

## DEVLETLER HUSUSİ HUKUKU MEFHUMU VE MUHTEVASI

Prof. Jacques MAURY

Toulouse Hukuk Fakültesi Dekanı

Devletler Hususî Hukuku mefhumu ve bunun muhtevası münakaşalara yol açmıştır. Devletler Hususî Hukuku bilginlerinin büyük bir sayısı, ezcümle İtalyan, Anglosakson, hattâ müteaddit Fransız müellifleri (Bartın, Arminjon) tâbiyeti ve yabancılar hukukunu Devletler hususî hukukunun bir cüz'ü mahiyetinde saymak istemezler; hattâ, çoğu Alman olmak üzere, bu bilginlerden bazıları (Bakınız: Raape, *Deutsches Internationales Privatrecht*, 1938; Melchior, *Die Grundlagen des Internationalen Privatrechts*, 1932, s. 1, not 1) ve bu meyanda bir kaç İtalyan müellifi (Morelli, *Il Diritto Processuale civile internazionale*, 1928) kazâî salâhiyet ihtilâflarını bile Devletler hususî hukukunun sahası dışında bırakırlar. Şu hale nazaran bir yandan, Devletler hususî hukukunu sırf kanunlar ihtilâfı kaidelerinden mürekkep ve bu kaidelere münhasır sayan, öte yandan bahsi geçen ilim branşını, kanunlar ihtilâfından başka kazâî salâhiyet ihtilâflarına, yabancılar hukukuna, ve hattâ tâbiyete şâmil adde-den müfrit iki fikir karşısında bulunduğumuzu görmekteyiz. Mamafih bu müfrit fikirlerin yanında mutavassıt fikirler de vardır.

Gerçekten, tasnif ve tarif meseleleri, hemen daima, kısmen indî bir mahiyet taşımaktadır, çünkü ileri sürülen fikirler meseleye bakılış zaviyesine veya seçilecek kriterin mahiyetine göre değişir. Bu bapta en dar fikir sırf teknik bir kritere dayanan ve yukarıda sözü geçen normların sadece bünyesini mülâhaza eden fikirdir; bunun aksine olarak en geniş fikir de üzerinde durduğumuz kaidelerin fonksiyonunu ve mevzuunu derpiş eden fikirdir: bu noktada tebarüz eden cihet, bugün umumî bir mahiyet almış olan, vasıta ile gaye, şekil ile esas arasındaki tezattır. Size evvelâ — klâsik Fransız telâkkileri ile de hemahenk olarak — ne sebeple esasî şekle, mevzuu usule, fonksiyonu tekniğe tercih ettiğimi izah etmek isterim. Mamafih, mesele — bazan yapıldığı gibi — diğer bir zaviyeden de ele alınabilir, bu da, sözü geçen çeşitli mevzuları (ezcümle tâbiyet, yabancılar hukuku, kanunlar veya kazâî salâhiyet ihtilâflarını) âmme hukuku veya hususî hukukunu ilgilendirmelerine göre tasnif etmektir: bu

yeni zaviyeden yani çeşitli mevzuların esas mesnedini teşkil eden alanlardaki farklılık noktasından bir tefrik yapılmak istense bile, kanaatime göre bu, üzerinde durduğumuz mevzuların birbirinden ayırd edilmesi ve bunlara hukuk ilminin müstakil birer branşı mahiyetinin izafe edilmesi için kâfi bir sebep teşkil etmez.

## I

Hiç bir itiraz ileri sürülmeden Devletler Hususî Hukukunun bir branşı mahiyetinde sayılan hattâ bazı müellifler nazarında bu ilmin yegâne unsuru addedilen kanunlar ihtilâfı kaideleri, her ne kadar kazaî salâhiyet ihtilâflarına müteallik kaidelerle müşterek bir çok hususları ihtiva etmekte iseler de, kendilerini tâbiyet ve yabancılar hukukuna ait normlardan farklı kılan hususî bir mahiyeti haizdirler. Tâbiyet, yabancılar hukuku, ve kazaî salâhiyet ihtilâflarına müteallik meselelerin halli doğrudan doğruya ilgili Devletin vazettiği hükümler sayesinde mümkün olmaktadır; meselâ Türk Kanunu bir şahsın ne zaman ve hangi şartlar altında Türk vatandaşı olduğunu tayin eder; bir yabancıнын istifade edebileceği veya edemeyeceği hakları sayar, yabancıların vazife ve mükellefiyetlerini tespit eder; muayyen bir dava dolayısıyla Türk mahkemelerinin veya yabancı mahkemelerinin salâhiyetini gösterir. İşte bu mevzular hakkında sevkedilen hukuk kaideleri, medenî hukuk, ticaret hukuku ve ceza hukuku kaideleri gibi umumiyetle vasıtasız hukuk kaideleridir; sözü geçen kaideler, bazan maddî hukuk diye isimlendirilen hukuk sahasını husule getirirler.

