

DEVLETLER HUSUSİ HUKUKUNDA ÂMME İNTİZAMI

Yazan :

Doçent Dr. Hıfzı Tınur

GİRİŞ :

Âmme intizamı mefhumu. - Esaslı mefhumlar hakkında umumiyetle düşülen ihtilâflar. - Âmme intizamı ve Devletler Hususi Hukuku. - Devletler Hususi Hukuku kaideleri ve Umumi Harpten sonraki inkişaf. - Âmme intizamı ve müktesep hak. - Müelliflerin vazifesi. - Pillet'nin ve Bartin'in eserlerinin eskiliği. - Fransız Devletler Hususi Hukuku komitesi. - Âmme intizamı mefhumunun bugünkü vaziyetini tesbitteki müşkülât. - Tetkikimizin hedefi ve plan.

I. — ÂMME İNTİZAMI MEFHUMU HAKKINDA UMUMİ MÜLÂHAZALAR.

§. — Âmme intizamı tabirinin menşei ve sahibi. - Mahkeme icthatlarına nazaran âmme intizamının bariz vasıfları.

Âmme intizamı mefhumunu ilk olarak ortaya atan Savigny değil, Bouhier'dir. - Mancini ve âmme intizamı. - Âmme intizamı ve hukuk kaidesi. - Devletler Hususi Hukukundaki vaziyet. -

§. — Dahili ve beynelmilel âmme intizamı. - Bu tefriktaki isabetsizlik. - Niboyet'nin fikri. - Muammer Raşit Sevgi'nin noktai nazarı. - Âmme intizamının mutlak ve izafi diye ikiye ayrışması. - Oser ve âmme intizamı. - Âmme intizamının vasıfları: a) Müdahale ettiği hâdiselerin tenevvüü. b) İzafi oluşu. c) Neticelerin tenevvüü. - Müspet ve menfi tesir. - Müspet tesire menfi tesir tekaddüm eder. - Müktesep hak ve âmme intizamı.

Âmme intizamını doğuran âmiller. - Devletler arasında hukuki telâkki birliğinin fikdani. - Misaller: Rewellotty davası.

Kanunlar ihtilâfı kaidelerinin dahili hukuk prensiplerile olan sıkı bağılılığı.

§. — Âmme intizamına komşu mefhumlar: Kanuna hile.

Âmme intizamının ve kanuna hilenin icra ettikleri tesirlerdeki müşabehet. - Kanuna hileyi tasrih eden metinlerin fikdani. - Türk Medeni Kanunundan bazı maddeler. - Dahili hukukta kanuna hileye misaller. -

Devletler Hususi Hukukunda kanuna hile mefhumu. - Bartin, kanuna hileyi âmme intizamına ithal etmektedir. - Bu telâkki yanlıştır. - Federal mahkeme kararlarından misaller. - Kanuna hileyi âmme intizamından ayıran manevi unsurdur.

II. — TATBİKAT : ÂMME İNTİZAMI VE MÜKTESEP HAK.

Devletler hususî hukukunda müktesep hak hakkında mücmel malûmat. - Bir hakkın yaratılması mânasına gelen müktesep hak ve edinilmiş bir hakkın tanınması mânasına gelen müktesep hak. - Şartlar. Hükümler. -

Âmme intizamının sahasını müktesep haklara doğru genişletmesi. - Misal : Calî torun davası. - Davanın esası. - Statut personel ile statut reél arasında münasebet var mıdır?. - Bu statut'lerin her biri hangi hususları tesbite yarar?. - Pillet, Weiss, Bartin, Niboyet ve Lerebours - Pigeonnière'in görüş tarzlarına göre bu dava nasıl bir hükme bağlanabilir?. - Temyizin nihai kararı

Mahkemelerin müktesep haklara mütedair kararlarını tasnif :

a) Müktesep hakkı tanımayan kararlar, b) Müktesep hakkı tanıyan kararlar. - İkinci grup kararların hakiki mahiyeti

NETİCE :

Âmme intizamı mefhumu, Devletler hususî hukukunda muğlâk bir mefhum olmaktan çıkmıştır. - «Hak. milletime raydalı olan şeydir» sözü ve Hâkim. - Âmme intizamı kaidedir. Müktesep hak dahi, âmme intizamı karşısında istisna olmuştur. - Âmme intizamını Devletler arasındaki hukuki telâkkiler ayrılığı doğurmaz. - Hâkimin kanunu ile, yabancı kanununun tam uygunluğu, Devletler hususî hukuku kaidesinin tatbiki için şarttır. - Milletlerin hakiki menfaati

GİRİŞ

Hukuk tahsiline daha henüz başlarken karşılaştığımız âmme intizamı tâbiri Hukuk ilminin belki en çok kullanılan ve fakat aynı zamanda manâ ve mahiyeti ve şümül sahası hakkında kolaylıkla sarih bir fikir edinilemeyen büyük bir mefhumudur.

Medenî Hukukun ilk derslerinde talebeye, ahvali şahsiye hakkındaki kanunî hükümlerin âmme intizamını alâkadar ettiği söylenir, Borçlar hukukuna başlar başlamaz talebenin karşısına 19 uncu madde çıkar, mutlak butlan ile nisbî butlan arasındaki farklar tebarüz ettirilmek için âmme intizamından bahsolunur, Ticaret hukukunda anonim şirketlere müteallik hükümlerin âmme intizamı ile ilgili olduğu, Muhakeme usulü derslerinde âmme intizamı definin her an ve hattâ ilk defa olarak Temyiz Mahkemesinde dahi serdolu-nabileceği ilâh.. gibi hususlar inceden inceye tetkik olunur ve talebenin dikkat nazarı çekilir.

Yalnız garibi şudur ki, Hukukta bu kadar büyük bir yer alan âmme intizamı mefhumunun ehemmiyeti, ilmimize lüzumlu olması kadar, manâ ve mahiyeti hakkında sarih bir fikir ve kanaat edini-

lememiş olmasındandır. Esasen dikkat edilecek olursa görülür ki Hukukta en çok kullanılan ve ilmin temelleri denebilecek olan esaslı ve nâzım mefhumlar hakkında umumiyet itibarile kat'î ve sarîh fikirlerimiz yoktur. Bu çok kullanılan tâbir ve ıstılahlar tarifi en güç olanlarıdır. Hukukî müesseselerin fer'î hükümleri ve ıstılahları hakkında bu müşkülâta nadiren tesadüf edildiği halde, esaslı mefhum ve hükümlerde ekseriya bir çıkmaza girilmektedir. Bugün vasinin yapabileceği akitler, evli kadının temsil salâhiyeti, ismin himayesi davaları gibi meseleler hakkında sarîh ve kat'î bir fikrimiz vardır. Fakat meselâ ehliyet hakkında, ahvali şahsiye hakkında, ismin mahiyeti hakkında aynı kanaati yürütmek müşküldür. Ahvali şahsiye denince ne anlamak lâzımdır? Evli, bekâr, dul olmak ahvali şahsiyeden olduğu halde, amele, mebus, reşit olmak niçin ahvali şahsiyeden olmasın! Bazı müelliflere göre rüşd ahvali şahsiyeden telâkki edilmekte, diğer bazılarına göre ise ehliyet bahsına taalluk etmesi lüzumu ileri sürülmektedir. Çok esaslı mefhumlardan olan aynı haklar hakkında da tam ve sarîh bir görüş birliği mevcut değildir. Planiol'a göre aynı hak, bir şahıs ile diğer bütün fertler arasındaki münasebettir. Saleille, bu görüşü tenkit etmekte ve aynı hak ile şahsî hakkın ayrı ayrı ve müstakil bir müessese olarak tetkik ve mütalâa edilmesini kabul etmemektedir. Hakların öz ve esası ancak aynı hak olabilir diyen Saleille, insanların yaşamak için bir takım eşyaya muhtaç olduğunu, ancak bu eşyaya ulaşmak için bazan fert ile eşya arasına mutavassıt rolünü oynayacak bir şahsın girdiğini ve bundan da müteferri bir hak olan şahsî hakkın doğduğunu beyan etmektedir. Bu müellife göre asıl olan hakkın mevzuudur, yani eşyadır. Şahısların eşya yerine ferde müracaatı istisnâî ve ârizî bir vakiadır.

Medenî Hukukun en mühim mevzularından biri olan hata hakkında da müelliflerin birbirine uymayan görüşleri vardır. Daha sayılabilecek pek çok misaller hukukun istinat ettiği esaslı mefhumların tam manâsile tarif olunamadığını, manâ ve şümüllerinin kat'iyetle tesbit olunamadığını göstermektedir. Maamafih bu vaziyet içtimaî ilimlere has değildir. En müspet sayılan ilimlerin bile temel mefhumlarında bu müphemiyet vardır. Fizikî ve riyazî bilgilerin bir çok ana ve nâzım kaideleri faraziyeden başlanarak izah olunabilmektedir.

Devletler Hususî Hukukunun bütün sahalarına hâkim olan âmme intizamı için de aynı mülâhazalar varittir. Halbuki âmme intizamı bu branşın cümlei asabiyesi mesabesinde. Zira herhangi bir

devletler hususî hukuku meselesine temas edilince ekseriya âmme intizamına da temas olunmuş demektir.

Âmme intizamının devletler hususî hukukunda arzettiği büyük ehemmiyeti kolayca anlamak için bu ilim branşı müelliflerinin eserlerine ve mahkemelerin devletler hususî hukukuna müteallik kararlarına bakmak kâfidir. Bilhassa mahkemelerin âmme intizamı mü-lâhazası ile verdikleri kararlar büyük bir yekûn tutmaktadır.

Vaziyetin böyle olmasına rağmen âmme intizamı mefhumu, doktrinin tespit ettiği prensipler bakımından bilakis gittikçe muğlâk bir vaziyet almaktadır. Mahkemelerin kararları, âmme intizamı mefhumunun hakikî mâna ve mahiyetini izah edecek şekilde kararlar vermekten çok uzaktırlar. Esasen bu vaziyet yalnız âmme intizamı için değil devletler hususî hukukunun bütün sahaları için aynıdır.

Filhakika son 10-15 sene zarfında bütün memleketlerin mahkemeleri devletler hususî hukukuna taallük eden meselelerde büyük bir buhran geçirmektedirler. Bir asra takın bir emek ve mücadele neticesinde tebellür ettirilmeğe çalışılan devletler hususî hukukunun umdeleri maalesef ehemmiyetini kaybetmekte ve bu buhranın içinde sezilen temayül ve müstakbel inkişaf mülkîlik prensibinin bilâkaydüşart hâkimiyetini temin etrafında büyümektedir. Mahkemeler, çok daha iyi bildikleri ve anladıkları milli kanunlarını ecnebi kanununa tercihan tatbik için binbir vesile bulmaktadırlar. Bugünün hâkimleri, karşularına çıkan ve devletler hususî hukuku ile ilgili bir hâdise için kendi millî kanunlarını tatbik etmek hususunda âdeta insiyakî bir meyle sahiptirler. Gördüğümüz bazı son mahkeme dosyalarında müddeiler, ecnebi kanununun hâdisede salâhiyettar olacağı tezi etrafında delâil serdedecekleri yerde, mahkemenin salâhiyetsizliği etrafında uğraşmakta ve bunu temin etmeğe gayret sarfetmektedirler. Çünkü biliyorlar ki mahkeme salâhiyet kararı verdikten sonra *Lex fori*'nin tatbikine mâni olmak çok güç olacaktır.

Devletler hususî hukukuna müteallik mecmuaların fihristlerine bakılacak olursa *Conflit de juridiction* altında bulunan kararların gittikçe çoğaldığı ve buna mukabil kanunlar ihtilâfına mütedair kararların da azaldığı görülür. 1914 harbinden evvelki vaziyetin tamamen zıddı bir tekâmül, devletler hususî hukuku kaidelerini mümkün olduğu kadar bertaraf etmeğe savaşmakta ve bu asırlık kaidelerin yanında, gittikçe vüs'at ve ehemmiyet kesbeden ve *Lex fori*'yi tatbik eylemeği istihdaf eyliyen âmme intizamı gibi istisnalar büyük

bir inkişaf göstermektedir. Mahkemeler şimdiye kadar âmme intizamının mevzuubahs edilmesi duyulmamış meselelerde de bu mefhumu ileri sürmekte ve âmme intizamının hakikî manâ ve şümulünü anlamak imkânını tamamen müşkül bir hale koymaktadır.

Devletler hususî hukukunun ana prensiplerinden biri olan müktesep haklara riayet kaidesi de âmme intizamının tecavüzüne maruz kalmağa başlamıştır. 19 uncu asrın içtihadı mehakim kolleksiyonlarında pek nadir olarak âmme intizamı ile müktesep hakkın karşılaşmasına ve hâkimin tereddüdüne tesadüf edilirken son yirmi senede bu çatışmaya sık sık tesadüf edilmekte ve neticenin de ekseriya âmme intizamı lehine olduğu görülmektedir.

Müellifler beynelmilel iktisadî münasebetlerde büyük bir emniyetsizlik doğuran bu vaziyeti tenkit edecekleri yerde, sadece vaziyeti tasvir ile iktifa eylemektedirler. Bu şerait dahilinde devletler hususî hukukunun prensipleri mahkemeler için riyeti mecburî kaideler olmaktan yavaş yavaş çıkmakta ve bu kaideler müracaat sahipleri için ehemmiyetbahş telâkki olunmamaktadır. 1914 harbinden sonra neşrolunan eserler maalesef harpten evvelki vaziyete ve inkişafa dayanmaktadır. 1923 te neşrolunan *Pillet*'nin, (*Traité pratique*) i ve 1933 te neşrolunan *Bartin*'in (*Principes*) leri yeni eserler addolunamaz. Filhakika *Pillet*'nin *Traité*'si 1909 da neşrettiği *Principes*'lerin biraz daha tafsil olunmasından doğmuştur. *Bartin*'in *principes*'leri de, arzettikleri mükemmel tasnif ve mantığa ve görüşleri pek büyük rağbete rağmen nihayet 1899 da aynı müellifin neşretmiş olduğu (*Etudes de Droit international privé*) ünvanlı eserinde ileri sürdüğü görüşlerin mufassal ve daha metodik bir terkibinden başka bir şey değildir. *Bartin* eserinin şe'niyete ve hayatın hakikî icaplarına uyduğunu iddia ederken, tenkit eylediği yüzlerce mahkeme kararı ve reddettiği bir çok yeni içtihadı mehakimden doğmuş prensipler, iddiasının isabetsizliğini sarih bir şekilde ispat etmektedir. Eski telâkki ve görüşlere istinat eden bu eserlerin, yeni devrin içtihadı mehakimini inzıbat altına alması ve ona ilmî bir veçhe vermesi hiç şüphesiz mümkün değildir. Büyük harpten sonra neşredilen yeni ve mühim eserler meyanında *Surville*'in, *Niboyet*'nin, *Valery*'nin, *Pouillet*'nin ve *Lereburs - Pigeonnière*'in eserleri zikrolunabilir. Fakat bu eserlerin hepsi terkipten ziyade tahlile hasrolunmakta ve olanı söylemekle iktifa eylemektedirler.

