

IV. KANUNLAR İHTİLÂFI MESALİ

Prof. Jacque Maury

Toulouse Hukuk Fakültesi Dekanı

Acaba ihtilâflar hukuku nedir, ve, evveleminde, kanunlar ihtilâfından ne anlaşılır? İki yabancıнын meselâ iki Belçikalının Fransada evlenmek istediklerini farzedelim, burada gerek esas gerekse şekil bakımından bu evlenmenin sıhhat şartlarının hangileri olduğunu tayin etmek lâzımdır. Devlet hâkimiyetinin mülki olduğu fikrinden hareket eder, ve halletmek istediğimiz meselelerin Fransız topraklarında ve bir Fransız resmî makamı önünde ileri sürüldüğünü gözönüne getirirsek, bu bapta Fransız kanununun, hususile Fransız Medenî Kanununun tatbikinin gerektiği neticesine varırız: böyle bir hal şekli eğer bütün meseleler hakkında tatbik edilecek olursa, hakiki anlamile bir kanunlar ihtilâfının ortada kalmıyacağı söylenebilir. İhtiyar edilen hal tarzının hem milletlerarası ticaretin ve hem de adaletin icaplarına tamamile aykırı olduğuna ve böyle bir mahiyet arzettiğine şüphe yoktur. Tıpkı diğer memleketlerde olduğu gibi Fransada da, muayyen bir milletlerarası münasebete tatbik edilecek millî veya yabancı hukuku tayin eden bir kanunlar ihtilâfı hukuku, yani kanunlar ihtilâfı kaideleri vardır. Meselâ, evlenmenin esasına taallük eden şartlar, *geniş anlamile* evlenmeğe ehliyet gibi meseleler alâkadarın millî kanununa, ve yukarıda derpiş ettiğimiz misalde, Belçika kanununa göre taayyün eder. Görülüyor ki yabancı Devletlerin hukukuna bir yer ayrılmış bulunmaktadır.

Biz burada bunun neden böyle olduğu meselesi üzerinde duracak, yani Devletler Hususî Hukukunun esasını araştıracak değiliz. Anglo-Sakson müelliflerinin, XVII nci asır Hollandalı Devletlerarası hukukçuların tesiri altında kalarak benimsedikleri milletlerarası mücamele teorisini ezcümle şu basit fikre irca etmek mümkündür ki Devletler Hususî Hukuku mesailinde, tıpkı bilfarz medenî hukuk mesailinde olduğu gibi, her Devlet mutlak bir hukukî hürriyeti haiz olup, istediği, en iyi zannettiği veya en muvafık bulduğu hukukî kaideleri, her türlü milletlerarası mükellefiyetten âzade olarak vazetmekte serbesttir. Devletlerin mezkûr tam hürriyetleri tezi, farklı esaslara dayandırılmakla beraber, diğer birçok kara-Avrupa hukukçuları tarafından, hususile İtalyanlar tarafından benimsenmiş bulunmaktadır. Ben, kendi hesabıma, mezkûr nazariyenin

tam isabeti havi bulunmadığını zannettiğimi kaydetmekle iktifa etmek isterim. Kanaatime göre — burada Mösyö Bartin'in fikirlerini ele alarak ikmal etmeğe çalışıyorum — her Devlet için bir Devletler Hususî Hukukuna malik bulunmak, kanunlar ihtilâfı kaideleri ihdas etmek, yani muayyen bazı hallerde yabancı kanunların tatbikini emretmek yolunda pozitif bir Devletler Umumî Hukuku vecibesi mevcuttur. Vakıa yabancı kanunun hükmüne ne dereceye kadar yer verileceği meselesi, bu kanunu tatbik eden bağımsız Devletin arzu ve ihtiyarına bağlıdır. Fakat mezkûr Devlet yabancı kanunun hükmüne her halde yer vermek mecburiyetindedir. Kanunlar ihtilâfı hukukunun temelini teamüli bir Devletler Umumî Hukuku vecibesi teşkil eder.

Her ne hal ise, zaten, kanunlar ihtilâfı kaidelerinin, yani her Devlete mahsus bir kanunlar ihtilâfı hukukunun fiili birer olay olarak mevcudiyetleri inkâr edilemez. Devletler Hususî Hukuku, özel bir mahiyeti haiz bulunması itibarile, bir hukukçunun halletmesi veya halle gayret etmesi gereken birçok meselelerin doğumuna sebebiyet vermektedir. Bu noktada — biraz gayrimenus olmakla beraber maksada elverişli olan şu terimi kullanarak — diyebiliriz ki, biz bir kanunlar ihtilâfı mesaili ile karşı karşıya bulunmaktayız. İşte bu konferansında ele alarak mahiyetini kat'iyetle tayin etmek istediğim şey bu mesail'dir.

Bu mevzuda iki problem serisi birbirinden ayırt edilmek lâzımdır (bu noktada İtalyan doktrini ile hemâhenk olarak mütalâada bulunuyorum). İlk evvelâ kanunlar ihtilâfı kaidesinin ne olduğu, bunun mânası, şümulü ve *geniş anlamile* mahiyeti tayin edilmek lâzımdır; buna biz, daha isabetli bir terim bulamadığım için, — kanunlar ihtilâfı kaidesi mefhumu — terimini izafe ediyoruz. Bundan sonra ihtilâf kaidesinin tatbikinden ve evveleminde tayini zarurî olan bunun hakikî anlamından ve tatbikini temin eden kaidenin tefsiri keyfiyetinden bahsedeceğiz; saniyen, kanunlar ihtilâfı kaidesinin tatbikine engel teşkil eden istisnalar veya tahditler üzerinde duracağız. Bu suretle konferansımızın her iki kısmının mevzuunu tayin etmiş oluyoruz.

1) Kanunlar ihtilâfı kaidesi mefhumu.

Her hangi bir hukuk kaidesi karşısında bulunduğu zaman, bir hukukçunun kendi kendine sorması gereken suallerden birincisi bu kaidenin nereden geldiği menşeinin ne olduğudur. Bir memleketin kanunlar ihtilâfına müteallik kaideleri, o memleketin diğer hukuk kaideleri gibi, dahili mevzuatı tarafından veya millî mahkemelerin kazai içtihatları tarafından tespit edilebileceği gibi fiilen de bunun böyle olduğuna çok kerre

rastlanmaktadır: kazaî içtihatların hukuk kaynağı teşkil edip etmediğinden doğan yani bunların hukukî kıymetlerinin tayininden doğan ihtilâf münhasıran Devletler Hususî Hukukuna mahsus bir ihtilâf olmadığı cihetle ben burada kanaatimi sadece bildirmek ve bu baptaki cevabın müspet olması gerektiğine şüphem olmadığına inandığımı izhar etmekle iktifa edeceğim. Fakat medenî hukuk kaidelerinin hilâfına olarak —hiç olmazsa bu kaidelerin anlaşma yolu ile tevhidî cihetine gidilmediği vakitlerde— ihtilâf normları, menşelerini, bilfarz ya milletlerarası teamüllerde veya milletlerarası andlaşmalarda bulabilirler ve fiilen de bulabilmektedirler. Meselâ, Fransanın 1 Haziran 1914 tarihine kadar âkitlerinden birini teşkil ettiği 12 Haziran 1902 tarihli La Haye Andlaşmalarından birinin birinci maddesinde, «evlenme aktedebilme hakkının müstakbel eşlerden her birinin kanunları ile tayin olunacağı» kararlaştırılmıştır. Acaba böyle bir vaziyette, karşısında bulunduğumuz kaide millî mi yoksa milletlerarası mahiyette midir. Bu mesele üzerinde fazla ısrar etmemekle beraber bunun aşağıdaki soruların vaz'ına müncer olacağına işaret etmek isteriz: acaba, bir anlaşma dolayısıyla tespit edilen akdî norm, âkit Devletler tebaası üzerinde *kendiliğinden* hüküm ve tesir ika eder mi, yoksa ilgili Devletlere, o normu kendi iç hukuk alanlarında teyit edecek, ona tekabül edecek, kaideler vaz' ve tatbik mükellefiyetini mi yükler. Bu ise, Devletler Hukukunun millî mi yoksa milletlerarası mahiyette mi bulunduğu, ve hiç olmazsa, Devletler Hususî Hukukunun menşei andlaşmalarda bulunan kısmı hakkında bunun varit bulunup bulunmadığı meselesinden başka bir şey değildir.

Yukarıda derpiş ettiğimiz nokta üzerinde fazla durmıyarak daha ileri gitmek ve ihtilâf kaidesinin menşei probleminden — ki bu azçok kaidenin haricî durumuna taallûk etmektedir — onun mahiyetini tayine ve onu diğer normlardan tefriğe yarıyan bünyesi problemine geçmemiz lâzımdır. Kanunlar ihtilâfı kaidesi bizi aradığımız hukukî neticeye doğrudan doğruya ulaştıramaz, yani tanzim fonksiyonu ile tavzif kılındığı duruma yani milletlerarası rabıtaya tatbik edilecek kaideyi ihtiva etmez, sadece aranan neticenin istihraç edilebileceği — millî veya yabancı hukuku göstermekle iktifa eder. Meselâ evlenmenin esasına taallûk eden şartları mülâhaza edelim, kanunlar ihtilâfı kaidesi bize evlenmenin hangi yaşta vukubulacağını tayin etmez, sadece, bize bunu öğretecek olan hukuku — hâdisemizde alâkadarın millî hukukunu — gösterir. Kanunlar ihtilâfı kaidesi bir atıf kaidesidir, veya daha doğrusu, iltibasî önlemek maksadile, bunu vasıtalı bir norm olarak vasıflandırabiliriz. Bundan da — tabii bir tarzda — milletlerarası hukukçunun halletmesi gereken... ve bizim de burada belirtmekliğimiz lâzımgelen, bütün bir meseleler silsilesi

hususla gelir (Devletler Hususî Hukukunun normolojik anlayışı hakkında Goldschmidt'in, *Nouvelle Revue de Droit International Privé*, 1940, s. 16 ve müt., ve *Sistema formal del Derecho de colision en le espacio y en el tiempo*, 1945 eserlerine müracaat ediniz).

