

## DEVLETLER HUSUSİ HUKUKUNDA «ÖNMESELE»

Dr. Ergin NOMER

### I — Meselenin vaz'ı

#### 1. *Umumî bakımdan vasıflandırma*

Muayyen bir devletin mahkemesine arzedilen hukukî ihtilâfın halledilebilmesi, evveleminde o ihtilâfın mahiyet ve şümulünün açık bir şekilde tesbitine bağıdır. Devletler Hususî Hukuku bakımından o ihtilâfın incelenmesi için, beynelmilel bir unsurun mevcudiyeti şarttır. Eğer ihtilâfta kanunlar ihtilâfı sisteminin müdahalesini icap ettirecek mahiyette beynelmilel bir unsur mevcut değilse, mahkeme, hukukî ihtilâfı mahallî hukuk nizamına, yani tâbi olduğu devletin iç hukukuna göre halledecektir. Fakat beynelmilel bir unsuru ihtiva eden hâdiselerde, mahkeme, hâdise yönünden beynelmilel salâhiyetini tâyin ettikten sonra o hâdiseye tatbik edilecek hukuku tâyin etmek zorundadır. Tâyin edilecek hukuku tesbit etmekte, mahkemeye yol gösterecek olan, mahkemenin tâbi olduğu devletin kanunlar ihtilâfı sistemidir.

Bir beynelmilel hâdisenin, kanunlar ihtilâfı kaideleri yönünden tetkik edilerek ona tatbik edilecek hukukun tesbiti, mezkûr hâdisenin hukukî bakımdan tahlil ve tavsifini icap ettirir. Hâdisenin, tahlil ve tavsif neticesinde alacağı hukukî mahiyet, tatbik edilecek hukuku tâyin etmekte ölçü olur.

Hâdisenin tahlil ve tavsifi, muayyen hukukî mefhumların yardımı ile olur. Zira her ilim gibi, hukuk ilmi de muayyen mefhumlar ile çalışır. Hukuk kaidelerinin doğru tatbik edilebilmeleri, bu mefhumların sarîh ve şümulünün bilinir olması ile mümkündür. Hukukî ifadelerini bu mefhumlarda bulan hukukî müesseselerin inşası çeşitli hukuk sistemlerinde ve muhtelif zamanlarda aynı olmamıştır. Bunun neticesi olarak mefhumları anlayışta hukukî bakımdan farklar ortaya çıkmıştır. Meselâ, devletin terekeye iştiraki Fransız ve Amerikan hukukunda murise nisbetle miras hakkını doğuran hısımlık bahis mevzuu olmaksızın âmme kudretine müteallik bir



talep hakkıdır. Buna mukabil Alman ve İsviçre hukukunda hususî hukukun bir miras hakkı talebidir. Müruru zaman, Kara Avrupası hukukunda maddî hukukun bir müessesesi kabul edilirken, Anglo-Amerikan hukukunda usul hukuku müessesesi mahiyetindedir. Misaller daha da arttırılabilir.

Mefhumların nasıl anlaşılması icap ettiği iç hukukta bir mesele teşkil etmez. Her hukuk nizamı kendi hukuk mefhumlarını istimal eder. Bu hususta tereddüt yoktur. Devletler Hususî Hukuku sahasında ise mefhumların nasıl anlaşılması icap ettiği bu kadar basit şekilde halledilemez. Meselâ, kanunlar ihtilâfı normlarının esas unsurlarını teşkil eden ifa yeri, ikamet mahalli gibi bağlama noktaları mefhumlarının hangi hukuk nizamına göre anlaşılacağı şüphelidir. İlk nazarda, kanunlar ihtilâfı için lüzumlu mefhumlara mukayeseli hukuk yoluyla vâsıl olmak en mantıkî tarz olarak görülür. Hakikaten beynelmîl münasebetlerde müstakil ve müşterek bir hukuk nizamını teşkil eden hukukî mefhumların tesbiti büyük kıymet ifade eder. Ancak, bugün için, beynelmîl hâdiseler bir milli hukuk nizamı tarafından hükme bağlandığı müddetçe, bu hukuk nizamı hâdiselere, evveleminde kendi hukuk mefhumlarını tatbik edecektir. Müstakil ve müşterek, yani milli hukuk nizamlarına bağlı olmayan mefhumlar yaratma imkânı kabil olmadığı müddetçe beynelmîl hâdiselerde kullanılacak hukukî mefhumların anlaşılma tarzı bir mesele olarak kalacaktır<sup>1</sup>.

Beynelmîl münasebetlerde tatbik edilecek mefhumların *lex causae*'ya göre tesbitini ileri süren görüş<sup>2</sup> yanında hâkim olan fikir *lex fori* lehinedir<sup>3</sup>. Filhakika, kanunlar ihtilâfı normlarını vaz'eden

[1] Buna evvelâ Bartin «vasıflandırma» meselesi olarak temas etmiştir. Anglo-Amerikan doktrini ise «classification» veya «characterization» dan bahsetmiştir.

[2] İlk defa Despagnet tarafından teklif edilmiş (Despagnet, *Les conflits de lois relatifs à la qualification des rapports Juridiques*, Clunet 1898, 262), daha sonra Surville (*Cours élémentaire de droit international privé*, 7. bası, Paris 1925, Nr. 19) ve M. Wolff (*Private International Law*, 2. bası, Oxford 1950, 155 vd.) tarafından müdafaa edilmiştir.

[3] Almanyada Kahn, Lewald, Raape, Plandt; Fransada Arminjon, Bartin, Batiffol, Lepaulle, Niboyet, Savatier; İtalyada Ago, Anzilotti, Bailadore/Pallieri, Fedozzi, Udina; İngilterede Cheshire; Amerikada Beale, Lorenzen, Robertson (Schnitzer, *Handbuch des Internationalen Privatrechts*, 4. bası, Band I, Basel 1957, 97, n. 3). Ayrıca İsviçrede Schnitzer (a.g.e., 98-100) ve Türkiyede Belgesay (*Devletler Hususî Hukukunda Adliye*, İstanbul 1938, 67), Seviğ (*Devletler Hususî Hukuku*, 2. bası, İstanbul 1947, cilt. I, 335), Yörük (*Nazarî ve Amelî Devletler Hususî Hukuku*, 2. bası, İstanbul 1950, 131).



