

## DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKUNUN MAHİYETİ (1)

Yazan : Prof. Dr. Erdoğan GÖGER

### I. Konu.

Devletler hususî hukukunun mahiyeti konusunun tekrar ele alınması milletlerarası alandaki gelişmelerin bir sonucudur. Bu gelişmeler hakkında, konumuz yönünden açık bir fikre sahip olabilmek, klasik sistem olarak bilinen *Savigny* nazariyesinin temel iki prensibini hatırlamakla mümkündür. *Savigny* nazariyesi kadar kazanılmış haklar nazariyesinin de temelini meydana getiren bu iki prensip aşağıdaki cümlelerde özetlenecektir

<sup>1</sup> Bibliyografya: **Akıpek** (Ö. İ.), Devletler Hukuku (2. Bası) Ankara 1965; **Altuğ** (Y.), Yabancıların Hukuki Durumu, İstanbul 1968; **Batiffol**, DIP, (Traité Élémentaire de Droit International Privé, 4. éd. Paris 1967); **Berkî** (O. F.), DHH (Devletler Hususî Hukuku, C. I, Ankara 1970, C. II, Ankara 1966); **Bauer** (J. P.), Das Internationale Privatrecht im Rechtssystem, Diss. Erlangen 1967 (Çoğaltılmış Nüsha); **Castel** (J. G.), Conflict of laws, (Conflict of laws, Cases, Notes and Materiels, Second Edition, Toronto 1968); **Çelik** (E.), Milletlerarası hukuk, Birinci Cilt, Gözden geçirilmiş baskı, İstanbul 1968; **De Castro** (F.), La nationalité, la double nationalité et la supra-nationalité, 102 Recueil (1961/I) s. 521-602; **Göger**, Çağdaş Akımlar, (Devletler Hususî Hukukundaki Çağdaş Akımlar, Ankara 1970); **Gönlübol**, Milletlerarası siyasî teşkilatlanma, milletlerarası siyasî teşekküllerin tarihi gelişimi ve Birleşmiş Milletler teşkilâtı, Ankara 1964; **Jenks** (Wilfred C.), The proper Law of International Organizations, London 1962; **Jennings**, General Course on principles of International Law, 12 Recueil (1964/II) s. 307-609; **Jessup** (Philip C.), Transnational Law, New Haven 1956, Yale University Press; **Kegel** (G.), The Crisis of conflict of Laws, 112 Recueil (1964/II) s. 95-263; **Makarov**, Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrecht, Stuttgart 1947; **van Panhuys**, (H. F.), The rôle of Nationality in International Law, Leyden 1959; **Parry** (Clive), Nationality and citizenship law, London 1957; **Rigaux** (François), Droit International Privé, Bruxelles 1968; **Schaetzel**, Das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht, Berlin 1958; **Seviğ** (M. R.), Devletler Hususî Hukukunun Mahiyeti, Cemil Bilsel'e Armağan, s. 455 vd.; **Seviğ** (M. R.) - **Seviğ** (V. R.), DHH (Devletler Hususî Hukuku - Giriş - Vatandaşlık, Dördüncü bası, İstanbul 1967); **Seviğ** (V. R.), Hukuk ve Ticaret dâvalarında Türk ve Yabancı Mahkemelerin Devletler Hususî Hukuku bakımından Yetkisi, İstanbul 1963; **Tyan** (Emil), Précis

- Milletlerarası toplum hayatı vardır. Bu toplum hayatının süjesi devlettir. Devletler hususî hukukunun konusu özel dâvalar ve kişisel çıkarlardır.
- İç hukukta yaratılmış olan (sübjektif) hak ve soyut hukukî ilişki kavramlarından hareketle kanunlar ihtilâfı sorunları çözümlenmelidir. Soyut hukukî kavramdan hareketle kanunlar ihtilâfı kaideleri geliştirilmelidir<sup>2</sup>.

Yukarıda ifade edilen klasik sistemin iki prensibi de liberal ekonominin ihtiyaçlarına uygundur<sup>3</sup>. Kapitalist iktisat düzeninin hukukun önceden kesinlikle tesbit edilmesi fikri, klasik sistem tarafından devletler hususî hukukunda da aynen korunmuştur. Temelde yatan bu fikre yirminci yüzyılın ikinci yarısındaki devletler hususî hukukcuları karşı çıkmaktadır.

Toplumcu görüşler devletler hususî hukukuna da sızmıştır. Soyut hukukî ilişki kavramına dayanan, tarihin ve hukuk siyasetinin tanıdığı yenilikleri uygulama imkânından yoksun olan klasik nazariye reddedilmelidir. Klasik nazariyeyi tamamen reddeden ve devletler hususî hukukunu günümüz toplumlarının ihtiyaçlarına uygun hale getirmek isteyen çabaları *Currie ve Steindorff* gerçekten ileri götürmüşlerdir. Adı geçen hukukculardan daha ılımlı olan ve burada teker teker sayılmalarına ihtiyaç olmayan müellifler de yukarıda yer alan klasik sistemin temel prensiplerinin kısmen de olsa terki gerektiğini kabul etmişlerdir<sup>4</sup>.

Klasik sistemin prensiplerinin yerini alması öngörülen yeni temel prensipler de iki tanedir.

- Milletlerarası bir toplum hayatı ve bir hukuk düzeni vardır. Kişi de devlet kadar milletlerarası toplum hayatının üyesi ve milletlerarası hukuk düzeninin süjesidir<sup>5</sup>. Devlet-

---

de Droit International Privé, Beyrouth 1966; **Unat** (I.), Notteboom Kararı ve tâbiyetin gerçekliği ilkesi, Ankara 1966; **De Visscher (Paul)**, La protection diplomatiques des personnes morales, 102 Recueil (1961/I) s. 399-510; **Wartley** (B. A.), The interaction of public and private international law today, 85 Recueil (1954/I) s. 245-341; **Weis** (P.), Nationality and Statelessness in International Law, London 1956.

<sup>2</sup> Bu konudaki fikirler yönünden **Göger**, Çağdaş Akımlar, s. 92 vd. Ayrıca, **Göger**, Devletler Hususî Hukuku, (Kanunlar İhtilâfı), Ankara 1971, s. 33.

<sup>3</sup> Karş. **Castel**, Conflict of Law, s. 15'deki izahatla.

<sup>4</sup> Karş. **Göger**, Çağdaş Akımlar, s. 32-33 ve 92'deki **Currie** ve **Steindorff**'un görüşleri ile. Adı geçen hukukcuların görüşlerinin ayrıntılı tekrarına ihtiyaç duyulmamıştır.

<sup>5</sup> **Jessup**, age, s. 3 vd.; **Wartley**, agm, s. 245-341; **Jenks**, age, s. 350'deki «The

ler hususî hukukunun konusu devletlerin adalet siyasetlerinin milletlerarası toplum hayatındaki değerinin saptanmasıdır.

- Soyut kavramlardan hareketle devletler hususî hukuku sorunlarını çözümlenmek imkânsızdır. Hukuk toplum hayatının gerçeklerinden hareket etmelidir. Sosyolojik metot hukukun tümüne hâkimdir. Devletler hususî hukuku da sosyolojik metoda dayanarak çıkarlar arasındaki mücadeleyi adil bir sonuca bağlamalıdır.

Devletler hususî hukukunu milletlerarası hukukun bir parçası sayan ve bu hukuk dalının sosyolojik metottan faydalanmasını isteyen görüş pozitif hukuktan oldukça farklıdır. Pozitif hukuk, hiç değilse kara avrupasındaki çoğunluğu itibariyle halen klasik sisteme bağlıdır. Devletler hususî hukuku iç hukukta yer alan özel hukukun bir parçasıdır. Devletler hususî hukuku fiilen soyut kavramlara dayanan bağlama kaidesi sistemini uygulamaktadır.