Halbuki kanunlar ihtilâfı kaideleri için aynı şey söylenemez; çünkü bu kaideler bize, aradığımız hal şeklini doğrudan doğruya temin etmezler, bunlar bilfarz ehliyet şartlarının hangileri olduğunu, hususiyle bir şahsın Türk hukuku nazarında muteber sayılacak tasarruflarda bulunabilmesi için doldurması gereken yaş şartını göstermezler; bu kaideler sadece istenilen neticeye ulaşabilmek için başvurulması gereken muayyen medenî — millî veya yabancı medenî — hukuklara işaretle iktifa ederler, ve bununla rüşt yaşının tayini mümkün olur; demek oluyor ki eğer bir Türk bahis mevzuu ise onun rüşt yaşını tayin eden Türk kanunudur. Eğer bir Fransızın ehliyeti tesbit edilmek isteniyorsa Fransız kanununa bakmak lâzımdır. Görülüyor ki kanunlar ihtilâfı kaideleri atıf kaideleridir, vasıtalı kaidelerdir, kanunlar ihtilâfı hukuku şekli bir hukuktan ibarettir.

İmdi, Devletler hususî hukukunun özel mahiyeti ve kanunlar ihtilâfı kaidelerinin bizatihi bünyesi, bu kaidelere has esaslı bir takım meselele-

rin doğmasına sebep olmaktadır (bu meselelere ilerde kanunlar ihtilâfı »mesalini« incelerken temas edeceğiz). İşte, kat'i bir sistemleştirme taraftarı olan bir çok müelliflerin biraz evvel izah ettiğimiz ayrılıktan ilham alarak kanunlar ihtilâfı kaidelerinin — kendine hâs bir ilim branşı olarak — bağımsızlığını ilân etmelerinin, ve Devletler hususî hukukunu sırf bu sahaya hasretmek isteyişlerinin sebebini yukarıki maruzatımızda bulabiliriz. Bu müelliflerin düşüncesine nazaran «mahz» bir şiir «mahz» bir müzik, «mahz» bir resim olabileceği gibi «mahz» bir Devletler hususî hukuku da olmak lâzımdır. (Maurice Denis yazılarından birinde «bir tablonun, muayyen bir ahenkle birleştirilmiş renklerle örtülü düz bir satıhtan ibaret bulunduğunun hatırdâ tutulması lâzım geldiğini» yazmaktadır.)

Şekli esasa, tekniği fonksiyona, üstün kılan ve san'atı veya ilmi, hususiyle hukuk ilmini hayattan ve insandan ayırarak ilkinî fakirleştiren ve tecrit eden, ikincisini ise bir mantık oyunu veya bir mefhumlar hukuku haline sokan telâkkinin kıymeti hakkında şüphe ettiğimi itiraf edeyim. İsterseniz olayları hep birlikte ele alalım ve müşahede edelim.

Bir kerre kanunlar ihtilâfı kaideleri ile kazâî salâhiyet ihtilâfı kaideleri arasında iki bakımdan irtibat mevcuttur.

Şüphesiz kazâî salâhiyet kaideleri, kanunlar ihtilâfı kaidelerinden farklı olarak, ve bazı müelliflerin iddiasına rağmen, (Bosco, Corso ... 2 ci basım, s. 17-18) bizi istenen neticeye derhal ve doğrudan doğruya ulaştırırlar; bu kaideler ezcümle bir davanın ikame edileceği — milli veya yabancı — mahkemeyi tayin ederler, yabancı bir mahkeme kararının hüküm ve icra kabiliyeti kazanabilmesi için haiz olması gereken şartları tesbit ederler.

Bununla beraber, tatbikatta, kanunlar ihtilâfı meseleleriyle kazâî salâhiyet ihtilâfına müteallik meselelerinin birbiriyle çok sıkı ve zarurî denelebilecek bir bağla bağlı buldukları inkâr edilemez; daima değil ise de ekseriyetle, kendisine arzedilen milletlerarası bir rabıta dolayısıyla salâhiyettar kanunu tayin etmek yani kanunlar ihtilâfını çözmek durumu ile karşılaşan hâkim: evveleminde kazâî salâhiyet ihtilâfı noktasının hal edilmiş bulunduğu farziyesi ile hareket eder; gerçekten eğer meseleye realist bir nazarla bakılır ve milletlerarası münasebetlerin icapları ve bunların gelişmesi gözönünde bulundurulursa her iki soruyu birden yani, (hangi mahkemeye?) ve (hangi kanunun?) sorularını aynı zamanda cevaplandırmak lâzımdır. Anglo-Sakson doktrini kazâî salâhiyet ihtilâflarına en başta yer verir, ve bu bahis Anglo-Sakson Devletler hususî hukuku eserlerinde umumiyetle, kanunlar ihtilâfı bahsine takaddüm eder. Nitekim Mr. Cheshire dahi *Private International Law* isimli eserinin ikinci basımının başlangıcında, Devletler hususî hukukunu: «mahkeme tarafın-

