

**FRANSIZ UYGULAMASINDAN DÖRT MAHKEME KARARI VE
TARTIŞMA KONUSU BİR SORUN: YARGIÇ YABANCI
ÜLKENİN DEVLETLER HUSUSİ HUKUKU
SİSTEMİNİ İZLEYEBİLİR Mİ?**

Dr. Yücel SAYMAN

Giriş :

Bu yazımızda, ayrıntılarına girmeden, yalnız genel görünüşüyle «yargıç önündeki yasalar çatışmasını kendi devletler hususi hukuku sistemine göre mi çözümlenmek durumundadır?» sorununa değineceğiz. Tartışmayı uygulamadan örnekler sunup ortaya atmayı düşündük. Sunacağımız, Fransız mahkemelerinin dört değişik kararı. Örnekleri Fransız uygulamasından seçmemizin bir etkisi de şu olacaktır: pozitif hukuk açısından «eğer yargıç yabancı devletler hususi hukuku sistemini izleyecekse, bu dahi yargıcın kendi sisteminin sonucudur» denebilir. Oysa, Fransa açısından, kararlar böyle bir gözlemle çelişir. Yabancı ülkede elde edilmiş bir kararın Fransa'da tenfiz edilebilmesi için aranan koşullardan biri de, yabancı mahkeme kararının yetkili yasa uyarınca verilmiş olmasıdır. Yetkili yasa ise «Fransız yasalar çatışması kuralının» gösterdiğiidir. Yani, Fransız yasalar çatışması kuralına aykırı olarak elde edilen bir karar Fransa'da tenfiz edilemez (1). Oysa, kararlar incelendiğinde görülür, varılan sonuçların tümü Fransız yasalar çatışması kuralına aykırı düşmekte.

*
**

(1) Özellikle 7 Şubat 1965 Munzer kararından sonra bu durum kesinleşmiştir. Bkz., BATIFFOL, Henri; *Traité élémentaire de droit international privé*, 4. bası, s. 825, no. 726.

Olay 1 — Tribunal Civil de la Seine, 18 Kasım 1901 tarihli kararı (2).

İtalyan karı koca Almanya'da boşanırlar. İtalya'da boşanma yoktur; 7 Şubat 1875 tarihli Alman yasası ise, Alman mahkemelerinin, Almanya'da oturan yabancıları boşarken, yabancının imparatorluk yasaları (İmparatorluk Anayasası Mad. 2 § 1) ile çelişen millî yasasının gözetilmeyeceğini söyler. Boşanan kadın bir Alman'la evlenir; onun soyadını alır. Bu nedenle de Fransız Orlean demiryolları şirketine başvurur: istediği, sahip olduğu, şirkete ait tahvillerden eski soyadının silinerek yenisinin yazılmasıdır. Şirket kabul etmez. Anlaşmazlık Fransız yargıcı önüne gelir.

Kadın Almanya'da geçerli olarak boşandığını, ikinci evliliğinden kazandığı yeni soyadının tahvillere geçirilmesi gerektiğini öne sürer. Şirket, Fransız devletler hususi hukuku sistemine dayanır: yasalar çatışması kuralı, ahkâmı şahsiyeye ilgililerin millî yasasının uygulanacağını söyler; olayda bu yasa İtalyan yasasıdır ve boşanmayı kabul etmez. Öyle ise boşanma geçerli değildir; kadın ikinci evliliğini öne sürüp isim değişikliği iddiasında bulunamaz.

Fransız yargıcı şu gerekçelerle kadını haklı bulur: Alman mahkemesi İtalyan karı kocayı Alman devletler hususi hukuku sistemine uygun olarak boşamıştır. İlgililerin milli yasasının boşanmayı kabullenmemesinin önemi yoktur; kararın İtalya'da tenfiz edilemeyeceği Fransız mahkemesini ilgilendirmez; Fransız mahkemesi ancak kararın tenfizinin Fransız kamu düzenine aykırı düşmemesini gözetir. Gerçi Fransız yasalar çatışması kuralı ahkâmı şahsiye için ilgililerin millî yasasının uygulanacağını söyler; ancak bu kural, Fransız mahkemeleri önünde anlaşmazlık konusu olan iktisap edilecek bir hak için geçerlidir; eğer yabancı ülkede iktisap edilmiş bir hakkın geçerliği söz konusu ise ve bu konuda iki egemen devlet kendini yetkili görüyorsa, üstelik bu ülkelerden birinin mahkemesi de karar vermişse, kural uygulanmaz.

Fransız mahkemesinin verdiği karardan şu sonuç çıkıyor: olay Fransa dışında oluşmuştur ,o anda Fransa ile ilgisi yoktur. Bu nedenle Fransız yargıcı anlaşmazlığı yalnız Almanya ve İtalya'nın egemenliklerini ilgilendirir bulmuştur. Yargıç, dışarıda iktisap edilmiş hakkın geçerli olup olmadığını çözümlemesi gerektiğinde, Fransız

(2) Clunet, 1902, s. 103 - 108.

yasalar çatışması kuralını uygulamamıştır. Bu durumda olayla ilgili Alman, ya da İtalyan yasalar çatışması kuralından birini izlemesi gerekiyordu. Yargıç bunlardan birinin zaten uygulandığını gözetmiş, o yasalar çatışması kuralına göre boşanmanın geçerli olduğuna karar vermiştir.

*
**

Olay 2 — Tribunal Civil de la Seine, 11 Temmuz 1908 tarihli kararı (3) :

Arjantin vatandaşı karı koca kendi ülkelerinde ayrılık kararı alırlar; Arjantin'de boşanma yoktur. Kadın, Avrupa'da bir Amerikalı ile tanışır; evlenmek isterler. Kadın boşanmak üzere Amerika'ya gider. New York Yüksek Mahkemesi ikametgâh kriterini uygulayarak boşanmaya karar verir. Evlenirler. Sonra, kadın Fransız mahkemesi önünde ikinci evliliğin butlanını öne sürer: Fransız yasalar çatışması kuralına göre boşanmaya milli yasa olan Arjantin yasası uygulanmak gerekir. Bu yasaya göre ilk evlilik devam etmektedir. Öyle ise ikinci evlilik batıl olmalıdır.

Fransız mahkemesi şu gerekçelerle kadını haksız bulur: Ahkâmî şahsiyeye millî yasanın uygulanacağını öngören kural, iki yabancı söz konusu olduğunda, Fransız yargıcı için bağlayıcı değildir. Boşanmayı kabullenmeyen bir devlet, bir başka ülkede geçerli olarak boşanıp yeniden evlenmiş vatandaşının bu ikinci evliliğini batıl sayabilir. Ancak ikinci evlilik, evlenme yeri ülkesinde geçerliyse, olayı değerlendirmek durumunda bulunan bir üçüncü devlet yargıcı duruma göre bu geçerliği kabullenebilir.

Fransız mahkemesinin kararından şu sonuç çıkıyor: boşanmaya karar verildiğinde olayla ilgili olarak Arjantin ve Amerikan yasalar çatışması kuralları yetkili gözükmektedir. Bu nedenle, Fransız mahkemesi, Amerikan mahkemesince verilmiş boşanma kararının geçerliğini çözümlerken kendi yasalar çatışması kuralını uygulamamıştır. Olaya zaten Amerikan mahkemesince karar verildiğini gözetmiş, geçerliği oranın yasalar çatışması kuralına göre değerlendirmiştir.

*
**

(3) Clunet, 1919, s. 286-391.

Olay 3 — Cour de Rabat, 24 Ekim 1950 tarihli kararı (4) :

Uzun yıllardan beri Fransa'da oturan italyan vatandaşı erkek, Fransa'da bir Fransız vatandaşı kadınla evlenir. Mal rejimlerinden doğacak hukuki ilişkileri düzenleyici sözleşme yapmamışlardır. Kadının evlenme ile İtalyan vatandaşı olur. İki yıl sonra birlikte Fas'a gelir, Fransız bölgesinde yerleşirler. Bu arada ayrılık kararı alırlar. Mal rejimi ile ilgili sözleşme yapmadıklarından anlaşmazlık çıkar aralarında. Fas mahkemesine başvururlar. Koca, Dahir'in 15. maddesine dayanır: «Sözleşme bulunmadığı hallerde, evliliğin eşlerin taşınır ve taşınmaz malları üzerindeki etkisini, kocanın evlilik anındaki milli yasası düzenler. Eşlerin, ya da içlerinden birinin vatandaşlığını değiştirmesi mal rejimi üzerine etkili olamaz.» Kocanın evlilik anındaki milli yasası italyan yasasıdır ve mal ayrılığını öngörür. Kadın ise savunmasını başka yönden yapar. Ben, der, Fransa'da evlendim; Fransa'da ise yasalar çatışması kuralı, sözleşme bulunmadığı hallerde mal rejimine uygulanacak yasanın eşlerin iradeleriyle seçtikleri yasa olacağını söyler; işte ben, bir sürü karinelerle mal rejimine uygulanacak yasa olarak Fransız yasasını seçtiğimizi kanıtliyorum. Fransız yasası da mal birliğini kabul eder. Dahir'in uygulanması benim Fas'a yerleşmeden önce edindiğim hakları olumsuz etkileyemez.

Rabat mahkemesi kadını şu gerekçelerle haklı bulur: protektora oluşturan hukuki ilişkilere uygulanacak 1913 Dahir yasasının 15. maddesi, evliliğin eşlerin malları üzerindeki etkisini kocanın evlilik anındaki millî yasasının yetkisi içine kor; ama Dahir değişik bir hukuki düzen öngören başka ülkede doğmuş ve elde edilmiş hakları düzenlemez. Bu nedenle, eşler evliliğin aktedildiği ve uzun yıllardan beri oturdukları Fransa'nın öngördüğü mal rejimi sistemi içinde evlenmiş addolunmalıdırlar.

Rabat mahkemesinin kararından şu sonuç çıkıyor: evlenme aktedildiği anda mal rejiminden doğacak hukuki ilişkilerin Fas'la hiç bir bağıntısı olmayacağı açıktır ve olmamıştır. Bu nedenle, mahkeme, evlenme ile ortaya çıkan rejimin mal ayrılığı mı, yoksa mal birliği mi olacağını söylemenin Fas yasasına düşmediği sonucuna varmış, aslında uygulanması gereken Dahir'i uygulamaktan kaçın-

(4) Revue Critique de Droit International Privé, 1952, s. 89-95, note Franceskakis.

mıştır. Olayla ilgili Fransız ve İtalyan kuralları arasında seçim yapması gerekince de, bu konuya hiç değinmemiş, olaya doğumuyla birlikte uygulanmış görünen Fransız devletler hususi hukukuna göre sonuca varmıştır.

*
**

Olay 4 — Cour d'Appel de Paris, 19 Mart 1965 tarihli kararı (5) :

Osmanlı Bankası, Kırım savaşı ertesinde, mali kaynak bulma zorunluğu hisseden Osmanlı İmparatorluğu Hükûmeti ile Fransız ve İngiliz sermayedarları arasında akdedilen bir sözleşme ile kurulmuş anonim şirkettir. Kuruluş statüsüne göre Banka'nın idare merkezi Türkiye'dedir. Oysa, mali, idari, hukuki ve teknik idare İngiltere'den yürütülür; bir deyişle, «gerçek idare merkezi» İngiltere'de bulunur. Banka'nın Fransa'da bir işletmesi vardır; yönetim kurulu, ya da onun yerini tutan organ, kısmen Fransa'da, kısmen İngiltere'de toplanır.

Bankanın Lübnan vatandaşı iki hissedarı Fransız mahkemesine başvurarak, genel kurulun aldığı kararların tümünün iptalini isterler: kararlar 24 Temmuz 1867 tarihli emredici nitelikte Fransız yasasına, bu arada diğer başka yasalara da aykırı olarak alınmıştır. Davacılar iddialarını şu yönden yürütürler: Genel kurul, kararlarını Türk yasalarına uygun olarak almıştır; oysa Fransız yasalar çatışması kuralı bu konuda «gerçek idare merkezi» yeri olan İngiliz yasasına yetki tanır; İngiltere'ye göre ise Banka İngiliz hukukunun yetkisi dışında kalır; öyle ise, yargıç «gerçek idare merkezinin» Fransa'da olduğunu gözetmek zorundadır. Bankanın Fransa'da işletmesi var, yönetim kurulu kısmen Fransa'da toplanıyor, Türkiye'deki idare merkezi de 1953 den bu yana «gerçekliğini» kaybetmiş; gerçek idare merkezinin Fransa'da olduğunu kabullenilince, olaya Fransız yasası uygulanmak gerek; kararlar Fransız yasasına aykırı; demek ki iptal edilmeliler.