bir kanun koyucunun, bu kanunlar ihtilâfı normlarında kullanılan mefhumların nasıl anlaşılması lâzım geldiğine de karar vermesi lâzımdır ve mantıkîdir. Bir devletin hukuk nizamı mefhumların kullanılmasında esas teşkil eder. Ve mahallî hukuku veya yabancı bir hukuku beynelmilel hâdiseye tatbik edilecek hukuk olarak tâyin eder. Şu hale göre kanunlar ihtilâfı normlarının taşıdığı mefhumları kendi anlayışına göre tavsif ederek, mevzuubahs hukukî ihtilâfa tatbik edilecek hukuku tesbit etmek *lex fori*'nin vazifesidir. Fakat tavsif mevzuunda *lex fori*'nin vazifesinin hudut ve şümulünü de tâyin etmek lâzımdır. Devletler Hususî Hukuku bakımından bir hukukî müessesenin tavsifi, neticede bahis mevzuu beynelmilel hukukî hâdiseye tatbik edilecek hukuku tesbite matuftur. Hâdiseye tatbik edilecek hukuku tesbitten sonra başlayan safhada, taysifin *lex fori*'ye aidiyetini ifade eden prensibin hükmü kalkar. Her ne kadar tatbik edilecek hukukun tesbitinden sonra başlayan ve mezkûr hukukun hâdiseye tatbikini ifade eden ikinci safhada da ortaya çıkacak olan hukukî mefhumların neyi ifade ettiğinin tesbiti icap edecekse de artık bu tesbitte yine *lex fori*'yi hâkim kılmak doğru olmaz. Hangi hukuk tatbik edilmekte ise bu hukukun tatbikinde ortaya çıkan hukukî mefhumların da yine o hukuka göre anlaşılması lâzımdır. Bu esas, Devletler Hususî Hukuku sahasında tavsifi *lex fori*'ye tâbi tutan prensibin gerekçesinin bir tatbikinden ibarettir: hangi hukuk tatbik ediliyorsa o hukukun mefhumları kullanılır. Devletler Hususî Hukuku sahasında hangi kanunlar ihtilâfı normları tatbik ediliyorsa, bu normaların âit olduğu hukukun mefhumları kullanılır. Keza yukarıda bahsi geçen ikinci safhada da hangi hukuk tatbik ediliyor ise yine o hukukun mefhumları esas alınacaktır.

## 2. Önmesele

Vasıflandırma meselesi bakımından yaptığımız bu kısa izahattan sonra «Önmesele»<sup>4</sup> tâbirinin neyi ifade ettiğini tesbit edebiliriz:

Şimdi bir beynelmilel hâdiseyi halletmek için tatbik edilecek hukuk bilinmektedir. Ancak karşımıza Devletler Hususî Hukukuna müteallik yeni bir hâdisе çıkmaktadır. Öyle ki, mevzuubahs beynelmilel hukukî hâdisе hakkında karar verilebilmesi, bu yeni hukukî hâdisenin mevcudiyeti, ademi mevcudiyeti veya muhtevası hakkındaki karara bağlı kalmaktadır. Yani esas meselenin halli, diğer bir meselenin, «önmesele» nin evvelemirde halline mütevakkıf oluyor.

[4] Almanca ifade şekli: «Vorfrage».



Karşımıza çıkan bu önmeselenin halli bakımından tatbik edilecek kanunun tesbit edilebilmesi, yine tavsif ameliyesinde olduğu gibi lex fori'nin kanunlar ihtilâfı sisteminin nazarı itibare alınması ile mi olacaktır? Diğer bir ifadeyle burada lex fori veya lex causae arasındaki tercih keyfiyeti bir vasıf ihtilâfının neticesi olarak kabul edilebilecek midir? Eğer bu suale müsbet cevap verilecek olursa, «önmelese» ye tatbik edilecek hukuku, lex fori'nin kanunlar ihtilâfı sistemi tâyin edecektir. Menfi cevap verilecekse, tatbik edilecek kanunu tâyin edecek olan kanunlar ihtilâfını bulmak için «önmelese» nin mahiyetinin ne olduğunu bilmek icap eder. Durum bir misalle daha iyi belirebilir:

Türk kanunlar ihtilâfı sisteminde murisin menkul mirası prensip olarak kendi milli hukukuna tâbi olarak intikal eder. Murisin Alman olması halinde menkul mirasın intikali Alman hukukuna tâbi olacaktır. Ve meselâ, bir Almanın yeğeninin (kardeş çocuğunun) kanunî mirasçı olarak kabul edilip edilmeyeceği hakkında Alman miras hukuku karar verecektir. Fakat herhangi birinin, murisin yeğeni olup olmadığı meselesi hakkında karar vermek icap ettiğinde, hangi hukukun tatbik edileceği bir mesele teşkil eder. Zira hısımlık rabitasının tesbiti, mirasın intikali ile doğrudan doğruya alâkalı değildir. İlk anda, hısımlık rabitasını tesbit edebilecek üç hukuk akla gelebilir: Türk kanunlar ihtilâfı sisteminin gösterdiği hukuk veya mirasın intikaline tatbik edilmekte olan Alman hukuku<sup>5</sup> veya Alman kanunlar ihtilâfı sisteminin işaret ettiği hukuk. Bu misalde yeğenin mirasçı olup olmadığı «esas mesele» si, mezkûr yeğenin hukukan murisin kardeşi çocuğu olup olmadığı «önmelese» sinin haline bağlıdır.

## II — Önmelese'nin şümulü ve mahiyeti

«Önmelese», son zamanlarda müstakil bir problem olarak tanınmıştır. Evvelâ bu meseleyi Melchior müşahede etmiş<sup>6</sup>, müteakiben Wengler onu takip etmiştir<sup>7</sup>. Yakın zamanlarda aynı mesele bir tez mevzuu olarak yeniden ele alınmıştır<sup>8</sup>.

[5] Bkz. İleride sahife 346, n. 14.

[6] Melchior, Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, Berlin/Leipzig 1932, XVI. Vorfrage, 245-265.

[7] Wengler, Die Vorfrage im Kollisionsrecht Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 8, (1934), 148-251.

[8] Hoffmeyer, Das internationalprivatrechtliche Vorfragenproblem, Hamburg 1956.



### 1. *Esas mesele ve önmesinele*

Önmesinele'nin halinde salim bir neticeye varabilmek için her şeyden evvel esas mesele ile önmesinele'nin sınırını çizmek, daha başka bir ifadeyle esas mesele'nin şümulünü tesbit etmek icap eder. Önmeselenin şimdiye kadar esaslı bir tetkike mevzu teşkil etmemesi, onun esas mesele ile tam bir tefrikinin yapılmasına da mâni olmuştur. Filhakika bu meseledeki farklı görüş tarzları da zannediyoruz ki önmesinele mefhumu üzerinde ittifaka varılamaması sebebine irca edilebilir.