Halbuki müelliflerin vazifesi sadece mahkeme kararlarını tahlil etmekten ibaret olmamak lâzımdır. Müstakbel hayatın inkişaf ve

seyrini düşünmeksizin yalnızca bugünün arızî vaziyetlerine dayanarak kurulacak görüşler, belki güzel fakat faydasız bir takım mülâhazalardan daha fazla bir şey olamazlar. Hemard'ın dediği gibi kanun mazi, içtihadı mehakim hal, doktrin de istikbaldir.

Fransız mahkemelerinin içtihatlarına bir seyir vermek için kurulan *Comité français de Droit international privé*, mahkemelere tesir yapacağı yerde, kendi, mahkemelerin seyrine kapılmıştır. Şimdiye kadar bu komitenin neşrettiği dört eserde hâkim olan mülkîlik bunu açık bir şekilde göstermektedir.

Niboyet'nin 1938 de neşretmeğe başladığı ve dört ciltten ibaret olacak olan *Traité*'sinin ancak iki cildi çıkmıştır. Bilhassa üçüncü cildini görmeden evvel bu eser hakkında bir şey söylemek doğru olmayacaktır. Maamafih ilk iki cildinin muhteviyatına bakılırsa, hocası *Pillet*'yi inkâr etmek yoluna sapmak istediği anlaşılmaktadır.

Memleketimizde devletler hususî hukuku ilmini bihakkın temsil eyliyen Ordinaryüs Profesör *Muammer Raşit Seviğ* (Armağan) a yazmış oldukları (Devletler hususî hukukunun mahiyeti) adlı makalede doktrinin vazifesini yapmadığını tebarüz ettirirken tutulacak yolu şu güzel cümle ile icmâl eylemektedir: «Doktrinin vazifesi, hayale kapılmamak şartile ideal ile fi'liyat arasındaki mesafeyi ölçmek ideale aykırı olan muameleleri tenkit etmek ve ideale doğru olan hareketi teşvik eylemektir.»

Mahkemelerin ve doktrinin bugünkü keşmekeş vaziyetinden âmme intizamı mefhumunu ve müktesep hakkı tebarüz ettirmeğe teşebbüs eylemenin müşkülâtı yukarıda verilen izahattan kolaylıkla anlaşılmaktadır.

Bizim bu tetkikimizin gayesi âmme intizamı mefhumunun son yirmi sene zarfında tatbikatta aldığı seyri vasıflandırmağa çalışmak ve devletler hususî hukuku kaidesi karşısında gittikçe büyüyen kuvvet ve şumulünü göstermektir. Devletler hususî hukuku kaidelerinin ve hattâ bütün hukuk branşlarının en şayanı dikkat umdelerinden biri olan müktesep hakkı tanımak prensibini bir misal olarak âmme intizamı ile karşılaştıracamız. Âmme intizamı ile müktesep hakkın mücadele vaziyetine sokulması bize bugünkü hakikî vaziyetin en belîğ misalini verecektir. Bu çatışmadan çıkacak netice, âmme intizamının vüs'at ve şumul derecesini bize anlatmış olacak ve devletler hususî hukuku kaidelerinin âmme intizamı karşısındaki gerilemesini sarahatle göstermiş olacaktır.

ÂMME İNTİZAMI MEFHUMU HAKKINDA
UMUMÎ MÛLÂHAZALAR

Ş. — Âmme intizamı tabirinin menşei ve ilk sahibi. Mahkeme içtihatlarında âmme intizamının bariz vasıfları.

Dahili hukukta âmme intizamı tâbiri çok eskidenberi kullanılmaktadır. 1804 tarihli Fransız medenî kanununun altıncı maddesi buna bir delildir. Dahili hukukta âmir hükümlerin mutlak surette tatbikini temin eden vasıta olarak ileri sürülen âmme intizamı, devletler hususî hukukunda da yine aynı gaye için, fakat yabancı kanunun tatbikini men' maksadile ileri sürülmüştür. Yanlış olarak bu kaidenin ilk sahibi *Savigny* olarak gösterilmektedir. Filhakika *Bouhier*, *Savigny*'den çok evvel âmir hükümler ihtiva eden örf ve âdetlerin, hariçten gelecek örf ve âdetlerin tatbikine mâni olması lâzım geldiğini söylemiştir (1). *Savigny*, *Bouhier*'nin bu esas kaidelerini pek vazih bir şekilde olmamakla beraber tafsil etmiş (2) ve *Savigny*'den sonra da İtalyan mektebinde tam inkişaf seyrini kazanmıştır. *Mancini* âmme intizamı mefhumunun ilmî kuruluşunu yapan ilk büyük âlimdir (3). Her ne kadar *Mancini* olmuş bir meyveyi koparmak vaziyetinde idi ise de, devletler hukuku sahasında âmme intizamını tam bir vuzuh ile anlatmağa çalışan o olmuştur (4).

Tetkikimizin sonunda vereceğimiz kitabiyat listesinde görüleceği üzere âmme intizamı mefhumu etrafında pek çok tetkikler yapılmıştır. Fakat bu mefhum için kanunî metinlerin azlığı ve mahkemelerin sabit ve mustakar bir içtihadı malik bulunmaması, bu eser ve tetkik bolluğuna rağmen meselenin lâıyıkı veçhile aydınlanamamasını intaç etmiştir. Mahkeme kararlarına bakacak olursak görürüz ki âmme intizamı mefhumu gelişi güzel ve bir ana kaideye riayet olunmaksızın dermeyan edilmektedir.

(1) *Bouhier de l'Ecluse*. — Etat civil, mariage, adoption. Paris 1842.

(2) *Savigny*. - *Traité de Droit romain*, 1855. cilt VIII, s. 32.

(3) *Knapp*. - *La notion de l'ordre public dans les conflits de lois*. Thèse, Neuchâtel 1932, s. 32.

(4) *Mancini* ilk defa olarak nazariyesini Tourin üniversitesindeki takrirlerinde izah eylemiştir. Müteakiben *Clunet* de 1874 te neşrolunan «De l'Utilité de rendre obligatoire les règles générales du droit international privé» unvanlı makalede (*Clunet*, 1874, s. 221, ve m.), ve *Institut de droit international'a* verdiği raporda fikir ve görüşlerini tafsil eylemiştir. (Bul. Inst. session de La Haye 1875).

Maamafih, mahkeme kararlarının arzettikleri muğlâk ve girift vaziyetten âmme intizamı mefhumunun manâ ve mahiyetini istihraç etmek mümkün olmasa bile, âmme intizamı mefhumunun bütün bu mahkeme kararlarında hep aynı gayeyi istihlâf eylediğini görmek ve bu gaye ve hedef birliğini tebarüz ettirmek mümkündür. Şimdiye kadar âmme intizamı hakkında serdedilmiş nazariyelerden bir ân için tamamen sıyrılarak ve onların tesirinden uzak kalarak ve şu şekilde bir muhakeme yürüterek âmme intizamı mefhumunun ruhuna belki varmak mümkün olacaktır.

İnsanlar cemiyet halinde yaşarlar. Cemiyetin kanun ve nizamları, örf ve âdetleri o cemiyetin hukuk kaideleridir. Bütün bu hukuk kaidelerinin gayesi birdir: Cemiyette nizam ve sulhü temin eylemek. Bu bakımdan hukuk kaidesi cemiyette nizam ve sükûnu temin gayesini güdünce aynı hedef ve maksadı taşıyan âmme intizamı ile hukuk kaidesinin başka başka mefhumlar olmaması lâzım gelir. Devletin beka ve selâmetini ve halkın huzur ve sükûnunu temin için vazı kanunun mer'iyet sahasına sevkettiği kanun ve nizamlarla, hâkimin âmme intizamını ileri sürerek verdiği kararlar arasında gaye bakımından hiçbir farkın mevcut olmaması icabeder. Gerek vazı kanunun gerekse hâkimin tasarrufları hep aynı gayeyi istihdaf etmektedir. O gaye de cemiyeti nizam ve sükûn içinde yaşatmak, yani âmme intizamını temin etmektir.

İlk nazarda hukuk kaidesi ile âmme intizamı, birbirini tamamlayan aynı mefhumlar olduğu kanaati hâsıl olabilirse de, mesele incelendikte vaziyetin başka olduğu kolaylıkla görülür. Filhakika fertler arasındaki münasebet kaidelerini misal olarak alacak olursak görürüz ki bunları tedvin eden vazı kanunun veya örf ve âdetleri yaratan cemiyet hayat ve şuurunun ilham aldıkları, kuvvet aldıkları membalar aynı değildir. Bu membalardan bir tanesi cemiyetin umumî ve birinci derecedeki menfaatleridir. Bu menfaatler, herkese şamil, umumî kanun ve nizamlar vaz'ını icabettirir. Hukuk kaidesine vücut veren diğer memba, vazı kanunun, fertler arasında husule gelebilecek her nevi münasebeti tanzim etmek imkânsızlığıdır. Bu imkânsızlıktan ikinci derecede addolunabilecek hukuk kaideleri doğar. İkinci dereceye koyduğumuz bu hükümler fertlere, aralarındaki münasebetler için muayyen bir serbesti bahşeder ve bunun neticesinde fertlerin iradesi mahsulü olan vaziyetler meydana gelir. Hukuk kaidesini burada fertlerin iradesi yaratır. İşte dahili hukuk bakımından umumî hükümlerle ikinci derece veya hususî hükümler arasındaki ihtilâfta âmme intizamı mevzuubahs olur. Âmme

intizamı fertlerin iptidaen yapmağa mezun oldukları tasarruflarla cemiyetin esas kanunları arasında bir ihtilâfı tazammun eder. Âmme intizamı mefhumu bu ihtilâfı halletmeğe, ne gibi hallerde umumî hukuk kaidesinin ikinciye takaddüm edeceğini tesbit etmeğe yarar.

Devletler hususî hukukunda da vaziyet aynıdır. Burada karşılaşılan millî kanunla yabancı kanundur. Âmme intizamı bu ihtilâfı halleden kaidedir. İhtilâflar ne kadar mütenevvi olursa olsun âmme intizamı daima devlet dahilinde nizam ve asayişî temine matuf büyük prensip ve kaidelerin rüçhaniyetini temin ve ilân etmeğe hizmet eder.

Şu halde hukuk kaidesi ile âmme intizamı aynı mefhumlar değildir. Hukuk kaidesi, cemiyetin beka ve selâmetini, fertler arasındaki münasebetleri temin ve tanzim eder, âmme intizamı ise hususî hayatın tamamen tedvin ve tanzimi imkânsız olan binbir tezahürünü, cemiyetin nâzım ve esas kaidelerine intibak ettirmeğe yarar. Hukuk kaidelerile âmme intizamının başka başka mefhumlar olduğunu sarahatle gösteren kanunî metinlerimiz de vardır. Ezcümle Borçlar Kanunumuzun 19 uncu maddesinin ikinci fıkrası: (Hukukî kaidelere veya... umumî intizama... mugayir bulunmadıkça iki tarafın yaptığı mukaveleler muteberdir).

§ Bir çok müellifler âmme intizamını, dahili âmme intizamı ve beynelmilel âmme intizamı diye ikiye ayırmaktadırlar. Bu tefriki ilk defa olarak *Brocher* yapmıştır (5). *Despagnet*, *Oliivi*, *Surville* gibi büyük müellifler bu tefriki kabul etmişlerdir (6). Bu tefriki kabul edenlere göre dahili âmme intizamı, ahkâmı âmireye muhalif olarak ferdi irade mahsulü bir akdin hüküm ifade etmesine mâni olan âmme intizamıdır. Beynelmilel âmme intizamı ise yabancı kanunun tatbikine mâni olur. *Brocher*'nin bu fikrini daha sonra *Weiss* tafsil eylemiştir (7).

Weiss'a göre dahili âmme intizamı ve beynelmilel âmme intizamı diye bir tefrik yapmak zarureti vardır. Çünkü dahili hukukta âmme intizamına taallûk eden her hüküm yabancı kanunun tatbikine mâni olmaz. Fakat beynelmilel âmme intizamına taallûk eden her hüküm aynı zamanda dahili âmme intizamına da taallûk edecektir. Bu telâkkiye göre, meselâ Medeni Kanunumuzun, rüştün, 18

(5) *Brocher*, C. - Cours de droit international privé. Genève 1885.

(6) *Despagnet*. - Précis de droit international privé. 5 tab. s. 362. - *Surville*. - Manuel de droit international privé. 7 tab. No. 21.

(7) *Weiss*. - Traité théorique et pratique de droit international privé. 2. tab. cilt 3, s. 94 ve m.

yaşın ikmali ile başlayacağını söyleyen 11 inci maddesi, dahili âmme intizamına taallük ettiği halde, bu hüküm, rüştün 20 yaşın ikmali ile tahakkuk edebileceğini söyleyen İsviçre Medeni Kanununun 14 üncü maddesinin memleketimizde tatbikine mâni olamaz. Halbuki yine Medeni Kanunumuzun 93 üncü maddesi (8) beynelmilel âmme intizamına da taallük eder. Türkiyede evlenmek isteyen herhangi bir ecnebinin milli kanunu 93 üncü maddemizin hükümlerini zarurî kılmasa bile gene bu maddenin şeraitini tahakkuk ettirmekle ancak Türkiyede evlenebilir.

Kanaatımızca âmme intizamını böyle iki gruba tefrik etmek, gerek verilen isimler bakımından, gerekse tatbiki sahada arzedeceği karışıklıklar bakımından tamamen yersizdir.

Beynelmielel âmme intizamı, bilhassa yabancı kanunu bertaraf eden âmme intizamıdır. Oynadığı rol beynelmielel bir unsurun hâdiseye müdahale etmesine mâni olmaktır. Bu itibarlar bu ismi taşıması doğru olamaz. Beynelmielel kelimesi ile sıfatlandırılan bu âmme intizamında hiç bir beynelmieleliyet olmadığı gibi bilâkis dahili âmme intizamından belki daha çok dahili ve milli bir âmme intizamıdır.

