

Japon Milletlerarası Özel Hukuk Teori ve Uygulamasında “Kamu Düzeni Müdahalesi”

Onur Can Saatçioğlu¹

Öz

Bu çalışma, milletlerarası özel hukukun temel problemleri arasında yer alan “kamu düzeni müdahalesi”nin, Japon hukukunda nasıl anlaşıldığı ve uygulandığı hususunu ele almaktadır. Bu kapsamda öncelikle, “kamu düzeni” ve “kamu düzeni hükmü” kavramları incelenmiş, bu kavramların iç hukuk anlamında kamu düzeni anlayışı ile benzeşen ve ondan ayrılan yönleri ortaya konmuştur. Ardından, kamu düzeni hükmünün işletilebilmesi için doktrinde varlığı zorunlu olarak aranan iki temel şarta değinilmiştir. Devamında ise, kamu düzeni müdahalesi sonrasında izlenecek yol hakkında ifade bulmuş muhtelif görüşler ışığında, engelleme sonrasında bir kural boşluğu doğduğunu savunan yaklaşım ile böyle bir boşluğun doğumunu reddeden yaklaşıma temas edilmiştir. Teorik açıklamaların arkasından, konunun Japon mahkeme uygulamasındaki görünümüne geçilmiştir. Bu kapsamda, mahkemelerce kamu düzeni müdahalesine başvurulmuş örnekler hakkında bilgi verilmiş, bu örnekler içerisinde doktriner eserlerde sıkça değinilenler ayrı altbaşlıklar halinde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Kamu düzeni • Ordre public • Kanunlar ihtilâfi hukuku • Japon hukuku • Yabancı hukuk

The Doctrine of “Public Policy” in Japanese Private International Law Theory and Practice

Abstract

This essay aims to explore the fundamental private international law doctrine of public policy (ordre public) as it is understood in Japanese law. In this context, the concepts of “public policy” and “public policy provision” will be examined with specific reference to similarities and differences within the domestic public policy notion of Japanese law. Next, as frequently argued in doctrine, it will address two main conditions for enforcing this notion and several possible routes for resolving disputes once the application of foreign law is denied. After creating a tangible theoretical base for the subject, special care will be given to examining major Japanese court cases involving deliberations on public policy.

Keywords

Public policy • Ordre public • Conflict of laws • Japanese law • Foreign law

¹ Sorumlu Yazar: Onur Can Saatçioğlu (Dr.), Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Ankara Türkiye. E-posta: ocstr@hacettepe.edu.tr

Atf: Onur Can Saatçioğlu, “Japon Milletlerarası Özel Hukuk Teori ve Uygulamasında “Kamu Düzeni Müdahalesi”” (2018) 38 PPIL 147, 51 <https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.1.0001>

Japon Milletlerarası Özel Hukuk Teori ve Uygulamasında “Kamu Düzeni Müdahalesi”

Giriş

Japon milletlerarası özel hukukunu “normatif temel” yönünden üç dönemde incelemek mümkündür. Birinci dönem, 1898 yılından 1989 yılına kadar gelen ve yüzyıla yaklaşan bir zaman dilimini kapsamaktadır. Bu dönemde, farklı hukuki işlem ve ilişki kategorileri bakımından sevk edilmiş bağlama kurallarını içerir temel düzenleme, Hourei adıyla bilinen kanundur. Bu kanunun göze çarpan ilk özelliği, yalnızca yabancı unsurlu işlem ve ilişkiler için değil, iç hukuka dair genel kurallar da sevk etmiş olmasıdır. Kanun, 20.yy boyunca yapılan birtakım kanun değişiklikleri ile güncel tutulmaya çalışılmıştır. Ancak, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında etkisini hissettiren küreselleşme olgusu ve Japon ekonomisinin gelişimine paralel şekilde, Japon mahkemelerine yansıyan ve yabancılık unsuru taşıyan işlem ve ilişkilerin sayısında ciddi bir artış olmuş; buna karşılık, esas itibarıyla 19.yy milletlerarası özel hukuk anlayışı ile kaleme alınmış olan Hourei, geçirdiği tüm değişikliklere rağmen, bu hızlı gelişmenin gerisinde kalmıştır. Geçtiğimiz yüzyılın son çeyreğine girildiğinde ise, kanunun dilinde ve bağlama kurallarının yapısında çağın içinde bulunduğu şartlara uygun ciddi değişiklikler yapılması hususu önerilmeye başlanmıştır.

Bu öneriler doğrultusunda, 1989 yılında Hourei metninde ve pek çok bağlama kuralında oldukça kapsamlı ve önemli değişiklikler yapılmış, böylelikle Japon milletlerarası özel hukukunun normatif temel yönden ikinci dönemine geçilmiştir. Anılan değişiklikler ile birlikte, günümüzde halen mevcut pek çok bağlama kuralı Japon hukukuna ilk defa kazandırılmış, Hourei'nin 19.yy görünümü büyük ölçüde değiştirilmiştir. Ancak, on yılı aşan sürelik bir kullanımın ardından, değişiklik sonrası Hourei'nin dahi, güncel gelişmelerin gerisinde kaldığı fark edilmiştir. İçinde bulunduğumuz yüzyıl başlarken, artık yeni bir değişiklikten ziyade, yeni bir kanun yapılması fikrinin ağırlık kazandığı görülmüştür.

Japon milletlerarası özel hukukunun normatif temel yönünden son dönemi, Hourei'nin yürürlükten kaldırılarak onun yerine tamamen yeni bir kanunun yürürlüğe sokulduğu 1 Ocak 2007 tarihinde başlamıştır ve halen devam etmektedir. “Hukukların Uygulanmasına Dair Genel Kurallar Hakkında Kanun (HUGKK)”² şeklinde alışılmadık bir isme sahip olan bu yeni düzenlemenin isminde yahut metni içerisinde “milletlerarası özel hukuka” yapılmış herhangi bir atıf bulunmamaktadır. Hatta, “yabancılık unsuru” kavramı dahi metinde kullanılmamıştır. Bununla birlikte, metin içerisinde milli hukuk, mutad mesken, oturma yeri, en yakın irtibat kavramı, daha da yakın irtibat kavramı,

2 Kanunun Japonca ismi 法の適用に関する通則法 (*hou no tekiyou ni kansuru tsuusokuhou*) şeklindedir. Uygulamada, bu uzun ismin genellikle 通則法 (*tsuusokuhou*) şeklinde kısaltılarak kullanıldığı görülmektedir. Kanunun Türkçe çevirisi için bkz. Onur Can Saatcıoğlu, ‘Hukukların Uygulanmasına Dair Genel Kurallar Hakkında Kanun (Kanunlar İhtilâfi Hukuku Alanındaki Temel Japon Kanununun Türkçe Çevirisi)’ (2012) 2(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 103.

karakteristik edim kavramı vb. pek çok alan terimine sıkça rastlanmaktadır. Çağdaş milletlerarası özel hukuk teorisinden aşına olunan bu kavramlardan bir diğeri de “kamu düzeni”dir. Kanun, 42 nci maddesinde genel hüküm niteliğinde olan bir kamu düzeni hükmü ihdas etmek suretiyle, alana ilişkin temel problemler arasında görülen bu müessesenin Japon hukuku açısından normatif temelini oluşturmuştur.

Bu çalışmanın amacı, kamu düzeni probleminin Japon milletlerarası özel hukukunda nasıl anlaşıldığını ortaya çıkarmak ve konunun günümüz Japon hukukundaki temel görünümünü Türk doktrini bakımından erişilebilir kılmaktır. Türkiye ile Japonya arasındaki siyasi ve kültürel etkileşimin, hızla artan bir oranda, kalıcı sonuçlar doğurmaya elverişli bir yönde ilerlemekte olduğu düşünülmektedir. Bu çerçevede, milletlerarası özel hukuk teorisinin uyumlaştırmaya en kapalı ve deyim yerinde ise en “devletsel” yönüne ilişkin olarak Japonya özelinde bir inceleme yapılmasında fayda görülmüştür.

Kamu düzeni müdahalesi, bir yandan kanunlar ihtilâfi metoduna getirilmiş çok önemli bir istisna niteliğinde iken; diğeryandan, gelişmiş devlet hukuklarının büyük çoğunluğu bakımından kabul gören, yaygın bir uygulama niteliğindedir. Problemin çözümüne ilişkin savunulabilecek görüşler, netice itibarıyla mahkeme devletinin kamu düzeni anlayışından dayanak aldıkları için; mahkeme uygulamaları da, ilgili devlet hukukunca benimsenen yaklaşım ekseninde ve uyumlaştırmaya kapalı bir seyir izlemek durumunda kalmaktadır. Bu durumun, gelişmiş bir hukuk sistemine ve kanunlar ihtilâfi hukukuna sahip olmaları kaydıyla münferit devlet hukukları bakımından yapılacak ve problemin nasıl ele alındığına ilişkin özele inen çalışmalardan beklenebilecek faydayı artıracığı düşünülebilir ki, Japon doktrininde konunun ele alınış düzeyine, ortaya konan görüşlere ve yapılan tartışmaların içeriğine bakıldığında, Japon hukukunun yalnızca gelişmiş bir kanunlar ihtilâfi hukuku teorisine sahip olmayıp aynı zamanda “kamu düzeni problemi” açısından özgün birtakım görüşlere de ev sahipliği yaptığı anlaşılacaktır.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, “milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni” ve onun normatif dayanağı olan “kamu düzeni hükmü” kavramları hakkında açıklamalara yer verilecektir. İkinci bölüm, kamu düzeni hükmünün işletilmesi hakkında olup, öncelikle doktrinde aranan zorunlu şartlar incelenecek; hemen ardından, kamu düzeni müdahalesi aracılığıyla yapılan engellemenin konusu ve engellemenin ardından izlenecek yol üzerinde durulacaktır. Çalışmanın son bölümünde ise, kamu düzeni müdahalesinin Japon mahkeme uygulamasındaki görünümü incelenecek, yabancı hukukun tatbikinin engellenmiş olduğu başlıca örnek hallere değinilecektir.

Çalışma, Japon kanunlar ihtilâfi hukukundaki anlamı ile kamu düzeni müdahalesine ilişkindir. Dolayısıyla, milletlerarası usul hukuku kapsamında yabancı kararların tanınması ve tenfizi boyutuyla gündeme gelebilecek kamu düzeni müdahalesi, detaylı

inceleme kapsamı dışında tutulmuş, sadece ilgili madde hükmünün varlığından bahsedilmesi ve Türkçe çevirisinin sunulması ile yetinilmiştir.

Japon hukukunda, “milletlerarası özel hukuk” ifadesi, “kanunlar ihtilâfî hukuku” ifadesi ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bu sebeple, çalışmada faydalanılan kaynakların ifade tercihlerini olduğu gibi yansıtabilmek adına, metin içerisinde “kanunlar ihtilâfî hukuku” yerine “milletlerarası özel hukuk” ifadesinden yana bir kullanımın tercih edildiğini belirtmekte fayda vardır.

Önemle belirtilmesi gereken bir başka husus, çalışmanın bütünüyle Japon hukuku sınırları içerisinde kurgulanmış olduğudur.³ Bir başka deyişle, kamu düzeni problemi hakkında yer verilecek açıklamalar, Türk hukuku açısından ayrıca değerlendirme konusu yapılmayacak; problemin Japon hukukundaki görünümü, Türk hukukundaki görünümü ile karşılaştırılmayacaktır. Bu tercihin ana gerekçesi, bir “temel problem” olarak milletlerarası özel hukuk teorisinin genel kısmını oluşturan konular arasında ele alınan kamu düzeni müdahalesinin Japon hukukundaki görünümünü merak edecek bir okuyucunun, Türk hukukundaki görünüme zaten vakıf olacağı yönünde yapılmış bilinçli bir varsayımdır. Buna ek olarak, çalışma kapsamının hâlihazırda oldukça geniş olan hacminin daha da genişletilmesi, takip güçlüğüne yol açabilme ihtimâli düşünülerek arzu edilmemiştir.

I. Milletlerarası Özel Hukuk Anlamında Kamu Düzeni

A- Kavram

Çağdaş milletlerarası özel hukuk sistemlerine bakıldığında, uygulanacak hukukun belirlenmesi sürecinin, tatbik ihtimâli bulunan maddi hukukların içeriğine bakılmaksızın gerçekleştirilen mekanik bir faaliyet olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. Bu özelliğin, Japon milletlerarası özel hukuku bakımından da kabul edildiği belirtilmekte⁴, uygulanacak hukukun, “maddi hukuk içeriklerine ve onların varsayımsal tatbik sonuçlarına bakılmaksızın” tespit edilmesi gerektiğinin altı çizilmektedir.⁵ Öte yandan, ana kural bu şekilde olmakla birlikte, uygulanacak hukukun belirlenmesi yahut tatbiki sürecinde “mahkeme devleti hukuk düzeninin temel değerlerinin”⁶ veya her devletin

3 Çalışmada faydalanılmış tüm kaynaklar (HUGKK metninin Türkçe çevirisi hariç), Latin alfabesi kullanmayan bir yazı sistemi ile kaleme alınmış oldukları için, kaynakça kısmı ve dipnotlar oluşturulurken bir transkripsiyon faaliyeti (*romanization*) yapılması gereği duyulmuş; bu hususta, *waapuro* heceleme sistemi kullanılmıştır. Kaynakların orjinal dildeki yazımları ise, kaynakça kısmında ayrıca parantezler içerisinde sunulmuştur.

4 Toshiyuki Kono, ‘Dai 42 jou Koujo’ in Y Sakurada and M Dougauchi (eds) *Chuushaku kokusaishihou* (Yuuhikaku 2011) 332; Yoshiaki Sakurada, *Kokusaishihou* (6th edn Yuuhikaku 2012) 133; Makoto Itou, *Kokusaishihou* (3rd edn Koubundou 2013) 51; Tadashi Kanzaki, *Pureppu kokusaishihou* (Koubundou 2015) 151; Dai Yokomizo, ‘Gaikokuhou tekiyouseido souron (2)’ *Nendokoukikougai kokusaishihou dai9kai* (2013) 1 <http://ocw.nagoya-u.jp/files/443/yokomizo_09.pdf> accessed 20 May 2018; Toshihiro Kasahara, *Kokusaishihou genron* (Bunshindou 2015) 108.

5 Naoshi Takasugi, ‘Dai 2 Shou’ in H Matsuo (ed) *Kokusaikankei shihou nyuumon* (3rd edn Yuuhikaku 2012) 60.

6 Kamu düzeni hükmünün, iç hukukta benimsenen “değerlerin” yabancı unsurlu olayda ortaya konmaları amacına dönük bir vasıta olduğu, fakat bu amaçla kullanılan tek vasıta olmadığı belirtilmektedir. Japon hukukunun tatbikini öngörüyor olmaları kaydıyla “tek yanlı” bağlama kurallarının da bu amaca hizmet ettikleri ifade edilmekte; HUGKK m.5, m.35/2-2 ve m.6 hükümlerinin bu nitelikte tek yanlı bağlama kuralları ihtiva ettiklerinden bahsedilmektedir. Bkz. Jun Yokoyama, *Kokusaishihou* (Sanseidou 2012) 94, 95.

“münferit maddi hukuk kurallarının içerik ve amaç yönlerinden” dikkate alındıkları birtakım hallerin de mevcut olduğuna değinilmekte, temel değerlerin dikkate alınmaları durumunda “kamu düzeni müdahalesi”nin,⁷ kuralların içerik ve amaç yönlerinden dikkate alınmaları durumunda ise “doğrudan uygulanan kurallar”ın⁸ etki alanı kazanacağı ifade edilmektedir. Kamu düzenine ait içeriğin “kurallar” noktasında mı, yoksa “değerler” noktasında mı olduğu sorusunu ele alan *Yokomizo*, içeriğin kurallardan ibaret olarak görülmesi durumunda, doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeni arasında bir fark kalmayacağı düşüncesini dile getirmektedir.⁹

Uygulanacak hukuk olarak belirlenmiş yabancı hukukun somut olaya tatbiki neticesinde, Japon “özel hukuk düzeni”nin çekirdeğinde yer alan hukuk ilkeleri ve anlayışında bozulma ihtimâli gündeme gelmekte ise, söz konusu tatbikin engellenmesi olgusu, Japon doktrininde “milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni” başlığı altında incelenmektedir.¹⁰ Yabancı hukukun tatbiki sonucunda, Japonya’da kaim olan “özel hukuk düzeni”ne¹¹ ilişkin temel kurallar ve hukuk anlayışı ile ciddi ölçüde bir uyumsuzluk ortaya çıkıyor¹², bir başka deyişle yabancı hukukun tatbiki, mahkeme devletinde geçerli bulunan hukuk düzeninin “temeline” zarar veriyor ise, kamu düzeni müdahalesinin devreye gireceğinden bahsedilmektedir.¹³

Japon milletlerarası özel hukukunda anlaşıldığı şekliyle kamu düzeni müdahalesi, yabancı maddi hukuk hükümlerini mevcut halleri üzerinden “kınamak” amacına yönelmiş değildir. Yabancı hükümlerin mevcut şekilleriyle tatbik edilmesi sonucunda mahkeme devletinin toplumunda gerçekten dayanılmaz bir duruma yol açılan haller ile sınırlı olarak, “söz konusu tatbik sonucunun engellenmesi” hedeflenmektedir.¹⁴ Kamu düzenine aykırılığın, “korkutucu / şok edici” nitelikteki “acil durumlar”

7 Yokomizo (n 4) 1. Doktrinde, kamu düzeni müdahalesinin üç açıdan milletlerarası özel hukukta var olan temel kabullere aykırı bir boyut taşıdığı ifade edilmiştir. Öncelikle, yabancı hukukun tatbikinin engellenmesi nedeniyle hukuki olay veya ilişkiye kendisiyle en sıkı irtibatlı hukukun tatbik edilmemesi ihtimâline yol açılmaktadır. İkinci olarak, milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzenininin, yabancı hukukun tatbik sonucu ile ilgileniyor oluşu, aslında yabancı hukukun içeriğinin konu edilmesinden başka birşey olmayıp maddi hukuklara tarafsız bir konuda durmak ilkesi ile ters düşmektedir. Son olarak, milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeninin içeriğinin, esasen mahkeme devletinin kamu düzeni anlayışı olduğu, dolayısıyla yabancı hukukun tatbikinin engellenmesinin de nihayetinde Japonya’da yürürlükte bulunan maddi hukuk düzeninin yabancı hukuka öncüllemesi anlamı taşıyabileceğine dikkat çekilmektedir. Bkz. Tadashi Kanzaki Yoshihisa Hayakawa and Kazuhiko Motonaga, *Kokusaishihou* (3rd edn Yuuhikaku 2012) 83, 84.

8 Japon milletlerarası özel hukukunda doğrudan uygulanan kural (強行的適用法規 *kyoukouteki tekiyou houki*) kavramı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Yokomizo (n 4) 4-10.

9 ibid 3.

10 Yasushi Nakanishi and others, *Kokusaishihou* (Yuuhikaku 2014) 111. “Milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni” ifadesi (国際私法上の公序 *kokusaishihoujou no koujo*), kaynaklarda, kamu düzeni kavramının iç hukuktaki anlamından ayrılabilmesi amacıyla da kullanılmaktadır. Kavramın iç hukuktaki anlamı için bkz. Text to n 44.

11 Doktrinde, “hukuk düzeni” ifadesi kadar, “özel hukuk düzeni” (私法秩序 *shihou chitsujou*) ifadesine de sıkça rastlanmaktadır. Bkz. Takasugi (n 5) 61; Sakurada (n 4) 136. Yabancı hukukun tatbik sonucunun gerçekten de Japon özel hukukunun ve toplumsal yaşamının “düzenine” zarar verecek nitelikte olması gerekmektedir. Bkz. Kouji Deguchi, *Rontenkougi kokusaishihou* (Hougakushoin 2015) 137.

12 Sakurada (n 4) 134.

13 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 83. Yabancı hukukun tatbiki ile ortaya çıkacak sonucun Japon özel hukuk düzeni ile olan uyumsuzluğu çok dikkate değer değil ise, buna göz yumulması mümkündür. Ancak uyumsuzluk şiddetli ise Japon özel hukuk düzeninin temel kısmına zarar verileceği düşünülmektedir. Bkz. ibid 84.

14 Kazunori Ishiguro, *Kokusaishihou* (2nd edn Shinseisha 2007) 274.

bakımından gündeme geleceği düşünölmekte¹⁵ ve *Savigny*'nin ifadesiyle bir "karanlığa atlayış" özelliği gösteren "uygulanacak hukukun belirlenmesi süreci"nin, bu müdahale imkânı sayesinde bir endişe kaynağı olmaktan çıktığı belirtilmektedir.¹⁶

B- Kamu Düzeni Hükümü

Yabancı hukukun tatbikinin kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle engellenmesini mümkün kılan normların her biri, "kamu düzeni hükümü" adıyla bilinmektedirler.¹⁷ Aşağıda, iç ve dış kamu düzeni ayrımı ele alınırken kısaca değinilecek bu düzenlemeler içerisinde, çalışmamızın ana inceleme konusunu oluşturması itibariyle üzerinde esas durulacak olan norm, Japon milletlerarası özel hukukundaki bağlama kurallarının neredeyse tamamını içeren temel kanun olan Hukukların Uygulanmasına Dair Genel Kurallar Hakkında Kanun (HUGKK) m.42 ile getirilmiş bulunan kamu düzeni hükümüdür. Anılan madde metninin Türkçe çevirisi¹⁸ şu şekildedir;

Madde 42 - Kamu Düzeni

1) Yabancı hukuka tâbi olunması gereken durumlarda, hükümlerin tatbikinin kamu düzeni veya genel ahlâka aykırılık teşkil ettiği hâllerde, bunlar uygulanmaz.