Esas meseleden maksadımız, ihtilâf mevzuu olan hukukî münasebettir. Diğer bir ifade şekliyle, bizatihî ihtilâflı hukukî münasebet bahis mevzuu ise bir esas mesele karşısındayız. İhtilâf mevzuunun, bu hukukî münasebetin heyeti umumiyesine matuf olmasına lüzum yoktur. O hukukî münasebetin lüzumlu mefhumlarının bir kısmına müteallik olması kâfidir<sup>9</sup>. Söylediklerimizi bir kaç misalle açıklayalım: bir karının kocasına karşı veya bir kocanın karısına karşı «Evlenmenin Umumi Hükümleri» ne (MK. m. 151 vd.) müteallik olarak veya aralarındaki mal rejimine müsteniden bir talebi nazarı itibare alırsak, bu karı koca arasında mevcut bir evliliğin olması, mezkûr talebin istinat ettiği kanunî hükmün lüzumlu bir mefhumudur. Yani, evliliğin mevcudiyeti, burada esas meselenin bir kısmıdır. Boşanma talebinde de, evliliğin mevcut olması, boşanma talebinin istinat ettiği hükmün lüzumlu bir mefhumudur. O halde boşanma talebinde, evlenmenin mevcudiyeti bir önmesinele olarak kabul edilemez. Bu itibarla «feshi nikâhı» «alâkadarların hükümeti metbuaları kavaninine» tâbi tutan Muvakkat Kanunun<sup>10</sup> bu hükmü şöyle anlaşılır: eğer mevcut bir evlenme varsa, feshi nikâh alâkadarların hükümeti metbuaları kavaninine tâbidir. Borç olmayan şeyin hataen tediyesi (condictio indebiti) sebebiyle yapılan bir talep, tediye edildiği iddia edilen borcun mevcut olmaması şartından ayrı düşünülemez. Yani borcun ademi mevcudiyeti esas meselenin bir kısmı olup, önmesinele değildir. Aynı şekilde haksız fiile müsteniden hakkının ihlâli dolayısıyla dermeyan edilen bir tazminat talebinde, ihlâl edilen hakkın, mutazarrır olduğunu iddia eden kimseye ait olması lüzumlu bir unsurdur. Diğer bir ifadeyle mevzuubahs hakkın mutazarrıra aidi-

[9] Melchior, 259.

[10] 23 Şubat 1330 tarihli «Memaliki Osmaniyede Bulunan Ecnebillerin Hukuk ve Vazıflı hakkında Muvakkat Kanun».



yeti meselesi bir önmelese olmayıp, esas meselenin bir kısmı, bir cüzüdür.

Yukarıda bahsettiğimiz hususların önmelese olmayıp, esas meselenin kısımları veya cüzüleri olmasının neticesi, bunların, önmeleselerin tâbi olduğu statüden farklı bir duruma, daha doğru bir söyleyişle diğer bir hukuka tâbi olabilmeleridir. Filhakika esas meselenin lüzumlu mefhumları olarak ifade edebileceğimiz, esas meselenin bu cüzüleri, esas meseleye hâkim olan kanunlar ihtilâfî sisteminin bu cüzüleri ile alâkalı hükümlerine tâbi olur. Yani, vasıf ihtilâfının lex fori'ye tâbi olması esas burada ortaya çıkar. Zira Devletler Hususî Hukukunun her kaidesi, hukukî münasebeti muayyen bir hukukî sahanın sınırları içerisinde mütalâa ve tanzim eder. Bu itibarla muayyen bir kanunlar ihtilâfî kaidesinin, bir hâdiseye tatbikinde, o kanunlar ihtilâfî kaidesinin ihata ettiği hukukî mefhumları da yine aynı kanunlar ihtilâfî kaidesinin ait olduğu Devletler Hususî Hukukuna tâbi tutmak icap eder. Yani diğer bir ifade ile, muayyen bir Devletler Hususî Hukuku hükmüne göre aranan hukukî mefhum, müşahhas bir hâdisede mevcut değilse, böyle bir hukukî mefhumun mevcudiyetine müsteniden vaz'edilmiş mezkûr Devletler Hususî Hukuku kaidesinin tatbikini icap ettiren şart noksan olmaktadır. Meselâ, yukarı paragrafta, esas meselenin kısımları olarak ele aldığımız hususları nazara alırsak: karı koca arasındaki «Evlenmenin Umumî Hükümleri» ne müteallik olarak veya aralarındaki mal rejimine müsteniden yapılan taleplerde veya bir boşanma talebinde, bu taleplere müteallik kanunlar ihtilâfî kaideleri şüphesiz koydukları hükümlerde evlenmenin mevcudiyetinden hareket ederler. Bu sebeple evli olarak nazarı itibare alamadığımız erkek ile kadın arasındaki münasebetler, evlenmenin umumî hükümlerine veya mal rejimine veya boşanmaya ait bir talep için vaz'edilmiş olan kanunlar ihtilâfî kaidelerinin tatbiki şartlarını yaratamazlar.

Hülâsa edersek şu esasa vasıl oluyoruz: muayyen bir hâdiseye tatbik edilen kanunlar ihtilâfî kaidemizin ihtiva ettiği hukukî mefhumlar, müstakil olarak kanunlar ihtilâfî kaidelerine mevzu teşkil ediyorlar ise, yine kendi kanunlar ihtilâfî kaidelerimize tâbi olurlar. Zira, esas meselenin kısımlarını veya tâbir caizse unsurlarını teşkil ederler.

Esas mesele ile onun kısımlarını (unsurlarını) tesbit ettikten sonra önmeselenin daha iyi belireceği aşikârdır. Önmelese için, esas meselenin halline tekaddüm ve onun halli için evveleminde karara bağlanması icap eden mesele demiştik. Yani, önmelese, esas mese-



lenin lüzumlu mefhumlarından biri olmayıp, esas meseleye tatbik edilen maddi hukuk dolayısıyla ortaya çıkan müstakil, belki de daha doğru bir ifadeyle esas mesele ile daha az sıkı irtibatı olan bir meseledir<sup>11</sup>. Evvelce verdiğimiz misali tekrar ele alalım<sup>12</sup>:

Murisin menkul mirası bahis mevzuudur. Türk kanunlar ihtilâfı sisteminin bu mevzudaki kaidesi, mirasın intikalini murisin millî hukukuna tâbi tutmaktadır. Muris Alman olduğu takdirde, mirasın intikali Alman kanununa tâbi olacaktır. Şu hale göre mirasın intikali kül halinde yabancı hukuka, misalimizde Alman hukukuna terkedildiği için, Türk hukuku meselâ, kimlerin mirasçı olacağı hususuyla alâkadar olmamaktadır. Bu meyanda murisin yeğenin mirasçı olup olamayacağı Alman miras hukukuna göre halledilecektir. Ancak yeğenin mirasçı olup olmadığı meselesinin halli, bir bakıma yeğen olduğu iddia edilen kimsenin hakikaten yeğen olup olmadığı meselesinin halli ile irtibattadır. Aşikârdır ki önmelele olarak ifade ettiğimiz bu sonuncu mesele, menkul mirası millî kanuna tâbi tutan kanunlar ihtilâfı kaidemizin tatbiki için lüzumlu bir mefhum değildir. Alman hukukunun tatbikinde ortaya çıkan ve esas mesele ile oldukça az bir rabıtası olan bir meseledir. Yani esas meselenin bir kısmı olmayıp, bu bakımdan bizim kanunlar ihtilâfı kaidelerimize göre hali düşünülemez.

