

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA KAMU DÜZENİ

Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ
Ar. Gör. Mustafa YASAN

I- GİRİŞ

Kamu düzeni, ahlak, din, örf adet vb. gibi bir toplumun temelinde yer alan bir başka deyişle o toplumun bilinçaltında yer etmiş değerlerine dayanan ve hakkaniyet esasının hakim olduğu bir genel hukuk müessesesidir⁽¹⁾. İçeriği, tanımı ve unsurları hususunda tam bir fikir birliğinin bulunmadığı kamu düzeni kavramı, devletler özel hukuku başta olmak üzere tüm hukuk disiplinleri için çok büyük bir önemi haizdir. Kamu düzeni kavramının müdahale ve tesir ettiği hadiselerin sosyal, ahlaki telakkiler, ekonomik ve siyasal mülahazalar gibi çeşitlilik göstermesi kamu düzeni kavramının önemini açıklamak için güzel bir örnek teşkil etmektedir⁽²⁾. Bu önem dolayısıyla kamu düzeni doktrinde Altuğ tarafından devletler özel hukukunun sinir sistemi olarak vasıflandırılmıştır⁽³⁾.

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeninden bahsedebilmemiz için öncelikle hakimin önüne gelen olayın milletlerarası özel hukuk ilişkisi karakteri göstermesi gerekir. Bir başka deyişle, meselenin milletlerarası alanda meydana gelmesi, içinde yabancılık unsurunu taşıması ve özel hukuk karakteri gösteren bir ilişki olması gerekir ki, hakim milletlerarası kamu düzeni kurallarını ve prensiplerini meselenin çözümünde tatbik edebilsin.

Çalışmamızda öncelikle kamu düzeni kavramı olarak tetkik edilecektir ve akabinde milli-milletlerarası kamu düzeni şeklindeki ayırım üzerinde durulacaktır. Kamu düzeni kavramının ve özellikle milletlerarası kamu düzeni kavramının nitelikleri ve ayırıcı unsurları bir başka alt başlık olarak çalışmamızda yer almaktadır. Kamu düzeninin milletlerarası özel hukuka münhasır

(1) Kemal Dayınlarlı, Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara, 1994, s. 56.

(2) Yılmaz Altuğ, Amme İntizamı ve Tesirleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: XXVII, Sayı: 3, Doç Dr. Cem Sar'a Armağandan Ayrı Baskı, s. 379, 380.

(3) Altuğ, agm, s. 373.

olmak üzere sonuçları bir başka deyişle etkileri, tetkik edeceğimiz konular arasında yer alacaktır. Çalışmamız, konuyu özetleyeceğimiz, görüş ve önerilerde bulunacağımız sonuç bölümü ile tamamlanacaktır.

II- KAMU DÜZENİ KAVRAMI-TANIMI

Kamu düzeni kavramının tanımına kanunlarda ulaşmak mümkün değildir. Buna gerekçe olarak kamu düzeni kavramının içeriğinin şartlara, mevcut ahlak anlayışına, kısaca belirli bir topluma hakim olan değerlere göre biçimlenebilmesi gösterilebilir⁽⁴⁾. Bununla beraber tüm hukukçuların kamu düzeni kavramı ile ilgili olarak birleştikleri zamana ve mekana göre değişkenlik, hakimnin takdiri, tahdidi nitelikte olmaması gibi bazı temel karakteristik ayırıcı nitelikler mevcuttur⁽⁵⁾. Bu sebeple söz konusu ayırıcı nitelikler ışığında kamu düzeni kavramını tanımlamak imkan dahilinde olabilir.

Kamu düzenini, Altuğ'un tanımına uygun şekilde, "Belirli bir ülkede ve belirli bir zamanda kabul edilmiş, toplumun bilinç altına yer etmiş değerler, şartlar sebebiyle o ülkenin esaslı çıkarlarından sayılan yazılı yazısız hukuk kurallarının bütünüdür" şeklinde tanımlamak mümkündür⁽⁶⁾. Milletlerarası özel hukukta, kanunlar ihtilafı kurallarına göre milletlerarası özel hukuk ilişkisine uygulanacak olan hukuk kuralı şayet hakimnin mahalli hukuk kuralı olmayıp tarafların milli hukuk kuralları ise ve bu milli hukuk kurallarının tatbiki hakimnin mahalli hukuk sistemindeki, ahlaki, dini ve milli değerlerine aykırılık teşkil ediyorsa, milletlerarası kamu düzenini ilgilendiren bir durum söz konusu olacaktır ve kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken yabancı hukuk kuralı tatbik edilmeyecektir⁽⁷⁾. Bu da kamu düzeninin milletlerarası özel hukuk ilişkilerinde ve kanunlar ihtilafı müessesesinde karşımıza çıkan tezahürü olarak kabul edilebilir.