HUGKK m.42 metninde geçen "kamu düzeni veya genel ahlâk" ifadesi¹⁹, doktrinde kısaca "kamu düzeni" olarak adlandırılmakta olup, uygulanacak yabancı hukukun tatbikini kamu düzenine aykırılık sebebiyle engelleyen bu hükme, "kamu düzeni hükümü" adı verilmektedir.²⁰ Japon milletlerarası özel hukuku açısından "kamu düzeni hükümü" dendiğinde ilk akla gelen ve çalışmamızın devamında esas alınacak hüküm budur. Ancak doktrinde önemle vurgulanan husus, milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzenine ilişkin tek hükümün HUGKK m.42 olmadığıdır. Bu kapsamda, Bakım Ödevine Uygulanacak Hukuka Dair Kanun m.8/1 hükümü ile Vasiyetnamenin Şekline Uygulanacak Hukuka Dair Kanun m.8 hükmünde, uygulanacak yabancı hukukun engellenmesi bakımından²¹; Japon Medeni Yargılama

15 Kanzaki, 'Pureppu kokusaishihou' (n 4) 160.

16 Bu açıdan kamu düzeni müdahalesinin, "uygulanacak hukukun tespiti" sürecini destekleyen bir fonksiyona sahip olduğu ifade edilmektedir. Bkz. ibid 155.

17 Nakanishi and others (n 10) 111.

18 Saatcioğlu (n 2) 127.

19 Kaynak ifade公の秩序又は善良の風俗 (*ooyake no chitsujo mata ha zenryou no fuuzoku*) şeklindedir. Kaynak metinde "veya (又は *mata ha*)" bağlacı ile kullanılan ve iki ayrı ifadeden oluşan bir kalıp mevcuttur. Bunlardan ilki, 公の秩序 (*ooyake no chitsujo*) ifadesi olup, "kamu(nun) düzeni" anlamına gelmektedir. İkinci ifade olan 善良の風俗 (*zenryou no fuuzoku*) ise, "bir toplumun genel ahlak algısı" şeklinde tanımlanmaktadır. Her ne kadar bu iki ifade arasında "veya" bağlacı kullanılmış olsa dahi, ifadelerin bir arada anlaşılmalı gerektiği belirtilmektedir. Bu birlikte kullanım sonucunda ortaya çıkan kalıp, kanunlar ihtilâfi hukuku terminolojisinde "kamu düzeni (*ordre public*)" olarak bilinen kavramı karşılamaktadır. Bkz. ibid 127.

20 Sakurada (n 4) 135.

21 Nakanishi and others (n 10) 111; Yokoyama (n 6) 94; Sakurada (n 4) 136; Kasahara (n 4) 108. "Vasiyetin Şeklinde Uygulanacak Hukuka Dair Kanun" ile "Bakım Ödevlerine Uygulanacak Hukuka Dair Kanun", ilgili konularda akdedilmiş Lahey Konvansiyonları'nın iç hukuka aktarılmış halini teşkil etmektedirler. Bkz. Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 85. Bununla birlikte, bu iki kanunda yer alan kamu düzeni hükümleri, metin içerisinde "açıkça" aykırı olmaktan bahsetmiş olmaları itibariyle HUGKK m.42 hükmüne kıyasla kamu düzeni hükümünün işletilme kapsamını daha da sınırlayan bir ifade tarzı içermektedirler. Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 86.

Kanunu²² m.118 bent 3 hükmünde ise, yabancı kararların tanınmasına dair bir engel içermesi bakımından²³ kamu düzeni hükümlerinin getirilmiş olduğu görülmektedir.

Doktrinde, kamu düzeni hükümlerinin, yasama tekniği açısından “dışlayıcı hükümler”²⁴ ve “muhafaza edici hükümler”²⁵ olmak üzere iki türde kaleme alınabildiklerine dikkat çekilmektedir. Dışlayıcı hükümler, lafız itibarıyla sadece yabancı hukuku dışlayan (onun tatbikini engelleyen) düzenlemelerdir. Muhafaza edici hükümler ise, yabancı hukukun tatbikinin engellenmesinin ardından iç hukukun (Japon hukuku) uygulanma ihtimâlini de muhafaza eden düzenlemelerdir.²⁶ Bu bağlamda, sadece yabancı hukuku dışlayıcı görünümdeki kamu düzeni müdahalesinin “menfi kamu düzeni”, Japon hukukunun tatbikini öngören kamu düzeni müdahalesinin ise “müspet kamu düzeni” olarak adlandırıldığı belirtilmektedir.²⁷

Kamu düzeni müdahalesi, normal şartlar altında tatbik edilmesi gereken yabancı hukukun tatbikini engelliyor olması bakımından istisnai bir yoldur.²⁸ Bu hususa ilişkin olarak, çağdaş Japon doktrininde yer alan görüşler incelendiğinde, milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni müdahalesinin, “gerçekten ihtiyaç duyulan haller ile sınırlı olarak” kullanılması arzu edilen²⁹ ve kendisinden “mümkün olduğunca kaçınılması salık verilen” istisnai nitelikte bir yol şeklinde görüldüğü anlaşılmaktadır.³⁰ Öyle ki, kamu düzeninin bu “son çare olma” niteliği, doktrinde “aile yâdigarı kılıcın çekilmesi” şeklinde veciz bir ifade ile ortaya konmuş³¹, müdahalenin bir “acil durum çıkışı / kaçışı” özelliği taşıdığına vurgu yapılmıştır.³²

22 Kanunun adı (民事訴訟法 *minjisoshouhou*) içerisinde “Japon” ibaresi yoktur. Fakat kafa karışıklığına yol açmamak adına, kanun adını Türkçe’ye çevirirken başına Japon ibaresini eklemekte fayda görülmüştür. Aynı yaklaşım, Japon Medeni Kanunu (民法 *minpo*) bakımından da benimsenmiştir.

23 Takasugi (n 5) 63; Sakurada (n 4) 136.

24 Kaynak ifade, 排斥条項 (*haiseki joukou*) şeklindedir.

25 Kaynak ifade, 留保条項 (*ryuho joukou*) şeklindedir.

26 Nakanishi and others (n 10) 111; Sakurada (n 4) 135.

27 Japon doktrininde, HUGKK m.42 hükmünün -sahip olduğu dışlayıcı fonksiyon ile bağlantı kurulmaksızın- genel olarak “muhafaza edici” bir hüküm olma özelliği ile anıldığı bildirilmektedir. Bkz. Sakurada (n 4) 135. (Burada kamu düzeninin olumsuz ve olumlu etkilerinden bahsedildiği açık olmakla birlikte, *Sakurada*’nın, eserinde “etki” sözcüğüne yer vermeyip bunu bir “fonksiyon üstlenme” olarak görmesi sebebiyle kaynak ifadeye sadık kalınmıştır); Nakanishi and others (n 10) 111.

28 Sakurada (n 4) 134.

29 Deguchi (n 11) 137; Ishiguro (n 14) 275.

30 Kasahara (n 4) 109; Takasugi (n 5) 61; Itou (n 4) 51; Ishiguro (n 14) 283; Kanzaki, Pureppu kokusaishou (n 4) 155. *Kasahara*’ya göre, kamu düzeni müdahalesine başvurulurken, ülke ile bir bağlantı aranmalı ve “negatif” bir kullanım sergilenmelidir. Bkz. Kasahara (n 4) 109. *Yokoyama*’ya göre, yabancı hukukun tatbik sonucunun Japon bakış açısına göre uygunsuz olduğu hallerde, eğer uygunsuzluğun sebebi yabancı hukukun içeriğindeki bir “olağandışı” ise, kamu düzeni hükmüne başvurmak olanaklıdır. Buna karşılık, söz konusu yabancı hukukun içerik yönünden olağandışı görülmediği, daha ziyade, örneğin aradan geçen zamana bağlı olarak bağlama kuralının taraflarca öngörülemez bir hukuku uygulanacak hukuk olarak göstermesi gibi bir durumda kamu düzeni hükmüne başvurulmamalıdır. Bkz. Yokoyama (n 6) 97.

31 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 85. Kaynak ifade, 伝家の宝刀を抜く (*denka no houtou wo nuku*) şeklinde olup, Japonca’da “son çare olarak başvurulma” olgusunu karşılayan bir deyimdir.

32 Masato Dougauchi, *Pointo kokusaishou souden* (2nd edn 2007) 253. Doktrinde *Kanzaki*, milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni hükmünün işletilmesinin “harekete geçirmek / devreye sokmak” anlamına gelen bir fiil (発動 *hatsudou*) ile tasvir ediliyor ve kullanılıyor olmasının da, söz konusu “acil durum çıkışı / kaçışı” özelliğini yansıttığı kanaatinde. Bkz. Kanzaki, Pureppu kokusaishou (n 4) 157.

Kamu düzeni hükmünün istisnai bir işlerliğe sahip olduğu belirtilmekle birlikte, kendi başına bir “istisna hükmü” şeklinde görülmediği de anlaşılmaktadır. Bu bağlamda istisna hükmü ifadesinden, bağlama kuralınca belirlenen yabancı hukuk yerine söz konusu olayla “daha sıkı irtibatlı” bir hukukun tatbikine imkan tanımak üzere sevk edilmiş bulunan hükümler anlaşılmaktadır.³³ Bu hususta *Yokoyama*, istisna hükümleri ile kamu düzeni hükmü arasında bir ayırım yapılması gerektiği kanısındadır. Yazara göre, bunlardan ilki, uygulanacak hukukun belirlenmesi aşamasında fonksiyon üstlenmekte iken; diğeri, tespit edilmiş uygulanacak hukukun tatbiki aşamasında bir fonksiyon gösterebilmektedir. Ayrıca, istisna hükümleri açısından, “olay” ile “belirli bir yer” arasında mekansal bir ilişki söz konusu iken; kamu düzeni hükmünde, tayin edilmiş yabancı hukukun getireceği maddi hukuk sonucunun kabulü veya reddi söz konusudur.³⁴

Kamu düzeni hükmünü yalnızca ciddi bir ihtiyaç bulunan hallerde işletmek fikri Japon doktrininde yaygın şekilde benimsenmesine karşın, yakın zamanlarda, kamu düzeninin müspet kullanımını öneren “fonksiyonel kamu düzeni teorisi”nin ortaya çıktığından da bahsedilmektedir.³⁵ Bu teoriye göre, uygulanacak yabancı hukuk ile -hakimin hukuku sıfatına binaen- Japon hukuku arasında bir karşılaştırma yapılmalı, Japon hukukunun daha yerinde bir sonuca ulaştıracağı öngörülebilir haller açısından kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle yabancı hukukun tatbiki engellenmeli, onun yerine Japon hukuku tatbik edilmelidir.³⁶ Bir başka deyişle, fonksiyonel kamu düzeni anlayışına göre, bağlama kuralı ile ulaşılan hukukun somut olay ile gerçekten sıkı bir irtibatı bulunup bulunmadığı kontrol edilmeli, sıkı irtibat bulunmayan hallerde uygulanacak yabancı hukukun tatbikini engelleme rolü kamu düzeni hükmüne verilmelidir.³⁷ Bu yaklaşımda kamu düzeni hükmü, en sıkı irtibatlı hukukun tatbiki için genel bir yardımcı hüküm işlevi görmektedir.³⁸

Öte yandan, yine günümüz Japon doktrininde, bu teorinin yoğun şekilde eleştiri almakta olduğundan da bahsedilmelidir. Doktrindeki hakim anlayış³⁹ (kamu düzeni hükmünün istisnai kullanımı) açısından bu teorinin eleştirilecek önemli yönleri vardır. Öncelikle, kamu düzeni hükmü, uygulanacak hukukun içeriğine bakılmasının ardından ancak işletilebildiği için, bu hükmü uygulanacak hukukun tespiti sürecinde bir genel hüküm vasfı ile kullanmak, yabancı hukukun içeriğine bakıldıktan sonra uygulanacak hukuku tespit etmek anlamına gelecektir ki, böyle bir durum milletlerarası özel hukukun temel mantığına bütünüyle terstir. İkinci olarak, kamu

33 Nakanishi and others (n 10) 111.

34 Yokoyama (n 6) 97.

35 “Fonksiyonel kamu düzeni teorisi”nin kaynak dildeki karşılığı 機能的公序論 (*kinouteki koujoron*) şeklindedir. Teori hakkında bkz. Hiroshi Matsuoka, *Kokusaishihou ni okeru housentakukisoku kouzouren* (Yuuhihaku 1987) 313, 314; Hiroshi Matsuoka; *Gendai kokusaishihou kougi* (Houritsubunkasha 2008) 56-59.

36 Deguchi (n 11) 138; Kasahara (n 4) 110.

37 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 93.

38 Sakurada (n 4) 136; Takasugi (n 5) 66, 67.

39 Deguchi (n 11) 138.

düzeni müdahalesinin ardından olaya Japon hukuku tatbik edilecek ise, her ne kadar uygulanacak hukukun tespiti sürecinde bir genel yardımcı hüküm vasfı taşıdığı iddia edilse de, aslında iç maddi hukukun tatbiki için fırsat yaratılmış olmaktadır. Bir başka deyişle, bağlama kurallarınca daha sıkı irtibata sahip olduğu varsayılan bir yer hukukunun değil, her durumda Japon hukukunun tatbikine giden ve bu yönüyle son derece isabetsiz bir süreç ortaya çıkmakta; kamu düzeni hükmü, aşırıya kaçan bir kullanım⁴⁰ ile “suistimal” edilmiş olmaktadır.⁴¹ *Kasahara*'ya göre, fonksiyonel kamu düzeni teorisine bakıldığında, Japon hukukunun 1989 öncesi döneminde⁴² bağlama kurallarına duyulan güvensizliğin bir yansımasını görmek mümkündür.⁴³

C- Kapsamın Belirlenmesi

Japon hukukunda, “kamu düzeni ve genel ahlâk” kavramı sadece milletlerarası özel hukukta benimsenen anlamıyla kullanılmamaktadır. Bu noktada, “iç - dış kamu düzeni” ayrımı gündeme gelmektedir. Kavramın milletlerarası özel hukuk anlamıyla kullanıldığı hallerde dahi, “benimsenecek kamu düzeni anlayışının dayanağı”na ilişkin olarak “devletsel - evrensel kamu düzeni” ayrımının yapıldığı görülmektedir. Yine, genel hüküm niteliğindeki kamu düzeni hükmünden ayrılan ve haksız fiiller ile sınırlı olarak fonksiyon gösteren özel nitelikte bir kamu düzeni maddesinin varlığı da HUGKK içinde göze çarptığından “genel - özel kamu düzeni” ayrımından da bahsedilmektedir. Milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni kavramının dış sınırlarını daha net görebilmek adına, aşağıda söz konusu ayrımlar üzerinde durulacaktır.

1) İç - Dış Kamu Düzeni Ayrımı

Doktrinde ittifak ile hatırlatılan önemli bir husus, Japon hukukunda kamu düzeni kavramının sadece milletlerarası özel hukuk anlamıyla kullanılmadığıdır. “Milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni” (dış kamu düzeni) kavramından farklı olarak iç hukukta benimsenen kamu düzeni anlayışını yansıtmak üzere, “iç hukuk anlamında kamu düzeni” kavramından bahsedilmekte,⁴⁴ bu anlayışın somutlaştığı ana düzenlemeler olmak üzere ise Japon Medeni Kanunu (JMK)

40 Sakurada (n 4) 135.

41 Nakanishi and others (n 10) 111; Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 93; Deguchi (n 11) 138.

42 Yazar, 1989 yılı değişikliği öncesindeki haliyle *Hourai*'nin yürürlükte olduğu dönemi kast etmektedir.

43 *Kasahara* (n 4) 110. 1989 yılında *Hourai* içeriğinde yapılan önemli değişiklikten önceki dönemde, Japon mahkemeleri kamu düzeni hükmünün geniş bir kapsamda işletilebileceğini kabul etmekteydiler. Fakat, o dönemde dahi, doktrinde karşıt görüş olarak hükmün istisnai karakterine işaret edilmekteydi. Bkz. Takasugi (n 5) 66.

44 Bu iki kamu düzeni hükmü arasındaki farkı ortaya koymak üzere, JMK m.90'da yer alanın “iç kamu düzeni” (国内公序 *kokunaikoujo*), diğerinin ise “milletlerarası kamu düzeni” (国際公序 *kokusaikoujo*) şeklinde isimlendirildiği görülmektedir. Bkz. Kanzaki, Pureppu kokusaishihou (n 4) 157.

m.90 hükmü⁴⁵ ve Japon Medeni Yargılama Kanunu (JMYK) m.118 bent 3 hükmü⁴⁶ gösterilmektedir. Anılan hükümler şu şekildedir;

Japon Medeni Kanunu / Madde 90

Kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı içeriğe yönelik hukuki işlemler geçersizdirler.

Japon Medeni Yargılama Kanunu / Madde 118 bent 3

3- Kararın içeriği ve yargılama usulleri Japonya’da kaim kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı olmamalıdır.

JMK m.90 hükmü ile HUGKK m.42 hükmünün uygulama alanlarının farklı olduğuna dikkat çekilmektedir. JMK m.90 hükmü, sözleşmeler başta olmak üzere “hukuki işlemleri” kendisine konu edinirken;⁴⁷ HUGKK m.42 hükmü, “yabancı hukukun tatbik sonucunu” kendisine konu edinmektedir.⁴⁸ Bu sebeple, iç maddi hukuk anlamında kamu düzeni, sözleşme gibi hukuki işlemler bakımından gündeme gelebilirken; milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni, sadece hukuki işlemler hakkında olmayıp aile hukuku, eşya hukuku vb. alanları da içerecek şekilde özel hukuk alanının geneli bakımından rastlanabilecek hukuki ilişkiler boyutuyla ortaya çıkabilmektedir.⁴⁹ JMK m.90 hükmü, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri hukuki işlemler üzerinde bir sınırlama getirmek fonksiyonunu haiz iken; HUGKK m.42 hükmü, yabancı hukukun tatbiki sonucuyla ilgilenmekte olup,⁵⁰ Japonya’nın temel özel hukuk düzenini korumak amacına yönelmiştir.⁵¹ JMK m.90 hükmünün sonucu, “hukuki işlemin geçersizliği” iken; HUGKK m.42 hükmünün sonucu, “yabancı hukukun tatbikinin engellenmesi”dir.⁵²

45 Yokomizo (n 4) 3; Sai Sasaki, ‘Kokusaishihou ni okeru koujo to kihonken ni kansuru kousatsu’ (2009) 17 Memoirs of Tokyo Management College 65; Kanzaki, Pureppu kokusaishihou (n 4) 157; Ishiguro (n 14) 275; Takasugi (n 5) 61; Sakurada (n 4) 135; Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 89. Öte yandan, her iki kavramın da Japon devletinin devletsel bakış açısından kaleme alınmış olmaları noktasında örtüştüğü, bu noktanın “devletsel kamu düzeni” (國家的公序 *kokkateki koujo*) olarak adlandırıldığı belirtilmektedir. Bkz. Nakanishi and others (n 10) 112.

46 *Deguchi*’ye göre, JMK m.90 ve JMYK m.118 bent 3 hükümlerinde yer alan kamu düzeni maddi hukuka ilişkin iken, HUGKK m.42 hükmündeki kamu düzeni kanunlar ihtilâfi hukukuna ilişkindir. Bkz. *Deguchi* (n 11) 135.

47 Mahkeme kararları içerisinde bir gruplaştırma yapan *Sasaki*’ye göre, JMK m.90 anlamında kamu düzenine aykırılık oluşturan başlıca haller; ahlaka aykırılık; adalet anlayışına aykırılık; vurgunculuk (bir ürünü çok yüksek fiyattan satarak kazanç sağlama); kişi özgürlüğünün ciddi ölçüde sınırlandırılması; işletme özgürlüğünün sınırlandırılması, hayatta kalmak için gerekli temel malvarlığı değerlerinin yok edilmesi, ve ciddi ölçüde spekülâtif faaliyetlerde bulunmak şeklinde sıralanabilir. Bkz. Sai Sasaki, ‘Minpou to kokusaishihou ni okeru koujo gainen (kokusaikazokuhou kenkyukai houkoku : Dai19kai)’ (2011) 55/1 Touyohougaku 204.

48 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 89, 90; Takasugi (n 5) 62; Itou (n 4) 52; Sasaki, Minpou (n 47) 203.

49 Takasugi (n 5) 62.

50 Itou (n 4) 52. Öte yandan, HUGKK m.42 hükmü, milletlerarası özel hukuk bağlamında taraf özerkliği ni de sınırlandıran bir yapı arz etmektedir. Zira, tarafların seçtikleri yabancı hukukun tatbiki sonucunda kamu düzenine bir aykırılık meydana geleceği öngörülyorsa, seçilen hukukun tatbiki engellenmektedir. Bkz. Yoshiaki Nomura, ‘Dai 6 Shou’ in Y Nomura (ed) *Keesu de manabu kokusaishihou* (2nd edn Houritsubunkasha 2014) 144.

51 Takasugi (n 5) 62.

52 JMYK m.118 bent 3 hükmünün sonucu ise, yabancı mahkeme kararının tanınmamasıdır. Bkz. *Deguchi* (n 11) 135. Japon Yüksek Mahkemesi’nin 1983 yılında vermiş olduğu bir kararda da kabul ettiği üzere, yabancı mahkeme kararının Japonya’da tanınabilmesi için, sadece söz konusu kararın içeriğinin değil, kararın meydana getirilmesindeki usuli süreçlerin de Japon kamu düzenine aykırı yönleri bulunmuyor olmalıdır. Bkz. *Deguchi* (n 11) 138.