İlk evvelâ, pozitif ihtilâf kaidesinin mevzu ve fonksiyonunun ne olduğu meselesini ele alalım. Zâhiren, yani ilk bakışta, bu kaide teşriî hâkimiyetlerin hududunu tayin etmekte sınırını çizmekte, bilfarz Fransız kanun koyucusunun, vazetmiş olduğu medenî hukuk hükümlerine, hangi hallerde boyun eğilmesini istiyebileceğini tayin, ve hangi hallerde yabancı bir kanun boyucu tarafından derpiş edilen kaidelere riayet gerektğini tespit eylemektedir: Fransız Medenî Kanunu bir Fransızın, Türk Medenî Kanunu ise bir Türkün evlenmelerinin muteberliği için gereken şartları tayin ederler. Zâhiren bu şekilde tezahür eden durum acaba hakikatte de böyle midir? Eğer kanunlar ihtilâfı hukukunun millî bir hukuk olduğu düşünülürse — ki menşei bakımından bunun büyük bir kısmı itibarile böyle olduğuna hiç şüphe yoktur (kanun veya içtihat) — bu hukukun, teşriî bakımdan hâkimiyeti haiz olan Devletler arasında, Alman terimi veçhile, bir Hudut-hukukundan (*Grenzrecht*) ibaret bulunduğunu tasavvura imkân var mıdır? Uzun müddet klâsik mahiyette kalan teze karşılık İtalyan doktrini yeni bir görüş tarzı ortaya atmıştır, bu görüşe göre ihtilâflar hukuku, millî-dışı (extranationaux) unsurları havi durum veya münasebetlerin tanzimine matuf tamamen millî bir hukuk branşından ibarettir, kanun koyucusunun buradaki faaliyeti, tıpkı bilfarz ticarî hayata ait hâdiseler ve münasebetler için olan faaliyeti gibi «milletlerarası hayat münasebet ve hâdiselerine tatbik edilebilmek üzere özel bir hukuk disiplini ihdas etmeğe matuftur» (Ago). Acaba mezkûr tez'lerden ilkinin muhafaza mı, ikincisine iltihak mı, yoksa her ikisini birbirile telif mi etmek lâzımdır? İşte halledilmesi gereken ilk büyük meselelerden biri budur.

Hallî gereken ikinci meselenin — yukarıkinden daha az önemi olmak ve sureti hallî, yukarıda iltizam edilecek görüş tarzına behemehal bağlı bulunmamakla beraber — birinci mesele ile irtibatı vardır. Burada üzerinde durulması icap eden nokta ihtilâflar hukukunun âmme hukukundan mı, yoksa hususî hukuktan mı olduğu yani, meseleyi kendi görüş zaviyemize göre ifade edersek: mezkûr hukukun tanziminde *geniş anlamile* siyasî ve âmme hukuku mülâhazaları mı hâkim olduğu yoksa, hususî hukuk ve hususî hayat münasebetlerini daha iyi bir şekilde tanzim etmek endişesinin mi ön plânda geldiği meselesidir.

Nihayet üçüncü ve sonuncu bir problem de ihtilâf kaidesinin vasıtalı, atıflı bir kaide olmasından ileri gelmektedir. İhtilâf kaidesi, bazı hallerde, hâkime sorulan meselenin hal suretinin yabancı bir kanunun hükümle-

rinde aranmasını emreder, meselâ bir İspanyolun evlenmesinin esasına taallûk eden şartlar içinde İspanyol kanununun hükmüne bakılmasını gerekli kılar. Acaba, vaziyet bu olduğuna göre, burada tatbik edilen yabancı kanun yabancılık vasfını muhafaza etmiş sayılır mı? Hattâ burada yabancı bir kanun hükmünün hakikî bir tatbikinden bahsetmek doğru mudur? Anglo-Sakson müktesep haklar teorisi bu suallerden ikincisine menfi cevap vermekte ve bu suretle ilkinin dahi red ve cerhetmiş bulunmaktadır: mezkûr teoriye göre muayyen bir Devletin mahkemeleri, meselâ Fransız mahkemeleri, yabancı bir kanunun hükmünü hiçbir zaman ne tatbik ederler ve ne de, hukukun mutlak mülkiliği prensibi icabı, böyle bir kanunun hükmünü tatbik yetkileri olabilir; fakat bir ferdin nerede ve ne şekilde olursa olsun iktisap ettiği haklara, mahkemelerin, riayet edilmesini temin etmeleri mükellefiyeti, milletlerarası hukukun ve umumiyetle bütün hukukun temelli prensiplerindedir; bu itibarla eğer yabancı bir memlekette veya, daha doğrusu, yabancı bir kanun gereğince bir kimse sübjektif bir hak (aynî hak, alacak hakkı) kazanmış bulunursa, yerli makamların veya mahkemelerin bu hakkın tecellisini temin etmeleri icabeder; şüphesiz bu münasebetle mezkûr merciler yabancı kanunun hükümlerini hesaba katmak durumu ile karşılaşılır, fakat yabancı devlet kanunu burada, bu devlet kanununa tevfikân vücut bulmuş sübjektif bir hakkın varlığının maddî unsuru olarak nazarı itibara alınır; Amerikalı müellif Mr. Beal'in formülüne göre, *lex fori* (yani hâdisemizde Fransız hukuku), maddî bir vak'a mahiyetinde bulunan yabancı (sübjektif) hak üzerine, milli (sübjektif) bir hak aşılır. Bu böyle olunca, yani hakikatte yabancı bir kanunun tatbiki bahis mevzuu bulunmadıkça, bu kanunun, yani objektif bir hukukun ne sıfatla tatbik edildiği probleminin zuhuruna meydan kalmaz. Maamafih bu sisteme karşı kat'î bir itiraz ileri sürmek mümkündür: yabancı bir kanuna tevfikân iktisap olunan bir hak ancak usulü dairesinde kazanıldığı takdirde iltifata mazhar olabileceği malûmdur, acaba burada muteber bir iktisabın şartlarını tayin eden kanun hangi kanundur? İhtilâfa el koyan hâkimin nazarında — ki biz bunun Fransız hâkimi olduğunu farzediyoruz — salâhiyettar kanun hâkimin milli kanunu, *lex fori*, yani Fransız Devletler Hususî Hukukudur; imdi, mezkûr kanunla derpiş edilen yabancı Devletin Devletler Hususî Hukuku arasında mütabakat bulunmadığı hallerde ya, mülâhaza olunan menşe memleketinde mevcut olmayan bir hakkın Fransada himaye edilmesi, veyahut da, tersine olarak, mezkûr memlekette doğmuş olan ve var sayılan bir hakkın Fransada tanınmaması neticelerinden biri husule gelebilir. Biraz müphem olan bu düşünüşümü izah etmek ve aydınlatmak için bir misal vereyim: *Almanyada mukim bulunan bir İtalyan ölüyor ve Fransada

menkul mallar bırakıyor; işte muteber surette el koyduğunu farzettiğimiz bir Fransız mahkemesi menkul mirasın intikali hususunda ölünün ikametgâhı kanununu yani Alman kanununu tatbik edecektir; fakat sıfatı mezkûr kanunla taayyün eden mirasçının, gerek İtalyan gerekse Alman Devletler Hususî Hukuku bakımından müteveffanın millî kanunu olmak itibarile yetkili sayılan İtalyan Medenî Kanununa göre, hiçbir miras hakkı mevcut olmayabilir; yani mezkûr şahsın ne Almanyada ve ne de İtalyada miras hususunda müktesep bir hakkı mevcut olmadığı halde Fransız hukuku ona böyle bir hakkı bahsedebilir. Bir (sübjektif) hakkın iktisabını mümkün kılan şartlar yani, millî ve milletlerarası Devletler Hususî Hukuklarında bu iktisabı temine yetkili olan kanun hükümleri, birbirinin aynı olmadıkları hallerde müktesep haklar teorisi tatmin edici mahiyette değildir, bir ihtilâfa tatbik edilecek kanunun tayini problemi müktesep haklar meselesine tekaddüm ettiği için onunla izah edilemez. Devletler Hususî Hukuku doğrudan doğruya yabancı kanun hükmünü nazarı itibara alır, yoksa mezkûr kanuna tevfikân iktisap edilmiş hakkı değil. Bu itibarla yabancı kanunun hükmüne ne sıfatla önem verildiği, yani bu kanun, yabancılık vasfını muhafaza ettiği halde mi yoksa millî kanun hükmüne inkilâp etmek suretile mi tatbik edildiği meselesinin bir yana bırakılmasına imkân olamaz.

İşte menşe ve bünye problemleri... Bunları burada incelemenin sırası değildir. Esasen bu problemler ancak, milletlerarası hukukla millî hukuklar bir arada, yanyana, bulunmaları dolayısıyla vaz ve tasavvur olunabilirler. Bu itibarla, bu problemlerin hallinin, geniş bir ölçüde, daha umumî olan iç hukuklarla milletlerarası hukuk arasında, ve muhtelif iç hukuk alanlarının yekdiğeri arasındaki münasebetler meselesine bakılış zaviyesine göre değişeceği hattâ bunun, bundan da daha şümüllü olarak — zira zikredilen münasebetleri anlayış tarzı da pozitif hukuk hakkındaki bilgilere tâbidir — pozitif hukuk hakkında mevcut telâkîlere göre tahavvül edeceği aşikârdır. İşte burada hukuk nizamlarının bağımsızlığı teorisi, daha basit bir ifade ile, hukuk nizamları teorisile karşılaşmaktayız. Bu teoriye göre hukuk fenomenini husule getiren ilk ve esaslı gerçek, birbirile âhenkli surette bağlanmış normlar mecmuası mânasına gelen hukukî nizamdır. Ben, kendi hesabıma, bu teorinin hilâfına olarak, hukuk mutasım behemehal bir sistem şeklinde tertip edilmiş bulunmayan kaidede veya kaidelerde mündemiç sayan doktrini tercih ederim. Bu münasebetle de, ihtilâf kaidesi hakkındaki telâkkinin hemen hemen tamamile, bu esaslı noktalara dair iltizam edilen görüşler üzerine müesses bulunacağını kaydetmek gerektir. Tabiatile mezkûr görüş tarzlarının, temas edilecek diğer problemler üzerinde de tesiri olacağına

şüphe yoktur: bununla beraber bu problemlere karşı verilecek cevapların yukarıda açıkladığımız görüşlerle mutlaka ve doğrudan doğruya ilgili buldukları söylenemez, hattâ bu görüş tarzlarından sarfınazar edilmek suretile de mezkûr problemleri incelemek mümkün olabilir. İşte burada mevzuumuzun ikinci kısmına erişmiş bulunuyoruz:

2) İhtilâf kaidesinin tatbiki.

