

## MİLLETERARASI HAKSIZ FİİL İHTİLAFLARINDA FRANSIZ İÇTİHADINDAKİ YENİ GELİŞMELER

Prof. Dr. Nihal ULUOCAK\*

Milletlerarası haksız fiiller alanında bilindiği gibi, Avrupa Birliği bünyesinde, akdi ilişkilerde olduğu gibi, müşterek bir düzenleme denemeleri yapılmış, ancak tam bir sonuç alınması henüz gerçekleşmemiştir<sup>1</sup>.

Ancak belirtmekte yarar var, milletlerarası haksız fiile ilişkin düzenlemeler, günümüzde yaygın biçimde, Devletlerin Milletlerarası Özel Hukuk yasalarında, bazen sınırlı bazen de daha ayrıntılı biçimde yer almaktadır<sup>2</sup>. Buna karşın bazı ülkelerin bu alandaki yasalar çatışması kuralları, içtihat yolu ile oluşmuştur. Bu nedenle bu kurallar içtihadın etkisinde zaman içerisinde gelişmekte ve günümüzde yeni değerlendirmelerin ışığında, yeni bağlanma faktörleri oluşturulmaktadır. Bu açıdan Fransız içtihadı milletlerarası haksız fiiller konusunda yeni uygulamalara yer vermesi nedeniyle, bu yazımızın konusunu oluşturmaktadır.

Bu hukuk açısından, milletlerarası haksız fiillere ilişkin yasalar çatış-

\* İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Devletler Hususi Hukuku Ana Bilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi.

1 *Revue Critique*.(Rev. Crit) 1996, 269 ve metin, *Rev. Crit.* 1973, 209.

2 Örneğin Rusya'nın D.Ö.H. (Devletler Özel Hukuku) yasası, 2001, m.121, (*Rev. Crit.* 2002 , 191); Alman Yasası 1999 m.40 (*Rev. Crit.* 1999, 871.); İtalyan D.Ö.H. Yasası, 1995 m.62 (*Rev. Crit.* 1996, 186.); İsviçre D.Ö.H Yasası 1987 m.132-133 (*Rev. Crit.* 1988, 433.); Venezuela ve Tunus D.Ö.H. Yasaları 1998 m.391. ve 1998 m. 73 (*Rev. Crit.* 1999, 396. ve 391.)



masında, öncelikle bu ihtilafların çözümünde uygulanan bağlama kuralı ve bu kuralın belirlenmesinde bağlanma noktasının saptanması burada, bu konuda etkisi olan “*équivalence*” (eş değer olma), ya da “*proximité*” (yakınlık) gibi kavramların nasıl işlerlik kazandıkları ve yabancı hukukun yargıç tarafından “*re’sen uygulanmasının*”, “*taraf-larca tasarruf edilebilir haklar*”ın (droits disponibles) bahis konusu edildiği olaylar da, hatta bazen ilgili milletlerarası bir sözleşmeye rağmen, göz ardı edebileceği ve yabancı hukukun kanıtlanmasında, *ispat külfetinin* yer değiştirmesi, ve nihayet, Fransız hukukunda önemle üzerinde durulan, “*milletlerarası kamu düzeni*” kavramının nasıl özenle belirlendiği gibi, konular üzerinde durulacaktır.

## I. Yasalar Çatışması Kuralının Saptanmasına İlişkin Gelişmeler

### 1. Tarihi Gelişme

Fransız içtihadında kural, ilk defa, *Lautour Kararı* olarak anılan, 25 Mayıs 1948 tarihli, Fransız Yargıtayı'nın bir trafik kazası nedeniyle verdiği kararlarla oluşmuştur<sup>3</sup>. Olayda trafik kazası İspanya'da, her ikisi de Fransız vatandaşı sürücülere ait iki aracın çarpışması sonucu meydana geliyor ve araçlardan birinde bulunan bir Fransız vatandaşı ölüyor; kaza kurbanının eşi, kazaya sebep olduğu gerekçesi ile, diğer araba sürücüsü *Lautour*'a karşı, tazminat davası açıyor. İstinaf Mahkemesi, davalının kaza yeri olan, İspanyol yasasının yetkisini ileri sürmesine karşın, Fransız Medeni Kanununun haksız fiillere dair 1384/1. maddesini uygulayarak, tazminata hükmediyor<sup>4</sup>. Temyiz aşamasında ise, Fransız Yargıtayı, İstinafın kararını şu gerekçelerle bozuyor : “*Aracı elinde bulunduran (üçüncü) kişinin haksız fiil sorumluluğu, kaza kurbanının, ilgililerin vatandaşlıklarından ve de alınacak kararın icra yerinden bağımsızdır ve bu sorumluluk aracın kullanıldığı ülkenin iç hukuk nizamını ilgilendirir; diğer yandan savunma*

<sup>3</sup> *Rev. Crit*, 1949, 89.

<sup>4</sup> Fransız Medeni Kanununun genel haksız fiil maddesi şöyledir: “Kişinin herhangi bir fiilinin bir diğerine zarar vermesi durumunda, kendi kusuru ile buna sebebiyet veren tazmin ile yükümlüdür.” (m. 1382); Kararda değinilen madde ise şu hükmü içermektedir: “Kişi bizzat kendi fiili ile verdiği zarardan olduğu kadar, sorumlu olduğu kişilerin ya da nezninde bulunan şeylerin sebebiyet verdiği zarardan da sorumludur.” (m. 1382/1)



boş yere 1384. maddenin emredici karakterini iddia etmektedir; iç kamu düzeni ancak, kaza anında Fransa'da kullanılan araçlar yada şeyler açısından, o da Fransız toplumu nazarında, milletlerarası açıdan mutlak bir değeri haiz olan adalet prensiplerinin bahis konusu edilmediği hallerde, müdahale edebilir. Olayda bu prensipler bahis konusu değildir. Nihayet, ispat yükümlülüğünü, İspanyol hukukunun içeriğini kanıtlayamadığı gibi, dolaylı olarak, serzenişte bulunularak, davalıya yüklemek isabetli değildir<sup>5</sup>.