dan yabancı bir unsuru muhtevi bulunan bir davaya el konulduğu zamanlarda tatbik edilen İngiliz Hukukunun bir kısmı» diye tarif eder. Zannıma göre dava ile Devletler hususî hukuku problemleri arasında bu derece sıkı bir rabitanın mevcudiyetinden bahsetmek mübalâğa etmek olur. Gerçekten, Mr. Raape'nin dediği gibi (z. g. e., s. 2-3) Devletler hususî hukuku sadece hâkimlerin değil aynı zamanda tarafların da hukukudur: Devletler hususî hukuku ile ferdler arasındaki rabitanın — tabii sayılmamasına ve fasıla ile tekerrür etmesine rağmen — esaslı ve devamlı olduğuna şüphe yoktur.

Kanunlar ihtilâfı ile kazai salâhiyet ihtilâflarını birbirine bağlayan bir sebep daha vardır: bir devlet mahkemesinin bir davayı rüyete salâhiyeti zarurî olarak, prosedüre ait bütün hususlarda o devlet kanununun (*lex fori*) nin tatbikini yani salâhiyetini müeddi olur; (Bakınız, Bartin, Principes ... C. I, 162 ve müt.) bu ise bir kanunlar ihtilâfını ve bu ihtilâfın hallini tazammun eder; bu bakımdan — Türk olsun yabancı olsun — salâhiyetli mahkemenin, prosedüre ait kanunlar ihtilâfı kaidelerinin bağlantı mahalli olduğunu söylemek mümkün ve hattâ yerindedir. Bundan iki netice çıkarabiliriz: bir kerre kazai salâhiyet ihtilâfının halli demek olan bağlantı mahallinin tayini, lüzum halinde kanunlar ihtilâfı hukukundan madut sayılabilir; muhakkak olan bir şey varsa o da sözü geçen ameliyenin kanunlar ihtilâfının dışında bırakılmasına imkân olmadığıdır; keza *lex fori*'nin tatbik edileceği sahayı tayin etmek üzere prosedür kaidelerinin maddi hukuk kaidelerinden (medenî hukuk, ticaret hukuku kaidelerinden) tefriki ameliyesi bir vasıf ihtilâfı probleminden başka bir şey değildir. (Bakınız, Paris 9 Ocak 1943, J. C. P. 1943, II, 2176, Bartin'in notu), bu dahi kanunlar ihtilâfı alanının çerçevesi içine girer.

Devletler hususî hukukunun şümulü hakkında dar bir görüşe sahip bulunulsa bile kazai salâhiyet ihtilâflarını Devletler hususî hukukunun çerçevesi içine ithal etmek mümkündür. Nitekim muasır milletlerarası hukukçular, Alman ülkelerindekiler hariç, umumiyetle bu yolda bir temayül göstermişlerdir.

İşte mücerret bu hareket tarzı, teknik kriterden uzaklaşması için kâfidir. Fakat kanaatime göre bundan da daha ileri gitmek lâzımdır, çünkü, derpiş edilen dört nevi problem arasında birden fazla irtibat âmili mevcuttur.

Birincisi, yer yüzünde, karşılıklı vaziyetleri itibariyle, bir taraftan bağımsız mülki devletler, ve buna mukabil unsurlarının hepsi bir tek devlete bağlı olmayan milletlerarası münasebetler, yani insanlararası, daha doğrusu muhtelif devletler tâbiyetinde bulunan ferdlerarası münasebetler, mevcut olduğu içindir ki: tâbiyet ihtilâfları, yabancılar hukukundan

doğan ihtilâflar, kanunlar ihtilâfı veya kazâî salâhiyet ihtilâfları zuhur etmektedir. Diğer bir ifade ile milletlerarası münasebetler sayesinde tedricî surette, Pillet'nin dediği gibi, milletlerarası bir cemiyet teessüs etmektedir. Bu milletlerarası cemiyet her memlekette mevcut olan millî cemiyetin fevkindedir. Fakat o bu sonucusunu ifna etmez; bu suretle hukuken nizam altına alınması gereken milletlerarası sosyal bir hayat vücut bulur (Bak: Lerebours-Pigeonnière, *Précis...* 4 cü basım, No. 1, 48). Sözü geçen milletlerarası sosyal hayatı münhasıran değilse de hassaten husule getiren âmil, süjesi muhtelif tâbiyetlere mensup fertler arasındaki hukukî münasebetler olduğu için, tâbiyet, sözü geçen sosyal hayat nev'inin temelini teşkil eden fertleri birbirinden ayırd edici bir unsur mahiyetinde belirir ve bu keyfiyet kendi nev'ine mahsus meseleler doğurur: işte tâbiyetin bu meselelerle birlikte mütalâası zarurî değilse de normal bir keyfiyettir. Ancak, muhtelif devletlere mensup fertler arasında sözü geçen münasebetlerin cereyan edebilmesi bu devletlerden her birinin, diğer devlet tebaasının hukukî sıfatını tanımasıyla mümkün olur: bu tanıma milletlerarası sosyal hayatın gerçekleştirilmesi için bir şart mahiyetinde bulunduğu nazaran yabancılar hukuku, devletler hususî hukukunun mütemmim bir cüz'ü mahiyetinde sayılabilir. Daha yukarda, kazâî salâhiyet ihtilâfları ile kanunlar ihtilâfı arasındaki sıkı irtibata da işaret ettiğimizi hatırlatırız.