Burada, önmelele olarak ifade ettiğimiz hususun, ikinci derecede bir tavsif meselesi olup olmadığı akla gelebilir. Daha evvelce kısaca temas ettiğimiz üzere, ikinci derecede yapılan tavsifte, tavsifin mevzuunu teşkil eden hususa tatbik edilecek hukuk bilinmektedir. Ancak bu hukukun tatbiki sırasında ortaya çıkan meselâ, bir ikametgâh mefhumunun hangi hukuka göre anlaşılacağı ikinci derece bir tavsif olarak ortaya çıkar. Halbuki önmelelede evvelâ hangi hukuku tatbik edeceğimizi tesbit zorundayız. Yani önmelele'yi Devletler Hususî Hukukunun çözebilmesi için bağlama noktasının bulunması lâzımdır. Misalimize avdet edersek, mezkûr şahsın yeğen olup olmadığını, yani murisin ölmüş kardeşinin çocuğu olup olmadığını hangi hukuka göre halledeceğimiz münakaşa mevzuudur. Ortada bir bağlama noktası problemi vardır<sup>13, 14</sup>. O halde hangi hukukun bağlama noktası esas alınacaktır? Diğer bir ifadeyle, yeğen

[11] Melchior, 261.

[12] Yukarıda, sahife 343.

[13] Schnitzer, 113.

[14] Bu itibarla esas meseleye tatbik edilen hukukun, misalimizde Alman hukukunun doğrudan doğruya önmelelelele de tatbik edilebilmesi katiiyen düşünülemez.



olduğu iddia edilen şahsın murisin kardeşine olan nisbeti Türk kanunlar ihtilâfı sisteminin mi yoksa Alman kanunlar ihtilâfı sisteminin mi gösterdiği hukuka göre halledilecektir? <sup>15</sup>

Önmelese'nin nasıl halledileceği hususuna geçmeden hemen şunu ifade edelim ki eğer hâdisede esas meseleye tatbik edilecek hukuk Türk hukuku olarak tesbit edilseydi, yani murisin mirasının intikali Türk hukukuna uygun olarak yapılsaydı, mevzuubahs önmelese'ye Türk kanunlar ihtilâfı sisteminin hâkim olacağı tereddütsüz doğru olurdu. Zira önmelese için Türk kanunlar ihtilâfı sisteminin bizatihi tatbiki veya esas meselenin Türk miras hukukuna göre halli sebebiyle Türk kanunlar ihtilâfının tatbiki neticeye müessir olmazdı. Yani her iki iddia da neticede Türk kanunlar ihtilâfı kaidelerini tatbik ederdi. Buna mukabil Türk mahkemesi esas meseleyi yabancı hukuka, yani misalimizde Alman hukukuna tâbi tuttuğu takdirde, önmelese'ler için Türk Devletler Hususi Hukukunun tatbik edilip edilemeyeceği münakaşa mevzuu olarak kıymet kazanır. Nitekim tatbikat alanına geçmiş şu misal her iki iddiaya da mesnet teşkil edebilmektedir:

21 Nisan 1931 tarihli Fransız Temyiz Mahkemesinin kararına mevzu teşkil eden hâdise şu idi <sup>16</sup>: Hind hukukuna tâbi Britanya tabiiyetindeki muris tarafından evlâtlığa alındığını iddia eden bir şahıs <sup>17</sup> Fransada mevcut olan terekeden hisse talep ediyor. Mahkeme mirasın intikaline Fransız hukukunu tatbik ediyor. Keza hâdisedeki önmelese'yi teşkil eden evlâtlık hâdisesine, Code Civil'in 344 üncü maddesini tatbik ederek müddeinin talebini reddediyor. Filhakika nesebi sahih fûruu bulunan murisin bir şahsı evlâd edinmesi ve böylece öz oğlunun miras hissesini takyit etmesi bu maddeye aykırıdır. Zaten evlâd edinme muamelesinin tesirsizliği Fransız âmme intizamının da icabı idi.

Görülüyor ki hâdisede «esas mesele» ye tatbik edilen hukuk ile «önmelese» ye tatbik edilen hukuk birleşmekte ve problem vuzuha kavuşmamaktadır. Ve esasen esas meseleye tatbik edilen hukuk

[15] «Önmelese = Vorfrage» tâbiri Raape tarafından mânasız bulunmuştur (Raape, Internationales Privatrecht, 4. bası, Berlin/Frankfurt 1955, 142). «Önmelese», «esas mesele» nin tesbitinden sonra ortaya çıkmakta olup, hakikati halde «muahhar» bir meseledir; Nussbaum, Grundzüge des internationalen Privatrechts, München/Berlin 1952, 101. Aynı fikir, Schnitzer; 113. Kanaatimizce, «önmelese» tâbiri, hic olmazsa «esas mesele» nin hallinin diğer bir meselenin halline bağlı olduğunu ifade bakımından mânalıdır. Mezkûr tâbiri bu şekilde mânalandırırsak, kullanılmasında mahzur görülemez.

[16] Journal du droit international, 59 (1932), 142.

[17] Daha doğrusu, evlâtlığın nesebi sahih oğlu olduğuna iddia ediliyor.



Fransız hukuku olmasaydı, bu sefer Fransız âmme intizamı karara müessir olacaktı <sup>18</sup>.

## 2. Önmesele'nin mahiyeti

Önmesele'nin mahiyeti hakkında doğru bir cevap verebilmek için şu hususları tetkik etmemiz icap eder:

a) Önmesele, atıf prensibiyle alâkalı görülerek, atıf prensibinin şayanı kabul olup olmadığına göre halledilebilir mi? Buna cevabımız menfi olacaktır <sup>19</sup>. Zira atıf, bir meselenin halini yabancı hukuka bıraktığımızda, yabancı Devletler Hususî Hukukunun da nazarı itibare alınması esasına dayanır. Gayesi esas meseleye tatbik edilecek hukuku tesbit edebilmektir. Bu tesbit gerek atfın kabul edilmesinin sebebiyle doğrudan doğruya, gerekse atfın kabulü ile yapılsın, esas meseleye tatbik edilecek maddî hukuk elde edilince, atıf prensibinin vazifesi son bulur. Yani ihtilâflı meseleye tatbik edilecek hukuk malûm ise, artık bir atıf problemi mevcut değildir. Önmesele ise yukarıda belirttiğimiz üzere, esas meseleye tatbik edilen maddî hukukun tatbikinde ortaya çıkan bir meseledir. Mamafih biraz sonra temas edeceğimiz üzere, atfın lehinde dermeyan edilen delillerden bir tanesi olan muhtelif devlet mahkemelerinin kararları arasındaki ahengi temin etme gayesi, önmesele'nin haline, atfı kabul eden memleketler bakımından mesnet teşkil edebilir <sup>20</sup>.

b) Önmesele'nin müstakil bir bağlama noktası problemi mevzuu teşkil etmesi meselenin haline hizmet edebilir mi? Filhakika Schnitzer bu hususa istinat ederek esas meseleyi halleden bağlama noktasından başka, diğer bağlama noktalarının da meydana çıkabileceğini ve bu itibarla hususî bir davranışa mevzu olabileceğini ifade etmektedir <sup>21</sup>. Fakat hemen ilâve edelim, ki önmesele'nin müstakil bir hüviyeti olması, önmesele'nin lex fori lehine haline mâni olmıyan bir mahiyete sahip olmasını gösterir. Meselenin halli için mesnet teşkil edemez.