Bu karar Fransız içtihadında, milletlerarası haksız fiil konusunda ilk defa yetkili yasayı saptamış, bu yasanın kanıtlanması yükümlülüğünün tarafını belirlemiş ve kamu düzeni istisnasının milletlerarası alanda içeriğini açıklamıştır. " Haksız fiilin meydana geldiği ülke yasası (*lex loci delicti commissi*) kuralı, etkin doktrin tarafından da savunulmuştur.

Haksız fiil ihtilâfları konusunda esasa bakan yargıçlar (Bidayet ve İstinaf mahkemeleri), genelde olayda tarafların Fransız vatandaşlığından hareketle, hatta daha az taraflara elverişli olmasına rağmen, Fransız yasasının yetkisini kabul etmişler ve Fransız Yargıtayı'nın iptal kararlarına maruz kalmışlardır. Bu uygulamanın, Fransız içtihadında tipik bir örneği,

" *Kieger c. Amigues* " davasında görülmüştür, şöyle ki; Almanya'da meydana gelen yine bir trafik kazasında Fransız vatandaşı (*Kieger*) kullandığı araçla, önündeki kamyonu geçmek için sollarken, karşıdan gelen araca çarpıyor ve sürücü Fransız *Amigues* tarafından kullanılan araçta, kendisi yaralanıyor, kardeşi ölüyor. Kazada ölenin yakınlarının açtıkları tazminat davasında, Fransız Bidayet ve İstinaf yargıçları, tarafların Fransız olmalarından ve de haksız fiile ilişkin davaların emniyet ve asayiş maddeleri kapsamında mütalâası gerektiğinden hareketle, Fransız hukukunu uygulayarak, hem maddi, hem de manevi tazminata hükmediyorlar. Fransız Yargıtay'ı, bu kararı iptal etmiştir; "Yabancı yasanın manevi tazminata yer vermemiş olması, normal yetkili yasanın (Alman Yasası) uygulanmasını, milletlerarası kamu düzenine aykırılıktan hareket edilerek engelleyemez<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> *Grands Arrêts de la Jurisprudence* Fransa 1992, 148-149.

<sup>6</sup> *Rev. Crit.* 1967, 728-730; 30 Mayıs 1967 tarihli Karar (Alm. Giriş Yasası m. 40, 3,1): "Yabancı hukuka tâbi talepler, yaralanan kişinin makul düzeyde tazminini önemli ölçüde geçtiği nisbette ileri sürülemez."



Ne var ki, Fransız içtihadında, benimsenen “*lex loci delicti*” kuralından, hatta yetkili bir milletlerarası sözleşme ve de “yargıcın re’sen uygulama yükümlülüğü göz ardı edilerek, yeni kavramlar ve saptamalardan hareketle, farklı uygulamalara gidildiği görülmektedir.

## 2. Değişen Fransız İchtihadı

Bu yeni uygulamada, içtihadın esas dayanağı ihtilâfta tarafların *serbestçe tasarruf edebilecekleri haklarının* (la libre disposition des droits) bahis konusu edilebilmesidir. Bu ayırım yeni Fransız Usul Yasası’na (m.12/3) dayanmaktadır ve haksız fiiller bu kavram içerisinde mütalâa edilmektedir<sup>7</sup>. Bu esasan hareket edildiğinde, yetkili hukukun saptanmasında, yargıcın re’sen yetkili yabancı yasayı hatta milletlerarası bir sözleşmeden kaynaklanmasına rağmen, uygulama yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ve detarafların bu ihtilâfta yabancı hukuku hiç ileri sürmemiş olmaları gibi durumlarda, Fransız içtihadının esnek bir uygulama içerisine girdiği görülmektedir. Örneğin Fransız Yargıtay’ı yabancı bir ülkede iki Fransız vatandaşı arasında meydana gelen bir trafik kazasında “tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri haklarının” bahis konusu edildiği bir ihtilâfta, tarafların milletlerarası bir sözleşmeden kaynaklanan yetkili yasaya rağmen, Fransız hukukunun uygulanmasını açıkça talep etmeleri durumunda İstinaf yargıcının yeni usul yasasının 1273. maddesine göre talebin hukuki dayanağını değiştirmeksizin yasaklandığını da göz önünde bulundurarak, isabetle Fransız hukukunu uyguladığına karar vermiştir<sup>8</sup>. Fransız Yüksek Mahkemesi çok daha yeni bir kararında aynı görüşünü teyit etmiştir<sup>9</sup>.

Bu açıklamalarımızın ışığında, Fransız doktrininde Yüksek Mahkemenin, tasarruf edilebilir hakların bahis konusu edildiği ihtilaflarda, yasalar çatışması kuralını, kaynağından bağımsız olarak, hiç bir zaman re’sen uygulamayacağı, dolayısı ile yabancı hukukun kanıtlanmasının da yargıçlardan taraflara yönlendirildiği görüşünün etkin bi-

<sup>7</sup> *Rev. Crit.* 1994, 337.

<sup>8</sup> Roho c. Caron davası, 19 Nisan 1988 *Rev. Crit.* 1989, 68-69. Kararın eleştirisinde, usul yasasının ilgili maddesinin, milletlerarası ihtilaflarda emredici vasfının tartışmalı bulunduğu, milletlerarası bir sözleşmenin yorumuna gidildiğinde bu metne atfın gereksiz olduğu ifade edilmiştir. H. BATIFFOL, 70-71.

<sup>9</sup> *Soci t  Mutuelle c. Boedec* davası, 26 Mayıs 1999, *Rev. Crit.* 1999, 707-708.



çimde benimsendiği vurgulanmıştır<sup>10</sup>.