JMK m.90 hükmü bağlamında kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı hususu, maddi hukuk bakış açısıyla belirlenmekte olduğu için, Japon maddi hukukundaki emredici hükümlere bir aykırılık söz konusu ise, bu durum genel olarak kamu düzenine aykırılık anlamını taşımaktadır. Buna karşılık, HUGKK m.42 hükmü bağlamında kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı hususu, milletlerarası özel hukuk bakış açısıyla belirlenmekte olup, sırf Japon maddi hukuku hükümlerine aykırılık bulunduğundan bahisle, milletlerarası özel hukuk bağlamında da kamu düzenine aykırılık bulunduğu sonucuna varılması mümkün değildir. Zira, böyle bir sonuca varılması halinde, Japon maddi hukukunca benimsenmiş emredici hükümlere aykırılık taşıyan yabancı hukukun tatbiki bir bütün olarak dışlanmış olacağından, uygulanacak hukukun tespiti faaliyeti de anlamını yitirecektir.⁵³ Maddi hukuk seviyesinden bakıldığında kamu düzeni, esasen taraf iradelerine aykırılık bulunsa dahi tatbiki gereken “emredici kurallar” görünümünde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, bu emredici kurallara aykırılık genel olarak kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilmektedir. Buna karşılık, milletlerarası özel hukuk seviyesinden bakıldığında, uygulanacak hukuk örneğin Japon medeni hukukundaki emredici kurallara aykırı olsa dahi, sırf bu sebepten ötürü kamu düzenine aykırılıktan bahsedilemeyecektir.⁵⁴

Bu durumu bir örnek üzerinde açıklayan *Takasugi*'ye göre; %25 oranında faiz öngörölmüş bir tüketici kredisi sözleşmesi yahut yazılı olmayan şekilde yapılmış bir kefalet sözleşmesi, Japon maddi hukuku açısından pekâlâ kamu düzenine aykırı olarak telakki edilebilecek iken; kanunlar ihtilâfi kurallarınca tayin edilmiş uygulanacak yabancı hukukta, örneğin o ülkenin para birimindeki enflasyon oranı düşünülerek %40'ın altında olmak kaydıyla faiz belirlenmesini mümkün kılan yahut kefalet sözleşmesinin geçerliliği için yazılılık şartını aramayan bir düzenlemenin, sırf bu hususların Japon hukukunda düzenlenenlerden farklı olduğu öne sürülerek, milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzenine aykırılığı sonucuna varılmamalıdır.⁵⁵

Benzer şekilde, JMK m.787 hükmünde yer alan, baba veya annenin ölüm tarihinden itibaren 3 yıllık bir süre içerisinde çocuğun, onun altsoyunun veya onların yasal temsilcilerinin babalık davası açabilme hakları bulunduğu dair düzenleme de emredici nitelikte olmakla birlikte; uygulanacak hukukun yabancı hukuk olduğu hallerde, bu 3 yıllık zaman diliminin mutlak surette verilmesi gerektiği anlamı çıkarılmamalıdır. Nitekim, bir Japon Yüksek Mahkemesi kararında⁵⁶, ölüm tarihinden itibaren en fazla 1 yıllık sürede babalık davası açma hakkı tanıyan Güney Kore hukukundaki düzenlemenin, bu haliyle Japon kamu düzenine aykırılık taşımadığı yönünde karar verilmiştir. *Kono*'ya göre, öncelikle her emredici kuralın hangi

53 Nakanishi and others (n 10) 113; Itou (n 4) 51; Sasaki, Minpou (n 47) 203. *Kanzaki*'ye göre, Eğer HUGKK m.42'de benimsenen kamu düzeni anlayışı, iç hukuktaki kamu düzeni anlayışı ile aynı görülecek olursa, o zaman miras ve eşya hukuku gibi çoğunlukla kamu düzeninden ve emredici nitelikte hükümler barındıran alanlar bakımından uygulanacak hukukun tespiti ve tatbiki faaliyeti anlamını yitirecektir. Bkz. *Kanzaki*, Hayakawa and Motonaga (n 7) 89.

54 *Takasugi* (n 5) 61, 62; *Deguchi* (n 11) 137.

55 *Takasugi* (n 5) 62.

56 最判昭和50・6・27家月28・4・83.

değerleri korumak istediği hususu araştırılmalıdır. Ardından ise, yabancı hukukun nasıl bir içeriğe sahip olduğu ve bu içeriğin somut olaya tatbik edildiğinde nasıl bir sonuca yol açacağına bakılarak, bu sonucun emredici kurallarca korunan değerler ile olan ilişkisinin dayanılması zor sonuçlar doğuracak nitelikte olup olmadığı değerlendirilerek bir karara varılmalıdır.⁵⁷

HUGKK m.42 hükmünün işletilmesi için aranan kıstasların, JMK m.90 uyarınca aranacak olanlara kıyasla daha katı oldukları belirtilmekte, bu açıdan HUGKK m.42 hükmünün içerik yönünden daha geniş bir alanı kapsamasına⁵⁸ karşın, daha sınırlı bir işletilme imkânına sahip olduğu düşünülmektedir.⁵⁹ Uygulanacak yabancı hukukun tatbikini engelleme kıstaslarının da Japon kamu düzeni anlayışına dayandıkları, fakat bunun iç hukuk bağlamındaki kamu düzeni anlayışı olmayıp kanunlar ihtilâfi hukuku boyutundaki kamu düzeni anlayışı olduğu belirtilmekte; söz konusu anlayışın, Japon özel hukuk düzeninin çekirdek kısmını oluşturan hukuk kurallarının ve hukuk anlayışının temelinde yattığı vurgulanmaktadır.⁶⁰

Kanzaki'ye göre, HUGKK m.42 hükmü, JMK m.90 hükmüne kıyasla daha sınırlı ve istisnai olacak şekilde, “bir acil durum çıkışı” özelliği ile uygulanacaktır.⁶¹ Bu iki hükme başvurulma sırası hakkında görüş bildiren *Itou* ise, uygulanacak yabancı hukukun “maddi hukuk anlamında kamu düzeni”nden hükümlerine (iç hukuk anlamında kamu düzeni) aykırılık bulunup bulunmadığı hakkında karar verildikten sonra, “milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni” hükmünün ancak işlevsellik kazanabileceği düşüncesindedir.⁶²

Milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni anlayışının Japon Anayasası'nda korunan temel haklar ile olan ilişkisi de doktrinde inceleme konusu yapılmıştır. *Sasaki*, bu hususa ilişkin olarak kaleme aldığı eserinde, Japon Anayasası ile Japon milletlerarası özel hukuku arasındaki ilişkinin iki temel soru etrafında değerlendirilebileceği kanısındadır. Bunlar, kanunlar ihtilâfi kurallarınca uygulanacak hukukun belirlenmesi sürecinin Japon Anayasası'na aykırı olup olmadığı sorusu ile; uygulanacak yabancı hukukun Japon anayasa hukukunca benimsenen sınırlara tabi tutulup tutulmayacağı sorularıdır.⁶³

Yazar, birinci soruya ilişkin bir örneğin Japon hukuku açısından geçmişte zaten yaşanmış olduğundan bahsetmektedir. 1989 değişikliği öncesi *Hourei*'de, evlenme

57 Kono (n 4) 334.

58 *Kanzaki, Hayakawa and Motonaga* (n 7) 90.

59 *Nakanishi and others* (n 10) 113; *Deguchi* (n 11) 137; *Sasaki, Minpou* (n 47) 203. *JMYK* m.118 bent 3'de yer alan kamu düzeni hükmüne ilişkin uygulama kıstaslarının da aynen HUGKK m.42'dekiler gibi katı oldukları belirtilmektedir. Bzk. *Deguchi* (n 11) 137.

60 *Nakanishi and others* (n 10) 117.

61 *Kanzaki, Pureppu kokusaishihou* (n 4) 157.

62 *Itou* (n 4) 52.

63 *Sasaki, Kihonken* (n 45) 63.

ve boşanmaya ilişkin meseleler bakımından “kocanın milli hukukuna tabi olunması” kuralı benimsenmekte idi. Bu durumun Japon Anayasası m.14/1 ve m.24/2 hükümlerinde düzenlenen kadın - erkek eşitliği kuralına aykırı olup olmadığı tartışması yapılmakta, anılan bağlama kuralının değiştirilmesi gerektiği öne sürölmekteydi. Bu görüşün, zamanla Japon doktrininde geniş oranda destek bulduğu ve neticede 1989 değişikliği ile birlikte, bugün de aynı şekilde varlığını koruyan sistemin⁶⁴ benimsenerek “kocanın milli hukuku” bağlamasından vazgeçildiği belirtilmektedir.⁶⁵

İkinci soruya ilişkin olarak *Tameike*, Japon Anayasası’na aykırı gibi görönen yabancı hukukların büyük bir çoğunluğu açısından, onların tatbiki sonuçlarının da Japon özel hukuk ve toplumsal yaşam düzenine zarar verici olarak görölebileceklerini; fakat tüm tatbik sonuçlarının bu şekilde daha en baştan “zarar verici” olarak da nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir.⁶⁶ *Sasaki* de, gerek *Tameike*’nin anılan görüşü, gerek kamu düzeni müdahalesine ilişkin diğer doktrin görüőlerinden hareketle, uygulanacak yabancı hukukun Japon Anayasası tarafından benimsenmiőt sınırlamalara doğrudan tabi olmadığı sonucuna ulaşılabileceği kanısındadır.⁶⁷

2) Devletsel - Evrensel Kamu Düzeni Ayrımı

Japon milletlerarası özel hukuk doktrininde tartışılmıőt bir başka husus, diőt kamu düzeni anlayışının hangi temele dayandırılacağı noktasında ortaya çıkmıőtir. Milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni müdahalesine başvurulurken, medeni devletlerce genel olarak kabul edilen bir kamu düzeni anlayışına mı, yoksa Japon devletinin kamu düzeni anlayışına mı dayanılması gerektiği sorusuna yanıt aranmıőtir.

Yabancı hukukun tatbikinin engellenmesine ilişkin kıstaslara her devletin kendi devletsel bakış açısına göre karar vermesi halinde, milletlerarası özel hukuk sistemleri uyumlaőtırılrsa dahi, münferit olaylar bakımından, tayin edilecek yabancı hukukun bir devlet mahkemesince tatbik edilirken diğer devlet mahkemesince diőtlanması ihtimáli gündeme gelmektedir. Böyle bir durumun ise, uyumlaőtırmadan beklenebilecek faydaya engel olacağı, dolayısıyla, Japon milletlerarası özel hukuku anlamında kamu düzenine ilişkin kıstasların, medeni ölkelerce benimsenenler ile ortak olması gerektiği yönünde bir görüş öne sürölmüőtür. Bu görüş, “evrensel kamu düzeni teorisi” adıyla bilinmektedir.⁶⁸ Birden fazla sayıda devlet tarafından (medeni devletlerce) kabul edilen birtakım genel kuralları kamu düzeni anlayışına dayanak yaparak, geniş bir bakış açısı ile konuyu ele almak şeklinde özetlenebilecek bu yaklaőtımın, geçmiőt⁶⁹

64 Evlenmeye ve boşanmaya dair günümüzde yürürlükte olan bağlama kurallarının Türkçe çevirisi için bkz. Saattioğlu (n 2) 120-122.

65 Sasaki, Kihonken (n 45) 63.

66 Yoshio Tameike, *Kokusaishihou kougi* (3rd edn Yuuhikaku 2005) 216, 217 (Sasaki, Kihonken (n 45) 64’dan atfen).

67 Sasaki, Kihonken (n 45) 65.

68 Nakanishi and others (n 10) 112. “Evrensel kamu düzeni teorisi”nin kaynak dildeki karőtılıđı 普遍的公序論 (*fuhenteki koujoron*) şeklindedir.

69 1989 Değişikliği öncesindeki haliyle Hourei’nin yürürlükte olduğu dönem kast edilmektedir.

yaygın kabul görmüş olduğundan bahsedilmektedir.⁷⁰ Evrensel kamu düzeni anlayışı uyarınca, yabancı hukukun tatbiki, mahkeme devletin devletsel bakış açısına göre dayanılması güç olsa dahi, medeni devletlerce genel olarak kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı görülebilecek bir netice ortaya çıkmıyorsa, söz konusu yabancı hukuk olaya tatbik edilmelidir.⁷¹

Buna karşılık, hangi hususların medeni ülkelerce genel olarak benimsenen kamu düzeni anlayışını yansıttığını belirleyebilmenin güç olduğu da ifade edilmektedir.⁷² Evrensel kamu düzeni anlayışı, milletlerarası özel hukuk sistemlerinin uyumlaştırılması penceresinden bakıldığında mâkul gibi durmakta ise de, hangi unsurların medeni devletlerde genel olarak yürürlükte olan kamu düzeni anlayışını karşıladığını bilebilmek oldukça zordur. Ayrıca, kişilerin özel hukuka dair hayat ilişkilerinin geniş anlamda “devlet” birimi altında idare edildiği günümüz milletlerarası toplumunda, kamu düzenine ilişkin kıstasların her devletin kendi devletsel bakış açısından hareketle belirlenmesinden başka çıkar yol olmadığı da söylenmektedir.⁷³ Evrensel kamu düzeni anlayışını bu şekilde eleştiren düşüncelerin, “devletsel kamu düzeni anlayışı” adı altında somutlaştırıldığı ve günümüz Japon doktrininde baskın şekilde savunulduğu ifade edilmektedir.⁷⁴ Şu halde, günümüzde, yabancı hukukun tatbikinin engellenmesine ilişkin kıstaslara Japon devletin kendi devletsel bakış açısına göre karar vermesi gerektiği görüşünün baskın olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

3) Özel - Genel Kamu Düzeni Ayrımı

HUGKK içerisinde, “kamu düzeni” ibaresine madde başlığında yer veren iki ayrı düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan ilki, çalışmamızın da ana inceleme konusunu oluşturan HUGKK m.42 hükmünde getirilmiş genel hüküm niteliğindeki düzenlemedir. Öte yandan, HUGKK m.22 hükmünde ayrıca “özel nitelikte”⁷⁵ bir düzenlemenin de sevk edilmiş bulunduğu bahsedilmelidir. Söz konusu madde metni şu şekildedir;

Madde 22 - Haksız Fiillere İlişkin Kamu Düzeni Kaynaklı Sınırlamalar

1) Haksız fiil ile ilgili olarak yabancı hukuka tâbi olunması gerekli hâllerde, söz konusu yabancı hukukun uygulanmasını gerekli kılan vakıanın Japon hukukuna göre haksız olmaması durumunda, söz konusu yabancı hukuktan kaynaklanan tazminatların veya diğer yaptırımların talep edilmeleri mümkün değildir.

2) Haksız fiil ile ilgili olarak yabancı hukuka tâbi olunması gereken hâllerde, söz konusu

⁷⁰ Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 88, 89.

⁷¹ Deguchi (n 11) 136.

⁷² Nakanishi and others (n 10) 112.

⁷³ Deguchi (n 11) 136.

⁷⁴ Kono (n 4) 334; Sakurada (n 4) 135; Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 89; Sasaki, Minpou (n 47) 205, 206. “Devletsel kamu düzeni” ifadesinin kaynak dildeki karşılığı 国家的公序 (*kokkateki koujo*) şeklindedir.

⁷⁵ Yokoyama (n 6) 215.

yabancı hukukun uygulanmasını gerekli kılan vakıanın söz konusu yabancı hukukça ve Japon hukukunca haksız olduğu hâllerde dahi, zarar gören, Japon hukukunca tanınan tazminatların veya diğer yaptırımların mevcut olmadığı taleplerde bulunamaz.⁷⁶

HUGKK m.22 hükmü, bütün fonksiyonunu aynı Kanun m.17 - m.21 arasındaki maddeler uyarınca “haksız fiil ile ilgili olarak yabancı hukukun uygulandığı hâller” bakımından göstermektedir. Dolayısıyla, sayılan maddelerden herhangi birine göre yabancı hukukun tayin edilmiş olması, m.22 hükmünün dikkate alınması için yeterlidir.⁷⁷ Düzenlemenin varlık sebebi olarak; “haksız fiillere ilişkin hükümlerin, kişilerarası adalet ve hakkaniyetin devamı şeklindeki kamusal menfaatin korunması amacına işaret ediyor olmaları sebebiyle, konunun Japon kamu düzenini de ilgilendirmekte olduğu” düşüncesi gösterilmektedir.⁷⁸

HUGKK m.22 içerisinde getirilmiş bulunan hükümler, doktrinde “özel nitelikli muhafaza edici hükümler” olarak bilinmektedir.⁷⁹ Açıkça anlaşılacağı üzere, HUGKK m.22 içerisinde iki fıkra halinde getirilmiş hükümler aracılığıyla, iç hukuk düzenini korumak adına belirli birtakım hukuki ilişkiler bakımından, sınırlı kapsamda dahi olsa Japon hukukunun “mutlak surette” tatbik edilmesi öngörülmektedir.⁸⁰ Nitekim doktrinde *Sakurada*, bu maddenin, uygulanacak yabancı hukuku Japon hukuku lehine özel olarak “askıya alan” bir yapısı bulunduğuna dikkat çekerken⁸¹; özellikle birinci fıkra hükmünü değerlendiren *Kanzaki*'ye göre, bu hüküm aracılığıyla mahkemeye, “uygulanacak hukuka gitmeden önce Japon hukukuna göre haksız fiil ilişkisinin kuruluşunu reddetme” imkânı verilmiştir.⁸² Birinci fıkra hükmünün fikri mülkiyet haklarına ilişkin kimi ihlaller bakımından; ikinci fıkra hükmünün ise cezalandırıcı nitelikte tazminatlar bakımından devreye girme ihtimâlinde bahsedilmektedir.⁸³

Eski kanun Hourei döneminde HUGKK m.22'ye karşılık gelen hükümler, Hourei m.11/2 ve m.11/3'de yer almakta idi.⁸⁴ Buna karşılık, daha o dönemde iki fıkra şeklinde getirilen bu hükümlerin eleştirildiği, haksız fiiller bakımından hakim'in hukukunun (Japon hukuku) olaya mutlak surette uygulanmasından bahsedilemeyeceği, bu düzenlemenin teorik açıdan problemlili olduğu,⁸⁵ kamu düzeni ile ilgili olarak yalnızca

76 Kaynak fıkra hükmü, Türkçe'ye bu şekilde çevrildiğinde, basit bir hususu karmaşık ve belki de devrik anlatım oluşturabilecek bir yönden belirtir gibi durmaktadır. Kaynak ifadenin benimsediği ifade şekline sadık kalmak adına bu hüküm, anlatımı kolaylaştırabilecek herhangi bir dış müdahalede bulunmaksızın Türkçe'ye aynen çevrilmiştir. Aslında, hükümde kast edilmek istenen husus, “Japon hukukunca tanınmayan tazminat yahut diğer yaptırımların talep edilemeyecek” olmasıdır.

77 Tadashi Kanzaki, ‘Fuhoukou ni tsuite no koujo ni yoru seigen’ in Y Sakurada and M Dougauchi (eds) *Chuushaku Kokusai Shihou (Daiichi Ken)* (Yuuhikaku 2011) 529.

78 Nakanishi and others (n 10) 246.

79 ibid 112; Sakurada (n 4) 135.

80 Nakanishi and others (n 10) 112.

81 Sakurada (n 4) 261.

82 Kanzaki, Fuhoukou (n 76) 538, 539.

83 Nakanishi and others (n 10) 246, 247.

84 Kanzaki, Fuhoukou (n 76) 526, 528.

85 Nakanishi and others (n 10) 237.

buna ilişkin genel hükme başvurulmasının yeterli olacağı şeklinde gerekçeler sunulduğu görülmüştür.⁸⁶ Böyle eleştirilerin bulunduğu bir ortamda hazırlanmasına başlandığı için, HUGKK içerisinde, anılan fıkra hükümlerine denk düşecek ayrı bir maddeye yer verilmesi, *Kanzaki*'ye göre şaşırtıcı olmuştur.⁸⁷ HUGKK'nın hazırlık çalışmaları esnasında düzenlemenin korunması lehine görüşlerin varlığı sebebiyle bir uzlaşmaya varılmadığı,⁸⁸ neticede, özel nitelikteki bu düzenlemeye yeni kanun HUGKK bünyesinde de yer verildiği belirtilmektedir.⁸⁹

II. Kamu Düzeni Hükümünün İşletilmesi

Doktrinde, kamu düzeni hükümünün işletilmesi ihtimâli doğduğunda, özellikle iki sorunun akla geleceğinden bahsedilmektedir.⁹⁰ Bunlardan ilki, kamu düzeni veya genel ahlaka aykırılıktan ne anlaşılması gerektiği, bir başka deyişle hükümün hangi hallerde işletileceği sorusudur. Akla gelecek ikinci soru ise, yabancı hukukun tatbiki engellendikten sonra ana meselenin nasıl bir esastan hareketle çözümlenmesi gerektiği, bir başka deyişle hüküm bir kez işletildikten sonra uygulanacak hukukun tespiti yönünden nasıl hareket edileceği sorusudur.⁹¹

Aşağıda, ilk olarak kamu düzeni hükümünün işletilebilmesi için doktrinde zorunlu olarak aranması gerektiği düşünülen şartlara değinilecektir. Ardından, engellenmenin konusunun ne olduğuna dair kısa bir tartışmaya yer verilecek ve son olarak engellemeyi takiben Japon mahkemesinin engellenen hüküm veya hukuku nasıl ikame edebileceği hususuna ilişkin olarak doktrinde ifade edilmiş görüşler sunulacaktır.

A- Zorunlu Şartlar

1) Yabancı Hukukun Tatbiki ile Ortaya Çıkan Sonucun “Olağandışı” Görülmesi

Yabancı hukukun tatbikinin “dışlanması”, tatbik sonucunda ortaya çıkacak durumun Japon hukukunca “izin verilmez”⁹² nitelikte görülmesinden, yani Japon hukukundaki çözüm ile çelişmesinden kaynaklanmaktadır.⁹³ Ancak, burada basit ve yüzeysel farklılıklar değil, objektif olarak bakıldığında Japon özel hukuk düzeninden ciddi ölçüde farklılaşan sonuçlar kastedildiği için⁹⁴, farklılığın ciddiyetine vurgu

⁸⁶ Konuya ilişkin gerekçe sunmuş yazarlar için bkz. *Kanzaki*, *Fuhoukoui* (n 76) 527 dipnot 3.

⁸⁷ *ibid* 527.