[18] Hâdisede muris bir Britanya («İngiliz» değil) tebaası olup, Hind hukukunun «nesep hukukuna müteallik» kaidelerine tâbiydi.

[19] Aynı fikir: Melchior, 246 vd.; Wolff, Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3. bası, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1954, 79.

[20] Meselâ, Alman hukuku bakımından, Melchior, 247.

[21] Schnitzer, 114-115; Kegel daha ileri giderek önmesele'nin müstakil bağlama noktasına tâbi tutulmasını, lex fori'nin kanunlar ihtilâfını tatbik keyfiyeti ile aynı mânada kabul etmektedir, (Kegel, Internationales Privatrecht, München/Berlin 1960, 105).



c) Meselenin halli beynelmilel kararlar arasındaki ahengi sağlama gayesine matuf olarak ele alınabilir mi? Filhakika eğer yabancı kanunlar ihtilâfı sistemi Türk kanunlar ihtilâfı sistemi yerine geçiyor ve onu bertaraf ediyor ise bu durum, esas meseleyi halleden yabancı hukukun mahkemesi kararı ile ahenkli kalınmasını mucip olurdu. Bu yolla müşahhas hâdiselerde beynelmilel kararlar arasında ahenge vasıl olunur. Buna mukabil Türk kanunlar ihtilâfı sistemi tatbik edilseydi bu, bizzat kendi hukukumuz bakımından ahenk içerisinde kalmamızı temin ederdi<sup>22</sup>. O halde dahili ahengi mi yoksa harici ahengi mi tercih edeceğiz? Gerek Martin Wolff ve gerekse Leo Raape meselenin hallini beynelmilel kararlar arasındaki ahengi temin noktai nazarından ele almışlardır. Fakat Raape, kanunlar ihtilâfı kaidelerimizin, diğer bir devletin kanunlar ihtilâfı kaideleri tarafından bertaraf edilmesinin istisna olduğu ve bu itibarla dahili ahengin harici ahenge tercih edilmesi neticesine varırken<sup>23</sup>, M. Wolff, hukuku esas meseleye tatbik edilen devletin kanunlar ihtilâfını önmelese'ye tatbik etmek ister<sup>24</sup>. Kanaatimizce, meseleyi harici ahenk veya dahili ahenk yönünden halle gitmekle, her müşahhas hâdisede tercih edilecek ahengin değişebilme imkânı dolayısıyla<sup>25</sup> müstakar bir neticeye vasıl olmak mümkün olmaz. Nitekim müellifler tercih ettikleri ahenge göre, önmeseyi farklı çözüm tarzlarına tâbi tutmuşlardır<sup>26</sup>.

Kanaatimizce, meselenin halli bizatihi önmelese'nin mahiyetinden çıkarılabilir. Kanunlar ihtilâfı sistemimiz, kendisine arzedilen beynelmilel bir hukukî münasebete tatbik edilecek hukuk olarak yabancı hukuku tesbit etmiştir. Bu tesbitin mânası açıktır: ihtilâflı hukukî münasebeti heyeti umumiyesi ile halledecek olan hukuk yabancı hukuktur. Kanunlar ihtilâfı sistemimizin, hallini yabancı hukuka terketmediği hususlar, esas mesele'nin cüzüleri olarak zaten meydandadır. O halde kanunlar ihtilâfı sistemimiz, hukukî münasebetin hallini yabancı hukuka terketmekle, ihtilâfa maddî hukuk yönünden bigâne kalmakta ve yabancı maddî hukuk tatbik edilirken ortaya çıkabilecek tekmil Devletler Hususi Hukukuna müteallik meseleleri de halletmeyi düşünmemektedir. Filhakika misalimizde olduğu gibi, mirasın intikalini yabancı hukuka terketmiş isek, Türk

[22] Raape, 115.

[23] Raape, 116.

[24] Wolff, 80.

[25] Wolff, 81.

[26] Kegel, 105.



hukuku — kanunlar ihtilâfı sistemimizin bu tesbitinden sarfı nazar — kimin mirasçı olacağı meselesine de bigâne kalmış demektir. Bu meyanda mirasa konacak kimsenin mirasçılık sıfatını veren hısımlık bağının mezkûr yabancı hukukun iç hukuk veya Devletler Hususi Hukuku hükümleri ile halledileceği hususu da bizi hiç bir şekilde alâkadar etmemektedir. İhtilâfa kabili tatbik hukukun, maddî hukuk olarak tatbikini kabul ederken, aynı hukukun kanunlar ihtilâfı sisteminin, mezkûr hadiseyi hal için tatbikini istememek ve tekrar kanunlar ihtilâfı sistemimizi tatbik etmek anlaşılır bir keyfiyet değildir. Beynelmîlel hukukî münasebeti yabancı hukuk halledecektir. Yabancı hukuku iç hukuk veya Devletler Hususi Hukuku olarak tefrik etmekte ne mâna ve ne de lüzum vardır<sup>27</sup>.

Hülâsa edersek, önmelele'nin, hukuku esas meseleye tatbik edilen devletin Devletler Hususi Hukuku kaidelerine tâbi olması, önmelele'nin bizatihi kendi mahiyetinden çıkmaktadır.

### 3. Önmelele'ye müteallik Alman tabikati

Önmelele'ye temas etmiş olan nâdir müellifler<sup>28</sup> arasındaki görüş ayrılıkları, hakikati halde, önmelele'nin yukarıki mânasından çoğu zaman inhiraf ettirilmiş olması sebebiyledir. Şimdi bu müelliflerce de misal olarak zikr ve tahlil edilen ve bilhassa Alman Temyiz Mahkemesinin bu mevzua temas eden kararlarını gözden geçirirsek mesele daha ziyade aydınlanacaktır<sup>29</sup>.

a) Alman Temyiz Mahkemesinin 21.3.1912 tarihli bir kararına<sup>30</sup> mevzu teşkil eden hadise şu idi: Prusyada ikamet etmekte olan bir İtalyan 1.1.1900 tarihinden evvel bir Prusya Mahkemesi hükmü ile karısından boşanıyor. Prusya Mahkemesi, İtalyan hukukunda boşanma mevcut olmadığı halde, kendi kanunlar ihtilâfı sistemine uygun olarak tatbik ettiği ikametgâh hukuku veya lex fori ile bu neticeye vâsil olmuştur. 1900 senesinden sonra mezkûr İtalyan, yeniden bir kadınla evlenmiştir. Bir müddet sonra bu İtalyan, evlen-

[27]— Hal şeklimiz, atıf meselesiyle karıştırılmamalıdır. Bkz. yukarıda sahife 348, a).