Niboyet'nin dediği gibi bu âmme intizamı bilâkis tamamile millidir (9). Âmme intizamının bu şekilde sıfatlandırılması muhtevası hakkında daha ilk nazarda yanlış bir fikir vermeyi mucip olmaktadır. *Kohn*'a göre (10) bu iki tâbir ters manâlarda dahi kullanılacak kadar esassızdır. Dahili âmme intizamı, ferdi, memleket haricinde, beymelielel sahalarda dahi takip eder. Beynelmielel âmme intizamı ise yalnız ve mutlak olarak mahalli kanunun âmir hükümlerini tatbik etmeği ve yabancı kanunu bertaraf eylemeği istihdaf eder. *Kohn*'un bu tenkidine göre yukarıda zikrettiğimiz medeni kanunumuzun 11 inci maddesi beynelmielel âmme intizamına, 93 üncü madde de dahili âmme intizamına taallük edebilecektir ki *Weiss*, tamamen aksi bir mülâhazada bulunmuştur.

Muhakkak olan bir cihet varsa o da âmme intizamının dahili hukuk çerçevesi içinde bulunduğuudur. Beynelmielel âmme intizamı olsun veya dahili âmme intizamı olsun daima dahili hukukun hudutları içinde yer alan bir tek mefhumu ifade ederler. Nihayet bu

(8) Madde 93 . — Tekrar evlenmek isteyen kimse, vefat veya boşanma ile yahut butlan hükmü ile evliliğin zail olduğunu isbata mecburdur.

(9) *Niboyet*. - Manuel de droit international privé. 1928, s. 548.

(10) *Kohn*. - Abhandlungen zum internationalen privatrecht. Leipzig, 1928. Leinhard'dan naklen

sahada söylenebilecek bir şey varsa o da âmme intizamının iki cephesi bulunduğu, iki rol oynadığıdır. Birinci rol, vazı kanunun iradesinin ferdi iradeye rüçhaniyetini temin, ikinci rol de yine millî vazı kanunun iradesinin yabancı kanunun hükümlerine rüçhaniyetini temin etmektir. Meselâ nafaka mükellefiyetine müteallik Medeni Kanunumuzun hükümleri hilâfına, fertlerin iradesi mahsulü olan bir tasarrufun âmme intizamı dolayısıyla iptali ile, yine bu kanun hükümleri hilâfına hükümler ihtiva eden yabancı kanunun memleketimizde tatbik olunmaması hep aynı kanunun, yani medeni kanunun muayyen hükümleri icabıdır (11).

Devletler hususî hukukunda âmme intizamı mevzuubahs olunca mutlaka karşımıza, dahili hukukun âmir bir hükmü çıkmış demektir. Bu hüküm, normal olarak tatbik olunması lâzım gelen devletler hususî hukuku kaidesini bertaraf etmektedir. Bu kaideyi tatbiksiz bırakan âmme intizamı ile, iki Türkün iradesi mahsulü olan bir tasarrufu hükümsüz bırakan âmme intizamı hep aynı âmme intizamıdır. Tek bir kanunî hükme istinat eden bu âmme intizamını ikiye bölmek, zaten muğlak bir mefhum olan âmme intizamını büsbütün karıştırmak olur. *Bartin*'e göre beynelmilel ve dahili âmme intizamı diye bir tefrik yapılabilir; fakat beynelmilel âmme intizamı bir memleket dahilinde mutlaka ve yalnız dahili, millî âmme intizamıdır (12).

Profesör *Mustafa Reşit Belgesay*, (Devletler hususî hukukunda Adliye) isimli kitabında (13), âmme intizamını ulusal ve arsiulusal diye ikiye ayırmak mecburiyetini hissettiğini söylemekte ve *Weiss*'in kanaatine iştirak eylemektedir. Profesör *Muammer Raşit Seviğ*, bu mesele hakkında, çok haklı olarak, eserinde kanaat izhar etmekten çekinmekte ise de, dahili ve beynelmilel âmme intizamı diye bir tefrikin doğru olmayacağı kanaatinde olduğu eserinin bu bahse müteallik kısımlarından sezilmektedir (14). Profesör *Muammer Raşit Seviğ*, kitabının hazırlamakta olduğu ikinci tab'ında bu meseleye da-

(11) *Ord. Prof. Muammer Raşit Seviğ*'in İstanbul Hukuk Fakültesi mecmuasında intişar eden «Emniyet ve asayiş kanunları hangileridir?» ve «Nafaka borcu» unvanlı makaleleri. (H. F. M. cilt V, s. 107; cilt VI, s. 100).

(12) *Bartin*. - *Principes de droit international Privé*, s. 269.

(13) *Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay*. - Devletler hususî hukukunda adliye, s. 62.

(14) *Ord. Prof. Muammer Raşit Seviğ*. - Devletler hususî hukuku, s. 313.

ir çok esaslî ve muknî' bir mütalâada bulunmaktadır. Profesöre göre beynelmilel âmme intizamından maksat, beynelmilel bir hâdise ve unsura karşı âmme intizamının aksiyona geçmesidir. Dahilî âmme intizamından maksat ise, dahilî, millî bir hâdise ve unsura karşı âmme intizamının harekete geçmesidir. Her iki halde de faliyete geçen aynı âmme intizamıdır. Değişen, âmme intizamının karşılaştığı vaziyetlerdir. Bazan yabancı kanunla karşılaşır, bazan da fertlerin iradesile karşılaşır.

Filhakika her iki halde de mevzuubah olan âmme intizamı dahilî âmme intizamıdır. Çünkü karşılanan hâdiselerin tenevvüü karşılayanın sıfatına tesir etmez.

Bazı müellifler âmme intizamını mutlak ve izafî diye ikiye ayırmağa teşebbüs etmişlerdir (15). Mutlak âmme intizamı beynelmilel âmme intizamına tekabül etmekte, izafî âmme intizamı da dahilî âmme intizamına tekabül eylemektedir. Bundan evvelki kısımda yapılan tenkitler bu tasnif için de varittir. Bilhassa âmme intizamının her zaman ve daima izafî bir mefhum olduğu söylenirse, bu tasnifin yersizliği hakkında fazla bir şey söylemeğe lüzum kalmaz (16).

Umumî harpten evvel mahkeme kararlarında yukarıda zikrettiğimiz âmme intizamı tefrikleri sık sık rastlanırdı. Fakat umumî harpten sonra bu terminolojilerin azaldığı görülmüştür. Pillon'un (17) dediği gibi âmme intizamını her hâdisede ayrı ayrı tetkik etmek ve mahiyetini tespit eylemek icabeder. Bazı müelliflerin zannettikleri gibi âmme intizamı *a priori* tesbit edilmiş bir takım kaideler mecmuası değildir. Âmme intizamı, muayyan bir hâdisede salâhiyettar olan kanunu, tatbik olunacak memleketin, siyasi, ahlâki, içtimai ve iktisadî menfaatlerine dokunması dolayısıyla bertaraf eden, tatbikten uzaklaştıran bir vasıttan başka bir şey değildir. Oser, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhinin Devletler Hususî Hukukuna ait kısmında der ki: «Ecnebi bir hukukun — Devletler Hususî Hukukunun bir norm'una dayanmak suretile — konkret bir hukuk münasebetine tatbiki meselesinin, tatbikat ve nazariye bakımından muayyen sınırları vardır. Meselâ öne sürülen herhangi bir hal karşısında yabancı hukukun muntazam surette tatbikinden şu sebeplerden ötürü yüz çevrilecektir; çünkü bizim objektif hukuk normları-

(15) *Paulliet*. - *Manuél de droit international privé*. 1927.

(18) *Oser, H.* - *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*. Terc. *Hüseyin Avni*, s. 64.

mız gayeleri ve muhtevaları bakımından, mahkemelerimizde görülecek olan bütün işlere herhalde ve istisnasızca tatbik edilmek lâzım gelir, veyahut ta, yabancı hukuka göre mevcut münasebetler bizim müesseselerimizle ve görüş tarzlarımızla o derece mütezat halindedir ki biz böylelerine hukuk korumasını (Rechtsschutz) reddetmek mevkiindeyiz, ve otoritelerimizle mahkemelerimizden bu türlü aykırı hukuk münasebetlerini tanımak ve onları yaşatmak gibi bir şey bekliyemeyiz. Birinci ihtimale göre: Bir hukuk münasebeti karşısında ölçü verici olan yani kendisine uyulmak gereken yabancı hukukun yerine kendi hukukumuzu tatbik ederiz (bu, müspet tesirdir); ikinci ihtimale göre ise: Ya yabancı hukukun doğrudan doğruya tatbikini reddederiz, yahut ta yabancı hukuka göre mevcut bir münasebetin şu veya bu anlamdaki varlığını yine doğrudan doğruya kabul etmemek suretile reddederiz (bu, menfi tesirdir)». *Oser*'in ve diğer bazı müelliflerin müspet ve menfi tesir hakkındaki görüşleri dolayısıyla düşündüklerimizi ileride söyleyeceğiz. Umumî olarak bu manâda anlaşılacak lâzım gelen âmme intizamının üç vasfı vardır:

1) Müdahale ettiği, rol oynadığı hâdiselerin tenevvüü. —

Âmme intizamının cemiyetin *umumî ahlâk* telâkkilerini haleldar edebilecek hususlarda müdahale ettiğini görüyoruz. Meselâ evli bir kimsenin evlilik haricinde doğan çocuğunu tanımasını kabul eden ecnebi bir kanun, normal olarak memleketimizde ecnebiye tatbik edilmek lâzım gelirken, bu tatbik cemiyetimizin ahlâkî telâkkilerini rencide edeceğinden, âmme intizamı müdahale etmekte ve bu ecnebi kanununu tatbik sahasından uzaklaştırmaktadır.

İçtimai sahada da âmme intizamı mefhumu sık sık ecnebi kanununu bertaraf etmektedir. Nafaka meselelerinde, boşanma sebeplerinde, terkte, velâyette âmme intizamının müdahalesi, hep cemiyetin içtimai bünyesini korumak mülâhazasıyledir.

Cemiyetin *iktisadî hayatı* mevzuubahs olunca âmme intizamının müdahale ettiği ve mühim bir rol oynadığı keza görülür. Bu sahada âmme intizamı bilhassa âkitlerin muhtariyetine bir fren vurmakta ve yaptıkları tasarrufları cemiyetin iktisadî menfaatlerine uygun kılmağa yaramaktadır. İş akdinde, deniz hukukunda, kara ve deniz nakliyatı meselelerinde, borsa muamelelerinde, ve faizde âmme in-

tızamının müdahalesi hep cemiyetin iktisadî nizamını koruma gâyesine matuftur.

Siyasi mülâhazalarla da âmme intizamı ekser hallerde ecnebi kanununu tatbikten bertaraf eylemektedir. Cemiyetin siyasi menfaatlerine uygun düşmeyecek olan ecnebi kanunu, âmme intizamı mülâhazasile memleketimizde tatbik olunamaz. Çünkü demokratik cemiyetimizin siyasi temelleri demek olan bu esaslar hiç bir veçhile hâleldar edilemez. Türk milleti namına icrayı kaza eden hâkim kararında bu umdeler hilâfına hükümler ihtiva eden bir kanunu nazara alıp ona istinaden hüküm veremez.

2) Âmme intizamı izafî bir mefhumdur. Âmme intizamı tatbikten uzaklaştırdığı yabancı kanunun kendisile değil doğuracağı neticeyle meşgul olur ve yalnız onunla alâkadardır. Bu itibarla bir kanun bazı mukavelelere veya bazı şahıslara âmme intizamına muhalefet dolayısıyla tatbik olunmazken, başka vaziyet ve hallerde bu aynı kanunun tatbiki âmme intizamını hâleldar etmeyebilir. Âmme intizamı zamana, mahalle ve memlekete göre manâ ve şümulü değişen çok seyyal bir mefhumdur. Sabit ve beynelmilel bir mahiyet ve manâ verebilmek için yapılan teşebbüslerden şimdiye kadar hiç bir netice çıkmamıştır. Bugün Türkiyede, âmme intizamına muhalif telâkki olunabilecek bir çok hususlar Cümhuriyetten evvel münafi telâkki olunmazdı. Âmme intizamı mefhumu müdahale ettiği hâdisenin şahıslarına göre de şiddet ve tesirini değiştirir. Üç kadınla evli bulunan bir Suriyelinin Türkiyede evlilik sıfatı reddolunamaz.

3) Âmme intizamının tevhit ettiği neticeler ve yaptığı tesir her zaman aynı değildir. Müellifler ekseriya âmme intizamının icabı, selbi, yahut müspet, menfi tesirinden bahsederler. Menfi tesir ecnebi kanununu tatbik sahasından uzaklaştıran tesirdir. Müspet tesir ise, ecnebi kanunu yerine meselâ Türk kanununu hâdisede salâhiyettar kılan tesirdir. Bu tesirlerin en canlı misalleri Profesör Muammer Raşit Sevig'in yukarıda zikrettiğimiz Hukuk Fakültesi mecmualarındaki makalelerinde mevcuttur.

Âmme intizamının müspet ve menfi tesiri meselesi etrafında şunu söylemek isteriz ki, âmme intizamının müspet tesiri yani *Lex fori*'yi salâhiyettar kılan tesiri yalnızca mevcut olamaz. Müspet tesire mutlaka menfi tesir takaddüm eder. Yani âmme intizamı evvelâ yabancı kanunu salâhiyetsiz kılar ve ondan sonra müspet tesir

icra ederek Lex fori'nin tatbikini temin eyler. Halbuki menfi tesir mücerret mevcut olabilir. İtalyan mahkemelerine Türk karı koca müracaat ederek Türk kanununa tevfikana boşanma talebinde bulunurlarsa, İtalyan hâkimi, İtalyan kanunlarının boşanmayı kabul etmeyen ahkâmı âmiresinin hiç bir veçhile ihlâl olunamayacağı cevabı ile Türk Kanununu tatbikten istinkâf edecektir. Bu misalde âmme intizamının oynadığı rol tamamen ve yalnız menfidir. Türk mahkemelerine müracaat eden bir ecnebi akrabalarından biri aleyhine nafaka davası ikame ediyor. Müddeialehy, millî kanunlarının buna müsait olmadığını cevaben bildiriyor. Türk âmme intizamına taallük ettiğine şüphe olmıyan kanunumuzun nafaka hükümlerine istinaden karar vermeden evvel, Türk hâkimi âmme intizamı mülâhazasile evvelâ yabancı kanunun hâdisede rol oynıyamıyacağına karar verecektir. Burada âmme intizamı evvelâ menfi tesir icra etmiştir. Müteakiben hâkim Türk kanununu salâhiyettar ilân eyleyince âmme intizamı müspet tesire geçmiş olacaktır. Şu halde âmme intizamı bazan selbî, bazan icabî bir tesir icra eder; fakat icabî tesire mutlaka ve her zaman selbî tesir takaddüm eder.