III- MİLLİ-MİLLETLERARASI KAMU DÜZENİ AYRIMI

Kamu düzeniyle ilgili olarak, etkide bulunduğu alana göre milli kamu

(4) Osman Fazıl Berki, Devletler Hususi Hukuku, Cilt 2, Kanun İhtilafı, Ankara 1966, s. 81; Da-yınları, age, s. 7.

(5) Osman Fazıl Berki, Türk Hukukunda Kanun İhtilafı, Ankara 1971, s. 24; Altuğ, agm, s. 385.

(6) Altuğ, agm, s. 385.

(7) Berki, Kanun İhtilafı, s. 23,24.

düzeni ve milletlerarası kamu düzeni şeklinde ikili bir ayrıma⁽⁸⁾ gitmek Esperson⁽⁹⁾ ve Brocher⁽¹⁰⁾ başta olmak üzere doktrinde de genel kabul gördüğü üzere⁽¹¹⁾ imkan dahilinde olsa da bu ayrımı kabul etmeyen, tek bir kamu düzeni kavramının var olduğunu ancak muhataplarının her zaman aynı olmayacağını öngören görüşler de ileri sürülmüştür⁽¹²⁾.

Story, milletlerarası kamu düzenininin tatbik edilecek kanunlara etkisinin bir başka ve tam bir tezat teşkil edecek tezahürü olarak, bir devletin kendi menfaatlerine aykırı bulunsa dahi yabancı bir ülkenin kanunlarının tatbikinin mümkün olduğunu ve bunun milletlerarası nezaket kuralları gereğince söz konusu olduğunu beyan etmiştir⁽¹³⁾. Dicey ise milletlerarası kamu düzeni kurallarının kazanılmış haklar prensibine getirilen bir istisna olduğunu kabul etmiş ve Dicey'i⁽¹⁴⁾ izleyen yazarlar⁽¹⁵⁾ dahi milletlerarası kamu düzenine özgü bir teoriyi hala ortaya koyamamışlardır.

Milletlerarası karakteristiği sebebiyle milletlerarası kamu düzeni kuralları sadece vatandaşlara değil yabancılara da tatbik edilecek iken karşılığı olarak milli kamu düzeni kurallarının muhatap aldığı kesim sadece vatandaşlar olacaktır⁽¹⁶⁾. Milli kamu düzeni kişilerin mukavele ile kamu düzeni niteliği taşıyan bir kanun hükmünü bertaraf edememelerine sebep

(8) Milli kamu düzeni yerine nispi kamu düzeni, milletlerarası kamu düzeni yerine de mutlak kamu düzeni kavramları kullanılmıştır. Bkz. Berki, Devletler Hususi Hukuku, s. 82.

(9) Pietro Esperson, Journal de Droit International, 1880, s. 253.

(10) Charles Brocher, Revue de Droit International et de legislation comparee, 1872, s. 196.

(11) Berki, Kanun İhtilafları, s. 25.

(12) Niboyet, Precis, s. 174 (Nakleden Berki, Kanun İhtilafları, s. 25); Dayınlarlı, age, s. 16; Altuğ, agm, s. 379, Yazar, kamu düzenininin milli ve milletlerarası kamu düzeni şeklinde ikili tasnifinin zaten muallak bir kavram olan kamu düzeni kavramını tamamıyla karıştırmak olacağını ancak kamu düzenininin tesir ettiği sahanın milli veya milletlerarası özel hukuk ilişkileri şeklinde tasnif edilerek tefsirinin mümkün olduğunu kabul etmektedir. Aynı yönde görüş için ayrıca bkz. Dayınlarlı, age, s. 16. Dayınlarlı, kamu düzenininin milli-milletlerarası şeklinde tasnifine gidilmesini, zaten içerik olarak karmaşık olan kamu düzeni kavramının daha karmaşık bir hale getirilmesi demek olacağından isabetli bulmamaktadır. Yazar ayrıca, milletlerarası kamu düzenininin milli kamu düzenine göre daha dar bir kapsamının olduğunu belirtmektedir.

(13) Joseph Story, Conflicts of Law, 25. Ve 32. Paragraflar.

(14) Dicey's Conflict of Laws, 6. Edition, Under the General Editorship of J.H.C. Morris. 1949, CXXIV, s. 17.

(15) Martin Wolff, Private International Law, 2nd Edition, 1950; Arthur Nussbaum, Principles of Private International Law, 1943.