Klasik sistemi uygulayan kara avrupası karşısında Anglo-Amerikan hukuklarını bulmaktadır. Özellikle çağdaş Amerikan içtihatları ve Amerikan yarı resmî kodu ikinci *Restatement* klasik sistemden ayrılmıştır. 1934 tarihli birinci *Restatement* tarafından da benimsenmiş olan klasik sistemden Amerikan içtihatlarının ve ikinci *Restatement*'in ayrılması batı dünyasını olduğu kadar sosyalist bloku da etkileyecektir. Bu suretle dünyamızda devletler hususî hukukunun klasik sisteme dayanan yeknesak uygulamasından günümüzde söz etmeğe imkân yoktur.

Anglo-Amerikan camiası ile kıt'a avrupası topluluğu arasındaki görüş farkı devletler hususî hukukunun mahiyeti hakkındaki çekişmenin tekrar ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu çekişme, kanaatimizce klasik sistemin aleyhine seyretmektedir. Yirminci yüzyılın ikinci yarısındaki gelişmeler klasik sistemin dayandığı esasları destekler nitelikte değildir. Devletler hususî hukuku gittikçe milletlerarası hukukun bir parçası olmakta ve soyut bağlama kaidesi sisteminin uygulama alanı her gün biraz daha daralmaktadır.

Buradaki ana konu devletler hususî hukukunun mahiyeti hakkındaki tartışmaları incelemektir. İnceleme devletler hususî hukukunun konusu, amaçları ve kaynakları açısından yapılacaktır.

---

Conflict of laws in a new international perspective» başlığını taşıyan bölüm ve s. 256; Castel, age, s. 15 vd.; Rigaux, age, No. 2-6, s. 2 vd.; Tyan, age, s. 12, No. 19.

Buna ek olarak tâbiyet hukukunun mahiyetinden de söz edilecektir. Hakkında tartışmalar yapılan tâbiyet hukukunun da hukuk sistemindeki yeri gösterilmeğe çalışılacaktır. Milletlerarası Adalet Divanının *Notteboom* dâvasındaki kararının Anglo-Amerikan hukukcularının, tâbiyet hukukunun mahiyeti alanındaki görüşlerini destekler nitelikte olduğu da ifade edilecektir<sup>6</sup>.

## II. Konu ve amaç açısından devletler hususî hukukunun mahiyeti.

Devletler hususî hukukunun mahiyeti alanındaki tartışma çok eski tarihlere kadar inmektedir. Tartışmanın temeli devletler hususî hukukunun milletlerarası nitelik taşıyıp taşımadığı noktasında toplanmaktadır. Bir görüşe nazaran devletler hususî hukukunun konusu özel hukuk ihtilâflarıdır. «Hususî hukuk ihtilâfları ise, Hususî Hukuka mütaallik kanunlardan Medenî kanun, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunun'dan doğmaktadır. Devletler hususî hukukunun konusu, kişilerin özel çıkarlarına ilişkindir. Bu itibarla, ..... halen realiteye en uygun olan, Devletler Hususî Hukukunun beynelmül bir mahiyeti haiz olmadığı tamamen dahili hukuka giren bir hukuk olduğu hakkındaki fikirdir. Bu hukuk Devletler Umumî Hukuku gibi, Devletlerin üstünde olmayıp dahili hukuktandır»<sup>7</sup>.

Devletler hususî hukukunu iç hukukun bir parçası kabul eden görüşe karşı çıkmıştır. «... kaynak bakımından bazan iç hukuktan olduğu zehabını veren devletler hususî hukuku amacı ve konusu bakımından devletler hukukundandır, çünkü amacı milletlerarası münasebetleri devletin egemenliği, insan haklarını sağlamak, konusu da kanunların yetki alanını sınırlamaktır»<sup>8</sup>. Devletler hususî hukuku milletlerin genel çıkarlarını uzlaştırmaya çalışmaktadır. Bu itibarla, devletler hususî hukuku da devletler umumî hukuku gibi milletlerarası hukukun kollarındandır<sup>9</sup>. Devletler hususî hukukunun «fertlerin özel hukuk münasebetlerini milletlerarası açıdan ele alıp, düzenlediği göz önünde tutulunca, kanunlar ihtilâfı (veya ya-

<sup>6</sup> Yabancılar hukukunun mahiyeti hakkında yeniden bir inceleme yapılmasına ihtiyaç duyulmamıştır. Zira, bu konuda mevcut olan ve bilinen fikirlerde henüz kayda değer bir gelişme olmamıştır. Yabancılar hukukunun mahiyetine ilişkin tartışmalarda ileri sürülen fikirlerin tekrarına ihtiyaç yoktur. Yabancılar hukukunun mahiyeti hk. bkz. Altuğ (Y.), age, s. 19-20.

<sup>7</sup> Berki, DHH, C. I, s. 3-4.

<sup>8</sup> Seviğ (M. R.) - Seviğ (V. R.), DHH, s. 19. Karş. aşağıdaki dn. 16 da yer alan görüşle.

<sup>9</sup> Seviğ (M. R.), Devletler Hususî Hukukunun Mahiyeti, Cemil Bilsel'e Armağan, s. 455.

saların çatışması) nın milletlerarası hususî veya özel hukuk niteliğini taşıdığı sonucuna varılır»<sup>10</sup>. «..... Türk görüşüne göre devletler hususî hukukunun konu ve amaç bakımından tam ve kaynaklar bakımından kısmen devletler hukukundan sayılabileceğini müşahede ediyoruz»<sup>11</sup>.

Devletler hususî hukukunun mahiyeti sorununun konu, amaç ve kaynaklardan hareketle halledilmek istendiği açıktır. Bu itibarla, sorunu önce konu ve amaç yönünden sonra da kaynaklar bakımından incelemek yerinde olacaktır.

İç hukuk kaidelerinin bir ülkeden diğerine değişmesinin önemi toplumlararası ilişkilerin çok az olduğu çağlarda gereği gibi anlaşılamamıştır. Gelişen toplumlararası ilişkiler, bir yandan iç hukuk kaidelerinin ülkeden ülkeye değişmesinin hukukî sorunlar ortaya çıkardığını göstermiş, diğer yandan toplumlar arasındaki ilişkileri düzenleyecek bir hukuk dâhının gereğini ortaya koymuştur. Toplumlararası ilişkileri, daha isabetli bir ifade ile devletlerarası ilişkileri düzenleyen hukuk dâhi varlığını nispeten kısa zamanda kabul ettirmiştir. Bağımsız devletlerin birbirleriyle olan ilişkilerini düzenlemek görevi devletler umumî hukukuna yüklenmiştir. Özellikle ticarî hayatın gelişmesi sonunda, milletlerarası hayatın getirdiği her sorunun devletler umumî hukuku ile çözümlenemeyeceği anlaşılmıştır. Kişilerin milletlerarası alanda giriştikleri hukukî muamelelerden doğan sorunların çözümlenmesi devletler hususî hukukuna düşmüştür.

Yabancı unsuru taşıyan hukukî ilişkilerin iç hukuktaki müesseselere benzetmesi, bu müesseselerden devletler hususî hukuku alanında da faydalanılması gerektiği fikrine yol açmıştır. Yabancı unsuru taşıyan hukukî ilişkilere, bağlama kaidesi sistemine dayanarak yetkili kılınan iç hukuk kaideleri uygulanmıştır. Bu suretle, iç hukuk kaideleri düzenlemeyi amaç edinmedikleri bir alanda uygulama imkânına kavuşmuştur. Devletler hususî hukukunun iç hukukun bir dalı olduğu görüşü ortaya çıkmıştır. «Bazı hukukcular, Devletler Hususî Hukukunun dahili hukuktan olduğu fikrini müdafaa etmektedirler. Bunlara göre, kanun ihtilâfları ile ilgili kaideler, beynelmilel mahiyette değildir. Bunlar, hususî menfaatlardan ve şahsî dâvalardan ibarettir»<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Uluocak, Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 1968, s. 17.