Fransız yargıcı şu gerekçelerle Lübnanlı hissedarların isteğini reddeder: «Her ülkenin devletler hususi hukuku sistemi ancak kendi yararlar alanını ilgilendiren hukuki ilişkiler üzerine söz sahibi olma-

(5) Clunet, 1966, s. 118-138, note Goldman.

da yetkilidir; öyle ise yargıcın yasalar çatışması sistemi, yargıcın ülkesi ile hiç bir bağı olmayan, yabancı ülkede doğmuş, oluşmuş ve sonuçlarını yitirmiş hukuki ilişkileri düzenlemez.» Fransız yargıcı kendi devletler hususi hukuku sisteminin uygulanmayacağını söylemiş, ama sonra «yardımcı sistem» olarak yine Fransız yasalar çatışması kuralına başvurmuş: bu kurala göre olayda yetkili yasa bankanın gerçek idare merkezinin bulunduğu yer olan İngiliz yasasıdır; İngiliz yasası ise «kuruluş yeri» kistasını benimser; bankanın bulunduğu yer Türkiyedir. Böylece yargıca göre atıf yoluyla Türk yasası yetkili oluyor. Kararlar da zaten Türk yasalarına uygun. Demek ki iptalleri gerekmiyor.

Fransız mahkemesinin verdiği karardan şu sonuç çıkıyor: söz konusu hukuki ilişki yabancı bir ülkede doğmuş, oluşmuş ve sonuçlarını yitirmiştir; Fransa'nın yararlar alanına da girmez. Bu nedenle, yargıç hukuki ilişkiye Fransız devletler hususi hukuku sisteminin uygulanmayacağını söylemiştir. Bir deyişle, yargıç diğer kararlarda bulunmayan teorik bir gerekçeye dokunmuştur: yargıcın devletler hususi hukuku sistemi uygulanmıyor, çünkü hukuki ilişkinin yargıcın ülkesi ile hiç bir bağıntısı yok; yabancı ülkede gerçekleşmiş.

I — TEORİK ALANDA TARTIŞMALAR :

A — Yargıç yasalar çatışmasına kendi devletler hususi hukukundan hareketle mi çözüm getirmeli?

Anlaşmazlık konusu olan olaya ya da hukuki ilişkiye, içerdikleri çeşitli yabancılık unsurları dolayısıyla birden fazla ülke yasası somut çözüm getirmek için kendilerini yetkili görürse, bu yasalardan hangisinin uygulanacağına davaya bakan yargıç karar verir. Bu seçimi de kendi hukukunda oluşturulmuş kurallara uyarak yapar. Kısaca yargıcın devletler hususi hukuku sistemi, yabancılık unsuru içeren olay ya da hukuki ilişkiye hangi ülke yasasının uygulanacağını gösteriyor. İşte klâsik doktrinin yerleşmiş kabullenilen öğretisi.

Ancak, bu öğretinin bazı hallerde yasalar çatışmasının karmaşık yapısına yeterince açıklık getirmediği de görülmüş, öğretiye yer yer karşı çıkılmış. Yazarların bir kısmı — iyice azınlıkta kalsalar da — yargıcın uygulanacak yasayı yabancı ülkenin kurallarında arayabileceğini ileri sürmüştü. Bu yönde gelişen tartışmanın özü, savunulan

görüşler ne denli değişik olursa olsun, yargıcın bazı hallerde kendi devletler hususi hukuku sistemini bir yana itip, yabancı bir ülkenin devletler hususi hukuku sisteminden hareket edip edemeyeceği.

Konu, teorik alanda, bildiğimiz kadarıyla atıf nazariyesi tartışılırken belirmiş: davaya bakan yargıç, olaya yabancı ülkenin yasalar çatışması kuralının gösterdiği yasayı uygulayabilirmi? Sonra, daha olumlu bir biçimde, yargıcın yabancı ülkenin yasalar çatışması kuralından hareket edebileceği müstesna haklar teorisine destek olmuş, nihayet, iktisap edilecek haklar açısından dahi öneri tekrarlanmış.

B — Devletler hususi hukuku sisteminden ne anlaşılmalı?

Yukarıdaki teorik tartışmanın belirli bir çizgiye çekilmesi için öncelikle, bir ülkenin «devletler hususi hukuku sisteminden» ne anlaşılacağını saptamak gerekiyor. Böylece, yargıcın kendi öz devletler hususi hukuku sistemini bir yana itebileceği durumlarda aslında ne gibi kuralları uygulamayacağı belirlenmeli; sonra, teorik olarak bu işlemin önerilip önerilemeyeceği tartışılmalı.

a — *Klâsik doktrinin anlayışı.* Klâsik doktrin, yasalar çatışmasının çözümünde tek metod ve tek bir çözüm tipi olduğunu öğretir bize. Tek metod şu: önce, bir ülke sınırları içine sığdırılmayan insansal ilişki ele alınır; sonra, o ilişkiyi birden fazla ülke yasasının düzenlemek isteyeceği, bu nedenle söz konusu yasaların çatıştığı düşünülür; sonunda insansal ilişkinin en belirli biçimde bağlandığı ülkenin yasasının yetkisi kabullenilir; eğer bu yasanın uygulanması ile ortaya çıkan somut durum, davayı gören yargıcın ülkesindeki temel öğelere aykırı düşerse, kamu düzeni kavramı daha önce en üstün yetkisi olduğu kabullenilmiş yasanın uygulanmasını önler.

Böylece, «tek metodun» önerebileceği «tek çözüm tipi» de «yasalar çatışması kuralı» oluyor: insansal ilişkiyi belirli bir hukuk kategorisi içinde gözetip, o kategorinin unsurları ya da özelliği bakımından insansal ilişkinin hangi ülkeye daha belirli biçimde bağlandığını söyleyen kural.

İşte, klâsik doktrinin «devletler hususi hukuku sistemi», genel görünüşüyle, düzenlenmiş yasalar çatışması kurallarının bütünü oluyor. Bu görüş içinde de: — yargıç kendi devletler hususi hukuku sisteminden hareket edecek! dendiğinde, somut çözüm getirecek ülke yasasını yargıcın yasalar çatışması kuralının göstereceği anlaşılır.

Savigny'den beri tek çözüm tipi imiş gibi kabullenilen yasalar ça-

tışması kuralının bu uygulanış biçimine ilk karşı çıkış atıf nazariyesinin tartışmasında görülür: «Yasalar çatışması kuralı yargıç için emredici kuvvettedir?»

Atfı yerenler, nazariyenin yabancı bir yasalar çatışması kuralının uygulanmasına yol açtığını söylediler; oysa, böyle bir şey egemenlik kavramıyla bağdaşmaz; yasalar çatışması kuralı bir yerde devletin egemenliğini yansıtır; her ülkenin kendine öz yasaları, kuralları vardır ve yabancı yasalar, kurallar sınırlarda takılır kalırlar. Atfa karşı yapılan bu tenkidi BARTIN ustalıkla savuşturdu: her ne kadar atıf ile bir yabancı yasalar çatışması kuralı uygulanıyorsa da, bu durup dururken değil, iç hukukun emri üzerine oluyor. Yani devlet bir bakıma kendi kurallarının uygulama alanını kendi sınırlandırıyor. Eğer bu egemenliğin törpülenmesi olacaksa, önemli değil; çünkü bunu isteyen ve kabullenen devletin kendisi.

1 — *Bu anlayışa göre tartışmaya verilen yön.* Sonunda, atfın kabulünün devletin egemenliğiyle bağdaştığı doğrulandı ama, yasalar çatışması kuralının yargıç için bağlayıcı gücü üzerine tartışmalar devam etti,

aa — *Yasalar çatışması kuralı devletin egemenliğini yansıtır.* Bir kısım devletler hususi hukukçularına göre, yasalar çatışması kuralı iç hukuktaki yasaların uygulama alanını yer itibariyle kayıtlar; yani devletin yasama yetkisini sınırlar. «— Bir hukuki ilişki bu yasanın yetkisine mi? yoksa o yasanın yetkisine mi girer?» diye sorulduğunda, verilen cevapta saptanan hangi yasanın bağlayıcı kuvvetini söz konusu hukuki ilişkiye uzatacağıdır; oysa, bir yasa, yasa koyucunun iradesini yansıttığından bağlayıcıdır. Demek ki, gerçekte, söz konusu hukuki ilişkiyi hangi ülke yasa koyucusunun düzenleyeceği saptanıyor! İşte bu yönüyle, yasalar çatışmasının çözümü «her biri egemen yasa koyucuları arasında yapılan seçimden» ibaret. Öyle olunca da, yasalar çatışmasının çözümü devletin egemenliğini ilgilendiren bir sorun olup çıkıyor (6).

Bu görüşü çürütmeye kalkanlar, düşünce tarzının kendi öz mantığı ile çeliştğini koydular ortaya! Nedir düşünce tarzındaki başlangıç noktası? Birden fazla ülkenin iç hukukundaki yasaları çatışmaktadır. Böylece devletin egemenliği de, aynı hukuki ilişkiyi düzen-

(6) PİLLET, A.; Principes de Droit International Privé Français, Paris 1903, s. 66-67 ve 275-276.

lemek isteyen iç hukuk yasaları düzeyinde belirlemekte. İşte bu başlangıç noktası varılan sonuçla çelişkiye düşecek: değilmi ki yasalar çatışması kuralının amacı iç hukuktaki yasaların uygulama alanlarını yer itibariyle belirtmek, böylece devletin yasama yetkisini sınırlamak; değilmi ki bu işi yapan yasalar çatışması kuralı devletin egemenliğini yansıtır; o halde devletin egemenliği de değişik bağlama noktaları öngören yasalar çatışması kuralları düzeyinde belirir, yoksa iç hukuk yasaları düzeyinde değil (7).

Egemenlik sorunu, ister çatışan iç hukuk yasaları düzeyinde, ister yasalar çatışması kuralları düzeyinde belirsin, sonuç bakımından fazla bir değişiklik yok. Egemenlik kavramını silâh olarak kullanan kimse için yargıcın yabancı ülke yasalar çatışması kuralını kendi öz kurallarına tercih etmesi düşünülemez. Yasalar çatışması kuralı emredici nitelikte ise yargıcı bağlar.

Yine de egemenlik sorununu çatışan iç hukuk kuralları düzeyinden alıp, yasalar çatışması kuralları düzeyine çıkartmak ileri bir adım olmuyor değil. Bize yasalar çatışması kuralının emredici nitelikte olduğunu çürütmek yolunu gösteriyor. Bu bir kanıtlansa, yargıcın kendi öz yasalar çatışması kuralına gözünü kapatabileceği de savunulacak (8).

bb — Yasalar çatışması kuralının amacı bireylerin milletlerarası yaşantılarının düzenlenmesi ve devletin yararidir.

Egemenlik kavramının bu biçim kullanımına karşı bazı devletler hususi hukukçuları şöyle itiraz ederler: devletin yetkisinin yasalar çatışması kuralı ile sınırlandırılması, o devletin egemenliğini yansıtmaz; böyle bir sınırlandırma işlemi, bireylerin özel yaşantılarını gereğince düzenleme ve devletin yararını koruma kaygusuyla yapılır (9). Yasalar çatışması kuralının oluşturulmasında güdülen

(7) FRANCESKAKIS, Ph. La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, Paris 1958 no. 130, s. 134.

(8) Yasalar çatışmasının «egemenliklerin çatışması» olarak gözetilmesinin, olumsuz yasalar çatışmasında mutlaka atfın yerilmesini gerektirmediğini Franceskakis kanıtladı (Renvoi, s. 121-135). Ama bu, yargıcın kendi yasalar çatışması kuralını bir yana itebileceğini doğrulamıyor ki! Çünkü atıf (bir başka biçimde, yabancı ülke yasalar çatışması kuralının uygulanması) öncelikle milli yasalar çatışması kuralının yetkisi kabullenilip, o uygulandıktan sonra söz konusu olur.