Âmme intizamının tesirini bu şekilde müspet, menfi veya icabî, selbî diye ikiye ayırmak kanaatimizce şayanı tenkittir:

Filhakika selbî veya menfi kelimelerile vasıflandırılan âmme intizamını nazarı itibara alalım: İki Türkün boşanma talebini reddeden İtalyan hâkimi, Türk kanununu tatbikten imtina etmekle hakikatte kendi millî kanununu tatbik etmiştir. Hâkimin kanunu, hâdisede menedici bir hüküm ihtiva etmektedir. Hâkimin kanununun bu memnuiyetini ister yabancı kanunun tatbik talebini reddetmekle olsun, ister başka şekilde olsun, netice itibarile Lex fori'nin tatbik olunmasını beyan etmek ve nazara almak demektir. Bir kanunun hükümleri hilâfına hareket edememekle, hükümleri mucibince hareket etmek aynı şeydir. Her iki halde de Lex fori umdesi tatbik ediliyor demektir (19). Ecnebi kanununun tatbik edilmemesi ancak mahallî kanunu tatbik için bir mâna ifade edebilir. Hâkimin kanununu tatbik etmiyecek olduktan sonra, ileri sürülen yabancı kanunu tatbik etmemenin hiç bir pratik faidesi ve sebebi kalmaz. Yalnız yukarıda işaret olunduğu gibi hâkimin kanunu bazan yalnızca menedici bir hüküm ihtiva eder ve taraflara hiç bir vecibe tahmil

(19) Luis Lucas. - Remarques sur l'ordre public. (Revue de droit int. Pr. 1933, s. 436). Bu mühim makaleye Valéy cevap vermiştir. Revue de droit int. et de lég. Comp. 1934.

etmez. Boşanmayı kabul etmiyen bir memleket hâkiminin boşanma talebini reddetmesi gibi. Fakat bazan da hâkimin kanunu, meselâ nafaka mükellefiyetinde olduğu gibi vecibeler tahmil eder. Bu vaziyet hâkimin reddettiği kanunla beraber kendi kanununu tatbik etmesi icabeder. Aksi halde, hâkim karar vermekten imtina etmiş olur. Bunun yalnız bir istisnası vardır ki o da müktesep haklarda görülür. Filhakika müktesep haklarda, âmme intizamı yalnızca selbî bir tesir icra eder. Hâkim, yabancı bir kanunla doğmuş müktesep bir hakkın, âmme intizamına mugayereti dolayısıyla tanınmayacağını ve yabancı kanunun tatbik edilemeyeceğini beyan etmekle iktifa eder. Mevzuubahs müktesep hakkı, hâkim kendi kanununun hükümlerine göre tadil edemez.

Bu mülâhazalardan şu iki kaideyi istihraç etmek mümkündür:

1. — Kanunlar ihtilâfı bahsinde, yabancı kanunu tatbikten imtina ve hâkimin kanununu tatbik tek bir vakıanın iki cephesidir. Bu iki nevi tezahür birbirinden tefrik olunamaz.

2. — Müktesep haklar mevzuubahs olunca âmme intizamı hiç bir zaman icabî bir rol oynamaz.

Acaba kanunlar ihtilâfı mesailinde âmme intizamının yalnızca selbî bir rol oynadığı vaki değil midir? Fransız içtihadı mehakiminde şayanı dikkat bir misali vardır: Musevi dininden ve uzun senelerdenberi Fransada mukim iki şahıs 1894 te evleniyorlar. Evlenme evvelâ Medenî Kanun mucibince yapıldıktan sonra dinî merasim de yapılıyor. Erkek, Rus tebaası, kadın da Fransız tebaasıdır. Ancak evlenme ile kadın da Rus tabiiyetine geçmiştir. Bir kaç sene sonra kadın Fransada boşanma davası ikame ediyor. Erkek, Rus kanununun buna müsait olmadığını zira musevi dinine mensup kimselerin boşanması hususî ahkâma tâbi olacağı Rus mevzuatı icabatından olduğu ve boşanmanın dinî makâmlar tarafından alınacak bir karar ve bunun da rizayı tarafeyn halinde mümkün olabileceğini beyan ediyor. Fransız temyiz mahkemesi bu mesele hakkında verdiğimiz nihâî kararda Fransız mahkemelerinin salâhiyetsizliğini kabul ediyor. Çünkü Rus kanunları musevilerin boşanmalarını istisnâî olarak hususî bir takım dinî mahkemelere bırakmışlardır. Fransada ise din ve devlet işlerinin ayrılığı bir âmme intizamı meselesidir (20).

Bu misalde görülüyor ki, âmme intizamı pek istisnâî olarak yalnız başına selbî bir rol oynamıştır. Fransız âmme intizamı bo-

(20) Levinçon kararı. Sirey, 1906. I. 161.

şanmaya mâni değildir. Bu itibarla bu iki musevi için boşanma kararı vermeğe afakî olarak mâni yoktur. Fakat Rus kanununu bu kimselere Fransız mahkemelerinin delâletile tatbik etmek yani dinî bir şekilde boşanma kararı vermek Fransız âmme intizamına münafidir.

Bu gibi nâdir bir kaç misal haricinde âmme intizamı daima tek bir tesir icra eder. O da yabancı kanunu bertaraf etmek ve Lex fori-yi tatbik eylemek.

Yukarıda bariz vasıflarını tebarüz ettirmeye çalıştığımız âmme intizamı mefhumunu doğuran hâdiseler, bütün hukuk branşlarında ve bilhassa Devletler Hususî Hukukunda arzettiği büyük ehemmiyet ve oynadığı büyük roller hangi sebebe istnat eder?

Devletler Hususî Hukukunda salâhiyettar kanunu istisnai olarak bertaraf eyliyen âmme intizamının esbabı mucibesi şudur: Devletlerin kanun yaparken ilham aldıkları menbalar başka başkadır ve bunun neticesinde birbirine zıt mevzuat her devlet ülkesinde mer'iyet sahasına vazolunur. Yabancı bir kanunun hükümlerini, kendi kanununda muhalif hükümler ihtiva eden bir memleket hâkimi tarafından tatbiki, hukukî bir imkânsızlık arzeder. Her devletin âmme intizamı telâkkisi başka başkadır ve her devletin kendine mahsus bir âmme intizamı telâkkisi vardır. Muhtelif devletlerin aynı zamanda kabul ettikleri bir beynelmilel âmme intizamı yoktur. Evvelce de işaret ettiğimiz veçhile, âmme intizamı mefhumunun zamana, ahvale ve memlekete göre değişmesi, bariz vasıflarından biridir.

İki devlet arasında hukukî telâkkiler birliğinin fıkdanı mütebariz oldukça âmme intizamının müdahale şiddeti artar. Bunun en bariz misallerini Fransız hukuku ile Sovyet hukukunun karşılaşmasını intiaç eden müteaddit davalarda görmek mümkündür. Bu karşılaşmanın meşhur bir kaç misalini zikretmek isteriz:

Avrupa limanlarından Odesaya giden bir gemiye mühim miktarda ham ipek yükletiliyor. Gemi Odesaya muvasalat edince, Sovyet makamları, hususî ticaretin devlet inhisarına ait olacağına dair komünist prensiplerinin muktezası olarak bu ipeği, Odesada zapt ve müsadere ediyorlar ve çok ucuz bir fiatla bir yabancı ihracatçıya satıyorlar.

Sovyet hükûmeti ipeğin ilk sahibine bu zapt ve müsadere dolayısıyla hiç bir tazminat vermiyor. İpeği Odesada Sovyet makamlarından satın alan ihracatçı tacir, ipeği Marsilyaya sevk ediyor. Ham ipeği hâmil gemi Marsilyaya vasil olunca, ipeğin ilk sahibi mahke-

meye müracaat ederek hamuleye haciz konulmasını talep ediyor. Davaya bakan mahkeme ipeğin mülkiyetinin kime ait olduğuna karar vermek vaziyetindedir. *Lex rei sitae*, ipeğin ilk sahibinin talebini reddetmeyi istilzam eder. Zira hâdisede *Lex rei sitae*, yani ihracatçının ipeği satın aldığı zaman ipeğin bulunduğu mahal kanunu, Sovyet kanunudur. Fakat Fransız kanunu ile Sovyet kanunu arasında hususi mülkiyet bahsinde derin ve büyük farklar vardır. İstimval, Fransada, menafii umumiye namına ve tazminat mukabilinde yapılabilir. Bunun aksine hükümler ihtiva eden bir kanunu, hâdisede normal olarak salâhiyettar bulunmasına rağmen tatbik eylemek mümkün değildir. Zira bu tatbik Fransız âmme intizamına münafi olacaktır. İşte bu esbabı mucibeye istinaden mahkeme, hamuleyi ilk sahibine iade eylemeğe karar vermiştir (21).

Bu kararın verildiği sıralarda Fransa henüz Sovyet hükûmetini tanımamıştı (22). Maamafih Sovyetlerin Fransa tarafından resmen tanınmasından sonra da Fransız mahkemeleri buna müşabih kararlar vermişlerdir. Ezcümle, Ropit hâdisesi şayanı kayıttır: 28 Kânunusani 1924 tarihli Sovyet kararnamesi, bütün Rus ticaret gemilerini tazminatsız olarak devlete maletmiştir. Bu kararname iktizası, Rus kumpanyalarına ait bütün ticaret gemileri Sovyet Cümhuriyetlerinin mülkiyetine dahil olmuştu. 1924 kararnamesinden mukaddem Ropit Rus kumpanyasına ait müteaddit ticaret gemisi Marsilya limanında bulunuyordu ve Ropit kumpanyası da Fransada yeni baştan teşkilâtlanmıştı. 1924 kararnamesi üzerine, Fransa ile normal münasebetler de tesis etmiş olan Sovyet hükûmeti bu gemilere vaz'iyet etmek istedi. Ropit itiraz etti. Nihayet Fransız mahkemeleri 1924 kararnamesinin Fransada tatbikatına geçilemeyeceğini, zira Fransız Medenî Kanununun 545 inci maddesinin âmme intizamını alâkadar ettiğini (23), ve mevzuubahs kararnamenin sırf proleter sınıfın hâkimiyetini tesis gayesini istihdaf eylediğini beyan eylemişler ve Sovyet talebini reddetmişlerdir (24).

(21) Clunet, 1924, s. 133.

(22) Fransız hükûmeti Sovyet Rusyayı resmen 28 Teşrinievvel 1924 te tanımıştır.

(23) Sovyetlerin vaziyet etmek hususundaki talepleri evvelâ Marsilya mahkemesi tarafından (23 Nisan 1925), müteakiben Aix mahkemesi tarafından (23 Kânunuevvel 1925) ve nihayet temyiz mahkemesi tarafından (5 Mart 1928) reddedilmiştir. Clunet, 1928, s. 674 ve Sirey 1929,

(24) F. M. K. Madde 545. — Nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.

Sovyet hükûmeti bu davanın bütün safhalarında bilhassa şu ciheti tebarüz ettirmeğe çalışıyordu: «Fransız mahkemeleri âmme intizamı mülâhazasile, hâdisede salâhiyettar kanunu tatbikten imtina edemezler. Zira Fransız hükûmeti Sovyet Cümhuriyetlerini resmen tanımakla, kanunlarını da icabında tatbik eylemeği zımnen kabul etmiş demektir.» Halbuki bir devleti tanımanın devletler umumî hukukunu alâkadar eylediğini, ve tanımanın bizzarure kanunları da tatbik etmeyi intaç etmesi icap etmiyeceğini, zira devletler hususî hukuku kaidelerinin, müşterek veya birbirine benzer hukukî telâkkilere malik devletler arasında cari olabileceğini kabul eyliyen Fransız mahkeme ve müellif içtihatlarına göre Sovyet iddiasının nazara alınamayacağı tabii idi.

Fransa ile İspanya arasında yukarıdaki hâdiseye tamamen müşabih bir hâdis 1938 senesinde, İspanya dahili harbi dolayısıyla cereyan etmiş ve fakat bu defa Fransız mahkemeleri tamamen başka bir tarzda karar vermişlerdir: İspanya resmî gazetesinde neşrolunan 28 Haziran ve 15 Temmuz 1937 tarihli iki kararname, Bilbao ve Sen Sebastiyen limanlarına merbut bütün İspanyol ticaret gemilerinin zapt ve müsaderesini emretti. Mezkûr limanlarda bulunan gemilere derhal tebligat yapıldığı gibi, seferde bulunan veya yabancı devlet limanlarında bulunan gemilere de telsizle tebligat yapılmış ve konsoloslar bu işe memur edilmişti. Kararnamenin neşri tarihinde Bordeaux limanında bulunan İspanyol bandıralı Saturno gemisinin Fransada bulunan sahiplerinden bazıları ve bu geminin mensup olduğu şirketin alacaklıları, Fransız mahkemesine müracaat ederek haczi ihtiyatî kararı talep ettiler. Diğer Fransız limanlarında da buna benzer hâdiseler cereyan etti. Bu talepler karşısında bazı mahkemeler müspet, bazı mahkemeler de menfi karar verdiler. Nihayet Bordeaux istinaf mahkemesi verdiği nihai kararda mevzuubahs kararnamenin bir İspanyol âmme hizmeti istihdaf eylediğini ve bu itibarla Fransız mahkemelerinin haczi ihtiyatî gibi kararlar almağa salâhiyettar bulunmadığını ve kararname tarihinden itibaren gemi kaptanlarının da devletin müstahdemleri vaziyetine girmiş bulunduğunu beyan eylemiştir (25).

Şayanı dikkattir ki Bordeaux mahkemesi bu kararı vermek için yukarıdaki misalde olduğu gibi İspanyol kararnamesinin tazminat meselesini mevzuubahs edip etmediğini hiç araştırmamış ve hattâ

(25) G. Scelle. - La guerre civile espagnole et le droit des gens. Revue générale de droit international public, 1938, s. 296.

kararnamenin kanunî olup olmadığı meselesini tetkike kendisinde salâhiyet görmemiştir.

Hukukî esaslarda ayrılığın şayanı dikkat misallerinden birisi de mahfuz hisse meselesidir. Avrupa mahkemeleri bir çok vesilelerle Sovyet miras hukukunu tatbik eylemeyi âmme intizamına münafi bulmuşlardır (26). Malûmdur ki Sovyet kanunlarına göre, varislerin mevcudiyetine rağmen terekenin 10,000 rubleyi tecavüz eden kısmı devlete intikal eder. Bu hüküm Avrupa mevzuatının mirasa müteallik ve âmme intizamile ilgili hükümlerine münafi olduğundan muttarit bir şekilde tatbikten uzaklaştırılmıştır.

Cemiyetin temeli olan aile hukuku mesailinde de âmme intizamının müdahalesi şayanı dikkat bir mahiyet arzeder. Fransada, nesebin tashihine müteallik olan meşhur Reweliotty davası bilhassa zikre değer: Sovyet medenî kanununa göre zina mahsulü çocukların tanınması veya neseplerinin tashihi için hiç bir memnuiyet yoktur. Bu hüküm Fransız medenî kanununun 331 inci maddesinin birinci fıkrasına münafi olmakla, mahkeme Sovyet kanununu tatbikten istinkâf etmiştir (27). Bu dava dolayısıyla Sirey'de Gény ve Niboyet'nin çok mühim notları vardır. Gény, Sovyet kanununun tatbik edilmesini, monogam evlenmenin Fransada âmme intizamı mesailine taallük eylemekte olmasında bulmaktadır.

