

ÂMME İNTİZAMI VE TESİRLERİ (BİR ÖZET)

Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ

I. GİRİŞ

Hukuk tahsilinin ilk kademelerinden itibaren karşımıza çıkan âmme intizamı tabiri Hukuk ilminin belki en çok kullanılan ve fakat aynı zamanda mana ve mahiyeti ve şümül sahası hakkında sarih bir fikir edinilmeyen büyük bir kavramdır.

Medeni Hukukta Şahsın hukuku, Aile hukuku Miras ve Aynî haklar bahisleri âmme intizamı ile yakından ilgilidir. Medeni haklardan istifadeden kısmen olsun feragat, rızaî boşanmaya dair mukavéle, mahfuz hisseyi kaldıran bir vasiyet, gayrimenkul bir malı iktisap için kanundaki iktisabi mürurzamanı uzatan bir anlaşma âmme intizamına mugayır olduklarından batıldır.

«Bir akdin mevzuu kanunun gösterdiği hudut dairesinde serbestçe tayin olunabilir. Kanunun kati surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalif, ahlâka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir» diyen Borçlar Kanununun 19. maddesi mukavelelerde âmme intizamının önemini gösterir.

Hukuk Muhakeme Usulümüz bize amme intizamı definin her an ve hatta ilk defa temyiz mahkemesinde dahi ileri sürülebileceğini öğretir.

Burada âmme intizamı mefhumu ile ne kastedildiğini araştırmak iktiza eder. İnsanlar cemiyet halinde yaşarlar, cemiyetin kanun ve nizamları, örf ve âdetleri o cemiyetin hukuk kaideleridir. Hukuk kaideleri cemiyette sulh ve nizam temin etmek gayesiyle vazedilmişlerdir. Âmme intizamı kaideleri de aynı gayeyi güttüklerinden, ilk bakışta bunların hukuk kaidelerinden başka başka şeyler olmaması gerekir. Devletin bekâ ve selâmetini ve halkın huzur ve sükûnunu temin için kanun koyucunun vazettiği kanun ve nizamlarla hâkimin âmme intizamını ileri sürerek ver-

diği kararlar arasında gaye bakımından hiçbir farkın bulunmaması icabeder. Fakat meseleyi biraz derinden tetkik edersek başka bir neticeye vasıl oluruz. Filhakika fertler arasındaki münasebet kaidelerini misal alacak olursak bunları tedvin eden kanun koyucunun, örf ve adetleri yaratan cemiyet hayat ve şuurunun ilham ve kuvvet aldıkları kaynakların aynı olmadıklarını görürüz. Bu kaynaklardan bir tanesi cemiyetin umumi ve birinci derecedeki menfaatleridir. Bunlar herkese şâmil umumi kanun ve nizamlar vaazını icabettirir. Hukuk kaidesinin diğer kaynağı, Kanun koyucunun fertler arasında husule gelebilecek her nevi münasebeti tanzim etmek imkansızlığıdır. Bu imkansızlıktan ikinci derecede addolunabilecek hukuk kaideleri doğar. İkinci dereceye koyduğumuz bu hükümler fertlere aralarındaki münasebetler için muayyen bir serbesti bahşeder ve bu serbesti fertlere iradeleriyle hukuk kaideleri yaratma fırsatı verir. İşte iç hukukta âmme intizamı kanun koyucunun veya örf ve adetin vazettiği umumi hükümlerle fertlerin iradeleriyle yaratılan ikinci derecede veya özel hükümler arasındaki ihtilâfta bahis konusu olur.

İç hukukta âmme intizamı, fertlerin ta başlangıçta yapmağa mezun oldukları tasarruflarla cemiyetin esas kanunları arasında bir ihtilâfı tazammun eder. Âmme intizamı kavramı bu ihtilâfı halletmeğe, ne gibi hallerde umumi hukuk kaidesinin ikinciye takaddüm edeceğini tesbit etmeye yarar.

Bu tetkikten anlaşılacağı üzere Hukuk kaidesi ile âmme intizamı aynı kavramlar değildir. Hukuk kaidesi cemiyetin beka ve selâmetini fertler arasındaki münasebetleri temin ve tanzim eder. Âmme intizamı ise hususi hayatın tamamen tedvin ve tanzimi imkânsız olan binbir tezahürünü, cemiyetin nazım ve esas kaidelerine intibak ettirmeğe yarar. İç Hukukta âmme intizamı tâbirinin kullanılması hayli eskidir. 1804 tarihli Fransız MK. buna delildir.

Devletler Hususi Hukuku yabancı unsuru muhtevi bir hukuki münasebete hangi kanunun tatbik edileceğini de gösterir. Bu ya kanunlar ihtilâfı kaidelerine göre ihtilâfın hallinde selâhiyetli yabancı olan kanun veya hakimin kanunu (lex fori) dir.

Selâhiyetli yabancı kanun mutlak tatbik edilir mi? Doktrinde ittifakla kabul edildiğine göre selâhiyetli yabancı kanunun gayesi ve ideali tatbik olunacak memleketin hukuki anlayış ve düşüncesine aykırı olsa bile mahalli âmme intizamını ihlâl etmedikçe tatbik olunur. Şu halde Devletler Hususî Hukukunda âmme intizamı tabiriyle normal olarak devletin kanun-

lar ihtilâfı kaidelerine göre selâhiyetli olan yabancı kanunun içtimai emniyeti muhafaza mülâhazası ile tatbik edilmemesi kastedilir. Burada karşılaşan millî kanunla yabancı kanundur. Âmme intizamı bu ihtilâfı hal leden kaidedir.

