuri Akay, Danıştay kararı ve içtihatları, s. 72;

Yabancılar muahedelere ve mevcut umumî prensiplere göre hukuka sahiptirler (1). Her devletin devletler hususî hukuku mevzuatı ve nihayet hukukun umumî prensipleri de yabancıların hukuku kaynağıdır.

II — Yabancıların hukukunun şümülü :

1. Umumiyet :

A — Siyasî haklar : Yabancılar siyasî haklardan prensip itibariyle faydalanamazlar (2).

B — Amme hakları insan olmak sıfatı ile her şahsın kullanması lâzımgelen ferdî hürriyetlerdir ki, yabancılar da bazı ufak farklarla bunlardan aynen yerliler gibi faydalanırlar.

Bu tatbiki yazıda fuzulî yazmış olmamak için yabancı ile yerliyi âmme hakları bakımından ayıran farkları belirtmeyi kâfi bulduk :

a) Şahsî hürriyet bahsinde: Yabancı tart ve teb'id edilebilir, yerli edilemez. Yabancılar da toptan tart ve teb'id edilemez (3). Rekâbetin men'i ve haklı talep ve dâvaları akim bırakmak için de tart ve teb'id silâh olarak kullanılamaz.

b) Ancak âdi suç işlemiş olan yabancılar iade olunabilir. Teb'a iade olunamaz, ve siyasî suç işlemiş yabancı da iadeye tâbi değildir. Mahallî âmme intizamı ihlâl edilmemek şartı ile yabancılar da âyin hürriyetinden yerliler gibi faydalanırlar.

Siyasî olmamak şartı ile cemiyet ve içtima hakkı; gazete sahibi olmak hakkı müstesna, matbuat hürriyeti; bazı askerî ve mülki mekteplere girebilme müstesna, okuma hakkı; okutma hakkı, lisan dersleri ve teknike münhasır olmak üzere okutma hürriyeti; ilk tahsil mecburiyeti ancak teb'aya münhasır ise de mütekabiliyet şartı ile bunu yabancılara da bahsetmek zarurîdir.

Doktorluk, avukatlık eczacılık, küçük sanatlar müstesna, çalışma hürriyeti; mutlak surette mesken masunyeti; iktidar müsait ise umumî muavenetten faydalanma hakkı (4); usul kanunlarındaki teminatı vermek şartıyla dâva hakkı;

Yabancılar âmme mükellefiyetine yerliler gibi tâbidirler.

(1) Hukuku Düvel Enstitüsü 1874 de, ve Lozan Muahdesi bunu kabul eder.

(2) Sovyet Anayasasının 20 nci maddesi, Amerika Devletlerinden bazıları arasındaki mukaveleler istisnâî hallerdir.

(3) Devletler Hukuku Enstitüsü 1892 Cenevre içtimaî kararından. Lozan'a merbut ikamet ve adli salâhiyet mukavelesinin 7 nci maddesi de bu prensibe sadıktır.

(4) Umumî muavenet hakkı çok ihtilâflıdır. Bizce, devletlerin iktidarı kâfi ve mütekabiliyet de varsa yabancıyı da umumî muavenete nail etmek beynelmilel nasafet icabındandır.

C — Hususî haklar :

Yabancılar şahsın muhtaç olduğu hususî haklardan aynen yerliler gibi faydalanırlar: Aile hukuku, Borçlar hukuku, Miras hukuku yabancılara da açıktır (1). Vaktiyle Fransa'da da hal böyle idi (2).

Bugün islâm hukuku cari olan memleketlerde o hukuka göre hükmetmek icap eder.

Asgarî hadden fazla olan hususî hukuktan yabancıların faydalanmasında en makul sistem : mütekabiliyet veya mukavele sistemidir (3).

2 — Türkiye'de yabancılar hukuku :

A — Siyasî haklar :

Yabancılar siyasî hiç bir hakka sahip olmadıkları gibi siyasî mükellefiyete de tâbi değildirler, askerlik gibi (4).

B — Amme hakları :

a) Türkiye'ye giriş hakkı : Pasaport Kanununun 3 üncü maddesindeki yabancılar ve 4 üncü madde hükmü mahfuz olmak üzere, pasaport ibraz etmek şartıyla her yabancı Türkiye'ye girme hakkına sahiptir.

b) Şahsî hürriyet :

Anayasanın 72 nci maddesi "hiç kimse" tabirini kullanmış olmakla şahsî hürriyet bakımından yerli ve yabancı arasında hiç bir fark olmadığını belirtmiştir.

c) Din ve âyin hürriyeti :

Anayasamızın 75 inci maddesi bu hususta da yabancı ile yerli arasında fark olmadığını belirten hüküm sevkettir.

d) Matbuat hürriyeti :

Matbuat Kanunu, gazete ve mecmua sahiplerinin mutlaka Türk olmasını, mes'ul müdürünün de yabancı olamayacağını; yabancıların çıkaracağı gazete ve mecmua için hükûmetin müsaadesine ihtiyaç olduğunu belirtmek suretiyle yerli ile yabancı arasındaki farkları belirtmiştir.

(1) Miras hukuku eskiden yabancı tanımazdı. Islâm hukukunda hal böyle idi : Teferruat için bk.: Ali Himmet Berkî : Eski Hadiselerde Tatbiki Lâzım gelen İrs ve İntikal, s. 18.

(2) Osman Fazıl Berkî : Devletler Hususî Hukuku, 1949, sf. 143; not : 2.

(3) Temsil sistemi vardır ki yabancı ile yerli arasında hususî hukuk bakımından fark gözetmez : J. P. Niboyet, Manuel, 2 ed. sf. 303 - 304.

(4) Yabancıların hukuk ve vazifeleri hakkındaki muvakkat kanun mad. 1 : "Türkiye'de bulunan yabancılar kanun esasi ile kavanini sairenin Türklere bahşettiği siyasî ve beledi haklardan istifade edemezler".

e) Çalışma hürriyeti :

Avukatlık (1), eczacılık (2), Kabotaj, 25 Haziran 1927 tarihli kanunda yazılı bazı vazifeler, doktorluk, dişçilik, hastabakıcılık meslekleri ile fotoğrafçılık, berberlik, müretteplik, kasket ve kunduracılık, inşaat ilh... sanatları Türk vatandaşlarına mahsustur.

Yabancılar, tayyare makinistliği, pilotluğu ve buna benzer teknik işlere müsaade ile girebilirler.

f) Dâva hakkı :

İkametgâhı Türkiye'de olan yabancıların hali, yabancıların hukuk ve vazifeleri hakkındaki muvakkat kanunun 3 üncü maddesindeki hale tevafuk ediyorsa, yani Türkiye'de mikdarı kâfi emlâki yoksa, yine teminat göstermeye mecburdur. Halbuki ikametgâhı Türkiye'de olan ve mâmeleki bir hiçten ibaret olan Türk teminat göstermek mecburiyetinde değildir.