### 3. Fransız İçtihadının Yeni Kararları

Milletlerarası haksız fiil ihtilâflarında, Fransız Yargıtayı'nın farklı gerekçelerden hareketle, verdiği son iki karara değineceğiz.

Bunlardan ilki, içtihadın “eşdeğerde olma” (l'équivalence) kavramından hareketle, yetkili yabancı yasanın saptanması yöntemine ilişkindir. Doktrin bu Kararı, uygulamanın günümüzdeki durumu olarak değerlendirmektedir<sup>11</sup>.

Karara konu olan olay şöyledir: Belçika'da, Fransa'da tescil edilmiş bir otomobil ile, yola fırlayan bir atın çarpışması sonucu, araçtaki yolcu ağır yaralanıyor.

Fransız mahkemesinde açılan tazminat davasında, İstinaf yargıcı, hayvan sahibinin sorumluluğunu, Fransız ve Belçika yasalarına dayanarak kabul ediyor. Karara karşı; “Trafik kazalarına dair 1971 tarihli Lahey Sözleşmesine dayanılarak, olayda yegane aracın tescil yeri olan Fransız yasasının uygulanması ile sorumluluğun tespitinin gerektiği ileri sürülerek, Fransız Yargıtayı'na başvuruluyor.

Yargıtay'ın Kararı: “Uygulanan yasa ile yasalar çatışması kuralının gösterdiği yasa İstinaf yargıçlarının saptadığı gibi aynı hukuki sonuçları doğurması açısından “eşdeğerde olmaları” (équivalentes) nedeniyle, Fransız ve Belçika yasalarının 1385. maddelerinin ayniyetinden hareketle, sözleşmenin yetkili kıldığı Fransız yasası yerine Belçika yasasının uygulanması yerindedir”<sup>12</sup>.

Bu kavram Fransız içtihadında iki anlamlı olarak kullanılmaktadır; ya bir yasalar çatışması koşulu, ya da bir yasalar çatışması engeli(karşıtı) olarak ileri sürülmektedir.

İlk şıkta, soyut ve şekli bir “eşdeğerde olma” (équivalence) bahis konusu olup, yasalar çatışması metodu tarafından öngörülmektedir; “so-

<sup>10</sup> MUIR – WATT, *Rev. Crit.* 1999, 711 ve oradaki göndermeler.

<sup>11</sup> *Rev. Crit.* 1999, 707.

<sup>12</sup> 13 Nisan 1999 tarihli karar: Compagnie Belge c. Société d'assurances davası, *Rev. Crit.* 1999, 698-699.



yut" tur, zira prensibine uygun olarak düzenleyeceği hukuki ilişkinin mahiyetinde ayrıcalık yapmaz; "şekli" dir, çünkü maddi düzenlemede normlara göndermede bulunmaz, fakat hukuk ilişkilerini düzenlemeyi öngören birden ziyade hukuk kurallarının varlığını göz önünde bulundurur, dolayısıyla sonuçlarının karşılıklı yekdiğerine ikamesini kabul eder<sup>13</sup>.

Eş değerde olma kavramı *somut ve gerçekçi* olarak ise, taraflar arasında yasalarca öngörülen hak ve yükümlülüklerin ayniyetini tescil eder; olaylardaki uygunluk yeterlidir, "yol önemli değil, önemli olan sonuçtur"<sup>14</sup>.

Fransız Yargıtay'ı kararında "équivalence" kavramını bu son anlamda kullanmıştır; nitekim Yüksek Mahkeme, *İstinaf tarafından saptanan her iki yasaya göre aynı hukukî sonuçları doğuracak olan fiili duruma göndermede bulunarak, Belçika ve Fransız Medeni Kanunlarınının 1385. maddeleri hükümlerinin ayniyetinden hareketle, Belçika yasasını tercih etmiştir.*

Bu uygulamada, Fransız Medeni Kanununun bahis konusu maddesinde "sorumluluk" kavramına yer verilmiş olunmasına karşın, Belçika yasasının muadil hükmünde "Kusur karinesi" nin yer almış olması<sup>15</sup>, olayda atın sahibinin kusuru (hatalı) kanıtı elde edilmişse de, sonuç açısından önem kazanmamaktadır (aynı ortamda değişik sonuçlara ulaşılabilmesine rağmen). Dolayısıyla davacılar açısından Yargıtay'ın kararında sergilendiği gibi, bu tür bir "équivalence", yetkili hukukun seçiminde her türlü menfaati de bertaraf etmektedir: "*fark olmayınca çıkar da yoktur*". Böylece Fransız içtihadı yasalar çatışmasının niteliğine ilişkin genel bir anlayışı da ortaya koymuş oluyor; bu

13 Fransız hukukunun, yabancı hukuk yerine ikamesinin For hukukunun "yedek olma vasfından" kaynaklandığı'na yabancı hukukun uygulanması ile varılacak sonucun farklı olacağı'nın kanıtlanmaması durumunda bu metodun işleyeceğine dair, Fransız Yargıtay Kararı: 16 Kasım 1993 tarihli *Rev. Crit.* 1994, 332-333, Yorum, P. LAGERDE, 335-337.

14 *Rev. Crit.* 1999, 702.

15 Fransız Medeni Kanununun 1385. maddesi şöyledir: "Bir hayvan sahibi veya onu kullanan kişi, hayvandan yararlandığı süre zarfında, hayvanın verdiği zarardan, hayvan o sıra denetim altında bulunmakta ise veya elinden kurtulmuş olsa da, sorumludur" (responsible). Belçika Medeni Kanununda ise "kusurlu ise"(fautif) tabiri kullanılmıştır.



bir özel çıkarlara ilişkin bir ihtilaftır ve sadece budur<sup>16</sup>.