(9) LEREBOURS - PIGEONNIERE, Précis de Droit International Privé; 8. bası, Paris, 1962, no. 302, s. 347.

amaç, bireylerin özel yaşantılarının düzenlenmesi ve devletin yararlıdır. Çünkü, devletler arası bir anlaşmazlık değil, bireyler arası anlaşmazlıklar çözümleniyor yasalar çatışması kuralı ile... Ne var ki, bu görüş dahi, yargıcın kendi yasalar çatışması kuralından vazgeçip vazgeçemeyeceği tartışıldığında olumsuz davranıyor: her ne kadar bireyler arası özel bir ilişki çözümleniyorsa da, yapılan işlemin amacı ne olursa olsun (bireylerin özel yaşantılarının düzenlenmesi, v.s.) bir bakıma iç hukuk yasalarının uygulama alanı sınırlandırılıyor. Bu da, yasalar çatışması kuralları yordamı ile gerçekleştiriliyor. Yani «görünmez bir egemenlik çatışması» var (10).

cc — Yasalar çatışması kuralının ne amaç, ne de uygulanmasında devletin egemenliği söz konusu değil.

Bir de, yasalar çatışması kuralının ne oluşturulmasında, ne de uygulanmasında «devletin egemenliğinin» söz konusu olmadığını ileri süren hukukçular var. Yasalar çatışması kuralının amacı, milletlerarası alanda bireylerin yaşantıları ile ilgili bir hukuki ilişkiyi çözümlenecek yetkili yasayı bulmak; özü ise bireylerin milletlerarası alandaki yararları gözetilerek belirlenir. Egemenlik bunun neresinde? (11).

Yasalar çatışması kuralının bağlayıcı nitelikte olduğu söylenebilir. Yalnız normlar bağlayıcıdır yargıç için. Oysa, yasalar çatışması kuralı bir norm değil, tersine, normun nasıl bulunacağını gösteren bir işlem. Üstelik Fransız uygulamasındaki şu iki hal de yasalar çatışması kuralının bağlayıcı nitelikte olmadığını kanıtlar: a) Fransız içtihatlarının bazısına göre «yasaya karşı hilenin» gerçekleşmesi üç koşulun gerçekleşmesine bağlıdır. 1 — Bağlama noktasının fiilen değiştirilmesi, 2 — Bu değiştirme ile yasalar çatışması kuralından kaçınma amacının güdülmesi, 3 — Fransız yasasına karşı hile amacının bulunması. Görülüyor ki, Fransız yargı organları bazı kararlarında «yabancı bir yasaya karşı yapılan hileyi» cezalandırmamış (12). Bu sonuncu koşul yasalar çatışması kuralının bağlayıcı nitelikte bu-

(10) BATİFFOL, H.; traité, no. 305, s. 350.

(11) FRANCESKAKİS, PH.; Renvoi, no. 144, s. 139. BİSCHOFF, J. M.; cas d'application par le juge du for des règles de conflit étrangères; basılmamış doktora kurları, Strasbourg, 1966 - 1967.

(12) Özellikle, Trib. Civ. Seine, 4 Kasım 1954 kararı: Clunet 1955, s. 650; note Ponsard.

lanmadığını kanıtlar. Yoksa, yargıcın yasalar çatışması kuralının gösterdiği yabancı yasaya karşı yapılan hileleri de cezalandırması gerekirdi. İçtihatlardan bazıları yasalar çatışması kuralının bağlayıcı niteliğinden şüphe etmişlerse, bunun prensip olarak benimsenmesinde sakınca kalmaz (13). b) İkinci kanıt Fransız yargıtayının 12 Mayıs 1959 tarihli kararıdır (14). Bu kararda yargıtay «Fransız yasalar çatışması kuralları, hiç olmazsa yabancı bir yasanın uygulanmasını öngördüklerinde kamu düzeni niteliğinde değildir» deyip, yargıcın bu kuralları re'sen gözetmesi gerekmediği sonucuna varmış.

2 — *Bu anlayışa göre tartışmaya getirilebilecek sonuç.*

Sonuç olarak neye varıyoruz? Yargıcın yabancı bir devletler hususi hukuku sisteminden hareket edip edemeyeceği sorununu ortaya atmakla başladık işe. Sonra, klâsik doktrinin devletler hususi hukuku sisteminden yasalar çatışması kurallarının tümünü anladığını belirledik. O zaman, yargıcın kendi yasalar çatışması kuralını atlayıp, yabancı ülkenin yasalar çatışması kuralına başvurması, bu kurallara verilecek niteliğe bağlı kalıyor.

Bazı yazarlara göre, yasalar çatışması kuralı bir yerde egemen yasa koyucuları arasında seçim yapma amacı güder; yani, egemenlik çatışmasını çözümler. Yasalar çatışması kuralı devletin egemenliğinin yansımasıdır; yargıç kendi yasalar çatışması kuralı ile bağlıdır; hiç bir şekilde ondan vazgeçemez.

Diğer bazı yazarlar ise, yasalar çatışması kuralının amacının egemen yasa koyucuları arasında bir seçim değil, bireylerin milletlerarası özel yaşantılarının düzenlenmesi ve devletin yararı olduğunu söylerler. Ama yine de yasalar çatışması kuralının *uygulanmasında* egemenliğin ifadesi vardır. Yargıç kendi öz yasalar çatışması kuralı yordamı ile varmalı sonuca.

Nihayet bazı devletler hususi hukukçuları da, yasalar çatışması kuralının ne amacında, ne de uygulanmasında devletin egemenliğinin söz konusu olmadığını savunurlar. Bu görüş, yargıcın kendi yasalar çatışması kuralından hareket etmesi gerekmediği sonucuna

(13) Bischoff, J. M.; a.g.e.

(14) Revue Critique de Droit International Privé, 1960, s. 63, note Batiffol; Clunet 1960, s. 821.

varır (15), (16). Zaten «yargıcın mutlaka kendi yasalar çatışması kuralını uygulayacağı kanıtlanmaktan çok söylenegelmiştir» (17).

Kısaca, yasalar çatışmasında tek çözüm tipinin yasalar çatışması kuralı olduğunu söyleyen klâsik doktrinde ,ancak bu kuralların ne amacında, ne de uygulanmasında devletin egemenliğinin söz konusu olmadığını savunan görüş yargıcın kendi yasalar çatışması kuralını bir yana itip, yabancı bir ülkenin yasalar çatışması kuralını gözetebileceğini kabullenecektir.

b — Klâsik doktrinin anlayışına karşıt yeni bir görüş.

Klâsik doktrinin yasalar çatışmasında tek metod - tek çözüm tipi öğretisi karşısında gittikçe güçlenen bir anlayış belirmekte. Yasalar çatışmasının çözümlenmesinde bir kaç metod benimsenebilir. Her metod da kendine uygun bir çözüm tipi getirir.

Bir metodda, yasalar değişik kategoriler içinde guruplandırılıp uygulama alanları belirlenir. «Türk vergi yasaları Türkiye'de oturan herkese uygulanır» dendiğinde olduğu gibi. Yani, önce bir yasa ele alınıyor, sonra o yasanın hangi insansal ilişkiye uygulanacağı soruluyor. Bu düşünce tarzı içinde devletin hiç bir hukuk kuralının evrensel geçerli olamayacağı, uygulamasındaki sınırların dünyanın değişik hukuk sistemlerine bölünmesinden doğduğu gözleniyor. Bu me-

(15) Şüphesiz, yasalar çatışması kuralının ne amacında, ne de uygulanmasında devletin egemenliğinin söz konusu olmadığını savunan yazarların tümü bu görüşü yargıcın kendi yasalar çatışması kuralından hareket etmeyebileceğini kanıtlamak için benimsememişlerdir. Örneğin, Koppelmanas (La théorie du dédoublement fonctionnel et son utilisation pour la solution des problèmes dites des conflits de lois; Etudes en l'honneur de Georges Scelle, Paris, 1950, c. 2, s. 789); Vallindas, (La structure de la règle de conflit; Recueil des Cours de l'Académie Internationale de la Haye 1960, III, c. 101, s. 354 vd.); Maridakis, G. (Introduction au droit international privé, Recueil des cours, 1964, I, c. 105 s. 353) yargıcın yabancı bir yasalar çatışması kuralında çözüm arayabileceği sorununa hiç eğilmemişlerdir bile.

(16) Bu görüşte, GRAULICH, P.; Principes de Droit International Privé, Paris, 1960, no. 226, s. 168. MEIJERS; La question du renvoi, Bulletin de l'Institut Juridique International, c. XXXVIII 1938, s. 191 vd. MAKAROV; Les cas d'application des règles de conflit étrangères, Revue Critique de Droit International Privé, 1955, s. 431 vd. PHILANENKO, M.; La théorie du renvoi en droit comparé, Paris 1935.

(17) GRAULICH, P.; a.g.e. s. 169, no. 226 vd.

todun önerdiği çözüm tipi «doğrudan doğruya uygulanan yasalar» dır. Doğrudan doğruya uygulanma, önceden bir yasalar çatışması kuralından geçmeden anlamına... Bir bakıma, yasanın kendisi yasalar çatışması kuralı oluyor (18).

İkinci metodda, yukardakinin aksine, önce ele bir insansal ilişki alınıyor, sonra o ilişkinin hangi yasanın uygulama alanı içine girdiği belirleniyor. Bir başka deyişle, hukuki ilişkiyi düzenleyecek yasanın hangi hukuk sisteminde bulunduğu saptanıyor. «Evlilikle ilgili yasalar bütün Türk'lere uygulanır» yerine, «evlilik bireylerin milli yasaları ile düzenlenir» dendiğinde olduğu gibi. Çağdaş doktrinin tek metodmuş gibi kabullendiği bu düşünce tarzından çıkan çözüm tipi «yasalar çatışması kuralları» dır.

Üçüncü bir metodda, söz konusu ilişkiyi düzenlemek için ilgili devletlerin yasalarından biri seçileceğine, ilişki tam anlamıyla «milletlerarası» olarak nitelendirilir ve sırf o milletlerarası ilişkiyi düzenleyecek bir maddi kural oluşturulur: yani, bu maddi kural ilişkiyi doğrudan doğruya, hiç bir ülkenin yasasına — yargıçın iç hukuktaki yasası dahil — göndermeden düzenler. Bu düşünce tarzından da «maddi devletler hususi hukuku kuralları» çözüm tipi olarak çıkar (19).

Görülüyor ki, klasik doktrinin «tek metod - tek çözüm tipi» öğretisi karşısında «birden fazla metod - birden fazla çözüm tipi» görüşü - şimdilik azınlıkta da kalsa - yasalar çatışmasının karmaşık yapısına yeni bir yön vermeğe uğraşılıyor.

c — Bizim, devletler hususi hukuku sisteminden anladığımız.

Başlarken ortaya koyduğumuz «yargıç bazı hallerde kendi devletler hususi hukuku sistemini bir yana itebilir mi? İtebilirse aslında

(18) Bu görüşün etraflıca açıklanması için bkz: FRANCESKAKİS, Ph.: Renvoi, no. 47 s. 50; FRANCESKAKİS, Ph.: Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit; Revue Critique de Droit International Prive, 1966, s. 1 vd.; FRANCESKAKİS, Ph.: Conflits de lois (principes généraux), Répertoire de Droit International privé, Dalloz, 1968, c. 1.; GRAULICH, P.; Règles de conflit et règles d'application immédiate Mélanges Jean Dabin 1963, s. 629 vd. DE NOVA, R.: Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application, Mélanges Maury, c. 1, 1960, s. 377.

(19) von OVERBECK, A.; les règles de droit international privé matériel, Mélanges Kollwijn, Leyde, 1962, s. 362.

da ne gibi kuralları uygulamamış olur?» tartışmasında bizim tutumumuz kendi açımızdan bazı açıklamaları gerektiriyor.

Her ülkenin devletler hususi hukukunda yasalar çatışmasını istediği gibi, işine geldiğinde çözümleyecek bir «Düzenleme biçimi» var. Düzenleme biçimi, devletler hususi hukuku ilminin yararlandığı metodları ve bu metodların gösterdiği *çözüm tiplerinin* tümünü içerir. Yasalar çatışmasındaki çözüm tiplerini yeni gelişen doktrin ortaya koydu: doğrudan doğruya uygulanan yasalar; yasalar çatışması kuralları; maddi devletler hususi hukuku kuralları. İşte bu çözüm tiplerinin her biri düzenleme biçiminin unsurudur. Düzenleme biçimi her çözümlenmesi gereken anlaşmazlık için bir çözüm tipi öngörür.