Devletler Hususi Hukukunun hiçbir meselesi âmme intizamı kadar zıt fikirlere sahne ve münakaşalara sebep olmamıştır. Âmme intizamı kavramı Devletler Hususi Hukukuna müteallik eser yazmış her müellif tarafından hemen ayrı bir şekilde kullanılmıştır. Halbuki âmme intizamı Devletler Hususi Hukukunun sinir sistemi mesabesindedir. Zira herhangi bir Devletler Hususi hukuku meselesine temas edilince ekseriya âmme intizamında temas olunmuş demektir.

Âmme intizamının ismi, şartları, sahası, tesirleri hep münakaşa mevzuu olmuştur. Terminoloji ve metotta ahensizlik barizdir.

Âmme intizamı için Savigny (katiyetle mecburi mahiyette olan kanunlar) Laurent ise (Cemiyetin hukuku) tabirlerini kullanmışlardır. Bugün ençok kullanılan tabirler Türkçede Âmme intizamı veya kamu Düzeni Fransızcada *Ordre Publique* İngilizcede *Public Safety*'dir.

II. Amme İntizamının Mahiyeti ve Sahası

Devletler Hususi Hukukunda daha Statü nazariyesinin menşesinde Postglassatörlerden Bartolus ve çağdaşları statü hükümlerini tecrübi olarak müsait (favorable) ve menfur (odieux) olanlar olmak üzere ikiye ayırmışlardı. Bartolus'a göre müsait hükümler şahsın menfaatine olduklarından onu ülke dışında takip edecekler, buna mukabil camiyetin menfaatine olan diğerleri ise ülkede kalacaklardı. İşte statücüler müphemde olsa Devletler Hususi Hukukunda âmme intizamına müteallik ilk fikri böylece ileri sürmüşlerdi. Fakat meseleyi anlayarak vazeden ilk müellif pek çok kimsenin yanlış bir şekilde iddia ettikleri gibi Savigny olmayıp Fransız âlimi Bouhier olmuştur. Bouhier XVIII. asırda müşterekı hukukun müfrit veya haksız kanunlarından bahsetmiş ve âmir hükümler ihtiva eden örf ve adetlerin hariçten gelecek örf ve adetlerin tatbikine mani olması gerektiğini söylemiştir. Savigny'den önce Amerikalı büyük hukukçu Story de 1834 de neşrettiği (kanunlar ihtilâfı) adlı eserinin 25. ve 32 paragraflarında âmme intizamını zikretmiştir. Sırası gelmişken işaret edelim ki, ilmimiz için Devletler Hususi Hukuku adını ilk defa Story bu eserinde kullanmış ve sonra bu ad evrensel bir tarzda kabul edilmiştir.

Savigny 1855 te neşrettiği Roma hukuku adlı eserinin sekizinci cildinin 349 ncu paragrafında âmme intizamını vazih bir şekilde olmamakla beraber tafsil etmiştir. Savigny burada âmme intizamına müteallik kanunların istisnâî bir mahiyet arzettiğini ve bunların sayılmasına girişilmemesini bunun hâkimin takdirine bırakılması icap ettiğini ileri sürmüştür.

Âmme intizamı kavramı yeni İtalyan mektebinde tam gelişim seyrini kazanmıştır. Bu mektebin kurucusu Mancini âmme intizamı kavramının bilimsel kuruluşunu yapan ilk büyük âlimdir. Mancini'ye göre kanunlar ihtilâfında prensip yabancı kanunların tatbikidir. Fakat bir yabancı kanunun mahalli âmme intizamının ihlâl etmesi halinde tatbik edilememesi, onun yerine âmme intizamı kanunlarının tatbiki istisna teşkil eder. Mancini; Savigny nazariyesinin hilâfına olarak âmme intizamı kanunlarının tadat edilmesi, hâkimin takdirine bırakılmaması lâzım geldiği fikrini müdafâ etmiştir.

Pillet nazariyesine göre âmme intizamı kanunları bir prensibin tatbikinden ibaret olup istisnâî değildir, yani âmme intizamı bir ihtilaf kaidesi meydana getirmektedir. Pillet'ye göre âmme intizamı genel kanunlardan başka bir şey değildir. Bir kanun sosyal gayesi itibariyle âmme intizamına müteferri ise geneldir ve buna karşılık genel olan bir kanun âmme intizamındandır. Diğer tabirle bunlar arasında uygunluk, tetabuk vardır. Âmme intizamı kanunu, yabancı bir kanunun tatbikine mani olan, yabancı bir kanunu âkim bırakan bir kanun değil, genel olmak itibariyle mülkî bir mahiyeti haiz olarak uygulanması lâzım gelen bir kanundur. Pillet, âmme intizamı kanunlarını sekiz zümreye ayırmaktadır. Bunlar âmme intizamı kanunları, şahsın emniyetine müteallik kanunlar, mülkiyet hakkındaki kanunlar, genel itibara müteallik kanunlar, cebri icra kanunları, malî kanunlar; ahlakî kanunlar ve intizam kanunlarıdır. Pillet nazariyesi şöyle tenkit edilmiştir: Bu nazariyede amme intizamı kavramı kanunların mülkiyeti prensibi ile karıştırılmıştır. Eğer bütün mülkî olan kanunlar aynı zamanda hem genel hem de âmme intizamından iseler bu takdirde sırf genel bir kanun olmasından dolayı esasen selâhiyetli olan mülkî kanunun selâhiyetini vücuda getirmek için âmme intizamı kavramına müracaat etmeğe, hem de bu kavrama Devletler Hususî Hukukunda diğerlerinden müstakil büyük bir mevki ayırmağa ne lüzum vardır?