İkametgâhı yabancıda olan bir yabancı ise, aynen hariçte ikamet eden Türkler gibi hukuk usulü muhakemeleri kanununun 97 nci maddesi gereğince teminat göstermeğe mecburdur (3).

Teminatın nev'i ve nasıl verileceği H. M. Usulü Kanununun 96 ncı ve 98 inci maddesinde yazılıdır.

Teminat mecburiyeti yabancı hükmi şahıslara da şâmilidir.

Yabancı müdahil de müddei durumunda olduğundan teminata mecburdur.

Ehemiyyeti tamamiyle tatbikî olan cihet şudur : dâvalı dâva ikamesinden hükme kadar Türk tâbiyetini muhafaza etmedikçe teminat lâzımgelmez. Dâvalı çok ise teminat için birinin Türk olması kâfidir.

Muamelei mütekabile veya Türkiye'de emlâk sahibi olmak teminat mükellefiyetini kaldırır.

h) Okuma ve okutma hürriyeti :

Kanunî şartları mâhfuz, yabancılar okuma hakkına; türkçe ile konuşmak ve Türk tarih ve coğrafyasını da tedris programına almak şartı ile teamül haline girmiş olan okutma serbestisine sahiptirler.

Vergi mükellefiyeti :

(1) 1940 tarihli Kanun, mad. 12.

(2) 1927 tarihli kanun.

(3) Usulün bu maddesi ile muvakkat kanunun 3 üncü maddesi, Türk doktrininde girift ve uzun ihtilâflara sebep olmuş ve yargıtay umumî heyetini mütenakis iki karara sevketmiş ise de, zannımızca, bu giriftiye lüzum yoktu. Zira, usulün 97 nci maddesi, yabancı memleketden müddei olacak olanların teminatını, muvakkat kanunun 3 üncü maddesi de Türkiye'deki yabancıların teminat mecburiyetini gösterir.

Vergi ve rüsum mükellefiyetinde yabancı ile yerli arasında hiç bir fark yoktur. (1).

C — Hususî haklar :

a) Türklere ait hususî haklar :

Köylerde gayrimenkul edinebilmek, (2), Türk vapurlarının tasarrufu (3).

b) Yabancılar tanınan hususî haklar :

Yukardaki haklar müstesna ve Mukabele bilmişil kanununun (5) mütakabiliyet ile tahdit edilmiş hükümleri haricinde, yabancılar diğer hususî haklardan Türkler gibi istifade ederler: Şahsî hürriyet, Aile hukuku, menkul mülkiyeti ve buna bağlı aynı haklar, köylerde muayyen mikdarı tecavüz etmemek üzere (6) gayrimenkul mülkiyetinden mütakabiliyet şartı ile (7), Borçlar hukukunda tahhüde girme, haksız mal iktisabı ve haksız fiillerden; fikrî haklarda, telif hakkından, 10 Mart 1296 tarihli ihtira berati Kanununun 33, 34, 35 inci maddeleri şeraiti dairesinde, sınâî ve ticarî haklardan; 28 Nisan 1904 tarihli nizamnamenin bilhassa 3 ve 4 üncü maddeleri çerçevesinde alâmeti farika haklarından, aynen Türkler gibi istifade ederler.

Kanun ihtilâflarını idare Eden Prensipler

Bu kısımda kanun ihtilâfları karşısında tatbikatçının bu ihtilâfları devletler hususî hukukunca muteber bir isabetle hallini sağlayan hükümlere varabilmesi için göz önünde bulunduracağı sırf devletler hususî hukukunun yarattığı prensipleri ve bunların kanun ihtilâflarını halletmedeki rollerini kaydedeceğiz.

I — Kanun ihtilâfları ve nevileri :

Devletlerin iç mevzuatı ekseriya birbirine zıt hükümler vazetmiştir. Çatışma bundan doğar. Bu ihtilâflar âmme kanunlarından veya hususî kanunlardan veya devletler hususî hukuku mevzuatı tezaadından doğabilir.

(1) Muvakkat Kanun Mad. : 5.

(2) 442 No. ve 1926 tarihli Köy Kanunu, Mad. 87.

(3) Deniz Ticaret Kanunu, mad. 1459.

(5) 1062 sayılı ve 1927 tarihli kanunun 1. maddesi.

(6) 442 Sayılı Köy Kanunu, mad. 87; Ali Hikmet Berki, Le Droit Successoral des étrangers: Revue turque de droit int. Privé 1949, No. 1. P: 3.

(7) Gayri menkul mülkiyetinden yabancılar mütakabiliyet şartı ile istifade ederler. 2644 sayılı Tapu Kanunu, mad. 5.

Tatbikatçıyı ilgilendirecek ve düşündürecek olan en mühim devletler hususî hukuku ihtilâfları mekân itibariyle olan ihtilâflardır. Mekân ihtilâfı demek iki ayrı memleketde tatbik edilen kanunlar arasındaki ihtilâf demektir.

Tatbikatçının önem vereceği ikinci nev'i ihtilâf da teşriî salâhiyet ihtilâfı ile, kazai salâhiyet ihtilâflarıdır. Birinci, hadiseye esas bakımından hangi kanunun tatbik edileceğini; ikincisi, bir dâvanın hangi devlet mahkemesinde görüleceğini gösteren ihtilâftır (1). Ehemmiyetli olan şudur ki, yetkili mahkeme kanunu ihtilâfın esasını halledecek olan kanun değildir. Bu cihet teşriî salâhiyet ihtilâfının halli ile anlaşılır.

II — Kanun ihtilâflarının hal çareleri :

Kanun ihtilâflarının hallinde her şeyden evvel tatbikatçı kendi devletler hukuku mevzuatının bu husustaki, yani ihtilâfların nasıl halledileceğini gösterir kaidelerini tatbik edecektir.

Türk hukukunda bu husustaki kaideler, Memaliki Osmaniyede bulunan ecnebilerin hukuk ve vezaifi hakkındaki muvakkat kanunun 5 maddesi ile Nüfus Kanununun 35 ve 96 ve Ticaret Kanununun 600 üncü maddesinde yazılıdır.

Eğer Devletlerin mevzuatı arasındaki bu kaidelerden de ihtilâf doğmakta ise, münakit muahede veya mukavele mevcutsa, kanun ihtilâfları bunlardaki hükümler dairesinde halledilir (2).