⁸⁸ *Nakanishi and others* (n 10) 246.

⁸⁹ *Kanzaki*, *Fuhoukoui* (n 76) 527.

⁹⁰ *Kasahara* (n 4) 108; *Kono* (n 4) 333, 334.

⁹¹ Kamu düzeni hükümü aracılığıyla yabancı hukukun tatbikinin engellenmesinin şartları bakımından 1989 değişikliği sonrası *Hourai m.33*'ün benimsediği kısıtlar korunmuş, dolayısıyla bu konu hakkında mevcut doktrin görüşlerinin de HUGKK dönemine aktarılmaları sağlanmıştır. Bkz. *Kunio Koide*, *Chikujou kaisetsu-Hou no tekiyou ni kan suru tsusokuhou* (Shoujihoumu 2009) 375.

⁹² *Kono* (n 4) 332.

⁹³ *Yokoyama* (n 6) 100.

⁹⁴ *Kanzaki*, *Hayakawa and Motonaga* (n 7) 86.

yapmak adına, doktrin ve yargı kararlarında “tatbik sonucunun olağandışılığı” ifadesi kullanılmaktadır.⁹⁵

Doktrinde sıklıkla vurgulanan önemli bir husus, kamu düzeni müdahalesinin “yabancı hukukun kendisi” hakkında değil, o hukukun “tatbik sonucu” hakkında gündeme getirilmesi gerektiğidir.⁹⁶ Uygulanacak yabancı hukukun soyut bir hükmüne ait içeriğin, Japon maddi hukukunda aynı konuya ilişkin bulunan içerikten farklı olması, kamu düzeni müdahalesine başvurulabilmesi için tek başına yeterli değildir. Müdahaleye başvurulabilmesi için, söz konusu yabancı hükme dayanılarak belirli bir talebin / itirazın kabulü veya reddi şeklinde ortaya çıkacak somut tasarrufun, Japon özel hukukuna dair hayat ilişkilerinin düzenine gerçek bir zarar verecek olması gerekmektedir.⁹⁷ Sırf yabancı hukukun içeriği Japon hukukundakinden farklı olduğu için kamu düzeni müdahalesine başvurulması halinde, milletlerarası özel hukukun anlamını yitireceği düşünülmektedir.⁹⁸

Şu halde kamu düzeni, yabancı hukuk düzeninin kendisini, yani “genel ve soyut yapısıyla yabancı hukuku” konu edinerek onu itham edemeyecektir.⁹⁹ Dolayısıyla, örneğin, Filipin hukukunun boşanma kurumunu yasaklamış olmasının Japon bakış açısından dayanılmaz olup olmadığı hususu değil; kadın eşin kocasına yönelttiği boşanma talebinin Filipin hukukuna göre reddedilecek olmasının dayanılmaz olup olmadığı hususu mesele edilecek ve bu durumun dayanılmaz olduğu kanaatine varılması halinde kamu düzeni hükmü işletilecektir.¹⁰⁰ Bu örnek açısından, boşanma kurumunun yasaklanması, her devletin kendi tasarrufunda bir husus olmakla, anılan yasağın

95 Kanzaki, Pureppu (n 4) 161. “Tatbik sonucunun olağandışılığı” ifadesine, kaynak metinlerde 適用結果の異常性 (tekiyoukekka no ijousei) şeklinde yer verilmektedir.

96 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 86; Takasugi (n 5) 63; Deguchi (n 11) 140; Itou (n 4) 51; Kanzaki, Pureppu (n 4) 158; Sasaki, Kihonken (n 45) 64; Sasaki, Minpou (n 47) 206; Yokomizo (n 4) 1; Sakurada (n 4) 136. Öte yandan, Yokoyama’ya göre, yabancı hukukta içerik yönünden de bir olağandışılık bulunması gerekli olup, sadece yabancı hukukun tatbik sonucuna bakılarak kamu düzenine aykırılık neticesine varılması mümkün olmamalıdır. Yazar, bu düşüncesini bir örnek üzerinde şu şekilde açıklamaktadır: “A devleti vatandaşı olan erkek eş H’nin, yine A devleti vatandaşı olan karısı W’ye boşanmak yönündeki iradesini iletmediği varsayalım. A devleti hukuku yalnızca kocanın irade beyanıyla boşanabilmeyi mümkün kılıyorsa, A devleti hukukunun tatbik sonucu, yalnızca H’nin irade beyanı ile çiftin boşanmalarına karar verilmesi şeklinde tezahür edecektir. Dikkat edilirse, burada hukuki açıdan “eşitliğe aykırı” olan husus, tatbik sonucunun kendisinin olağandışı olması değildir. Ammal olarak görülebilecek husus, A devleti hukukunun “yalnızca kadın eşin irade beyanı ile söz konusu boşanmanın gerçekleşmesine imkân tanımlıyor oluşu”dur. Bir başka deyişle, A devleti hukukunun genel / soyut içeriğini oluşturan ve “yalnızca kocanın irade beyanına bağlı olarak boşanılması mümkün olmasına rağmen, karısının irade beyanına bağlı olarak boşanılmıyor oluşu” şeklinde özetlenebilecek durumunun kendisi, hukuki eşitlik ilkesi ile çatışma halindedir.” Bkz. Yokoyama (n 6) 98.

97 Nakanishi and others (n 10) 112.

98 Kasahara (n 4) 109.

99 1989 Değişikliği öncesi Hourei içerisinde yer alan kamu düzeni hükmünün (m.30) lafzına bakıldığında, kamu düzeni müdahalesine sanki yabancı “hukuk sistemi” bakımından başvuruluyormuş gibi bir anlam çıkarılabilmekteydi. Fakat o dönemlerde dahi doktrinde, bu düzenlemenin aslında yabancı hukukun tatbik sonucu bakımından işletilmesi gerektiği vurgulanmaktaydı. Bu görüşlerin kanun metnine yansıtılması amacıyla, 1989 değişikliği sonrası yeni kamu düzeni hükmü olan m.33’de yer alan kuralın içeriği esasa ilişkin bir değişim geçirmez iken, bu yanlış anlaşılmaya yol açan ifade düzeltilmiştir. Neticede, HUGKK metni oluşturulurken, değişiklik sonrası m.33 aynen korunmuş; bu sebeple, eski kanun dönemi mahkeme kararları ve doktrin görüşleri yeni kanun bakımından da kamu düzeni hükmü özelinde önemlerini kaybetmemişlerdir. Bkz. Kono (n 4) 332. İfadenin düzeltilmiş halinin, yabancı hukuka değil onun tatbik sonucuna vurgu yapıyor olması bakımından benzer yönde görüşler için bkz. Sakurada (n 4) 137; Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 86; Takasugi (n 5) 63; Kanzaki, Pureppu (n 4) 160.

100 Yokoyama (n 6) 98.

yerindeliliğine ilişkin bir kararın mahkemece verilmesi düşünülemez. Fakat, yasağın somut olaya tatbikinin yerindeliliği bakımından mahkemece pekâlâ bir değerlendirme yapılabilir.¹⁰¹ Zira, uygulanacak yabancı hukukun kendisi kamu düzenine aykırı değil iken, tatbiki pekâlâ aykırı olabilir.¹⁰² Yine, bunun tersi şekilde, Japon bakış açısında göre içeriği “olağandışı” görülebilecek her yabancı hukukun somut olaya tatbik edilmesi halinde Japon kamu düzenini sarsan sonuçlara yol açacağı da önceden kesin olarak söylenemez.¹⁰³ Doktrinde bu durum, bir örnek üzerinden şu şekilde ortaya konmuştur:

Bir borç ilişkisi hakkında uygulanacak yabancı hukuka göre zamanaşımı 100 yıl iken, borcun muaccel olmasının ardından 98 yıl geçtiği ve söz konusu borcun ifası talebiyle bir dava açıldığı varsayalım. Bu durumda, olaydaki borç açısından zamanaşımı süresi henüz dolmamış olacaktır. Muacceliyet tarihinden itibaren 98 yıl geçmiş olmasına rağmen borcun halen zamanaşımına uğramamış olması şeklinde bir tatbik sonucunun Japon kamu düzenine aykırı görülmesi ihtimâli oldukça yüksektir. Buna karşılık, aynı uygulanacak hukuka tabi olan bir başka borç açısından, muacceliyet tarihinin üzerinden 3 yıl geçtikten sonra borcun ifası talebiyle bir dava açılacak olursa, söz konusu borcun zamanaşımına uğramamış olması şeklindeki bir tatbik sonucunun kamu düzenine aykırı görülmeceği düşünülebilir.¹⁰⁴

Bir başka örnek ise, şu şekilde verilmektedir: Çocuk evliliklerine izin veren bir düzenlemenin X devleti hukukunda mevcut olduğu kabul edilsin. Her ikisi de 20 yaşında ve X devleti vatandaşı olan A ile B'nin evlenmek istemeleri durumunda; X devleti hukukunda yer alan evlilik yaşına ilişkin düzenlemenin Japon hukukuna çok yabancı olduğu şüphe götürmez¹⁰⁵ ise de, 20 yaşında iki kişinin X devleti hukukuna göre yapılacak evliliklerinin kabul edilmesi Japon hukuku bakımından herhangi bir sorun teşkil etmeyecektir.¹⁰⁶ Bu örnekte, çocuk evliliklerine izin veren yabancı hukuk Japon bakış açısına göre “olağandışı”dır. Buna karşılık, milli hukukları Japon hukuku olmayıp söz konusu yabancı hukuk olan ergin kimselerin birbiriyle evlenmesinin sırf bu sebeple engellenmeyeceği düşünülmektedir.¹⁰⁷

Yokoyama'ya göre, eşler arasındaki evlilik ilişkisinin yürümediği ve kadın eşin de boşanmak istediği hallerde, uygulanacak yabancı hukukun o evliliği sonlandırma hakkını sadece kocaya tanımış olması, yabancı hukukun tatbik edilip tarafların

101 Sakurada (n 4) 134.

102 ibid 136.

103 Yokoyama (n 6) 98.

104 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 87.

105 Japon mahkeme uygulamasında bugüne kadar yayınlanmış kararlar içerisinde, yabancı hukukun boşanmaya izin vermediği somut olayları konu edinen kararların istisnasız tümü açısından kamu düzeni müdahalesine başvurulduğu belirtilmekte, fakat bu kararların büyük çoğunluğunda “boşanma yasağı = kamu düzenine aykırılık” şeklinde bir önkabul yerine, yabancı hükmün tatbik sonucunun sertliği ve olayın Japonya ile bağlantılılığı araştırılarak karara varılmış olduğu belirtilmektedir. Bkz. Kono (n 4) 337, 338.

106 Nakanishi and others (n 10) 113.

107 Yokoyama (n 6) 98.

boşanmasını uygunsuz kılmayacaktır.¹⁰⁸ Benzer yönde düşünen *Itou*'ya göre, erkek çok eşliliğini kabul eden bir devletin ülkesinde kocanın ikinci eşinden doğmuş bir çocuğun, Japonya'da babasına mirasçı olabilme hakkını ileri sürmesi halinde, bu hakkın mevcudiyetinin Japon hukuk düzenine aykırı olduğundan bahsedilemez.¹⁰⁹

Japonya'da yaşayan ve her ikisi de A devleti vatandaşı olan karı-koca arasında, kocanın karısına karşı her gün şiddet uyguladığı bir örnek kurgulayan *Kanzaki*'ye göre, bu durumda kocaya karşı boşanma davası açıldığında, A devleti hukukunun boşanmaya izin vermiyor oluşu sebebiyle boşanma talebinin reddedilecek olması, kamu düzenine aykırılık müdahalesini bir “acil durum çıkışı” vasfıyla gündeme getirebilecektir. Buna karşılık yazar, aynı şekilde Japonya'da ikamet eden ve A devleti vatandaşı olan karı-koca bakımından, kocaya karşı bir boşanma davası açıldığında, fakat bunun sebebi kadın eşin bir başkası ile birlikteliği olduğunda, A devleti hukukunun tatbiki sonucunda boşanma talebi reddedilecek olsa bile bu durumun şok edici/korkutucu olarak görülmesi için bir sebep bulunmadığı kanaatindedir. Dolayısıyla, ortada “acil durum çıkışı”ni kullanmayı gerektiren bir durum da olmayacaktır.¹¹⁰

Kamu düzeni incelemesine yabancı hukukun değil de onun tatbiki sonucunun konu edilmesi anlayışı, doktrinin yanısıra mahkeme uygulaması tarafından da benimsenmiş gözükmektedir. *Kono*, 2012 yılına kadar yayınlanmış tüm mahkeme kararları içerisinde¹¹¹ kamu düzenine aykırılık tartışmasının toplam 110 kararda yapılmış olduğunu, bu tartışmalar esnasında yalnızca yabancı hukukun içeriğine bakılarak doğrudan bir sonuca ulaşılmış olanların az sayıda bulunduğunu bildirmekte; kararların büyük çoğunluğu açısından somut olaydaki vakıasal ilişkinin ülke ile bağlantısı çerçevesinde “uygulanacak yabancı hukukun tatbiki sonucunun sertliği” meselesinin araştırılmış olduğundan bahsetmektedir.¹¹²

Yukarıda verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, tatbik sonucunun olağandışı olup olmadığı hususunun, somut olay ile aradaki ilişki gözetilerek değerlendirilmesi gerekmektedir.¹¹³ Yabancı hukukun tatbik sonucunun yerinde olup olmayacağı meselesi, içinde yaşanan zaman ve toplum açısından göreceli şekilde karar verilebilen bir mesele olmakla, bu hususta genel geçer ve mutlak bir uygulama kriteri oluşturulmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir.¹¹⁴

¹⁰⁸ ibid 98.

¹⁰⁹ *Itou* (n 4) 51.

¹¹⁰ *Kanzaki*, *Pureppu* (n 4) 158. Önemle dikkat çekmekte fayda vardır ki, bu örnekte yazar, hiçbir eşi Japon vatandaşı olarak kurgulamamıştır. Kanımızca, taraflardan biri Japon vatandaşı ise, böyle bir örnek kurgulanması güç olmalıdır.

¹¹¹ Hem 1989 değişikliği öncesi *Hourei* m.30 hükmü açısından, hem de değişiklik sonrası *Hourei* m.33 ve günümüz HUGKK m.42 hükümleri uyarınca verilmiş kararlar dahil edilmektedir.

¹¹² *Kono* (n 4) 341.

¹¹³ *Kanzaki*, *Hayakawa* and *Motonaga* (n 7) 87.

¹¹⁴ Kamu düzeni müdahalesine başvuru kısıtlarının zamana bağlı olarak değişim geçirmelerinden de bahsetmek mümkündür. Bkz. *Sakurada* (n 4) 137.

2) Somut Olayın Japonya ile “Bağlantılı” Olması

Doktrinde, HUGKK m.42 hükmü bağlamında kamu düzeni müdahalesine başvurabilmek için, tatbik sonucunun olağandışılığı yanında “Japonya ile bağlantılılık” şartının da aranması gerektiği hususu üzerinde sıkça durulmuştur.¹¹⁵ Zira, bağlantı bulunmayan hallerde, Japon hukuk düzeninin çekirdek kısmına yönelik “etki derecesinin” azalacağı, dolayısıyla yabancı hukukun tatbikini dışlama gereksiniminin de zayıflayacağı düşünülmektedir.¹¹⁶ Benzer şekilde, Japonya ile olan bağlantı arttıkça somut olayın Japon özel hukuk düzeni üzerinde doğurduğu etkinin de o ölçüde büyüyeceği¹¹⁷; bu çerçevede yabancı hukukun tatbikinin kamu düzenine aykırı olması ihtimâlinin de artacağından bahsedilmektedir.¹¹⁸

Şu halde, yabancı hukukun tatbik sonucunun kamu düzenine aykırılık taşıdığı varsayılsa bile, söz konusu olay ile ülke arasındaki bağlantının zayıf olduğu hallerde değil, güçlü olduğu hallerde kamu düzeni hükmünün işletilmesi gerekmektedir.¹¹⁹ Zira, tatbik sonucu bir şekilde uygunsuz olsa dahi, Japonya ile bir bağlantının varlığı olayda saptanamıyorsa, kamu düzeni hükmünü işletmekte haklı bir menfaat bulunmayacaktır.¹²⁰ Somut olayın Japonya ile bir bağlantısı yok ise, Japon hukuk düzeninin çekirdek kısmına aykırılık taşınan hallerde dahi, söz konusu yabancı hukukun tatbikini engellemek, uygulanacak hukukun tespiti faaliyetini anlamsızlaştırmaktan ibaret olacaktır.¹²¹ Kamu düzenine aykırılık (tatbik sonucunun olağandışılığı) bulunmayan ihtimâlde ise, olayın Japonya ile bağlantısı yoğun olsa dahi zaten bir müdahaleden bahsedilmesi mümkün değildir.¹²²

Ülke ile bağlantılılık şartı hakkında, her ikisi de Filipin vatandaşı karı-kocanın Japonya’da boşanmak istemelerine ilişkin bir örnek üzerinde durulabilir. Tarafların Japonya’da evlenmiş ve Japonya’da evlilik hayatlarını sürdürdükleri ihtimâlde, eşlerin müşterek milli hukuku olan Filipin hukukunda yer alan boşanma yasağını düzenleyen hükmün tatbikinin kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle dışlanması olasılığı yüksek görülmektedir. Öte yandan, eşlerin en baştan beri Filipin’de evlenmiş ve evlilik hayatlarını sürdürdükleri, Japonya’ya geldikten birkaç ay sonra boşanmak istedikleri ihtimâlde, Filipin hukukunun tatbikinin engellenmesi olasılığının düşük

115 Yokoyama (n 6) 99; Sasaki, Minpou (n 47) 206; Sakurada (n 4) 137; Takasugi (n 5) 63; Kanzaki, Pureppu (n 4) 161; Yokomizo (n 4) 1. Doktrinde, yalnızca HUGKK m.42 hükmü açısından değil, JMYK m.118 bent 3’de yer alan kamu düzeni hükmünün işletilebilmesi için de “ülke ile yeterli bağlantı” şartının aranması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Ishiguro (n 14) 275.

116 Somut olayın Japonya ile bağlantısı az ise, yabancı hukukun tatbik sonucu Japon hukuku açısından ne kadar farklı olursa olsun, sonucun özel hukuk düzeni üzerindeki etkisi de hafifleyeceğinden, kamu düzeni hükmü ile yabancı hukukun tatbikini engellemeye gerek kalmayacaktır. Bkz. Takasugi (n 5) 63.

117 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 87; Takasugi (n 5) 63.

118 Deguchi (n 11) 140.

119 Kono (n 4) 335.

120 Itou (n 4) 52.

121 Nakanishi and others (n 10) 114; Sakurada (n 4) 137.

122 Nakanishi and others (n 10) 114.

olacağından bahsedilmektedir.¹²³ Bu örnekteki temel mantık, “evlenme / boşanma özgürlüğü” değeri açısından, gelecekteki bir zamansal noktada “ülke ile bağlantının” esas alınmasıdır. Filipinli karı-kocanın boşanmaları bakımından, her iki tarafın gelecekte de Japonya’da hayatlarını idame ettirecekleri öngörülebilir haller ile, yakın gelecekte kendi ülkelerine geri dönecekleri haller bakımından kamu düzeni hükmünün işletilmesine ilişkin değerlendirmenin farklılaşacağı ifade edilmektedir.¹²⁴

Yine, Japonya’da birkaç yıldır ikamet etmekte olan Amerikan vatandaşı kadın eş ile Filipin’de ikamet eden Filipin vatandaşı erkek eşin boşanmak istemeleri durumunda, Japonya ile yeterli bağlantının mevcudiyetinden şüphe duyulacak iken; her ikisi de Japonya’da ikamet eden Kore vatandaşı kadın eş ile Filipin vatandaşı erkek eşin boşanmaları bakımından, boşanmayı bir kurum olarak reddeden Filipin hukukunun tatbik gücü kazanmasına izin verilemeyecek ölçüde bir “Japonya ile bağlantı”dan bahsedilmesi mümkündür.¹²⁵ Evlenme merasiminin gerçekleştirildiği yerin Japonya’da olduğu haller¹²⁶ ile taraflardan birinin Japon vatandaşı olduğu hallerde de, ülke ile sıkı bir bağlantının var olduğunun kabul edilebileceği belirtilmektedir.¹²⁷

Yokomizo, Japonya’da yaşayan bir erkeğin hâlihazırda evli iken tekrar evlenmek istemesi hâli ile; yabancı ülkede çok eşli olarak yaşayan bir erkeğin ölümü akabinde, eşlerinden birisinin üçüncü bir kişi aleyhine Japonya’da malvarlığına ilişkin bir hakkı ileri sürmesi hâlini birbirinden ayırmaktadır. Yazar, bu iki hâl özelinde “ülke ile bağlantılılık” şartlarının sağlanması açısından bir farklılık olacağına dikkat çekmekte; dolayısıyla, kamu düzeni hükmünün işletilmesi noktasında da bir farklılığın gündeme gelebileceğini belirtmektedir.¹²⁸ Benzer doğrultuda bir başka örnekte ise, tek erkeğin birden çok kadın ile evli bulunduğu ve evliliğini Japonya’da sürdürdüğü hâllerden farklı olarak; aynı erkeğin, tüm eşlerini kendi memleketinde geride bırakarak Japonya’ya geldiği ve fakat geride bıraktığı eşlerinin bakımını ihmâl ettiği bir ihtimâl ele alınmış; kadın eşlerden birisinin bakım için ödeme yapılması talebini Japon mahkemesinde ileri sürmesi halinde, evlilik hayatının kendisi Japonya’da yürütülmediği için ülke ile bağlantının zayıf olacağı görüşü ifade edilmiştir.¹²⁹

Bağlantılılık şartı hakkında son olarak, doktrinde, ülkesel değerlerin evrensel değerleri de kapsadığı haller bakımından, ülke ile güçlü bir bağlantının aranmayabileceği görüşünün de ileri sürüldüğünden bahsetmekte fayda vardır.¹³⁰ Örneğin, köle ticaretini, bir başka deyişle insanların alım-satım konusu yapılmasını kabul eden bir hukukun tatbik sonucu,

123 ibid 114.