[28] Melchior, 245-265; Raape, 113-117; Schnitzer, 112-115; Wolff, 79-81; Kegel, 102-108; Nussbaum, 100-105 ve ayrıca bkz. Kegel, § 9, 102.

[29] Hemen belirtelim, ki Alman tatbikati da bu meselede henüz müstakar bir mahiyet almamıştır. Kegel, 106. Her müellif, müdafaa ettiği fikre mesnet ittihaz edebilecek Alman Temyiz Mahkemesi kararlarını az çok bulabilmektedir.

[30] Melchior, 250, n. 2. Ve aynı kararın farklı bir şekilde tahlili için bkz. Nussbaum, 103-104, n. 10.



diği kadına karşı kendi milli hukuku olan İtalyan hukukuna göre ikinci evliliği aktedemiyeceği, filhakika ikinci evlenme zamanında kendisinin ilk evliliğinin İtalyan hukukuna göre henüz mevcut olduğu iddiası ile evlenmenin butlanı dâvasını ikame etmiştir. Alman Temyiz Mahkemesi, neticede kendisine intikal eden bu hâdisede, prensip olarak, eğer nişanlılardan her birinin milli hukuklarına göre evlenme ehliyetleri mevcut ise ancak muteber bir evlenmenin aktebileceğini ifade eden Tatbik Kanununun 13 üncü maddesinin kabili tatbik olduğuna karar vermiştir<sup>31</sup>. İtalyanın evlenme ehliyeti İtalyan hukukuna göre tesbit edilecektir. Burada sarahaten evlenme ehliyetinin tâyini için salâhiyetli olan İtalyan hukukunun Devletler Hususî Hukukuna müteallik önmelese'ler için de kabili tatbik olduğu ifade edilmiştir.

Bu durumda Alman Temyiz Mahkemesi, İtalyanın evlenme ehliyetini ve dolayısıyla ortaya çıkan önmelese'yi, yani İtalyanın ilk evliliğinin sona ermesinin muteber olup olmadığını İtalyan hukukuna tâbi tutmakla, İtalyanın evlenme ehliyetini ikinci evlilik itibariyle kabul etmemektedir. Hukuka uygun olarak Alman mahkemesi tarafından verilmiş boşanma kararı muvacehesinde varılan bu netice, önmelese'nin halli bakımından doğruluğunu muhafaza eder. Fakat ihtilâfın nihai hal şekli olamaz. Âmme intizamının meseleye müdahalesi zarurî olur<sup>32</sup>.

b) Aynı noktaya Alman Yüksek Mahkemesi 17.10.1930 tarihli bir kararında temas etmiştir<sup>33</sup>: Çekoslovakyalı olan eşler Alman mahkemesi tarafından boşanmışlardır. Çekoslovakya hukuku ise yabancı mahkemeler tarafından Çekoslovak tebaaları hakkında verilen boşanma hükümlerini esas itibariyle tanımamaktadır. Boşanan eşlerden biri tekrar Almanyada evlenmek istemiştir. Yüksek Mahkeme, yukarıda zikredilen Tatbik Kanununun 13 üncü maddesine istinaden boşanmış eşin evlenme ehliyetinin Çekoslovak hukukuna tâbi olduğunu ve buna göre de «müddei için, Alman mahkemesi tarafından kesinleşmiş bir kararın verilmiş olmasına rağmen, onun

[31] 18 Ağustos 1896 tarihli Alman Medeni Kanunu hakkındaki Tatbik Kanununun (EGBGB) 13 üncü maddesinin ilk fıkrası şöyledir: «Nişanlılardan biri Alman olsa dahi evlenme akdi münasebetiyle nişanlılardan her biri hakkında nişanlının tâbi olduğu Devletin kanunları nazarı itibare alınır. Almanyada evlenen yabancılar için de aynı hüküm câri olur.»

[32] Önmelese ve Âmme intizamı arasındaki münasebet için bkz. Heride sahife 354, (III).

[33] Melchior, 251, n. 2.



ilk evliliğinin bahis mevzuu ikinci evlenme bakımından bir evlenme manii teşkil etmekte, zira evlenmeye tatbik edilen onun millî hukukunun evvelki evlenmeyi halen mevcut kabul etmekte olduğunu» neticeten ifade etmiştir. Alman mahkemesinin kesinleşmiş olan boşanma kararı sebebiyle, Alman hâkimi için bu Çekoslovakyalı eşin boşanması şüphesiz mevcut olmasına rağmen<sup>34</sup> evlenme, boşanmış eşlerden birinin evlenme ehliyeti bakımından önmelele olarak nazara alındığı müddetçe Çekoslovak Devletler Hususî Hukukuna müsteniden henüz mevcut olarak nazara alınır.

c) Alman Temyiz Mahkemesinin diğer bir kararı da şöyledir<sup>35</sup>: Yunan katoliği olan bir Bulgar, Dresden'de evlendirme memuru önünde bir protestan Alman kadını ile evleniyor; müteakiben bir protestan kilisesinde de dini nikâh kıydırıyor. Bir zaman sonra koca, karısına karşı açtığı dâvada, küçük çocuğunun annesinden alınarak kendisine verilmesini talep ediyor. Dâva, çocuğun evlilik içi olmasına müstenittir. Anne, buna karşı, çocuğun evlilik içi olmadığını iddia ediyor, çünkü Bulgar hukuku ne medenî evlenmeyi ve ne de bir Yunan katoliği inancına uygun olarak Yunan katoliği olan Bulgar tebaası ile diğer mezhepten bir yabancı arasında icra edilen nikâhı muteber addetmektedir. Yani Bulgar hukuku bakımından evlenmenin muteber olmadığı iddia ediliyor. Neseb meselesine Alman Devletler Hususî Hukuku bakımından, Tatbik Kanununun 18 inci maddesine uygun olarak Bulgar hukuku tatbik edilir<sup>36</sup>. Nesebin tâyininde muteber bir evlenmenin yapıp yapılmadığı önmelele idi. Diğer taraftan Almanyada icra edilen bir evlenmenin şekli Tatbik Kanununun 13 üncü maddesine göre münhasıran Alman kanunlarına tâbidir<sup>37</sup>. Bu durum karşısında taraflar arasındaki evliliğin muteberiyeti Bulgar hukukuna göre halli icap eden bir önmelele olmayıp, sadece hali icap eden bir mesele olsaydı Bulgar hukukunun tatbikine gidilmezdi. Nitekim Alman İstinaf Mahkemesi ve Alman Temyiz Mahkemesi, evlenmenin mevcudiyeti meselesini Bulgar hukuku mu-

[34] Bkz. yukarıda sahife 351, n. 32.

[35] Melechior, 252, n. 1 ve aynı kararın farklı bir şekilde tahlili için bkz. Nusabaum, 104, n. 11.