III — Kanunlar ihtilâflının hallini sağlayan sistemler :

Kanun ihtilâflarının hallinde sistemler başka başkadır. Tatbikatçılarımızı doğrudan doğruya alâkadar eden bu husustaki Türk sistemidir.

1 — Türk hukukunda teşriî salâhiyet ihtilâflarının halli :

1320 tarihli yabancıların hukuk ve vezaifi hakkındaki muvakkat kanununun 4 üncü maddesi ehliyet, Aile hukuku ve menkul mirasda ilgililerin millî kanunlarının tatbik edileceğini kaydetmektedir.

Binaenaleyh, ehliyet (rüşd, temyiz kudreti) alâkadar şahsın tâbi olduğu kanunu hükümlerine tâbidir. Aile ve menkul miras bahislerinde hüküm böyledir. Alâkadar müteaddit ve ayrı tabiiyetlere sahip iseler, bu kanunların her biri nazarı itibara alınmak icap eder. Kanunlardan her

(1) Kazai salâhiyet ikidir : Umumi selâhiyet, hususi selâhiyet. Devletler özel Hukukunu ilgilendiren birincisidir. Zira ikincisi her hangi bir ihtilâfın bir devlet mahkemelerinden hangisinin göreceği meselesini inceler. İlk defa umumi selâhiyet bilâhare hususi salâhiyet halledilmek icap eder.

(2) Haziran 1902 tarihli dört mukavele; 14 Kasım 1896 tarihinden mün'akit hukuk usulüne ait mukavele; 17 Temmuz 1905 Kasırların vesayetine ait mukavele ilh... bu nev'i mukavelelerdendir.

birindeki şartlar ayrı ayrı tahakkuk etmiş olmadıkça muamele yapılamaz, veya yapılan muteber sayılamaz.

Ehliyet, aile hukuku ve menkul mirasa millî kanun uygulanır prensibinin en mühim istisnası Türk âmme intizamıdır. Eğer millî kanun hükümleri Türk âmme intizamına aykırı düşerse Türk Kanunu uygulanır.

Bir misali zarurî buluyoruz : Millî kanunu poligamiyi kabul eden ve esasen evli bulunan bir erkek Türkiye'de millî kanunu yine poligamiyi kabul eden bekâr bir kadınla evlenemez. Zira Türkiye'de iki evlenme memnudur (1). Halbuki umumî kaide tatbik edilse idi, yani tarafların millî kanunları uygulansa idi böyle bir evlenme akdine müsaade edilmek icap ederdi.

Daha bir çok misâller tatbikatta zuhur eder.

2 — Türk hukukunda kazaî salâhiyet ihtilâflarının halli.

1330 tarihli kanunun 4 üncü maddesi bu ihtilâfları halleden sistemi de kaydetmektedir. Bu maddenin ağıdâh ifadesinden şu netice çıkar : Yabancıların ahkâmı şahsiyesi ve menkul miras dâvaları müstesna (2), diğer bütün dâvaları Türk mahkemelerinde görülür.

Bu prensibin tatbikî neticeleri şudur : Bir yabancı Türkiye'de bir haksız fiil ile diğer bir yabancıya zarar verse, veya diğer bir yabancidan Türkiye'de haksız mal iktisabında bulunsa, veya Türkiye'de mevcut ve bir yabancıya ait gayrimenkulü fuzulen işgal eylese, veya ticarî bir muamelede bulunsa ilh... bütün bu hususta daa dâvacı olan yabancı Türk mahkemelerinde dâva ikamesine haklı olduğu gibi, ceza kanunumuzda suç sayılan bir fiilin diğer bir yabancı tarafından işlenmiş olması halinde mutazarrır olan yabancı (aynı tabiiyetten olsun, ayrı tabiiyetten olsun) şahsî ve kamu dâvalarını tahrik ederse Türk Ceza Mahkemeleri ve Cumhuriyet Savcıları tahkikata mecburdurlar.

Yabancıların ahkâmı şahsiyesi ve menkul miras dâvaları prensip itibarile Türk Mahkemelerinin yetkisi haricindedir. Fakat Türk mahkemeleri taraflardan birinin Türk vatandaşı olması ve dâvanın Türkiye'de esasen görülmekte olan bir dâva ile ilgisi bulunması halinde ahkâmı şahsiye ve menkul miras dâvalarını yetkisizlikten reddedemezler.

Hâlen mer'î olan 1330 tarihli muvakkat kanunun kazaî salâhiyet ihtilâflarının halli hususunda koymuş olduğu prensip ve kaideler bunlar-

(1) Bu hususun istisnaları için bakınız : Şakir Berkî, l'Ordre Public en matière de Polygamie (Revue Turque de dr. int. privé, Ankara, 1949, No. 1, page : 15 - 16).

(2) Mamafih, taraflar rızaları ile Türk Mahkemelerine baş vurmuş veya alâkararlardan biri Türk Vatandaşı ise Türk mahkemeleri de dâvayı rüyete mecburdurlar.

dan ibarettir (1).

IV — Kanunun ihtilâflarının hallinde daima gözönünde tutulacak olan devletler hususî hukukuna has müesseseler ve kaideler.

1 — Müesseseler :

A. Amme intizamı (2) :

Devletler hususî hukukundaki mühim rolü millî kanun hâkimiyetini kaldırarak mahallî kanunu yetkili kılmak olan âmme intizamı mefhumu bugün dahi esash kaidelere bağlanmış değildir.

Binaenaleyh burada ancak mücerret birer fikirden ibaret kalan nazariyelerin hiç birine kısaca dahi olsa temas etmemeyi doğru bulduk.

Tatbikatçı için âmme intizamı şudur : mutlak surette âmir hükümlerin yarattığı nizam (3). Yabancı kanun bu nizamı ihlâl ettiği halde uygulanamaz.

Tatbikatçı, her şeyden evvel dahilî (millî, iç, mahallî) âmme intizamının siyanetini sağlamalıdır. Esasen âmme intizamının iç ve dış diye yapılan tasnifi ihtilâflıdır da (4).

Doktrinde âmme intizamının biri müspet, biri menfi olmak üzere iki tesiri üzerinde durulmaktadır (5).

B — Atıf :

Atıf halinde de millî kanun yetkisi kalkar, yerine atıf yapılan devlet kanunu yetkili olur.

Atıf müessesinin muteber olup olmadığı doktrinde uzun münakaşalara sebep olmuş ise de müessesesini red doğru değildir. Zira, bir takım muahedelerde ve mevzuatta yer almış bulunmaktadır (6).

(1) Kanunun bu hususta noksan ve mahzurları üzerinde durmak mevzuumuz dışındadır. Bu hususta bakınız : Nusret Metya, Kanun ihtilâfları ve muhtelif sistemler, sf. 914; Osman F. Berkî, Devletler Hususî Hukuku, 1949, sf. 195-196.