124 Yokoyama (n 6) 99, 100.

125 Sakurada (n 4) 138.

126 Sasaki, Minpou (n 47) 206.

127 Deguchi (n 11) 140.

128 Yokomizo (n 4) 1.

129 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 87.

130 Yokoyama (n 6) 100.

çok yüksek düzeyde uygunsuzluk barındıracağından, böyle bir halde, olayın Japonya ile bağlantılılığı çok olmasa dahi milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzenine başvurmak için yeterli gerekçenin oluşmuş sayılabileceği düşüncesi ifade edilmektedir.¹³¹

B- Engellenenin Konusu

Kamu düzeni müdahalesinde bulunabilmek için doktrin ve uygulamada varlığı aranan temel iki şart incelendikten sonra, engellenenin gerçek konusunun ne olduğu meselesine temas edilebilir. Japon doktrininde, *Satou*, kamu düzeni müdahalesi ile yabancı hukukun mu, yoksa o hukuk içerisinde belirli bir hükmün mü engellenmiş sayılacağı meselesi üzerinde özel olarak durmuştur. Yazara göre kamu düzeni, eğer yabancı hukukun engellendiği kabul edilecek olursa, “bağlamanın değiştirilmesi” fonksiyonuna hizmet ederken; yabancı hukukta yer alan ilgili hükmün engellendiği kabul edilecek olursa, “tatbik kapsamında bir düzeltmeye gidilmesi” fonksiyonuna hizmet edecektir.¹³² Yabancı hukukun, ilgili hüküm engellenerek “düzeltmiş bir kapsamda” tatbik edilmesi, acaba gerçek anlamda bir “yabancı hukukun tatbiki” midir sorusunu yönelten yazar, bu sorunun özellikle “yabancı hukukun yürürlükte olduğu devlette anlaşıldığı şekilde tatbik edilmesi ilkesi” bağlamında önem kazanacağını düşünmektedir.¹³³

Hourei'nin yürürlükte olduğu dönem açısından, kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle tatbiki engellenen yabancı hukukun kapsamına ilişkin açık ve genel kabul gören görüşlere ne doktrin ne de mahkeme uygulamasında rastlanıldığı belirtilmektedir.¹³⁴ *Satou*'ya göre, o dönem kanunkoyucuları, kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle “kanunda yer alan ve aslında uygulanacak hukukun tespitinde kullanılmış ilgili bağlama kuralının” tatbikinin engellendiği fikrine itibar etmekteydiler. Bağlama kuralının engellenmesi neticesinde, uygulanacak yabancı hukukun yerini iç hukukun alması ve böylelikle yabancı hukuk yerine iç maddi hukukun (Japon hukuku) tatbik edilmesi şeklinde bir sonuca varılması düşünülmekte idi.¹³⁵ Bu bakış açısında engellenenin konusu, Japon hukukundaki ilgili bağlama kuralı olup, uygulanacak yabancı hukukun tatbikinin, buna bağlı olarak engellenmesi şeklinde bir algı söz konusudur.¹³⁶ Öte yandan, aynı dönem doktrinde büyük çoğunluk, kamu düzeni engellemesine maruz bırakılan hususun, söz konusu yabancı hukukun bütünü olmayıp yabancı hukuk düzeni içerisinde belirli bir hüküm olduğuna dair bir önkabul içerisinde idi.¹³⁷

131 Kanzaki, Pureppu (n 4) 162.

132 Fumihiko Satou, ‘Koujohai ni yoru gaikokuhou no tekiyouhajo ni tsuite: Haijotaishou ni kansuru jyakkan no kousatsu’ (2016) 66/1,2 Meijouhougaku 531.

133 Satou (n 131) 531, 532.

134 ibid 514.

135 Buna karşılık, aynı dönemde doktrinın çoğunluğu, bir kural boşluk doğduğu fikrine ağırlık vererek Japon hukukunun tatbiki görüşünü kabul etmekteydi (Boşluğun doğumuna ilişkin tartışma için aşağıda bkz. Text to n 153). Bir başka deyişle, doktrinde Japon milletlerarası özel hukukunda yer alan bağımsız bağlama kurallarının engellenmesi değil, ilgili bağlama kuralları aracılığıyla tayin edilen uygulanacak hukukun engellenmesi anlaşılmakta idi. Bkz. Satou (n 131) 513.

136 *Satou*'ya göre, geçmişteki bu algı yanlış idi. Kamu düzenine aykırılığın varlığı veya yokluğu hususu, somut bir tatbikin sonucunda görünür hale geleceğinden, engellenenin konusunun, sonucu ortaya çıkaran uygulanacak hukuk olarak görülmesi gerekmemekte olup, bağlama kuralının kendisi olarak düşünülmesi mümkün değildir. Bkz. Satou (n 131) 517.

137 Satou (n 131) 514.

Satou, eserini kaleme aldığı 2016 yılı itibarıyla yayımlanmış durumda olan mahkeme kararlarını incelemiş, 1989 yılından bu yana kamu düzenine aykırılık tartışmasının yapıldığı kararlar içerisinde 14 karar açısından yabancı hukukun tatbikinin kamu düzenine aykırılık gerekçe gösterilerek engellenmiş olduğunu tespit etmiştir.¹³⁸ Yazar, engellenen hususun yabancı hukukun bütünü mü yoksa belirli bir hükmü mü olduğu yönünden de kararları tasnif etmek istemiştir.¹³⁹ Anılan 14 kararın içerisinde, 5 tanesinde “yabancı hukukun”¹⁴⁰; yine 5 tanesinde, yabancı hukuk bünyesindeki “belirli bir hükmün”¹⁴¹ engellenmiş olduğu sonucuna varan yazar; geriye kalan 4 karar bakımından ise engellenmenin konusunun ne olduğu hususunun açık olmadığını ifade etmektedir.¹⁴²

Yazar, incelemesi esnasında, mahkeme devletinin kanunlar ihtilâfi kurallarınca alternatif bir çözüm getirilemeyen hâller ile, yine yabancı hukukun içinden bir çözüm bulunamayan hâllerde, olaya hakimin hukuku sıfatıyla Japon maddi hukukunun tatbik edilebildiğini tespit etmiş; fakat, yabancı hukukun bütününe değil, sadece ilgili hükmün engellenerek çözüme ulaşılmış birtakım örneklerin de mevcut olduğunu görmüştür.¹⁴³ Japon mahkemelerinin, yabancı hukukun engellendiği durumlarda doğan boşluğu Japon hukuku ile doldurmak yönünde bir eğilimleri olduğunu fark etmiş, fakat özellikle yabancı hukuktaki belirli bir hükmün tatbikinin engellendiği hallerde, boşluğun doldurulmasında doğrudan Japon hukukundan faydalanılmadığı neticesine varmıştır.¹⁴⁴

Satou'ya göre, yabancı hukukun düzeltilerek tatbikine izin verilmeyecekse, “yabancı hukukun engellenmesi”nden farklı olarak “yabancı hukuktaki hükmün engellemesi” şeklinde ayrı bir kategori oluşturmaktan beklenecek pratik fayda zaten baştan kaybedilmiş olmaktadır.¹⁴⁵ Yabancı hukukun bütününe değil, yalnızca o hukuk içerisinde yer alan ve mahkeme devletinin kamu düzenine aykırı olan sonucu doğuran hükmün tatbikinin engellenmesi düşüncesinin Alman hukukunda da genel olarak kabul edildiğini belirten¹⁴⁶ yazar, uygulanacak yabancı hukukun içeriğindeki belirli bir hükmün tatbik sonucunun kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilmesi ve neticede ilgili hükmün yok sayılarak yabancı hukukun tatbiki yolunun izlenmesinin, söz konusu yabancı hukuku bütünüyle engellemeye kıyasla, kamu düzeni hükmünün dar kapsamda

138 ibid 518.

139 ibid 518.

140 ibid 524.

141 Bu örneklerin, genellikle evlenme veya evlat edinme ilişkilerinin kuruluşuna yahut geçerliliğine ilişkin buldukları belirtilmektedir. Bununla birlikte, yabancı hukuktaki “hükmün” tatbikinin engellenmesi durumunda, yabancı “hukukun” tatbikine devam edilip edilmeyeceği hususuna ilişkin olarak karar metinlerindeki açıklık farklılık arz etmektedir. *Satou*'ya göre, üç adet kararda netlik varken, iki adet kararda bu konuya hiç değinilmemiştir. Bkz. *Satou* (n 131) 525.

142 *Satou* (n 131) 525.

143 ibid 515.

144 ibid 535, 536.

145 ibid 532.

146 ibid 515.

işletilmesi fikrine daha uygun olduğu düşüncesindedir.¹⁴⁷ Kendisi, yalnızca yabancı hukuktaki belirli bir hükmün tatbikinin engellenip, onun haricinde kalan kısmın tatbikine devam edilmesi halinde, intibak sorunu¹⁴⁸ içeren birtakım problemlerin ortaya çıkabileceğini belirtmekte, ancak yabancı hukukun bu şekilde düzeltilerek tatbik edilmesine yine de izin verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ona göre, “engellenen hüküm yerine ikame edilecek kural” ile “engellenen hüküm dışında kalan kısım” arasındaki ilişki, pekâlâ intibak sorununa ilişkin çözüm yolları ile kurgulanabilir.¹⁴⁹

Kamu düzeni müdahalesinde engelleme konusunu ele alınırken üzerinde durulabilecek bir başka husus, kamu düzeni müdahalesi ve önsorun arasındaki ilişkidir. Doktrinde, kamu düzeni müdahalesinin konusu olarak esas sorunun kendisinin görüldüğü, bu çerçevede önsorunun kamu düzeni müdahalesine konu kılınması ihtimâlinin pek de yüksek görülmediği ifade edilmektedir.¹⁵⁰ Yabancı hukukun önsoruna da tatbik edildiği hallerde, esas soruna tatbik edildiği hâllere kıyasla, kamu düzenine aykırılığın daha dolaylı bir nitelik taşıyacağı, gerçek anlamda bir kamu düzenine aykırılık olarak nitelendirilmeyeceği¹⁵¹ hallerin akla gelebileceğinden bahsedilmektedir. Böyle bir duruma örnek olarak, çok eşli bir evlilik bünyesinde dünyaya gelen çocuğun, evlilik birliği içinde doğup doğmadığı meselesi örnek verilmektedir.¹⁵² Çok eşliliğe izin veren bir hukukun tatbiki açıkça kamu düzenine aykırılık olarak görülse dahi, Japonya’da bu hususun esas sorun olarak değil de, önsorun olarak ele alındığı hallerde kamu düzenine aykırılık sebebiyle bir müdahalede bulunmaya gerek olmadığı düşünülmektedir. Evlilik ilişkisinin kurulması bağlamında çok eşli evlenmenin geçerliliği kendi başına kamu düzenine açık aykırılık olarak addedilebilecek iken; çok eşli evlilikten doğan çocuğun Japonya’da bulunan babasının malvarlığı ile ilgili olarak evlilik içinde doğmuş çocuk sıfatıyla mirasa hak kazandığının iddia edilmesi halinde, ülke ile olan bağlantının soluk bir görünüm arz edeceği ve Japon kamu düzenine aykırılıktan bahsedilmeyeceği belirtilmektedir.¹⁵³

C- Yabancı Hukukun Tatbikinin Engellenmesinin Ardından İzlenecek Yol

HUGKK m.42 hükmü, şekli anlamda bir “dışlayıcı hüküm” formunda kaleme alınmış olduğu için, uygulanacak yabancı hukukun tatbikinin engellenmesini mümkün kılmış; fakat engellemeyi takiben somut olayın çözümüne yönelik yeni bir kural ihdas etmemiş, herhangi bir yol öngörmemiştir.¹⁵⁴ Bir başka deyişle, hüküm içerisinde yabancı

¹⁴⁷ ibid 517.

¹⁴⁸ “İntibak sorunu” ifadesinin kaynak dildeki karşılığı 適応問題 (*tekioumondai*) şeklindedir.

¹⁴⁹ Satou (n 131) 532, 533.

¹⁵⁰ Nakanishi and others (n 10) 114.

¹⁵¹ *Nomura*, ön sorun bakımından gündeme gelen kamu düzeni tartışmasında, aykırılığın çok dikkate alınmayabileceği görüşündedir. Bkz. *Nomura* (n 50) 145.

¹⁵² Sakurada (n 4) 137.

¹⁵³ Nakanishi and others (n 10) 114.

¹⁵⁴ Sakurada (n 4) 138; Satou (n 131) 509.

hukukun dışlanması ardından ne yapılacağına dair bir açıklık yoktur.¹⁵⁵ *Ishiguro*'ya göre, kamu düzeni müdahalesinin ardından nasıl hareket edileceği meselesi, iki ana sorun bağlamında ele alınabilir: Bunlardan ilki, yabancı hukukun engellenen kısmındaki normun nasıl ikame edileceği sorunudur. Diğeri ise, “engellenen yerine benimsenen norm” ile “aynı yabancı hukukun herhangi bir engellemeye maruz bırakılmamış diğer hükümleri” arasındaki ilişkinin nasıl ele alınması gerektiği sorunudur.¹⁵⁶

Yabancı hukukun tatbikinin engellenmesinin ardından nasıl bir yol izleneceği hususu, *Hourei*'nin yürürlükte bulunduğu dönemde de düzenlenmemiş idi. Özellikle, 1989 değişikliği öncesi *Hourei* sistemi bakımından, bu hususta doğal olarak Japon hukukunun tatbik edileceği şeklinde bir anlayışın hakim olduğu belirtilmektedir.¹⁵⁷ HUGKK'nın hazırlık çalışmaları esnasında Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan rapora göre, bahsedilen dönemdeki baskın görüş, engellenmenin ardından bir “uygulanacak hukuk boşluğu” doğduğu varsayımını kabul eden ve bu boşluğun Japon maddi hukukunca doldurulmasını savunan görüştür.¹⁵⁸

Günümüze yaklaşıldığında ise, 1989 değişikliği sonrası -özellikle HUGKK'nın hazırlık çalışmalarına başlanan- dönem açısından, doktrinde pek çok yazarın halen aynı görüşü savunuyor olmasına karşılık, bu hususta muhtelif görüşlerin varlığına da rastlanmaya başlandığı anlaşılmaktadır.¹⁵⁹ Doktrinde ifade bulmuş görüşler bir gruplandırmaya tabi tutulduklarında, iki ana grup görüşten bahsedilmesi mümkün hâle gelmektedir. Bu iki grup arasındaki temel farklılık, kamu düzeni hükmünün işletilmesinin ardından, somut olaya uygulanacak hukukun kapsamı yönünden bir “boşluk” doğup doğmadığı meselesine ilişkindir.¹⁶⁰ Bu hususta ilk grup, yabancı hukukun tatbikinin dışlanmasına bağlı olarak bir “kural boşluğu”na meydan verildiğine, bu boşluğun giderilmesi mecburiyeti bulunduğuna dikkat çekmektedir (boşluğu kabul eden görüş). Buna karşılık, günümüzde çoğunlukla savunulduğu belirtilen ikinci grup görüş, yabancı hukukun tatbikinin engellenmesine karar verildiği an itibarıyla aslında bir maddi hukuk neticesine varılmış olduğunu, dolayısıyla yeniden herhangi bir devlet hukukunu tatbik ederek engellenmiş hükmü ikame etmek gerekliliği bulunmadığını düşünmektedir (boşluğu reddeden görüş). Bu görüş açısından, örneğin, boşanma talebine ilişkin bir olayda, boşanmayı yasaklayan bir yabancı hukukun olaya tatbiki sonucu kamu düzeninin ihlal edileceği varsayılıyorsa, aslında “boşanmanın bir kurum olarak kabul edilmesi” biçiminde maddi hukuk minvâlinde bir karar çoktan verilmiş olduğundan, ortada doldurulması gereken bir kural boşluğundan söz edilemez.¹⁶¹

155 Yokoyama (n 6) 100.

156 *Ishiguro* (n 14) 286.

157 *Ishiguro* (n 14) 282, 283; *Koide* (n 90) 374, 375.

158 *Houmushou minjikyoku sanjikanshitsu*, ‘Kokusaishihou no gendaika ni kansuru youkouhoukoushian hosoku setsumei’, (2005) 123 <www.moj.go.jp/content/000071219.pdf> accessed 20 May 2018.

159 *Koide* (n 90) 374, 375.

160 *Satou* (n 131) 509; *Deguchi* (n 11) 143; *Kono* (n 4) 342.

161 Yargı kararları arasında, ikinci grup görüşü destekleyen kararlara, dağıntık bir halde de olsa rastlandığı belirtilmektedir. Bkz. *Nakanishi and others* (n 10) 115.

Engelleme sonrasında bir boşluk doğduğunu kabul eden görüş içerisinde, muhtelif alt görüşler bulunduğu belirtilmelidir. Bu kapsamda, boşluğun doğduğu varsayımı çerçevesinde; boşluğun Japon maddi hukukunca doldurulması; boşluğun söz konusu yabancı hukuk tarafından doldurulması; boşluğun hukukun genel ilkeleri tatbik edilerek doldurulması; engellenen hukuktan sonra gelen en sıkı irtibatlı yer hukuku tatbik edilerek doldurulması şeklinde görüşlere rastlanmaktadır.¹⁶² HUGKK'nın yürürlüğe girdiği dönemde, doktrinde ikinci grup görüş yaygın iken; mahkeme uygulamaları bakımından, ilk grup görüş altında boşluğun Japon maddi hukukunca doldurulması fikrinin genellikle benimsenmekte olduğu ifade edilmektedir.¹⁶³

Kanunun yasama komisyonundaki hazırlık çalışmaları esnasında, yabancı hukukun tatbikinin engellenmesinin ardından nasıl hareket edilmesi gerektiği meselesi üzerinde durulmuştur.¹⁶⁴ Boşluğun doğumunu reddeden görüşün madde metnine yansıtılmasının yasama tekniği açısından sıkıntılı olacağı düşünüldüğünden, tartışmaların boşluğun doğumunu kabul eden görüş başlığı altında ve “Japon hukukunun tatbikini öngören bir düzenleme getirilmeli mi getirilmemeli mi” noktasına yoğunlaştırılmış olduğu belirtilmektedir.¹⁶⁵ Tartışmalar esnasında, kamu düzeni hükmünün işletilmesinin ardından Japon maddi hukukunun tatbik edilmesi ihtimâlinde bir “ters etki” olgusunun¹⁶⁶ gündeme geliyor olmasından ötürü, karar yeknesaklığının kaybedilmesi ihtimâline dikkat çekilmiş; yine, o güne kadar müdahale sonrasında nasıl bir tasarrufta bulunmak gerektiğine ilişkin somut bir düzenlemenin mevcut olmayışının pratikte bir sıkıntıya yol açmamış olduğuna da değinilmiştir. Neticede, hükmün işletilmesinin ardından hangi hukukun tatbik edileceği hususunda özel bir düzenleme getirilmeksizin, meselenin yorum alanına bırakılması fikri baskın çıkmıştır.¹⁶⁷ Aşağıda, boşluğun doğumunu kabul eden ve reddeden yaklaşımlar üzerinde ayrı ayrı durulacaktır.

1) Kural Boşluğunun Doğumunu Kabul Eden Yaklaşım

Kamu düzeni hükmünün işletilmesi akabinde bir kural boşluğu doğduğunu savunan görüş içerisinde, bu boşluğun doldurulma usulüne ilişkin farklı öneriler getirilmiş olduğuna yukarıda değinilmiş idi. Bu kapsamda, boşluğun; hakim hukukuna (Japon hukuku) göre doldurulmasını savunan görüş¹⁶⁸; müdahale yapılmaması idi uygulanacak

162 Takasugi (n 5) 67.

163 Koide (n 90) 375.

164 Çalışmalara ilişkin olarak hazırlanan raporda, Türk hukukundaki duruma da örnekler arasında yer verildiği görülmektedir. Raporda, o dönem yürürlükte bulunan 2675 sayılı MÖHUK m.5 hükmü, “iç hukukun tatbikini özel olarak öngören” normatif örnekler arasında zikredilmiştir. Bkz. Houmushou (n 157) 124.

165 Koide (n 90) 375.

166 Bkz. Text to n 185.

167 Houmushou (n 157) 124. Doktrinde *Koide*, boşluğun doldurulması bakımından Alman hukukunda ve İsviçre hukukunda özel bir hüküm getirilmediğini; buna karşılık, Avusturya hukukunda, Macar hukukunda ve Türk hukukunda iç hukukun tatbik edileceğini öngören özel düzenlemeler getirilmiş olduğunu belirtmektedir. Bkz. Koide (n 90) 376 dipnot 7.