<sup>11</sup> Seviğ (V. R.), Hukuk ve Ticaret dâvalarında Türk ve Yabancı mahkemelerinin Devletler Hususî Hukuku Bakımından yetkisi, İstanbul 1963, (İstanbul Üniversitesi Yayınlarından, No. 222), s. 17.

<sup>12</sup> Berki, DHH, C. I, Ankara 1970, s. 4.

Kanaatimizce incelemenin önemli noktalarından birisi burada toplanmaktadır. Devletler hususî hukuku konusunun özel çıkarlar ve şahsî dâvalar olduğu fikri uzun süre savunulmuştur. Zamanla devletler hususî hukuku konusunun özel çıkarlar ve kişisel dâvalar olmadığı görüşü kuvvet kazanmıştır. Devletler hususî hukukunun konusu devletin adalet siyasetine milletlerarası alanda geçerlik sağlamaktır. Devlet, kendi toplum yapısına uygun düşen adalet siyasetinin yabancı unsuru taşıyan olaylarda da yani milletlerarası alanda da hüküm ifade etmesini istemektedir. Bu görüş zamanımız Amerikan doktrininde hararetle savunulmaktadır<sup>13</sup>.

Doktrinde ileri sürülen devletin adalet siyasetinin milletlerarası alanda geçerliğinin sağlanması fikri Amerika Birleşik Devletleri içtihatlarına yayılmıştır. Devletin adalet siyasetinin milletlerarası alanda geçerliğini sağlamak fikrine dayanan devletin çıkarı nazariyesini benimseyen en önemli içtihat *Babcock v. Jackson* «Case» idir<sup>14</sup>. Devletler hususî hukuku, belli bir hukukî ilişki nedeniyle karşı karşıya gelen devletlerin adalet siyasetleri arasında tercih yapmak durumundadır. Bu tercih, bulunulan mahal gibi coğrafi bir nedene veyahut doğum gibi tesadüfi bir olaya dayandırılarak önceden saptanmamalıdır. Tercih, milletlerarası birarada yaşama ve işbirliği prensiplerine uygun olmalı ve olayda yer alan çıkarlar arasında dengeyi sağlamalıdır.

Her devletin kendi ihtiyaçlarına uygun bir adalet siyaseti olmalıdır<sup>15</sup>. Devletler hususî hukuku milletlerarası alanda karşı karşıya gelen adalet siyasetleri arasında tercih yapmak durumundadır. Yabancı unsuru taşıyan ve farklı devletlerin adalet siyasetlerini karşı karşıya getiren ilişkilerin ortaya çıkış nedenleri üzerinde durmağa ihtiyaç yoktur. Farklı devletlerin adalet siyasetlerini karşı karşıya getiren olayın özel hukuk alanına girmesi ve kişiler arasında meydana gelmesinin devletler hususî hukuku niteliğinin saptanma-

<sup>13</sup> Bu konuda *Currie* başta gelen müelliftir. *Currie* nazariyesi hakkında bkz. *Göger, Çağdaş Akımlar*, s. 31 vd.

<sup>14</sup> Bu konudaki içtihatlar için bk. *Conflict of Laws - Two Case Studies in Governmental Interest Analysis*, 65 Col. L. Rev. (1965) s. 1448-1462.

<sup>15</sup> Türk adalet siyasetinin oluşturulmasına ilişkin görüşleri mestek kuruluşları da ileri sürmektedir. Barolar Birliğinin Van Bölgesi toplantısında «Hukuk reformunun temel sorunları» konusunda bir konferans veren aynı birlik başkanı sayın Prof. Dr. Faruk Erem'e göre «Türk adaletinin bunu uygulayanların en geniş katkısı ile ortaya konacak bir adalet siyaseti olmalıdır. Özel hukuk ve kamu hukuku kanunları böylesine saptanacak siyaset açısından ve yeni baştan değerlendirilmelidir». 29 Eylül 1970 gün ve 16587 sayılı Cumhuriyet gazetesi.

sı yönünden önemi yoktur. Kaldı ki, zamanımızda kamu hukukuna giren konularla dahi devletler hususî hukukunun ilgilendiği bir gerçektir.

Devletler hususî hukuku devletlerin adalet siyasetlerinin karşı karşıya geldiği her halde söz konusudur. Devletler hususî hukuku, özel çıkarları ve kişisel dâvaları konu olarak almamaktadır. Bu hukuk dalının konusu devletin adalet siyasetinin milletlerarası alandaki geçerliğidir<sup>16</sup>. Millî adalet siyasetinin milletlerarası alanda uygulanmasında devletin çıkarı vardır.

Devletin adalet siyasetinin saptanmasında Anayasa önde gelen yeri işgal etmektedir. Anayasanın hükümlerine ve yabancı unsur taşıyan somut olaya uygulanacak pozitif hukuk kaidelerine dayanarak devletin adalet siyaseti saptanmalıdır. Somut olayla ilişkisi olan devletlerin adalet siyasetleri arasında tercihin, klasik devletler hususî hukukundaki bağlama kaidesi sistemine dayanarak yapılmasına imkân yoktur. Bağlama kaidesi sistemi, özel hukukta yer alan soyut hukukî kavramlara dayanmaktadır. Kişi veya mahal kıstaslarına dayanarak yetkili kanun bulunmaktadır. Bağlama kaidesi sisteminin temelinde, devletler hususî hukuku konusunun özel çıkarlar ve kişisel dâvalar olduğu esas yatmaktadır. Gerçekte devlet, kendi kanunlarının milletlerarası alanda uygulanmasını bir özel çıkarı veya kişisel dâvayı korumak amacı ile istememektedir. Devlet kendi toplumunun çıkarlarını milletlerarası alanda korumak amacını gütmektedir. Bu amacın gerçekleşebilmesi millî adalet siyasetine milletlerarası alanda, geçerlik sağlamakla mümkündür.

Devletler hususî hukukunu iç hukuktan çıkararak milletlerarası alana iten düşüncenin özelliklerini aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür.

- 1 — Devletler hususî hukuku devletlerin adalet siyasetlerinin milletlerarası alandaki değerini saptamaktadır. Bu değer genel bir nitelik taşımamakta ve olaydan olaya değişmektedir.
- 2 — Devletler hususî hukukunun amacı, devletlerarası çıkar dengesine, yanyana yaşama prensibine ve işbirliği esasına uygun düşen milletlerarası adaleti gerçekleştirmektir.

<sup>16</sup> Devletler hususî hukukunu iç hukuktaki kamu hukukuna da dahil etmek isteyen görüşler vardır. **Berki**, DHH, C. I, s. 5. Bu takdirde ülkesellik esasına geniş yer verilmiş olacak ve milletlerarası hayatın özelliklerini göz önünde bulundurmak güç olacaktır.

Bu adalet zaman ve mekâna göre değişmektedir. Bu değişiklik daimidir.

- 3 — Devletler hususî hukuku iç hukukun dışındadır. İç hukukta yer alan kamu hukuku, özel hukuk ayırımının devletler hususî hukuku yönünden değeri yoktur.
- 4 — Devletin hukuk sisteminin temelini meydana getiren adalet siyasetinin milletlerarası alana her çıkışı devletler hususî hukukunu ilgilendirir. Bu itibarla, devletler hususî hukukunun milletlerarası alana intikal eden ve kamu hukukuna giren konuları da düzenlemesi gereklidir<sup>17</sup>. Milletlerarası ceza hukuku, idare hukuku, usul hukukunu da devletler hususî hukuku terimi altında toplamak mümkündür.
- 5 — Devletler hususî hukuku gerçekte devletler üstü bir hukuk dalıdır. Devletler hususî hukuku görevlerini gereği gibi yerine getirmesini sağlayacak devletlerüstü organlara ve kaynaklara tamamen sahip değildir. Devletler görev ikileşmesi prensibinden hareketle mevcut boşluğu doldurmalıdır<sup>18</sup>. Bu boşluk doldurulurken devletlerin kendi adalet siyasetlerine, milletlerarası alanda da öncelik tanımak istemeleri tehlikesi daima mümkündür.
- 6 — Milletlerarası toplum hayatını düzenleyen bir milletlerarası hukuk vardır. Devletler hususî hukuku, devletler hukuku veya devletler umumî hukuku ayırımında ısrar edilmesi halinde milletlerarası hukukun iki ana kolu olduğu ortaya çıkmaktadır. Gerçekte ayırımda ısrar etmenin anlamı azdır. Milletlerarası toplum hayatını düzenleyen milletlerarası hukuk, hiçbir ayırıma gitmeden tümlüğünü korumalıdır.