Amme intizamından madut olan kanunları tadat etmek imkânsız olduğuna göre bunları saymağa kalkışmak doğru olmadığı gibi bir zümreye girer zannetmek de hatalıdır. Mahiyetleri veya gayeleri itibariyle âmme intizamından madut olması gereken kanunlar bulunsa ve bunlar

için muayyen bir tatbik sahası olsa idi âmme intizamı kanunlarına ihtilâf kaideleri arasında bir yer vermeğe lüzum olurdu halbuki âmme intizamı kanunu gayet müphem olduğundan kanunlara mevzu teşkil etmekten çok uzaktır.

Bineaneleyh âmme intizamı yeni bir ihtilâf kaidesi meydana getirmez, yalnız Devletler Hususi Hukukunun tatbikine mani olur. Âmme intizamı ile kanunlar ihtilâfı yani bir bağlama kaidesi arasındaki fark kendini şöyle belli eder: bağlama kaidesi ihtilâflı hadiselerden davanın açılmasına kadar olan zaman zarfında değişmiş olsa bile mahkeme davaya ihtilâf anında meri olan bağlama kaidesini tatbik eder halbuki âmme intizamı davanın görülmesi anına göre (tesbit edilir) rol oynar. Mesela Fransada 1884 e kadar boşanma ve 1912 ye kadar babalık davalarının açılması memnu idi. Bu tarihlerden sonra açılan ve bu tarihlerden evvelki hadiselere muzaf olan davalara Fransız mahkemeleri bakmışlardır.

Pillet nazariyesine yapılan diğer bir itiraz da şudur: Pillet'ye göre normal surette selâhiyetli kanun mahallî kanundur. Halbuki Devletler Hususi Hukukunda umumiyetle kabul edilen fikre göre normal olarak selâhiyetli olan ve tatbiki gereken kanun yabancı kanundur fakat içtimâî kötülüğün önüne geçmek için zarurî olan nisbet dâhilinde onun hüküm ve tesiri bertaraf edilmelidir.

Bartin, âmme intizamını hukukî iştirakin mevcut olmaması fikri ile izah eder. Bu hukukî iştirak mütearifesi Savigny'den beri revaçtadır. Kanunlar ihtilâfı için hukukî iştirakin mevcudiyeti şartı ileri sürülmektedir. Bilindiği gibi Savigny medeniyeti çok değişik bir memleketin kanunlarının tatbik edilemeyeceğini bildirmiş Avrupa hukuku iştirakinin ise hıristiyanlık ve Roma hukukundan ileri geldiğini belirtmişti.

Bartin (bir memleketin mahkemeleri tarafından kanunlar ihtilâfı kaidelerinin diğer bir devletin medeni kanunlarına az veya çok geniş miktarda, tatbiki bu ikinci devletin medeniyet derecesine tâbidir ve bu derece onun medeni kanunlarının ruhu ile ölçülür) demiştir.

Bu hukukî iştirak fikrine itiraz edilmiştir. Meselâ gayri sahih nesebin tashihini kabul etmeyen İngiliz kanunu medeniyetçe Fransadan pek de farklı olmayan bir devletin kanunudur denmiştir.

Mamafih müellifler genellikle hukukî iştirak fikrinin tesiri altında kalarak âmme intizamının sahasını üçe ayırmaktadırlar.

1 — Medeni seviyesi aynı olan milletlerce kabul edilen ve kardeşler arasında evlenme memnuiyeti gibi umumiyetle ahlâka ait kaideler,

2 — Aynı medeniyet seviyesinde olan milletlerce müştereken kabul edilmemiş olan fakat boşanmayı meneden kanunlar gibi bazı kanun koyucularca hakikî ahlâk düsturlarının tatbiki addedilen hükümler,

3 — Yukarıdaki kategorilere girmeyip faizin miktarı gibi cereyan ettiği memleketin hususiyetinden doğan kaideler.

Âmme intizamı kavramı zamana ve mekâna göre değişir. Yani memlekette memlekete geçebildiği gibi, bir memlekette de her zaman aynı kalmaz. Çünkü âmme intizamı kavramı bir memleketin sosyal ve hukukî telâkkisine sıkı sıkıya bağlıdır. Meselâ;

Türk Hukukunda çok karıalma (taaddüdü Zevcat) memnudur. Halbuki İslâm hukukunun cari olduğu memleketlerde taaddüdü zevcat tecviz edilmektedir. Hukukumuzda boşanma kabul edildiği halde İtalya, İspanya gibi memleketlerde boşanma mevcut değildir. İslâm Hukukunda evlat edinme müessesesi yoktur.

Bir memlekette zaman itibariyle âmme intizamının aynı olmamasına misal olmak üzere yukarıda bahsettiğimiz taaddüdü zevcat ı gösterebiliriz. Bir zamanlar poligami Türkiyede âmme intizamından addedilmediği halde, bugün addolunmaktadır. Bir zamanlar İspanyada boşanma âmme intizamına aykırı telâkki edilmediği halde bugün âmme intizamı mülâhazasıyla boşanma müessesesi ilga edilip yalnız ayrılık kabul edilmiştir.