Fransız doktrininde, yasalar çatışmasının bir özel çıkarlar çatışması olduğu görüşü kabul edilmekte ise de, bu ihtilâfın bir “hakimiyetler ihtilâfı” kabuğuna büründüğüne dikkat çekilmektedir; her ne kadar “équivalence”, doğrulanmaya çalışıldığı bir hukuki ilişki tarafları hakkındaki yasalar çatışmasında eritmek isteniyorsa da, bu kararın münhasıran madde itibari ile ve de somut olarak devletlerin yetkilerine ilişkin ihtilâfta hiçbir etkisi yoktur<sup>17</sup>.

Olayda Fransız Yargıtayı'nın bu doktrini reddettiği görülmektedir; belki denebilir ki olayda kararın gerekçesi, *genel olarak*, bu konudaki milletlerarası bir sözleşmenin (Trafik kazalarına ilişkin 1971 Lahey Sözleşmesi) yetkili kıldığı bir kanunlar ihtilâfı kuralına dayanmaktadır. Ancak her ne kadar olayda “sahte ihtilâf” (*faux conflit*) denen, “équivalence” (eş değer olma) kavramının yeni bir türünün bahis konusu olduğu kabul edilmekte ise de, bunun yasalar çatışması kuralını, hatta olayda yabancılık unsuru davanın görülmesi esnasında zühur etmiş olsa da, bertaraf edemeyeceği, dolayısı ile, kararda, yasalar çatışması kuralının işlevinin doğrudan ihlal edilmiş olduğu, vurgulanmış ve Fransız içtihadının, haksız fiiller konusunda, yasalar çatışması kuralının “équivalence” kavramı ışığında az çok bu yönde saptandığı, ifade edilmiştir<sup>18</sup>.

Fransız içtihadının, yukarıda işaret ettiğimiz yeni son kararlarından ikincisi, “proximité” (yakınlık) ilkesine dayalı, milletlerarası haksız fiillere ilişkin kararıdır<sup>19</sup>.

Karara konu olan şöyle gelişmiştir : Bir İngiliz şirketinin, Kuzey Denizi'nde petrol sondajı için kullandığı platformun batması sonucu, Fransız imalatçı şirket aleyhine, Fransa'da açtığı akdi sorumluluk davası, “sözleşmenin tâbi olduğu İngiliz hukukuna göre zamanaşımına uğramış olduğu ve İngiliz hukukundaki zamanaşımının usule ilişkin olması nedeniyle, vasıflandırmadan kaynaklanan atfın, akitlerde ira-

<sup>16</sup> Kararın yorumunda , MUIR - WATT, *Rev. Crit.* 1999, 702-703.

<sup>17</sup> M.C. DAVID, “*La loi étrangère devant le juge du fond*”, DALLOZ, 1965, naklen, *Rev. Crit.*, 1999, 703.

<sup>18</sup> *Rev. Crit.* 1999, 707. (Yorum).

<sup>19</sup> 11 Mayıs 1999 tarihli kararı *Rev. Crit.* 2000, 199-206.



de muhtariyetine dayalı yasanın münhasır yetkisinin her türlü atfı dışladığı gerekçeleri ile reddedilmiştir<sup>20</sup>. İngiliz şirketi bu sefer başvurusunu haksız fiil sorumluluğuna dayandırarak, diğer bir İngiliz şirketine karşı (imalat sertifikası tevdi eden), imalatçılara İngiliz hukukunun öngördüğü sertifikaları tevdi etmeden sonuncular nezninde yükümlü bulunduğu kontrol görevini kötü kullandığı gerekçesiyle tazminat davası açıyor ve denetimin kısmen Fransa'da da icra edildiği gerekçesinden hareketle, Fransız hukukunun uygulanmasını talep ediyor.

Paris İstinaf yargıçları, zararın İskoç hukukuna tâbi Kuzey Denizi'nde meydana geldiği dolayısıyla durumun Birleşik Krallık ile en sıkı irtibat içerisinde bulunduğu gerekçesi ile İskoç hukukunu uyguluyorlar ve bu hukukta yer alan, taraflar arasında yeterli bir "proximité"nin (yakınlığın) bulunmadığının tespitine dayanarak, davalının sorumlu bulunmadığına hükmedip, davacının başvurusunu reddediyorlar.

*Fransız Yargıtay'ı* yapılan temyiz itirazını şu gerekçelerle reddediyor:

*"Davalı İngiliz (Lloyd's Register) şirketi denetim görevini, Fransa'da olduğu gibi, aynen Londra, Belçika ve Almanya'da yapmakta olup, zarar doğuran olayın birden çok ülkede vuku bulması durumunda, olayın en sıkı ilişki içerisinde bulunduğu ülke hukukunun gözetilmesi gereğinden hareketle, tarafların çoğunlukla İngiliz şirketi oluşu, aktilerinde bu hukuka yer vermiş olmaları ve davalı şirketin denetim sertifikası verebilmesi için Britanya Vergi Bakanlığı tarafından yetkilendirilmiş bulunduğu gibi faktörler göz önünde tutulduğunda, Britanya dışında meydana gelen haksız fiil unsurlarının bazılarının sonucu saptamaya yeterli bulunmadığı dolayısıyla İstinaf yargıçlarının İskoç yasasını zararın meydana geldiği yer olarak doğru saptadığı, diğer yandan, davalı şirketin haksız fiil sorumluluğunun dolayısıyla tazminat yükümlülüğünün yetkili hukuk tarafından "taraflar arasında yeterli yakınlığın bulunması" (proximité ilkesi) gibi bir koşula bağlayan hükmünün Fransız milletlerarası kamu düzenine aykırı bulunmadığı göz önünde tutularak" İstinafin kararının onaylanması uygun görülmüştür.*

Bu kararda, haksız fiile ilişkin olayın birden çok ülkede meydana gel-

<sup>20</sup> Fransız Yargıtay'ının 1997 tarihli kararı, *Rev. Crit*, 1997, 202.



miş olması durumunda zarar doğuran olayın en sıkı irtibatlı olduğu ülke bağlantısının saptanmasında “*en yakın ilişki içerisinde bulunma*” (proximité) kavramının, Fransız içtihadında ilk defa kullanılmış olması, Fransız doktrinini bunun yorumuna yönlendirmiştir<sup>21</sup>.