Devletler hususî hukukunun konusunu devletlerin adalet siyasetleri arasında tercihe dayandıran ve Anglo-Amerikan hukuklarında yer alan görüşe, klasik sistem taraftarları tamamen katılmadıklarını ifade etmişlerdir<sup>19</sup>. Klasik sistemin sağlam bir siyasete

<sup>17</sup> Bu ifadeler devletler hususî hukuku adının ne derece hatalı olduğunu göstermektedir. Devletler hususî hukukunun mahiyeti hakkında kesin sonuçta erişilmeden ismine ilişkin araştırmaların isabetli olmasına imkân yoktur.

<sup>18</sup> Bu konuda farklı görüş için bkz. *Jessup (P. C.), Transnational Law, New Haven, 1956, s. 5.*

<sup>19</sup> *Kegeil, The crisis of conflict of laws, 112 Recueil (1961/II), s. 206-207.*



sahip olmaması ve keyfî olarak yürütülmesi<sup>20</sup> temel fikirde değişikliği gerektirmemektedir. Klasik sistemin temel fikri devletler hususî hukukunun kişisel çıkarları ilgilendirdiği ve kişiler arasında adaleti sağlamak istediği noktasında toplanmaktadır<sup>21</sup>. Bu temel fikir devletler hususî hukukunun mahiyetini tâyinde esas ölçü olmalıdır. Devletin adalet siyasetini uygulamadaki çıkarı devletler hususî hukukunun mahiyetini değiştirecek önemde değildir.

Devletler hususî hukukunun mahiyeti hakkındaki mevcut tartışmayı, mevzuat ve içtihatlarla dayanarak kesin olarak çözümlenmeye imkân yoktur. Devletlerin yürürlükteki devletler hususî hukuku mevzuatı esas itibariyle klasik sistemden hareket etmektedir. İchtihatların da, Amerikan hukukundaki yeni içtihatlar hariç, klasik sisteme bağlı kaldıkları bir gerçektir. Buna rağmen, gerek millî toplum hayatında, gerek milletlerarası alanda görülen gelişmeler, devletler hususî hukukunun kişisel çıkarlar ve özel dâvalar olduğu görüşünde ısrar edilmesini tamamen haklı kılmamaktadır. Önce, millî toplum sınıflaşmanın etkisi altındadır. Ülkenin adalet siyaseti hâkim sınıfın çıkarlarına göre düzenlenmiştir. İşçi sınıfının hâkim olduğu bir devletin, kendi adalet siyasetini yabancı unsuru taşıyan bir hukukî olay hakkında da uygulamak istemesi normaldir.

Sonra, sınıflararası mücadelenin de üstünde olan toplumun genel çıkarları sosyal hayatta her geçen gün ağırlık kazanmaktadır. Devlet toplum çıkarları nedeni ile devamlı olarak özel hukuk alanına müdahale etmektedir. Miras hukuku, aynî haklar, aile hukuku gibi özel hukukun temel müesseselerinde dahi, kişisel çıkarlar toplumunun temel çıkarlarının gerisindedir. Devlet özel hukuka giren konularda da toplum çıkarlarını savunmakla görevlidir. Devletin toplum çıkarını, devletler hususî hukukunda, kaideten istisnai nitelik taşıyan kamu düzeni kavramına dayanarak milletlerarası alanda koruması güçtür. Günümüzde özel hukuku etkileyen toplum çıkarının sınırları istisnai nitelikte olmaktan çıkmıştır. Devletin adalet siyaseti ve onun bir unsuru olan toplum çıkarının milletlerarası alanda uygulanmasını istemek hakkıdır. Bu itibarla, yaban-

<sup>20</sup> «..... The traditional system of conflict of laws lacks a solid basis in legislative policy and moves along quite arbitrarily.» **Kegel**, agm., 112 Recueil (1861/II) s. 206.

<sup>21</sup> «In our opinions the rules of conflict of laws can be explained by an evaluation of private interests, ..... in conflict of law (...) the interests at stake are private and the aim is justice between individuals». **Kegel**, agm., s. 207.

cı unsuru taşıyan hukukî ilişkilerde yetkili kanunun tesbiti ile devlet doğrudan doğruya ilgilidir. Devlet yabancı unsuru taşıyan gerçek olaya taraf olmamaktadır. Devlet olaya uygulanacak kanunun bulunması sorunu ortaya çıktığı halde diğer devletin karşısına çıkmakta ve adalet siyasetinin milletlerarası alanda geçerliğini sağlamak çabasına düşmektedir.

Ayrıca, klasik sistemin dayandığı kamu hukuku, özel hukuk ayırımının devletler hususî hukuku yönünden önemi olamamak gerektir<sup>22</sup>. Günümüzde devletler hususî hukukunun kamu hukukuna giren ihtilâfları da incelediği bilinmektedir. Buna ilâveten, ihtilâf konusunun girdiği hukuk dalının saptanmasının devletler hususî hukuku yönünden önemi de yoktur. Devletler hususî hukuku yönünden önemli olan ihtilâf hakkında adalet siyaseti yetkili olan devletin bulunmasıdır. Bunun bulunması, devletler hususî hukukunun olayla ilgili devletlerin anayasalarından hareket etmesi halinde mümkündür.

Nihayet, medenî hukukun dışında kalan özel hukuk ilişkilerinin çoğunda devlet dolaylı veya dolaysız taraftır. Devlet, milletlerarası nitelikteki kuruluşlar veya şirketler meydana getirmektedir. Bunların dışında, kambiyo mevzuatı, ithalât ve ihracat kaideleri, gümrük kanunları gibi hukuk kaidelerini özellikle milletlerarası ticarete ihmal etmeğe imkân yoktur. Aynı mevzuatın aile hukuku ve akdî olmayan borçlar alanında da önemi vardır. Bu konuda nafaka alacağını düşünmek yeterlidir.

Devletler hususî hukukunun mahiyeti hakkındaki ihtilâfı bir kaç cümlede özetlemek mümkündür. Devletler hususî hukuku, konusu özel çıkarlar ve kişisel dâvalar olan iç hukukun bir dalı mıdır? Yoksa, devletlerin adalet siyasetlerinin milletlerarası alandaki geçerliğini gösteren milletlerarası hukukun bir parçası mıdır? Bu ihtilâfı, kanaatimizce mevcut şartlar altında kesin olarak çözümlenmek güçtür. Ancak, günümüz gelişmeleri devletler hususî hukuku konusunun devletlerin adalet siyasetlerinin milletlerarası alanda geçerliği olduğu hususundaki fikirleri destekler niteliktedir. Gelişmelerin kesin nitelik kazandığını iddia etmek için zaman henüz erkendir. Gelişmelerin gelecekteki seyri devletler hususî hukukunun mahiyeti hakkındaki tartışmanın kesin olarak çözümlenmesini sağlayacaktır (22-a).

<sup>22</sup> Bu noktadaki açıklamaları **Steindorff**'un görüşleri ile karşı. Adı geçen müellifin görüşleri için bkz. **Göger**, *Çağdaş Akımlar*, s. 93 ve orada adı geçenler.

<sup>22a</sup> Karş. **Göger**, *Devletler Hususî Hukuku*, (Kanunlar İhtilâfı), Ankara 1971, s. 20-21 ile.