Bu görüş içinde tartışmayla ilgili iki soru çıkıyor ortaya: yargıç hangi çözüm tipini izleyeceğini — yani, olayı iç hukuktaki yasayı doğrudan doğruya uygulayarak mı, yoksa, bir yasalar çatışması kuralının göstereceği ülke yasasını uygulayarak mı, veya, sırf o konu için oluşturulmuş maddi devletler hususi hukuku kuralını uygulayarak mı çözümleyeceğini — nerede bulacaktır? İkinci soru bunun devamı: izlenmesi gereken çözüm tipi kiminki olacaktır? — yani doğrudan doğruya bir yasa uygulanacaksa, bu hangi ülkenin yasası olacak? Eğer çözüm yasalar çatışması kuralında aranacaksa, bu kural yargıçinki mi, yoksa yabancı bir ülkeninki mi olacak?, vb. —

Bu iki sorunun tek cevabı var: anlaşmazlık konusu olay ya da hukuki ilişki çözümlenmek üzere yargıçın önüne gelince, yargıç «kendi düzenleme biçimini» izler. Cevabın anlamı ise iki yönlü 1) yargıç yararlanacağı çözüm tipini kendi ülkesinin yasalarında, ya da içtihatlarında arar; 2) söz konusu anlaşmazlık için öngörülmüş «kendi çözüm tipini» uygular. Bir örnekle açıklamak gerekirse: İngiliz karı kocanın boşanmak üzere Türk mahkemesine başvurduklarını düşünelim. Türk yargıç boşanmayı hangi çözüm tipi yordamı ile düzenleyeceğini «Türk düzenleme biçiminde» arayacak. Bu çözüm tipi yasalar çatışması kuralı. Yasalar çatışması kuralı ise, Türk yasalar çatışması kuralı: tarafların milli yasası.

Şimdi yeniden öneriye dönelim. Dedik ki, yargıç kendi düzenleme biçimini izler. İşte bu anda devletin egemenliği söz konusu oluyor. Yargıçın çözüm tipini yabancı bir ülkenin düzenleme biçiminde değil de, kendi düzenleme biçiminde araması devletin egemenliğinin yansımalarından başka bir şey değil. Yargıçın önündeki anlaşmazlığı doğrudan doğruya bir yasayı uygulayarak mı, veya yasalar çatış-

ması kuralından geçerek mi, yoksa söz konusu anlaşmazlık için oluşturulmuş maddi devletler hususi hukuku kuralı uygulayarak mı çözümleyeceğini yabancı ülkelerin yasalarında veya içtihatlarında araması egemenlik ile bağdaşmaz. Dünya egemen devletlere bölünmüş, her devlet milletlerarası alanda belirecek anlaşmazlıkları çözümleyecek düzeni kendinde bulmak ister... Milletlerarası nitelikteki bireyler arası anlaşmazlıkların çözümünde yararlanılacak çözüm tipinin saptanması işleminde egemenliğe yer verende bu!

Yine dedik ki, yargıç, izlenecek çözüm tipinin hangisi olduğunu bir kere belirleyince, «kendi çözüm tipini» uygular. İşte, devletin egemenliğinin yansıdığı bir an daha! Ama bu bir evvelkine sıkıca bağlı. Eğer devletin egemenliği öncelikle «milli düzenleme biçiminin» gözetilmesini gerektiriyorsa, bunun kaçınılmaz sonucu, yararlanılacak çözüm tipi de öncelikle milli olmalı.

Öneriyi şu şekilde tamamlamış oluyoruz: yargıç yasalar çatışmasını çözmek için *kendi* düzenleme biçimini izleyerek çözüm tipini bulur ve *kendi* çözüm tipini uygular. Bunun nedeni de devletin egemenliğidir (20).

Ancak önümüze hemen iki soru çıkıyor. Bu egemenlik nereden geliyor? Her halde mutlak olarak egemenlik söz konusu mudur? İşte bu sorulara vereceğimiz cevaplar, yargıçın yabancı bir ülkenin

(20) Doktrinde yasalar çatışması kuralının niteliği üzerine ileri sürülen fikirler görünüşte birbirleriyle hiç bağdaşmaz zannedilebilir. Oysa bu görüşlerin herbiri gerçeğin bir yanını yansıtıyor:

Vardığımız sonuç, yargıçın kendi düzenleme biçimini ve onun öngördüğü çözüm tipini uygulamasının, **devletin egemenliğini** yansıttığı idi. Bu, gerçeğin bir yanı. Her ülke belirli hukuki ilişkiler için oluşturulacak çözüm tipini seçmede özgürdür. İşte **devletin yararı** burada. Eğer devletin yararı açık ve seçik söz konusu ise, yasa koyucu hukuki ilişkiyi iç hukuktaki yasasını doğrudan doğruya uygulayarak düzenleyecektir. Nitekim Franceskakis, devletin organizasyonu söz konusu olduğu hallerde, iç hukuk yasasının doğrudan doğruya uygulanacağını söyler. Bu da gerçeğin diğer yanı. Buna karşılık, devletin yararı, ya da genel olarak Franceskakis'in deyimiyle «devletin organizasyonu» söz konusu değilse, yasa koyucu devletin yararını değil, **bireylerin yararını** gözetecek. Bu durumda, ya bir maddi devletler hususi hukuku kuralı, ya da yasalar çatışması kuralı oluşturabilir. Eğer yasalar çatışması kuralı oluşturmuşsa, kuralın muhtevası devletin yararını değil, bireylerin yararını yansıtır. Bu da gerçeğin bir başka yanı. Bu konuda etraflı bilgi için, bkz. SAYMAN, Y.; Un essai de théorie sur les sociétés commerciales en droit international privé, thèse, Strasbourg 1969, s. 25-31.

düzenleme biçimini ve o ülkenin çözüm tipini izleyip izleyemeyeceğini gösterecek.

Devletler hususi hukukunda, yasalar çatışmasının çözümünde bir çelişki bulmak mümkün. Milletlerarası bir düzen olduğu söylenir, milletlerarası hukukun varlığı savunulur; milletlerarası kuruluşlar, hatta bazı konularda yetkili milletlerarası yargı organları da vardır. Ama milletlerarası nitelikte bireyler arası bir anlaşmazlık çıktığında bunu milli mahkemeler, milli kuralları uygulayıp çözümlerler; neden? Bu nitelikte anlaşmazlıkların milletlerarası organlar tarafından düzenlenmesi gerekmez miydi?

Devletin ve bugünkü anlamı ile hukukun doğması toplu:nda sosyal sınıfların belirmesi ile başlar. İnsanlık tarihi bireylerin aralarındaki ilişkilerin, toplum düzeninin, iş bölümünün, kendiliğinden — bireylerin iradesi dışında — oluşan örf ve adet, yaşama kuralları ile; klandaki yaşlıların ve kadınların otoritesi ve onlara duyulan saygı içinde düzenlendiği bir çağın varlığını gösteriyor (21). Öyle bir çağ ki, ne toplum köle sahipleri ve köleler diye sınıflara bölünmüş, ne de «toplumu yönetmek» bir takım insanların görevi olmuş (22). Bu çağda, devletin de, bugünkü anlamı ile hukukun da varlığı öne sürülemez.

Üretim araçlarının gelişmesi ile sınıflı topluma geçildiğinde devlet ortaya çıkmış, bu gelişme içinde yasama, yargılama, yürütme kuvvetlerine sahip bir hukuk düzeni oluşmuştur. Bu iç hukuk düzenidir genel görünüşüyle. Ancak üretim güçlerinin ve araçlarının gelişmesiyle ticaret de gelişmiş, topluluklar arası ekonomik değişimler artmış, böylece insansal ilişkiler de milli sınırları aşip milletlerarası alana kaymıştır. Milletlerarası düzenin belirmesi ve gelişmesini de sınıflı topluma geçiş ve bu evrim içinde gözetmek gerek. Kendini hissettiren milletlerarası düzen kendi hukukunu da oluşturmaya başlar. Burada, iç hukuk düzeni ile milletlerarası hukuk düzeninin belirmesi ve gelişmesindeki nitelik ve nicelik farklarını gözden kaçırmamalı. Toplumun objektif evrim yasaları iç hukuk düzeninin milletlerarası hukuk düzeninden *daha önce* belirmesini ve ondan *daha süratli* gelişmesini sağladı. Sınıf dayanışması da iç hukuk düzeninin sistemleşmesini kolaylaştırdı. Oysa aynı geliş-

(21) ENGELS, F.; Ailenin, özel mülkiyetin ve devletin kökeni, Kenan Somer çevirisi, Ankara 1967.

(22) LENİNE, De l'Etat, s. 9.

me milletlerarası hukuk düzeninde bütünüyle olamadı. Bir kere, milletlerarası düzen, ancak üretim güçleri belirli bir düzeye eriştiğinde kendini hissettirdi. Böylece iç hukuk düzeni sistemleşmişken milletlerarası hukuk düzeninden ilkel biçimde söz edilmeye başlandı. Yani iç hukuk düzeni ile birlikte milletlerarası hukuk düzeni de kendi yasama, yürütme ve yargılama organlarını kazanamadı. Tabii bunda ekonomik alt yapı nedenleri, sınıf dayanışmasının kapitalizmin emperyalist aşamaya geçmesine kadar özellikle iç hukuk düzeninin gelişmesinde destek olması yanında, iktidar sahiplerinin milletlerarası organların kuruluşuna karşı olumsuz davranışları da var (23).

Bu gelişim içinde milletlerarası hukuk düzeninin kendi yasama ve yargılama organlarını kazanamaması şu gözleme götürüyor bizi: bugün devletler hususi hukuku konusu içine giren bireyler arası ilişkilerden doğan anlaşmazlıklar aslında milletlerarası organlar tarafından düzenlenmek gerekirken, bunların yokluğu nedeniyle milli organlarca düzenlenirler. Bu durumu bir sistem içinde açıklamak istersek, «milletlerarası hukuk düzeninin iç hukuk düzenine verdiği bir delegasyondan» bahsedebiliriz: değil mi ki milletlerarası düzende, ne bireyler arası ilişkileri düzenleyici kurallar oluşturabilecek bir organ, ne de bunlardan doğacak anlaşmazlıkları çözümlenecek bir mahkeme yok, öyle ise milletlerarası hukuk düzeni de bu ilişkiler için milli organların yetkisini kabullenecek.

İşte, yargıçın kendi düzenleme biçimini izlemesindeki nedenin kökenini milletlerarası hukuk düzeninin iç hukuk düzenine verdiği delegasyonda gözetmek gerek. Uygulamada, «milli düzenleme biçimini» izleme zorunu, devletin egemenliğinin yansıması olarak belirmiş. Oysa, milletlerarası hukuk düzeni kendisini ilgilendiren bir anlaşmazlığın çözümünü *genel olarak* iç hukuk düzenine bırakır; yoksa *belirli* bir ülkenin iç hukuk düzenine değil. Eğer bir ülkenin iç hukuk düzeni anlaşmazlığın kendi organlarıca düzenleneceğini öne sürüyorsa, mahkemesinin ve yasasının yetkili olması için öngördüğü bağlama kuralları gerçekleşmiş demektir. Bu bir «zihni faaliyettir». Milletlerarası hukuk düzeninin genel olarak iç hukuk düzenine bıraktığı bir anlaşmazlığı, kendi iç hukuk düzenine bağlayan bir zihni faaliyet! Peki, bu zihni faaliyet bütün anlaşmazlık konusu ilişkileri milli hukuk düzenine bağlamak için mi yapılıyor?

(23) SCELLE, G.; Précis du droit des gens, s. 23-24.

Hayır! Yalnız bir yönüyle o hukuk düzenini ilgilendiren anlaşmazlık konusu ilişkiler için. Bunu genelleştirerek diyeceğiz ki, eğer bir ülkenin hukuk düzeni, anlaşmazlık konusu hukuki ilişkiyi kendine malediyorsa, bu, hukuki ilişki doğduğu, değiştiği, ya da sona erdiği anda kendi ülkesine siyasi, hukuki, ya da iktisadi bir bağla bağlı bulunduğundandır. Bağın varlığı fiili bir durum şüphesiz. Ancak bunun hukuki kavramlarla tanımlanması zihni faaliyet sonucu oluyor. Bu işlem de ülkenin benimsediği iktisat politikasına, yerleşmiş felsefi, hukuki, dini fikirlerin düzeyine uygun yapılıyor. Kısaca, milletlerarası hukuk düzeni bireyler arası bir anlaşmazlığın çözümünü genel olarak iç hukuk düzenine bırakıyor; belirli bir ülkenin iç hukuk düzeni bunu, iktisadi, siyasi veya hukuki bir bağla ülkesine bağlandığından, kendi egemenliği içine sokuyor.