Bütün bu izahattan çıkarılacak netice şudur ki, devletler hususî hukuku kaidelerinin normal olarak tatbikine mâni olan sebeplerin en mühimmi âmme intizamıdır. Devletler arasında münasebetlerin inkişafı ve hâkimlerin müşterek faaliyeti âmme intizamı mülâhazasıyla mütemadiyen inkıtaa uğramaktadır.

Hakikat şudur ki kanunlar ihtilâfı kaideleri her devletin hususî hukuk telâkkiyatı ile yani millî unsurlarla sıkı bir surette bağlıdır. Devletler hususî hukuku kaidesi ile, her devletin hukuku hususiyesi arasında mevcut bu bağlılık umumi harpten sonra âmme intizamı mülâhazalarıyla kendini büsbütün açığa vurmuş ve biraz sonra, kanuna hile bahsini müteakip temas edeceğimiz müktesep haklara dahi âmme intizamı nüfuz ve tesir icra etmiye başlamıştır.

(26) Saine mahkemesi, 18 Şubat 1932. Clunet 1932, s. 444. Berlin mahkemesi Prens Dabiescha davası, Clunet 1929, s. 13. Bu davaya ait M. Philonenko'nun şayanı dikkat bir notu, Clunet 1930, s. 181. Keza Londra istinaf mahkemesi, Prenses Paley'in mücevheratı meselesi. Court of Appeal 28.2.1929.

(27) Cass. 31 Mart 1930. Sirey 1931. I. 9; Cass. Sirey 1931, I. 177.

Ş. — Âmme intizamına komşu mefhumlar : Kanuna hile.

Kanuna hile, salâhiyettar kanununun tatbikine mâni olmak bakımından, bilhasas kanunlar ihtilâfında âmme intizamının tesirine müşabih bir tesir icra etmektedir. Hattâ Pillet, muhtelif memleketlerin mevzuatında hukukî birliğin ademi mevcudiyeti neticesi olarak âmme intizamı ile kanuna hileden bahseylemektedir. Yalnız kanuna hile, enfüsî vasfı ile âmme intizamından ayrılmaktadır (28).

Devletler hususî hukukunda âmme intizamının oynadığı başlıca rol, izah ettiğimiz veçhile mahallî kanunlara, örf ve âdete ve adabı umumiyeye afakî olarak muhalif olan yabancı kanununun tatbikini menetmektir. Kanuna hile nazariyesi, salâhiyettar kanununun tatbik olunmasına mâni olmak için bir şahsın hileli bir şekilde kendini başka bir kanunun salâhiyeti hududuna ithal etmek teşebbüsünü önlemek gayesini güder. Bu nazariyenin tatbiki, şahısta, hileli niyetlerin ruhi bir tahlilini icabettirir. Kanuna hile mefhumunu vasıflandıran diğer bir cihet te kanuna aykırı bir hareketi men için en son bir vasıta olmasıdır; çünkü kanuna hile, kanuna uygun vasıta ve yollarla kanuna uygun olmayan bir netice ve hedefe varma gayesini tazammun etmektedir. Kanuna uygun olmayan yollarla kanunî bir neticeye varılması halinde tatbik olunacak müeyyideyi bulmak güç değildir. Fakat kanuna uygun ve meşru yollarla kanunun menettiği bir neticeye varıldığı takdirde tatbik olunacak müeyyideyi, kanuna hile nazariyesini nazarı mülâhazaya almaksızın bulmak müşküldür. Bittabi kanunda sarîh bir hüküm mevcut olması halinde mesele yoktur. Esasen kanuna hile mefhumu metinlerin sükûtundan doğmuştur. Meşru ve kanunî yollarla kanunun menettiği bir netice ve hedefin elde olunmasını sarahaten meneden ve taraflarca meydana getirilen akdin mefsuhiyetini söylemeyen bir kanunî metin karşısında bulunulduğu zaman kanuna hile nazariyesini ileri sürmek icabedecektir. Yani kanuna hile mefhumu kanuna aykırı neticelerin doğmasına mâni olabilecek en son vasıta ve çaredir.

Kanuna hile mefhumu memleketimizde umumî bir metinle tespit ve tarif edilmemiştir. Bu mefhumu ancak temas eden bazı metinlerimiz vardır (29). Fakat umumî bir tarife tesadüf edilmemek-

(28) Pillet. - Manuel de droit international privé, s. 524.

(29) Türk Medenî Kanunu Madde 507, son fıkra: «Mahfuz hisse kaidelerini bertaraf etmek kasdiyle yapıldığı aşikâr olan temlikler tenkise tâbidir.»

Türk Medenî Kanunu Madde 690: «... teminat ahkâmını ihlâl kasdile bir

tedir. Bu boşluğu doldurması lâzım gelen mehakim içtihadı da maalesef bizde yok denecek bir vaziyettedir. İsviçrede bilhassa son senelerde bu nazariyenin tatbikatına pek çok tesadüf edilmektedir. Kanuna hile nazariyesininin tatbikine dair bir kaç misal vermeden evvel bu mefhuma yakın görünen muvazaa hakkında bir işaretle bulunmak isteriz: Bu iki mefhum arasında komşuluğun mevcudiyeti âşikârdır. Ancak komşu olmak başka, birbirine benzemek yine başkadır. Bir çok hallerde muvaza ile kanuna hilenin yanyana bulunduğu, aynı akitte yer aldıkları görülebilir. Fakat her zaman, her ikisi bir arada bulunmaz. Muvazaa kasdı olmaksızın kanuna hile kasdına tesadüf edebileceğimiz gibi kanuna hilenin mevzuubahs olamayacağı muvazaalı akitler de vardır. Meselâ iki âkit, menfaatları icar bı icar namı altında bir bey akti yapıyorlar. Burada bir muvazaa karşısında kaldığımızı şüphe yoktur. Zira tarafların aktin haricî görünüşüne verdikleri şekil hakikate uygun değildir. Görünüş icar, hakikat beyi' olduğu için muvazaa mevcuttur. Bir akti muvazaalı yapan, âkitlerin yapıyoruz dedikleri şeyden başka bir şey yapmakta olmalarıdır. Kanuna hilede ise âkitler başka bir şey beyan edip, diğer bir şey yapmamaktadırlar. Onlar aşikâr bir şekilde ve muayyen bir akit yapmakta olduklarını söylüyorlar ve hakikatte da yaptıkları odur. Fakat bu akti kanunun bir hükmünden kurtulmak için yapmaktadırlar. Meselâ, bir alacaklının vekili avukatlıktan bir müddet için menolunuyor. Neticelenmek üzere olan alacak davasını intaç için, alacaklı alacağını avukata temlik ediyor. Bu temlik kanunidir. Gizli bir şey yoktur; fakat gayesi kanunun bir hükmünü tersersiz bırakmak, yani avukatın gene mahkemede o davayı takip eylemesine imkân vermektir. İsviçrede Federal Mahkeme bu temlik kanuna hile telâkki eylemiş ve avukatın bu işi takip eylemesine mâni olmuştur (30).

Paris istinaf mahkemesinin 11 Kânunusani 1933 tarihli şayanı dikkat bir kararını da kanuna hile mefhumunu aydınlatması dolayısıyla zikretmek isteriz: Merkezi Pariste bulunan bir şirket, Paris

menkulü temlik eden kimse, onu hususi bir sebeple yedinde alırsa mülkiyetin intikali üçüncü şahıs hakkında muteber olmaz.»

İsviçre Medeni Kanununun sureti mer'iyet ve şekli tatbiki hakkındaki kanunun 59 uncu maddesinde mevcut ve bizce alınmayan şu hüküm de kanuna hile nazariyesini tebarüz ettiren metinlerden biridir: «İsviçre kanununun evlenmenin iptalini âmir hükümlerinden kurtulmak kasdı olmaksızın başka bir memlekette, o memleketin kanunlarına uygun olarak yapılan evlenmeler İsviçre kanununca da muteberdir.»

(30) Recueil officiel. cilt 58, 20 Mayıs 1930.

ticaret mahkemesinin şirket hakkında iflâs kararı vermesinden korkarak merkezini Korsikaya naklediyor. Paris ticaret mahkemesi bu nakle rağmen şirket hakkında iflâs kararı vermek hazırlıklarında bulunuyor. Salâhiyettar mahkemenin tayini için mesele Temyize intikal edince, Temyiz mahkemesi hâdisede, kanunun hükümlerinden kurtulmak için bile istimal olduğunu beyan eylemiştir. Her şirket merkezini değiştirmek hakkını haizdir. Fakat salâhiyettar mahkemenin kazasından kurtulmak için merkez değiştirmek kanuna uygun değildir. Bir belediye reisi, karısı rahatsız oluyor diye, evinin bulunduğu sokaktan seyrüseferi menedemiyeceği gibi bir şirket te tediyatını durdurmak ve bulunduğu yer mahkemesinin kazasından sıyrılmak için ikametgâhını değiştiremez. Bu ikametgâh tebeddülü, kanuna uygun hak ve salâhiyetlerin istimali ile elde olunmuştur. Ancak, hâsıl olan, kanunun menettiği bir netice olmak itibarile, kanuna hile yapılmış demektir. Bu söylediğimiz misalde Paris Temyiz mahkemesi kanuna hile nazariyesine istinat etmemiş olsaydı, bu nevi nakilleri meneden bir metnin bulunmamasına ve merkezlerini nakil, her şirket için bir hak olduğuna göre, bu nakli muteber addedecek ve iflâsa karar veremiyeycekti. Bu suretle bir çok alacaklıların büyük ziyanlara uğramasına sebep olacaktı.

Görülüyor ki kanuna hile mefhumu, başka bir suretle vukuu menolunamıyacak hâdiseler için hâkimin elinde kuvvetli bir vasıta. Bu vasıtayı istimal için öyle bir vaziyet karşısında bulunacağız ki, kanunun hükümlerinden kurtulmak için açık ve sarıh bir vaziyetin bulunmasına rağmen bunu menedecek bir metin bulunmıyacaktır.

Devletler hususî hukukunda da kanuna hile mühim bir yer almaktadır. Vereceğimiz bir kaç misal kanuna hilenin bu hukuk branşı ile olan büyük alâkasını gösterecektir.

Bartın, kanuna hile mefhumunu, âmme intizamına ithal eylemektedir (31). Niboyet'nin de bir hayli tereddütten sonra kabul eylediği bu görüş tarzı şu şekilde icmal olunabilir (32):

Cemiyetin nizamına hâlel iras edecek olan yabancı bir kanunun tatbiki talebini hâkim her zaman reddeder. Bazı hâdiselere yabancı kanunun tatbiki, cemiyetin nizamına ve ana prensiplerine

(31) Bartın. - Etude de droit international privé. s. 245.

(32) Bartın. - Etude de droit international privé. s. 245 ve Niboyet; la Fraude à la loi en droit international privé (Revue de droit international et de législation comparée. 1926. s. 502).

muhalif olmamak şartile mümkündür. Cemiyetin nizamını haleldar etmek ve zarar iras eylemek iki şekilde mümkündür.

1. — Âmme intizamına muhalif olan yabancı kanunun hükümlerini tatbik etmek. — Âmme intizamı bu hükümlerin tatbikini bertaraf eyler. Zira bu yabancı kanunun muhtevası memleketin âmme intizamını haleldar eder. Meselâ Türkiyede bulunan ecnebi karı kocadan biri zina mahsulü olan bir çocuğu kendi kanununun müsait olmasına mebni tanımak isterse buna müsaade edilmez. Zira yabancıнын millî kanununun bu hükmü Türk âmme intizamını haleldar eder. Keza iki Türk bir İspanyol mahkemesine boşanma davası ikame ederlerse, kendilerine İspanyada boşanmanın mevcut olmadığı söylenecektir. Boşanmayı kabul eden Türk Medenî Kanununun karı kocaya tanıdığı bu salâhiyet İspanyol âmme intizamını haleldar eder.

2. — Hileli yollarla yabancı kanunu muayyen bir hâdisede selâhiyettar kılmak. — Bu yoısuz harekete mâni olacak olan esas, kanuna hiledir. Fakat dikkat edilecek olursa, her iki mefhum, yani gerek âmme intizamı, gerek kanuna hile, tarafların arzu ettikleri kanunun tatbikine mâni olmaktadır. Ancak kanuna hilede, yabancı kanun, tatbik olunacak memleketin âmme intizamına muhalif değildir. Meselâ Türkiyede usulü dairesinde boşanmış bir Türk, İtalyada, (boşanmış olma) halini her zaman dermeyan edebilir ve bu İtalyan âmme imtiyazına muhalif değildir. Fakat Türk mahkemelerinin verdiği bu boşanma kararı, haddi zatında, İtalyan kanununa tâbi olması lâzım gelen kimselere taallük ediyorsa elde olunan bu boşanma ve bu medenî hali İtalyada dermeyan, İtalyan âmme intizamına muhalif olur. Zira Türk Medenî Kanununun boşanma hükümleri Türklere veya samimi olarak Türk vatandaşlığını iktisap etmiş kimselere tatbik olunsaydı; İtalyan âmme intizamının hiç bir müdahalesi mevzuubahs olmazdı. Fakat hileli yollardan gidilerek yani sırf boşanmayı temin için Türk vatandaşlığını iktisap etmek ve sonra İtalyada bu (hali) ileri sürmek, İtalyan âmme intizamına muhaliftir. Filhakika İtalyan kalmış ve binnetice kendileri için boşanma müessesesi mevzuubahs olmayan İtalyanlar arasına, yeni bir takım sıfatlarla eski İtalyanların karışması âmme intizamını haleldar eder. Hulâsa kanuna hile mefhumu da dolayısıyla âmme intizamı müessesesine dahil ve onun ancak diğer bir cephesinden başka bir şey değildir.

Bartın'ın bu naktai nazarı çok makul ve mukni' olmakla beraber bizi tamamen tatmin edememektedir. İleride vereceğimiz bazı ka-

nuna hile misallerinde görüleceği veçhile âmme intizamını haleldar eden bir cihet olmamakla beraber, muhakemeler sırf kanuna hile esasına müsteniden kararlar vermektedirler.