(2) Muammer Raşit Seviğ, Emniyet ve Asayiş kanunları hangileridir (İst. Huk. Fak. Derg. 1939, sf. 107). Hıfzı Timur, Devletler Hususî Hukukunda âmme intizamı (İst. H. F. M. 1941, sf. 866); Osman F. Berkî, Devletler Hususî Hukukunda âmme intizamı, (İst. Barosu, 1943, sf. 27-3, sf. 462-470).

(3) Mutlak surette âmir hüküm, riayet olunmaksızın yapılan muameleleri hükümsüz, yapılmamış addettiren Kanun kaidesidir.

(4) Bizce âmme intizamının iç ve beynehmilel (dış) olmak üzere ikiye ayrılması kanun ihtilâflarının muhakkak bir hal çaresine bağlanabilmesini mümkün kılma bakımından zaruridir : Şakir Berkî, Un Nouvel essai sur la définition de l'ordre public en dr. int. privé (Revue Turque de droit int. privé 1951, No : 4).

(5) Niboyet, Manuel de droit int. privé, p. 568.

(6) Atıf için Suphi Nuri İleri, Devletler Hususî Hukukunda atıf nazariyesinin yeni bir tatbikatı (İst. Barosu Mec. 1939, sf.606); Yaşar Karayalçın, Devletler Hususî Hukukunda atıf (Adalet D. 19458 : 1020).

Türk mevzuatı ve mahkeme içtihadı da atfı kabul eder. Filhakika Ticaret Kanununun 601 inci maddesi Polîçe ile taahhüt altına girebilme ehliyeti dolayısıyla atfı sarahatle kabul eder.

Tatbikî ehemmiyeti büyük ve nazik olan cihet, ticaret kanununun poliçelerde ehliyetle münhasır olan bu atfın diğer meseleler hakkında da kıyasen tatbik olup olunamayacağıdır.

Doktrin bakımından verilecek cevap müspet olmalıdır; zira atf müessesesi mevzuatımızca resmen kabul edildiğine göre bu müessesenin diğer müesseselerde kabul edilmemesi münasip düşmez.

Fakat tatbikatçı yabancı kanunların ahvali şahsiye vesair hususlarda yaptığı atfı da kabul ederek hareket etmemelidir, zira Ticaret Kanununun 601 inci maddesi atfı ancak poliçelerle taahhüt için ehliyetle inhisar ettirmiştir. Bir devletin teşriî egemenliğini bertaraf edecek olan atf gibi bir meselede inhisarı bir hükümden umumî bir kade çıkarmaya yargıcın hakkı yoktur. Zira hakim behemehal mevcut mevzuat ahkâmını uygulamakla mükelleftir (1).

Mamafih hukuk muhakemeleri usulü Kanununun 76 ncı maddesi, bize, Türk hukukunda atfın zımnen şâmil bir şekilde kabul edilmiş olduğunu gösterir bir tefsire müsait görünmektedir

Atf müessesesi Türk Mahkeme içtihadında da fikrimizce 76 ncı maddede hükmünden mülhem olunarak kabul olunmuş bulunmaktadır. Bu ciheti Yargıtay 2 ncı hukuk dairesinin 1.1.1944 gün ve 460 sayılı kararı teyid temektedir.

“Dâvacı vekili İngiliz mevzuatına göre ahkâmı şahsiye hususunda ikametgâh Kanununun tatbiki lâzımgelceğini iddia etmiş olmakla bu cihet tahkik ve tetkik edilerek ve Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanununun 76 ncı maddesi sarahati de nazara alınarak hâdisenin o dairede nallî lâzımgelirken.....”.

Görülüyor ki Yargıtay İngiliz Kanununun ahvali şahsiyeye yaptığı atfın da nazara alınmasını kabul ve bu hususu 76 ncı madde ile takviye eylemektedir.

C — Müktesep haklar :

Bir memlekette veya devletler hususî hukuku münasebetlerinde usulüne uygun olarak kazanılmış olan haklardır.

(1) Mucip sebep zikretmemekle beraber aynı mânada : M. R. Sevig; Türk Kanunlarının nüfuz sahası, s. 6; Abdülhak Kemal Yörük, Amelî ve Nazarî Devletler Hususî Hukuku. Kitap III, sf. 180.

Müktesep hakların devletler hususî hukukundaki rolü şudur : hâkim müktesep hak karşısında uygulanması gerekli hiç bir kanun aramayacak, ancak müktesep hakkın usulüne göre teessüs edip etmediğini arayacaktır.

Tatbikatçı müktesep hakkın şartlarını tamam görürse ancak tek bir halde kendi kanunununu tatbik edecek ve müktesep hakka ehemmiyet vermiyecektir : Amme intizamına aykırı düşen müktesep haklar muteber değildir.

Bir hakkın müktesep hak olabilmesi için şu şartların aynı zamanda tahakkuk etmiş olması lâzımdır :

- 1) Hak salâhiyetli kanuna göre kazanılmış olmalıdır.
- 2) Hak salâhiyetle, yani kendine vücut vermiş olan kanunca şükut etmiş olmamalıdır.
- 3) Hak, dermeyeran edildiği memleketin âmme intizamına aykırı olmamalıdır (1).

2 — Kanun, ihtilâflarının hallinde gözönünde tutulacak devletler hususî hukukunun mühim kaideleri :

A. Locus regit Actum :

Bu kaide gereğince hukukî muamelelerin şekilleri yapıldıkları yer kanununa tâbidir.

Bu kaide lüzumludur, zira bir memleket kanunun şekle ait şartlarını yabancı memleketlerde tahakkuk ettirmek imkânsızdır. Bu ise fertlerin muamelelerini çok geciktirir veya tamamiyle akim bırakır.

Locus regit actum kaidesi devletlerce müttefikane kabul edilmiştir.

Bir muamele müteaddit şekle tâbi ve bu şekiller müteaddit memleket kanunlarına göre ise, yine muteberdir : poliçenin keşidesi başka, ciroosu başka memleketin şekle ait kaidelerine uyularak yapılmış ise, poliçe ve ciroo muteberdir.

Taraflar aynı tâbiyetde iseler locus regit actum kaidesine uymak mecburi değildir. Aynı tâbiyetten iseler, bu kaide mecburidir.

Locus regit actum kaidesi, sefirlerin hukukî muamelelerinde, ve bir da gayri menkuller hakkında carî değildir (2).