İşte, yargıçın milli düzenleme biçimini izlemesinin, devletin egemenliği olarak yansımalarının nedeni! Biz, burada egemenliğin söz konusu olmadığını kanıtlamaya uğraşmıyoruz. Tersine, egemenliğin var olduğunu ve hukuki ilişki yargıçın ülkesine siyasi, hukuki ya da iktisadi bir bağla bağlandığı için ortaya çıktığını söylemek istiyoruz.

O zaman kendi kendimize sorduğumuz bir soruyu da cevaplandırmamız gerekiyor: neden, şimdiye dek uygulamada yargıçlar bilinçli olarak, anlaşmazlık ülkelerine bağlanmadığı hallerde, kendi düzenleme biçimlerini bir yana itip yabancı ülkenin düzenleme biçimini izlemediler? Nasıl oldu da bu devletler hususi hukukçularının gözünden kaçtı?

Kanımca iki neden yasalar çatışmasının bu yanını örtüyor. Bir kere, anlaşmazlık konusu hukuki ilişki ile ülke arasında öngördüğümüz bağın özü, mutlak bir kavram olarak ele alınan, devletin egemenliği ile açıklanageldi. Sonra, devletler hususi hukuku tarihi üzerine yapılan incelemeler gösteriyor ki, anlaşmazlık konusu hukuki ilişki ile yargıçın ülkesi arasında hiç bir bağ bulunmadığı hallerde, o ülke mahkemeleri kendilerini yetkisiz görmekte işi halletme yolunu tuttular. Böylece, bu gibi hallerde yargıçın kendi düzenleme biçimini bir yana itmesi sorunu da çıkmadı ortaya: yargıç davaya bakamıyordu ki hangi düzenleme biçimini izleyeceğini kararlaştırabilirdi.

Sonuç olarak diyeceğiz ki, anlaşmazlık konusu hukuki ilişki yargıçın ülkesine siyasi, hukuki, ya da iktisadi bir bağla bağlanıyorsa, yargıç «kendi düzenleme biçimini izleyecek», onun öngördüğü

«kendi çözüm tipini» uygulayacak. Eğer, anlaşmazlık konusu hukuki ilişki yargıcın ülkesine siyasi, hukuki, ya da iktisadi bir bağla bağlanmıyorsa, yargıç «yabancı bir ülkenin düzenleme biçimini» izleyebilecek, «o ülkenin çözüm tipini» uygulayabilecek.

Bu sonuç kendi sorularını da doğuruyor: iktisadi, hukuki, siyasi bağdan ne anlaşılmalı? Bunlar ne zaman vardır, ne zaman yoktur? Yargıç yabancı bir ülkenin düzenleme biçimini izleyecekse, bu hangi ülkenin düzenleme biçimi olacak?

Bu soruların cevapları, her konu ayrı ayrı incelenerek, her biri kendi özelliklerine göre değerlendirilerek verilmek gerektiğinden, bu araştırmaları ayrı bir incelememizde yapacağız (24).

II — KARARLARIN TEORİK TARTIŞMAYA DESTEK YÖNÜ:

A — Kararlarda ortak yön :

Kararlar incelendiğinde, hepsine ortak iki temel düşüncenin varlığı belirir.

Birinci ortak temel düşünce: yargıç kendi devletler hususi hukuku sistemini bir yana iterek yabancı bir devletler hususi hukuku sistemini izlemiştir. Böylece, kendi devletler hususi hukuku sistemi uygulandığında varması gereken sonucun tam tersini kabullenmiştir.

1901, 1908 ve 1950 tarihli kararlarda, yargıç kendi yasalar çatışması kuralını, hiç bir teorik temele oturtmadan, fakat isteyerek uygulamamıştır. Klâsik doktrinin tek metod - tek çözüm tipi öğretisinde, yasalar çatışması, «yasalar çatışması kuralından geçerek» çözümlenir. Bu öğretilde, devletler hususi hukuku sistemide yasalar çatışması kurallarının tümüdür. Yukardaki kararlarda da milli yasalar çatışması kuralı milli devletler hususi hukuku sistemi yerine geçmektedir. Yani, yargıç milli devletler hususi hukuku sistemini bilecek olaylara uygulamaktan kaçınmıştır.

Birinci olayda (1901 tarihli karar) klâsik öğretilere göre yargıcın şu düşünce tarzını izlemesi gerekirdi: anlaşmazlık konusu olay boşanma; fransız yasalar çatışması kuralı (milli devletler hususi hu-

(24) Şirketlerin söz konusu olduğu yasalar çatışması ile ilgili çalışma için, bkz. Sayman, Yücel; a.g.e.

kuku sistemi) boşanmaya uygulanacak yasanın tarafların milli yasası olduğunu söyler; taraflar İtalyan'dır ve İtalya'da boşanma yoktur; öyle ise boşanma Fransız devletler hususi hukuku sistemine aykırı olarak elde edilmiştir; geçerli olamaz. Oysa, yargıç kendi devletler hususi hukuku sistemini izlememiş, böylece kendi sisteminin varacağı sonucun tam tersini, boşanmanın geçerli olduğunu kabullenmiştir.

İkinci olay da (1908 tarihli karar) aynı nitelikte. Klâsik öğretiye göre yargıç demeliydi ki, benim yasalar çatışması kuralım (milli devletler hususi hukuku sistemim) boşanmayı tarafların milli yasası Arjantin yasasının yetkisine bırakır; o ülkede boşanma yok; öyle ise boşanma benim sistemim açısından geçerli değil. Ama, yargıç bu olayda da tıpkı bir önceki gibi kendi yasalar çatışması kuralını (milli devletler hususi hukuku sistemini) bir yana itmiş, yabancı bir ülkenin devletler hususi hukuku sisteminin geçerli kıldığı boşanmayı kabullenmiştir.

Üçüncü olayda da (1950 tarihli karar) aynı yol izlenmiş. Klâsik öğreti içinde yargıç şöyle düşünmeliydi: Dahir'in 15. maddesi evliliğin eşlerin malları üzerindeki etkisini kocanın evlilik anındaki milli yasasının düzenleyeceğini söyler; olayda kocanın evlilik anındaki milli yasası İtalyan yasası; İtalya'da mal ayrılığı kabul edildiğine göre bu yönde karar vermek gerek. Oysa, yargıç Dahir'in 15. maddesini uygulamayarak milli devletler hususi hukuku sistemini bir yana itmiş, başka bir ülkenin devletler hususi hukuku sisteminin çözüm yolunu izleyerek mal birliği sonucuna varmıştır.

Dördüncü olayda ise (1965 tarihli karar), yargıç kendi devletler hususi hukuku sistemini, bu kez teorik bir temele oturularak, uygulamamıştır. Kararda «yargıçın devletler hususi hukuku sistemi» denmesi, birden fazla metod - birden fazla çözüm tipi öğretisini savunan yeni doktrine bu yönden de bir destek olmaktadır.

Bu kararda yargıç önce kendi devletler hususi hukuku sisteminin uygulanmayacağını söylemiştir. Sonra, olayla ilgili ülkelere birinin devletler hususi hukuku sistemini seçmesi gerektiğinde, Fransız yasalar çatışması kuralını «yardımcı sistem» olarak gözeterek olaya uygulamıştır. Bu sonuç şüphesiz çelişkilerle doludur. Ne var ki, konuyla ilgili olarak «her ülkenin devletler hususi hukuku sistemi ancak kendi yararlar alanını ilgilendiren hukuki ilişkiler üzerine söz sahibi olmada yetkilidir; öyle ise yargıçın yasalar çatışması sistemi, yargıçın ülkesi ile hiç bir bağı olmayan, yabancı ülke-

de doğmuş, oluşmuş ve sonuçlarını yitirmiş hukuki ilişkileri düzenleme» gerekçesi önemlidir.

İkinci ortak temel düşünce: Yargıç kendi devletler hususi hukuku sistemini, olay doğduğu, oluştuğu, ya da sona erdiği anda kendi ülkesi ile bir bağıntısı bulunmadığı için izlemekten kaçınmıştır.

Birinci ve ikinci olaylarda (1901 ve 1908 tarihli kararlar) boşanma Fransa dışında doğmuştur. Taraflar Fransız vatandaşlığında değildirler ve boşanma anında Fransa'da oturmamaktadırlar. Yani Boşanma olayının Fransa ile hiç bir ilişkisi yoktur. Bu nedenle de yargıç olayı değerlendirmek için Fransız devletler hususi hukuku sistemini uygulamamıştır. Nitekim 1901 tarihli kararın gerekçesinde «Fransız yasalar çatışması kuralı, Fransız mahkemeleri önünde anlaşmazlık konusu olan iktisap edilecek bir hak için geçerlidir; eğer yabancı ülkede elde edilmiş bir hakkın geçerliliği söz konusu ise, ve bu konuda iki egemen devlet kendini yetkili görüyorsa, üstelik bu ülkelerden birinin mahkemeleri de karar vermişse, kural uygulanmaz» denmektedir.

Üçüncü olayda (1950 tarihli karar) eşlerin mal rejimi sorununun ortaya çıktığı anda Fas'la bir bağıntısı yoktur: taraflardan biri İtalyan, biri Fransız'dır ve Fransa'da evlenmişlerdir; evlenmeden önce de, sonra da Fransa'da oturmaktadırlar. Fas'a ancak evlendikten iki yıl sonra gelip yerleşmişlerdir. Oysa, mal rejimi sorunu evlenme ile ortaya çıkar. Rabat mahkemesi Fas'da yürürlükte olan Dahir'in 15. maddesinin «değişik bir hukuki düzen öngören başka ülkede doğmuş ve elde edilmiş hakları düzenlemeyeceği» gerekçesinden hareket etmiştir.

Dördüncü olayda (1965 tarihli karar) yargıçın gerekçesi açık: «her ülkenin devletler hususi hukuku sistemi ancak kendi yararlar alanını ilgilendiren hukuki ilişkiler üzerine söz sahibi olmada yetkilidir; öyle ise yargıçın yasalar çatışması sistemi, yargıçın ülkesi ile hiç bir bağı olmayan, yabancı ülkede doğmuş, oluşmuş ve sonuçlarını yitirmiş hukuki ilişkileri düzenleyemez». Ancak kanımızca, bu gerekçenin olayda uygulama alanı yok... İstenen, genel kurulun aldığı kararların iptali; yani Bankanın işlemesiyle ilgili bir sorun. Yetkili yasa da «bankanın işlemesine ilişkin» konulara uygulanacak yasa olacak. O zaman, yargıçın kendi devletler hususi hukuku sistemini izleyip izlemeyeceği, bankanın Fransa'nın yararlar alanını ilgilendirip ilgilendirmediğine göre belirlenmeli; yoksa kararların

Fransa dışında alınması gözetilmemeli. Banka ise Fransa'nın yararlar alanı dışında değil. Bu yönden, yargıç Fransız devletler hususi hukuku sistemini uygulamakla başlamalıydı işe.

B — Kararların ayrıldığı yön :

Kararların birleşmediği nokta şu: yargıç, kendi devletler hususi hukuku sistemini uygulamaktan kaçındığında, hangi ülkenin devletler hususi hukuku sistemini izleyecek?

Birinci ve ikinci olaylarda (1908 ve 1901 tarihli kararlar) aynı sonuca varılmış. Yargıç olaya zaten bir ülkenin devletler hususi hukuku sisteminin uygulandığını gözetmiş, fiilen uygulanmış bulunan devletler hususi hukuku sistemine göre sonucun geçerli olup olmadığını araştırmıştır.

Birinci olayda, boşanma alman devletler hususi hukuku sistemine göre verilmiştir. Yargıç bakmıştır, alman devletler hususi hukukuna göre boşanma geçerli mi? İkinci olayda boşanma amerikan devletler hususi hukuku sistemine göre verilmiştir. Yargıç yine boşanmanın amerikan devletler hususi hukukuna göre geçerli olup olmadığını araştırmakla yetinmiştir.