168 Iwatarou Kubo, *Kokusaisihou gairon* (Kaiteihan, 1954) 66.

olan yabancı hukukun maddi hükümlerine göre doldurulmasını savunan görüş¹⁶⁹; hukukun genel ilkelerine göre doldurulmasını savunan görüş; uygulanacak hukukun yeniden tayin edilerek engellenen hukuk dışında söz konusu olayla sıkı irtibata sahip yer hukukunca doldurulmasını savunan görüşler¹⁷⁰ mevcut olup, bunların içerisinde hakimın hukukunun esas alınmasını savunan görüşün geçmişte ve günümüzde yaygın şekilde benimsendiği belirtilmektedir.¹⁷¹

Japon mahkemelerinin büyük bir çoğunluğu, kamu düzeni müdahalesi sonrasında Japon hukukunu tatbik ederek uyuşmazlığı çözümlenmektedirler.¹⁷² Bu yaklaşım sonucu varılan kararlar da boşluğun doğduğunu kabul eden görüşe dahil edilmektedir.¹⁷³ Aslında, kamu düzeni hükmünün devreye sokulduğu kararların büyük çoğunluğunda, hükmün işletilmesinin ardından izlenecek sürece dair özel açıklamalar yapılmamakta, bu kapsamda Japon hukukunun uygulanması gerekliliği de izah edilmemektedir. Yine de, bu durum boşluk sonrasında Japon maddi hukukunun tatbik gücü kazandığı yönündeki bakış açısının benimsendiği şeklinde yorumlanmaktadır.¹⁷⁴

Kamu düzeni müdahalesinin ardından Japon hukukunun tatbikini savunan görüş açısından sıkıntılı bir nokta, yabancı hukuktaki hükmün tatbikinin hangi kapsamda engellenmiş sayılacağı hususuna ilişkindir. *Ishiguro*'ya göre, müdahalenin istisnai niteliği düşünülecek olursa, engelleme mümkün olan en sınırlı kapsamda gerçekleştirilmeli, en sıkı irtibatlı diğer hükme yönelerek karar verilmesinde söz konusu yabancı hukukun tatbik amacı kaybedilmemelidir.¹⁷⁵ Benzer yönde düşünen *Deguchi*'ye göre, yabancı hukukun tatbikinin engellenmesinin ardından onun yerine Japon hukuku tatbik edilecekse, burada dikkat edilmesi gereken husus, Japon hukukunun tatbikinin “yabancı hukukun engellenmiş kapsamı” ile sınırlı tutulmasıdır. Bir başka deyişle, sırf yabancı hukukun tatbiki engellendi denilerek somut olayı bütünüyle Japon hukukuna tabi tutmak gerektiği anlamı çıkarılmamalıdır. Yazara göre engelleme, Japon özel hukukunun ve toplumsal yaşamının düzenini devam ettirmek amacına yönelik asgari bir gereklilik kapsamında gerçekleştirilmekte olup, bu kapsamın dışında kalan tatbikin, engelleme olmasa idi uygulanacak yabancı hukuka göre ele alınması düşünülebilir.¹⁷⁶

169 Sanekata Masao, *Kokusaishihou gairon* (Saiteihan, Yuuhikaku 1952) 110.

170 Koresuke Yamauchi, *Wa ga kokusaishihou ni okeru koujojoukou no tekiyou ni tsuite: Hikakuhou no kadai to tenbou* (Nihon hikakuhou kenkyuusho 1982) 67; Yutaka Orimo, *Kokusaishihou kakuron* (Shinhan, Houritsugaku zenshu Yuuhikaku 1972) 301 (Koide (n 90) 375'den atfen)

171 Nakanishi and others (n 10) 115 (Sayılan görüşlerin mahkeme uygulamasına yansıyan görünümleri için bkz. aynı eser 115, 116); Deguchi (n 11) 141. Yüksek Mahkeme'nin, kamu düzeni müdahalesi sonrasında Japon hukukunu tatbik ettiği belirtilmektedir. Bkz. Kanzaki, Pureppu (n 4) 163.

172 Takasugi (n 5) 67. *Sakurada*'ya göre, Bakım Ödevlerine Uygulanacak Hukuka Dair Kanun m.8/1 uyarınca kamu düzeni müdahalesi işletilerek yabancı hukukun tatbikinin engellenmesinin ardından da, hakimın hukukuna (Japon hukuku) tabi olunması düşünülebilir. Bkz. Sakurada (n 4) 140.

173 Kono (n 4) 342; Sakurada (n 4) 138.

174 Kono (n 4) 342. Doktrinde, engellenen kısım hakkında yabancı hukuk boşluğuna denk geldiğine işaret edilmiş olması, aslında tayin edilmiş yabancı hukukun içerisindeki “belirli bir hükmün” olaya tatbikinin kabul edildiği şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Bkz. Satou (n 131) 514.

175 Ishiguro (n 14) 284, 285.

176 Deguchi (n 11) 141.

Müslüman bir kadın ile başka bir dine inanan erkek arasındaki evliliğe izin vermeyen yabancı hükmün engellenmesi örneği hakkında *Yokoyama*, söz konusu yabancı devlet hukukunun evlilik için aradığı diğer şartların taraflarca sağlanıyor olması kaydıyla, evliliğin geçerli şekilde kurulduğunu kabul etmek gerektiğini düşünmektedir. Yazara göre, söz konusu diğer şartları düzenleyen bağlantılı diğer hükümlerin görmezden gelinmeleri durumunda, artık yabancı hukukun tatbikinden bahsedilemeyecektir.¹⁷⁷ Benzer yönde düşünen *Ishiguro*, boşanma talebinin yanında velayet hakkının da istendiği bir olayda¹⁷⁸, velayete ilişkin bu ikinci talep hakkında Güney Kore hukukunun tatbikinin engellenmesine rağmen, boşanma talebi hakkında Güney Kore hukukuna tabi olmak yönünde bir yaklaşımın sergilenmiş olmasını isabetli bulmaktadır.¹⁷⁹

Boşluğun doğumunu kabul eden yaklaşım içerisinde savunulan bir diğer görüş, engellenen yabancı hukuktan sonra somut olay ile sıkı irtibatlı olan hukuk hangisi ise ona tabi olunmasıdır. “Basamaklı bir bağlama kuralının tatbik edildiği hallerde, kullanılan basamak sonucu ulaşılan hukuk kamu düzeni engeline takılacak olursa, bir sonra gelen basamağa göre uygulanacak hukukun belirlenmesi” şeklinde somutlaştırılan bu görüşün İtalyan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.16/2 hükmünde de kabul edildiği belirtilmekte, Japon mahkemelerince de bu yönde verilmiş kararlar bulunduğu bahsedilmektedir.¹⁸⁰ Doktrinde *Kasahara*, kamu düzeni engelleme üzerine başka bir bağlama yapılmasını öngören teorinin gün geçtikçe ağırlık kazandığını belirtmektedir.¹⁸¹

Buna karşılık, özellikle basamaklı bağlama kuralları bakımından anılan bu görüşün doktrinde yoğun şekilde eleştiri aldığından da bahsetmek gerekir. *Kono*, basamaklı bağlama sistemindeki temel mantığın, önceki basamakta yer alan uygulanacak hukukun “bulunmadığı” hallerde sonraki basamağa göre uygulanacak hukukun tayin edilmesi olduğundan bahsetmekte; önceki basamağa göre uygulanacak hukukun “bulunmaması” ile aynı hukukun kamu düzeni hükmü aracılığıyla “engellenmesi”

177 Yokoyama (n 6) 101.

178 最判昭和52年3月31日民集31卷2号365頁

179 Ishiguro (n 14) 285. *Deguchi*, nafaka yükümlülüğü bakımından meseleyi tartışmaktadır. Japon hukukunda, boşanmış eşler arasındaki nafaka yükümlülüğü “boşanma ile ilgili olarak tatbik edilen hukuka” tabidir (Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka Dair Kanun, m.4/1). Bununla birlikte, burada sözü edilen hukuk, bağlama kuralları uyarınca normalde boşanma statüsü olarak tespit edilmesi gereken hukuk olmayıp, söz konusu boşanma hakkında “gerçekten” tatbik edilmiş hukuktur. Örneğin, yabancı bir boşanma kararının Japonya’da tanınması halinde, söz konusu boşanmanın tarafları arasında nafakaya ilişkin ihtilâf çıkacak olursa, yabancı boşanma kararında uygulanacak hukuk olarak tatbik edilmiş hukuk, kanunun lafzında geçen “o boşanma hakkında tatbik edilmiş hukuk” olacaktır. Buradan hareketle, boşanma statüsü niteliğindeki yabancı hukukun kamu düzenine aykırılık sebebiyle tatbikinin engellendiği hallerde, onun yerine Japon hukuku ikame edilmiş ise, bu sefer Japon hukuku, söz konusu hükümde geçen “o boşanma hakkında tatbik edilmiş hukuk” haline gelmektedir. *Deguchi*, bu noktada şu soruyu sormaktadır: Boşanma statüsü konumundaki yabancı hukukun içeriğinde yer alan belirli bir şartın tatbiki kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle engelleniyor ise, onun dışındaki şartlar ve hükümler/geçerlilikler hakkında aynı yabancı hukukun tatbik edileceği hallerde, acaba boşanmanın tarafları arasındaki nafaka yükümlülüğü hangi hukuka tabi görülmelidir? Yazara göre, burada boşanmanın bütününe tatbik edilen hukuka, özellikle de boşanmanın hükümlerini düzenleyen hukuka tabi olunması gerekir. Bkz. *Deguchi* (n 11) 141, 142.

180 Sakurada (n 4) 139.

181 Kasahara (n 4) 111.

hallerinin birbirlerine denk olmadıklarını belirtmektedir.¹⁸² *Deguchi*'ye göre, bu çözüm yolu tercih edilecek olursa, uygulanacak hukukun Japon hukuku olarak belirlenmediği bütün haller bakımından, kamu düzeni hükmünün yeniden işletilmesi ihtimâli hep gündemde kalacaktır. Yazara göre, bu yöntemde yabancı hukukun engellenmesi sebebi ile ilgisi bulunmayan bir çözüm ortaya çıkarılmaktadır.¹⁸³ *Sakurada*, tayin edilmiş yabancı hukuk üzerindeki engelin, söz konusu meseleyi kanunlar ihtilâfi bağlamında bütünüyle yeni bir çözüme kavuşturmak amacıyla konduğunu düşünmekte, bu açıdan anılan görüşün savunulamayacağını ifade etmektedir.¹⁸⁴

Boşluğın doğumunu kabul eden görüş bünyesinde geçmişte dile getirilmiş bir diğer öneri, tatbikin engellenmesiyle ortaya çıkan boşluğın, yabancı maddi hukuktaki bir boşluk gibi değerlendirilmesini, tatbiki engellenen hükmün, sanki istisna hükmü imişçesine, yabancı hukukun genel hükümlerine göre doldurulmasını, buna göre doldurulamıyorsa artık yabancı hukuk sistemi içerisinden değil, hukukun genel ilkelerine göre, bir başka deyişle medeni devletlerce kural olarak kabul edilen hukuki bilinç doğrultusunda doldurulmasını savunmaktadır.¹⁸⁵ Ancak, günümüz Japon milletlerarası özel hukuk yazınında bu görüşe pek yer verilmediği söylenebilir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, boşluğın doğumunu kabul eden görüş bünyesinde günümüzde en yaygın benimsenen yaklaşımın, boşluğın Japon maddi hukukunca doldurulması olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum, mahkeme uygulaması açısından daha belirgin iken; doktrinde, yabancı hukukun engellenme kapsamına göre Japon hukukunun sınırlı biçimde tatbik edilmesi yönünde bir gerekliliğe vurgu yapılabildiği de görülmektedir.

2) Kural Boşluğunun Doğumunu Reddeden Yaklaşım

Yabancı hukukun tatbikinin kamu düzenine aykırılık sebebiyle engellenmesinin ardından, uyuşmazlığın nasıl bir yoldan çözülmesi gerektiğine dair ikinci grup yaklaşım, kural boşluğunun doğumunu reddeden görüştür. Bu görüş, belirli bir talebe ilişkin olarak yabancı hukukun tatbik sonucunun kabul edilmemesi durumunda, o talep ile ilgili olarak Japon maddi hukukunun kendisine tabi olunmasa dahi, aslında en baştan Japon maddi hukukuna göre bir kararın (kabul etmemek) verilmiş olduğunu öne sürmektedir.¹⁸⁶ Boşluğın doğumunu reddeden görüşün, özellikle günümüz Japon doktrininde yaygın şekilde benimsendiği ifade edilmektedir.¹⁸⁷

Yabancı hukukun tatbikinin engellenmesi, bir talebin veya itirazın kabulü yahut

¹⁸² Kono (n 4) 342, 343.

¹⁸³ Deguchi (n 11) 144.

¹⁸⁴ Sakurada (n 4) 139.

¹⁸⁵ Sakurada (n 4) 138, 139.

¹⁸⁶ Suetō Ikehara, *Kokusaishihou souron* (Houritsugaku zenshuu Yuuhikaku 1973) 262; Ryouichi Yamada, *Kokusaishihou* (3rd edn Yuuhikaku 2004) 148; Tameike (n 66) 217; Dougauchi (n 32) 272.

¹⁸⁷ Sakurada (n 4) 139; Itou (n 4) 52; Houmushou (n 157) 124; Yokomizo (n 4) 4.

reddi şeklinde somut bir tasarruf biçimini alabilmektedir.¹⁸⁸ Bu şekilde, örneğin, olayda boşanmanın kabulü veya reddi gibi iki şıktan birinin seçimini gerektiren hâller açısından, gerek boşluğa hakim hukukunun tatbikini öngören görüşün, gerek boşluğun doğumunu reddeden görüşün, ulaşılabilecek netice yönünden bir farklılık yaratmayacağı söylenebilmektedir. Zira, kamu düzeni hükmü işletildiğinde her iki görüş üzerinden de ulaşılabilecek netice, “boşanma”nın bir “kurum” olarak kabul edilmesi şeklinde olmaktadır.¹⁸⁹ Mahkemenin, bu örnekte görüldüğü gibi “mümkün mü - değil mi” şeklinde özetlenebilecek türde bir karar vermesi istenen olaylar (ör. boşanma mümkün mü, evlat edinmenin iptali mümkün mü vb.) bakımından, kamu düzenine aykırılık sonucuna ulaşıldığı an itibarıyla “Japon hukukunun olaya tatbiki” şeklinde bir sonuca da ulaşılmış olacağı için, “boşluğun varlığı-yokluğu” problemini incelemek gereğinin artık kalmayacağından bahsedilmektedir.¹⁹⁰

Boşluğun doğumuna ilişkin bu iki görüş bakımından esas netice farklılığı, iki seçenektен birinin tercihi bakımından değil, boşanma nafakasının yahut tazminatın miktarına karar verilmesini gerektiren örneklerde rastlanabileceği gibi “niceliksel yönden” bir karar verilmesi istenen durumlarda ortaya çıkmaktadır.¹⁹¹ Bu açıdan örneğin, boşanma akabinde evlilik mallarının paylaşılmasını kabul etmeyen bir yabancı hukukun tatbiki engelleniyorsa, somut olayda paylaşımının miktarı vb. hakkında niceliksel yönden de bir karar verilmesi gerekecektir. Böyle hallerde, kural boşluğunun doğmadığından ne ölçüde bahsedilebileceği sorgulanmakta ve boşluğun doğumunu reddeden yaklaşım, miktara ilişkin kararın somut bir kurala (bir hukuk sistemi içerisinde yer alan) dayanarak verilmesindeki zorunluluğa dikkat çekilerek eleştirilmektedir.¹⁹²

Buna karşılık, boşluğun doğumunu reddeden görüşü destekleyen *Takasugi*, varsayımsal bir örnek üzerinden, boşluğun doğumunu ve ona Japon hukukunun uygulanmasını savunan görüşe dair sıkıntılı bulunduğu bir noktaya temas etmektedir:¹⁹³

“İçerikleri birbirine büyük oranda benzeyen iki farklı boşanma vakası olsun. Her ikisinde de nafaka miktarı üzerinde ihtilâf bulunsun. Her iki vaka açısından da, Japon hukukunun tatbiki halinde 8 milyon Yen’lik bir miktar “kabul edilebilir” iken, -Japonya ile olan bağlantı vs. ek değerlendirmeler ışığında- yabancı hukuka göre 4 milyon Yen’lik bir seviyenin Japon kamu düzenini ihlâl etmediği, fakat bunun altında bir miktarın kamu düzenine aykırılık olarak görüleceği varsayılınsın.

İlk vaka açısından; uygulanacak hukuk olan S devleti hukukuna göre 5 milyon Yen’e hükmedilebiliyor olsun. Böyle bir durumda, yukarıda bahsedilen sınırlamalar ışığında kamu düzeni hükmü işletilmeden 5 milyon Yen’lik hüküm rahatlıkla tesis edilebilecektir. İkinci vaka açısından ise; uygulanacak hukuk olan T devleti hukukuna göre 3 milyon Yen’den fazlasına

¹⁸⁸ Yokoyama (n 6) 101.

¹⁸⁹ Nakanishi and others (n 10) 116; Takasugi (n 5) 68; Itou (n 4) 52; Ishiguro (n 14) 284.

¹⁹⁰ Kono (n 4) 343.

¹⁹¹ Nakanishi and others (n 10) 116; Sakurada (n 4) 139; Ishiguro (n 14) 284; Yokoyama (n 6) 101-103.

¹⁹² Nakanishi and others (n 10) 116.

¹⁹³ Takasugi (n 5) 68.

hükmedilemiyor olsun. Bu durumda, yukarıda ülke ile bağlantı vb. değerlendirmeler ışığında belirlenmiş 4 milyon Yen’lik kıstasa erişilemediği için kamu düzeni hükmü işletilebilecektir. Japon hukukunun boşluğa tatbiki görüşü benimsenecek olursa, bu ihtimâlde Japon hukukunca mümkün olan 8 milyon Yen’e hükmedilecek ve uyuşmazlık çözülecektir.

Dikkat edilirse, ikinci vakada bu şekilde Japon hukukunun tatbiki yolu benimsendiğinde, bir tarafta 3 milyon Yen’den fazlasını kabul etmeyen T devleti hukukunun tatbik sonucu kamu düzenine aykırı kabul edilirken; diğer tarafta, 5 milyon Yen’e hükmedilebilen S devleti hukukunun uygulanacak hukuk olduğu birinci vaka’ya göre çok daha yüksek bir miktarın (8 Milyon Yen) kabul edilmesi şeklinde bir “ters etki”ye¹⁹⁴ yol açılmaktadır.”

Halbuki *Takasugi*’ye göre, bu örnek açısından boşluğun doğumunu reddeden görüş esas alınacak olursa, T devleti hukukunun tatbikinin kamu düzenine aykırı görülerek engellenmesi kararı, herşeyden önce kamu düzenin müsamaha kapsamına ilişkin bir kıstastan hareketle gerçekleştirilmiş olacağından, bu kıstas uyarınca 4 milyon Yen’lik miktar veya daha azının tatbikinin mümkün olduğu kabul edilecektir.¹⁹⁵

Şu halde, miktara ilişkin bir belirlemeyi zorunlu kılan talepler bakımından, eğer Japon hukukunu tatbik görüşü esas alınacak olursa, Japon maddi hukukuna göre bu belirleme yapılacak iken; boşluğun doğumunu reddeden görüşe bakılacak olur ise, “kamu düzenine aykırı olmayan en düşük sınır” esas alınarak ilgili miktar belirlenecektir¹⁹⁶. Bununla birlikte *Yokomizo*, anılan görüşün değerlendirme kriterlerinin Japon medeni kanununda benimsenenlerden farklılaştıklarını, yine somut olayda bu kriterlerin hakim tarafından ne ölçüde oluşturulabileceği hususunun pratik açıdan zorluk teşkil ettiğini belirtmektedir.¹⁹⁷

III. Japon Mahkemelerinde Kamu Düzeni Müdahalesi

Japon milletlerarası özel hukuk teorisi açısından doktrinde kamu düzeni müdahalesine ilişkin olarak ifade bulan görüşler ele alındıktan sonra, konunun Japon mahkemelerindeki görünümü üzerinde durmakta fayda vardır. Mahkeme uygulamasında, kamu düzeni hükmünün işletildiği konular çeşitlilik arz etmektedir. Bu kapsamda olmak üzere geçmişte; farklı dini inanca sahip kimselerin evlenmesini yasaklayan Mısır hukukunun; boşanmayı yasaklayan Filipin hukukunun;¹⁹⁸ boşanmanın gerçekleşebilmesi için mahkemenin boşanma kararı vermesinin ardından 3 yıl ayrı yaşanması zorunluluğu arayan Brezilya hukukunun; boşanmaya bağlı velayet hakkını sadece babaya tanıyan eski Güney Kore hukukunun; soybağının reddini kabul etmeyen

¹⁹⁴ Kaynak metinde 逆転現象 (*gyakuten genshou*) şeklinde kullanılan kavramın, içeriği esas alındığında Türkçe’ye “ters etki” olarak çevrilebileceğini düşünüyorum.

¹⁹⁵ Takasugi (n 5) 68. *Itou*, bu ters etki ihtimâlinde dolayı boşluğu reddeden görüşün daha yerinde olduğu kanısındadır. Bkz. *Itou* (n 4) 53.

¹⁹⁶ *Itou* (n 4) 52, 53.

¹⁹⁷ *Yokomizo* (n 4) 4.

¹⁹⁸ 1989 değişikliği öncesi Houri sisteminde, boşanma hakkında “kocanın milli hukuku”na bağlama yapılmakta idi. Bu sebeple Japon kadın ve Filipinli erkek barındıran evlilikler bakımından, “Filipin hukukunun boşanmayı yasaklaması” olgusu ile sık karşılaşılmaktaydı. Bkz. *Sakurada* (n 4) 134.

Brezilya hukukunun; babanın ölümünden sonra onunla soybağı ilişkisi kurulmasına ilişkin hükümler barındırmayan bir yabancı hukukun; evlat edinmeyi kabul etmeyen İran hukukunun; evlat edinmeyi sadece bir kişinin evlat edinilmesi ile sınırlayan Çin Halk Cumhuriyeti hukukunun; geçerli bir evlat edinme için evlat edinenin 10 yaşından büyük ve evlilik birliği içinde doğmuş çocuklarının yazılı rızasının alınmasını şart koşan Filipin hukukunun;¹⁹⁹ evlat edinme işleminin iptaline izin vermeyen ABD Teksas hukukunun; velayet hakkının babadan başkasına devrine izin vermeyen İran hukukunun; miras hakkına ilişkin olarak, gayrimenkul mirasına izin vermeyen Kuzey Kore hukukunun tatbik edilmesinin engellenmiş olduğu görülmektedir.²⁰⁰

Benzer şekilde, evlilik birliği temelinden sarsılmış olmasına rağmen, bu durumun yabancı hukukta bir boşanma sebebi olarak benimsenmediği hallerde Japon kamu düzenine aykırılığın kabul edildiği kararlar bulunduğu da bahsedilmektedir.²⁰¹ Yine, ABD'nin Hawai eyaletinde benimsenen 30 yıllık zamanaşımı süresinin kamu düzenine aykırı kabul edilerek olayda Japon maddi hukukunda yer alan zamanaşımı süresine tabi olduğuna²⁰² da değinilebilir.