Şu halde sözü geçen çeşitli meselelerin halline esas teşkil eden prensiplerin birbirinin aynı olmasına, ve bu meselelerin vaz'ına âmil olan ruhun müşterek bir vasıf taşımaya hayret etmemelidir. Meselâ muhacirliği teşvik eden bir memleket, dış ve iç barış zamanlarında (lüzumunu hissettiği) yabancıları celbetmek için kendilerine mümkün mertebe fazla haklar tanır; onları kendi millî cemiyeti içine alabilmek için tâbiyetinin iktisabını kolaylaştırır, sözü geçen muhacirlerin menşe memleketleri ile olan hukukî bağlarını tamamile kesmek ve onları kendine daha kolaylıkla mal edinebilmek için ikâmetgâh kanununa statü personnel kanunu olarak geniş yer ayırır. Bilâkis buhran ve millî sıkıntı zamanlarında devlet, yukarıda temas ettiğimiz noktalardan bilhassa ilk ikisinde, bunun tamamıyla aksine hareket eder (Lerebours-Pigonnière, s. 58 e müracaat).

Nihayet şunu ilâve edelim ki tâbiyet ve yabancılar hukuku meseleleriyle kanunlar ihtilâfı ve kazâî salâhiyet ihtilâfı meseleleri esasta iç hukuka taallük eden meseleler olmakla beraber bir dereceye kadar Devletler Umumî Hukukunu da ilgilendirirler: bütün bu işaret ettiğimiz meseleler dolayısıyla Devletlere terettüp eden — bu noktada fikrimi sadece izhar etmekle iktifa etmek mecburiyetindeyim — vecibeler vardır, bu vecibelerin cüz'î bir kısmı pozitif hukuk vecibeleridir; nadiren zuhur et-

mekle beraber münakaşaya daha çok fakat riayete daha az mazhar olan diğer bir kısım vecibeler tabii hukuk vecibelerini teşkil ederler. Bütün bu vecibelerin menşeinin birliği, sözü geçen dört hal silsilesinin milletlerarası sosyal hayatın tanzimi ile ilgili oluşu ile izah olunur. Vakıa, normal olarak, bu bapta kaide vazetmek hak ve salâhiyeti ancak milletlerarası hükümdar bir devlete ait olabilir. Fakat bu hükümdar devlet, bu üstün devlet, bugün mevcut değildir ve milletlerarası camia da henüz lâyikiyle teşkilâtlanmamış olmak itibariyle kanun yapma yetkisini haiz değildir; şu hale nazaran her devlet münferiden teşriî faaliyette bulunacaktır. Bu münferit devletlerden her biri, Mr. Anzilotti'nin eski tezi veçhile, bu noktada âdeta, milletlerarası cemiyetin hesabına vekâleti olmadan tasarrufta bulunan bir şahıs mevkiindedir. Bundan ötürü, her devletin, bahsi geçen fonksiyonun ifasında muayyen vazifelerin ifasile mükellef bulunacağına şüphe olmadığı gibi, milletlerarası teamül hukukunun, bu vazifeleri ayrı ayrı tespit ederek hukukî birer mükellefiyet haline ifrağ etmesine hayret etmemek lâzımdır.

Yukarıdaki maruzatımızdan çıkarabileceğimiz netice şudur ki: tâbiyeti, yabancılar hukukunu, kanunlar ve kazaî salâhiyet ihtilâfını hukukun tek bir branşı içine yani, milletlerarası sosyal hayatı tanzime matuf normların heyeti mecmuasını muhtevi olarak telâkki edilen, Devletler hususî hukuku sahası dahiline toplıyabiliriz. Gerçekten Devletler hususî hukuku milletlerarası cemiyetin hukukudur.

Bu meseleyi hallettikten sonra kendimize şu suali sorabiliriz: Devletler Hususî Hukukunun iç taksimatı bakımından tâbiyetle yabancılar hukuku bahislerini, kanunlar ihtilâfı ile kazaî salâhiyet ihtilâfı bahislerinden ayırmamıza mahal var mıdır? Eğer varsa bu ne dereceye kadar mümkündür? Bu noktada ilk konferansımızın ikinci kısmına ermiş oluyoruz.