Üçüncü olayda (1950 tarihli karar), yargıç olay için milli yasalar çatışması kuralını uygulamaktan kaçındıktan sonra, «yardımcı kural» olarak, evlenme akdinin yapıldığı yer kıstasını benimsemiş, ve bu yoldan Fransız yasasına, hatta Fransız devletler hususi hukuku sistemine başvurmuştur.

Dördüncü olayda ise (1965 tarihli karar) yargıç yine kendi yasalar çatışması kuralını, bu kez «yardımcı sistem» olarak izleyip sonuca varmıştır; Fransız yasalar çatışması kuralına göre yetkili yasa gerçek idare merkezi yeri (İngiltere) yasasıdır. İngiliz yasası ise kuruluş yeri yasasına atıf yapar. Yani, sonunda yetkili yasa olarak Türk yasası belirlemekte. İptali istenen kararlar bu yasaya uygun.

Görülüyor ki, ilk iki karar hariç, Fransız uygulamasından «yargıçın hangi ülkenin devletler hususi hukuku sistemini izleyeceği» sorusuna ortak bir cevap çıkmıyor. Ancak ilk iki karardan çıkan «olaya fiilen uygulanmış devletler hususi hukuku sistemi» sonucu birazdan göreceğimiz gibi, müktesep hakları savunan bir kısım yazarlara destek olacak niteliktedir.

III — TARTIŞMALARDAN ÇIKAN SONUÇLARIN KULLANILACAĞI YER :

Yazımızın ilk kısmında, teorik tartışmada «anlaşmazlık konusu hukuki ilişki yargıçın ülkesine siyasi, hukuki, ya da iktisadi bir bağla bağlanıyorsa, yargıç kendi düzenleme biçimini izleyecek, onun öngördüğü kendi çözüm tipini uygulayacak; eğer anlaşmazlık konusu hukuki ilişki yargıçın ülkesine siyasi, hukuki ya da iktisadi bir bağla bağlanmıyorsa, yargıç yabancı bir ülkenin düzenleme biçimini izleyebilecek, o ülkenin çözüm tipini uygulayabilecek» sonucuna varıldığını saptadık. İkinci kısımda, Fransız mahkeme kararlarının bu sonucu desteklediğini belirledik. Bu kısımda da, varılan sonucun neyi çözümlenmede kullanılacağını, genel çizgileriyle açıklamaya çalışacağız.

A — Müktesep haklar açısından :

Hemen belirtelim ki, yargıçın kendi yasalar çatışması kuralını bir yana iterek, yabancı bir ülkenin yasalar çatışması kuralını uygulaması doktrinde şu gözlemden hareketle bir çözüm yolu olarak önerilir: hukuki ilişkinin doğduğu anla, yargıçın önüne çözümlenmek üzere sunulduğu an arasında bir süreç vardır. Bir örnekle belirtirsek, eşler mal rejimleriyle ilgili sözleşme yapmadır evleniyorlar. Başlangıçta bu konuda hiç bir anlaşmazlık öne sürülmüyor. Mal rejimi ile ilgili anlaşmazlık, eşlerden birinin ölümü, ya da eşlerin boşanması ile ortaya çıkıyor. Yani, hukuki ilişkinin doğumuyla, yargıç önüne getirilmesi arasında uzunca bir süreç var. Çözümlenmesi gereken sorun, bu sürecin yasalar çatışmasının çözümüne etkili olup olmayacağı.

Doktrinin bu gözlemi üç değişik yönden ele alınabilir:

1) Hukuki ilişki, toprak ilhakı sonucu bir devletin egemenliğinden diğer bir devletin egemenliğine geçmiştir. İkinci devletin yargıç ilişkiye kendi yasalar çatışması kuralını mı, ycksa ilhak olunan ülkede evvelce izlenen yasalar çatışması kuralını mı uygulayacak?

2) Bir yasalar çatışmasının çözümü, yine bir yasalar çatışması sorunu doğuran «ön meselenin» öncelikle çözümlenmesine bağlıdır.

Yargıç ön meseleye kendi yasalar çatışması kuralını mı, yoksa ön mesele için yetkili olabilecek yabancı ülke yasalar çatışması kuralını mı uygulayacak?

3) Hukuki ilişki bir ülkenin yasalar çatışması kuralına uygun olarak doğmuştur. Sonra o ilişki bir başka ülkede ileri sürülüyor. O ülkenin yargıç, iktisap edilmiş hakkın geçerliliğini kendi yasalar çatışması kuralına göre mi değerlendirecektir?

Tek metod - tek çözüm tipi öğretisi içinde, yasalar çatışması kuralı yukarıdaki hallerden ancak üçüncüsünde bir devletler hususi hukuku sistemi olarak beliriyor. Diğer ikisinde ise, yargıçın kendi yasalar çatışması kuralını izlememesi, tıpkı atıfta olduğu gibi, kendi devletler hususi hukukunun emri üzerinedir; bu yönden, o iki halde yargıçın kendi yasalar çatışması kuralını izlememesi, kendi devletler hususi hukuku sistemini izlememesi anlamına gelmez.

Bu nedenle, biz de yalnız üçüncü hal olan müktesep haklar açısından incelememizi geliştireceğiz.

a) *Yargıçın devletler hususi hukuku sistemi dışında, yabancı bir ülkenin devletler hususi hukuku sistemi içinde elde edilmiş bir hak: müktesep hak.*

Müktesep haklar nazariyesine yalnız «yargıçın kendi devletler hususi hukuku sistemini bir yana itmesi» açısından değineceğiz. Bu nedenle, müktesep hakkın varlığını da bu açıdan gözetmek gerek. Konuyu aynı yönden işleyen doktrine göre (25), yabancı ülkede edinilmiş müktesep bir haktan söz edebilmek için genellikle üç koşul oluşmalı:

Önce, hak doğduğu, geliştiği, ya da sona erdiği anda herhangi bir bağla bağlandığı ülkenin yasalar çatışması kuralının (devletler hususi hukuku sisteminin) yetkili kıldığı yasa uyarınca doğmuş, gelişmiş, ya da sona ermiş bulunmalı. Sonra, hak doğduğu, geliştiği, ya da sona erdiği anda yargıçın ülkesine herhangi bir bağla bağlı olmamalı. Nihayet, hak yargıçın yasalar çatışması kuralına (devletler hususi hukuku sistemine) aykırı olarak doğmuş, gelişmiş, ya da sona ermiş bulunmalı.

(25) Özellikle bkz: MAKAROV; a.g.m.; WENGLER, les principes généraux du droit international privé et leurs conflits; Revue Critique de Droit International privé, 1952, s. 611; MEIJERS; a.g.m.; BISCHOFF, J. M.; a.g.e.

İşte bu anda müktesep hakkın tanınması sorunu çıkıyor ortaya: yargıç, kendi ülkesiyle bir ilişkisi bulunmadığı bir anda, fakat kendi devletler hususi hukuku sistemine aykırı olarak yabancı bir ülkede edinilmiş hakkı tanıyacak mıdır? Aynı soruyu Wengler şu örneklerle soruyor (26): Bir akit düşünelim; alıcının ve satıcının vatandaşlığında bulunduğu ülke devletler hususi hukuku sistemleri; akdin yapıldığı yer ve icra edileceği ülke devletler hususi hukuku sistemleri aynı yasaya yetki tanıyor; bu ülkeler açısından akit geçerli. Sonra, alacak bir beşinci devlet vatandaşına devrediliyor; o ülkenin devletler hususi hukuku sistemi akdin geçersizliğini gerektiren bir başka ülke yasasını yetkili kılmış. Şimdi, tesadüfen akdin geçerliği ya da geçersizliğine karar vermek durumunda bulunan beşinci devlet yargıç ne yapacaktır? Wengler, yargıçın, borcun doğduğu anda bağlı bulunduğu dört ülkenin birlikte yetkili kıldıkları ülke yasasını gözeteceğini söyler: yoksa, der, kimse milletlerarası alanda bir hakkı geçerli olarak iktisap edip etmediğini bilemez.

b) Müktesep hakkın tanınması: 1) yargıç kendi devletler hususi hukuku sistemini izlemekten kaçınır.

Doktrin, müktesep hakkın tanınmasında yargıçın kendi yasalar çatışması kuralını (devletler hususi hukuku sistemini) izlememesini, önce hukuki ilişkinin doğumuna, sonra hukuki ilişkinin niteliğine değin gözlemlere dayandırıyor (27), (28).

Hukuki ilişkinin doğumunda gözlenen temel dayanaklar şöyle: 1) hukuki ilişki yabancı bir ülkede oluşmuştur; bu, bir yerde, hukuki ilişkinin doğumuyla yargıçın önüne anlaşmazlık konusu olarak gelmesi arasında bir süreç var demektir; 2) hukuki ilişkinin oluştuğu anda yargıçın ülkesiyle hiç bir bağlantısı yoktur (29). Hukuki

(26) WENGLER; a.g.m., s. 621.

(27) Bkz. 25 no. lu dip notu.

(28) Konuyu bu açıdan ele alan bir pozitif hukuk kuralı için, bkz. Bénélux projesi 25/2 maddesi (GRAULICH, P.; a.g.e., no. 227, s. 168).

(29) Bağıntının ne zaman var olduğunu BİSCHOFF şöyle açıklıyor (a.g.e.): söz konusu hakkın unsurlarından biri mukayeseli devletler hususi hukukunda yasalar çatışması kuralı açısından bir bağlama noktası olarak kullanılıyorsa, ve de bu unsur yargıçın ülkesinde bulunuyorsa, bağıntı vardır (Mukayeseli devletler hususi hukukunda bağlama noktaları iyice belirlenmiştir. Bkz. BATIFFOL, H.; Aspects Philosophiques du Droit International Privé, Paris 1956, s. 305).

Yazara göre, ileride doğabilecek bağıntı sonucu etkilemez; meğer ki.

ilişkinin niteliğine değin gözlem de şu: müktesep hak son bir deşildiğinde, «süreç içinde yasalar çatışması» çıkar ortaya. Bu neden, müktesep hak sorununun çözümlenmesinde süreç içinde yasalar çatışmasına uygulanan kurallardan yararlanmaya götürüyor (30). Kaldı ki, bu kurallar toprak ilhakinden doğan çatışmaların ve «oynak çatışmaların» (conflits mobiles) çözümünde yardımcı olmakta! Neden, müktesep haklara da uygulanmasın? Eğer *Bartın*, oynak çatışmalar diye adlandırılan «bağlama noktasının değışmesi sonucu, uygulanacak yetkili yasanın da değıştiği bir hukuki ilişki söz konusu olunca, geçici çatışma (droit transitoire) kurallarından yararlanır» diyorsa, müktesep haklarda bu haydi haydi mümkündür (31).

İşte bu iki yönlü gözlemler müktesep hak sorununun çözümlenmesinde şu sonuca vardiıyor: eğer, yargıç kendi ülkesiyle bir bağıntısı olmadığı anda yabancı ülkede oluşmuş akdi ve yasal ilişkinin zaten gerçekleşmiş sonuçlarını, ya da aynı koşullarla oluşmuş bir akdi ilişkinin gerçekleşecek sonuçlarını değerlendiriyorsa, kendi yasalar çatışması kuralını (devletler hususi hukuku sistemi-

bağıntının doğabileceği kesin olarak sezilebilsin (Oysa, MAKAROV önceden sezilen bağıntının gerçekleşmiş bir bağıntı olarak kabullenilmesi gerektiğini savunur). Önceden sezilen bağıntının gerçekleşmiş bir bağıntı olarak kabullenilmesini, «bağıntının ileride oluşacağını kesin olarak sezilebilmesine» bağlayan yazar Fransız mahkemesinin 17 Kasım 1961 tarihli kararına dayanır (Revue Critique de Droit International Privé, 1962, s. 881): «eğer bağıntının doğması yakın bir tesadüfe bağlıysa, bunu gerçek bağıntı gibi gözetmek gerek».

(30) Süreç içinde yasalar çatışmasında da iç hukuktaki geçici çatışma (droit transitoire) kurallarının uygulanması önerilmektedir. Bu konuda bkz., özellikle: ROUBIER, Les conflits de lois dans le temps en droit international privé; Revue Critique de Droit International Privé, 1931, s. 79; GAVALDA, Chr.; Conflits dans le temps en droit international privé, Paris 1955, no. 114 vd.; BATIFFOL; traité, no. 316; NIEDERER; Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrecht, Zürich, 1956, s. 357; NEUMEYER; Internationales Verwaltungsrecht, c. IV, s. 290 vd.