### III. Kaynaklar açısından devletler hususî hukukunun mahiyeti (23).

Devletler hususî hukukunun iç kaynakları olduğu kadar milletlerarası kaynakları da vardır. Ancak, devletler hususî hukukunun kaynakları arasında ağırlık taşıyan iç kaynaklardır. Millî kanun koyucu devletler hususî hukukuna ilişkin kaideleri getirmektedir. Bu kaideler ve millî yargı organlarının içtihatları devletler hususî hukukunun ana kaynağıdır<sup>23</sup>. Bu suretle, devletler hususî hukukunu iç hukuktan saymanın yolları açılmak istenmiştir.

Devletler hususî hukukunun ana kaynağının iç hukuk olduğu görüşünün doğruluk derecesi sınırlıdır. Devletler hususî hukuku konusunun aile hukuku, akdî borçlar ve haksız fiillerden ibaret sayılması halinde iç kaynakların, sınırlı da olsa üstünlük taşıdığını iddia etmek mümkündür. Devletler hususî hukuku konusunun genişletilmesi halinde iç kaynakların önemlerini kaybettikleri görülmektedir. Sigorta hukuku, deniz ticaret hukuku, hava hukuku, iş hukuku, kıymetli evrak hukuku, şirketler hukuku, ticarî işletme, ticarî bey, denizaşırı satış mukaveleleri, kamulaştırma ve devletleştirme tasarrufları, milletlerarası ikraz mukaveleleri, kambiyo mevzuatı gibi konulardan doğan ihtilâflar da, devletler hususî hukukunun kapsamına girmektedir. Devletler hususî hukuku konusu kapsamının aile hukuku, akdî borçlar ve haksız fiilleri aştığı günümüz gerçeklerindedir. Konusu kapsamı genişlemiş olan devletler hususî hukuku sadece millî kanun koyucu tarafından getirilen kaidelerle düzenlenmemektedir.

Devletler hususî hukukunun konusu kapsamının gelişmesi, bu hukuk dalının milletlerarası kaidelerle olan ilişkisinin artmasını kolaylaştırmıştır. Deniz ve kara nakliyatı, ticarî bey, denizaşırı satış mukavelesi alanlarında milletlerarası kabule mazhar olmuş tip mukaveleler ve usuller ortaya çıkmıştır. Herhangi bir devletin kanun koyucusu tasarrufuna ihtiyaç kalmadan tip mukaveleler, genel usuller veya genel kaideler bütün dünyada uygulama imkânına kavuşmuştur.

<sup>23</sup> Devletler hususî hukukunun kaynaklarına ilişkin incelemelerde klasik sisteme dayanan mevzuat ağırlık taşımaktadır. Çoğunlukla ondokuzuncu yüzyılın sonlarında veya yirminci yüzyılın ilk yarısında tedvin edilmiş olan dünya devletleri mevzuatları klasik sistemden hareket etmektedir. Bu gerçek, milletlerarası kaynakların yavaş yavaş ortaya çıkmasını engellemiştir. Bu da, devletler hususî hukukunun milletlerarası hukuka doğru kaymakta olduğu intibamı vermektedir.

<sup>24</sup> Batiffol, DIP, No. 19, 20.

Milletlerarası ikraz mukaveleleri alanında da bağımsız devletlerin yasama ve yargı organlarının müdahalelerine ihtiyaç kalmadığı anlaşılmaktadır. Bu konuda en açık örneği Dünya İmar ve Kalkınma Bankası ile Milletlerarası Kalkınma İdaresinin yaptıkları ikraz antlaşmalarında görmek mümkündür. Bu ikraz antlaşmaları hakkında borç veren kuruluşun getirdiği ve hiçbir devletin kanun koyucusu tarafından kabul edilmemiş bulunan kaideler uygulanmaktadır<sup>25</sup>.

İş hukukundan doğan kanunlar ihtilâfı alanında ise iç kaynaklardan söz etmek güçtür. İş mukavelelerinden doğan milletlerarası ihtilâflar yönünden de bağlama kaidesi sistemi yerine antlaşmalarla maddî kaideler getirme yolunun seçildiği bilinmektedir. Maddî hukuk kaidesi getiren konvansiyonların, yabancı unsuru taşıyan ve iş hukukuna giren ilişkilere uygulanması esastır. Bu esasa uymayan devletlerin Milletlerarası Çalışma Teşkilâtı Statüsünün 26 ıncı maddesine göre Milletlerarası Çalışma Bürosuna şikâyet hakkı vardır. Ayrıca Milletlerarası Çalışma Teşkilâtı Statüsünün 37 inci maddesi hükmü ile yabancı unsuru taşıyan hizmet akitleri yönünden Milletlerarası Adalet Divanına önemli yetkiler tanınmıştır<sup>26</sup>.

Burada ifade edilmesi gereken ve milletlerarası alanda önemli bir yeri olan yeknasak usuller ve muameleleri gösteren örnek kaidelere de değinmek gereklidir. Bu konuda, 1941 tarihli Amerikan Dış Ticaret Tarifnameleri (Revised American Foreign Trade Definition, 1941), 1953 tarihli *INCOTERMS* (International Rules for the Interpretation of Trade Terms - 1953), Avrupa ekonomik topluluğu ve Ekonomik Yardımlaşma Konseyi (COMECON) tarafından üye devletlerin istifadeleri için hazırlanmış bulunan genel satış, teslim, ithalât, ihracat şartları örnek olarak gösterilebilir. Bu örnekler akdî borçlar alanında yer alan irade muhtariyeti esasının, her geçen gün ne ölçüde sınırlandığını göstermektedir.

*York-Anvers* kaideleri, belgeli akreditif hakkındaki yeknasak usuller gibi örnekler ile uzatılmasına ihtiyaç görülmeyen bu izahata antlaşmaları da eklemek gereklidir. Antlaşmalar ikili bir yol uy-

<sup>25</sup> Bu konuda bkz. Göger, Çağdaş Akımlar, s. 154 ve oradaki örneklere. Milletlerarası kuruluşların tutumu karşısında doktrin «droit anational» sistemine doğru akış olduğu görüşünü ortaya koymuştur. Seyersted, *Applicable Law in relations between intergovernmental Organizations and private parties*, 122 *Recueil* (1967/III) s. 607.

<sup>26</sup> Belirtilen statü metni için bkz. Işık (Rüçhan), *Türk İş Hukukunun Milletlerarası Kaynakları*, Ankara 1967, s. 19 ve 24.

gulamaktadır. Bu yollardan biri bağlama kaidesi yeknasaklığıdır. Kambiyo senetlerine ilişkin 1931 ve 1933 tarihli Cenevre Konvansiyonu bağlama kaidesi yeknasaklığına yönelmiştir. Diğer yol iç hukuk kaidelerini yeknasaklaştırmaktır. Bu usule özellikle ulaştırma konusunda başvurulduğu görülmektedir<sup>27</sup>. Bunların yanında, konsolosluk mukavelelerine de değinmek gereklidir. Konsolosluk mukaveleleri miras, vesayet, diplomatik evlenme gibi aile hukuku konularına ilişkin hükümler getirmektedir. Türkiye ile İtalya arasındaki 9 Eylül 1929 tarihli konsolosluk mukavelesinin 20 ve 21 inci maddeleri<sup>28</sup>, Türkiye ile Arnavutluk Cumhuriyeti arasındaki 1 Mayıs 1928 tarihli Konsolosluk mukavelesinin 12, 16 ve 17 inci maddeleri<sup>29</sup> örnektir. Bu konuda ikamet mukaveleleri ile ticaret ve seyrisefain mukavelelerini de unutmamak gereklidir. Örnek olarak, Türkiye Cumhuriyeti ile İsviçre Federal hükümeti arasındaki 5 Ocak 1928 tarihli ikamet mukavenamesi<sup>30</sup>, Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Hükümeti Kraliyesi arasında 28 Mayıs 1929 tarihli Ticaret ve seyrisefain mukavenamesi<sup>31</sup> gösterilebilir.