## II

Muayyen hukuk kaidelerinin âmme hukuku ve hususî hukuk alanları meyanına tasnifi, ilk evvelâ, âmme hukukunu hususî hukuktan ayıran kıstasın ne olduğunun bilinmesine bağlıdır, mamafih bu kıstasın tayininde zuhur eden ihtilâflar pek çoktur. Bu iki hukuk branşını, mevzuları itibariyle birbirinden ayıran klâsik teoriye bir nazar atfedelim: âmme hukuku devletle fert arasındaki münasebetleri tanzim eder ve umumiyetle Devletin teşkilâtına müteallik bulunur; hususî hukuk ise, fertler arasındaki münasebetlerde carî olacak normları tesbit eder. Bu tefrik Dekan Maurice-Hauriou'nun yaptığı «medenî, ticarî ve sınaî münasebetleri» hususî hukukun tanzim ettiği ve «devlet faaliyet ve teşkilâtını ihdas edici

âmmeye hayatı münasebetlerinin» de âmmeye hukukunun tanzimine tâbi tutulduğu yolundaki tefrikeye uygundur. Bu kriter hakikata uygun olmakla beraber biraz müphemdir. Âmmeye ve hususî hukuk tefrikinin hususî hukukun esaslı bir taksimatını teşkil etmemesi ve sun'î bir ciheti ihtiva etmesi muhtemeldir: bu itibarla ileri sürülen meselenin ifade ettiği nazari anlamın pek büyük olmadığı söylenebilir. Buna mukabil pratik alanda bu mesele oldukça önemlidir: burada halli icap eden nokta şudur, acaba kanun koyucusunun üstün tutması gereken menfaat hangisidir? Ferdin menfaati mi yoksa kollektif menfaat mi? Kanaatime göre böyle bir tefrikin faidesi bunun ihtiva ettiği tercihte yani üstün menfaat mülâhazasında mündemiç bulunduğu düşünülecek yerde, mezkûr tercihin bizatihi tefrikin hikmeti vücudunu, esas mesnedini, teşkil ettiğine inanmak daha doğrudur. Bir hükmün âmmeye hukukuna ait olduğunu söylemek bu hükmün ittihazında *geniş mânasiyle*, politik mülâhazaların, devlet teşkilâtı fikrinin rol oynadığını beyan etmek demektir; bilâkis bir hükmün hususî hukuka aidiyetini ileri sürmek bu hükümde bambaşka mülâhazaların, hususî hayat münasebetlerinin düzenlenmesi fikrinin galip geldiğini ifade etmektir. Görüyoruz ki üstün menfaat mülâhazası, âmmeye hukuku veya hususî hukuk tefrikinin bir neticesini değil doğrudan doğruya esas mesnedini teşkil etmektedir. İşte üzerinde durduğumuz tefrikin yapılmasını mucip olan ve bu yoldaki tasnifinin mahiyetini belirten mülâhaza doğrudan doğruya bu mülâhazalar (Roubier, *Théorie générale du droit*, s. 243 ve müt.) İşte bu kriteri esas ittihaz edersek kanunlar ihtilâfı ve kazâi salâhiyet ihtilâfını daha ziyade hususî hukuka, bilâkis, heyeti mecmuası itibariyle tâbiyeti ve, büyük bir kısmı hattâ belki de tamamı itibariyle yabancılar hukukunu âmmeye hukukuna ithal edebiliriz.

Tâbiyet devletle fert arasında bir rabıttır, ve muayyen bir ferdin muayyen bir devletle olan devamlı ve özel bağlılığını ifade eder; tâbiyet, devletin fert üzerindeki hâkimiyeti belirtir, bu itibarla âmmeye hukukunun bir cüz'ü mahiyetindedir. Bu fikre karşı, tâbiyetin hususî hukuka ait önemli tesir ve neticeleri olduğunu, bazı hususî haklardan istifadenin, hattâ, hususî hukuk meselelerinde tatbik edilecek kanunun veya kazâi mercilerin salâhiyetinin belirmesinin buna bağlı bulunduğu yolunda, Fransada uzun müddet itirazlar ileri sürülmüştür. Ancak, bu neticelerin mahiyetinin, hukukî bir müessesenin umumî tasnif içindeki yerini tayine kâfi gelmiyeceği aşikârdır. Tâbiyet doğrudan doğruya âmmeye hukuku sahasına girer.

Yabancıların durumuna ait hükümlerin hukukî mahiyeti, Fransız doktrininde henüz tayin edilmiş değildir.