(31) Yani, yargıç kendi devletler hususi hukuku sistemini, geçici çatışma kuralı yeni yasayı uygulamayı gerektirdiği hallerde izler. Geçici çatışma kuralının eski yasayı uygulamayı gerektirdiği hallerde de kendi devletler hususi hukuku sistemini bir yana itip, yabancı devletler hususi hukuku sistemini izler. İç hukukta geçici çatışma kuralları şu: hukuki ilişkinin zaten gerçekleşmiş sonuçlarına eski yasa uygulanır; hukuki ilişkinin gerçekleşecek sonuçlarını yeni yasa düzenler; yasal ilişkiler yeni yasanın, akdi ilişkiler eski yasanın yetkisine girer.

ni) uygulamayacaktır. Buna karşılık, milli devletler hususi hukuku sistemi, yine aynı koşullarda oluşmuş bir yasal ilişkinin gerçekleşecek sonuçlarını değerlendirmede yargıçı bağlayacaktır (32).

c) *Müktesep hakkın tanınması: 2) yargıç yabancı bir ülkenin devletler hususi hukuku sisteminin izler.*

Burada ortaya çıkan sorun, yargıçın hangi ülkenin devletler hususi hukuku sistemini izleyeceği. Hukuki ilişki oluştuğu anda tek bir ülkeye bağlıysa, o ülkenin devletler hususi hukuku sistemi gözetilir. Ne var ki, uygulamada genellikle hukuki ilişki oluştuğu anda birden fazla ülkeyle bağıntılı gözükür. Yargıç bu ülkelerden hangisinin devletler hususi hukuku sistemini izlemeli?

Tartışmada üç görüş öne sürülmüş:

Birinci görüş (33) hukuki ilişkinin bağıntısı bulunduğu ülkelerin yasalar çatışması kurallarının (devletler hususi hukuku sistemlerinin) ittifakla yetkili kıldığı yasanın uygulanacağını söyler. Bu görüş içinde bütün ülkelerin devletler hususi hukuku sistemi gözetiliyor böylece. Ne var ki, sistemin etkili olabileceği durumlar da sınırlı. Ya, bütün ülkelerin devletler hususi hukuku sistemleri çözüm tipi olarak aynı yasalar çatışması kuralını seçmiş olacak; ya da, söz konusu ülkelerin devletler hususi hukuku sistemleri çözüm tipi olarak değişik yasalar çatışması kuralı seçmekle beraber, hepsinin yetkili kıldığı yasa aynı kalacak. Oysa, uygulamada aynı yasalar çatışması kuralını kullanan ülkelerin söz konusu olması pek olağan değil. Kaldı ki, belirli bir hukuki ilişki için aynı yasalar çatışması kuralı benimsense bile, o hukuki ilişkinin vasıflandırılması ülkeden ülkeye değişir. *Makarov*, bu gibi durumlarda ittifak yerine çoğunluğun aranmasını önerir. Ama, çoğunluktan ne anlaşılacağı belli değil. Üstelik hukuki ilişki yalnız iki devletle bağıntılıysa çoğunluktan da bahsedilemez.

İkinci görüş, her ülkede ayrıca yargıçın hangi ülkenin devletler hususi hukuku sistemini uygulaması gerektiğini düzenleyecek» yar-

(32) BİSCHOFF, J. M.; a.g.e.

(33) Bu görüş ilk MEIJERS'de rastlanır. Zaten yazara göre, yargıçın kendi yasalar çatışması kuralını uygulamayabilmesini hukuki ilişkinin bağıntılı olduğu ülkelerin hukuk düzenlerindeki ittifak doğrular (a.g.m., s. 191 vd.). MAKAROV sonra bu görüşü daha sistemli savunmuştur (bkz. a.g.m. s. 431 vd.).

dımcı kurallar» oluşturulmasını önerir (34). Bu öneri, müktesep hakkın değerlendirilmesindeki başlangıç noktasıyla çelişiyor: hak iktisap edildiği anda yargıçın kendi ülkesiyle bir bağıntısı olmadığından, yargıç kendi devletler hususi hukuku sistemini izlemeyecek. Oysa, öneri yine yargıçın devletler hususi hukuku sistemine dönüyor. Bu «yardımcı kurallar» her ülkede aynı olsa belki düzenli bir sistem çıkardı ortaya. Ama bu ihtimal düşünülecekse yardımcı kurallara kadar gitmek gereksiz. Ana kurallar her ülkede aynı olsa bütün anlaşmazlıklar sona ererdi.

Üçüncü görüş ise yargıçın olaya *fiilen uygulanmış* yasalar çatışması kuralını (devletler hususi hukuku sistemini) gözetmekle yetinmesini savunur (35). Hiç kimseden, bir hakkı iktisap ederken bütün ilgili ülkelerin devletler hususi hukuku sistemlerine uygun hareket etmesi beklenemez. Olayla ilgili ülkelere birinin devletler hususi hukuku sistemi gereğince davranmak yeterlidir.

d) *Kararların bu açıdan gözlemi.*

Birinci ve ikinci olaylarda (1901 ve 1908 tarihli kararlar) hukuki ilişki - boşanma - doğduğu anda Fransa ile bağıntılı değildir; birinci olayda alman, ikinci olayda amerikan devletler hususi hukuku sistemine uygun, fransız devletler hususi hukuku sistemine aykırı olarak gerçekleşmiştir. Yasal bir ilişkinin zaten gerçekleşmiş sonucu söz konusudur. Öyle ise yargıçın fransız yasalar çatışması kuralını uygulamaması, müktesep hakları savunan yukarıda açıkladığımız görüş açısından yerindedir.

Olaylarda Fransız yargıçı boşanmanın elde edinildiği ülkelerin (birinci olayda Almanya'nın, ikinci olayda Amerika'nın) devletler hususi hukuku sistemleri açısından hakkın geçerliğini gözetmekle, «kendi yasalar çatışması kuralını (devletler hususi hukuku sistemini) bir yana iten yargıçın, *fiilen uygulanmış* yasalar çatışması kuralını (devletler hususi hukuku sistemini) gözetmekle yetinmesini» savunan yazarlara uygulamadan bir destek getirmiştir.

Üçüncü olayda (1950 tarihli karar) hukuki ilişki - mal rejimi -

(34) Birinci ve ikinci görüşlerin mahzurlarından sakınmak için, ikisini birlikte kullanmak da kabildir. Türk doktrininde bunun bir uygulaması için bkz.; ŞEVİG, V. R., *Droits acquis et articulation des systèmes de conflits*, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, 1963, c. XIII, s. 1-23.

(35) GRAULICH, P. a.g.e., no. 233, s. 174; BİSCHOFF, a.g.e.

Fas ile bağıntısı bulunmadığı bir anda, Fas yasalar çatışması kuralına aykırı olarak doğmuştur (36). Akdi bir ilişkinin gerçekleşecek sonuçları söz konusu. Bu koşullarda, müktesep hakkı savunan yazarlar yargıcın kendi yasalar çatışması kuralını izlememesini önerirler. Olayda da öyle olmuştur: yargıç Fas yasalar çatışması kuralını (devletler hususi hukuku sistemini) izlememiştir.

Yargıç kendi yasalar çatışması kuralını izlemekten kaçındıktan sonra «yardımcı sistem» olarak L.R.A. kuralını gözetmiş ve Fransa'nın sistemini uygulamıştır. Bu sonuç, her ülkede ayrıca, «yargıcın hangi ülkenin devletler hususi hukuku sistemini uygulaması gerektiğini düzenleyecek yardımcı kurallar» oluşturmasını öneren görüşe destek oluyor.

Dördüncü olayda (1965 tarihli karar) hukuki ilişki Fransa ile hiç bir bağıntısı olmadığı anda gerçekleşmiş değildir. Bu nedenle, yargıcın kendi devletler hususi hukuku sistemini uygulamaktan kaçınması yerinde değildir.

Ne var ki, yargıcın «yardımcı sistem» olarak yine kendi yasalar çatışması kuralına başvurması, «her ülkede ayrıca yargıcın hangi ülkenin devletler hususi hukuku sistemini uygulaması gerektiğini düzenleyecek yardımcı kurallar oluşturmasını» savunan görüşü bir yerde destekliyor.

B — Bizim önerimiz :

Biz, yargıcın yabancı bir ülkenin devletler hususi hukuku sistemini izleyebilmesinden yararlanmayı, milletlerarası hukuk düzeni ile iç hukuk düzeni arasındaki ilişkiyi açıklarken yaptığımız gözlemlere dayandıracacağız.

a — Görüşümüz.

Yukarıda, toplumun objektif evrim yasalarının, iç hukuk düze-

(36) Bu olayda yabancı ülkede iktisap edilmiş bir hakkın tanınması değil, yabancı bir ülkede oluşmuş hakkın belirlenmesi söz konusudur. Bu durumda BİSCHOFF, eğer fiilen uygulanmış bir yasalar çatışması kuralı yoksa, hukuki ilişkinin olduğu ülkenin yasalar çatışması kuralını fiilen uygulanmış yasalar çatışması kuralı gibi gözetmek gerektiğini savunur.

ninin milletlerarası hukuk düzeninden daha önce belirmesini ve daha sür'atle gelişmesini sağladığını; milletlerarası hukuk düzeninin, iç hukuk düzeninde olduğu gibi yasama, yürütme ve yargılama organlarını kazanamadığını; bu nedenle milletlerarası hukuk düzeninin iç hukuk düzenine bir delegasyon verdiğini; böylece, aslında milletlerarası organlarca düzenlenmesi gereken bireylerin milletlerarası nitelikteki ilişkilerinin, iç hukuktaki organlar tarafından düzenlendiğini söyledik. Sonra, milletlerarası hukuk düzeninin kendini ilgilendiren bir anlaşmazlığın çözümünü *genel olarak* iç hukuk düzenine bıraktığını, yoksa *belirli* bir ülkenin hukuk düzenini yetkili kılmadığını belirttik. Bir ülkenin hukuki ilişkiyi kendi hukuk düzenine, «bir zihni faaliyet sonucu» bağladığını ekledik. Bu açıdan, bir ülke hukuki ilişkiyi kendi hukuk düzenine bağladığında, o ülkenin organlarının yetkisi, hukuki ilişkiyi genel olarak iç hukuk düzenine bırakan milletlerarası hukuk düzenince geçerlidir. Yine, birden fazla ülke hukuki ilişkiyi kendi hukuk düzenine bağlar, kendi organlarını yetkili görürse, bu ülkelerin iç hukuk düzenlerinden her biri, milletlerarası hukuk düzeni gözünde yetkilidir. O ülkelerden birinin yargıçı hukuki ilişkiye kendi uygulama biçimini uyguluyorsa, bu bir zihni faaliyet sonucudur; devletin egemenliğini yansıtır, ve kökeni, hukuki ilişkinin o ülkeye siyasi, hukuki ya da iktisadi bir bağla bağlanmasındadır. Eğer hukuki ilişki yargıçın ülkesine bir bağla bağlı değilse, böyle bir zihni faaliyette gereksiz kalır.

O zaman, anlaşmazlığın hiç bir bağıntısı bulunmayan ülke yargıçı bakımından bir görev ikilemesi söz konusu olur (37). Hukuki ilişki yargıçın ülkesine bağlı değilse, yargıç milletlerarası yargıç rolünü takınıp, izlenecek düzenleme biçimini saptayabilir. Gerçekten, milli ve sübjektif düşüncelerden arınmış bir milletlerarası yargıç olsa, hukuki ilişkiyi tamamen milletlerarası düzenin verilerine uygun biçimde, yeryüzündeki bir ülkeye bağlardı. İşte, bu nitelikte bir yargıç bulunmadığından iç hukuk organları yetkili oluyor ve görev ikilemesinden bahsedilebiliyor. Bu nedenle, görev ikilemesi

(37) Görev ikilemesi ve bunun yasalar çatışmasında uygulanış biçimi için bkz.; SAYMAN, Y.; Le dédoublement fonctionnel et la solution des conflits de lois en matière de sociétés commerciales Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, 1969, c. XIX s. 91 vd. KOPELMANAS a.g.m.

sonucu, milli yargıç milletlerarası yargıç yerine geçerek şu temel noktadan hareket edecek: milletlerarası hukuk düzeni genel olarak iç hukuk düzeninin yetkisini kabullenmekte. Hareket noktası bu olmakla beraber, sonuca varmadaki düşünce tarzı hukuki ilişkinin zaten düzenlenmiş olup olmamasına göre değişecek:

1) Hukuki ilişkiyi genel yetkisi bulunan bir iç hukuk düzeni zaten düzenlemiş; yani, yeryüzünde bir ülke yetkisini fiilen gerçekleştirmiş:

Öyle ise genel yetkisi bulunan ve fiilen yetkisini gerçekleştirmiş bu hukuk düzenine göre hakkın doğumunu ya da sona ermesini değerlendirmeli. Böylece, yargıç o ülkenin düzenleme biçimine göre geçerli olarak elde edilmiş hakkın milletlerarası alanda dahi geçerli olduğunu saptayacak. Bunun doğal sonucu, o hakkı kendi ülkesinde de geçerli olarak tanıyacaktır.