Bilhassa şu bir kaç karara işaret etmek isteriz:

İsviçrede Alpina şirketi ile bir Fransız şirketi arasında bir ihtilâf zuhur ediyor. Fransa ile İsviçre arasında münakit 15 Haziran 1869 tarihli bir muahedeye göre, İsviçre şirketleri ile Fransız şirketleri arasında çıkacak ihtilâflardan mütevellit davalar, müddei-aleyh olan şirketin bulunduğu memleket mahkemesinde ruyet olunacaklardır. Hâdisede İsviçreli şirketin Fransız şirketinden alacağı vardır. Muahede mucibince İsviçreli şirketin Fransada dava ikame eylemesi lâzımdır. Halbuki şirket bu zahmeti ihtiyar etmek istemiyor ve İsviçrede bulunan bir Fransız şirketine alacağını temlik ediyor. Hakikatte İsviçreli şirketin bir şubesinden başka bir şey olmayan bu şirket, alacaklı sıfatıyla, borçlu Fransız şirketini, İsviçre mahkemelerinde dava ediyor. Hakiki alacaklı olan İsviçreli şirket muahedenin emrettiği veçhile Fransız mahkemelerine müracaat etmek mecburiyetinden bu yaptığı alacağı temlik akti ile kurtulmuş oluyor. Çünkü muahede İsviçrelilerle Fransızlar arasındaki münasebetleri tanzim etmekte olduğundan, iki Fransız şirketi arasındaki ihtilâflar muahedenin hudutları haricinde kalmış oluyor. Federal mahkeme yapılmış olan bu alacağı temlik aktinin muahedenin hükümlerinden kurtulmak için yapıldığını ve binaenaleyh bu aktin kanuna hile kastını güden bir akit olduğunu beyan ederek mevzuubahs davada İsviçre mahkemelerinin salâhiyetsizliğine karar veriyor. Bu şayanı dikkat hükümle, alacağın temliği gibi kanunun tanıdığı bir akitle elde olunmak istenen gayrı kanunî, gayri ahdi netice hükümsüz kalmış oluyor.

Devletler hususî hukukunda kanuna hile nazariyesinin oynadığı mühim role güzel ve orijinal diğer bir misal de şudur: Alacaklı Fransız, borçlu da Leman gölünde çalışan bir İsviçreli kayıkçıdır. İsviçre ile Fransa arasında yukarıda mevzuubahs edilen muahede hükümlerince Fransız alacaklının İsviçre mahkemelerinde alacağını dava etmesi icabetmektedir. İsviçreye gidip dava ikame etmek külfetinden kurtulmak isteyen Fransız alacaklı, borçlusuna ait kayığın Fransız sularında bulunduğu bir zamandan istifade ederek ve alacağını ileri sürerek kayığa ihtiyatî haciz konması için Fransız mahkemesinden bir karar almağa muvaffak oluyor. İsviçreli kayıkçı, haczin ref'i için mahkemeye müracaat ediyor. Bu vaziyette İsviçreli, müddei vaziyetine geçmiş olduğundan karşısına alacaklısı,

müddialeyh sıfatile gelecektir. Muahede mucibince Fransız mahkemesinin — müddeialeyh Fransız olmak itibarile — salâhiyettar olması icabeder. Fakat Fransız mahkemesi verdiği kararda elde olunan ihtiyatî haczin maksat ve gayesinin borçluyu müddei vaziyetine sokmak ve muahedenin hükümlerinden kurtulmak olduğunu beyan ediyor ve Fransız mahkemesinin esasta salâhiyetsiz bulunduğu karar veriyor. Alacaklı Fransız, kendi kanununun tanıdığı hakları istimal etmiştir. Bu tabîdir. Fakat bu hakları, gayri kanuni, gayri ahti bir neticeye varmak için, kanuna hile yapmak için istimal ettiğinden varmak istediği neticeye ulaşamamıştır.

Yukarıdaki misallerle oynamakta olduğu rolü işaret etmek istediğimiz kanuna hile nazariyesi, 19 uncu asrın ikinci nısfından itibaren bilhassa tâbiyet değiştirerek boşanmayı temin gayesini istihdaf eden hususlarda tatbik olunmağa başlanmış ve bugün kanunlar ihtilâfının hemen her sahasına nüfuz etmiş bulunmaktadır.

Devletler hususî hukukunda, yukarıdaki misallerden de anlaşılacağı veçhile kanuna hile mefhumu, âmme intizamı mefhumuna çok yakın bir mahiyet arzeder. Bir fert, salâhiyettar kanun yerine yaptığı bir takım hilelerle başka bir kanunu muayyen bir hâdise için salâhiyettar kılmak isterse kanuna hile yapmış demektir.

Bartin, içtimaî bir zarar doğuran her hareket âmme intizamı ileri sürülerek menolunabilir, diyor. Filhakika âmme intizamı dahilî hukuk çerçevesi içinde bu rolü oynayabilir. Fakat Devletler Hususî Hukuku kaidelerinin tamamen riayet olunmasını temin için kanuna hile nazariyesini âmme intizamından ayırmak ve ona hususî bir yer ve ehemmiyet vermek lâzımdır. Âmme intizamına taallük eden kanunî hükümlerin tatbik olunmamasına mahkemeler her zaman mâni olabilirler. Fakat kanunî bir takım yollarla ve zahiren âmme intizamına uygun vasıtalarla ve meselâ tâbiyet değiştirmek suretile bu âmir hükümlerden sıyrılmak isteyen kimselerin bu hareketlerine mâni olmak için kanuna hile nazariyesini ileri sürmek zaruretindeyiz. Zikrettiğimiz misaller âmme intizamının her zararlı hâdiseyi önlemeğe kâfi gelemediğini ve kanuna hile mefhumunun mutlaka devletler hususî hukukunda yer alması lâzım geldiğini bize ispat etmektedir.

Ripert'e göre, kanuna hile nazariyesini herhangi diğer bir müesseseye ithal etmekte ısrar edilirse belki hakkın sulistimali mefhumuna yaklaştırmak mümkün olur (33). Fakat tam bir mutaba-

(33) Ripert. - Règle morale. No. 174.

kat mevcut olamaz. Kanuna hilede manevî unsur şarttır. Ve Lex fori'yi meşgul eden cihet budur. Kanuna hile mefhumunu âmme intizamında bilhassa tefrik eden bu manevî unsurdur. Bunun içindir ki bir çok müellifler manevî unsurun aranmasında vaki olabilecek yolsuzluklardan çekinerek bu nazariyeye muhalefet etmişlerdir (34). Profesör Mustafa Reşit Belgesay, Devletler Hususî Hukukunda Adliye unvanlı eserinde (tarafların caiz olan muameleleri niçin yaptıkları araştırılmaz) dedikten sonra taraflar, meşru muamele ve vasıtalarla umumî intizam için tehlikeli ve ahlâka uymaz bir vaziyet ihdas ettikleri takdirde kanunun müeyyidesi tatbik olunacağı kanaatini izhar etmektedir. Fakat tarafların ihdas ettikleri vaziyet âmme intizamına ve umumî âdaba görünüşte mugayir olmadığı zaman, esasen kanuna hileye müracaat edilecektir. Vaziyet açık ise âmme intizamı kâfi gelir. Bu itibarla manevî unsurun araştırılması zarureti vardır. Manevî unsur araştırılmadan, kanuna hile meselesi mevzuubahs edilemez. Tebaamızdan olup sırf evlenebilmek için Alman tâbiyetini iktisap edip evlenen ve sonra Türkiye'ye dönen ve tekrar Türk olan amca ve yeğenin vaziyeti niçin âmme intizamını ihlâl ediyor da, aslan Alman olan ve evlenmiş amca ve yeğenin evlilik hallerinin Türkiye'de dermeyanı âmme intizamını ihlâl etmiyor? Hiç şüphesiz, tarafların caiz gibi görünen muameleleri için yaptıkları araştırılmakla bu tefrik yapılabilir.

II

TATBİKAT: ÂMME İNTİZAMI VE MÜKTESEP HAK

Âmme intizamı mefhumu hakkında verilen izahatı müşahhas misallerle aydınlatmak ve bilhassa zaman ve vaziyete göre mütehavvil olan vasfını tespit eylemek için son 10-15 sene zarfında bu mefhumun müktesep hakla olan münasebetini tetkik edeceğiz. Bu tetkik bize, âmme intizamının sahasını kanunlar ihtilâfından müktesep haklara doğru teşmil etmeğe başladığını gösterecektir. Meseleyi incelemeğe başlamadan evvel, devletler hususî hukukunda müktesep hak hakkında mücmel bazı izahat vermek icabeder, zira hususî hukuk ve âmme hukukunda mevzuubahs edilen müktesep hak ile devletler hususî hukukunun meşgul olduğu müktesep hak arasında farklar vardır. Filhakika umumî olarak müktesep hak tâ-

(34) Lerebours - Pigeonnière. - Précis. No. 263.

biri dahili hukukta birbirini takiben ve muayyen bir fasıla ile meriyet sahasına girmiş iki kanunun mütebayın hükümleri dolayısıyla mevzuubahs edilerek, yeni kanunun eski kanunla edinilmiş haklara riayet etmesi zarureti kaide olarak vazolunur (35). Devletler hususî hukukunda ise müktesep hak tâbirinden iki manâ anlamak lâzımdır. Birincisi, bir hakkın yaratılması manâsına gelen müktesep haktır. Meselâ evlenmek, boşanmak, mal sahibi olmak gibi. Bu vaziyetlerde hakkı yaratacak, koruyacak kanunu tespit ve tayin etmek meselesi karşısında kalınmış olur. Misal olarak zikrettiğimiz yukarıdaki haklar, hangi devlet kanununa göre doğacaktır? İşte bunu tayin ve tespit müktesep hakkın birinci manâsında anlaşılması lâzım gelen cihettir. Profesör Muammer Raşit Seviğ'in dediği gibi burada alelâde bir kanunlar ihtilâfı mevzuubahstır (36).

Müktesep hak tâbirinden anlaşılması lâzım gelen ikinci manâ da, edinilmiş bir hakkın her şeye rağmen idamesi, muhafazası ve herkesçe hürmete mazhar olması keyfiyetidir. Devletler hususî hukukunda müktesep hakkı bu tarzda tefrik *Pillet* tarafından ileri sürülmüştür (37). Maamafih müktesep hak meselesine *Pillet*'den çok evvel 18 inci asırda *Boullenois* tarafından temas olunduğunu söylemek iktiza eder (38). Meselâ ikametgâh değiştiren bir reşidin yeni mahallin kanunu icabı gayrı reşid telâkki olunamayacağı... ilâh. gibi kaideler *Boullenois* tarafından dermeyan edilmiştir. Ancak müktesep hakkın tam bir sentezini yapmak mazhariyeti *Pillet*'ye nasip olmuştur (39).

Müktesep hakka riayet kaidesi iki şarta bağlıdır. Birincisi hakkın menşei olan memleket kanununa göre usulü dairesinde iktisap edilmiş bir hak olması, ikincisi de bu kanunun devletler hususî hukukuna nazaran hakkın iktisabında salâhiyetli bulunmasıdır (40).

(35) Planiol et Ripert. - *Traité élémentaire de droit civil*, cilt I, No. 240; Colin et Kapitant. - *Traité élémentaire de droit civil*, cilt I, s. 47; Aubry et Rau. - *Traité de droit civil*, 5 tab. cilt I, s. 30.

(36) Muammer Raşit Seviğ. - *Devletler Hususi Hukuku*, s. 313.

(37) *Pillet*'nin bu telâkkisi bütün şakirtleri tarafından kabul edilmiştir. Ezcümle bakınız: Maurice Bernard, *Clunet* 1906, s. 1064; 1907, s. 66. - Niboyet, *Manuel* 1 tab. No. 335. - Lerebours - Pigoenière, *Précis*, 1 ci tab. No. 285.

(38) *Répertoire de droit international*, droit acqu's bahsi, No. 3.

(39) Arminjon, *Pillet*'nin müktesep hak nazariyesini şiddetle tenkit eden müelliflerden biridir: *Précis* 2 ci tab. No. 138.

(40) Muammer Raşit Seviğ. - *Devletler Hususi Hukuku*, s. 313.

Müktesep hakkın umumiyetle kabul edilen hükümleri şunlardır:

- 1) Bir müktesep hak menşei olan memlekette kendisine verilen hükümlerden fazla hükmü haiz olamaz.
- 2) Âmme intizamının, müktesep hakka tesiri nihayet selbi olabilir. Yani müktesep hak âmme intizamına muhalif olursa yalnızca o hakkın tanınmaması ile iktifa olunur. Onun yerine mahal kanunu hükmü ikame olunmaz.

Doktrinin, umumî harpten evvelki içtihadı mehakime istinaden tespit eylediği bu esaslar bugün yavaş yavaş kıymetlerini kaybetmektedirler. Filhakika müktesep haklar kaidesi, âmme intizamı karşısında sarîh bir ric'at halindedir.

Âmme intizamının kanunlar ihtilâfı sahasından müktesep haklara doğru olan ilerleyişini açık bir şekilde tebarüz ettireceğini umduğumuz Fransız Temyiz Mahkemesinin şu kararını tahlil eylemediği faideli bulduk (41). Hâdise şudur: İngiliz tâbüyetinde bulunan ve Hindistanda ikamet eden P. ismindeki şahıs büyük bir servet bırakarak vefat ediyor. Tereke meyanında Fransız Hindistanında kâin bir çok gayrı menkuller de vardır. Müteveffanın varisleri şunlardır:

- I. Müteveffanın büyük kızı V.
- II. Müteveffanın küçük kızının oğlu N.
- III. Müteveffanın tebennî akti ile evlât edindiği S nin hakiki oğlu P. (yani müteveffanın calî torunu).

Tebennî akdi Hint kanunlarına göre yapılmıştır. Bu tebennî akdinin şayanı dikkat ciheti, meşru çocukların mevcudiyetine rağmen tebennî akdinin yapılabilmiş olmasıdır. Bunun sebebi Hint kanunlarının buna mâni olmamasıdır. Bu itibarla yapılan tedennî akdi tam ve muteber bir akittir.

30 Kânunsani 1925 te vefat eden aile reisi bıraktığı vasiyetname, servetinin büyük bir kısmını büyük kızına, cüz'î bir kısmını da küçük kızının oğluna bırakıyor. Evlâtlığı S nin oğlunu da vasiyetname haricinde bırakıyor. Dava, Fransız arazisinde kâin gayrı menkulleri istihdaf eylemektedir. Davacıların istinat ettikleri metin Fransız medenî kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasıdır (42). Filhakika bu maddei kanuniye, nazara alındığı takdirde, Fransız

(41) Sirey. - Jurisprudence général, I kısım, s. 377. 1931.

(42) ... Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

topraklarında mevcut gayrı menkullerin varislere intikali vasiyet-namenin dilediği tarzdan başka türlü olmak icabeder. Zira, gayrı menkullerin intikaline Fransız medenî kanunu tatbik edildiği takdirde, müteveffanın aynı evsafı haiz üç varisi olacak ve her biri müsavat üzere mirasçı olacaktır.