Âmme intizamı telâkkisi zamanla değiştiği için bunun muhtevasını bir kanunla tayin de yine mümkün ve doğru değildir. Hiçbir memleketin kanunu ne gibi maddeleri âmme intizamından addettiğini tamamiyle beyan edemez. Onun içindir ki âmme intizamı telâkkisi hakimın takdirine bırakılmalıdır. Âmme intizamına mugayır yabancı kanunların tatbik edilemeyeceğini tasrih eden ve bu mefhumu hakimın takdirine bırakan kanunlara misâl olmak üzere Alman Medeni Kanununa Giriş kanununu, Polonya kanununu, Japon Kanunu, İsviçre Medeni Kanunun son babı, Macar Devletler Hususi Hukuku kanun projesi, Fransız Devletler Hususi Hukuku kanun projesi, Yunan Medeni kanununu ve bizim 1330 tarihli Ecneblerin Hukuk ve Vezaifi hakkındaki muvakkat kanunun 4 cü maddesi gösterilebilir. Buna mukabil Arjantin ve Nikaragua medeni kanunları gibi bazı güney ve orta Amerika kanunları âmme intizamına giren hususları hâkimin takdirine bırakmayıp tadat etmişlerdir.

Âmme intizamının fonksiyonu hususunda da doktrinde bir takım görüşler vardır. Prof. Lerebours-Pigeonniere'e göre âmme intizamı istisnasının iki fonksiyonu vardır. Bunlardan birincisi ittifak edilen bir düşünüş neticesi kabulüne imkân olmayan kölelik, poligami müesseselerini havi kanunlara karşı, diğeri ise haklarındaki reaksiyon muhtelif olup ittifak bulunmayan boşanma sebepleri, evlenmenin lâikleştirilmesi, nesebî gayri sahih çocukların neseblerinin tashihi gibi hususları ihtiva eden kanunlara karşı bir müdafaa tedbiri olmasıdır. Lerebours-Pigeonniere'e göre birinci halde tabî, hukuk ikincisinde ise Fransız medeniyetinin siyasal ve Sosyal temelleri müdafaa edilmektedir. Prof. Batiffol bu hususta daha da ileri giderek ne doğal hukuka ne de Fransız medeniyetinin siyasal ve sosyal temellerine taalluk etmemekle beraber sırf bazı teşriî siyaset sebebiyle âmme intizamının müdahalesini kabul etmektedir. Prof. Batiffol şu misali vermektedir: «Fransız temyiz mahkemesi babalık davası açılması için Fransız kanunundan daha uzun müddet kabul etmiş olan yabancı kanununu âmme intizamına aykırı addetmiştir.» Batiffol hiç kimsenin bir müddet tayininin doğal hukuka veya Fransız medeniyetinin siyasal ve sosyal temellerine taalluk edeceğini iddia etmeyeceğini belirtmektedir. Fransız Temyiz mahkemesi, Fransız teşriî politikasının babalık davasına düşman olduğunu düşünerek bu kararı vermiştir. Fransız kanununa göre doğumdan, birlikte oturmadan ve çocuğun nafakasına iştirakin kesilmesinden iki sene sonra reşit olmayan çocuk adına babalık davası açılmaz. Batiffola göre bu müddet şantaj ve rezalet yaratan davalara mani olmaktan ziyade annenin ispatını ve samimiyetinin belirtilmesini kolaylaştırmak için konulmuştur. Gerçekten reşit olan çocuğun babalık davası açmaya selahiyeti vardır.

III. Amme İntizamının Çeşitleri Ve Tesirleri

Bir çok müellifler 1872 de Cenevre Hukuk Fakültesi Profesörlerinden Charles Brocher'in yaptığı ayırımı uyarak âmme intizamını iç âmme intizamı ve milletlerarası âmme intizamı olarak ikiye ayırmaktadırlar.

Brocher'e göre iç âmme intizamı âmir mahiyette bulunan ve şahısların iradeleriyle bertaraf etmeleri olmayan bütün kaideleri muhtevidir. Milletlerarası âmme intizamı ise sosyal güvenliği muhafaza için selâhiyetli kanunun tatbikine mani olan hukuk kaidelerinden ibarettir.

Weiss, daha sonra Brocher'in fikrini tafsil etmiştir. Bu müellife göre iç âmme intizamı ve Milletlerarası âmme intizamı diye bir ayırım yapmak zarureti vardır. Çünkü iç hukukta âmme intizamına taalluk eden her hü-

küm yabancı kanunun tatbikine mani olmaz. Fakat Milletlerarası âmme intizamına taalluk eden her hüküm aynı zamanda iç amme intizamına da taalluk edecektir. Bu görüşe göre meselâ Medeni Kanunumuzun rüştün onsekizinci yaşın ikmalile başlayacağını söyleyen 11. maddesi iç amme intizamına taalluk ettiği halde bu hüküm, rüştün yirmi yaşın ikmalile tahakkuk edeceğini söyleyen İsviçre Medeni Kanununun 14. maddesinin tatbikine mani olamaz. Halbuki yine «tekrar evlenmek isteyen kimse, vefat veya boşanma ile yahut butlan hükmile evliliğin zail olduğunu isbata mecburdur» diyen Medeni kanunumuzun 93. maddesi milletlerarası âmme intizamına taalluk eder. Türkiyede evlenmek isteyen herhangi bir yabancı- nın millî kanunu 93 maddemizin hükümlerini zarurî kılmaya bile yabancı ancak bu maddenin şartlarını tahakkuk ettirmekle Türkiyede evlenebilir.