2) Hukuki ilişkiyi genel yetkisi bulunan iç hukuk düzenlerinden hiç biri düzenlememiş; bir başka deyişle, hiç bir ülke, milletlerarası hukuk düzeninin tanıdığı genel yetkisini fiilen gerçekleştirmemiş:

Bu durumda yargıç, hukuki ilişkiye hangi ülkenin düzenleme biçimini uygulaması gerektiğini saptayacak. Çok güç ve her anlaşmazlık konusu hukuki ilişkinin, kapsamına girdiği hukuk kategorisinin unsurlarına, özelliklerine göre değişen bu işlemin saptanmasına makale sınırları içinde değinmek imkânsız. Bunu ayrı ve yoğun bir çalışma ile inceleyeceğiz. Ancak, hemen belirtelim ki, yargıç hukuki ilişkiyi bir milletlerarası yargıç gibi, milli ve sübjektif düşünce ve kavramlar dışında, objektif olarak bir ülkeye bağlayacak, onun düzenleme biçimini izleyecektir (38).

(38) Yargıçın, iktisap edilecek haklar açısından dahi yabancı bir yasalar çatışması kuralını uygulayabileceği daha önce de söylenmiştir.

Örneğin, PHILANENKO (La théorie du renvoi en droit comparé, thèse, 1934) yasa kavramının belirleyici unsurundan hareketle sonuca varır: Yasa bağlayıcı nitelikte bir kuraldır. Bu, yasaya aykırı davranışların cezalandırılması demektir. Ancak müeyyidelendirilmiş bir kural hukuk kuralı olabilir. Yargıç müeyyidelendirilmiş kuralı uygulamak zorundadır. Yasa bu etken, emredici niteliği iki halde haizdir: her devlet ülkesindeki malları ve insanları egemenliğine bağlar; yine her devlet yabancı ülkede bulunan vatandaşlarını egemenliği içine alır, onlara kendi yasalarını uygular. Yasalar çatışması kuralı da etkenlik yönünden yasa ile aynı düzeydedir. Yargıç ancak müeyyidelendirilebilen yasalar çatışması kuralını uygular.

b — Kararların görüşümüz açısından değerlendirilmesi.

Kararları önerimiz açısından değerlendirdiğimizde şu sonuçlara varırız :

Birinci ve ikinci olayda (1901 ve 1908 tarihli kararlar) boşanmanın Fransa ile bir bağıntısı yoktur; yargıç kendi düzenleme biçimini bir yana iter; bu kez izleyeceği düzenleme biçimini seçmesi gerekir; bu anda yargıç, görev ikilemesi sonucu, milletlerarası yargıç rolüne bürünmekte: yani milli ve sübjektif kavramlardan arınmış bir yargıç söz konusu. Yargıçın önünde, genel yetkisi milletlerarası hukuk düzenince kabullenilen birden fazla ülke var; seçimini onlar arasından yapacak. Yargıç bakar ki, bu ülkelerden biri di-

lamak zorundadır. Eğer söz konusu yasalar çatışması kuralı etken değilse, yargıç onu uygulamamalı. Örneğin, İtalyan Medeni Yasası, 8. maddesine göre, mirasa ilişkin anlaşmazlıklarda, mallar ister taşınır, ister taşınmaz olsun, miras bırakanın milli yasası yetkilidir. Şimdi, terekenin yabancı ülkede bulunan taşınmaz malları kapsadığını, mirasçılarının yabancı olduğunu düşünelim. O yabancı mirasçı taşınmaz malı bulunduğu ülkenin yasasına göre iktisap edecek. İtalyan yargıç İtalyan Medeni Yasasınının 8. maddesini uygulamamalı, çünkü etken değil. Ancak mirasçılar italyan olsalardı, o zaman yargıç 8. maddeyi uygulayacaktı. Zira o anda italyan kuralı etken oluyor.

Devletler hususi hukukunda pek iltifat edilmeyen şu metodda da yargıç iktisap edilecek haklar açısından yabancı bir ülkenin yasalar çatışması kuralına başvurabilmektedir :

Çatışma önce iç hukuk yasaları düzeyinde, sonra yasalar çatışması kuralları düzeyinde belirlemekte. Bu ikinci derecedeki çatışmanın nedeni, her ülkenin kendi yasalar çatışması kuralını uygulaması ve kuralların her ülkede aynı olmaması. Öyle ise, tıpkı iç hukuk yasalarından hangisinin uygulanacağını gösteren yasalar çatışması kuralı olduğu gibi, hangi ülkenin yasalar çatışması kuralının izleneceğini gösteren bir metod da olmalı. Bu ülke, anlaşmazlığın en çok bağlı bulunduğu ülkedir. Bunun seçilmesini ise şu düşünce tarzı gerçekleştirecek: olay gerçekte en çok hangi ülke mahkemesinin kazai yetkisine giriyorsa, o ülkenin yasalar çatışması kuralı uygulanmalı. Yani davaya bakan yargıç, olay için **en fazla ve en kuvvetli kazai yetkisi** bulunan ülkeyi bularak onun yasalar çatışması kuralını uygulayacak. Şu mahkemeler de en fazla ve en kuvvetli kazai yetkiyi haizdirler: İkamet yeri mahkemesi, malın bulunduğu yer mahkemesi. Böylece, ahkâm şahsiye ile ilgili anlaşmazlıklarda ikamet yeri mahkemesi; mirasla ilgili anlaşmazlıklarda miras bırakanın ikâmetgahı mahkemesi; akdi konulardan doğan anlaşmazlıklarda borçlunun ikâmetgahı mahkemesi; mallarla ilgili anlaşmazlıklarda malın bulunduğu yer mahkemesi en fazla ve en kuvvetli kazai yetkiyi haiz olmakta. İşte yargıç bu mahkemelerin bulunduğu ülke yasalar çatışması kuralını uygulayacak.

gerlerinden daha önce davranıp hukuki ilişkiyi düzenlemiş bile. Yani, genel olarak yetkili hukuk düzenlerinden biri yetkisini somutlaştırmış. Öyle ise hukuki ilişkinin geçerliğini, fiilen uygulanmış, somutlaşmış o ülke düzenleme biçiminde aramak gerek. Olaylarda boşanma fiilen uygulanmış düzenleme biçimlerine göre geçerli. Öyle ise boşanma milletlerarası hukuk düzeni açısından geçerli. Bunun doğal sonucu, yargıçın ülkesinde, Fransa'da da geçerli

Üçüncü olayda (1950 tarihli karar) görünüşte hukuki ilişkinin Fas'la bir bağıntısı var gibi; eşler anlaşmazlık çıktığı anda Fas'ta oturmaktalar. Bu gözlem yargıçın Fas düzenleme biçimini uygulamasına götürebilirdi. Ancak dikkatle incelendiğinde görülür, bu bağıntı eşler evlendiği anda yok. Oysa, yargıç ancak doğduğu, geliştiği ya da sona erdiği anda kendi ülkesiyle bağıntısı bulunan hukuki ilişkinin doğumuna, değişmesine ya da sona ermesine değin konulara kendi düzenleme biçimini uygulamalı. Eğer bağıntı hukuki ilişkinin doğduğu andan sonra gerçekleşmişse, bu, yargıçın hukuki ilişkinin doğumunu kendi düzenleme biçimini izleyerek değerlendirmesini gerektirmez. Yani, olayda yargıç Fas düzenleme biçimini uygulamaktan kaçınacaktır. O zaman, hangi ülkenin düzenleme biçimine göre hukuki ilişkiyi değerlendireceğini araştırması gerekiyor. Burada yine görev ikilemesi söz konusu. Yargıç hukuki ilişkiyi objektif olarak, milli ve sübjektif bağlama kıstasları dışında, yeryüzündeki ülkelerden birine bağlayacak. Yani, yargıç olayda İtalyan düzenleme biçimiyle Fransız düzenleme biçimi arasında bir seçim yapmayacak (39). Objektif olarak hukuki ilişkiyi bir ülkeye bağlayacak. Bu ülke kanımızca Fransa. Çünkü evlenme anında eşler orada oturuyor, evlenme Fransa'da yapılmış, evlenmeden sonra uzun zaman eşler Fransa'da oturmuşlar. Yani, mal rejimi sorunu ilk Fransa'da doğmuş. Bir deyişle, mal rejiminin doğduğu anda, objektif olarak, Fransa'dan başka ülke ile bağıntısı yok. Hiç bir ülke de fiilen yetkisini gerçekleştirip anlaşmazlığı çözümlenmemiş. Yargıç böylece, Fransız düzenleme biçimine göre mal rejiminden doğan anlaşmazlığa çözüm getirecek. Görülüyor ki, bu olayda bir müktesep hak değil, iktisap edilecek hak söz konusu.

Dördüncü olayın (1965 tarihli karar) çözümü ise, bizim önerimize göre şöyle olmalıydı: Osmanlı Bankasının kurulduğu anda Fransa ile bağıntısı vardır ve bu bağıntı hiç kesilmemiştir. Bu nedenle, bankanın işleyişiyle ilgili anlaşmazlıkları — genel kurulun aldığı kararların iptalini — Fransız yargıçı kendi düzenleme biçimini izleye-

rek çözümleyecektir. Fransız düzenleme biçimi şirketlerin işleme- siyle ilgili konular için çözüm tipi olarak yasalar çatışması kuralını benimsemiştir. Burada yine bir görev ikilemesi — bu kez kısmi — söz konusu. Yargıç «kendi yasalar çatışması kuralının uygulama biçimini», kendini milletlerarası yargıç yerine koyarak saptar (40). Bir deyişle, yargıç kendi yasalar çatışması kuralını uygularken, vereceği kararın, önce kendi iç hukukunun emredici, zorunlu düzenine aykırı olmamasını, sonra milletlerarası ticareti aksatmayacak, her ülkede tenfiz edilebilecek nitelikte olmasını gözetir. Bu açıdan, yargıçın aynı konu için kendi yasa koyucusunun ya da içtihatlarının oluşturduğu birden fazla yasalar çatışması kuralı bulunmalı. Ancak her konu için bir temel yasalar çatışması kuralı olmalı. Eğer temel kural kendi iç hukukundaki yasaya değil, yabancı bir yasaya yetki veriyorsa, yargıç temel kuralı değil, fakat en uygun sonucu verecek kuralı uygulayabilir.

Fransa'da temel yasalar çatışması kuralı «şirketin gerçek idare merkezinin bulunduğu ülke yasasını» yetkili kılar. Olayda bankanın gerçek idare merkezi Fransa'da bulunmadığından, yargıç bu temel kuralı uygulamayabilir. Gerçekten, yine Fransız içtihatlarında bulunan ikinci bir kıstas, «statüter idare merkezi» kıstası, söz konusu olayı daha verimli çözümleyecek niteliktedir. Çünkü, statüter idare merkezinin bulunduğu ülke yasasının yetkisi hem İngiltere, hem de Türkiye tarafından kabul edilmektedir. Demek ki, bankanın statüter idare merkezinin bulunduğu ülkenin yasası uygulanarak bir çözüm getirildiğinde, Fransız mahkemesinin kararı tenfizin istenebileceği her ülkede — İngiltere, Fransa, Türkiye — geçerli olacaktır.

(39) Çünkü her ikisinin de genel olarak yetkisi var. Eğer bunlardan biri fiilen yetkisini gerçekleştirseydi, o ülkenin (ister İtalya ister Fransa olsun) düzenleme biçimi izlenecekti.

(40) Bu işlemin teorik temelleri ve nedenleri için bkz. SAYMAN. Y.; a.g.m.