Bunu tayin etmek için en tabii yol bu durumu tanzim eden hüküm-

lerin mevzuunu incelemektir. Yabancıların âmme haklarından istifadesi imkân ve şartları ve onların bu haklardan mahrum kılınmaları halleri sözü geçen hükümlerin, *geniş anlamında*, mevzuunu teşkil ederler: bu cihet, yabancı bir devlet dahilindeki âmme hayatı dolayısıyla, bilfarz bir kimsenin, seçme veya siyasi bir teşekküle seçilebilme haklarını haiz olup olmadığının araştırılması, veya basın serbestliğinden, yahut da toplanma serbestliğinden istifade edebilip edemeyeceğinin tayini meselelerinde açıkça, bir yabancıнын ekonomik hayatının bahis mevzuu olduğu hallerde ise kat'iyetle belirir. Çünkü bu son halde karşılaştığımız problem bir yabancıнын, âmme haklarından olan çalışma veya ticaret serbestliğinden ne dereceye kadar faydalanabileceğidir; bundan maada — o derece bariz olmamakla beraber — yabancıнын hususî hayatı hakkında da aynı şey varittir: Dekan Hauriou der ki (*Principes de droit public*, 1 ci basım, 5560 not 1): «Hususî hukukun fasıl başları doğrudan doğruya âmme hukukundadır, hususî haklar âmme haklarının kullanılması fikri üzerine müesses mahirane bir terkipten ibarettir: aile serbestliği, mülkiyet serbestliği, akit serbestliği gibi serbestlikler hakkında eğer böyle bir iddiada bulunmak mümkün ise, hususî haklardan yabancı memleketlerde istifade etmek problemi, — ki bu problem hususî hakları kullanma serbestliğinden de farklıdır — sözü geçen hürriyetlerin yabancı ülkelerde kısmen veya tamamen tanınması imtiyazını mutazammın bulunduğuna göre, evleviyetle âmme hukukundan sayılmalıdır. Görüyoruz ki yabancılar hukuku mevzuu itibarile âmme hukukundan maduttur.

Mamafih evvelce de arzettiğim gibi, âmme hukuku ve hususî hukuk tefriki, daha isabetli olarak, sözü geçen tanzim hareketine esas teşkil eden mülâhazaların mahiyeti üzerine kurulabilir. Siyasi mülâhazaların resmî hayatı tanzime esas teşkil eden yegâne mülâhazalar olduğu kabili inkâr değilse de, bunların, ferdin ekonomik hayatında hususî hukuk mülâhazaları ile karıştığına, ve yabancıнын hususî hayatının tanzimi işinde daha önemli bir mahiyet kazandığına şüphe yoktur: gerçekten bilhassa yabancılara hak veya haklar tanınması bahsinde kanun koyucusunun düşünüşüne kısmen veya tamamen tesir eden âmiller arasında, tâbiyetleri ne olursa olsun, insanlar arasındaki münasebetlerin gelişmesi, milletlerarası sosyal hayatın gerçekleşebilmesi ve ilerliyebilmesi gibi mülâhazalar vardır. Hattâ, politik mahiyetteki menfaat ve mükellefiyetlerin, hususî hayatın ve evleviyetle ekonomik hayatın tanziminde aslî mevkilerini muhafaza ettiklerine, ve, gerek ihtiva ettikleri prensip icabı gerekse fer'i hükümleri dolayısıyla, tahditlerin ve ehliyetsizliklerin tesbitine esas teşkil ettiklerine şüphe yoktur. İşte, yabancıların durumunun tayin meselesi, milletlerarası sosyal hayatın inkişafına tamamiyle engel olmama arzusu.



ile hareket eden bir devletin mahiyetleri az çok belirmiş menfaatleriyle bu devletin teb'alarını yabancı ülkelerde de himaye hakkını haiz diğer devletlere karşı mevcut vecibeleri arasında bir muvazeneden ibarettir. Âmme hukuku sebeplerinin oynadığı önemli rol, üzerinde durduğumuz bu problemlerden ekseriya âmme hukuku eserlerinde bahsedilmesini (Meselâ bakınız: G. Scelle, *Manuel de droit international public*, s. 412 ve müt.) ve Andlaşmalar hukukunun bu problemler karşısında özel bir önemi haiz bulunmasını müeddidir. Yabancıların durumu meselesi münhasıran değilse de esas itibariyle bir âmme hukuku meselesidir.

Devletler hususî hukukunun iç taksimatı bakımından, yabancılar hukuku ile tâbiyet bahsini bir araya koymak yerindedir.

Bir çok müellifler, Fransada Pillet ve Niboyet, İtalyada Ago ve yeni İtalyan mektebi hukukçuları, kanunlar ihtilâfının âmme hukukunun bir cüz'ünü teşkil ettiğini iddia ederler. Fransız müelliflerinin görüşlerini dayandırdıkları, ve benim de iştirak ettiğim nokta, kanunlar ihtilâfı mevzuunun, muhtelif devletlerin teşriî salâhiyetinin sınırlarını tayin etmek olduğudur. Bu müellifler derler ki, bir yabancıyı bir Fransız mahkemesi huzurunda dava ikame ettiğini farzedelim, Fransada sakin olan bir belçikalının kezalik belçikalı olan karısına karşı bir boşanma davası açtığını kabul edelim; burada şöyle bir problemle karşılaşırız: bu meseleden doğan ihtilâfın halli için tatbik edilecek kanun hangi kanundur, belçika kanunu mu, yoksa fransız kanunu mu? Sözü geçen problem şu şekilde de vazolunabilir: burada üzerinde durduğumuz hukuki rabıta, yani boşanma davası dolayısıyla, kanunlarının tatbikini isteyecek kanun koyucusu hangisidir? Belçika kanun koyucusu mu? Yoksa Fransız kanun koyucusu mu? İşte, görülüyor ki bu kanun koyucuları yani hükümler devletler arasında bir salâhiyet problemi, milletlerarası münasebetlerin ihdas ettiği bir hâkimiyet ihtilâfı, bir âmme hukuku meselesidir. İhtilâflar hukuku bir âmme hukuku branşıdır, çünkü mevzuu devletlerin teşriî hâkimiyetlerinin yer itibariyle şumulünün tayinidir.