Yukarıda verilen örneklerden anlaşılabilceği üzere, Japonya'da kamu düzeni müdahalesinin tartışıldığı kararların büyük çoğunluğu, farklı devletler bakımından farklı düzenlemelere konu olabilmesi ihtimâli yüksek olan "aile hukuku" alanını ilgilendirmektedirler.²⁰³ Bununla birlikte, aile hukukunun dışında kalan konular bakımından bu değerlendirmenin yapıldığı da görülmüştür. Aşağıda, öncelikle, doktrinde sık değinilmiş olmaları bakımından özellik arz ettiğini düşündüğümüz bazı örnek olaylara ana hatları ile değinilecektir. Ardından, kamu düzeni müdahalesinin tartışıldığı ancak kamu düzenine herhangi bir aykırılığın saptanmamış olduğu bazı örnek hallerden bahsedilecektir.

A- Kamu Düzenine Aykırılık Bulunması

1) Farklı Dinden Kimseler Arası Evlilik

Kamu düzeni hükmünün işletilmesi açısından doktrin ve uygulamada sıklıkla üzerinde durulan bir olgu, farklı dinden kimselerin evlenmelerine izin vermeyen

¹⁹⁹Söz konusu olayda, Japon vatandaşı koca, Filipin vatandaşı karısı ile birlikte, karısının evlilik dışında doğmuş Filipin vatandaşı çocuğunu evlat edinmelerine izin verilmesi talebinde bulunmuşlardır. Evlat edinmenin maddi şartları bakımından evlat edinenerin milli hukuku olan Japon hukukuna aranan şartların yanında, evlatlığın milli hukuku olan Filipin hukukuna aranan bir rıza şartına da bakılmış (evlat edinen olmak isteyen kimsenin 10 yaş üstü evlilik içi çocuğu var ise, onun bu işleme dair yazılı rızasının bulunması), buna karşın, varlığı aranan rızanın mevcut olmadığı anlaşılmıştır. Sırf bu gerekçe ile evlatlık ilişkisinin kurulmadığının kabul edilmesi, Japon kamu düzeni ve genel ahlakına aykırı görülerek ilgili hükmün olaya tatbiki engellenmiştir. Bkz. Satou (n 131) 520.

²⁰⁰Nakanishi and others (n 10) 117, 118; Kono (n 4) 340.

²⁰¹Kono (n 4) 338.

²⁰²Sakurada (n 4) 140.

²⁰³Takasugi (n 5) 63; Itou (n 4) 53. "Taşıyıcı annelik" kurumu üzerinden varsayımsal bir kamu düzenine aykırılık tartışması yapan *Sasaki*'nin detaylı analizi için bkz. Sasaki, Minpou (n 47) 207, 208.

yabancı hukukun tatbikinin engellenmesidir. Bu konuda Mısır hukukunun tatbikinin dışlandığı bir karara²⁰⁴ sıkça atıf yapılmakta, Müslüman kadının farklı dinden erkek ile evlenmesini yasaklayan Mısır hukuku açısından bu yasağın Japon kamu düzenine aykırı oluşu vurgulanmaktadır.²⁰⁵

Söz konusu karara konu olayda, ana talep olarak evliliğin geçersizliğine hükmedilmesi, evlilik geçersiz görülüyorsa boşanmaya hükmedilmesi talebiyle dava açılmıştır. Evliliğin geçersizliğinin tespiti talebine ilişkin olarak ilgili bağlama kuralı uyarınca (1989 değişikliği öncesi Hourei m.13/1) tarafların milli hukuklarının tatbik edilmesine karar verilmiştir. Ancak, Müslüman davalı açısından tatbik edilecek Mısır mevzuatı uyarınca, Müslüman davalı ile Budist davacı arasındaki evlilik, farklı dinden kimseler arasındaki bir evlilik olmakla yasaklanmış olup, bu sebeple geçersiz görülmektedir. Salt farklı dine mensup kimseler arasında kurulmuş olduğu için bu evliliğin geçersiz kılınmasının, Japon kamu düzeni ve genel ahlakına aykırı olacağı kanaatine varan mahkeme, Mısır hukukunun tatbikini engellemenin yerinde olacağına karar vermiştir. Mahkeme, bu husus haricinde somut evliliğin geçersiz kılınmasını gerektirecek herhangi bir durum olmadığını da kararında belirtmiştir.²⁰⁶

2) Boşanma Sonrasında Velayet Hakkından Yoksunluk

Doktrinde sıkça dikkat çekilen bir diğer örnek hal, velayetin yalnızca ve kendiliğinden babaya verilmesini öngören yabancı hükümlerin Japon kamu düzenine aykırılığıdır. Bu durumun somutlaştığı bir olayda²⁰⁷, boşanma ve eşlerin ortak çocuğu için velayet hakkı talep edilmiş; boşanma bakımından, o dönem Japonya’da yürürlükte bulunan ilgili bağlama kuralları (Hourei m.16, m.14) uyarınca “eşlerin müşterek mutad mesken yeri hukuku” olan Japon hukuku tatbik edilmiştir.

Velayet hakkının kullanımı bakımından ise, hem çocuğun milli hukuku hem de davalı babanın milli hukuku niteliğinde olan Güney Kore hukuku uygulanacak hukuk olarak belirlenmiştir (Hourei m.21 uyarınca). Bununla birlikte, o dönemki Güney Kore Medeni Kanunu m.900’e göre, babanın kendiliğinden ve kanunen veli olarak tayin edilmekte olduğu anlaşılmış ve çocuğun menfaati göz önüne alındığında, boşanma sonrası velayet hakkının kullanımı açısından annenin tayin edilmesi önünde bir engel oluşturan bu düzenleme, Japon kamu düzenine aykırı görülerek olaya tatbik edilmemiştir. Bunun yerine, basamaklı bir bağlama kuralı niteliğinde olan Hourei m.21’de ikinci sırada yer alan “çocuğun mutad mesken yeri hukuku” olarak Japon hukukunun tatbik edilmesi yönünde karar verilmiştir.²⁰⁸

204 東京地判平成 3・3・29.

205 Yokoyama (n 6) 100; Sakurada (n 4) 134; Nakanishi and others (n 10) 110, 111.

206 Satou (n 131) 520.

207 最高裁昭和52年3月31日判決民集31卷2号365頁.

208 Satou (n 131) 519.

Söz konusu olayda baba, alkolik, anneye karşı şiddet uygulayan ve çeşitli suçlardan cezaevinde yatmış bir profile sahiptir. İlk derece mahkemesinin kararını temyiz merci sıfatıyla inceleyen Japon Yüksek Mahkemesi, mahkemenin velayeti anneye veren kararını onamış ve babanın temyiz talebini reddetmiştir. *Kanzaki*'ye göre, olayda yüksek mahkemenin ele aldığı husus, yabancı hukukun velayet hakkını sadece babaya hasrediyor olması değildir. Ele alınan mesele, bu kuralın tatbiki sonucunda, aslında çocuğa bakmaya ehil olmayan baba veli olarak tayin edilmesine karşın, hâlihazırda çocuğun bakımı ile ilgilenen anneden velayetin zorla alınacak olmasıdır.²⁰⁹ Benzer yönde düşünen *Sakurada*'ya göre, babanın tek başına velayet hakkına sahip oluşu kabul edilirken, annenin bu haktan mahrum bırakılıyor oluşu, somut olaya göre babanın veli olarak tayin edilmesinin uygun düşmeyeceği durumlar dikkate alındığında “çocuğun refahını bozucu” etki gösterebilmesi sebebiyle kamu düzenine aykırı görülmüştür.²¹⁰

Öte yandan *Yokomizo*, yüksek mahkemenin bu karardaki yaklaşımı hususunda farklı düşünmektedir. Yazara göre, mahkeme, “velayet hakkının anneye verilmesi gerektiği” şeklinde bir somut sonucu varsayımsal olarak kabul etmiş ve bu yüzden yabancı hukukun tatbikini engellemiştir. Halbuki, böyle bir somut sonucun maddi bir hukuk kuralına dayandırılması gerekmekte olup, yabancı hukukun tatbikinin Japon hukuk düzenine aykırı olup olmadığına karar verilen bir aşamada gündeme getirilmesi yersizdir. Tokyo Bölge Mahkemesi'nin benzer vakıalar içeren bir kararını²¹¹ örnek gösteren yazar, temyiz mercii gibi Tokyo Bölge Mahkemesi'nin de ilgili Güney Kore hukuku hükmünün tatbikini engellediğini hatırlatmaktadır. Fakat mahkemenin değerlendirmesini “kimin veli tayin edilmesi isabetli olur” şeklinde bir somut neticeyi konu edinerek değil, “ilgili hükmün çocuğun refahını esas alan bir değerlendirme yapabilmeyi imkansız kılıp kılmadığı” noktasından hareketle yaptığını belirtmekte ve bu yaklaşımı isabetli bulmaktadır.²¹²

Anlaşılabacağı üzere, *Kanzaki* ve *Yokomizo*, yüksek mahkemenin yukarıdaki yaklaşımını farklı yorumlamaktadırlar. Bununla birlikte, her iki yazar da benimsenmesi gereken isabetli yaklaşım konusunda hemfikir gözükmektedirler.

3) Baba ile Soybağı Kurulması

Japon mahkemelerinde sıklıkla ele alınan bir diğer somut olay grubunu, baba ile çocuk arasında soybağının kuruluşu oluşturmaktadır. Yabancı hukukta babanın evlilik dışı çocuğunu tanıması imkânının yahut babalık davası açılması imkânının bulunmadığı hallerde, Japon mahkemeleri istikrarlı biçimde kamu düzenine aykırılık neticesine varmaktadırlar.²¹³ İlk derece mahkemesi kararları arasında, babanın ölümünden sonra çocuk ile arasında soybağı kurulmasına ilişkin bir hüküm

²⁰⁹ *Kanzaki*, *Pureppu kokusaishihou* (n 4) 159.

²¹⁰ *Sakurada* (n 4) 140.

²¹¹ 東京地判平成2・11・28判例時報1384号71頁.

²¹² *Yokomizo* (n 4) 2, 3.

²¹³ *Kono* (n 4) 339.

barındırmayan Liechtenstein ve İran hukuklarının tatbikine kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle engel olunduğu bilinmektedir.²¹⁴

Yine bir olayda²¹⁵, yalnızca çocuğun doğumundan sonraki ilk beş yıl içerisinde babalık davası açılabilceğinin öngörölmüş olmasından ötürü, bu sürenin geçmiş olması yüzünden dava açılmayacağı şeklinde bir sonuca yol açacağı anlaşılan Tayvan hukukunun tatbiki kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle engellenmiştir.²¹⁶ Buna karşılık bir başka olayda²¹⁷, babanın ölümü sonrasında açılabilcek babalık davasının, babanın ölümünün öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde açılabilceğini öngören Kuzey Kore düzenlemesi söz konusu olduğunda, kamu düzenine herhangi bir aykırılık görölmemiştir.²¹⁸ Bu şekilde babalık davasının açılabilme (baba hayattayken veya öldükten sonra) sürelerinin az veya çok oluşunun mesele edildiği olaylarda, “dava açılabilmesinin süre ile sınırlı olması fikri”nin makul göröldüğu belirtilmekte, dolayısıyla salt böyle sürelerin varlığının “yabancı hukukun içeriğinin Japon hukukundan yüksek derecede farklılaşması” olarak nitelendirilmediği düşünölmektedir.²¹⁹

4) Yabancı Patent Hakkının Japonya’da İhlâl Edilmesi

Kamu düzeni müdahalesinin malvarlığı üzerindeki haklar bakımından da gündeme getirilebildiğini gösteren ve doktriner eserlerde sıkça kendisine yer bulan önemli bir karar²²⁰, Amerika Birleşik Devletleri’nde tescil edilmiş bir patent hakkının Japonya’da ihlâl edilmesi iddiasına ilişkindir.²²¹ Davada, her devlet bakımından patent hakkının, sadece tescil edildiği o devletin sınırları içerisinde etki doğurması ilkesinden bağımsız şekilde, ABD’de tescil edilmiş bir patent hakkına dayalı olarak, Japonya’da gerçekleştirildiği iddia edilen bir ihlâl eyleminin men’i yahut ihlâlê konu malların imha edilmesi talep edilmiştir.²²²

Kararda, ABD patent hakkının, coğrafî sınırlarının ötesine geçerek Japonya’ya uzanması ve orada geçerlilik yönünden maddi nitelikte bir sonuca yol açması olgusu, Japon patent hukukunda benimsenen “bölgesellik” prensibine açık bir aykırılık olarak telakki edilmiştir. ABD ile Japonya arasında karşılıklı olarak birbirlerinin patent haklarını tanıyacaklarını öngören bir milletlerarası antlaşmanın da mevcut olmadığını değerlendiren mahkeme; ABD patentinin aktif ihlâlê anlamındaki eylemin Japonya’da gerçekleştirilmesi gerekçesiyle Amerikan patent hukukunun tatbiki

214 Sakurada (n 4) 141.

215 神戸地判昭56・9・29家月34卷9号110頁.

216 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 94.

217 最判昭50・6・27家月28卷4号83頁.

218 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 94.

219 Kono (n 4) 339.

220 最高裁平成14年9月26日判決民集56・7・1551.

221 Takasugi (n 5) 66.

222 Kouji Deguchi, ‘Beikoku tokkyohou no ikigaitekiyou to kokusaishihoujou no koujou’ (2010) 108/4 Kokusaishougakouzasshi 48-51.

sonucu olarak Japonya'daki eylemin men'ine yahut Japonya'da bulunan ihlâl konusu malların imhasına hükmedilmesinin, Japon patent hukuku düzeninin temel anlayışı ile uyumsuz olacağı sonucuna varmıştır.²²³

Bu doğrultuda, kararın verildiği dönemdeki ilgili hüküm olan Hourei m.33 bağlamında kamu düzeni müdahalesi -sadece yabancı hukukun yüksek derecede farklılaştığına değinilerek- işletilmiştir.²²⁴ *Kono*'ya göre bu karar, uygulanacak yabancı hukukun içeriğinin Japon hukukundan yüksek derecede farklılaştığına mahkemece kanaat getirilmesi halinde tatbik sonucu ve ülke ile bağlantı araştırılmadan kamu düzenine aykırılık sonucuna varılabildiğini göstermektedir.²²⁵

B- Kamu Düzenine Aykırılık Bulunmaması

Japon mahkemelerince kamu düzeni değerlendirmesinin yapılmış olduğu bazı kararlar bakımından, kamu düzenine aykırılık şeklinde bir sonuca varılmamış olduğu görülmektedir. Kamu düzenine aykırılık tespit edilememiş olay örnekleri arasında, evlilik birliğinin bozulmasına kendi hâl ve tavırları ile katkı sağlamış eşin sorumluluğu dikkate alınmaksızın boşanabilmesi; evlilikte “kuma” birlikteliklerinin yasal olduğu bir hukuk sisteminde, erkek eşin tanıma beyanı gerekmeksizin erkek eş ile kuma arasındaki birliktelikten olan çocuk ve erkek eş arasındaki soybağı ilişkisinin kendiliğinden kurulması halleri gösterilebilir.²²⁶

Yine, iş sözleşmesinin sebep gösterilmeksizin feshine izin veren New York hukukunun tatbiki²²⁷; evlilik içinde doğmuş çocuk ile evlilik dışı doğmuş çocuk arasında miras payı yönünden bir ayırım yapmayan Tayvan hukukunun tatbiki²²⁸; çocuğun geçirdiği trafik kazasına bağlı olarak ebeveynlerin “teşekkür parası” talep hakkını kabul etmeyen Güney Dakota Eyaleti hukukunun tatbiki²²⁹; baba tarafından tanınmış çocuğun kendiliğinden babanın nüfusuna geçirilmesini öngören Kore örf-adet hukukunun tatbiki²³⁰; avukatlık ücretini talep hakkının 6 yılda zamanaşımına uğradığı New York hukukunun tatbiki bakımından da, Japon kamu düzenine herhangi bir aykırılık saptanmamıştır.²³¹

Bu başlık altında değinilebilecek ve doktrinde tartışmalı olması açısından önemli bir karar²³², Amerika Birleşik Devletleri'nde doğmuş bir kumar borcunun Japonya'da ifasının talep edilmesi durumunun Japon kamu düzeni ile olan ilişkisi hakkındadır. Karara

223 Deguchi, Beikoku (n 222) 48-68.

224 Kono (n 4) 336, 337.

225 ibid 336, 337.

226 ibid 340, 341.

227 Nakanishi and others (n 10) 119.

228 Takasugi (n 5) 65.

229 Sakurada (n 4) 141.

230 Itou (n 4) 53.

231 Takasugi (n 5) 66.

232 東京地判平成5・1・29判例時報1444号41頁.

konu olayda, Las Vegas’a davet edilen ve tüm masrafları karşılanan Japon vatandaşı müşterinin güveni kazanılarak kendisine orada kumar oynama imkanı sunulmuş ve kişi de bu doğrultuda kumar oynamıştır. Müşterinin Japonya’ya dönmesinin ardından, söz konusu kumar borcunun Japonya’da tahsil edilmesine ilişkin bir talepte bulunulmuş, kumar oynanmasına izin veren Nevada hukukunun olaya tatbiki Japon kamu düzenine aykırı görülmemiştir.²³³ Bu karar, içeriğindeki özgün unsurlar bakımından doktrinde *Nomura ve Ishiguro* tarafından ayrı eserlerde ele alınmıştır.

Olayda, ilgili ülke vatandaşının seyahat masraflarının, yeme-içme masraflarının ve konaklama masraflarının kendisi tarafından değil bir başkası tarafından karşılandığı bir gezi türü (*junket*) mevcut olup; Las Vegas’a davet edilen müşteriye orada kumar oynatıldığı, o kimsenin ülkesine dönüşünün akabinde ise kumar borcunun ödenmesinin istendiği ve bu yönüyle Nevada hukukuna göre yasal bir sistem söz konusudur.²³⁴ Kumar borcunun doğumunu takiben, ilgili kişi aleyhine Japonya’da borç tahsil edilmek istenmiştir. Ancak bu tahsil istemi, Japon maddi hukukunda yer alan cezai nitelikte birtakım düzenlemelere aykırı görülmüş ve karmaşık bir sürecin ardından müşteriye ait olup borcun da içerisinden ödeneceği malvarlığı değeri, Japon hazinesine intikâl etmiştir. Bunun üzerine kumar oynatıcısı, Japonya devleti aleyhine sebepsiz zenginleşilen miktarın iadesi talebiyle dava açmıştır ki, bu ana meseledir. Kararda, dava dışında bırakılan Japon vatandaşı müşteri ile kumar oynatıcısı arasındaki sözleşmede uygulanacak hukuk olarak Nevada hukukunun belirlenmiş olduğu, ve “söz konusu sözleşme ilişkisinin Japon toplumu ile bağlantısının dolaylı ve zayıf olduğu” belirtilmiş, Nevada hukukunun kamu düzeni müdahalesi ile engellenmesine gerek bulunmadığı ifade edilmiştir.²³⁵

Nomura, somut olayda, tarafların genel işlem şartı formunda bir hukuk seçimi yaptıklarını (Nevada Eyaleti hukuku), fakat böyle bir seçim yapılmış olsa dahi Japonya’da Nevada hukuku uygulanarak kumar borcunun ödenmesinin talep edilmesinin milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte aynı yazar, somut olayda kumar borcunun Japon hazinesine intikâl etmiş olmasından ötürü zarara uğrayan davalı kumar oynatıcısının devlete karşı sebepsiz zenginleşilen miktarın iadesi talebiyle açtığı bir davanın söz konusu olduğuna da dikkat çekmektedir. Dolayısıyla, burada ana mesele “sebepsiz zenginleşme”ye ilişkin talebin kabulü veya reddi olup, “kumar sözleşmesinin geçerliliği” hususu, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin talep hakkında karar verilebilmesi için bir önsorun niteliğinde görülmelidir. Önsorun bakımından ise, somut olay ile Japonya arasındaki bağlantı güçlü görülmeyeceğinden, bu durum kamu düzeni hükmünün tatbiki için gerekli bir şartın eksikliği şeklinde yorumlanabilir.²³⁶

233 Takasugi (n 5) 66; Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 95.

234 *Ishiguro*’ya göre bu durum, Japon vatandaşının kendiliğinden Las Vegas’a gidip kumar oynadığı hallerden farklı şartlar içermektedir. Bkz. *Ishiguro* (n 14) 279.

235 *Ishiguro* (n 14) 278, 279.

236 *Nomura* (n 50) 144, 145. Kamu düzeni müdahalesi ve önsorun ilişkisi hakkında bkz. Text to n 131.