(16) Berki, Kanun İhtilafları, s. 25; Berki, Devletler Hususi Hukuku, s. 83.

olurken⁽¹⁷⁾ milletlerarası kamu düzeni ise yabancı bir kanun hükmünün hakiminin ülkesinde tatbikine mani olmaktadır^(18,19). Milli ve milletlerarası kamu düzeni kavramları arasındaki bu nüansı da bu şekilde izah etmiş bulunuyoruz. Biz çalışmamızı, kamu düzeninin milli-milletlerarası kamu düzeni şeklinde ikili ayırımına gidilip gidilmeyeceği tartışmasına girmeden kamu düzenini milli ve milletlerarası şeklinde ikiye ayıran görüşe iltihak ederek içinde yabancılık unsuru taşıyan milletlerarası özel hukuk ilişkilerinin tabi olduğu kamu düzeni kavramına hasretmiş bulunuyoruz. Ancak, kamu düzenini milli-milletlerarası şeklinde kabul eden görüşe iltihak etmek demek, her iki ihtimalde esas alınacak kamu düzeni kıstaslarının, milli, ahlaki kültürel değerlerin farklılaşması demek değildir, sadece kamu düzeni kurallarının gösterecekleri etkilerinin görüleceği sahanın ve etki derecelerinin farklılaşması demektir⁽²⁰⁾. Öte yandan, ister milli kamu düzeni olsun isterse milletlerarası kamu düzeni, her iki ihtimalde de kamu düzeni kurallarının etkilerini gösterebilmeleri için öncelikle hakim iç hukukunu ilgilendiren milli, manevi, siyasi ve ekonomik değerlerin ihlali tehlikesinin doğması gerekir, bir başka deyişle her iki ihtimalde de iç hukuk sisteminin tabi olduğu değerler sisteminin zarar görme ihtimalinin varlığı aranır⁽²¹⁾.

IV- NİTELİKLERİ

1) Kamu Düzeni Kurallarının Tahdidi Özellik Göstermemesi-Hakimin Takdir Yetkisi

Kamu düzeni ile ilgili kurallar bir ülkenin milli, manevi, siyasi ve ahlaki değerleri gibi kriterlere bağlı olduğundan ve söz konusu kriterler de değişkenlik gösteren ve belirli bir sayı ile tahdit edilemediğinden kanun koyucu tarafından açıkça tespit edilmesi imkan dahilinde değildir. Ancak, bu durum, istisnai bazı kanun koyucuların, açıkça kamu düzeni niteliği gösteren kuralları tahdidi surette tanzimine mani olmamıştır⁽²²⁾. Bununla

(17) Altuğ, agm, s. 372.

(18) Berki, Devletler Hususi Hukuku, s. 85; Altuğ, agm, s. 379.

(19) Ancak milli kamu düzeninin etkisi sadece mukaveleleri geçersiz kılması ile sınırlı değildir. Zira, kamu düzenine ilişkin yetki kurallarına aykırılık defileri davanın her aşamasında hatta temyiz aşamasında dahi ileri sürülebilecektir. Bu da milli kamu düzeni kurallarının sadece akdedilen mukaveleleri geçersiz kılması şeklinde bir etkisinin olmadığını göstermektedir. Bkz. Altuğ, agm, s. 372.

(20) Altuğ, agm, s. 379.

(21) Altuğ, agm, s. 379.

birlikte doktrinde de kamu düzeni kurallarının tahdidi bir nitelik gösterdiğini kabul eden görüşler ileri sürülmüştür. Mancini, kamu düzeni kurallarının tahdit edilmesinin gereğinden bahsetmektedir⁽²³⁾. Buna mukabil, doktrinde, kamu düzeni kurallarının tahdit edilemeyeceği, bu konuda hakim geniş bir takdir yetkisinin olduğu şeklindeki görüşler üstün gelmiştir⁽²⁴⁾. Zira, hakime, kamu düzenini, o anki şart ve duruma, mevcut fikirlerle, ahlak anlayışına göre tespit etmek yani takdir etmek yetkisinin verilmesi, kamu düzeni kavramının yazılı bir şekilde kanunlarla tahdidini imkansız kılmaktadır⁽²⁵⁾. Nitekim, kamu düzeni kurallarının tahdidi şekilde tanzimini hedef alan ve tüm hukuk sistemlerini bağlayıcı kamu düzeni kurallarını tespit etmeye yönelik milletlerarası kodifikasyon çalışmaları her zaman başarısızlıkla sonuçlanmıştır⁽²⁶⁾. Kazuistik sistemi benimseyen Prusya Medeni Kanununun bile kamu düzeni ile ilgili olarak eksik ve yetersiz kaldığı bir gerçektir⁽²⁷⁾. Özetlemek gerekirse, kamu düzeni kuralları kanun koyucu tarafından açıkça tespiti şart olmayan, belirli bir sayı ile tahdit edilmemiş buna mukabil hakim mahalli örf, adet, milli manevi değerler, ilmi ahlaki gerçekleri esas alarak takdir yetkisine dayanarak tespit ettiği kuralları manzumesidir.