Herhangi bir kaidenin tatbik edilebilmesi evvelâ onun mahiyetinin anlaşılmasına ve arzettiği tefsire müteallik meselelerin hallinin mümkün bulunmasına bağlıdır. Bir medenî hukuk, ticaret hukuku veya ceza hukuku kaidesinin tefsiri umumî metodoloji problemleri doğurur (meselâ ve esas itibarile, tefsirin sübjektif mi yoksa objektif mi olması gerektiği meselesi); bu umumî mahiyetteki problemler halledildikten sonradır ki her kaide veya kaideler grubuna taallûk eden hususî meselelerin halline tevessül edilir; bu suretle de tefsirin şahsileştirilmiş olduğu iddia olunabilir. Kanunlar ihtilâfı kaidelerine gelince bunlar hakkında tam mânasile aynı şey söylenemez. Bu kaidelerin hususî bünyeleri icabı ve bunların vasıtalı mahiyette bulunmaları dolayısıyla, mülâhaza olunan ihtilâf kaidesi ne olursa olsun her zaman aynı kalan, bu kaidelerden herbirinin tefsirine tekaddüm eden ve binaberin umumî mahiyetleri dolayısıyla mücerret olarak vaz ve incelenmesi kabil olan ve icap eden problemler mevcuttur. Bunu misallerle canlandıralım: evlenmenin esasına taallûk eden şartların alâkadarların millî kanununa göre taayyün ettiği, veyahut, menkul mirasın müteveffanın ikametgâhı kanununa tâbi olduğu kaidelerini ele alalım. Bu müşahhas hususî mahiyetteki kaidelerden de şematik ve umumî bir formüle geçelim: (a), diye belirttiğimiz muayyen bir durum veya rabıtaya (meselâ evlenmeğe ehliyete, menkul mirasa), bağlantı noktası olarak ele aldığımız (m) unsuru tarafından (meselâ alâkadarın tâbliyeti, ölünün ikametgâhı) tarafından tayin edilen (x) kanununun hükmü tatbik olunur, formülünü mülâhaza edelim. Herhangi bir ihtilâf kaidesinin tefsirinde mündemiç bulunan üç problemi görebilmek için bu formülün üç kısmından herbirini ele almak kâfidir.

Acaba yukarıda tatbikinin gerektiğini derpiş ettiğimiz (x) kanun veya hukuku hangi Devlete aittir? Bunda (x) hukuk nizamının ihtilâf kaidelerile beraber maddî hukuk normları, ve Devletler Hususî Hukuku ile birlikte Medenî Hukuk kaideleri de yer alır mı, yoksa bu bapta salâhiyettar sayılan sadece bu son olarak zikrettiğimiz, bilim kolu mudur? İşte en klâsik şekli ile atıf meselesi, bu mesele en çok tanınmış meselelerden biri olmakla beraber, tatbik edilecek kanun ibaresinin çerçevesi içine giren yegâne mesele değildir.

Kezalik acaba (m) yani tâbiyyet, ikametgâh, malın bulunduğu yer, aktin vukubulduğu yer gibi irtibat vasıtaları nasıl ve hangi hukuka göre tayin edilecektir? Ve yine kanunlar ihtilâfı kaidesinin hükmü altına girecek olan (a) durum veya rabitaları hangi kanun veya hukuka göre taayyün edecektir? Müelliflerin büyük bir sayısı gerek yaptıkları incelemelerde gerekse vardıkları sonuçlarda bu son iki problemi birbirinden ayırmazlar, bunun sebebi mezkûr müelliflerden bazılarının iki problem arasında bir fark gözetmek istememeleri, diğerlerinin ise, iki nevi problem arasında bir fark tesis etmekle beraber, bunların esasta aşikâr bir surette birbirinin aynı olduğuna dair kanaate sahip bulunmalarındır. Her ne hal ise — bu bapta verilecek kat'î karar ne olursa olsun — meseleyi tahlil etmek zarureti meydandadır: bu itibarla ve hiç olmazsa muvakkaten, ihtilâf kaidesinin hükmü altında bulunan (a) durum veya münasebetinin tayini diye isimlendirebileceğimiz şıkka, müelliflerin büyük bir kısmı ile beraber vasıf ihtilâfı adını takmamız muvafık olur.

İşte yukarıda zikri geçen problemler halledildikten, ve muayyen bir ihtilâf kaidesi incelenerek ondan istihraç olunacak kaideler tatbik ve tefsir edildikten sonra, belli bir duruma tatbik edilecek hukuk kaidelerini tayin etmiş oluruz. Maamafih bu suretle taayyün eden hukuk her daim tatbik olunabilir mahiyette değildir: bazı hallerde bu hukuk bir yana bırakılarak yerine *lex fori*, ihtilâfa el koyan hâkimin kanunu tatbik edilmek gerekir, yani ihtilâf kaidesinin tatbikine mâni olan hallerde karşılaşılmış olur: sözlerime nihayet verirken bu istisnai şıklardan, yani, milletlerarası âmme intizamı teorisini ve kanuna hile gibi Mr. Goldschmidt'in ihtilâf kaidesinin menfi evsafı diye isimlendirdiği hallerden kısaca bahsetmek isterim.

İhtilâf kaidesi tarafından tayin edilen kanunun muayyen bir Devlet hâkimi, meselâ Fransız hâkimi tarafından tatbik edilmesi, evveleminde, Fransız Devletin, salâhiyettar üçüncü devlet kanununu muteber saymasını ve mezkûr kanunun gösterdiği hal tarzlarını kabule şayan addetmesini tazammun eder; iki Devlet arasında asgarî bir hukukî müşareketin varlığını gerektirir. Eğer bahsi geçen iki Devlet arasında böyle bir müşareket mevcut olmaz, ve eğer iki devletin esaslı bir nokta üzerindeki görüşleri tam ve kat'î olarak birbirine zıt bulunursa, normal hallerde salâhiyettar bulunan kanunun hükmü iskat ve bertaraf edilir; ihtilâfa el koyan Fransız mahkemesi bu kanun yerine Fransız kanununun hükmünü ikame eder. Milletlerarası âmme intizamı hükümleri, normal olarak salâhiyettar bulunan kanunun, muhtelif Devletler arasında hukukî bir müşareket mevcut olmaması sebebiyle yerli nizama aykırı bulunan kaidelerini bertaraf eden hükümlerin mecmuundan ibarettir.

Kanuna karşı hile halinde de aynı sonuçla yani bir iskat ve ikame keyfiyeti ile karşılaşmaktayız. 27 Temmuz 1884 tarihli kanunun meriyetinden önce, iki Fransız karı-koca (Vidal) sırf yeni memleketlerinde boşanabilmeyi temin etmek için İsviçre tâbiyetini ihtiyar ederler; hakikaten de mahkeme boşanmağa hükmeder ve bu sayede karı yeniden evlenmeğe muvaffak olur; bir müddet sonra, karının ilk kocası, infial, intikam... veya belki de pişmanlık sebebiyle vâki ikinci evlenmenin bütlanını iddia eder. Bu iddia üzerine de Paris mahkemesi, boşanmanın salâhiyettar kanuna yani karı-kocanın milli kanununa uygun surette karar altına alındığını kabul etmekle beraber, bunun Fransada bir hüküm husule getiremeyeceğini zira ilgililerin tâbiyet değiştirmeleri keyfiyetinin, münhasıran, «evlilik bağının çözülmeliğini iltizam eden Fransız kanununun prensibine karşı hile kullanmak» maksadile vukubulduğuna hükmeder (30 Haziran 1887, *Clunet* 1878, 268). Burada, normal surette tatbiki gereken kanun hükmünün bertaraf edilmesi, iki Devlet arasında hukukî müşareketin mevcut olmaması yüzünden ileri gelmektedir, bu itibarla, M. Bartin'in arzusu hilâfına olarak, kanuna karşı hile mefhumunu milletlerarası âmme intizamı mefhumuna dahil saymamak icab eder. Burada salâhiyettar kanun hükmünün ihtilâfa el koyan mahkeme tarafından bertaraf edilmesine sebep, tarafların teknik bakımdan usulüne uygun surette yabancı kanunun nüfuzu altına girdikleri müşahede edilmekle beraber (Vidal meselesinde tâbiyetin değiştirilmesi), onların böyle bir harekete, mezkûr hukukî münasebeti tanzim etmesi gereken diğer bir kanunun hükmünden (meselâ boşanmayı meneden Fransız kanununun hükmünden) kaçınmak maksadile tevessül ettiklerinin mahkemece tespit edilmiş bulunmasıdır: burada hileli bir irtibat, kanunun hükmünden sıyrılmak emelile kasden tesis edilen bir irtibat, bir hakkın (tâbiyet değiştirme hakkının) suiistimali mevcuttur. Bu münasebetle burada şunu da ilâve etmek lâzımdır ki Fransız mahkeme içtihatları gereğince, hükmünden sıyrılmak istenilen kanun ancak Fransız kanunu, *lex fori* olması halinde, hile mülâhazasına başvurulmaktadır. Bu son görüş hile mefhumunu, hikmeti vücudu ile telifi kabil olmayacak surette milli infiratçılığın yeni bir tezahürü şekline ithal etmesi dolayısıyla tenkit edilebileceği gibi, mezkûr mefhumun milletlerarası âmme intizamı teorisinin bir mütemmimi mahiyetinde bulunduğu şeklinde, yanlış bir zehabın husulüne sebep olması dolayısıyla de kabule şayan değildir.

Yukarıki maruzatımla ihtilâflar hukuku mesaili bahsine nihayet vermiş oluyorum. Bu bahiste halli icap eden meselelerin listesini tanzim ederken takip ettiğim — ve gerçekleştirebildiğimi ümit ettiğim — iki gayem vardı. Evvelâ bir genel hukuk teorisinde ihtilâf kaidesi hakkında

zuhur edebilecek meselelerin tam bir tablosunu çizmek, — mevcudiyetleri bir bakıma zarurî bulunan: yani ihtilâf kaidesinin mahiyeti icabı var olan — mezkûr meselelerin birbirile nasıl irtibat haline geldiğini, nasıl meseleler grupları ve sistemleri husule getirdiğini göstermek istedim. Saniyen, düşündüğüm gibi, eğer hukukî mevzuatın ve doktrinlerin mukayesesini mümkün kılan cihet bunların tetkik ettiği ve ötekilerin tanzim ettiği problemlerin bir olması ise, her yerde aynı olması gereken — ve hakikaten de aynı olan — bu problemleri meydana çıkarıp birer formül şeklinde vazetmek gayesini gerçekleştirmek, ve bunların tetebbü esnasında mukayeseli Devletler Hususî Hukukunun, yani millî ve yabancı Devletler Hususî Hukuku teorilerinin daha büyük serbestlikle ve daha geniş tesirler husule getirmek üzere kullanılması lüzumunu ispat etmek istedim: her yaklaştırma en başta istihracı gereken müsterek bir unsurun bir birlik prensibinin mevcudiyetini tazammun eder ve her mukayese bir yaklaştırma âmili, bir birleştirme hazırlığıdır. Kanaatimize göre ilmin vâzifesi, birlik sultani yolunu açmağa gayret etmektir, velev ki, uzun zaman için bu yoldan istifadeye hiç kimse kalkışmağa tevessül etmese bile.