Nihayet, ondokuzuncu yüzyılın sonlarından itibaren toplanmakta olan La Haye konferanslarını ve bu konferansların ortaya koydukları mukaveleleri de unutmamak gereklidir. Çoğunlukla şahsî hale ilişkin konuları düzenleyen La Haye mukaveleleri de Devletler hususî hukukunun milletlerarası kaynaklarından<sup>32</sup>. Bunun yanında kuzey birliğinin, panamerikan birliğinin ve Benelux devletlerinin kanunlar ihtilâfına ilişkin antlaşmalarını da belirtmek gerekir<sup>33</sup>. Bu antlaşmalar dahi devletler hususî hukukunun milletlerarası kaynakları arasında yer almaktadır. Gelişmekte olan Avrupa Birliğinin de kanunlar ihtilâfına ilişkin bağlama kaidesi veya maddî hukuk kaidesi getirmesi mümkündür.

Devletler hususî hukukunun içtihatlar yönünden de milletlerarası kaynakları vardır. Milletlerarası alandaki hakem mahkemelelerinin kararları sayısının çokluğuna ve konularının değişkenliğine işaret etmek gereklidir. Ayrıca, Milletlerarası Adalet Divanı da unu-

<sup>27</sup> Örnekler için Göger, Çağdaş Akımlar, s. 152.

<sup>28</sup> C. 12 Düstur (T. III) s. 264-309.

<sup>29</sup> C. 9 Düstur (T. III), s. 306-332.

<sup>30</sup> C. 9 Düstur (T. III) s. 113-125.

<sup>31</sup> C. 10 Düstur (T. III) s. 1417-1487.

<sup>32</sup> Bu antlaşmalar listesi için bk. Kegel, IPR, s. 73-76; Ayrıca, van Hoogstraten (M.H.), Codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conference de La Haye, 122 Recueil (1967/III) s. 333-419.

<sup>33</sup> Battifol, DIP, No. 34; Kegel, IPR, s. 78-79.

tulmamalıdır. Divan statüsünün 38/1-c madesinde yer alan *medeni milletlerce kabul edilen genel hukuk prensipleri* esası *ius gentium* getirilmesine yönelmiştir<sup>34</sup>. Milletlerarası Adalet Divanının adı geçen maddeye dayanarak devletler hususî hukuku sorunları hakkında maddî hukuk kaideleri getirmesi mümkündür<sup>35</sup>. Bu kısa izahat milletlerarası içtihatların, devletler hususî hukukunun kaynakları arasındaki yerinin küçümsenmemesi gerektiğini göstermek için verilmiştir.

İç kaynakların ağırlık taşıdığı hallerde dahi milletlerarası hukukun önemli etkileri vardır. Millî kanun koyucu ve yargı organları yabancı unsuru taşıyan ihtilâfları düzenlerken iç hukuktakinden farklı düşünmek zorundadır. Devletler hususî hukuku kaidelerini iç hukuk kaidelerinden farklı nedenler etkiler. İhtilâf taraflarının özel kişiler olması ve iç hukuktakine benzer bir müessesenin söz konusu bulunması hukukçuları aldatmamalıdır. İç hukukta söz konusu olmayan kararın milletlerarası alanda geçerliği unsuru devletler hususî hukukunda ortaya çıkmaktadır. Bu unsur, gerçekte olayla ilgili devletleri karşı karşıya getirmektedir. Bu itibarla, Amerikalı hukukçu *Currie*'nin nazariyesinde ısrarla ileri sürdüğü olayca fazla kanunlarını uygulamakta çıkarı olan devletin tesbiti görüşünde gerçek payı vardır<sup>36</sup>. Kişiler arasında çıkan bir ihtilâf, yabancı unsurun bulunması halinde devletleri ve toplumları karşı karşıya getirmektedir.

Bu ifadelerle, devletler hususî hukuku alanında milletlerarası kaynakların mutlak üstünlüğünü savunmak amaç edinilmemiştir. Devletler hususî hukukunda milletlerarası kaynakların küçümsenmemesi gerektiği açıktır. Milletlerarası örgütlenme henüz oluşum halindedir. Bu oluşum sona ermeden devletler hususî hukukunun kaynakları konusunda kesin bir sonuca erişmek güçtür. Günümüzdeki gelişmeler devletler hususî hukukunun kaynaklar yönün-

<sup>34</sup> Divan statüsünün 38/1-c maddesi hükmü hakkındaki görüşleri iki noktada toplamak mümkündür. Bunlardan ilki milletlerin iç hukuklarına dayanarak genel hukuk prensipleri saptanmalıdır. Diğerine göre, iç hukuklardan bağımsız bir *ius gentium* yaratılmalıdır. Bu iki görüşü telif etmek isteyen üçüncü bir fikir de mevcuttur. Bu konuda bkz. **Jennings**, *General Course on principles of International Law*, 121 Recueil (1967/II) s. 327-600, konu yönünden s. 399 vd.; Ayrıca karşı. **Gönlübol**, *Milletlerarası Siyasî Teşekküllerin Tarihi Gelişimi ve Birleşmiş Milletler Teşkilâtı*, Ankara 1964, s. 295; **Çelik**, *Milletlerarası Hukuk*, İstanbul 1969, s. 81-86.

<sup>35</sup> Milletlerarası Adalet Divanı kararları hk. bkz. **Batiffol**, *DIP*, No. 29.

<sup>36</sup> Bu nazariye hk. bkz. **Göger**, *Çağdaş Akımlar*, s. 35 vd.

den iç hukuktan sayılmasını destekler nitelikte değildir. Aksine, günümüzdeki gelişmelerin devletler hususî hukuku milletlerarası kaynaklarının ağırlıklarının arttığı iddiasını destekler niteliktedir. Ayrıca, belirtmek istenen husus, milletlerarası örgütlenmenin gelişmesine bağlı olan kaynaklardan hareketle devletler hususî hukukunun hukuk sistemindeki yerinin tâbininin güçlüğüdür. Kaldı ki, bir hukuk dalının mahiyetinin tâbininde konu ve amaçlar kaynaklardan daha önemli bir yer işgal etmelidir.

#### IV. Tâbiyet hukukunun hukuk sistemindeki yeri.

Tâbiyet bağının iç hukuk yönünden olduğu kadar milletler arası hukuk yönünden de önemi vardır. Tâbiyet bağının ikili yönü bir yandan millî toplum hayatının, diğer yandan milletlerarası hayatın varlığının sonucudur. Bağımsız devletlerin varlığı ve insanların bu devletlerden birisine bağlı olması gereği de göz önünde tutulmalıdır<sup>37</sup>. İngiliz hukuk sistemi tâbiyetin ikili yönünü eskiden beri kavramıştır. Bunun en önemli belirtisi, İngilizce sık sık eş anlamda kullanılan iki tâbiyet teriminin varlığıdır<sup>38</sup>. Bunlar «*Nationality*» ve «*Citizenship*» terimleridir. İngiliz hukuk dilinde bu iki terim arasında fark vardır. «*Nationality*» terimi tâbiyetin milletlerarası yönünü ifade etmekte, «*Citizenship*» terimi iç hukuk açısından tâbiyeti karşılamaktadır<sup>39</sup>.

Özellikle Anglo-Amerikan hukuklarında yer alan ikili ayırım tâbiyet hukukunun hukuk sistemindeki yeri konusunda yapılan tartışmaların devamına yol açmıştır. Anglo-Amerikan hukuklarının kabul ettikleri genel esaslara göre, milletlerarası alandaki tâbiyet (*Nationality*) kavramını iç hukuktaki tâbiyete dayanarak tanımlamağa imkân yoktur<sup>40</sup>. Tâbiyet bağı, milletlerarası hukuk yönünden, devletin diğer devletlere karşı haklara sahip olmasına veya yükümlülükler altına girmesine yol açmaktadır. Tâbiyet bağı, iç hukuk

<sup>37</sup> Tâbiyet hukukunun ikili yönü hk. bkz. van Panhuys (H.F.), *The rôle of nationality in international law*, Leyden 1959, s. 24 vd.