Davanın ikame olunduğu Saïgon mahkemesi, müteveffanın küçük kızının hakkını medenî kanunun 913 üncü maddesine istinat ederek teslim ediyor (43). Fakat manevî torunun talebini reddeyiyor. İstinaf mahkemesi de kararı tasdik eylediğinden dava temyiz mahkemesine intikal ediyor.

İstinaf mahkemesi manevî torunun davasını reddederken şu esbabı mucibeye istinat eylemektedir: Tebennî akdi, gerek evlât edinenin, gerekse evlâtlığın millî kanunları mucibince muteberdir. Fakat bu tebennî akdine istinaden Fransada kâin gayrı menkullerin veraset yolu ile intikalini tanzim etmek mümkün değildir. Fransada kâin bir gayrı menkulün intikali, Statut réel'e taallük etmek itibarile münhasıran Fransız kanunlarına tâbidir; diğer taraftan Fransız medenî kanununun 344 üncü maddesi mucibince nesebi sahih çocuğu olan bir kimse evlât edinemiyeceğinden ve bu madde kanuniye mahfuz hisseye müteallik hükümler gibi âmme intizamına taallük eylediğinden, Fransada bu manevî toruna hakiki evlât gibi muamele tatbik etmek âmîr hükümler hilâfına hareket etmek olacaktır. Zira Fransada böyle bir tebennî akdinin icrası meşru çocukların mevcudiyeti dolayısıyla mümkün değildir.

Dikkat edilecek olursa görülür ki Fransız istinaf mahkemesi, tebennî akdi ile edinilmiş bir hakkı âmme intizamı mülâhazası ile tanımamaktadır.

Temyiz edilen bu karar lâyihasında bilhassa şu cihetler müddei tarafından ileri sürülmektedir: Statut réel ile Statut personnel'in ayrı ayrı nazara alınması lâzımdır. Statut réel bize, terekenin varislere ne yolda ve miktarda intikal edeceğini gösterir ve hâdisemizde bu husus için, gayrı menkullerin Fransız ülkesinde bulunmasına binaen, medenî kanunun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası mucibince Fransız kanununun hükümleri tatbik olunur. Fakat varislerin kimler olduğu, bu sıfatı haiz olup olmadıkları Statut personnel'e göre tespit olunmak icap eder. Kendi millî kanunları mucibince varis sıfatını haiz bir kimseye, Fransada kâin gayrı menkul terekede hak

(43) Fransız Medenî Kanunu madde 913. «Les libéralités... ne pourront excéder ... le tiers, s'il lalsse deux enfants...».

tanımamak Fransız âmme intizamına muhalif olamaz. Fransız medenî kanununun evlât edinmeğe müteallik şartları ile mirasçı olmak ehliyetine dair hükümleri başka başka fasıllardadır. Ve bunlar arasında münasebet tesis eylemek hiç bir zaman doğru olamaz. Bhusus ki Fransız medenî kanununun 735 ilâ 730 uncu maddeleri miras ehliyetsizlik için yalnız ve yalnız vefat ânında mevcut olmamayı veya mahrumiyeti nazara almaktadırlar. Bu itibarla kanunun mahrumiyet sebeplerini tahdidî bir şekilde tasrih etmiş olmasına rağmen, Statut personel'e taallük eden hükümlerden ehliyetsizlik sebepleri istinbat etmek kanuna uygun değildir. Aileyi himaye maksadile vazolunan şartlarla mirasın intikali ve mirasçıların tayını hakkındaki hükümler tamamen ayrı müesseselere taallük eder. Büyük müelliflerin tasvip eylediği mahkeme kararları, millî kanunlara tevfikân ihraz olunmuş ve ahkâmı şahsiyeye taallük eden müktesep haklar, hüsnü niyet sahibi bir Fransızın haklarına hâlel iras eylememek şartile, Fransız mahkemeleri tarafından riayete mazhar olmak icap eyliyeceğine karar vermişlerdir. Hâdisemizde ise hiç bir Fransızın hakkı mevzuubahs değildir.

Ayrılmış, boşanmış veya dul bir kimse yabancı bir memlekette de medenî hal bakımından böyle telâkki olunur. Ecnebinin bu medenî halini nazara almamak ve meselâ kendi memleketinde boşanmasına saik olan boşanma sebebinin halen bulunduğu memleket kanunu mucibince boşanma sebebi addolunmamasından dolayı boşanmış telâkki etmemek mümkün değildir. Vatanında boşanmış ve yabancı bir memlekette oturan bir ecnebi yine boşanmış sayılır. Kendi memleketinde boşanma kararının istinat eylediği kanunî sebebin bizim memlekette boşanma sebebi olarak nazara alınmaması dolayısıyla, bu ecnebiye boşanmamış nazarile bakmak mümkün değildir. Fransız mahkemeleri, bir ecnebinin kendi millî kanunlarının ahkâmı şahsiyesine tevfikân ihraz eylediği müktesep hakkı tanımak mecburiyetindedirler. Boşanmış ve tekrar evlenmiş bulunan bir ecnebi vefat ettiği takdirde ikinci evlenme dolayısıyla doğan çocuklarına, ilk evlenmesinin zevaline saik olan boşanma sebebi meselâ Fransada yoktur diyerek mirası intikal ettirmemek cihetine gitmek caiz değildir.

Bu büyük prensiplerin mevcudiyeti inkâr edilirse, ahkâmı şahsiyeye müteallik hususların millî kanunlara göre halli kaidesinin ne kıymeti kalır.

Fransız medenî kanununun 344 üncü maddesi beynelmilel âmme intizamını değil, dahilî âmme intizamını alâkadar eder. Hattâ bu

meselede hiç bir veçhile âmme intizamını alâkadar eden cihet yoktur. Hâdisede alâkadarlar ecnebidir ve kendi milli kanunlarına göre bir takım vaziyetler ve haklar iktisap etmişlerdir. İktisap ettikleri bu haklara göre neticeler tanımak icabeder. İstinaf mahkemesi kanunu yanlış olarak anlamıştır ve kanuna aykırı karar vermiştir.

Fransız temyiz mahkemesinin verdiği kararı söylemeden evvel gerek Saïgon istinaf mahkemesinin kararına esas olan esbabı mucibe, gerekse müddei tarafından serdedilip biraz evvel telhis ettiğimiz mütalâalar hakkında düşündüklerimizi söyliyelim:

Bugün artık şüphe götürmez bir şekilde teessüs etmiş olan bir kaideye göre, ecnebilerin ahkâmı şahsiyeye müteallik hususlarını tetkik için salâhiyettar kanun alâkadarların milli kanunudur (44).

Yukarıdaki hâdisede iki kanunun birden tatbik olunabileceği hatıra gelmektedir. Birinci kanun gayri menkullerin bulunduğu mahal kanunu, yani Fransız kanunudur. Bu kanun, nesebi sahih çocukla, evlâtlığın hisselerini tayin ve tespit edecektir. İkinci kanun alâkadarların milli kanunudur. Bu kanun, müteveffaya nazaran kimlerin nesebi sahih çocuk, kimlerin evlâtlık olduğunu tayin ve tespit edilecektir. Zira burada mevzuubahs olan ahvali şahsiyedir.

Yeknazarda, müddeinin iddiası haklı görünmekte ise de, Fransız hukukunun prensipleri hâdiseyi bu şekilde telâkki ve mütalâa eylemeğe pek müsait değildir. Filhakika Fransız hukukunun, gayri menkullerin miras yolile intikaline dair olan kaidesi şudur ki; Fransada kâin gayri menkulün yalnız miras yolile intikalini değil, aynı zamanda bu intikale müteallik olan hususlar için de, Fransız kanunu tatbik olunur. Bu kaidenin istinat eylediği metin, Fransız medenî kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasıdır. Lerebours-Pigeonière göre, bu ikinci fıkra, gayri menkulün hukukî vaziyetini tespit etmekle beraber aynı zamanda miras yolile intikali de kasetmektedir (45). Hattâ Lainé bu fıkranın bilhasa miras meseleleri için vazolunduğunu söylemektedir (46). «Miras hukukuna hâkim olan prensipler millî menfaatlere ve siyasi telâkkilere istinat eylemektedir. Bu vaziyet ecnebi bir kanunun tatbikine mâni olmağa kâfidir» diyen Aubri ve Rau'ya müelliflerin ekseriyeti iltihak eylemekte-

(44) Bu kaidenin tatbik edildiğini gösteren mahkeme kararının mufassal bir listesi Nibayet'nin Manuel'indedir. Manuel, s. 701, No. 585.

(45) Lerebours - Pigeonière. - Précis de droit international privé. s. 375.

(46) Lainé. - Etude sur le titre préliminaire. s. 82.

dir (47). Gerçi Weiss (48) ve Vallier (49) gibi müellifler bu noktai nazarı kabul etmiyorlarsa da içtihadı mehakim tamamen müelliflerin ekseriyeti ile birliktedir.

Temyiz lâyihasında müddei, tebennî şartları ile mirasın intikali kaideleri arasında hiç bir münasebet olmadığını çünkü bu müesseselerinin başka başka fasıllarda yazılı olduğunu söylüyor. Bu noktai nazarın çürüklüğü aşikârdır. Müesseselerin ayrı ayrı ve birbirinden çok uzak maddelerde mütalâası aralarında hiç bir rabitanın mevcut olmadığını göstermez, bilhassa tebennî akdi için bunu iddia etmek çok yanlışır. Zira tebennî akdi ile en çok nazarı mülâhazaya alınan cihetlerden bir tanesi de müstakbel veraset meselesidir.

Müddei lâyihasında âmme nitizamından bahseylemekte ve 344 üncü (50) maddenin dahili âmme intizamına taallük edebileceğini beyan eylemektedir. Dahili âmme intizamı ve beynelmilel âmme intizamı hakkında düşündüklerimizi evvelce söylemiştik. Muhakkak olan bir cihet varsa o da bir maddei kanuniyenin âmm intizamı ile ilgili olup olmadığının tetkiki cihetinin hâkime ait olduğudur. Hâdisede esasen Saïgon mahkemesi âmme intizamını ileri sürerek karar verirken, Hint kanunları mucibince yapılmış olan tebennînin yanlış veya doğruluğunu tespitten ziyade, Fransız ülkesinde bulunan gayrı menkullerin, Fransız kanunlarındaki mahfuz hisse prensiplerine mugayir olarak tevzi edilmemesi esasına istinat eylemiştir.

Kanaatımızca, Saïgon mahkemesinin kararı adalet ve nısfet kaidelerine uygun olmamakla beraber Fransız kanununun manâ ve ruhunu tatbik bakımından ve ilmi içtihadı uygunluğu cihetinden doğrudur. Filhakika büyük Fransız müellifleri Saïgon hâkiminin yerinde olsalardı davayı aynı karara bağhyacaklardı.

Weiss'a göre meselâ, umumî menfaatler yabancının millî kanununun tatbiik ile haleldar olacaksa, hâkim, bu kanunu bertaraf etmek hususunda hiç bir tereddüt göstermemelidir. Hâdisede evlâtlık varis olarak kabul edildiği takdirde Fransız kanununun âmme intizamından olan mahfuz hisse kaideleri haleldar olacağı cihetle,

(47) Ezcümle, Audinet. - Droit international pr. No. 839; Pillet. - Principes, No. 174; Niboyet. - Manuel, No. 722.

(48) Weiss. - Traité de droit international privé. 2 tab. cilt. IV, s. 501.

(49) Vallier. - Le fondement du droit successoral. s. 324.

(50) «L'adoption n'est permise qu'aux personnes... qui n'auront à l'époque de l'adoption, ni enfants, ni descendants légitimes...».

Weiss'in kanaatine göre, müddeinin milli kanununu nazarı itibara almamak lâzımdır (51). Zira bir Fransız evlâtlığa bu şerait dahilinde reddolunabilecek varislik sıfatı ecnebiye de evleviyetle reddolunmak icabeder.

Pillet'nin sistemine göre de Saïgon mahkemesi halkılıdır (52). Âmme intizamına taallûk eden kanunlar hedeflerine ulaşmak için umumî olan kanunlardır. Meselâ boşanmayı meneden İtalyan kanununu nazarı itibara alalım. Bu kanunun maksat ve gayesni, İtalyan vazıı kanununa göre aile birliğini himaye ve muhafaza eylemektir. Bu itibarla İtalyan hâkimi bu kanunu İtalyada bulunan ecnebilere de tatbik ile mükelleftir. Pillet'nin bu görüşüne göre hâdisemizi tetkik edelim: Fransız medenî kanunu 344 üncü maddesinde tebennî akdi için tespit ettiği şartlar meyanında, evlât edinecek olan şahsın çocuk sahibi olmamasını niçin şart koşmuştur? Çünkü Fransız vazıı kanununun telâkkisine göre, ailenin idamesi ve vahdeti için bu şart zaruridir. O halde 344 üncü maddenin ecnebiye tatbik olunması lüzumu Pillet'ye göre de aşikârdır.

Bartin'e gelince; bu müellife göre Saïgon mahkemesinin kararını tasvip etmek çok daha kolaydır. Malûmdur ki Martin'in sistemine göre (53), Fransa ile aynı medenî ve içtimaî seviyede olmayan bir devletin kanununu Fransada tatbik etmek Fransız âmme intizamını haleldar eder, ve binnetice bu yabancı kanunu tatbik eylemek zarureti vardır. Hâdisede mevzuubahs olan müddeinin mensup olduğu Hint camiası ile Fransız camiası başka başka telâkkilere mensup cemiyetlerdir. Netekim tebennî için her iki cemiyette mevcut şartlar çok büyük farklarla birbirinden ayrılır. Binaenaleyh Martin'e göre de müddeinin kanununu, evlâtlığa miras hissesi tanımak suretile nazara almak, Fransız âmme intizamına mugayir olacaktır.

Niboyet ve Lerebours - Pigeonière'in telâkkilerine göre de keza Saïgon mahkemesinin kararını doğru telâkki eylemek icabeder (54).

Âmme intizamı ile müktesep hakkın karşılaştığı bu şayanı dikkatle dava dolayısıyla Fransız temyiz mahkemesinin verdiği kararı aynen aşağıya naklediyoruz:

(51) Weiss. - *Traité de droit international privé*, cilt III, s. 93.

(52) Pillet. - *Principes de droit international privé*, No. 82.

(53) Martin. - *Principes de droit international privé*, s. 239.

(54) Niboyet. - *Manuel*, Ne. 429; Lerebours - Pigeonière. - *Précis*, s. 252.