V. KANUNLAR İHTİLÂFI BAHSİNDE ÂMME İNTİZAMI

(Milletlerarası Âmme intizamı teorisi)

Milletlerarası âmme intizamı teriminin, hukuk doktrininde, veya hiç olmazsa Fransız, İspanyol ve İtalyan doktrinlerinde, âmme intizamının milletlerarası sosyal hayattaki tezahürünün ve ihtilâflar hukukundaki rolünün belirtilmesi için kullanılması uzun zaman bir itiyad halini almıştır. Halbuki bugün bu terimin böyle bir maksatla kullanılması hemen herkesin tenkidini müeddi olmaktadır. Kezalik, Alman dilinde yazan müellifler bu terim yerine — bundan tamamile farklı bulunan — «ihtirazî kayıt» (*Vorbehaltsklausee*), teriminin kullanılması hususunda hemen hemen ittifak halinde iseler de lâtin milletlerarası hukukçuları bu bapta kullanılması gereken terim üzerinde bir anlaşmaya vasıl olmaktan uzaktırlar. Sırf lisan bakımından kolaylığı temin için Devletler Hususî Hukukunda, veya daha doğrusu, kanunlar ihtilâfı mesailinde âmme intizamı ibaresinin müteradifi olmak üzere biz burada: milletlerarası âmme intizamı terimini kullanacağız. Bundan sonra mezkûr terime verilecek mâna üzerinde anlaşmak meselesi kalır ki bu maksatla evvelâ milletlerarası âmme intizamı mefhumunun mânasını araştırmak, saniyen bu

mefhumun evsafını ve husule getirdiği neticeleri açıklamak cihetlerine tevessül edeceğiz.

I

Lâtin milletlerarası hukukçuları nazarında uzun zaman klâsik bir mahiyet muhafaza eden teoriye göre, milletlerarası âmme intizamı kanunları ile mahallî kanunlar birbirile tedahül halindedir. Bu görüş hukukun şahsiyeti nazariyesi taraftarlarının, yani Mancini'yi takiben: alâkadarın millî kanununun, prensip itibarile, onun süjesi bulunduğu bütün münasebetleri tanzime salâhiyettar olduğu fikrini benimsiyenlerin, ve mezkûr görüşleri dolayısıyla, kanunların şahsiliği alanına bir mülkîlik istisnası vazetmek mecburiyeti karşısında bunu âmme intizamı mefhumuna istinat ettirenlerin kabul ettikleri görüştür ki meselâ Fransada bu görüşü benimsiyenler arasında Weiss vardır. Aynı tezi Pillet de iltizam etmiştir (*Principes de droit international privé*, s. 249 ve müt.); müellif, kanunların tatbik alanlarını tayin etmek için onları içtimâî gayelerine göre ayırmakta ve bu maksatla daimî, binaenaleyh ülkeaşıcı ve şahsî mahiyette olan ferdin himayesine matuf kanunları, umumî binaenaleyh ülkesel olan sosyal emniyet veya âmme intizamı kanunlarından tefrik etmektedir. Fakat bu klâsik sistem, pek ziyade taammüm eden ve ilk defa Mr. Bartin tarafından 1897 tarihli *Revue de Droit international et de législation comparée* mecmuasında neşredilen bir makale (s. 385 ve 613 — Kezalik bakınız: Dieno, *Sui limiti all'aplicabilità del diritto straniero*, 1898) açıklanan, ve kezalik, von Bar ile Zitelmann tarafından tebarüz ettirilen Alman doktrinile hemâhenk bulunan görüşe, yerini gittikçe terketmektedir (Bakınız: Ago, *Règles générales des conflits de lois*, *Extrait Receuil Cours Académie droit international*, 1937, s. 194 ve müt.). Bu iki görüş tarzını telif etmek hususunda, meselâ, Mr. Niboyet gibi kanunların mülkiliğini kabule mütemayil olan Mr. Louis-Loucas tarafından (*Remarques sur l'ordre Public*, *Rev. Droit Intern. privé*, 1933, 393) veya, hukukun şahsiliği kaidesini yeni bir zaviyeden müdafaa eden Mr. Frankestein cânibinden (*Internationales Privatrecht*, t. I, s. 179 ve müt.) sarfedilen gayretler, birbirinden farklı veya gayri mütecanis olan bu iki nevi telâkki tarzını sadece birbirine yaklaştırmaya ve birini diğerine eklemeye münhasır kalmış gibi görünmektedir. Ben, kendi hesabıma, Mr. Bartin'in teorisini iltizam etmekteyim, nitekim, kanunlar ihtilâfı mesailine mütedair bundan evvelki konferansımda kısaca hülâsa ettiğim nazariye bu müellifin nazariyesidir.

Müsaade edilirse yukarıki maruzatımı kısmen bir daha ele almak isterim. Muayyen bir milletlerarası hukukî münasebet karşısında hangi

kanun hükmünün tatbik edileceği Fransada tayin edilmiş bulunduğunu farzedelim. Derpiş edilen meseleye el koyacak bir Fransız mahkemesi şüphesiz, normal hallerde bu kanunu, yani salâhiyetli kanun hükmünü tatbik etmesi gerekecektir. Fakat buna imkân olması ancak tatbik edilecek üçüncü Devlet kanunlarının Fransız Devleti nazarında muteber sayılmasına, mezkûr kanunların gösterdiği hal şekillerinin Fransız Devleti tarafından iltifata şayan addedilmesine, hülâsa Fransız Devlete, Devletler Hususî Hukuku indinde kanunu salâhiyettar bulunan Devlet arasında asgarî bir hukukî müşareketin mevcudiyetine bağlıdır. Bu müşareket de ancak, mezkûr iki Devlet kanununda mevcut hükümler arasında muayyen bir benzerliğin, veya hiç olmazsa az çok bir ekivalans'ın, veya hut da derpiş edilen mesele hakkında yabancı Devlet kanununda sevkedilmiş hal şekline karşı Fransız Devletinde bir lâkaydinin bulunmasından ileri gelebilir. Eğer hukukî bir müşareket yoksa, yani iki devletin görüş tarzları muayyen bir noktada esaslı ve mutlak surette birbirine zıt bulunursa, Fransız mahkemesi, Devletler Hususî Hukuku indinde salâhiyettar sayılan kanun hükmünü tatbik etmeyip yerine *lex fori*'yi, yani, Fransız Medenî Kanununu ikame eder. İşte bu surette tatbik olunan Fransız hukuku hükmü milletlerarası âmme intizamından addolunur. Modern İtalyan mektebine göre (Bakınız: Ago, z.g.e., s. 212 ve müt.), hâkimin millî kanunu lehine vâki olan bu rücu âdi hukuktan madut sayılır: kanun koyucunun sarahaten şumulü dışına çıkararak özel bir hukuka tâbi tuttuğu münasebetler — meselâ, ticarî münasebetler için ticaret hukuku, milletlerarası münasebetler için ihtilâflar hukuku — hariç, bir Devletin maddî hukuku, bilfarz Medenî Hukuku, bütün hukukî münasebetleri tanzime müsaittir ve fiilen de tanzim etmektedir; ihtilâf kaidesinin tatbiki mümkün olamadığı, yani âhengi ihlâl etmesi, millî hukuk nizamının bizzat temellerini sarsması ihtimali dolayısıyla, yabancı Medenî Kanun hükmünün millî hukukî nizama dercine imkân bulunmadığı hallerde, millî medenî hukukun normal hükümlerliği yeniden teessüs eder. Halbuki teşriî hâkimiyetlerin hudutlarının tespitini ihtilâf kaidesinin doğrudan doğruya mevzuundan madut sayan milletlerarası hukukçular, yani Alman müelliflerinin hemen hepsi ve Fransızların çok büyük bir ekseriyeti için, mahkemenin bulunduğu yer Devletler Hususî Hukuku indinde normal olarak yetkili sayılan yabancı kanun hükmünün bertaraf edilmesi üzerine, bilâkis bir eksiklik, doldurulması gereken bir boşluk husule gelir: bu bakımdan ise hâkimin medenî hukukunun tatbiki — hiç olmazsa tatbik edildiği formüller çerçevesi dairesinde — istisnâî bir mahiyet arzeder; bu istisna Fransızlardan ziyade Almanlar için vârittir, her ne hal ise, bu noktaya ileride avdet edeceğiz. Milletlerarası

âmme intizamı kaideleri, zannımıza göre, normal hallerde yetkili bulunan yabancı kanunun milli nizama aykırı hükümlerini bertaraf eden kaidelerdir; bu noktada fikirlerini takip ettiğim Mr. Bartin'in ifadesine göre, mezkûr kaideler, bir Devletin izale edilemiyen milli özelliğini aksettirir ve teyit ederler. Milletlerarası âmme intizamı bütün ihtilâf normlarının sarîh veya zımnî bir sınırı mesabesinde, nitekim Goldschmidt bu mefhuma, ihtilâf normlarının menfî karakteristiği adını takmıştır.