B — Kanuna karşı hile :

Mesele şöyle vaz olunur : Fertler millî kanunlarının bazı âmir ve mutlak hükümlerinden kurtulmak maksadı ile bu mutlak âmir hükümlerine

(1) Türk Mahkeme içtihadı da bu şartın lüzumunu teyid eder : Yargıtay 4 üncü hukuk dairesi 31.3.1944 gün ve 1014 sayılı faizden bahis kararı ile bu meseleyi beyan edilen şartı teyit eder mahiyetde hükme bağladı.

(2) Gayrimenkullere dair hukukî muamelelerin şekli gayrimenkulün bulunduğu yer kanununa tabidir.

re yer vermemiş olan devlet tâbiyetine geçip arzu ettikleri hukukî muameleyi yapsalar, bu hukukî muamele muteber midir?

Bu husus devletler hususî hukukunda, doktrinde münakaşalıdır.

Fikrimizce hüsnüniyet bir umumî hukuk prensibi olduğuna göre kanuna karşı hile tatbikatta kabul edilmemelidir. Zira tatbikatçı suiniyetle yapılmış olan muamelâtı ekseriya reddeder.

Bu itibarlardır ki, devletler hususî hukukunda mahkeme içtihatları kanuna karşı hileyi kabul etmezler.

Türk devletler hususî hukukunda da Kanuna karşı hileye cevap yoktur. Yabancıların Türkiye'de ikamet ve seyahatleri hakkında kanunun 25 inci maddesi bu yolda tefsir edilmeye müsaittir (1).

D — Vasıf ihtilâfları :

Kanun ihtilâflarının hallinde hâkimin ihtilâf mevzuu olan meselelerin mahiyetini tespit etmesi yani bir meselede şu veya bu cihetin şekle ait şart mı yoksa esasa ait şart mı olduğunu tesbit hâkimin üzerinde duracağı mühim meseledir. Hâkim bu meseleyi kendi kanunu ile mi yoksa, ilgili yabancıların mallî kanunu ile mi halledilecektir? İşte vasıf ihtilâfı bu meseleye cevap verir.

Umumî doktrin vasıf ihtilâflarının hâkimin kanunu ile halledilmesi ni kabul eder. Türk doktrini de umumî doktrini kabul eder (2).

Mevzuat ve mahke meçtihatları da hâkimin kanunun yetkisini kabul etmişlerdir (3).

Tek istisna şudur : Hangi malların menkul hangisinin gayrimenkul olduğunu malların bulunduğu yer kanunu "lex rei sitae" tâyin eder.

E — Yabancı hukukun tatbiki (4) :

Bu bahiste mahkemeleri çok yakından ilgilendiren iki mesele incelenenecektir.

(1) Maamafih hileyi kabul eden mevzuat da mevcuttur : İsviçre Medenî Kanununun son babının 59 uncu maddesi 7 nci fıkrası; Japon Medenî Kanunu Madde. 10.

(2) Nusret Metya, Devletler Hususî Hukuku, sf. 58; Mustafa Reşit Belgesay, Devletler H. Hukukunda Adliye, sf. 67. Osman Fazıl Berki, Devletler H. Hukuku. 1949, sf. 217-218.

(3) Kanada Medenî Kanunu, mad. 6; İsviçre Federal Mahkemesi 1905-1935, 1936 da hâkimin kanununa itibar ettiği gibi, Fransız Temyiz Mahkemesi de bu yolda karar vermiştir. Bu hususta Osman Fazıl Berki, Devletler H. Hukuku. 1949, sf. 218.

(4) Colin : Du recours en cassation pour la violation de la loi étrangère (Clunet, 1890, p. 40 etc.), Niboyet, qu'est la loi étrangère aux yeux des juges d'un pays déterminé (Revue de d. int. et de législations, 1923, p. 753 ets.).

a) Meseleye uygulanacak olan yabancı kanun hükümlerinin ne şekilde tayin edileceği.

b) Yetkili Kanunun tatbik edilmemiş veya hatalı tatbik edilmiş olması halinde nakız mümkündür.

a : Bir sisteme göre yabancı kanunu hâkime taraflar göstermekle mükelleftir.

İkinci sisteme göre hâkim yabancı hukuku resen nazara alır.

Türk devletler hukuku birinci sistemi sarahatle kabul eder : usul kanununun 76 ncı maddesi "hâkim resen Türk kanunları mucibince hükmeder, ancak bir ecnebi hukukun tatbiki lâzım olan hallerde buna istinat eden taraf o kanun hükmünü ispatla mükelleftir. İspat olunamazsa Türk kanunları mucibince hükmolunur".

Hâkime ispat edilen kanun tanınmamış bir devlet kanunu olsa bile, tatbik olunmak lâzımdır. Zira, tanınmamış bir devletin millî kanununu tatbik etmemek o devlet vatandaşlarının hepsini tâbiyetsiz addetmek neticesine müncer olur ki, buna elbet de cevaz yoktur (1).

b : Yetkili kanunun tatbik edilmemiş olması hükmün bozulmasını muciptir.

Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 428 inci maddesi "kanun veya iki taraf beynindeki mukavelenin yanlış tatbik edilmiş olması bozmayı mucip olacağı"nı tasrih etmekle bu kaideyi teyit etmektedir (2).

Türk hukukunda yabancı kanunun hâhalı tatbik edilmiş olması da bozmayı muciptir. Zira, hukuk muhakemeleri usulü kanununun 428 inci maddesinin 5 inci bendi meselei maddiyenin takdirinde vaki hatâyı dahi nakız sebebi saymaktadır (3).

F — Tâbiyetsiz ve çifte tâbiyetli şahıslara uygulanması gerekli kanun :

a— Tâbiyetsiz şahısların kanunu.

Tâbiyetsiz şahıslara uygulanması gerekli kanun hususunda uzun boylu nazari münakaşalar vardır (4). Etüdümüzde ancak tatbikatçıya lâ-

(1) Devletlerin tanınmış veya tanınmamış oluşları Devletler Hususi Hukukunda değil devletler umumî hukukunda ehemmiyetli neticeler doğurabilir.

(2) Zira bu maddede yalnız kanun denilmiş "Türk Kanunu" denilmemiş olmakla, yetkili yabancı kanuna da şâmilidir.

(3) Fransız ve Alman Temyiz Mukareratı yanlış tatbiki nakız sebebi saymamakta ise de, bu görüş tarzı zannımızca çok yanlışdır. Zira kanunun tatbikinden murat ona hâkim madde ve fıkraların kasdettiği neticeye irsal etmekten ibarettir. Kanunun yanlış tatbiki halinde bu netice elde edilemeyeceğinden, kanun tatbik edilmiş sayılamaz.

(4) Osman Fazıl Berkî, Vatansızlık, (Ankara H. F. Dergisi 1948, C. 5. sf. 1-4, sf. 167-192.

zım olan kaideler ve bunların neticeleri üzerinde duracağız.