<sup>38</sup> Weis (P.), *Nationality and Statelessness in international law*, London 1956, s. 4.

<sup>39</sup> Weis (P.), *age.*, s. 5. «..... the terms nationality and citizenship emphasize two different aspects of the same notion: State membership. Nationality stresses the international, citizenship the national municipal aspects». İngiliz hukukundaki bu ayırımı Türk hukukundaki milliyet ve tâbiyet ayırımı ile karşılaştırmak mümkün müdür? Milliyet teriminin Devletler hukukundaki anlamı hk. bkz. Akipek, (Ö.İ.), *Devletler Hukuku*, İkinci Kitap, Ankara 1965, s. 87.

<sup>40</sup> Weis (P.), *age.*, s. 34.

yönünden ise, devlet ile tebaa arasındaki hak ve yükümlülükler temel olmaktadır<sup>41</sup>. İç hukuktaki tâbiyet milletlerarası alandaki tâbiyete uygun düştüğü oranda milletlerarası alanda geçerlidir<sup>42</sup>.

Bu kısa inceleme sonunda ortaya çıkan ilk sorun tâbiyet hukukunun iki ayrı niteliğe sahip olup olmadığıdır. Bu sorunun, cevaplandırılması gereklidir.

Tâbiyetin kişileri devlete bağlayan hukukî ve siyasî bağ olduğu görüşü, özellikle Fransız ihtilâlinde sonra kara avrupasında hâkim olan fikirdir<sup>43</sup>. Buna göre, tâbiyet belli bir devletin iç hukuk düzeni ve siyasal yapısı tarafından saptanan hakların ve yükümlülüklerin yöneldiği kişileri gösteren bir statü niteliğindedir. Bu görüş devletsel teorinin sonucudur<sup>44</sup>. Devletsel teori, 1842 tarihli Prusya Vatandaşlık Kanununda ifadesini bulmuştur<sup>45</sup>. Devletsel teorinin tâbiyet kavramını sadece devlet yönünden ele aldığı açıktır. Devletsel teori nazari niteliktedir. Devletsel teori tâbiyetin sosyolojik yönünü belirtmemektedir. Bu teori insanın iradesini ve çıkarını gözden uzak tutmaktadır. Tâbiyet devlet kadar kişileri de ilgilendirmektedir. Bu itibarla, devletsel teori sosyal gerçeklerle bağdaşmamaktadır<sup>46</sup>.

Tâbiyet sosyal bir olayın hukukî ifadesidir. Tâbiyet soyut nitelikte değildir. Fiilî bir olaya hukuken sonuç atfedilmektedir. Soyut hukuk kavramlarından hareketle tâbiyetin saptanması toplum ve kişilerin çıkarlarına aykırıdır<sup>47</sup>. Kişi, ekonomik ve sosyal hayatına intibak ettiği toplumun bir parçasıdır. Sosyolojik teoriye dayanan *Common Law* ülkede ikamet eden herkesin, yerli yaban-

<sup>41</sup> *Wels* (P.), age, s. 60 vd.

<sup>42</sup> Tâbiyetin iki ayrı yönünü ifade etmek için farklı terimlere başvurulduğu görülmektedir. Örneğin, hukukî siyasî yönden tâbiyet ve etnolojik - sosyolojik açıdan tâbiyet kavramları kullanılmaktadır. *van Panhuys*, age., s. 37 vd.

<sup>43</sup> Bu konuda *Makarov*, *Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrecht*, Stuttgart 1947, s. 17 vd., 107 vd.; *Schaetzel*, *das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht*, Berlin 1958, s. 1-2.

<sup>44</sup> Devletsel teori - La théorie étatique hk. ayrıntılı bilgi için *De Castro* (F.), agm., 102 Recueil (1961/I) s. 548/550.

<sup>45</sup> «Prusya Tebaası sıfatının kazanılması ve kaybedilmesine ilişkin Kanun», *Makarov*, age, s. 19 vd.; *Schaetzel*, age, s. 2-3.

<sup>46</sup> *De Castro*, agm., s. 554.

<sup>47</sup> Sosyolojik teori için bk. *De Castro*, agm, s. 552.



cı ayırımı yapılmadan bütün haklardan, siyasî haklar dahil faydalanması esasını benimsemiştir<sup>48</sup>.

Tâbiyetin ikili görünüşü doktrinde ayırımlar yapılmasına yol açmıştır. Kanaatımızca bu ayırımların hepsi sosyolojik teori ile devletsel teorinin farklı şekillerde adlandırılması sonucudur. Bunları, şekli tâbiyet, görevsel tâbiyet<sup>49</sup> veya iç hukukta tâbiyet, milletlerarası tâbiyet<sup>50</sup> veyahut hukukî tâbiyet, gerçek tâbiyet<sup>51</sup> olarak özetlemek mümkündür. Şekli tâbiyet, iç hukukta tâbiyet veya hukukî tâbiyet terimleri devletsel teoriyi açıklamaktadır. Sosyolojik teoriye dayanan terimler ise görevsel tâbiyet, milletlerarası hukukta tâbiyet ve gerçek tâbiyettir. Bu ayırımların iki ayrı tâbiyet hukuku ile karşı karşıya bulunduğumuz intibamı vermeleri mümkündür. Bu halde, her iki tâbiyet hukukunun mahiyetini ayrı ayrı saptamak gerekecektir. Doktrinin iki ayrı tâbiyet hukukunun meycut olduğu kanaatını uyandıran ayırımlarına milletlerarası içtihatların katılmadıkları anlaşılmaktadır.

Tâbiyet tanımlamasını inceleyen Milletlerarası Adalet Divanı ayırımları bir araya toplamak istemiştir. Divana göre tâbiyet kavramı tektir. Tâbiyet kavramı iki ana unsuru, yani hukukî ve fiili unsurları bünyesinde toplamıştır. Milletlerarası Adalet Divanının tanımlaması aşağıdadır.

«Tâbiyet, temelinde bir toplumsal bağlılık vakıası, karşılıklı hak ve görevlerle birlikte gerçek (effective-genuine) bir varlık, menfaat, ilgi ve duygu dayanışması yatan bir hukukî bağıdır. Denilebilirki, tâbiyet ister doğrudan doğruya kanun vasıtasıyla, ister yetkili makamın tasarrufuyla verilsin, kendisine izafe edilen ferdi, bu tâbiyeti izafe eden devletin halkına herhangi bir devletin halkına nazaran daha sıkı bağlarla bağlı olduğu vakıasının hukukî ifadesinden ibarettir»<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Common Law'un ülkede ikamet eden yerli yabancı arasındaki eşitliği kabul eden prensibini bozan İngiliz mevzuatı hk. bkz. Altuğ (Y.), age., s. 95-97; Common Law'daki tarihi gelişim yönünden Parry (C.), age., s. 3-4 vd.

<sup>49</sup> De Castro, agm, s. 552 «La nationalité formelle et la nationalité fonctionnelle»

<sup>50</sup> De Castro, agm, s. 557 «La nationalité de droit interne et la nationalité de l'ordre international».

<sup>51</sup> De Castro, agm, s. 560. «La nationalité de droit, La nationalité réelle ou de fait». Ayrıca, Unat, age, s. 22; Batiffol, DIH, No. 59, 62 vd.; Notteboom kararına göre iç hukuka dayanarak kurulan tâbiyet bağı gerçek olduğu oranda milletlerarası alanda geçerlidir. De Visscher, agm, s. 416.

<sup>52</sup> Metinde yer alan Milletlerarası Adalet Divanı tanımlaması Unat, age., s. 21'den aynen alınmıştır. Ancak dipnotlarına yer verilmemiştir.