Despagnet gibi bazı müellifler millî veya iç amme intizamına nisbî âmme intizamı ve milletlerarası âmme intizamına mutlak amme intizamı adını vermektedirler.

Amme intizamının iç ve milletlerarası olarak ikiye bölünmesi hususu Türk hukukunda münakaşalıdır. Mustafa Reşit Belgesay âmme intizamını ulusal ve arzuulusal diye ikiye ayırmaktadır.

Osman Berki'ye göre de âmme intizamının iç ve milletlerarası ayrımı yerindedir. Bu suretle kanun ihtilâflarının halli kolaylaşmış olur.

Hıfzı Timur'a göre âmme intizamını, böyle iki guruba ayırmak gerek verilen isimler bakımından gerekse tatbiki sahada arzedeceği karışıklar bakımından tamamen yersizdir. Milletlerarası âmme intizamı bilhassa yabancı kanunu bertaraf eden âmme intizamıdır. Oynadığı rol beynelmilel bir unsurun hadiseye müdahale etmesine mâni olmaktır. Bu itibarla bu ismi taşıması doğru olamaz. Milletlerarası kelimesi ile sıfatlandırılan bu âmme intizamında hiçbir beynelmilellik olmadığı gibi bilâkis iç âmme intizamından belki daha çok dahili ve millî bir amme intizamıdır.

Niboyet'in dediği gibi bu âmme intizamı bilâkis tamamen millîdir. Amme intizamının bu şekilde sıfatlandırılması muhtevası hakkında daha ilk nazarda yanlış bir fikir mucip olmaktadır. Kohn'a göre bu iki tâbir ters manalarda kullanabilecek kadar esassızdır. İç amme intizamı ferdi memleket haricinde milletlerarası alanlarda dahi takip eder. Milletlerarası âmme intizamı ise yalnız ve mutlak olarak mahallî kanunun amir hükümlerini tatbik etmeyi ve yabancı kanunu bertaraf eylemeyi istihdaf eder. Kohn'un bu tenkidine göre yukarıda zikrettiğimiz Medeni kanunumuzun

II. inci maddesi Milletlerarası âmme intizamına, 93 madde de iç âmme intizamına taâlluk edebilecektir ki, Weiss tamamen aksi bir mütalâa da bulunmuştur.

Muhakkak olan bir cihet varsa, o da amme intizamının iç hukuk çerçevesi içinde bulunduğudır. Milletlerarası âmme intizamı olsun veya iç amme intizamı olsun daima iç hukukun hudutları içinde yer alan bir tek kavramı ifade ederler. Nihayet bu sahada söylenebilecek bir şey varsa o da âmme intizamının iki cephesi bulunduğu iki rol oynadığıdır. Birinci rol kanun koyucunun iradesinin ferdî iradeye rüçhan niyetini temin, ikinci rolde yine millî Kanun koyucunun iradesinin yabancı kanunun hükümlerine üstünlüğünü temin etmektir. Meselâ nafaka mükellifiyetine müteallik Medeni kanunumuzun hükümleri hilâfına fertlerin iradesinin mahsülü olan bir tasarrufun âmme intizamından ötürü iptaliyle yine bu kanun hükümleri hilâfına hükümler ihtiva eden yabancı kanunun memleketimizde tatbik olunmaması hep aynı kanunun yani Medeni kanunun muayyen hükümleri icabıdır.

Devletler Hususi Hukukunda âmme intizamı bahis mevzuu olunca mutlaka karşımıza iç hukukun âmir bir hükmü çıkmış demektir. Bu hüküm normal olarak tatbik olunması lâzım gelen Devletler Hususi Hukuku kaidesini bertaraf etmektedir. Bu kaideyi tatbiksiz bırakan âmme intizamı ile, iki Türkün iradesi mahsülü olan bir tasarrufu hükümsüz bırakan âmme intizamı hep aynı âmme intizamıdır. Tek bir kanunî hükme istinad eden bu âmme intizamını ikiye bölmek zaten muğlak bir kavram olan âmme intizamı kavramını büsbütün karıştırmak olur.

Muayyen bir hâdisede yetkili olan kanunu tatbik olunacak memleketin siyasal, ahlakî, sosyal ve iktisadi menfaatlerine dokunması dolayısıyla bertaraf eden, tatbikten uzaklaştıran bir vasıta, bir tedbir olan âmme intizamının üç mühim vasfı vardır. Bunlardan birincisi müdahale ettiği, rol oynadığı hadiselerin çeşitliliğidir.

Âmme intizamının toplumun genel ahlâk telâkkilerini haleldar edebilecek hususlarda müdahale ettiğini görürüz. Meselâ evli bir kimsenin evlilik haricinde doğan çocuğunu tanımasını kabul eden yabancı bir kanun normal olarak memleketimizde yabancıya tatbik edilmek lâzım gelirken bu tatbik cemiyetimizin ahlâki telâkkilerini rencide edeceğinden âmme intizamı müdahale etmekte ve bu yabancı kanunu tatbik sahasından uzaklaştırmaktadır.

Sosyal alanda da âmme intizamı kavramı sık sık yabancı kanunu bertaraf etmektedir. Nafaka meselelerinde boşanma sebeplerinde, terkte,

velâyette âmme intizamının müdahalesi hep cemiyetin içtimaî bünyesini korumak mülâhazasıyledir.