Bir sisteme göre tâbiyetsiz şahıslara en son millî kanunları uygulanır (1).

İkinci bir sistem, haymatlozlara ikametgâh kanununun uygulanmasını âmirdir (2).

Üçüncü sistem, Hâkimin kanununu uygulayan sistemdir (3).

b — Çifte tâbiyetlilere uygulanacak olan kanun.

1) Çifte tâbiyetli şahıs aynı zamanda ihtilâfı hâledecek olan hâkimin devleti teb'asından ise, hâkimin kanununu uygulamak mantıkîdir.

2) Şahsın haiz bulunduğu devletlerden hiç biri hâkimin devleti değilse, uygulanması gerekli kanunun bulunması şu sistemlere yol açar : aslî tâbiyet kanunun tatbiki, müktesep tâbiyet kanununun tatbiki; şahsın en ziyade bağlı olduğu devlet kanunu; ikametgâh kanunu.

Bizce en doğru sistem en ziyade bağlı olunan devlet kanununu uygulayan sistemdir. İkametgâh kanunu sistemine bu en ziyade bağlı bulunan devleti tâyin etmek cidden imkânsız olduğu zaman müracaat etmek âzımdır. Zira bir şahıs çifte tâbiyetli olsa da tâbiyetli bir şahıstır; bi-naenaleyh ona tâbiyetinde olmadığı ikametgâh devleti kanunu tatbik etmek kaideten imkânsızdır.

Muhakeme Usulünü İdare Eden Prensipler

Makalemizin bu son kısmında tatbiki ehemmiyeti aşikâr olan usul hukukunu idare eden kaideler ve bunların tatbikattaki mühim neticelerini inceliyeceğiz.

I — Selâhiyet :

1 — Kazaî salâhiyet neveleri :

Salâhiyet umumî ve hususîdir. Mevzuumuz umumî salâhiyetle iştikaldir. Mahkemeler her şeyden evvel umumî salâhiyete sahip olup olmaları cihetini karara bağlamak zorundadırlar. Bu yapılmadıkça verilerin hüküm esas ve iç usul bakımından yerinde olsa bile, kaziyei mu-

(1) Esasen mevcut olmıyan bir kanunu uygulamak imkânsız olduğundan bu sistem yanlıştır.

(2) Bu sistem unumiyetle muahede ve mevzuatda da kabul edilmiş olan sistemdir.

(3) Bu sistem uygulanacak olursa tâbiyetsiz şahıs bazan bu, bazan şu hâmin kanunına tabi olmak istikrarsızlığında bulunsacaktır.

hakeme haline girmiş olsa bile, devletler arası münasebetlerde, devletler hususî hukukunda yani yabancı mahkeme ve yetkili makamları nazarında hiç bir kıymet ifade etmez.

Mahkemeler umumî salâhiyete sahip olup olmadıklarını ancak kendi devletler hususî hukuku mevzuatının bu husustaki hükümleri dairesinde araştırırlar.

2 — Türk Mahkemelerinin salâhiyeti :

1330 tarihli muvakkat kanunun 4 üncü maddesi Türk mahkemelerinin umumî yetkisine dair hususatı tahdit etmektedir. Bu maddeye göre:

A — Yabancıların Türkiye'deki gayrimenkullerini ilgilendiren davalar,

B — Yabancıların hukuk ve ticaret dâvaları,

C — Yabancıların her nevi ceza dâvaları ile bunlara müteferri iddialar, maddî ve manevî tazminat istekleri.

Bunların haricindeki dâvalar, meselâ menkule, aile hukukuna, ehliyet ve şahsî ahvale taallûk eden hususlar, prensip itibariyle Türk mahkemelerinin umumî salâhiyeti haricindedir. Prensip itibariyle dedik, zira şu hallerde bu dâvalara da Türk mahkemeleri bakabilirler :

1) Tarafların her ikisi de rıza gösterirlerse (1),

2) Dâvada Türk teb'ası alâkadar ise,

3) Dâva Türkiye'de görülmekte olan (2) bir dâvaya müteferri ise.

4) Amme intizamından olan hususatda yukarıdaki üç husus haricinde olarak, iki yabancıların dâvası Türk mahkemelerinde rüyet olunur. Bu dördüncü istisnâî hal mevzuatta mevcut değil ise de Türk mahkemeleri içtihadı ile kabul edilmiştir (3).

5) Bazı mücbir sebepler iki yabancıların her nevi dâvasının Türk mahkemeleri tarafından rüyetini icap edebilir.

(1) Rıza sarîh veya zımnî olabilir : Taraflar esasa girişinden evvel salâhiyet sızlık iddiasında bulunmadıkları zaman hal böyledir. Sarîh veya zımnî muvafakat'tır. Rucû edilemez.

(2) Dâva müracaata kalmış ve yenilenmemiş olsa bile yenileme müddeti içinde dâva Türkiye'de görülmekte sayılır. Yenileme müddeti geçen bir dâva Türkiye'de görülmekte sayılamaz.

(3) Yargıtay 2 nci hukuk Dairesinin 1.11.1949 gün ve 3801 sayılı kararına bakınız. Karar Nafakadan bâhîstir.

Bu cihet de mevzuatımızda musarrah değil ise de, mahkeme içtihadımızla müeyyittir (1).

Buraya kadar Türkiye'deki yabancılara ait dâvalar bakımından Türk mahkemelerinin salâhiyetini idare eden kaideleri ve istisnaları tetkik ettik.

3 — Yabancıdaki Türklerin dâvaları :

Her nekad Usul Kanununun 18 inci maddesi yabancıdaki Türklerin ahkâmı şahsiye dâvalarının Türkiye'de rüyeti zarureti göstermekte ise de yabancı memleket mevzuatı Türk mevzuatı gibi bilirza salâhiyete cevaz vermekte ise; yabancı memleket mahkemesinin yabancıdaki Türklerin ahvali şahsiyetine dair hükme bağladığı dâvaların Türkiye'de itibar görmesi icap eder. Usul Kanununun 18 inci maddesi tarafların bilirza yabancı mahkemeyi yetkili kılmadıkları halde uygulanması gerekli bir hüküm koymuş addedilmek icap eder.

4. Salâhiyet şartı :

Tarafların mukavele ile yabancı bir memleket mahkemesini salâhiyetli kılıp kılamiyacıkları meselesi tetkik edilecektir.