Yakınlık (proximité) prensibinin kullanım biçimi hakkında saptamaların iki yönden yapılabileceği ifade edilmiştir; bu kavram, ya *haksız fiil sorumluluğuna uygulanacak yasa hakkında kullanılır*, ya da aynı zamanda *sorumluluğun menşesinde bulunan olaya ağırlık verilebilir* (böyle bir davranıştan böyle bir zarar doğmuş olması).

*İlk anlamda* “yakınlık ilkesi”, sorumluluğu doğuran borç ilişkisinin en sıkı ilişki içerisinde bulunduğu ülke yasasının tanımlanması unsurudur, aynen müşterek ikametgâh, ya da mutad mesken bağlantılarında olduğu gibi. Dolayısıyla bahis konusu prensip “kanunlar ihtilafı kuralının kalbi durumundadır”; bu kuralın öngördüğü *bir bağlanma unsurudur*.

*İkinci anlamda*, “proximité” kavramı, zarar doğuran olayın mümkün, hangi ölçüde hukuki sonuçlar doğurduğunu sorgular; soru şu: maddi bir olay hukuki bir olaya dönüşebilir mi, yoksa hukuk açısından lâkayt kalabilir mi?

Olayın gerçekleştiği ülke yasasının ilk aşamada tabii olarak karar vermesi doğaldır. Bağlanma unsuru zarar doğuran fiilin meydana geldiği yerdir. Buna rağmen, zarar doğuran fiilin olay iki asli unsurunun, haksız fiil olayı ve zararın mekan içerisinde dağılmış olmaları sonucu, bu yerin saptanması zorlaşabilir; bunlar nasıl bölünebileceklerdir?

İşte burada “proximité” prensibi *müdahale eder*, birinin diğerine tercih edilmesini, başka bir deyişle *zarar doğuran olayın mekânlaştırılması için*. Bu uygulamada “proximité”, bir bağlanma unsuru değil, fakat karmaşık olup, bir zarar doğuran olay durumunda, bir *bağlanma unsurunun saptanması usulü (prosedürü) dür*, aynen çok vatandaşlık durumunda, “fiili vatandaşlık” kavramına başvuru metodunda olduğu gibi.

Doktrinde, üzerinde durulan kararda, bu ikinci rolü ile, “yakınlık” (proximité) prensibinin kullanıldığı ifade edilmiştir. Paris İstinaf

21 BISCHOFF, *Rev. Crit.* 2000, 201-206.



Mahkemesi, kararında, zarar yeri yasası lehine *sıkı irtibat karinesini* kullanmış ve “*yakınlık ilkesi*” ile bu karene tespit edilmiştir. Fransız Yargıtay’ı açısından ise, haksız fiil yeri ve zarar yeri, yetkili hukukun saptanması açısından eşit değere sahip olmalarına karşın, *biri, diğeri lehine bertaraf edilerek*, “*yakınlık*” ilkesi bu amaca ulaşılma için kullanılmıştır. Dolayısıyla, “*yakınlık*” (proximité) kavramı (prensibi) *uzlaştırıcı bir istisnaya dönüşmüş olup*, “*proper law*”a kayma yoktur ve zarar yeri yasasının yetkisi ile herhangi bir “*ambiguité*” (çağrışım) bulunmamaktadır<sup>22</sup>.

## II. Fransız İçtihadında Milletlerarası Kamu Düzeni Kavramı ve Milletlerarası Haksız Fiil İhtilaflarında Uygulanması

### 1. Kavramın Genel Tanımlanması

Fransız hukukunda “milletlerarası kamu düzeni” kavramı, iç hukuktaki, kamu düzeni kavramından tamamen farklı bir tanımlama ve içerik ile yer almaktadır; her iki kavramın karıştırılması nedeni, doktrinde özel bir terminolojinin bulunmamasına bağlanmıştır<sup>23</sup>. İki anlamlı olan bu kavram her hukuk düzeninde bulunmakta ve Fransız Medeni Kanununun 6. maddesindeki “*kamu düzeni veya ahlâk kurallarına aykırı sözleşme yapılamaz*” hükmü ile bu hukukta da yerini almış bulunmaktadır. Fransız iç hukukunda kamu düzeni, medeni hukuk doktrini tarafından tamamlayıcı yasalar karşısında “*emredici yasalar*” olarak tanımlanmış ve bu esastan hareketle ve benzer muhakeme tarzı ile, değindiğimiz terminoloji eksikliği nedeni ile, içtihat bir mahkeme tarafından veya sonuncunun yargı alanı içerisindeki kaza çevresinde, münhasıran uygulanan yasaları, tüm yabancı yasaları bertaraf edercesine, aynen iç hukuktaki 6. madde anlamındaki kamu

<sup>22</sup> Fransız içtihadında, haksız fiiller kapsamında mütalâa edilen, milletlerarası haksız rekabete ilişkin ihtilaflarda, karşılaştırmalı hukukta, “*etkilenen Pazar*” görüşü hâkim olmasına karşın, Fransız uygulamasında, haksız fiil kurallarından hareketle, “*lex loci delicti*” ya da zarar yeri yasalarına yer verilmiştir. Fransız Yargıtay’ının 14 Ocak 1997 tarihli kararı Gordon v. Breach Davası, *Rev. Crit.* 1997, 505-517.

<sup>23</sup> BATIFFOL, *Traité de DIP*, 1981, Cilt I, 422; yazarlar “*milletlerarası açılarından kamu düzeni*” deyimini önermektedirler; aynı yönde LOUSSOUARN B. *DIP*, 1993, 268, dn.2.



düzeninden sayarak, milletlerarası hukukta da uygulamıştır<sup>24</sup>.