Toplumun iktisadî hayatı mevzubahis olunca âmme intizamının müdahale ettiği ve önemli bir rol oynadığı keza görülür. Bu sahada amme intizamı bilhassa âkitlerin muhtariyetine bir fren vurmakta ve yaptıkları tasarrufları cemiyetin iktisadi menfaatlerine uygun kılmaya yaramaktadır. İş akdinde, deniz hukukunda, kara ve deniz nakliyatı meselelerinde, borsa muamelelerinde ve faizde âmme intizamının müdahalesi hep cemiyetin iktisadi nizamını koruma gayesine matuftur.

Siyasal mülâhazalarla âmme intizamı ekseri hallerde yabancı kanunun tatbik etmemektedir. Toplumun siyasi menfaatlerine uygun düşmeyecek olan siyasi kanun, âmme intizamı mülâhazasıyle memleketimizde tatbik olunamaz. Çünkü demokratik cemiyetimizin siyasi temelleri demek olan bu esaslar hiçbir veçhile haleldar edilemez. Türk milleti namına icrai kaza eden hâkim kararında, bu umdeler hilâfına hükümler ihtiva eden bir kanunu nazara alıp ona istinaden hüküm veremez.

Âmme intizamının ikinci vasfı onun izafî bir mefhum oluşudur. Amme intizamı tatbiken uzaklaştırdığı yabancı kanunun kendisiyle değil, doğuracağı netice ile meşgul olur ve yalnız onunla alâkadardır. Bu itibarla bir kanun bazı mukavelelere ve bazı şahıslara âmme intizamına muhalefet dolayısıyla tatbik olunmazken başka vaziyet ve hallerde bu aynı kanunun tatbiki âmme intizamını haleldar etmiyebilir. Daha evvel belirttiğimiz gibi âmme intizamı zamana mahalle ve memlekete göre mana ve şümulü değişen çok seyyar bir kavramdır. Sabit ve milletlerarası bir mahiyet ve mana verebilmek için yapılan teşebbüslerden şimdiye kadar hiçbir netice çıkmamıştır. Âmme intizamı hallerinin sayılması lehinde Milletlerarası teşebbüsler vukua gelmiş isede bunlarda başarı hasıl olmamıştır. Milletlerarası sahada âmme intizamı hallerinin tadadının imkânsızlığını gösteren ve her ikiside inandırıcı iki deneme yapılmıştır. Bunlardan birisi 1894 senesindeki Lahey konferansında diğeri 1910 senesinde Devletler Hukuku Enstitüsünün toplantısında vuku bulmuştur. 1894 Lahey konferansında Devletler Hususi Hukuku mukavelelerin bilhassa verasete müteallik olanlarının hazırlanmasına başlanılacağı sırada prensip olarak mirasların müteveffanın millî kanununa tâbi olacağı esasının vazedilmesi istenilmiştir. Bu kaideyi kabulden sonra muhtelif memleketlerde âmme intizamı mülâhazaları ile müteveffanın millî kanununun rolünün tenkisinden korkulmuştur. Her hâkimin kendi dileği veçhile hareket etmesine mâni olmak için âmme intizamının müteveffanın milli kanununun tatbikine müsaade

etmiyeceği ahvalin tadadına çalışılmıştır. 1894 projesinin 3 üncü maddesinde milli kanunun tatbikine istisna teşkil eden haller tadat edilmiştir. Fakat konferansta mümessilleri bulunan memlekette bir taraftan fazla geniş diğer taraftan kifayetsiz olan bu tadatı kabul etmemişlerdir ve ikinci konferansta Hollanda Hükümeti birçok memleketlere şamil bir âmme intizamı olmadığı fikrine dayanan başka bir usul teklif etmiştir. Bu sistem her devletin hususî bir kanun ile kendi memleketinde amme intizamının ne olduğunu tayin etmesini istiyordu. Bu suretle 1900 projesi anlaşma ile mühtelif âmme intizamı hallerini tadat etmeğe imkân bulunmadığını tesbit etmiştir. 1904 konferansında yeni bir sistem teklif olunmuştur. Bununla her hükümet bir kanuna hacet kalmaksızın kendi memleketi dahilinde âmme intizamından olan hususları diplomasi yoluyla bir protokolde tadat edecekti. Bu âmme intizamının milli vasfını tevsik etmekte. 1925 ve 1928 konferanslarında ortaya dördüncü bir proje çıkmış. Bununla üçüncü madde ile her şey ortadan kaldırılmıştır. Sadece müteveffanın milli kanununun açık surette âmme intizamı prensipleriyle gayri kabili telif olmadıkça tatbik olunabileceği tesbit olunmuştur. Bu suretle hareket noktasına dönülmüş oldu.

Âmme intizamı hallerini tadat için ikinci teşebbüs Devletler Hukuku Enstitüsü tarafından yapılmıştır. Bu enstitünün 1910 içtimasında âmme intizamı meselesi münakaşa edilmiştir. Mazbata muharrirleri olan Fiore ve Weiss âmme intizamı hallerinin beynelmilel bir tadanının yapılmasını istemişlerdir. Bu iki hukukçu Mancini nazariyesini benimsemiş olup tadadı usulün taraftarı idiler. Fakat Devletler Hukuku Enstitüsü meseleye yakından temas edince bu tadadın beynelmilel bir anlaşma ile yapılmasının mümkün olmadığını fark etmiştir. Çünkü her memleketin kendisine has bir âmme intizamı vardır. Enstitütü şu karar suretini kabul etmiştir: (Enstitü hâkimin keyfî kararına yol açan ve hatta bu yüzden şahısların menfaatlerini haleldar eden kararsızlığın önüne geçmek için her memleket kanununda kendi ahkâmından hangilerinin ecnebi kanununun mevzu bahis hukuk münasebetinin hal ve fasılda selâhiyetli olması halinde dahi bertaraf edilmeyeceğini imkân nisbetinde tasrih etmelerini temenni eder.