Bir devlet mahkemelerinin salâhiyetli oldukları kanunda musarrah olan hallerde taraflar yabancı memleket mahkemelerini muakevele ile salâhiyetli kıldıkları takdirde, salâhiyetli kılınan mahkeme bu mukaveleye uyup uymamakta serbesttir. Zira kendi mevzuatında salâhiyetleri hudutlanmıştır. Binaenaleyh, meselâ iki Fransız, Fransız mahkemelerinin salâhiyeti dahilinde olan bir meselede Türk mahkemelerini salâhiyetli gösterse, mahkememiz bu ihtilâf salâhiyet bakımından res'en reddetmekte haklıdır (2).

Fikrimizce umumî salâhiyetsizlik tarafların mensup olduğu devlet veya devletler mevzuatında salâhiyet şartı muteber olmadığı hallerde nutila re'sen nazara alınmalıdır. Zira, aksi halde verilen ve kesinleşmiş olan hükmün tarafların devletleri nezdinde bir kıymeti haiz olmaması ehlikesi vardır.

Salâhiyet şartı Türk hukukunda (3) uzun ve birbirine zıt fikirlere hattâ içtihadı meydan vermiştir.

(1) Yargıtay 2 nci hukuk dairesinin 6.4.1945 gün ve 1922 sayılı kararı. Karar nı : Osman Fâzıl Berki, Devletler Hukuku, 1949, s. 398.

(2) Halbuki, hususi yani bir memleketin mahkemeleri arasında mevzuubahis olan salâhiyeti mahkeme resen nazara alamaz : H. M. U. Kanunu mad. (187) Bu ihet tarafların esasa girmeden evvel dermeyan etmesi lâzımdır.

(3) Nusret Metye, Hukuku Hususiyei Düvel, s. 199; Mustafa Reşit Belgesay, Devletler H. Hukukunda Adliye, sf. 107-108; Türk Mahkemelerinin salâhiyetli olduğu hallerde yabancı mahkemelerinin salâhiyetli kılınamiyacıkları fikrindedirler. Yargıtay Ticaret Dairesi de aynı içtihadıdır : 28.9.1940 gün ve 2151 no.lu karar.

Biz bazı müelliflerin fikir (1) ve Yargıtay Genel Kurulunun kararına uyarak (2), Türk hukukunda prensip itibariyle selâhiyet şartının muteber bulunduğu kanaatini izhar ediyoruz.

Hakikaten, Hukuk M. U. Kanununun 22 nci maddesi selâhiyetin mukavele ile değiştirileceğini kaydetmiş, buna mukabil bu mukavele serbestisinin ancak hususî, yani Türk mahkemeleri arasındaki selâhiyete inhisar etitğini belirten zımnî bir kayıt dahi sevk etmiş değildir. Elaneti-ce, yabancı unsuru havi bir ihtilâfta usul kanunumuzun Türk mahkemelerinin mutlak selâhiyetine terkettiği, yani mukavele ile değiştirilemiyen mevad müstesna, yabancı mahkemeleri yetkisini kabul eden anlaşma muteber olmak cap eder.

Türk mahkemelerinin umumî selâhiyeti ancak, Türk teb'asının ahkâmı şahsiyesi mevzuubahis olan; Türkiye'deki gayrimenkullerle ilgili bulunan dâvalarla, âmme intizamından olan sigorta mukavelelerinden doğan dâvalarda; mukavele ile bertaraf edilemez.

5. Devletlerin kazaî muafiyetleri (3).

Bir devletin diğer devlet mahkemelerine dâvalı sıfatı ile yer alıp almaması meselesini inceliyeceğiz.

Çok münakaşa (4) ve çeşitli içtihatlarla yol açmış olan bu mesele-nin beynelmilel doktrin ve tatbikattaki bugünkü hal çaresi şundan ibaret-tir.

Eğer devlet hususî hukuk şahsiyeti gibi hareket etmiş ise, muafiyet mevzuubahis değildir. Temsiyet tasarruflarından doğan ihtilâflarda muafiyet gerekir. Fransız temyiz mahkemesi mukarreratı da bu yoldadır (5). Hukuk Düvel Enstitüsünün 1891 Hambourg içtimasında da bu esas prensip olarak alınmıştır.

Türk hukukunda da bu suretle hareket etmek gerekir.

(1) Muammer Raşit Sevig, Devletler H. Hukuku, C. I, sf. 75; Osman Fazıl Berkî, Devletler H. Hukuku, 1949, sf. 400-402.

(2) Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1942 tarih ve 46 sayılı kararı.

(3) Weiss, Compétence ou incompétence des tribunaux à l'égard des Etats étrangers (Rec. des c. de l'Académie de dr. intr. pp 515. Osman Fazıl Berkî, D.H. Hukuku, 1949, sf. 402 ve müt. Mustafa Reşit Belgesay; Devletler Hususî Hukukunda Adliye, s. 111.

(4) Bazı müellifler hiç bir tefrik yapmaksızın bir devletin diğer devlet mahkemelerinde dâvalı olamayacağı fikrindedirler : Chrétien, Principes de dr. Intr. Privé, t. I, no. 247; Valéry, Manuel, 1914, p. 683. Bazıları, muafiyetin hâkimiyet tasarruflarında kabulü lüzumu tezine taraftardır : Weiss, Traité théorique et pratique, t.V, no. 262; Fauchille, Traité de dr. Intr. pub. No. 270.

(5) Bu içtihadlar için bk. : Osman F. Berkî, Devletler Hususî Hukuku, 49, sh. 40 - 46

Mamafih aşağıdaki hallerde bir devletin yabancı devlet mahkemelerinde temsîyet tasarruflarında dahi dâvalı olarak bulunması, yani muafiyetin kalması gerek umumî doktrin, gerek tatbikatda ittifakla kabul edilmiştir :

1 — Sarih veya zımnî feragat: Sarih mukavele, zımnî feragat, devletin fertler aleyhine yabancı devlet mahkemesinde dava açması misaldir.

2 — Karşılıklı olarak devletler muafiyetten feragata dair mukavele yapmışlarsa.

II — Yabancıların tabi olduğu mahkeme usulü

1 — Usul muhakemeye uygulanacak olan usul ahkâmı.

Bir mahkemenin umumî selâhiyeti tahakkuk edince, usulî muhakeme hususî salâhiyette tatbik edilen usul hukukundan ibaret olur. Yani, yetkili mahkemenin tabi olduğu devletin usul kanunu ahkâmı uygulanır.

Binaenaleyh dâvanın nasıl ikame edileceği, dilekçenin tanzim şekli, giyap, dâvanın müracaata kalması, kabul, feragat, yemin, karar ve hüküm, hükümlerin temyizi, tashihi karar, iadei muhakeme, yazılı emirle bozma, kaziyei mahkeme ilh.. hep hâkimin kanununa (lex fori) ye tâbidir.

Deliler, hususiyle şahadet ve yazılı beyyinat ve ikrar ve yemin meseleleri de, hepsi usule ait müessesat olduğundan aynı kanunla idare olunurlar.