Aşağıdaki maruzatımla âmme intizamının tecelli tarzı hakkında iki misal vermek isterim. Şahsın hal'ini ilgilendiren hususlarda Fransada, alâkadarın milli kanununun yetkili bulunduğu kabul edilmiştir. Bir Fransız mahkemesi huzurunda, tabii babalığın hükmen tayini için yabancı bir çocuk tarafından bir davanın ikame edildiğini farzedelim. Bu bapta salâhiyetli kanun, böyle bir davanın açılmasını tecviz ettiğini farzettığımız, çocuğun milli kanunudur (Civ. rej. 20 Ocak 1925, s. 1925, I. 49). Halbuki 16 Kasım 1912 tarihli kanunun suduru ânına kadar, babalık davasının ikamesini hemen hemen tamamile men'eden (eski Code Civil, mad. 340), ve mezkûr tarihten sonra da böyle bir davanın açılmasının ancak pek mahdud hallere hasreden Fransız kanununun hükmü (Code Civil m. 340). mahkeme içtihatları indinde milletlerarası âmme intizamından sayılmıştır. Fransız mahkemeleri Fransız Medenî Kanunu nazarında mesmu olmayan bir davayı rüyetten daima imtina etmiş ve etmektedir (meselâ, Civ. cass. 26 Mart 1935, *Journal Droit International*, 1936, 399'a bakınız). Yukarıda derpiş edilen haller dolayısıyla, hükmü bertaraf edilen yabancı kanun, alâkadarın milli veya şahsî kanunu sıfatile tatbîke medar idi. Fakat bütün haller aynı neviden değildir, vereceğimiz ikinci misal bunu tebarüz ettirecektir. Bir yabancıya yabancı bir memlekette (Fransanın dışında) Şampanya yerine «Saumur» sattığını farzedelim. Böyle bir hareket, Fransada, haksız bir fiil (medenî bir suç) teşkil eden haksız rekabetten başka bir şey değildir. Fakat böyle bir satışın yapıldığı memlekette bunun böyle olmadığını, yani mezkûr fiilin, o memleket medenî hukuku alanında müeyyidelendirilmiş bulunmadığını farzedelim. Fransız Devletler Hususî Hukuku gereğince haksız fiil (medenî cürüm) veya haksız fiil (medenî cürüm) benzerlerinde, bu fiillerin ika edildiği memleketin kanunu salâhiyetli addedilmiştir. Buna binaen, mülâhaza edilen hâdiseye dolayısıyla satıcıya karşı zarar ziyan talebi karşısında kalacak olan bir Fransız mahkemesi bu bapta salâhiyettar kanun hükmünü, yani satışın yapıldığı Devletin kanununu tatbik etmek suretile, zarar ziyan talebinin reddi cihetine gitmek iztirarında bulunacaktır; işte halbuki, mahkeme, milletlerarası âmme intizamı mülâhazasından faydalanarak, haksız rekabetin

men'inin Code Civil'in 1382 nci maddesine tevfikân milletlerarası âmme intizamından olduğuna hükmetmek suretile, normal olarak yetkili bulunan bahsi geçen kanun hükmünü bertaraf etmeğe muktedir olacaktır. (Bu hususta bakınız: Anger Mahkemesi, 15 Aralık 1891, *Journal Droit intern.* 1892. 1144). Görülüyor ki, derpiş edilen bu ikinci misalde, *lex fori* lehine hükmü bertaraf edilen yabancı kanun, şahsî kanun sıfatile değil, fiilin ika edildiği yer kanunu olmak itibarile yetkili bulunmaktadır. Bunun gibi yabancı bir Devlet kanunu: miras mesailinde müteveffanın ikametgâhı kanunu, veya, hukukî muamelelerde tarafların ihtiyar ettiği kanun olmak itibarile yetkili bulunabilir (nitekim mukavelenin kanunu Amerikan kanunu olmasına rağmen makabline şâmil olacak surette altınla ödemek şartı veya altın bedelile ödemek anlaşmalarını men'eden Amerikan kanunlarının hükümlerini bertaraf eden bazı mahkeme içtihatları bu esastan hareket etmişlerdir). Hülâsa umumiyetle denilebilir ki, bir yabancı kanunun salâhiyetini tayin eden hukukî sebep ne olursa olsun, milletlerarası âmme intizamı mülâhazası, Fransız Devletler Hususî Hukuku kaidelerine göre normal olarak salâhiyettar bulunan yabancı kanunun hükmünü bertaraf edebilir.

Buna mukabil âmme intizamı, ancak, hükmü bertaraf edilen kanunun normal olarak salâhiyetli bulunan kanun olması halinde mevcut sayılır (klâsik âmme intizamı telâkkisine aykırı olan bu mülâhaza, 1897 de, Mr. Bartin tarafından açıklanmıştır). Mülkî olan kanunların hepsi milletlerarası âmme intizamından madut değildir. Fransada bulunan gayrimenkuller hakkında salâhiyettar olan kanunun Fransız kanunu olduğu hususunda müellifler ittifak ederler; Fransız arazisinde ika edilen suç veya suç benzerlerinin tanzimi mesailinde ve Fransada ifa edilen usulî muamelelerde Fransız kanununun salâhiyettar olacağı kezalik müttefikân kabul edilmiş bulunmaktadır. Uzun müddet klâsik bir mahiyeti haiz olan teoriye nazaran, gayrimenkulleri tanzim eden kanunların, medenî suçlara (haksız fiillere) müteallik hükümlerin ve prosedüre taallük eden kanunların, milletlerarası âmme intizamından olduğu iddia edilmişti. Halbuki hakikati halde, Fransız kanununun yani mülkî kanunun salâhiyeti birçok hallerde normal bir salâhiyet mahiyetini haizdir: bir Fransız âmme hizmeti olan Fransız kaza servisi ancak Fransız kanununun derpiş ettiği şartlar altında işliyebilir, prosedür meselelerinde *lex fori*'nin tatbiki bundan ileri gelir; malların usulü tasarrufiyesi hakkındaki kaideler mal sahiplerinin milliyeti nazara alınmaksızın bilhassa ekonomik mülâhazalar gözönünde bulundurulmak suretile tesbit olunur; ve, ticarî muamelelerin emniyeti ile umumî itibarın temini için bunun memleketin her tarafında böyle olması lâzımdır, gayrimenkuller hakkında *lex rei sitae*'-

nin, yani mahal kanununun tatbiki bundan ötürüdür; haksız fiillerin men'i, kusurdan dolayı hudutsuz mes'uliyet insanların hareketinde asgari bir ihtiyatın sağlanmasını istihdaf etmektedir, *lex loci delicti commissi*'nin yani haksız fiillerin ika edildiği yer kanununun tatbik edilmesine sebep budur. Bütün bu farziyelerde Fransız kanununun salâhiyeti normal mahiyettedir; bu itibarla milletlerarası âmme intizamı mülâhazasının burada yeri yoktur. Âmme intizamı mülâhazasıle milletlerarası hukukî rabıtaya muayyen bir Devlet kanununun tatbiki umumî ihtilâf kaidelerinin daima bir istisnası mahiyetindedir; muayyen bir devletin sınırları içinde milletlerarası âmme intizamı hükümleri, bu devleti, diğer devletlerden veya bunlardan bazılarından ayıran, ve mezkûr devletin şahsiyetine bağlı olup onun hususiyetini belirten hükümlerdir. Bu mânadaki âmme intizamı mülâhazasını, mahkeme içtihatları büyük ve gittikçe artan bir nispette hesaba katmakta, fakat birçok hallerde de, âmme intizamı ile mülkicilik mefhumları bu içtihatlar tarafından birbirile karıştırılmaktadır. Burada gözetilmesi gereken fark şudur: milletlerarası âmme intizamından, ancak, normal olarak yetkili bulunan yabancı kanunun bertaraf edilmesi halinde bahsedilebilir ve edilmelidir.

Mamafih kazâî hataların daima özürsüz olmadığını da teslim etmek lâzımdır. Alman müellifleri, her devletin maddî hukuku ezcümle medenî hukuku alanında, bu devlet mahkemeleri tarafından kayıtsız ve şartsız olarak tatbik edilmesi gerekecek kadar önemli ve esaslı olan kaidelerin varlığı noktasına dikkat nazarlarını çekmişlerdir (meselâ bakınız, Raape, *Deutsches internationales Privatrecht*, I, s. 26); bu müellifler tarafından kesin diye isimlendirilen mezkûr kaideler, derpiş edilen devletin milletlerarası âmme intizamının önemli bir kısmını husule getirmektedir. Bu gibi millî hukuk kaidelerinden birinin tatbiki bahis mevzuu olduğu zaman, bunun hukukî kıymetinin tayini için normal hallerde yetkili bulunan yabancı devlet kanununa başvurulmasına mahal kalmamakta, çünkü, muhtevası ne olursa olsun, yabancı kanun burada tatbike medar olamamaktadır. Bu düşünüş tarzının her daim isabetli olmayacağı ileri sürülmüş ve haklı olarak, yabancı kanunun derpiş edilen millî kanunla aynı prensibi muhtevi bulunması halinde, meselâ onun gibi boşanmayı menetmesi halinde, yetkili olmak itibarile tatbik olunacağı ileri sürülmüştür (Bk. Ago, *zıkr. eseri*, s. 208-209). Mamafih, bahsi geçen kanunun yetkisi millî kanuna mümasil olduğu nisbette bahis mevzuu olacağından, bu mülâhazanın tatbikat alanında dikkat nazarlarını çekmemesi izahı kabil olan bir keyfiyettir. Tatbikat bazan, hattâ bir takım millî kaidelerin daimiliği ile mülkiliğini çok kere karıştırmış, ve bu sebeple, şüphesiz yersiz olarak, bu kaidelerin mülkicilik vasfından daimî olarak tatbik olunabile-

ceklerini istihraç etmiştir. Bu hareket tarzı da hatadan âri değildir. İster kanundan, ister örf ve âdetten neş'et etsin, âmme intizamı hükümleri, Mr. Bartin'in ifadesi gereğince, bir devletin daha ziyade ihtisarı kabil olmayan milli benliğinin nişanesidir; icâbederse, bunların mutlak bir mahiyeti haiz oldukları da söylenebilir; bununla beraber, bu kaidelerin asıl ve en mühim hassası normal olarak yetkili bulunan kanunun hükümlerini bertaraf etmeleri keyfiyetidir.

Yukarıda mülâhaza ettiğimiz âmme intizamı mefhumundan onun muhteva ve evsafını da istihraç etmek ve bu suretle bu mefhum hakkında daha kat'i ve sarîh bir fikir edinmek mümkündür.

1) Milletlerarası âmme intizamı mefhumunun muhtevası gayri muayyendir ve bunun başka türlü olmasına da imkân yoktur. Çünkü burada muayyen iki kanun (hâdiseye el koyan mahkemenin kanunu ile normal olarak yetkili bulunan yabancı kanun) hükümleri arasındaki farkların öneminin veya *lex fori*'nin hususiyetlerinin takdiri bahis mevzuudur. Yani burada bir kıymet takdirine girilmektedir. Böyle bir problemin halli bir tek formülün çerçevesi içerisine sığmaz, zaman ve memleketlere göre değişir.

Mamafih milletlerarası âmme intizamının muhtevası tayin edilmek suretile hâkimin keyfi hareketlerine sed çekilmek istenmiştir.

Alman doktrini milletlerarası âmme intizamı mülâhazasının ancak takdiri bahis mevzuu olan durum veya rabitanın, milletlerarası âmme intizamı haklı olarak ileri sürülmüş olan mahkemenin mensup olduğu memleketle bir irtibatı, yeter derecede bir bağlantısı bulunduğu takdirde yabancı kanunun tatbikine engel olacağı fikri üzerinde ısrarla durmuştur. Mamafih, milli hâkimin mezkûr rabita veya duruma el koyması keyfiyetinin, böyle bir bağlantı veya rabitayı husule getirmek için — istisnai olmakla beraber — kâfi bir sebep teşkil ettiği de ayrıca kabul ve teyit edilmiştir (Bakınız: Lewald, *Règles générales des conflits de lois*, 941, s. 126). Demek ki, diğer direktifler gibi burada da biz, müphem bir tefsir direktifi ile karşılaşmış bulunmaktayız.