Kararı eleştiren *Ishiguro*'ya göre ise, kararda sözleşmeye uygulanacak hukuk olan Nevada Eyaleti hukukuna bakılmış ve Japon devletince el koyulan malvarlığı değeri üzerinde kumar oynatıcısının mülkiyet benzeri bir hakka sahip olduğu varsayılarak sebepsiz zenginleşme talebi Japon hukukuna göre karara bağlanmıştır. Halbuki, kumar oynatıcısının böyle bir hakka sahip olduğunun kabulü sebebiyle dahi, Japon toplumsal yaşam düzenine zarar verilip verilmeyeceğinin değerlendirilmesi ve buna bağlı olarak milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni hükmüne başvurulmasına gerek olup olmadığı hususunun tartışılması gerekirdi. Yazara göre, mahkeme yukarıda bahsedilen “*davet edilme ve tüm masrafların karşılanması*” özelliğinin somut olaydaki mevcudiyetini karar verme sürecinde dikkate almamıştır.²³⁷

Hourei'nin yürürlükte bulunduğu dönemde verilmiş mahkeme kararları bakımından günümüzde dikkat çekilen önemli bir husus, 1989 yılında Hourei üzerinde yapılan ciddi değişik öncesinde kamu düzeni hükmü işletilmiş bazı olay grupları bakımından, değişiklik ile birlikte ve özellikle de HUGKK'nın yürürlüğe girmesinin ardından artık kamu düzeni müdahalesine başvurmaya duyulan fiili ihtiyacın azalmış olmasıdır. Değişiklik sonrası Hourei ve günümüz HUGKK açısından, çeşitli bağlama kurallarında alternatifli bağlama,²³⁸ basamaklı bağlama gibi yolların izlenmiş olması ve boşanmada taraflardan birinin Japon vatandaşı olduğu haller bakımından münhasıran Japon hukukunun uygulanması biçiminde kurallar getirilmiş olması²³⁹ sebebiyle, Japon hukukunun uygulanacak hukuk olarak tayin edilme ihtimâlinin kuvvetlendirildiği, dolayısıyla, kamu düzenine aykırılığın bir mesele teşkil etmediği hallerin sayısının da artırılmış olduğu düşünülmektedir.²⁴⁰

Kasahara'ya göre, milletlerarası özel hukukta kamu düzeni hükmünün varlığı bile, aslında her olaya uygun muameleyi mümkün kılan bağlama kurallarına sahip olunmadığının bir ispatıdır. Dolayısıyla, ileride kanun (HUGKK) içerisinde daha yumuşak hükümler getirilmesi durumunda, kamu düzeni hükmü de var oluşundaki önemi kaybetmek zorunda kalacak, kendisine başvurulması gereken hallerin sayısı da önemli ölçüde azalacaktır. Yazar, bir üst paragrafta değinilen “Hourei değişikliğinde alternatifli bağlama imkanlarının benimsenmiş olması”nı da, bu yönde bir adım olarak görmektedir.²⁴¹

Öte yandan *Ishiguro*, HUGKK m.27 hükmünde getirilmiş ve böylelikle Filipin hukukundaki boşanma yasağının Japon kamu düzeni engeline takılması ihtimâlini

237 *Ishiguro* (n 14) 279, 280.

238 Evlilik dışı çocuğun tanınmasına ilişkin bağlama kuralı (Hourei m.18/2, HUGKK m.29/2) alternatifli hale getirildiği için artık kamu düzeni hükmünü işletmeye duyulan ihtiyacın azalacağı düşünülmektedir. Bkz. Itou (n 4) 54; *Ishiguro* (n 14) 277, 278.

239 1989 değişikliği sonrası Hourei'de, boşanmaya ilişkin bağlama kuralında (HUGKK bünyesine m.27 olarak aynen aktarılmıştır) Japon vatandaşları açısından Japon hukukunun tatbiki lehine önemli bir değişiklik yapıldığı için, bu konuda kamu düzeni müdahalesine duyulacak ihtiyacın da artık azaldığı düşünülmektedir. Bkz. Itou (n 4) 54; *Ishiguro* (n 14) 277.

240 Takasugi (n 5) 64.

241 *Kasahara* (n 4) 110.

çoğu olay bakımından kaldırmış yeni bağlama kuralını, devletin kendi vatandaşını diğerlerine göre tek taraflı olarak daha fazla koruduğu gerekçesiyle eleştirmektedir. Zira mevcut halde, Japon vatandaşı bir kadının Filipin vatandaşı kocasına açtığı bütün davalarda Japon hukukunun uygulanacağı neticesine ulaşılmaktadır.²⁴² Yazar, gerek boşanmaya dair bağlama kuralındaki değişiklik olsun, gerek alternatifli bağlama kurallarına ilişkin değişiklik olsun, bu yeni hükümler ile birlikte, kamu düzeni hükmünün işletilmesinin eskiye nazaran daha “tek katmanda lokalize” bir hale geldiği eleştirisinde bulunmaktadır.²⁴³

Sonuç

Japon milletlerarası özel hukukunda kamu düzeni müdahalesine ilişkin olarak çalışma boyunca yer verilen açıklamalar ışığında, aşağıdaki sonuçlara varılması mümkündür.

(i) Japon hukuku açısından “kamu düzeni” kavramı, sadece milletlerarası özel hukuk tarafından kullanılan bir kavram değildir. Çoğu eserde, kavramın bu alana özgü kullanımı, “milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni” biçiminde ifade edilmiştir. Ayrıca, “iç hukuk anlamında kamu düzeni” şeklinde bir kavram daha mevcut olup, bu ikisi arasındaki ayırım üzerinde doktrinde detaylı olarak durulmak ihtiyacı hissedilmiştir.

(ii) Milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzenine aykırılıktan bahsedebilmek için, uygulanacak hukuk olarak belirlenmiş yabancı hukukun somut olaya tatbiki neticesinde, Japon “özel hukuk düzeni”nin çekirdeğinde yer alan hukuk ilkeleri ve anlayışında bozulma ihtimâli gündeme gelmeli; Japonya’da kaim olan “özel hukuk düzeni”ne ilişkin temel kurallar ve hukuk anlayışı ile ciddi ölçüde bir uyumsuzluk ortaya çıkmalı; bir başka deyişle, yabancı hukukun tatbiki, mahkeme devletinde geçerli bulunan hukuk düzenininin “temeline” zarar veriyor olmalıdır.

(iii) Uygulanacak yabancı hukukun tatbikini kamu düzenine aykırılık sebebiyle engelleyen hükümlere, “kamu düzeni hükmü” adı verilmekte ve bu hükümlere başvurulması hali, “kamu düzeni hükmünün işletilmesi” şeklinde ifade edilmektedir. Japon milletlerarası özel hukuku açısından “kamu düzeni hükmü” dendiğinde esas alınacak genel nitelikteki hüküm HUGKK m.42’de bulunmaktadır. Ancak bu hükmün dışında, Bakım Ödevlerine Uygulanacak Hukuka Dair Kanun m.8/1 hükmü ile Vasiyetnamenin Şekline Uygulanacak Hukuka Dair Kanun m.8 hükmünde; yine, uygulanacak yabancı hukukun engellenmesi bakımından Japon Medeni Yargılama Kanunu m.118 bent 3 hükmünde kamu düzeni hükümleri getirilmiştir.

(iv) Milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni müdahalesi, “gerçekten ihtiyaç duyulan haller ile sınırlı olarak” kullanılması arzu edilen ve kendisinden “mümkün

²⁴²Ishiguro (n 14) 277.

²⁴³Ishiguro (n 14) 278. Bununla birlikte yazar, “tek katmanda lokalize” (一層限局 *issougenkyoku*) ifadesi ile neyi kast etmek istediğini açıklamamaktadır.

olduğunca kaçınılması salık verilen” istisnai nitelikte bir yoldur. Müdahalenin bir “acil durum çıkışı / kaçışı” özelliği taşıdığına vurgu yapılmıştır. Öte yandan, her ne kadar kamu düzeni hükmünün istisnai bir işlerliğe sahip olduğu vurgulansa dahi, hükmün kendi başına bir “istisna hükmü” şeklinde görülmediği de anlaşılmaktadır.

(v) Doktrinde, kamu düzeni anlayışının hangi temele dayandırılacağı noktasında da bir tartışma yapılmış, milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni müdahalesine başvurulurken, medeni devletlerce genel olarak kabul edilen bir kamu düzeni anlayışına mı, yoksa Japon devletinin kamu düzeni anlayışına mı dayanılması gerektiği sorusuna yanıt aranmıştır. Günümüz itibariyle ikinci görüşün yaygın şekilde kabul edildiği, kamu düzeni anlayışının “evrensel” değil “devletsel” şekilde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.

(vi) HUGKK içerisinde genel hüküm niteliğindeki m.42’nin yanısıra, “özel nitelikte bir muhafaza edici hüküm” olarak m.22’nin varlığına dikkat çekilmektedir. Bu madde ile, iç hukuk düzenini korumak adına haksız fiil ilişkileri bakımından, sınırlı kapsamda dahi olsa Japon hukukunun “mutlak surette” tatbik edilmesi istenmektedir. Bu maddenin, uygulanacak yabancı hukuku Japon hukuku lehine özel olarak askıya alan bir yapısı bulunmakta olup, özellikle birinci fıkra hükmü aracılığıyla mahkemeye, “uygulanacak hukuka gitmeden önce Japon hukukuna göre haksız fiil ilişkisinin kuruluşunu reddetme” imkânı verilmektedir. Öte yandan, doktrinde böyle bir maddeye bağlama kuralları arasında yer verilmiş olması eleştirilmekte, Hourei döneminde benimsenmiş bu kuralın yeni kanuna taşınmış olması yadırganmaktadır.

(vii) Kamu düzeni müdahalesine başvurulabilmesi için doktrinde varlığı zorunlu olarak aranan şartlar; “yabancı hukukun tatbik sonucunun olağandışı görülmesi” ve “somut olayın Japonya ile bağlantılı bulunması”dır. Doktrinde sıklıkla vurgulanan önemli bir husus, kamu düzeni müdahalesinin “yabancı hukukun kendisi” hakkında değil, o hukukun “tatbik sonucu” hakkında gündeme getirilmesi gerektiğidir. Bu husus, mahkeme uygulamasında da benimsenmiş gözükmektedir.

(viii) Kamu düzeni müdahalesinde engelleme konusu ele alınırken üzerinde durulabilecek bir başka husus, kamu düzeni müdahalesi ve önsorun arasındaki ilişkidir. Doktrinde, kamu düzeni müdahalesinin konusu olarak esas sorunun kendisinin görüldüğü, bu çerçevede önsorunun kamu düzeni müdahalesine konu kılınması ihtimâlinin pek de yüksek olmadığı ifade edilmektedir. Yabancı hukukun önsorunu idare eder şekilde tatbik edildiği hallerde, esas soruna tatbik edildiği hallere kıyasla, kamu düzenine aykırılığın daha dolaylı bir nitelik taşıdığı, gerçek anlamda bir kamu düzenine aykırılıktan bahsedilemediği ifade olunmaktadır.

(ix) HUGKK m.42 hükmü, yabancı hukukun engellenmesini mümkün kılmakla birlikte, engelleme ardından nasıl bir yol izleneceğine dair bir kural sevk etmemiş

olduğu için, yabancı hukukun dışlanması ardından nasıl hareket edileceği meselesi, doktrinde tartışılmış, bu hususta iki ana grup görüş ortaya çıkmıştır.

İlk grup, yabancı hukukun engellenmesini takiben bir kural boşluğunun doğduğunu savunmaktadır. Bu görüş içerisinde muhtelif alt görüşler mevcuttur. Bu kapsamda, boşluğun Japon maddi hukukunca doldurulması; boşluğun söz konusu yabancı hukuk tarafından doldurulması; boşluğun hukukun genel ilkeleri tatbik edilerek doldurulması; boşluğun engellenen hukuktan sonra gelen en sıkı irtibatlı yer hukukunca doldurulması şeklinde alt görüşlere rastlanmaktadır. Japon mahkemelerinin, boşluğun Japon maddi hukukunca doldurulması yolunu genellikle benimsedikleri ifade edilmektedir.

İkinci grup ise, yabancı hukukun tatbikinin engellenmesine karar verildiği an itibariyle aslında bir maddi hukuk neticesine varılmış olduğunu, dolayısıyla yeniden herhangi bir devlet hukukunu tatbik ederek engellenmiş hükmü ikame etmek gerekliliği bulunmadığını düşünmekte ve boşluğun doğumunu reddetmektedir. Bu görüş açısından, örneğin, boşanma talebine ilişkin bir olayda, boşanmayı yasaklayan bir yabancı hukukun olaya tatbiki sonucu kamu düzeninin ihlâl edileceği varsayılyorsa, aslında “boşanmanın bir kurum olarak kabul edilmesi” biçiminde maddi hukuk benzeri bir karar çoktan verilmiş olmaktadır. Bu görüşün günümüzde, özellikle doktrinde yaygın şekilde benimsendiğinden bahsedilmektedir.

(x) Boşluğun doğduğunu savunan ve Japon hukukunca doldurulmasını öneren görüşe yöneltilmiş en belirgin eleştiri, her durumda Japon hukukunun tatbik edilmesinin adil sonuçlar vermeyebileceği, kimi olaylar bakımından bir “ters etki”nin gündeme gelebileceği şeklindedir. Öte yandan, boşluğu reddeden görüşe yöneltilen temel eleştiri ise, boşanmanın bir kurum olarak kabulü veya reddi gibi iki şıktan birinin seçimini gerektiren haller açısından bu görüşün sorun yaratmayacağı; buna karşılık, iki şıktan birinin tercihi bakımından değil de boşanma nafakasının yahut tazminatın miktarına karar verilmesini gerektiren örneklerde rastlanabileceği gibi “niceliksel yönden” bir karar verilmesi de gereken durumlar bakımından, miktarın somut bir kurala (bir hukuk sistemi içerisinde yer alan) dayanarak belirlenmesinin pratik bir zorunluluk olduğu şeklindedir.

(xi) Mahkemelerce kamu düzeni müdahalesinin tartışıldığı kararların büyük çoğunluğu, farklı devletler bakımından farklı düzenlemelere konu olabilmesindeki kolaylık itibariyle “aile hukuku” alanını ilgilendirmektedir. Bununla birlikte, aile hukukunun dışında kalan konular bakımından da bu tartışmanın yapılabildiği görülmektedir. Farklı dinden kimselerin evlenmeleri üzerindeki yasağın; boşanma sonrasında annenin kendiliğinden ve kanun hükmü gereği velayet hakkından yoksun bırakılmasının; baba ile soybağı kurulmasına getirilmiş kimi yasakların yahut kısıtlamaların; yabancı patent hakkının Japonya’da ihlâli iddiasına ilişkin

men talebinin Japon kamu düzenine aykırı oluşu halleri doktrinde sıkça ve önemle bahsedilen örneklerdir. Ancak bu örnek haller dışında, çalışmada değinilen pek çok farklı uygulama örneği bulunmakta olup, bu yönüyle kamu düzeni müdahalesinin mahkemelerde çeşitlilik arz eden bir görünüm sunduğu anlaşılmaktadır.

Kaynakça / References

- Deguchi K, 'Beikoku tokkyohou no ikigaitekiyou to kokusaishihoujou no koujo' (2010) 108/4 Kokusaihougaikouzasshi (出口耕自, 米国特許法の域外適用と国際私法上の公序, 国際法外交雑誌, 2010, 108巻, 4号)
- Deguchi K, *Rontenkougi kokusaishihou* (Hougakushoin 2015) (出口耕自, 論点講義国際私法, 東京, 法学書院, 2015)
- Dougauchi M, *Pointo kokusaishihou souron* (2nd edn Yuuhikaku 2007) (道垣内正人, ポイント国際私法総論, 第2版, 有斐閣, 東京, 2007)
- Houmushouminjikyokusanjikanshitsu, 'Kokusaishihou no gendaikani kansuru youkou chuukanshan hosoku setsume'i', (2005) 123 <www.moj.go.jp/content/000071219.pdf> accessed 20 May 2018 (法務省民事局参事官室, (平成17年3月29日), 国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明) www.moj.go.jp/content/000071219.pdf
- Ikehara S, *Kokusaishihou souron* (Houritsugaku zenshuu, Yuuhikaku 1973) (池原季雄, 国際私法総論, 法律学全集, 有斐閣, 東京, 1973)
- Ishiguro K, *Kokusaishihou* (2nd edn Shinseisha 2007) (石黒一憲, 国際私法, 第二版, 新世社, 東京, 2007)
- Itou M, *Kokusaishihou* (3rd edn Koubundou 2013) (伊藤真, 国際私法, 第三版, 弘文堂, 東京, 2013)
- Kanzaki T, *Pureppu kokusaishihou* (Koubundou 2015) (神前禎, プレップ国際私法, 弘文堂, 東京, 2015)
- Kanzaki T, 'Fuhoukou ni tsuite no koujo ni yoru seigen' in Y Sakurada and M Dougauchi (eds) *Chuushaku Kokusai Shihou (Daiichi Ken)* (Yuuhikaku 2011) (神前禎, 不法行為についての公序による制限) (Kisaltma: Fuhoukou)
- Kanzaki T, Hayakawa Y and Motonaga K, *Kokusaishihou* (3rd edn Yuuhikaku 2012) (神前禎, 早川吉尚, 元永和彦, 国際私法, 第三版, 有斐閣, 東京, 2012)
- Kasahara T, *Kokusaishihou genron* (Bunshindou 2015) (笠原俊宏, 国際私法原論, 文眞堂, 東京, 2015)
- Koide K, *Chikujou kaisetsu-Hou no tekiyou ni kan suru tsuusokuhou* (Shoujihoumu 2009) (小出邦夫, 逐条解説 - 法の適用にかんする通則法, 商事法務, 東京, 2009)
- Kono T, 'Dai 42 jou Koujo' in Y Sakurada and M Dougauchi (eds) *Chuushaku kokusaishihou* (Yuuhikaku 2011) (河野俊行, 第42条 - 公序)
- Kubo I, *Kokusaishihou gairon* (Kaiteihan, 1954) (久保岩太郎, 国際私法概論, 改訂版, 1954)
- Masao S, *Kokusaishihou gairon* (Saiteihan, Yuuhikaku 1952) (實方正雄, 国際私法概論, 再訂版, 有斐閣, 東京, 1952)
- Matsuoka H, *Kokusaishihou ni okeru housentakusoku kouzouron* (Yuuhikaku 1987) (松岡博, 国際私法における法選択規則構造論, 有斐閣, 東京, 1987)
- Matsuoka H, *Gendai kokusaishihou kougi* (Houritsubunkasha 2008) (松岡博, 現代国際私法講義, 法律文化社, 東京, 2008)
- Matsuoka H (ed), *Kokusaikankei shihou nyuumon* (3rd edn Yuuhikaku 2012) (松岡博(編), 国際関係私法入門, 第三版, 有斐閣, 東京, 2012)

- Nakanishi Y and Kitazawa A and Yokomizo D and Hayashi T, *Kokusaishihou* (Yuuhikaku 2014) (中西康, 北澤安紀, 横溝大, 林貴美, 国際私法, 有斐閣, 東京, 2014)
- Nomura Y (ed), *Keesu de manabu kokusaishihou* (2nd edn Houritsubunkasha 2014) (野村美明 (編者), ケースで学ぶ国際私法, 第二版, 法律文化社, 東京, 2014)
- Nomura Y, ‘Dai 6 Shou’ in Y Nomura (ed) *Keesu de manabu kokusaishihou* (2nd edn Houritsubunkasha 2014) (野村美明, 第六章)
- Orimo Y, *Kokusaishihou kakuron* (Shinhan, Houritsugaku zenshuu, Yuuhikaku 1972) (折茂豊, 国際私法各論, 新版, 法律学全集, 有斐閣, 東京, 1972)
- Saatcioğlu, OC, ‘Hukukların Uygulanmasına Dair Genel Kurallar Hakkında Kanun (Kanunlar İhtilafı Hukuku Alanındaki Temel Japon Kanununun Türkçe Çevirisi)’ (2012) 2(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 103-130
- Sakurada Y, *Kokusaishihou* (6th edn Yuuhikaku 2012) (櫻田嘉章, 国際私法, 第六版, 有斐閣, 東京, 2012)
- Sakurada Y and Dougauchi M (eds), *Chuushaku kokusaishihou* (Yuuhikaku 2011) (道垣内正人, 櫻田嘉章 (編者), 注釈国際私法, 有斐閣, 東京, 2011)
- Sasaki S, ‘Kokusaishihou ni okeru koujo to kihonken ni kansuru kousatsu’ (2009) 17 Memoirs of Tokyo Management College 59-69 (佐々木彩, 国際私法における公序と基本権に関する考察, Memoirs of Tokyo Management College 2009, 17, 59-69) (Kısaltma: Kihonken)
- Sasaki S, ‘Minpou to kokusaishihou ni okeru koujo gainen (kokusaikazokuhou kenkyuukai houkoku : Dai19kai)’ (2011) 55/1 Touyouhougaku (佐々木彩, 民法と国際私法における公序概念 (国際家族法研究会報告第19回), 東洋法学, 第55巻第1号 2011年7月) (Kısaltma: Minpou)
- Satou F, ‘Koujoihai ni yoru gaikokuhou no tekiyouhaijo ni tsuite: Haijotaishou ni kansuru jyakkan no kousatsu’ (2016) 66/1,2 Meijouhougaku 509-536 (砂糖文彦, 公序違背による外国法の適用排除について: 排除対象にかんする若干の考察, 名城法学, 2016, 66(1,2), 509-536)
- Takasugi N, ‘Dai 2 Shou’ in H Matsuoka (ed) *Kokusaikankei shihou nyuumon* (3rd edn Yuuhikaku 2012) (高杉直, 第2章)
- Tameike Y, *Kokusaishihou kougi* (3rd edn Yuuhikaku 2005) (溜池良夫, 国際私法講義, 第3版, 有斐閣, 東京, 2005)
- Yamada R, *Kokusaishihou* (3rd edn Yuuhikaku 2004) (山田鐮一, 国際私法, 第三版, 有斐閣, 東京, 2004)
- Yamauchi K, *Wa ga kokusaishihou ni okeru koujojokou no tekiyou ni tsuite: Hikakuhou no kadai to tenbou* (Nihon hikakuhou kenkyusho 1982) (山内惟介, わが国際私法における公序条項の適用について・比較法の課題と展望, 日本比較法研究所, 1982)
- Yokomizo D, ‘Gaikokuhou tekiyouseido souron(2)’ (2013) *Nendokoukikougi kokusaishihou dai9kai*, 2013) <http://ocw.nagoya-u.jp/files/443/yokomizo_09.pdf> accessed 20 May 2018 ((横溝大, 2013年度後期講義国際私法第9回: 外国法適用制度総論, 2013)
- Yokoyama J, *Kokusaishihou* (Sanseidou 2012) (横山潤, 国際私法, 三省堂, 東京, 2012)