Devletler Hususi hukukunun her mukavelesinde Âkit memleketlerden herbirinde, âmme intizamından telâkki olunan bir maddenin hatta mukavelenamenin prensiplerini akamete uğratabileceği noktaların tasrih edilmesi bilhassa şayanı arzudur.)

Âmme intizamının üçüncü vasfı tevlit ettiği neticelerin ve yaptığı tesirin her zaman aynı olmamasıdır. Müellifler ekseriya âmme intizamının

icabî sellbî yahut müsbet ve menfi tesirinden bahsederler. Menfi tesir yabancı kanunu tatbik sahasından uzaklaştıran tesirdir. Müsbet tesir ise yabancı kanunun yerine mahallî kanunu hadisede selâhiyetli kılan tesirdir.

Menfi tesire şu misalleri verebiliriz: Evli olan Afgan tabiiyetinde bir erkek Türkiyede poligamiyi kabul etmiş kendi millî kanununa göre evlenmek istiyor. Türk hukuku poligamiyi âmme intizamına aykırı bularak kabul etmediğinden Afgan tâbiyetli bu şahıs Türkiyede yeniden evlenemez. Alman Hukuku amcanın yeğeniyle evlenmesine müsaade etmektedir. Âmme intizamımıza göre, bu durum evlenme manilerindedir, binaenaleyh bir alman yeğeniyle Türkiyede evlenemez. Bulgar hukukuna göre zina mahsülü çocukların tanınması hususunda bir mâni olmadığı halde bu âmme intizamımıza aykırıdır. Fransada 1884 e kadar boşanma memnu idi, millî kanunları boşanmaya cevaz veren yabancıların Fransız mahkemelerine boşanma için müracaatları fransız âmme intizamına mugayret sebebiyle kabul olunmuyordu.

Âmme intizamının müsbet tesiri yani *lex fori*'yi selâhiyetli kılan tesiri yalnızca mevcut olamaz, müsbet tesire mutlaka menfi tesir takaddüm eder. Başka bir deyişle âmme intizamı önce yabancı kanunu selâhiyetsiz kılar ve ondan sonra müsbet tesir icra ederek *lex fori*'nin tatbikini temin eder. Halbuki menfi tesir yalnızca mevcut olabilir. Âmme intizamının müsbet tesirine şu misâller gösterilebilir: Bilindiği üzere Medeni Kanunumuzun 315 inci maddesine göre herkes yardım etmediği surette zarurete düşecek olan usul ve furuuna ve erkek ve kız kardeşlerine muavenet ile mükelleftir. MK. 316 cı maddesi de nafaka istenebilmek için erkek ve kız kardeşlerin hali refahta bulunmalarını istemektedir. İşte böyle bir nafaka borcunu kabul etmeyen bir devlete mensup kardeşler Türkiyede nafaka davası açacak olurlarsa bu dava millî kanunlarında böyle bir mükellefiyet bulunmaması sebebiyle red olunmaz. Nafaka borcunun ahvali şahsiyeye taalluk etmekle beraber âmme intizamı ile sıkı alâkası mevcut olduğundan intizamı âmme evvela menfi tesir icra edecek, yani selâhiyetli yabancı kanun tatbik edilmeyecek sonra müsbet tesir icra edecek yani Türk kanunu tatbik edilerek dava bir hükme bağlanacaktır.

Muammer Raşit Seviğ, Vedat Rasit Seviğ, Abdükhak Kemal Yörük, Osman Fazıl Berki amme intizamının müsbet, menfi veya icabî-selbi olarak ikiye taksimine taraftardır. Buna mukabil Hıfzı Timur bu ikili taksimi şayanı tenkit bulmaktadır. Timur şöyle demektedir: «Fihakika selbî veya menfi kelimeleriyle vasıflandırılan âmme intizamının nazara

alalım: İtalyada boşanma mevcut olmadığı için¹ iki Türkün boşanma talebini reddeden İtalyan hâkimi Türk kanununu tatbikten imtina etmekle hakikatte kendi milli kanununu tatbik etmiştir. Hâkimin kanunu hâdisede menedici bir hüküm ihtiva etmektedir. Hakimin kanunun bu mennuiyetini ister yabancı kanunun tatbik talebini reddetmekle olsun, ister başka şekilde olsun, netice itibariyle *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*' maddesi tatbik ediliyor demektir. Ecnebi kanununun tatbik edilmemesi ancak mahalli kanunu tatbik için bir mana ifade edebilir. Hâkimin kanununu tatbik etmeyecek olduktan sonra ileri sürülen yabancı kanunu tatbik etmemenin hiç bir pratik faidesi ve sebebi kalmaz. Yalnız yukarda işaret olunduğu gibi hakimin kanunu bazan yalnızca menedici bir hüküm ihtiva eder ve taraflara hiçbir vecibe tahmil etmez. Boşanmayı kabul etmeyen bir memleket hâkiminin boşanma talebini reddetmesi gibi. Fakat bazan da hâkimin kanunu nafaka mükellefiyetinde olduğu gibi vecibeler tahmil eder. Bu vaziyette hâkimin reddettiği kanunla beraber kendi kanununu tatbik etmesi icap eder. Aksi halde hâkim karar vermekten imtina etmiş olur. Bunun yalnız bir istisnası vardır ki, o da müktesep haklarda görülür. Filhakika müktesep haklarda âmme intizamı sadece selbi bir tesir icra eder. Hâkim, yabancı bir kanunla doğmuş müktesep bir hakkın amme intizamına mugayeti dolayısıyla tanınmayacağını ve yabancı kanunun tatbik edilemeyeceğini beyan etmekle iktifa eder. Mevzuu bahis müktesep hakkı hakim kendi kanunun hükümlerine göre tadil edemez.»²