Buna mukabil — esasen, çeşitli şekil ve esaslar altında yeter derecede taammüm etmiş bulunan — hakların ihdası ile iktisap edilmiş hakların husule getirdiği hüküm ve neticeler tefrikine müsteniden bu sahada esaslı bir kaide ileri sürülmüştür: mücerret, bir hakkın bir memlekette iktisap edilmesinin âmme intizamı dolayısıyla mümkün olamayacağı mülâhazası öne sürülerek, âmme intizamına binaen, usulüne uygun surette evvelce iktisap edilmiş bulunan bir hakkın muteberliğine halel getirilmesi daima caiz olamaz; sadece, iktisap edilmiş olan hakkın derpiş edilen memleket milletlerarası âmme intizamı ile telifi kabil olmayan hüküm ve neticele-

rinin bu memlekette tesir husule getirememeleri yerinde olur. Fransız mahkeme içtihatlarından istiane ederek bu bapta yeni bir misal zikredebiliriz: Bir Alman mahkemesi, Alman Med. K. nun hükümlerini tatbik ederek, tabii baba sıfatile birini, çocuğu lehine nafaka itasına mahkûm etmişti. Alman Medeni Kanununun tabii nesebin ispatı hususundaki hükümleri, bu baptaki hükümlerinin milletlerarası âmme intizamından olduğunu evvelce arz etmiş olduğum Fransız Medeni Kanununun hükümlerinden çok daha müsait vaziyettedir; bu itibarla Colmar Mahkemesi, Alman mahkemesi ilâmının tenfizi (exequatur) talebini reddetmişti; Temyiz Mahkemesi mezkûr mahkemenin kararını şu esbabı mucibe ile nakzetmiştir: «... her ne kadar Fransız âmme intizamı, Fransız mahkemeleri huzurunda, Code Civil'in 340 ıncı maddesinde tahdidî olarak derpiş edilen haller ve şartlar dışında tabii nesep davasının ikamesini tecviz etmemekte ise de, ve, bahsi geçen babalık davası davacı çocuğun milli-yabancı kanununun tanzimi altında bulunsa bile, mezkûr milletlerarası âmme intizamı mülâhazası: babanın çocuk lehine nafaka itasını mutazammın usulüne uygun surette sadır olmuş ve alelâde tabii babalığa mahkûmiyete mütedair bulunan yabancı kazai bir hükmün... bir Fransız mahkemesi tarafından kabili tenfiz kılınmasına bir mâni teşkil etmez (Bakınız: Cass. civ. II Nisan ve 1 inci Mayıs 1945, s. 1945.1.121, D. 1945, 245 - Kezalik bakınız: boşanma hakkında Cass. ivc. 288 Şubat 1860, s. 1860.1.210, D. 1860.1.57, Rev. 3 Kasım 1936, *Revue critique Droit intern.* 1938, 109). Mamafih bu tarzda taayyün eden kaidenin de istisnaları yok değildir: meselâ yabancı hususile İngiliz veya Amerikan mahkeme içtihatlarının tersine olarak Fransız mahkeme içtihatlarına göre, yabancı bir memlekette bulunan bir malın tazmin edilmeksizin istimvali veya müsadere halinde, mülkiyetin intikali malın bulunduğu yer kanunu olmak itibarile yetkili bulunan kanunun hükmüne uygun surette vukubulmuş olsa ve istimval veya müsadere eden Devlet bakımından mülkiyetin iktisabı usulüne tevfikân kazanılmış bir hak mahiyetini haiz bulunsa bile, böyle bir hakkın Fransız topraklarında ve hiç olmazsa eski malike karşı dermeyan edilmesine milletlerarası âmme intizamı mülâhazası dolayisile imkân olamaz. Bundan da iki netice husule gelir: evvelâ, müsadere eden devlet, hâdisemizde Sovyet hükûmeti, Fransada bulunan istimval edilmiş bir mal, meselâ Fransız limanına iltica etmiş Rus seyrisefain kumpanyasına mensup ve mezkûr tabiiyete geçirilmiş bir gemi aleyhine istihkak iddiasında bulunamaz (Bakınız, Req. 5 Mayıs 1928, *Journal Droit intern.* 1928, 514); saniyen, tazmin edilmeksizin millileştirilmiş malların eski maliki, meselâ İspanyol Cumhuriyeti hükûmeti, İspanyada elinden alınarak üçüncü bir şahıs tarafından iktisap edilen ve Fransada

ferdile muayyen bir mahiyet kazanan eşya aleyhine, çalınmış veya kaybedilmiş eşya sıfatıyla, Fransada, Fransız Medenî Kanununun 2279 ve müteakip maddeleri hükümleri dairesinde istihkak iddiasında bulunabilir (Bakınız: Civ. Cass. 14 Mart 1939, *Rev. Critique droit intern.* 1939, 280). Görülüyor ki yukarıda paragrafın başlangıcında derpiş edilen kaide mutlak olmayıp, bunun ne gibi hallerde tatbik edilebileceği ve ne gibi hallerde tatbik edilmemesinin gerektiği evvelden kestirilemez (Mr. Ni-boyet'nin bu bapta açıklama teşebbüsüne müracaat: *Traité de Droit intern. privé français*, C. III. n. 1049 ve müt., s. 577 ve müt), bu yüzden de kaidenin faydalığını tamamile izale etmemekle beraber onu azaltan indî bir hareket imkânı belirmektedir. Bundan maada buraya yabancı bir memlekette iktisap edilmiş bir hakkın bizatihi hüküm ve neticelerinin mahkemenin bulunduğu yer milletlerarası âmme intizamına aykırı bulunması halinde bunlara, mezkûr mahal makamları tarafından tabiatile iltifat olunmayacağı keyfiyetini de ilâve etmek lâzımdır. Pillet bu bapta şu misali ileri sürmektedir (*Traité pratique*, c. I, n. 43); müellif, yabancı bir memlekette muteber olarak aktedilen birkaç karılı evlenme hâdisesini derpiş etmekte ve böyle bir vaziyet karşısında kocanın, bütün çocukları üzerinde velâyet hakkını kullanabileceği halde bilâkis, kocalık salâhiyetlerini aynı zamanda birkaç karısı üzerinde kullanamayacağını açıklamıştır. (Bakınız: Fransız kanunu tarafından tanzim edilen bir mirasta yabancı bir kanunun hükümlerine tevfikân evlât edilenin haklarına mütedair bir davada, Req. 21 Nisan 1931, s. 1931.1.377, D. 1931.1.52).

Âmme intizamının muhtevasını tavzih ve tayin hususunda acaba daha ileriye gitmek mümkün olmaz mı? Mr. Mezger henüz neşredilmemiş fakat muhtevasından malûmattar bulunduğum bir eserinde, bu yolda, ve aynı zamanda mahkeme içtihatlarını izah edici ve onlara yol gösterici mahiyette, bir takım direktifler istihraç etmeğe çalışmıştır. Milletlerarası âmme intizamı bazı yabancı kanunlara karşı bir müdafaa vasıtasıdır: bu bapta bahis mevzuu olan mesele böyle bir müdafaaı lüzumlu ve meşru kılacak yabancı kanunların hangileri olduğunun tesbitidir. Müellif bu kanunları üç gruba ayırmıştır. Birinci gruba haksız kanunlar, yani derpiş edilen devlette mevcut olan duygu ve telâkkilere nazaran adalete aykırı mahiyette addolunan kanunlar girer (meselâ evlenmeyi icbar etmeğe matuf bir dava hakkı bahşeden kanunlar gibi): bu neviden olan kanunların tatbik edilmemesini mucip olan sebep umumî ve mutlak olup mezkûr kanunların bertaraf edilmesini muhik kılan ana fikrin esasında mündemiçtir. Öte yandan Mr. Mezger'in muzır diye adlandırdığı ve politik veya sosyal nizamı haleldar etmeğe müsait bulunan kanunların ikinci

kategorisi için vaziyet aynı değildir; çünkü bu kanunların haksız veya bizatihi kötü mahiyette bulunmadığı farzolunmaktadır; bunların bertaraf edilmesini müeddi olan sebep sadece, milli hukuk nizamı veya hukuk sistemi ile hemahenk olmamaları keyfiyettir. Ancak bu ahenksizliğin tezahürü, hâkimin el koyduğu vakıa ile mezkûr hukuk nizamı veya sistemi arasında: muamelenin Fransada yapılması (dinî nikâhın Fransada hükümsüz oluşu), taraflarından birinin Fransız oluşu (14 Temmuz 1819 tarihli kanun m. 2), taraflarından birinin ikametgâhının veya meskeninin Fransada bulunuşu (kocanın velâyeti) gibi, bir temasın lüzumunu mutazammındır ki, bu cihet, Fransız mahkeme içtihatları tarafından ne sarahaten ifade edilmiş ve hattâ belki de hiç farkedilmemiştir bile. Nihayet, üçüncü grup olarak «hasmane» kanunlar, yabancı hükümdarın — sarih veya zimni — bir husumet fikrinden mülhem bulunan (meselâ kambiyo muamelâtının kontrolüne müteallik olan) kanunlar vardır ki bunların mahkemenin bulunduğu yer ile hiçbir irtibatları olmasa bile mezkûr makam tarafından gene bertaraf edilmeleri lâzımgelir. Yabancı âmme hukuku kanunlarının çoğunu bu gruba ithal eden müellife göre: mezkûr kanunların tatbiki dolayısıyla her daim âmme intizamı mülâhazasına başvurulmasına lüzum yoktur (bu hususta Mr. Niboyet'nin kanaatimizce kabili tenkit olan, hukukî oportünite ve teknik hakkında muzaaf fikri etrafındaki sistemleştirme teşebbüsüne müracaat ediniz: *Traité*, c. III, n. 1022 bis, s. 498 ve müt. n. 1039-1040. s. 551 ve müt.)

Bütün gayretlere rağmen, milletlerarası âmme intizamı mefhumunun muhtevası vuzuhsuz kalmaktadır. Vakıa bu vuzuhsuzluk, bazan, muayyen noktalar üzerinde muhteva meselesini aydınlatan mahkeme içtihatlarının heyeti mecmuası tarafından izale edilmiş mahiyettedir (meselâ, tabii babalığın hükmen tayini hakkındaki Fransız mahkeme içtihatlarına bakınız). Fakat buna mukabil, müessese ve telâkkilerin tekâmülü dolayısıyla âmme intizamının zaman içinde değişmesini müeddi olan diğer yeni bir meşkûkiyet âmilini de hêsaba katmak lâzımdır. Nitekim, bu tekâmül ihtimali iki problemin zuhurunu müeddi olacaktır; bunlardan biri, tekâmül keyfiyetinin milletlerarası âmme intizamının tatbikatı üzerinde tesiri — yani teknik tesir — diğeri ise — daha ziyade sosyolojik mahiyette olan — tekâmülün istikametinin tayini meselesidir.