Mr. Ago dahi — ilk nazarda hayreti mucip olmakla beraber — aynı neticeye vasıl olmaktadır. Müellife göre kanunlar ihtilâfının mevzuu, bazı unsurları bakımından, milli sosyal hayatın dışına çıkan münasebet ve durumların tanzimidir. Ancak bu münasebet ve durumlar hususî hukuk alanına dahildirler: Devletler hususî hukuku, milletlerarası hayat münasebetlerine tatbik edilebilen özel bir hukuktur, tıpkı ticarî hayatın münasebetleri hakkında mer'î olan ticaret hukukunun, özel bir hukuktan ibaret oluşu gibi. Ancak Devletler hususî hukukunun tanzimi, milli hukuka idhal edilen yabancı memleket hukuklarının resmen iktibası suretile vukubulur. Yabancı hukukların resmen iktibası, der-

piş edilen devletin, meselâ Fransız Devletinin yabancı Devletler lehine vaki bir nevi tevkiline delâlet eder ki bu sayede mezkûr devletler Fransız hukuk nizamı, yani ihtilâf normunun hukukî nizamı alanında muteber olacak kaideler vaz ve isdar ederler. Bir hukuk sistemi içinde, hukukun kaynaklarını tespit ve hukukî normları ihdas edecek makamları tayin eden kaideleri Anayasa hukukuna aittir. Şu halde ihtilâflar hukuku âmme hukukundan madut olmak lâzımdır.

İşte noktai nazarlarını hulâsa ettiğim bu müellifler, ihtilâf kaidesi-nin mahiyetini tayin etmek için, pek yerinde olarak bu kaidenin ilk veya vasıtasız mevzuu olan devlet teşriî hâkimiyetinin sınırlanması fikrinden istiane ederler. Fakat pek âlâ bilirsiniz ki yukarıda sözü geçen iki hukuk branşının yekdiğerinden tefriki için daha ziyade pratik sebepler ve metod mülâhazaları üzerine durmak lâzımdır. Bu itibarla bir hukukî kaide-nin hukuk alanında tasnifini yapabilmek için onun vasıtasız mevzuuna değil gayesine, kullandığı teknik usule değil fonksiyonuna bakmak daha isabetli olur. Kanunlar ihtilâfî kaidelerinin fonksiyonu ise, milletlerarası sosyal hayatın ve bunun yanında hususî hayat münasebetlerinin düzenlenmesidir. Milletlerarası ceza hukukunu, milletlerarası idare hukukunu ve milletlerarası vergi hukukunu bu alanın dışında bırakmak temayülü hemen hemen umumleşmiş bulunmaktadır.

Denilebilir ki ihtilâflar hukuku, hususî hukukun milletlerarası bir satıh üzerine inikâs ettirilmesi, hususî hukukun esas itibarile mekân içinde mülâhazasıdır.

Ancak, milletlerarası bir alana geçilmekle, devletlerin siyasi menfaatleri de bahis mevzuu olacağından bazı hallerde âmme hukuku mülâhazalarının müdahalesine de yer vermek hattâ bu mülâhazaların müdahalesile bilfiil karşılaşmak icap edecektir.

Muhtelif devletlerin kanunları arasındaki otorite ihtilâfının halline matuf olan ihtilâflar hukuku, bir yandan, tanzime tâbi tuttuğu hususî veya umumî menfaatleri ortaya kor, öte yandan devletlerin siyasi hâkimiyetlerine tesir edebilir. Kanunlar ihtilâfının muzaaf bir mevzuu olduğu söylenebilir: vasıtasız mevzuu (ki bu teknik vasıta veya ameliyeden ibarettir) teşriî hâkimiyetlerinin sınırlarını tayin, vasıtalı mevzuu ise (ki bu ihtilâf kaidesinin fonksiyonu ve gayesidir) milletlerarası hususî hayatın tanzimidir. İhtilâflar hukuku ne münhasıran âmme hukukundan ve ne de hususî hukuktandır, bu bahis hem âmme hukukuna hem de hususî hukuka girer. Daha doğrusu muhtelit bir mahiyettedir. Mamafih normal olan ve üstün gelen mülâhazalar hususî hukuk mülâhazalarıdır.