Fransız milletlerarası hukukunda kamu düzeni şöyle değerlendirilmektedir: *bu kavram, milletlerarası işbirliğinden hareketle, uluslararası zorunluluklar göz önünde tutularak, For'un yetkili kıldığı yabancı yasalarla, uyumun sağlanması amacı ile, dışlayıcı değil, bilakis iç sistemi, milletlerarası yasanın koşulları ile uyumlaştırmayı hedef alarak, bir anlamda, yabancı otoritenin kurallarının ve kararlarının, gerektiğinde tashihini sağlayan bir uygulamayı öngörür*<sup>25</sup>. Bu tanımlamadan hareket eden Fransız Yargıtay'ı, esas yargıçların iç kamu düzeninden hareketle, verdikleri milletlerarası haksız fiile ilişkin pek çok kararını iptal etmiştir.

## 2. Milletlerarası Kamu Düzeninin Haksız Fiil İhtilaflarında Uygulanması

Fransız Yargıtay'ının, milletlerarası kamu düzeni uygulaması, genelde, trafik kazalarına ilişkin haksız fiil ihtilâflarındaki içtihadı ile oluşmaktadır. Nitekim Fransız hukukunda kara vasıtalarının sebep oldukları kazalarda, kaza kurbanlarının, yakınlarının uğradıkları zararların tazminine ilişkin bir yasa yürürlüğe girmiştir.(5 Temmuz 1985 tarih ve 85, 677 sayılı metin için bkz, Code Civil, s. 996-997).

Bu konuda Fransız Yargıtay'ı ilk kararını *Lautour* olayında vermiştir; hatırlayacağımız gibi, İspanya'da meydana gelen trafik kazasında, taraflar Fransız vatandaşı olup, davacı bu ülke mahkemesinde açtığı tazminat davasında, Fransız yasasının ilgili haksız fiil maddelerine dayanarak, talepte bulunmuştu; davalının haksız fiilin ve zararın vuku bulduğu yer olarak İspanyol yasasının uygulanması gereğine dayalı savunması, İstinaf yargıçları tarafından reddedilmesine karşın, Fransız Yargıtay'ı, milletlerarası kamu düzeni kavramına dayanarak, kararı bozmuştur: "*Savunma yararsız bir şekilde 1384. maddenin (haksız fiil sorumluluğuna dair) emredici karakterini iddia etmektedir, iç kamu düzeni, kaza anında kullanılan şeyler hakkında Fransız toplumu nazarında, milletlerarası açıdan mutlak değeri haiz olan adalet prensiplerinin bahis konusu edilemeyeceği koşulu ile, ancak uygulanabilir, olayda ise bu koşul gerçekleşmemiştir*".

<sup>24</sup> Fransız Yargıtay'ının 12 Şubat 1957 tarihli kararı, *Rev. Crit.* 1957, 297-298.

<sup>25</sup> BATIFFOL, *Rev. Crit.*, 1949, 154.



Doktrinde bu kararın, Fransız içtihadında ilk defa kamu düzeni istisnasının içeriğini açıkladığı ifade edilmiştir<sup>26</sup>.

Fransız içtihadının diğer kararları, bir yandan “zararın tazmin miktarının saptanmasının” diğer yandan ise, 1971 tarihli *Lahey Sözleşmesinin* ilgili maddelerinin olayda *re’sen uygulanmasının* milletlerarası kamu düzeni kavramı açısından değerlendirilmesine ışık tutmaktadır.

İlk kategoride yer alan kararlar Fransız içtihadının, değindiğimiz *Kieger c. Amigues (1967)* ve *Thomas c. Cie. Allegmeine (1969)* davaları nedeni ile verilmiştir.

*Kieger* davasında, Federal Almanya’da meydana gelen trafik kazasında davacı, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Yetkili haksız fiil yasası olan, Alman Yasası ise, manevi tazminata yer vermektedir. (Almanya Giriş Yasası m.40(3) 1,2)<sup>27</sup> *Paris İstinaf Mahkemesi*, “Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin yasaların amacının zarar göreni korumak olması nedeni ile, Fransız Medeni Kanunu’nun 3/1. maddesi anlamında *asayiş ve emniyet yasası vasfı ile Fransız milletlerarası kamu düzeninden* sayıldığı esastan hareketle, manevi tazminatı reddeden haksız fiil yeri yasasının, Fransız hukukunun temel prensipleri yerine ikame edilemeyeceğine” karar vermiştir<sup>28</sup>.

Fransız Yargıtay’ı bu kararı bozmuştur: “Yetkili yasanın manevi tazminata yer vermemiş olması, iç haksız fiil kurallarına uygun olmasada, bu durumun, milletlerarası kamu düzeni anlamında, kamu düzenine aykırılığı mütalâa edilemez, dolayısıyla normal yetkili yasayı bertaraf edemez”<sup>29</sup>.

Görülüyor ki, Fransız içtihadında, zarar görenin korunmasının, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kuralların cevherini oluşturmasına karşın, bu korumanın tazminat borcundan öte gitmediği, dolayısıyla zarar görenin ya da yakınlarının sorumlu tarafından kısmen, sınırlı olarak maddi zararlarının (hasarlarının) karşılanmasının milletlerarası kamu düzeni kavramı kapsamında mütalâa edilmediği, görülmekte-

<sup>26</sup> BATIFFOL, dn.25, 89.

<sup>27</sup> *Rev. Crit*, 1999, 871.

<sup>28</sup> 2 Ekim 1963 tarihli karar için bkz *Rev. Crit*, 1964, 332.

<sup>29</sup> 30 Mayıs 1967 tarihli karar için bkz. *Rev. Crit*, 1967, 729.



dir. Ancak bizatihi tazminat hakkını esastan reddeden, bu temel prensibe aykırı yabancı yasaya, For'un kamu düzeninin müdahalesi olumlu görülmektedir<sup>30</sup>.

İkinci kategori kararlar, trafik kazalarına ilişkin Lahey Sözleşmesinin ilgili maddelerinin re'sen uygulanması tartışmasına yol açan içtihadada dairdir.