Muasır müelliflerden birçoğu, hususile Pillet, milletlerarası âmme intizamının çağdaşlığı (aktüalitesi) esasını müdafaa etmişlerdir: hâkim ancak, ihtilâfa el koyduğu anda memleketinde cari bulunan hükümleri milletlerarası âmme intizamından madut sayabilir. Meselâ, 1922 senesinde normal surette yetkili bulunan Rus hukukunun hükümleri dairesinde, fakat o andaki Fransız Medenî Kanununun milletlerarası âmme intiza-

mından olan yaş haddine mütedair hükümlerine aykırı olarak, bir evlâtlık mukavelesinin aktedilmesi keyfiyetini ele alalım; böyle bir muamele Fransada, mezkûr şartları evlâtlık mukavelesinin artık imkânsız sayılmasını mucip olmayacak şekilde değiştiren — ve hafifleten — 19 Haziran 1923 tarihli kanunun meriyete vaz'ından sonra dermeyan edilmişti. Paris mahkemesinin 2 Ocak 1936 senesinde bu münasebetle verdiği karar «Evlâtlık muamelesinin Fransada hüküm husule getirip getirmeyeceği meselesinin halihazır duruma göre takdirinin gerektiği» merkezinde olmuştur (*Journ. Droit Intern.* 1936, 327) ve, keza, 22 Mart 1944 tarihli bir kararında Temyiz mahkemesinin verdiği karar «milletlerarası âmme hukukunun tarifinin, geniş ölçüde, Fransada anbean tefevvuk eden kanaate göre» değiştiğine mütedairdir (s. 1945.1.77). Fransız Medenî Hukukunun milletlerarası âmme intizamından olan bütün hükümlerini makabline şümüllü kılan milletlerarası âmme intizamının aktüalitesi prensibinin doğruluğuna karşı son zamanlarda (Mr. Mezger tarafından) itiraz edilmiş ve mezkûr prensibin tamamen istisnai ve bariz haksızlıkları müeddi olabilecek mahiyette bulunduğuna işaret edilmiştir. Halbuki bahsi geçen aktüaliteliği müeddi olan cihet bizzat âmme intizamı mefhumudur: filhakika maksat millî hukukun esaslı hukuk telâkkilerinin müdafası olduğuna göre bunun mezkûr hukuk tarafından terkedilen esaslar lehine, veyahut da hâkimin karar verdiği anda mevcut telâkkiler ihmal edilmek suretile yapılmasında bir fayda tasavvur olunamaz; yabancı salâhiyetli kanunun tatbikinin mahkemenin mensup bulunduğu Devletin hukukî nizam ve ahengini ihlâl edip etmeyeceğini öğrenmek için hâkimin kararını verdiği anı esas ittihaz etmek gerektir.

Çeşitli millî hukukların tekâmülünün birbirini ardına yapılan feragatler suretile vukub olduğuna göre, hukukların ve örflerin yakınlaşması ve milletlerarası hukukî müşareketin gittikçe genişlemesi dolayısıyla milletlerarası âmme intizamı sahasının gitgide daralacağı düşünölmüş ve bu bapta iddialar dermeyan olunmuştur; — burada ikinci problemi ele almış bulunmaktayız. Pilet, buna: «âmme intizamının tedrici daralması kanunu» adını takmıştır. Bu kanun tam isabeti havi bulunmaktan uzaktır. Bir kere, eğer kültür itibarıyla birbirine mümasil veya komşu olan memleketler arasındaki hukukî müşareketin zamanla tevessü ettiği bir hakikat ise, bunun yanında, münasebetlerin coğrafi alanının da durmadan genişlediği ve birbirinden çok farklı medeniyetlere mensup medeniyetlerin bu alanda yer aldıkları inkâr edilemez. Keza, bilhassa inkılâplar, ve bunlar arasında daha ziyade sosyal mahiyette olanlar aynı memleketin birbirini takip eden iki safhası arasında bir inkita husule getirmek suretile, mezkûr devletle diğer devletler arasında evveldenberi

birçok noktalarda mevcut olan hukukî müşareketi izale etmek neticesini husule getirebilirler; nitekim, Sovyet hükûmetinin hukuku, azçok umumen hakikî bir hukuk olarak tanındığı andan itibaren, Sovyet Rusya ile Garp medeniyeti diye vasıflandırılan medeniyete mensup Devletler arasındaki münasebetlerde milletlerarası âmme intizamı mefhumu hususi bir önem iktisap etmişti. Milletlerarası âmme intizamının muhtevasının azalması medeniyet birliğini, veya hiç olmazsa, bunun asgarî bir haddinin varlığını istilzam eder.

Fakat bu dahi maksadı teminat altına almağa yetmez; milletlerarası âmme intizamının meşru bir surette ifade ettiği Devletler arasında hukukî bir ayrılık hali vardır ki bu, milliyetçiliğe doğru tereddî etmek suretile âmme intizamından faydalanır ve hattâ mezkûr mefhumu bu zaviyeden inkişaf dahi ettirir.

2) Gerçekten, milletlerarası âmme intizamı esas itibarile ve münhasıran milli mahiyettedir (mezkûr terime karşı yapılan tenkitlerden en mühimmine sebep te budur).

Milletlerarası âmme intizamı esas itibarile milli mahiyettedir; nitekim, meselâ, bunun şümül sahasını hudutlandırmak için aktolunan Lahey Anlaşmaları veya anlaşma projelerinin kaleme alınışı esnasında karşılaşılan güçlükler mezkûr keyfiyeti tecrübe ile isbat etmiştir (Bakınız: Niboyet, *Traité*, c. III, n. 1026, s. 514 ve müt. - Rappr. Lewald, *Revue Droit intern. privé*, 1928, s. 149 ve müt.)

Milletlerarası âmme intizamı münhasıran milli bir mahiyettedir: meselâ bir Fransız hâkimi milletlerarası âmme intizamından olarak ancak fransız mevzuatını (fransız medenî hukuk kaidelerini) tatbik edebilir; yoksa bir ihtilâfta, yabancı salâhiyetli kanunu (meselâ Arjantin kanununu) bertaraf ederek, milletlerarası âmme intizamı mülâhazasile diğer (üçüncü) bir devletin kanununu (meselâ İspanyol kanununu) tatbik te vessül edemez. Bir hâkim mensup bulunduğu devletinkinden başka hiçbir devletin hukukî özelliğini korumaz ve koruyamaz.

Milletlerarası âmme intizamının millilik vasfının neticesi olarak onun muayyen bir memlekette yeknasak olması neticesi istihraç edilir. Meselâ Fransada, Arjantina hukukunun gösterdiği bir hal şekli fransız hâkimi tarafından kabul ve tatbik şayan addedildiği halde, diğer bir hukuk alanında meselâ İspanyol hukukunda iltizam edilmiş buna mümasil bir hal şeklinin, aynı Fransız hâkimi tarafından kabili tatbik addedilmeyeceğini tasavvura imkân yoktur.

Âmme intizamının bu teklif vasfından muzaaf bir netice husule gelir.

Evveleminde, vilâyetler arası ihtilâflarda âmme intizamı mülâhaza-

sının yeri olmamak lâzımdır: Fransız Temyiz Mahkemesi, 28 Haziran 1937 tarihli bir kararında bunu sarahaten ifade etmiştir (*Revue critique Droit intern.* 1938, 486). Maamafih mezkûr hal şekli oldukça hararetle münakaşa ve ihtilâfları mucip olmaktadır (Bilhassa bakınız: de Nova, *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi*, s. 51 ve müt.). Eğer aynı Federal Devlete mensup üye Devletler arasındaki, umumiyetle, milletlerarası ihtilâflara benzetilen, ve kezalik, gerek müstemleke teşkili gerekse birbirinden çok farklı olan medeniyetlerin bililtizam müştereken yaşamaları keyfiyetinin önemli birer özelliğini teşkil eden aynı müstemleke imparatorluğu dahilindeki ihtilâfları bir yana bırakacak olursak, yukarıda belirtilen kanaati ister istemez kabule meyletmiş oluruz. (Bakınız: Niboyet, *Traité*, c. III, n. 1028, s. 527 ve müt.). Maamafih dikkat edilecek olursa, Temyiz Mahkemesi tarafından serdedilen görüşün, muhtemel olan Devlet iradesinin karine ile tefsiri veya daha doğrusu, mantık icabı olarak, içindeki her türlü ihtilâfın zail olması gereken mevzi ihtilâflar hukukuna dayandığı müşahede olunabilir. Bu itibarla kanun koyucunun arzusuna muhakkak veya muhtemel surette bunun tersine olduğu anlaşılacak olursa, yukarıda varılan neticenin aksini iltizam etmek gerektir. Maamafih kanaatimizce, bu son şık ancak böyle bir halde ve istisnai olarak iltizam edilmek lâzımdır. Ancak, bu istisnai hal şeklinin, derpiş edilen Devletin bir tarafında mer'î kanuna mümasil yabancı bir kanun hakkında, — meselâ, Aransada, Alzas-Loren hukukununkinin aynı olan ve bunun meihazini teşkil eden bir Alman teşriî hükmüne karşı — tatbikinin daha kolaylıkla tecviz edilebileceğini tasavvura imkân vardır, nitekim Fransız kazai içtihatları bu yolda tecelli etmiştir. Pozitif hukukun sıkı bir mantıka tâbi olması gerekmez; onda mevcut farzolan şey hükümlerindeki insicamdır.

Yukarıda iltizam olunan görüşün, muahedelerin veya anlaşma şartlarının, milletlerarası âmme intizamının muhtevası üzerindeki tesiri meselesine de tatbik olunabileceği kanaatindeyiz. Eğer bir anlaşma ile yabancı hukukun muayyen bir hükmünün, meselâ yabancı bir Devlet hukukunun Fransada tatbiki kabul ve teyit edilecek olursa, bunun tabii neticesi olarak, diğer yabancı yani üçüncü Devlet hukuklarının buna benzer hükümlerinin Fransız mahkemeleri tarafından aynı şekilde tatbik edilmesi gerektiği sonucu tahassul eder. Bununla beraber, mukaddem jürisprüdansın hilâfına olarak, İtalyan Temyiz Mahkemesi Heyeti Umumiyesi bu görüş tarzının tersini iltizam etmiştir (*Riv. Dir. Intern. Privato*, 1931, 185). Arzettiğimiz sebeplerden dolayı esas prensibe sadık kalmakla beraber biz bir takım istisnalara yer verilmesinin muvafık olacağı kanaatindeyiz: bir Devlet kendisile anlaşma akdettiği yabancı bir Devleti ilgilendiren mülâhazalar dolayısıyla, âmme intizamına aykırı bulunan bazı ya-

bancı hükümlere itibar etmeği kabul edebilir; buna rağmen bu hareket, mezkûr Devletin artık bundan böyle bahsi geçen hükümleri kendi ana hukuk telâkkilerine uygun addetmek mükellefiyeti altına girdiğine delâlet etmemek lâzımgelir. Milletlerarası âmme intizamının çeşitliliği, gayri mütecanisliği, bir istisna mahiyetinde kalmalıdır; aslolan onun yeknasaklığıdır.