[36] EGBGB. m. 18, I: «Bir çocuğun nesebinin sahih olup olmadığı, ananın kocasının, çocuğun doğumu anında Alman tabliyetini halz olması veya koca doğumdan evvel ölmüşse son tabliyetinin Alman olması halinde Alman kanunlarına göre tâyin olunur.»

[37] EGBGB. m. 13. III: «Almanyada icra edilen bir evlenmenin şekli münhasıran Alman kanunlarına göre tâyin edilir.»



vacehesinde dinî nikâh bakımından halletmişler ve bir evlenmenin mevcudiyetine, Alman hukukuna uygun olarak icra edilen nikâh dolayısıyla değil, fakat dinî nikâh yönünden vasil olmuşlardır.

d) Aynı noktâi nazar Yüksek Mahkemenin daha evvelce vermiş olduğu 13.3.1911 tarihli bir kararından da istihraç edilebilmektedir<sup>38</sup>. Bu karara mevzu teşkil eden hâdisede, bir İtalyan Londrada İngiliz hukuku şekline uygun olarak evlenmiştir. Hukukî muamelelerin şekilleri için lex loci actus kaidesinin nazara alınmasını kâfi gören Tatbik Kanununun 11 inci maddesinin tatbiki mevzuubahistir<sup>39</sup>. Filhakika bu hüküm müstakil bir kanunlar ihtilâfı normu olup, hukukî muameleye temel teşkil eden maddî hukukun mahalli şekli kabul edip etmediğine bağlı olmıyarak tatbik edilir<sup>40</sup>. Buna rağmen, mezkûr İtalyanın ikinci evlilik bakımından, İngiliz hukukuna uygun olarak icra edilen ilk nikâhın bir evlenme teşkil edip etmediği, İtalyan Devletler Hususî Hukukuna göre halli icap eden —âmme intizamı müdahalesi olmadığı müddetçe— bir önmelese kabul edilir.

e) Almanyada idarî tatbikat da önmelese'nin, esas meseleye hâkim olan hukukun kanunlar ihtilâfı sistemine göre halledileceği şeklinde tezahür etmiştir<sup>41</sup>. Alman Medenî Kanununun 1315 inci maddesi (şimdi, Ehegesetz, madde 10)<sup>42</sup> yabancıların evlenebilmeleri için kendi milli kanunlarına göre evlenebileceklerini gösteren bir vesika ibrazını emretmiştir. Evlendirme memurları yabancı devlet makamları tarafından verilen ve yabancının evlenme ehliyetini gösteren bu vesikalara istinat etmek mecburiyetindedirler. Vesika veren makamlar, diğer evlenme mânileri meyanında muteber bir evlenmenin mevcudiyeti bakımından, kendi Devletler Hususî Hukukunun esaslarına tâbidirler. Bu itibarla millî devlet tarafından tanınamıyan bir Alman mahkemesinin boşanma kararına istinaden yeniden evlenmek talebinde bulunan yabancı, kendi milli makam-

[38] Melchior, 249, n. 4.

[39] EGBGB. m. 11, I: «Bir hukukî muamelenin şekli, o hukukî muamelenin mevzuunu teşkil eden hukukî münasebetin tâbi olduğu kanunlara göre tâyin olunur. Fakat hukukî muamelenin yapıldığı yer kanunlarının nazara alınması da kâfidir.»

[40] Melchior, 184 vd.

[41] Melchior, 255.

[42] Alman Medenî Kanunu (BGB)'nun 1315 inci maddesi mülga olup, bu maddenin mukabilî olan 20 Şubat 1946 tarihli Evlenme Kanunu (Ehegesetz) nun 10 uncu maddesi şudur: «Yabancılar, milli kanunlarında mevcut bir evlenme mânilinin evlenmelerine mâni olmadığı hususunda kendi devletlerinin mahallî makamları tarafından verilmiş bir vesikayı ibraz etmedikçe evlenemezler.»



larından lüzumlu vesikayı alamıyacağından Almanyada evlenemeyecektir. Görülüyor, ki yabancı, evlenebilmesi bakımından önmelele teşkil eden evvelki evlenmenin mevcut olup olmadığı hususunda, evlenme ehliyetini tâyin eden kendi milli hukukunun kanunlar ihtilâfı kaidelerine tâbi olmaktadır.

Netice olarak kaidemizi yeniden tekrarlıyabiliriz: esas mesele- nin halli için kabili tatbik olan hukuk, esas meseleye tekaddüm eden önmelele'ler için de tatbik edilecek hukuktur.

### III — Önmelele ve âmme intizamı

Önmelele için vazettiğimiz kaide, Devletler Hususî Hukukunun her kaidesi gibi âmme intizamı istisnasına tâbidir. Filhakika neticesi bakımından garip durumların ortaya çıkmasına sebep olabilen önmelele'ye ait kaide, âmme intizamı istisnası ile çok karşılaşabilir. Evvelce zikretmiş olduğumuz 21.3.1912 tarihli kararı bu yönden incelersek âmme intizamının rolü daha iyi belirir<sup>43</sup>.

Prusyada ikamet eden bir İtalyan, kesinleşmiş bir Prusya Mahkemesi hükmü ile karısından boşanmıştır. O zamanki Prusya Devletler Hususî Hukuku hükümlerine göre boşanma için ikametgâh hukuku veya lex fori, tarafların tabiiyeti nazara alınmadan tatbik edilirdi. Bu itibarla 1900 tarihinden evvelki bu boşanma hükmü hukukan da doğru bir karardı. 1900 senesinden sonra İtalyan yeniden bir kadınla evlenmek isteyince, evlenme ehliyeti bakımından, evvelki evliliğin durumu yeniden bir mesele teşkil etti. Zira Alman mahkemesi, İtalyanın evlenme ehliyetini, onun milli kanununa göre tâyin durumunda idi. Bu bakımdan ilk evlenmenin mevcut olup olmadığı önmelele teşkil etti. Önmelele, vazettiğimiz kaideye uygun olarak İtalyan hukukuna göre halledildi. İtalyan hukuku boşanmayı tanımadığı için İtalyanın ilk evliliğinin mevcudiyeti neticesine varıldı. Şimdi Alman hâkimi önünde iki husus vardı: Alman mahkemesi tarafından verilmiş bir boşanma kararı ve önmelele dolayısıyla bu boşanmanın tanınmaması. Alman Temyiz Mahkemesi, bu hukukî durumda, o zamanki hukuka göre boşanma hükmünün kesinleştiği ve tekmil üçüncü şahıslar bakımından da evliliğin sona ermiş bulunduğu ve dolayısıyla boşanmış eşlerden her birinin yeniden evlenebilme salâhiyetini haiz olduğu neticesine varmıştır. Halbuki, Alman mahkemesinin kesinleşmiş bir boşanma kararı mevcut olduğuna nazaran, Alman Devletler Hususî Hukukunun âmme intizamı

[43] Bkz. yukarıda sahife 350, n. 30.



hükmünü koyan Tatbik Kanununun 30 uncu maddesine istinaden <sup>44</sup> Alman hâkimi için boşanma kararına uyma zarureti ortaya konulabilirdi.