Bunlardan ilki, iki Türk vatandaşı arasında Türkiye'de cereyan eden bir trafik kazasında, Fransa'nın Lyon kentinde mutad meskeni bulunan, sürücü Bay Aydoğan'ın, Fransa'da tescil edilmiş olan otomobilinde bulunan ve aynı Fransız kentinde mutaden oturmakta olan Bay Avcı, şoförün kontrolünü kaybetmesi sonucu yaralanıyor (Ekim 1985) ve sürücüye ve sigortacısına karşı Fransız mahkemesinde tazminat davası açıyor (Şubat 1989). Fransız İstinaf Mahkemesi, Fransız Medeni Kanunu'nun 3. maddesine göre yetkili görülen Türk hukukunun (Türk Borçlar Kanunu m.60 ve Kara Yolları Trafik Kanunu m.109) uyguluyor ve ilgili maddelere göre *iki yıllık zaman aşımı süresinin*<sup>31</sup> geçtiği ve bu kısa zaman aşımı süresinin Fransız milletlerarası kamu düzenine aykırı olmadığı, gerekçesi ile talebi reddediyor.

Kararı temyiz eden davalı, dilekçesinde "İstinaf Mahkemesinin, iki yıllık zamanaşımı süresinin neden Fransız milletlerarası kamu düzenini ihlal etmediğini açıkça saptaması gerekirken, sadece bu hususu beyan etmekle yetinmesi, Fransız Medeni Kanunu'nun 3. ve 2270-1. maddelerine aykırıdır demekle iktifa etmemesi, gereğini vurgulamıştır.

Fransız Yargutay'ının kararı şöyledir: "*Türk Kanununa göre yolcunun kaza nedeniyle aldığı yaralarından ötürü maddi zararlarının tazmini talebine ilişkin davasını zarara, failine ve bunun sigortacısına, ıttila tarihinden itibaren iki yıl içerisinde açılması gerektiğine göre, İs-*

<sup>30</sup> BOUREL, P. *Rev. Crit.*, 1967, 732.

<sup>31</sup> Kara Yolları Trafik Kanunu (Kanun no:2918 Kabul Tarihi 13.10.1983) madde 109: Motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde, kaza gününden itibaren on yıl içinde zamanaşımına uğrar. Fransız Medeni Kanununda ise, "haksız fiil sorumluluğuna ilişkin davalarda, sadece on yıllık bir zamanaşımı zararın vukuundan itibaren öngörülmüştür. m. 2270-1.



*tinaf Mahkemesi isabetle, bu kuralın Fransız milletlerarası kamu düzenine aykırı olmadığına karar vermiştir*"(5 Ocak 1999)<sup>32</sup>.

Doktrinde bu karar, kazanın Türkiye'de vuku bulmuş olmasına karşın, 1971 tarihli Lahey Sözleşmesinin 4. maddesine göre, olaydaki yegane aracın sadece Fransa'da tescil edilmiş bulunması ve başkaca bir aracın da bahis konusu edilmemesi nedeniyle yaralanan yolcuya karşı haksız fiil sorumluluğunun bahis konusu Sözleşmenin 4. maddesine göre, Fransız yasasına göre saptanması gerektiğine işaret edilerek tenkit edilmiştir<sup>33</sup>. İstinaf mahkemesi Sözleşmeyi, Türkiye'nin taraf olmadığı gerekçesi ile göz ardı etmiştir. Ne var ki, Sözleşmenin (Lahey), yetkili yasanın taraf olmayan ülke hakkında da uygulanacağına dair hükmü (m.11) gözden kaçırılmış ve *Fransız Yargıtay'ı sırf hukuk alanındaki delillere ilişkin saptamaları re'sen nazara alabileceğine dair yetkisini, bu konuda kullanmamıştır*<sup>34</sup>.

*Buna karşın yine trafik kazasının bahis konusu edildiği diğer bir kararında Fransız Yargıtay'ı, yetkili hukukun re'sen uygulanmasında Lahey Sözleşmesi muvacehesinde kontrolünü icra etmiştir*<sup>35</sup>. Olay şöyle cereyan etmiştir. Fransa'da tescil edilmiş bir otomobil yolcusu olan Fransız bir bayan, aracın İspanya'da bu ülkede tescil edilmiş diğer bir araçla çarpışması sonucu yaralanıyor.; açılan tazminat davasında *Fransız İstinaf Mahkemesi* tazminata hükmetmek için, Trafik Kazalarına dair 1971 tarihli Lahey Sözleşmesinin 3. maddesinde gösterilen yetkili yasanın, aynı sözleşmenin 10. maddesine göre, "şayet kamu düzeni ile bağdaşmıyorsa bertaraf edilebileceğine" dair kuralını göz önünde bulundurarak, olayda uygulanan 5 Temmuz 1985 tarihli *Fransız trafik yasasının aşikâr olarak kamu düzeni karakterli olmasının ciddi herhangi bir itirazla karşılaşmaması nedeniyle, Fransız yasasını uygulayarak karşı tarafı ve İspanyol sigortacısını tazminata mahkum ediyor.*

<sup>32</sup> *Rev. Crit.* 1999, 297-298; Fransız Yargıtay'ı, 15 Mayıs 1994 tarihli kararında da, kara yollarına ilişkin Alman Yasasının üç yıllık zamanaşımı süresini de kamu düzenine aykırı görmemiştir. *Clunet*, 1995, 122. İstinaf mahkemelerinin bu konuda yargıtay'ın görüşünü benimsedikleri görülmektedir.

<sup>33</sup> LAGARDE, P. *Rev. Crit.*, 1999, 299.

<sup>34</sup> *Rev. Crit.* 1999, 299 ve oradaki Fransız doktrinine göndermeler.

<sup>35</sup> 6 Temmuz 1990 tarihli Karar için bkz, *Rev. Crit.*, 1991, 354-355.