III

Milletlerarası âmme intizamı mefhumunun tarifi yapıldıktan, ve vasıfları da belirtildikten sonra, bahse nihayet vermek için bu mefhumun hükümlerini tesbit etmemiz, daha doğrusu —âmme intizamının esas hükmü normal olarak salâhiyettar bulunan kanunun bertaraf edilmesi keyfiyeti olduğu bizce malûm bulunduğu cihetle — bu hususa terettüp eden hükümleri tayin etmemiz lâzımdır.

Evveleminde iskatın şumulünü ele alalım.

Bu noktada, daha yukarıda temas ettiğimiz ve Alman müelliflerinin çoğunluğunun da iltizam etmiş olduğu hal şekli ile karşılaşırız (meselâ bakınız: Raape, z.g.e., s. 64): yetkili kanunun bertaraf edilmesi hukukî bir boşluk husule getirir; bu boşluğu doldurmak için imkân varsa yine yetkili yabancı kanunun hükümlerine başvurmak lâzımdır; gerçekten ihtirazi kayıtlar mahiyetleri itibarile tamamiyle istisnai olduklarından dar mânada telâkki edilmeleri lâzımdır; bertaraf edilme keyfiyeti yabancı kanunun tamamına değil muayyen bir hükmüne müteveccihdir; bu itibarla bertaraf edilen hükmün yerini tutacak hükmü yine yabancı hukuk alanında aramak lâzımdır; bu bapta gereken hüküm bulunmadığı takdirdedir ki lex fori'nin müdahalesine lüzum hasıl olur: demek oluyor ki lex fori'nin milletlerarası âmme intizamı namına olan salâhiyeti yardımcı bir mahiyettedir. Bu hususun teyidi zımında, İsviçre hukukundaki bir alacağın zamanaşımına tâbi tutulmamasına müteallik bir hükmü, zamanaşımını milletlerarası âmme intizamına aykırı telâkki etmek suretile bertaraf etmekle beraber, yerine, Alman müşterek hukukunun sevkettiği zamanaşımına müteallik hükmü değil, yine İsviçre âdi hukukuna ait diğer bir hükmü ikame eden *Reichsgericht*'in 19 Aralık 1922 tarihli bir kararı zikredilmiştir (*Revue Droit intern. privé*, 1926, 278). Vakıa her iki kanda mevcut olan (30 senelik) müruruzamana müteallik hükümler birbirine tekabül etmektedir. Ancak şu da var ki, Mr. Mezgerin işaret ettiği gibi, eğer İsviçre âdi hukuk alanındaki zamanaşımı müddeti on senelik olmuş olsa idi, burada, İsviçre hukukunun zamanaşımına tâbi tutmadığı ve Alman hukukuna göre ancak 30 senelik bir müruruzaman müddetinden sonra sukut edecek olan bir alacağın nisbeten kısa bir zaman içinde zamanaşımına uğratılması neticesi husule getirilmiş olurdu. Kanaatimiz-

ce, evvelce arzettiğimiz gibi en doğru yol, Fransız ve İtalyan doktrini ile hemâhenk olarak, normal olarak yetkili kanunun bertaraf edilmesi halinde, mihanikî olarak, yerine *lex fori*'nin ikamesine tevessül etmektir; ancak bu cihete, iskatın vukubulduğu yani yabancı kanun hükmünün tatbikine imkân olmadığı nisbet ve derecede başvurmak lâzımdır.

Filhakika Mr. Niboyet bu görüşü tenkit etmiştir: müellife göre, ikame neticesi husule geldiği, yani hakikatte, yabancı kanunun menettiği muameleyi Fransız kanunu tecviz ettiği takdirde Fransız hukukunun, bir bakıma Fransız tâbiiyetini iktisap etmiş sayılan mezkûr muameleye bir bütün olarak tatbik edilmesi lâzımgelir (Bakınız: *Traité*, c. III, n. 1046, s. 569 ve müt.). Biz bu görüşü müdafaa edilebilir mahiyette bulmadığımız gibi, onu, Fransız Temyiz Mahkemesi dahi, 8 Kasım 1943 tarihli bir kararile reddetmiş görünmektedir (J. C. P. 1944, II, 2522); bu mahkemede bahis mevzuu olan husus, tabii bir Alman çocuğunun, babası olduğunu iddia ettiği bir Fransıza karşı açtığı babalık davası idi; İstinaf Mahkemesi, müstakar bir mahiyet kazanan o zamanki mahkeme içtihatlarıyla hemâhenk olarak, B.G.B. nin 1717 nci maddesinin davayı ispat hususunda gösterdiği kolaylıkları Fransız milletlerarası âmme intizamına aykırı telâkki ederek davalıyı, Fransız Medenî Kanununun 340 ıncı maddesini tatbik ederek mahkûm etmişti; bu karar Fransız Temyiz Mahkemesi tarafından bozulmuştur; gerçekten evvel ve âhir yetkili kanun, hükümleri ancak Fransız milletlerarası âmme intizamına aykırı oldukları nispette sâkit bulunan, çocuğun millî kanunu yani Alman kanunudur; bu hususu tasrihte fayda vardır, çünkü bu suretle teessüs eden tabii babalık, hükümleri bakımından, (Fransız kanununun değil) Alman kanununun tanzimi altında olur; yani çocuk lehine münhasıran nafaka itasına müteallik bulunur.

Yetkili kanun hükümlerinin iskatı ile bunun tabii neticesi olarak yerine *lex fori*'nin ikamesi keyfiyetine, birinci kanun hükümlerinin ikinci kanunun milletlerarası âmme intizamına dair hükümlerine aykırı buldukları nispet ve derecede tevessül olunur.

Kezalik, kanaatimize göre, mezkûr ikamenin şümulü de mahdût ve tesirleri millî mahiyettedir. Bilâkis, Mr. Niboyet, Pillet'nin milletlerarası âmme intizamının inikâsı diye adlandırdığı görüşü teyit etmek suretile bunun hilâfını iddia etmiştir: Pillet'ye göre, milletlerarası âmme intizamı mülâhazasile, meselâ karı ve kocanın evlenmeğe ehliyetini tayin etmek üzere ve ikame edilen kanun sıfatile Fransada Fransız kanununa tevfikan bir hak ihdas edildiği, bilfarz bir evlenme vukubulduğu takdirde, mezkûr hakkın bu noktada aynı milletlerarası âmme intizamı düşüncesiyle hareket eden ve Fransa ile hukukî müşareket halinde bulunan diğer memleketler tarafından da tanınması ve bu memleketler nazarında da evliliğin

muteber sayılması lâzımgelir (Traité, c. III, n. 1048, s. 172 ve müteakip - Rappr. Mezger). Ben böyle bir iddianın tamamile isabetli olduğu kanaatinde değilim. Çünkü eğer, mezkûr üçüncü memleketlerden birinde evlenmeğe ehliyet hususunda normal olarak yetkili bulunmak üzere, yani evlenecek olanların milli kanunu olarak, Fransız kanunundan başka bir kanunun derpiş edildiğini farzedecek olursak; bu memleket mahkemelelerinin, prensip itibarile, vukubulan evlenmeyi bâtil saymaları lâzım gelir. Vakıa olabilir ki böyle bir butlan ve — normal hallerde yetkili — karı - kocanın milli kanunlarındaki hükümler de, diğer üçüncü Devletlerin âmme intizamlarına aykırı bulunur; fakat bunun böyle olacağı muhakkak değildir; hattâ bu memleketler kanunlarında mündemiç âmme intizamı telâkkilerile Fransız hukukundakiler aynı olsa bile bunun daima böyle olacağı söylenemez: çünkü derpiş edilen hukukî münasebetin — yani hâdisemizde evliliğin — her iki Devletle olan ilişkiliği bir değildir; filhakika Fransada «ihdas edilecek» olan, üçüncü memleket topraklarında ise «ihdas edilmiş» bulunan bir durum bahis mevzuudur. Bu Devletlerden her biri münhasıran kendi milletlerarası âmme intizamı kaidelerini tatbik eder. Milletlerarası âmme intizamı kaideleri bu mahiyeti ancak kendilerini ihtiva eden medenî kanuna tâbi toprakların hududu içinde haiz bulunurlar: hükmü bir Fransız hâkimi nazarında âmme intizamından sayılan bir hususun hükmün ileri sürüldüğü memleketin hâkimi için de behemehal âmme intizamından addolunacağı söylenemez.

İşte bu keyfiyet, milletlerarası âmme intizamından olan kanunlar ile, normal olarak yetkili bulunmak hasebile tatbik edilen ve bazan yersiz olarak bir kısım müellifler tarafından âmme intizamından olarak vasıflandırılan kanunlar arasında mühim bir fark husule getirir. Meselâ eğer haksız rekabetin yapıldığı bir yer kanunu bu hareketi haksız bir fiil mahiyetinde sayarak failine karşı zarar ve ziyan talebini tevzî ederse, ve bu kanunu tatbik etmek suretile, Fransız hâkimi bir mahkûmiyet kararı ittihaz edecek olursa, verilen hüküm, normal olarak yetkili kanuna tevfikân ittihaz edilmiş bulunmak hasebile üçüncü memleketin topraklarında da tenfiz kabiliyetini haiz olacaktır. Bunun gibi eğer haksız rekabet hâdisesi Fransız topraklarında vukubulur ve zarar ve ziyana Fransız Medenî Kanununun 1382 nci maddesi hükmüne tevfikân karar verilecek olursa aynı netice husule gelir: yani üçüncü Devlet topraklarında karara umumiyetle tenfiz kabiliyeti bahşedilir. Sadece milletlerarası âmme intizamından olan kaideler istisnaîdir; sadece bu kaideler gerek şümul gerekse hüküm ve netice itibarile münhasıran milli mahiyettedir.

Jacques MAURY

Tercüme eden:

Dr. Rabi KORAL