Aynı mütalâa yine evvelce zikrettiğimiz Alman Yüksek Mahkemesinin 17.10.1930 tarihli kararı için de bahis mevzuudur <sup>45</sup>.

#### IV — Önmeleşe ve tarafların iradesi

İrade muhtariyetinin kabul edilen şümulü dahilinde taraflar aralarındaki ihtilâfa tatbik edilecek maddî hukuku tâyin etmiş olabilirler. Hangi yabancı hukuk tesbit edilmiş ise, o yabancı hukukun yalnız iç hukuku nazarı itibare alınır. Mezkûr yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı sistemine bigâne kalınır. Bunun en basit mânası affın vuku bulmıyacağıdır. Yani esas meselede bir veya iki dereceli atıf bertaraf edilmiştir. Fakat taraflar buna rağmen iradelerine terkedilmiş saha içerisinde olmak şartıyla, meydana çıkabilecek önmeleşe'ler için tatbik edilecek hukuku veya kanunlar ihtilâfı sistemini muteber bir şekilde kararlaştırabilirler. Ancak tarafların önmeleşe mevzuunda ekseriya bir şey düşünmedikleri kabul edilebilir. Bu şekilde tarafların iradesi önmeleşe'ler bakımından mevcut değilse, yine tarafların iradesi ile salâhiyetli kılınan yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı sisteminin önmeleşe'lerde salâhiyetli olduğu neticesine varmak icap eder. Bu, tarafların arzularına en uygun geldiği kabul edilebilen ve önmeleşe'lere müteallik prensibi ifade eden neticedir.

#### V — Önmeleşe ve milletlerarası anlaşmalar

Milletlerarası anlaşmalar ile de muayyen ihtilâflara tatbik edilecek hukuk tâyin edilebilir. Burada da salâhiyetli kılınan hukukun kanunlar ihtilâfı kaidelerine gidilemez. Ancak, bu, anlaşmanın, esas meselede tatbik edilecek hukuk bakımından bir mesnet teşkil ettiği mânasına gelir. Fakat önmeleşe'ler bakımından da anlaşmanın salâhiyetli kıldığı maddî hukukun mutlaka salâhiyetli olduğu mânasına gelmiyebilir. Melchior'un verdiği misali tekrarlırsak söylediklerimiz daha iyi belirir <sup>46</sup>:

Evlenmeye müteallik kanunlar ihtilâfının haline dair 12 Haziran

[44] EGBGB. m. 30: «Bir yabancı kanunun tatbiki âdab ve ahlâka veya bir Alman kanununun maksadına aykırı düşerse, o kanun tatbik edilmez.»

[45] Bkz. yukarıda sahife 351. n. 33.

[46] Melchior, 265.



1902 tarihinde aktedilen ve 15 Eylül 1905 tarihinde mer'iyete giren La Haye Mukavelesi'ne göre, nişanlılardan her birinin evlenme ehliyeti kendi milli kanunlarına tâbidir. Mamafih, salâhiyetli milli kanun, bu hususta sarîh bir hüküm ile başka bir devlet kanununu salâhiyetli kılabilir. Fakat hiç bir şekilde, burada, önmele'ler bakımından da milli hukuktan başka diğer bir hukukun tatbikinin, milli hukukun sarîh bir kanuni hükmüne bağlandığı iddiasında bulunulamaz. Şöyle ki, evlenme ehliyeti bakımından bir gaiplik kararı önmele teşkil edebilir. Evlenmek isteyenlerden birinin evvelki evliliği, gaiplik kararına müsteniden feshe müncer olsun. Gaip hakkındaki, gaiplik kararı, ikametgâhı ve gayrimenkulleri itibariyle üçüncü bir devletin kanunlarına uygun olarak, bu üçüncü devlet mahkemesi tarafından verildiğinde, bu gaiplik kararını mevzuubahs milli devlet tanıyabilir. Bu takdirde, evlenme ehliyeti bakımından önmele teşkil eden gaiplik kararı mevzuunda, ehliyete tatbik edilecek olan milli kanun tatbik edilmeyip, üçüncü bir devletin hukuku tatbik edilmiş demektir. Milli devlet bunu kabul ettiğine göre, evlenmek isteyenlerin evlenme ehliyetleri vardır. Ve neticede, önmele'ye anlaşma hükmünün emrettiği hukuk tatbik edilmemiş olmaktadır. O halde sarahat bulunmadığı ahvalde, önmele hakkındaki prensip anlaşmalar bakımından da vârittir.

## VI — Hülâsa

Çalışmamızın bizi vasıl ettiği esasları hülâsatan şöylece ifade edebiliriz:

1. Bir kanunlar ihtilâfı kaidelerinin, muayyen bir hukukî münasebete tatbikini temin bakımından, mevzuubahs hukukî münasebetin lüzumlu mefhumlarının tesbiti önmele olmayıp, esas mesele'nin kısımlarını belirtmektir.

2. Önmele, esas meselenin halline tekaddüm eden ve evvelâ karara bağlanması icap eden müstakil bir meseledir.

3. Önmele'ye, hukuku esas mesele'ye tatbik edilen devletin kanunlar ihtilâfı sistemi hâkimdir.

4. Tarafların iradesiyle veya milletlerarası anlaşmalarla muayyen bir devletin hukukuna tâbi tutulan hukukî münasebetlerde, önmele'ler, hakkında sarahat olmadığı takdirde, bu devletin kanunlar ihtilâfı sistemine tâbidirler.



## BİBLİYOGRAFYA

- Belgesay**, Devletler Hususî Hukukunda Adliye, İstanbul 1938.
- Despagnet**, Les conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques, Clunet, 1898.
- Hoffmeyer**, Das internationalprivatrechtliche Vorfragenproblem, Hamburg 1956.
- Kegel**, Internationales Privatrecht, München/Berlin 1960.
- Melchior**, Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, Berlin/Leipzig 1932.
- Nussbaum**, Grundzüge des internationalen Privatrechts, München/Berlin 1952.
- Raape**, Internationales Privatrecht, 4. bası, Berlin/Frankfurt 1955.
- Schnitzer**, Handbuch des internationalen Privatrechts, 4. bası, Band I, Basel 1957.
- Seviğ**, Devletler Hususî Hukuku, 2. bası, Cilt I, İstanbul 1947.
- Surville**, Cours élémentaire de droit international privé, 7. bası, Paris 1925.
- Wengler**, Die Vorfrage im Kollisionsrecht, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 8 (1934).
- Wolff**, Private International Law, 2. bası, Oxford 1950.
- Wolff**, Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3. bası, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1954.
- Yörük**, Nazari ve Ameli Devletler Hususî Hukuku, 2. bası, İstanbul 1950.