Son olarak kazai salâhiyet ihtilâflarına, yani bazan milletlerarası hukuk usulü diye isimlendirilen bahse taallük eden normların hu-

kukî mahiyetinin tayinine ve bunların tasnifine geçmek isterim (Despagnet et de Boeck, Précis... No. 8). Bazı memleketlerde, bilhassa Almanya'da, hukuk usulü ve bunun yanında kazai salâhiyet ihtilâfları âmme hukukundan sayılır. Fransada bunun tamamiyle aksi varittir, meselâ bu memlekette hukuk usulü bazan Adli Medeni Hukuk diye isimlendirilir. Her iki terimde bir hakikat payı vardır. Gerçekten hukuk usulünün *geniş anlamında* âmme hizmetlerinin, adaletin, tecellisine matuf hükümlerin heyeti mecmuası dahil olduğu gibi (âmme hukuku), ferdlerin hususî haklarının teminine ve tevziine müteallik kaidelerin heyeti mecmuası da yer alır (hususî hukuk). Mamafih burada, esas itibariyle, bazan âmme hukuku mülâhazaları, bazan da hususî hukuk mülâhazaları üstünlük kazanır. Fakat zannıma göre, dar mânada adli teşkilât meselesi bir yana bırakılacak olursa, — yâni mahkemelerin teşkilâtı ve mevzuu itibariyle salâhiyeti (vazife) meseleleri hariç — kanun koyucusunun buradaki maksadı hususî fertlerin menfaatleri ile ilgilenmek, sosyal hayat ve hususî hayat lehine olarak mahkemelere müracaat imkânlarını en uygun bir tarzda tanzim etmektir. Buna bir de, Fransız mahkeme içtihatlarına göre, kazai ihtilâfların hâline müteallik kaidelerin şahıs itibariyle (*ratione personae*) olan salâhiyet kaidelerine benzetildiği ve binaberin, buradaki salâhiyetsizlik, prensip itibariyle, nisbî mahiyette addolunduğu için, bu salâhiyetin temdidine müteallik olarak anlaşma aktine veya kanunun bu baktaki hükümlerine aykırı surette harekete imkân olduğunu ilâve etmek lâzımdır. Bazı kayıtlar altında, ve muayyen bir takım meselerde, meselâ yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde âmme hukuku mülâhazalarının daha büyük bir önemi olduğunu kabul etmek şartıyla, denilebilir ki: milletlerarası hukuk usulü, tıpkı iç usul hukuku gibi, âmme hukukundan ziyade hususî hukuka dayanır.

Görülüyor ki kanunlar ihtilâfı ve kazai salâhiyet ihtilâfı bahisleri Devletler hususî hukuku ilminin ikinci büyük kısmını teşkil ederler.

Şimdiye kadarki maruzatımızdan acaba, Devletler hususî hukukunu yeni bir esas üzerine kurmak istediğimiz ve, kazai salâhiyet ihtilâfları bu branşa dahil olmak, tâbiyet ve yabancılar hukuku ise bunun dışında kalmak üzere, bu ilim şubesinin mahiyeti hakkında yeni ve mutavassıt bir telâkki ortaya atmak istediğimiz neticesini mi çıkarmak lâzımdır? Kanaatime göre hayır. Böyle bir neticenin istihracı ancak, âmme hukuku ve hususî hukuk tefrikinin esaslı bir mahiyeti haiz olması ve muhtelif hukuk mevzularının doğrudan doğruya ve münhasıran bu iki şubeden birine ithalinin mümkün bulunması hallerinde yerinde olur. Halbuki hakikati halde vaziyet böyle değildir. Hukuk cemiyet halinde yaşayan insanlar için yapılmıştır: denilebilir ki hukuk kaidelerinden hiç biri, sırf

hususî hukuk vasfını taşıyan kaideler bile, sözü geçen insan grubu nazârında ehemmiyetsiz sayılamaz, hattâ sırf âmme hukuku kaideleri de dahil olmak üzere bütün normlar — cemiyetlerin kendileri için kurulmuş bulunduğuş — yaşayan ve iş gören insanların refahına hizmet etmektedir. Muhtelif hukuk kaidelerini, veya hukuk kaideleri mecmuasını, kontrol edilmek istenen beşerî faaliyetin mahiyetine, ve bu beşerî faaliyet sayesinde husule gelen ve idare edilmek istenen cemiyetin vaziyetine göre, tasnif ve tefrik etmek daha doğru olur. Devletler Hususî Hukukunun mevzuu Milletlerarası sosyal hayatın tanzimidir: bunun içine kanunlar ihtilâfından ve kazaî salâhiyet ihtilâflarından mada yabancılar hukuku ve şüphesiz tâbiyet de girer.

**Jacques Maury**

Tercüme eden:

**Dr. Rabi KORAL**