Yargıtay ise “ Bu kararın, İspanyol yasaının yegane yetkili yasa olmasına karşın, esas yargıçların ileri sürdükleri gerekçelerle, bu yasanın milletlerarası anlamda kamu düzenine ne ölçüde aşikâr olarak aykırı bulunduğunu yeterince araştırmadan karar vermiş olmaları nedeniyle öngörülen metinler muvacehesinde kararın hukuki dayanaktan yoksun olduğunu kararlaştırmıştır.

Görüldüğü gibi, Fransız Yargıtay’ı bu kararında 1983 tarihli Yasa’nın “milletlerarası kamu düzeni” kavramı karşısında, 1971 tarihli Lahey Sözleşmesinin 10. maddesindeki kamu düzeni engellemelerine maruz kalabilme olasılığını, olumsuz bir sonuca bağlayarak, çözümlenmiş bulunmaktadır. Fransız hukukundaki, daha önce de değindiğimiz bu Trafik Yasası, aşikâr bir şekilde, öngördüğü haksız fiil koşullarını, kusur karinesini, tazminat hakkını, temel haklar kategorisine yükseltmekte, tazminat ile sigortacı arasında ağırlıklı bir ilişki kurmaktadır.(Yasa m.2-6) Buna rağmen, Yargıtay, bu Yasanın alt mahkemeler tarafından Sözleşme kurallarının kolayca bertaraf edilebileceği “ emredici kurallar” kademesine çıkarılmasını, 1971 tarihli Sözleşmenin 7. maddesinde kaza anında ve yerinde emniyet ve trafik kurallarının göz önünde tutulmasına ilişkin yükümlülüğe rağmen, sadece sorumluluğun takdirinde bu hususun, mütalâa edilebileceği gerekçesi ile engellemiştir.

Fransız doktrininde, Yargıtay’ın bu uygulaması olumlu karşılanırken, 1971 tarihli Lahey sözleşmesinin (Trafik Kazalarına dair) 10. maddesinin hükmü gereği, For’un temel prensipleri ile normal yetkili yabancı yasanın hükümleri arasındaki kamu düzeni açısından ancak aşikâr bir uyumsuzluğun bulunduğu durumlara yetkili yasanın bertarafının inhisar ettirilmesi, adı geçen sözleşmenin kamu düzenine karşı hususmetinin belirtisi olarak algılanmıştır<sup>36</sup>.

### Sonuç

Fransız milletlerarası haksız fiillere ilişkin Fransız içtihat ve doktrinine dayanarak yaptığımız açıklamalar, bu alanda milletlerarası özel hukuk kurallarının, Fransız içtihadı ile oluştuğunu göstermektedir. Başlangıcı Lautour kararına dayanan (1948) ve “lex loci delicti” kuralının oluşması ile başlayan bu gelişme, zamanla yasalar çatışma-

<sup>36</sup> Rev. Crit. 1991, 364 ve orada yer alan yargıtay kararları.



sı kurallarının tesbitinde, bazen *milletlerarası sözleşmelerden* ve de “*re’sen uygulama*” yükümlülüğünden sapma göze alınarak, özellikle “ *tarafların serbestçe tasarruf edebildikleri hakları*” konusunda, tarafların müşterek milli kanununun “*yabancı hukukun ileri sürülmediği*” desteğinden de yararlanılarak uygulandığı görülmektedir<sup>37</sup>. Son yıllarda ise, Fransız doktrininin milletlerarası haksız fiiller alanında Fransız Yargıtayı’nın yeni bir uygulaması olarak değerlendirildiği kararında, “*Lex Fori*” ile olayda yer alan yabancı yasanın “*eş değerde olmaları*” (*lois équivalentes*) prensibinden hareketle, normal yetkili yasadan feragat edilmiştir<sup>38</sup>. Nihayet, Fransız içtihadı, haksız fiil olaylarının *birden çok ülkeye dağılmaları durumunda* “*yakınlık*” (*proximité*) prensibinden yararlanarak, bu kavramı “*bir bağlanma unsurunun usulü (prosedürü)*” olarak algılamış ve yetkili yasayı saptamıştır<sup>39</sup>.

Özetlediğimiz bu yasalar çatışması kurallarının içeriğinin ispat yükümlülüğü konusunda da, Fransız içtihadında normal prosedüre yönelme yolunda bir gelişme olmuş ve *Lautour* kararı ile tazminat talebinde bulunan davacıya yüklenen ispat yükümlülüğünün, bu konuda haksız fiil yasının yetkisini ileri süren davalıya aidiyeti kabul edilmiştir<sup>40</sup>.

Nihayet Fransız içtihadının önemle üzerinde durduğu “*milletlerarası kamu düzeni*” kavramının, iç kamu düzeninden tamamen farklı bir tanımlama ve içerikle saptandığı, “*milletlerarası işbirliğinin gerçekleştirilmesi*” amacının esas olarak hedef alındığı ve yabancı yasaların bu yoldan dışlanması, esas mahkeme yargıçlarının kararlarının iptali yolu ile önlendiği görülmektedir. Bu açıdan *bu kavram, diğer karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleri açısından, kendine özgü bir nitelik taşımaktadır*<sup>41</sup>.

Sonuç olarak, denebilir ki, pozitif D.Ö.H düzenlemelerinin, bu konudaki yasalar çatışması kuralları ile de kısmen çağrışım yapan Fransız içtihadının, kendine özgü bir oluşum içerisinde bulunduğu, değişik kavram ve prensiplerinden hareketle, bağlanma noktalarının saptama-

<sup>37</sup> *Rev. Crit.* 1999, 707-708.

<sup>38</sup> 13 Nisan 1999 tarihli karar için bkz. *Rev. Crit.* 1999, 698-699.

<sup>39</sup> *Rev. Crit.* 2000, 201-206.

<sup>40</sup> *Rev. Crit.* 1994, 335.

<sup>41</sup> Karşılaştırma için bkz. NOMER E., D.H.H., 10. Bası, 2000, s.147.