Tanımlama, hukukî unsuru ve gerçek unsuru açıkca kapsamaktadır. Bu suretle tâbiyetin farklı unsurları bulunan bir tek kavram olduğu açıktır. Bu tek kavrama ilişkin olan tâbiyet hukuku da bir bütündür. Bu bütünün hukukî mahiyetinin saptanması gereklidir.

Tâbiyet hukukunun mahiyeti hukukî unsur ile gerçek unsur arasındaki dengeye bağlıdır. Bu iki unsurdan en çok ağırlık taşıyanı tâbiyet hukukunun mahiyetine yön verecektir<sup>53</sup>.

Tâbiyetin gerçekliği ilkesi yani sosyolojik unsur, millî yasama organlarının getirdikleri vatandaşlık kanunlarının sınırını meydana getirmektedir. Toplumla sosyolojik ilgisi bulunmayan kimsele-ri soyut hukuk kaidelerine dayanarak vatandaş saymağa imkân yoktur. Millî kanun koyucu vatandaşlık kanunlarını düzenlerken sosyolojik gerçeklerden hareket etmek durumundadır. Sosyolojik gerçeklere uygun bir vatandaşlık kanunu milletlerarası alanda geçerlidir. Şu halde, tâbiyetin gerçekliği ilkesi yani sosyolojik unsur varılmak istenen «*genel amaç*»tır. Milletlerarası Adalet Divanı da tâbiyetin gerçekliği unsurunu, tâbiyet hukukunun genel amacı olarak kabul etmiştir<sup>54</sup>.

Tâbiyet hukukunun *genel amacı* pozitif hukuk kaidesi niteliğindedir<sup>55</sup>. Bu pozitif hukuk kaidesi milletlerarası niteliktedir. Millî kanun koyucunun getirdiği vatandaşlık kanunları milletlerarası nitelikteki pozitif hukuk kaidesine uydukları ölçüde geçerlidir. Bu sonucu Tâbiyet İhtilâflarından doğan bazı meselelerle ilgili 1930 tarihli La Haye sözleşmesinin 1 inci maddesi hükmü de teyit etmiştir. Adı geçen hükme göre, devletin kendi vatandaşlarını tâyin için millî mevzuatıyla getirdiği kaideler, ancak «..... milletlerarası teamüle ve tâbiyet konusunda genel kabule mazhar hukuk ilkelerine uygun olmak şartıyla diğer devletler tarafından tanınacaktır»<sup>56</sup>.

Yukarıdaki satırlarla varılmak istenen sonuç tâbiyet hukukunun milletlerarası bir genel amacının mevcut olduğudur. Bu genel amaç tâbiyetin gerçekliği yani sosyolojik unsurdur. Milletlerarası

<sup>53</sup> Bu iki unsur arasındaki ilişki yönünden **Batiffol**, DIP, No. 62. «Il semble peu douteux aujourd'hui que la configuration des Etats, donc la nationalité de droit, doivent s'inspirer principalement de la nationalité de fait». Ayrıca bk. **Uluocak**, age, s. 23 vd.

<sup>54</sup> Bu sonuç için **Unat**, age, s. 19.

<sup>55</sup> «... Divanın, tâbiyetin gerçekliği ilkesini kapsamı geniş bir pozitif hukuk kuralı saydığı sonucuna varmak yanlış olmayacaktır». **Unat**, age, s. 19.

<sup>56</sup> **Unat**, age, s. 19.

sosyolojik gerçeklerden hareketle kişilerin devletler arasında dağılımını sağlamak, tâbiyet hukukunun genel amacı olmaktadır. Tâbiyet hukuku genel amacının kişi ile devlet arasında hukukî ve siyasî bağ kurmak olmadığı günümüzde açıkça anlaşılmıştır. *Genel amaç* tâbiyet hukukunun mahiyetini saptamalıdır. *Genel amaç* açısından tâbiyet hukukunun milletlerarası hukukun bir parçası olduğunu iddia etmek mümkündür.

Tâbiyetin hukukî unsuru ile gerçek unsuru arasında uygunluk olması kaidedir. Bu iki unsur arasında uygunluk olduğu sürece *genel amacın* gözden kaçması mümkündür. Ancak, hukukî unsur ile gerçek unsur arasında uygunluk bulunmaması halinde, bu sonuncunun önemi ve ağırlığı ortaya çıkmaktadır<sup>57</sup>.

Genel amacı yönünden milletlerarası hukukun bir parçası olan tâbiyet hukukunun devletler umumî hukuku ve devletler hususî hukuku ayırımındaki yerinin saptanması gereklidir. Bunu yapabilmek için tâbiyet hukukunun milletlerarası hukuk yönünden önem taşıyan özelliklerini gözönünde bulundurmak gereklidir. Tâbiyetin, konumuz yönünden milletlerarası hukukla olan ilişkilerini diplomatik himaye, devletin tebaasını ülkesine kabul yükümlülüğü, kişilerin milletlerarası statüsünün tesbiti, millî kanun bağlama kaidelerinin gerçekleşmesi, haklardan istifade ve milletlerarası antlaşmaların uygulanması noktalarında toplamak mümkündür<sup>58</sup>. Bu sayılan noktalar tâbiyet hukukunun devletler hususî hukuku ve devletler umumî hukuku ile olan ilişkisinin ne ölçüde dengeli olduğunu göstermektedir.

Bu dengeye rağmen, tâbiyet hukukunun devletler umumî hukuku ve devletler hususî hukuku ayırımındaki yerinin saptanmasını sağlayacak fikirler ileri sürülmektedir. Tâbiyet bağının devletin diğer devletlere karşı hak ve yükümlülüklerini göstermekte

<sup>57</sup> Karş. **Unat**, age., s. 23-24. Burada konu ile dolaylı ilgisi olan ve fakat kanunlar ihtilâfı yönünden önem taşıyan gelişmeye işaret etmek gereklidir. Kanaatımızca, tâbiyetin gerçekliği ilkesi, kanunlar ihtilâfı alanında yer alan ve de facto ikametgâh kavramından hareket eden görüş ile aynı yöndedir. Her iki çaba bağlama kaidesi birliğine hizmet eder niteliktedir. Bu fikirlere dayanarak kara avrupasında yer alan millî kanun esası ile Anglo-Amerikan hukukunda yer alan ikametgâh kanunu esasına ortak bir noktada toplamak mümkündür. Bu konuda karş. **Göger**, Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfı), Ankara 1971, s. 49-51.

<sup>58</sup> International protection ve The duty of admission hk. ayrıntılı bilgi için **Weis**, age., s. 35-60; Tâbiyetin milletlerarası hukuk ile olan diğer ilişkileri ayrıntılı olarak **van Panhuys**, age., s. 41-220'de sıra ile incelenmektedir.

olduğunu ileri sürmek ve bu suretle tâbiyet hukukunun devletler umumî hukukuna dahil etmek mümkündür. Buna karşı tâbiyeti devletler hususî hukukuna sokmak isteyen görüş de vardır. Tâbiyet hukukunu devletler hususî hukukuna dahil eden doktrin, tâbiyetin hareket noktasının kişilerin milletlerarası statüsünü saptamak olduğunu ifade etmektedir<sup>59</sup>. Bu iki görüş arasında bir tercih yapmak güçtür.

Bu güçlük karşısında başka çıkar yol aramak mümkündür. Diğer çıkar yol tâbiyeti hukuk ilminin *sui generis* bir dalı olduğunu kabul etmektir<sup>60</sup>. Bu suretle, tâbiyet hukukunun iç hukukla olan ilişkileri de kolaylaştırılmış olmaktadır.

---

<sup>59</sup> Batiffol, DIP, No. 6. «La nationalité ainsi envisagée forme le point de départ nécessaire de l'étude de la situation juridique de l'individu dans les rapports internationaux».

<sup>60</sup> van Panhuys, *age*, s. 34-35.