Amme intizamına komşu bir kavram olan kanuna hile Bartin ve Nibboyet gibi bazı büyük hukukçular tarafından âmme intizamına ithal edilmiştir. Gerçekten kanuna hile selâhiyetli kanunun tatbikine mani olmak bakımından kanunlar ihtilâfında âmme intizamının tesirine benzer bir tesir icra etmektedir. Kanuna hile nazariyesi, selâhiyetli kanunun tatbik olunmasına mani olmak için bir şahsın hileli bir şekilde kendini başka bir kanunun selâhiyeti hududuna sokmak teşebbüsünü önlemek maksadını güder. Mesela ispanyol tabiiyetindeki bir şabış millî kanununca yasak olan boşanmayı temin için fransız tabiiyetine geçerse bu kanuna hile teşkil eder. Kanuna hileyi âmme intizamına ithal eden müelliflere

¹ Timur'un makalesi sırasında İtalya'da boşanma yoktu.

² Hıfzı Timur, "Devletler Husuşî Hukukunda Amme İntizamı" İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1941, 7 Cilt; s. 903.

göre cemiyetin nizamını haleldar etmek ve zarar iras etmek iki şekilde mümkündür:

1— Âmme intizamına muhalif olan yabancı kanunun hükümlerini tatbik etmekle, 2 — Hileli yollarla yabancı kanunu muayyen bir hadise-de selahiyettar kılmakla.

Kanuna hilenin âmme intizamına dahil edilemeyeceği aşikârdır, Hile âmme intizamının ihtiva etmediği bir unsur *kasit* unsurunun mevcudiyetini icap ettirir. Hile mevcut olabilmek için içtimai karışıklıktan başka bir kast lâzımdır. Âmme intizamında normal olarak selâhiyetli yabancı kanun tatbik edilmez, zira kanunun muhteviyatı nazarı itibare alınır. Kanuna hile de ise normal olarak selâhiyetli mahalli kanun kasden değiştirilmiş, ve yabancı kanunun zahiren himayesi altına girilmiştir. Bunlar aynı neticeyi veren fakat tamamıyla başka şeyler olan iki ayrı kavramdır.

Fransız müelliflerinden Bartin, Niboyet, Lerebours-Pigeonnière Donnedieu de Vebres âmme intizamının Devletler Hususi Hukukunda kanunlar ihtilâfı kaidelerine bir istisna teşkil ettiğinde müttefiktirler. Türk hukukunda da Muammer Raşit Seviğ, Vedat Seviğ, Mustafa Reşit Belgesay, Abdülhak Kemal Yörük, Osman Fazıl Berki, Şakir Bekri intizamı âmme mefhumunun istisnaî olduğu fikrindedirler. Hıfzı Timur yabancı ve yerli bir çok mahkeme içtihadını tetkik ve tahlil ettikten sonra bugün âmme intizamının istisna olmayıp kaide olduğu fikrini ileri sürmüştür. Timur'a göre âmme intizamı kavrami müktesep haklar sahasına dahi tecavüz etmiş ve bir çok kararlar müktesep hakkın artık âmme intizamına karşı koyabilecek bir kuvvette olmadığını göstermiştir.

Bugün Devletler Husuî Hukuku sahasında maalesef yeniden bir bir mülkiliğe dönüş göze çarpmaktadır. Mahkemeler türlü bahanelerle kendi kanunlarını tatbik etmektedirler. Bu bahaneler arasında en kuvvetli koz kendi takdirlerine bırakılmış olan âmme intizamı kavramıdır. Halen tatbik edilecek yabancı kanunla *lex fori* arasında tam bir mutabakat aranmaktadır, bu şartlar dahilinde ise zaten yabancıya kendi kanunu yerine *lex fori* tatbik edilebilir. Yabancı kanunun hadiseye tatbiki için *lex fori* mutabık olmasını aramakta ısrar kanunlar ihtilâfı müessesesinin inkârından başka bir şey değildir.

Sonuç olarak buraya kadar verdiğimiz izahata göre şu sonuçlara varabiliriz;

âamme intizamı deęiřkendir
mekâna göre değiştiği için mahallidir
zamana göre değiştiği için son zamana racidir
Deęiřken olduğu için takdirîdir

Yabancı bir kanunun selâhiyetli olmasına rağmen tatbikine engel olduğundan istisnaîdir.

řu halde amme intizamı belli bir ÷lkede ve belli bir zamanda kabul edilmiş özel şartlar, koşullar sebebiyle o memleketin esaslı çıkarlarından sayılan hukuki kuralların tümüdür.