«Fransada kâin gayrı menkuller, malikleri ecnebi dahi ol-
 «sa Fransız kanununa tâbi olacağına ve binnetice veraset yo-
 «lile intikalın de, müteveffanın veya varislerinin Statut per-
 «sonnel'i ne olursa olsun Fransız kanunu hükümlerine tevfikân
 «yapılması icap edeceğine;

«Mevzuubahs ecnebinin tebennî akdi sırasında meşru ço-
 «cukları bulunmasına binaen bu ecnebi tarafından yapılmış bir
 «tebennî akdinin Fransada hüküm ifade edemeyeceğine, zira
 «Fransız medenî kanununun 344 üncü maddesinin, meşru ço-
 «cuğu olan bir kimsenin evlâtlık alamıyacağı hakkındaki hük-
 «münün ahvali şahsiyeye mütedair olmakla beraber âmm inti-
 «zamına taallûk eylediğine;

«Nakzı istenen kararın kanunun hükümlerini yanlış tatbik
 «eylemekten çok uzak olmasına, bilâkis kanunu tam ve doğru
 «olarak tatbik eylemiş bulunmasına binaen kararın tasdikine
 «12 Nisan 1931 de karar verildi.»

Mahkemeler, yukarıdaki kararda da görüleceği veçhile, mükte-
 sap hak tâbirini kullanmaktan içtinap eylemektedirler. Bazı yeni ve
 fakat nadir kararlarda — Pillet'nin tesiri ile olacak — müktesep
 hak tâbirine tesadüf edilmekte ise de bunlar bir istisna teşkil et-
 mektedir.

Dicey'in sisteminde malûm olduğu üzere, müktesep hak, ya-
 bancı bir kanunla doğmuş bir vaziyetin sadece tanınmasından iba-
 rettir. Tanınan yabancı kanun değil, meydanda olan, zahir olan fiil
 ve hâdisedir ve mülki hâkimiyet bunu yalnızca ve muayyen bazı
 şartlar altında basit bir hâdise olarak kabul eder.

Pillet'nin nazariyesi ise, müktesep hakkı, yabancı hâkimiyetle-
 rin ve onların kanunlarına tevfikân edinilmiş hakların tanınması,
 hürmete mazhar olması esasına dayanır. Pillet, beynelmilel münâ-
 sebetlerin inkişafı ve temadisi için bu haklara riayetin zarurî oldu-
 ğunu ileri sürer. Bu noktai nazarın hedefi, hâkimiyetlerin beynel-
 milel sahada da nüfuz ve tesir icra edebilmelerini temindir.

Hakikatte müktesep haklar, âmme intizamına ve onun her fır-
 sat ve vesile ile olan müdahalesine karşı koymak ve beynelmilel sa-
 hada hakların hürmete mazhar olabilmesi esasını temin gayesini
 güder. Fakat bu hedefe ulaşmaktan çok uzak olan müktesep hak na-
 zariyesi 1914 harbinden evvelki nisbî terakkiden de artık mahrum-
 dur.

Devletler arasındaki hukukî telâkki ayrılığı neticesinde beynelmilî sahada bir kaide şeklinde tanıyan objektif haklar yoktur. Ancak bu ayrılığa rağmen umumî olarak kabul edilmekte olan sübjektif haklar vardır. Bu mevcudiyet bir çok muğlâk ve müşkül şartların tahakkuku ile mümkündür.

Filhakika içtihadı mehakimin müktesep haklara müteallik kararlarını şu iki guruba tefrik ederek mütalâa etmek mümkündür: Birinci gurup kararlar, yabancıların ileri sürdüğü müktesep hakkı reddederler. Sebep te, bu hakın, kanunlar ihtilâfı kaidelerine göre salâhiyettar olan kanuna tevfikân iktisap edilmemiş olmasıdır. Bu kısma ait kararlar bilhassa statut personnel'e taallük eder. Ezcümle Sen mahkemesi, İngiliz mahkemelerinin müteaddit kararlarını Fransada mevkii icraya koymaktan istinkâf eylemiştir (56). Keza 1884 ten evvel Fransız karı kocanın boşanmasına karar veren bir Amerikan mahkemesinin ilâmı Fransada hükümsüz addedilmiştir. Hatâta bu karar ayrılma hüküm ve kuvvetinde bile telâkki edilmemiştir (57). Müktesep hakları tanımamanın misallerine statut personnel'den başka sahalarda da tesadüf edilir. Meselâ Aix mahkemesi, Fransız kanununca meçhul bir rizayı ifsat eden sebep dolayısıyla İspanyol mahkemesi tarafından verilen Fransada yapılmış bir vasiyetnamenin iptali kararını tatbiksiz bırakmıştır. Bu kararlardan şu anlaşılıyor ki mahkemeler, mevkii icraya koyacakları yabancı mahkeme kararlarını kendileri de verebilecek bir vaziyette olmalıdırlar. Eğer bu tarzda bir karar vermeğe âmme intizamı mâni ise yabancı mahkeme ilâmının da tatbikine aynı sebep mâni olur.

İkinci gurup kararlar müktesep hakkı tanıır. Sebebi de müktesep hakkın meydana gelmesine âmil olan yabancı kanunun, müktesep hakkın mevzuubahs edildiği memleket kanunu ile prensiplerde tam birliğe malik olmasıdır. Bu ikinci kısma ait şayanı dikkat misaller vardır (58). Yalnız şunu derhal söyliyelim ki bu ikinci kısım kararların büyük bir ehemmiyeti yoktur. Zira bu haklar iddia edildikleri memlekette de aynen elde edilmek mümkündür.

(55) Sirey, Jurisprudence générale, I kısım, s. 377, 1931.

(56) Clunet, 1890, s. 870.

(57) Clunet, 1902, s. 116.

(58) Seine mahkemesi, 6 Ağustos 1922, Clunet 1922, s. 674; Keza 14 Şubat 1922, Clunet, s. 402; Sirey 1870 - 2 - 10. Paris istinaf mahkemesi 18 Şubat 1902, Clunet 1926, s. 87.

NETİCE

Âmme intizamı mefhumu etrafında yapılan tetkiklerden ve bil-hassa mahkeme içtihatlarından âmme intizamının telâkki edilmiş tarzını aydınlatmağa medar olacak görüş ve kararlar, bundan evvelki sahifelerde tetkik ve telhis olundu.

Âmme intizamı hakkında müelliflerin tespit eyledikleri prensiplere umumiyetle uymıyan mahkeme kararlarını birer istisna olarak mütalâa etmeğe imkân yoktur. Tetkikimiz esnasındağ prensiplere uygun kararlar bulmak için, binbir müşkülle karşılaşırken, istisna denilen kararlara, içtihadı mehakim kolleksiyonlarının her sahifesinde tesadüf ettik. Bu vaziyet karşısında, âmme intizamını, yabancı kanunu tatbikten uzaklaştıran istisna olarak tetkik eylemekte devam etmek hakikate bile bile göz yummaktır. Devletler hususî hukuku, validi olan Devletler umumî hukukunun, zaruri olarak inkişaf ve seyrini takip etmektedir. Yabancı hâkimiyetlerin bazan tanınması, bazan tanınmaması, Devletler hususî hukuku prensiplerinin de âkibetine müessir olmuştur.

Devletler hususî hukukunda âmme intizamı mefhumu etrafında yapılan tetkik bizi şu neticelere ulaştırdı:

1. — Âmme intizamı mefhumu muğlâk bir mefhum olmaktan çıkmıştır. Muğlâk olan cihet âmme intizamının istisnai olarak ne gibi hususlarda nazara alınacağı ve hangi hallerde salâhiyettar kanunu tatbikten bertaraf eyliyeceği idi. Halen her hâdiseye kolaylıkla ve beynelmilel tesanüdün ve münasebetlerin inkişafı ve hattâ muahede hükümleri dahi hiç kayde alınmaksızın ileri sürülebildiğine göre mesele çok basit bir şekil almıştır.

Âmme intizamı, cemiyetin menfaatlerine mugayir hareketleri önlemek iradesini temsil eder. Bu iradenin hudutlarını kanun sarih bir şekilde tespit etmek istememiştir. Hâkimin geniş takdir salâhiyeti bunu tayin edecektir. «Hak, milletime faideli olan şeydir» düsturu, devlet adamlarından sonra hâkimlerin de düsturu olmağa başlamıştır.

2. — Müellifler, âmme intizamını devletler hususî hukuku prensiplerinin tatbikine mâni olan bir istisna gibi mütalâa etmişlerdir. Mahkemelerin içtihadına nazaran âmme intizamının mı, yoksa devletler hususî hukuku kaidesinin mi istisna olduğu kolaylıkla görülmektedir. Bugün âmme intizamı istisna değil kaidedir.

Mahkemeler, âmme intizamının mutlak bir kaide olmasına mâni olmakta devam eden müktesep hak mefhumuna, faaliyet ve hedeflerini tevcih etmişlerdir. Bir çok kararlar müktesep hakkın artık âmme intizamına karşı koyabilecek bir kuvvette olmadığını göstermektedir.

3. — Âmme intizamını Pillet, devletler arasındaki hukukî telâkki ayrılığının bir neticesi olarak tetkik eder. Âmme intizamının halen müdahale şiddetini artırmasına ve istisna olma halinden kaide haline geçmesine âmil hukukî telâkki birliğinin azalması değildir. Bugün Avrupa kanunlarının muazzam ekseriyetinde telâkki birliği ve prensiplerde mutabakat vardır ve Pillet'denberi bu husus inkişaf etmektedir. Halbuki âmme intizamı bilâkis nüfuzunu genişletmiştir.

4. — Âmme intizamı, iki kanun arasında cemiyetin esaslarına mugayir ve menfaatlerini muhil mübâyenetler varsa mevzuubahs olur, aksi halde ecnebi kanununun tatbikine bir mâni yoktur. Halen tatbik edilecek ecnebi kanunla hâkimin kanunu arasında tam bir mutabakat aranmaktadır. Bu şerait dahilinde zaten, ecnebiye kayıtsız şartsız hâkimin kanunu tatbik edilebilir. Bundan dolayı ecnebinin mensup olduğu devlet hiç bir itirazda bulunamaz; zira, tebaasına tatbik olunan kanun kendi kanunundan farksızdır. Ecnebi kanununu hâdiseye tatbik için mutabakat ve görüş birliğinin mevcudiyetinde ısrar edildiğine göre kanunlar ihtilâfı müessesesinin lüzumu âdeta kalmamıştır.

5. — Tetkik ettiğimiz Ropit ve Saturno hâdiseleri tamamen aynıdır. Her ikisinde de yabancı bir devletin kararnamesini, devletler hususî hukuku kaidelerine tevfiikan tatbik etmek mevzuubahstır. Birinci hâdisede hâkim, kararnamenin tatbikine geçmek keyfiyetinin âmme intizamına mugayir olacağına karar veriyor. İkinci hâdisede, yabancı kararnamenin bir âmme hizmetini istihdaf eylediğini söyleyerek tatbikine geçiyor. Aynı mahiyeti haiz iki davanın başka başka kararlara müncer olması kanunlar arasındaki prensip ihtilâflarının değil, millî, siyasi telâkki ve meyillerin neticesidir.

6. — Niboyet, son çıkan eserinde, beynelmîlel taahhütlerin, verilmiş sözlerin, bol cephaneli bir topun yerini tutamadığını söylüyor. Bugün için doğru olan bu vaziyetin yarın için yanlış olacağına kaniiz.

Milletlerin hakiki menfaatleri ve müreffeh istikballeri, müşterek yaşamak, samimî münasebetler tesis eylemek için yaratılmış bütün insanların elbirliğindedir. Bu hayatın gerçekleşmesi, insanların ve binnetice devletlerin müteakabilen hakları tanınmaları ve vazifelerini bilmeleri ile mümkündür.

Doçent Dr. Hıfzı Timur

BİBLİOGRAFYA

- ARMINJON. — *Precis de droit international privé*, 1934.
- BARTIN. — *Les dispositions d'ordre public (Revue de droit international et de législation comparé, 1897)*.
- BARTIN. — *Principes de droit international privé, 1930 - 1935*.
- BELGESAY, Mustafa Reşit. — *Devletler Hususi Hukukunda Adliye*, İstanbul, 1935.
- BİREDUD. — *Contribution à l'étude de l'ordre public en droit international privé*, Aix, 1932.
- BİRSEN, Kemaleddin. — *Devletler Hususi Hukuku*, 1935.
- DESPAGNET. — *L'ordre public en droit international privé (Clunet, 1889)*.
- FEDOZZI. — *Quelques considérations sur l'ordre public international (Clunet 1897)*.
- FIGORE. — *De la limitation de l'autorité des lois étrangères et de la détermination des lois d'ordre public (Clunet 1908)*.
- FIGORE. — *L'ordre public en droit international privé (Revue de droit international et de législation comparée, 1902)*.
- HEALY. — *La théorie générale de l'ordre public (Recueil des cours, 1925)*.
- KAYSER, P. — *Les nullité d'ordre public. Rev. Trim. de droit civil, 1933. sahife 1115*.
- KNAPP. — *La notion de l'ordre public dans les conflits de lois, Neuchâtel, 1932*.
- LOUIS - LUCAS. — *Remarque sur l'ordre public (Revue de droit international privé, 1933)*.
- MANCINI. — *De l'utilité de rendre obligatoire les règles générales du droit international privé (Clunet 1874)*.
- MANCINI. — *Rapport. (Bulletin de l'institut de droit international, Sessions de La Haye, 1875)*.
- MARMION. — *Des lois d'ordre public en droit civil interne. Paris 1926*.
- MOLDAVAN. — *L'ordre public en droit international privé, Paris 1932*.
- MOUTIER. — *Du conflit des lois étrangères avec les lois d'ordre public françaises. Paris, 1892*.
- NAQUET. — *De la notion d'ordre public international (Sirey, 1892. 201)*.
- PILLET. — *De l'ordre public (Mélanges Pillet, 1929. T. I. sahife 407)*.
- PILLET et NİBOYET. — *Manuel de droit international privé, 1924*.
- POUILLET. — *Manuel de droit international privé belge, 1927*.

- REPertoire de Droit International, publié par A. de Lapradelle et Niboyet, cilt V, sahife 708 ve cilt X, sahife 92.
- SEVİG, Muammer Raşit. — Devletler Hususi Hukuku, 1937.
- SEVİG, Muammer Raşit. — Emniyet ve asayiş kanunları hangileridir? (İstanbul, Hukuk Fak. Mecmuası, cilt V, sahife 107).
- SEVİG, Muammer Raşit. — Nafaka Borcu. (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt VI, sahife 100).
- SURVILLE. — De la limitation tenant à l'ordre public (Revue critique, 1905).
- VARREILLES - SOMMIERES. — Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois, Paris, 1899.
- WEISS. — Manuel de droit international privé, 1920.
- WESTLAKE. — Traité de droit international privé, terc. Goulé, 1915.
- YÖRÜK, Abdülhak Kemal. — Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 1939.
-