2 — Hükümlerin icrası.

Bu paragrafta kaziyei muhakemenin devletler hususî hukukundaki tesiri ile, hükümlerin yabancı memleketlerde icra edilip edilemeyeceği meselelerini tetkik edeceğiz.

A — Kazai muhakmenin devletler hususî hukukundaki ehemmiyeti.

Bir memleket mahkemesinden gerek umumî ve gerekse hususî salâhiyet kaidelerine uygun olarak verilmiş ve o memleketin ya bütün kazaî safhasından geçerek veya bu safhaya intikal için konulmuş müddetler hulul ederek tekemmül etmiş olan bir hüküm iç hukuk bakımından olduğu gibi devletler hususî hukukunda da kaziyei muhakeme adını alır.

Bu gibi hükümlerin iç hukuktaki rolleri ne ise devletler hususî hukukundaki rolü de böyledir. Binaenaleyh,

1) Umumî salâhiyet ve devletler hukukunun genel kaidelerine riayet olunarak verilmiş ve kat'ileşmiş olan bir hükmün hal ettiği aynı bir mesele hakkında diğer devlet mahkemeleri nezdinde açılan bir dava red olunur.

2) O suretle verilmiş olan bir hükmün ilâmı, diğer devlet mahkemeleri tarafından en kat'î bir delil olarak kıymetlendirilir.

3) Öyle bir hüküm diğer devlet mahkemelerinde iadei muhakeme için muteber bir vesika teşkil eder.

B — İlâmların icrası (1).

a) Umumiyet.

İlâmların yabancı memleketlerde icra edilip edilemeyeceği hususu, uzun boylu tahlil ve tenkidlerine lüzum olmayan dört sistemin çarpışmasına sebep olmuştur : Birinci sistemce ilâm keenlemeyekündür. İkinci sisteme göre ilâmın gözden geçirilmesi, muvafık bulunmasa dâvanın yeniden görülmesi lâzımdır. Üçüncü sistem ilâmı teferrüatı ile incelemeğe taraftardır. Dördüncü sistem yabancı mahkeme ilâmlarını muayyen bazı hususlarda, bilhassa amme intizamı cihetinden inceleyen, amme intizamına aykırı değilse icrasına müsaade eden sistemdir.

b) Türk sistemi.

Türk hukuku, mahdud kontrol sistemi denilen dördüncü sistemi uygulamaktadır.

Eğer Türkiye'nin kazaî hâkimiyetini temsil eden yetkili makam (2) yabancı ilâmın infazına müsaade ederse (3) Türk icra teşkilâtı yabancı ilâmların Türkiye'de infazını temine mecburdur.

Tenfiz kararı aşağıdaki şartlarla verilebilir:

1°) İlâm ceza dâvası ile ilgili olmamalı, ve idarî bir ihtilâfa ait bulunmamalıdır. Ancak hukuk ve ticaret ilâmlarının infazına müsaade olunabilir.

2°) İlâmı veren mahkemenin mensup olduğu devlet ile Türkiye arasında mütekabiliyet cezasına dair bir anlaşma bulunmalıdır (4).

(1) Adaletin tecellisi mahkemeden hüküm almak ve bunun kesinleşmesi değildir. Bu hükmün icra teşkilâtı ile yerine getirilmesi ile mümkündür. Bu itibardır ki hakiki müeyyideyi icra teşkilâtı uygular. İcra teşkilâtı bozuk, zor olan bir devletde adaletin tecellisi de o nisbette zorlaşır. Ve belki de imkânsızlaşır.

(2) Bu makam ihtilâfın nev'i itibariyle taallük ettiği Türk mahkemesidir : H. M. U. Kanunu, mad.: 357, 540.

(3) Bu suretle verilen tenfiz kararına "exequatur" denir.

(4) Türkiye'nin bu hususta anlaşma yaptığı devlet mahkemelerinden verilmiş olan ilâmları, isterse yabancı devlet teb'alarını ilgilendirsın, Türkiye'de infaz edilir.

Hukukumuzda fîli mütekabiliyet dahi ilâmların icrası için makbuldür. Mustafa Reşit Belgesay, Devletler Hukukunda Adliye, sf. 219; Muammer Raşit Sevig, Sen-tez, s.: 85; Osman F. Berkî, Devletler Hususî Hukuku, sf. 416.

3°) Hüküm, hükmü veren hâkimin mensubu devlet kanunlarınca kaziye-i muhkeme haline girmiş olmalıdır.

4°) İlâm umumî selâhiyete uygun olarak verilmiş olmalıdır. Yabancı mahkemenin umumî selâhiyeti, bizce, tenfiz kararını verecek olan devlet mahkemelerinin yetkili olduğu meseleler müstesna, ilâmının tenfizine müsaade mevzuubahis olan hâkimin kanunu ile tâyin olunmak icap eder. Binaenaleyh aşağıdaki neticeler doğacaktır:

1°) Yabancı mahkemeden verilen ilâm Türk vatandaşlarının ahkâmı şahsiyetlere veya aile hukukuna dair değilse, ilâmının tenfizine karar verilecek olan yabancı mahkemenin umumî selâhiyeti kendi kanununa göre tâyin olan yabancı mahkemenin umumî selâhiyeti kendi kanununa göre tâyin edilmelidir.

2°) Müdafaa, tâbiri caiz ise, usul hukukunun âmme intizamındandır. Gıyab kararının çıkmasına rağmen icabet edilmemiş olmak müstesna, yabancı ilâmı veren hâkimin kanununda müdafaa kısılmış veya tamamiyle kaldırılmış olduğu veya hâkimin kanununda musarrah müdafaa usulüne riayet etmemiş bulunması halinde, tenfiz kararı verilmez.

Buraya kadar tenfiz kararının devletler hususî hukuku bakımından şartlarını kaydettik.

Diğer şartlar her devletin iç kanunlarında yazılıdır.

Türk hukukunda da böyledir (1).

Türkiye'de tenfize karar verecek olan mahkeme mahkûmun Türkiye'deki ikametgâhı mahkemesidir.

Tenfiz kararında usul ve bunun diğer davalardan hususiyeti usul kanunumuzun 541, 542 ve 544 ncü maddelerinde yazılıdır.

Son olarak kaydedelim ki ceza ilâmlarında hukuku şahsiyeye ait hükümlerin icrası dahi izah edilen şerait veçhiyle bir karara bağlanabilir.

Türkiye yetkili mahkemesinin vermiş olduğu tenfiz kararı da kesinleşmiş olmak lâzımdır. Bu da umumî hükümlere tâbidir.

(1) H. M. U. Kanunu, mad.: 537 - 545.