Hakim takdir yetkisini kullanırken bir yandan MK m. 4'e dayanacaktır bir yandan da hukuk sisteminin özüne zarar verecek şekilde ve haklardan istifadeyi imkansız kılacak seviyede amacı aşan geniş bir yorum yoluna gitmeyecektir⁽²⁸⁾. Kamu düzeninin amacını aşmayacak şekilde tatbiki bir başka deyişle, tatbik edilecek yabancı bir kanunun kamu düzenini ihlal edip etmediği noktasında öteden beri yapılmaya çalışılan tespitlere örnek olarak İngiliz hukuk sistemi için Wolff'un ileri sürdüğü İngiltere'nin menfaatlerinin tehlikeye düşürülmesi kıstasını gösterebiliriz⁽²⁹⁾. Foster ise

(22) Arjantin ve Nikaragua Medeni Kanunları kamu düzenine ilişkin hususları tahdid eden ülke kanunlarına örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Berki, Devletler Hususi Hukuku, s. 27.

(23) Nakleden Berki, Kanun İhtilafları, s. 23.

(24) Berki, Kanun İhtilafları, 24; Berki, Devletler Hususi Hukuku, s. 81; Dayınlarlı, age, s. 28; Altuğ, agm, s. 374.

(25) Berki, Kanun İhtilafları, s. 24; Altuğ, agm, s. 380.

(26) Altuğ, agm, s. 381.

(27) Dayınlarlı, age, s. 5.

(28) Dayınlarlı, age, s. 28.

(29) Wolff, Private International Law.

kamu düzeninin tatbik edileceği sahanın Wolff'a göre daha dar bir şekilde tespitinin şart olduğunu ve bunu da doğrudan İngiliz menfaatlerinin ihlali şeklinde anlamaktansa, sadece savaş halinde düşmanla işbirliği yapmak şeklinde bir kıstasın kamu düzeninin tatbikine cevaz verebileceğini kabul etmiştir⁽³⁰⁾.

2) Kamu Düzeni Kurallarının Yere ve Zamana Göre Değişiklik Göstermesi

Kamu düzeni kavramının, ilgili bulunduğu milli, manevi, ahlaki değerlerin hem toplumdan topluma hem de aynı toplum içerisinde zamana göre değişkenlik göstermesi sebebiyle statik, durağan bir içeriği bulunmamaktadır⁽³¹⁾. Bu sebeple kamu düzeni kuralları toplumlardan topluma değerler sistemindeki farklılık sebebiyle değişebileceği gibi, aynı toplum için daha önce geçerli olan bir kamu düzeni kuralı, ilerleyen dönemlerde geçerliliğini yitirebilir. Toplumsal hayatta ve ekonomik koşullardaki akışkanlık o toplumun bilinçaltı olarak da nitelendirilebilen değerlerinde değişikliklere sebep olmaktadır. Bu da kaçınılmaz bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Toplumdaki değişikliklere göre kendini yenilemek zorunda olan hukuk sistemi ve bununla ilgili olarak kamu düzeni bu sebeptir ki statik kalmaz. Türk kamu düzeni kurallarına göre poligami evlilik kabul edilemez. Ancak, Arap ülkelerinin hukuk sistemleri esas alındığında o ülkelerin kamu düzeni kurallarına göre poligami evliliğe izin verildiğini görmekteyiz. Kamu düzeni kuralları gereğince milletlerarası özel hukuk ilişkisine tatbik edilecek kurallarda karşımıza çıkan farklılığa dair bir başka örnek durum da taşınır malların miras yoluyla intikalinde karşımıza çıkmaktadır. Fransız hukuk sistemi nazara alındığında ölenin taşınır mallarına ölenin ikametgahı kanunları tatbik edilirken, İspanyol Medeni Kanununun 10. Maddesinin 2. Bendine göre ölenin milli kanunu tatbik edilecektir. Aynı şekilde, poligami Türk hukuk sisteminde Medeni Kanunun kabul edilmesinden önce geçerli iken, Medeni Kanununun kabulü ile poligami evlilikler kanun koyucu tarafından yasaklanmış ve kamu düzeni kurallarına aykırı bir durum arz etmişlerdir.

(30) J. Foster, Droit International Prive, Recueil des Cours, 1938/III, s. 516.

(31) Berki, Kanun İhtilafları, s. 24; Berki, Devler Hususi Hukuku, s.81; Dayınlarlı, age, s. 7, 26; Altuğ, agm, s. 380.

3) Kamu Düzeni Kurallarının İstisnai Nitelik Göstermesi

Doktrinde kamu düzeni kurallarının prensip ya da istisnai kurallar olduğu hususundaki tartışma, günümüzde kamu düzeni kurallarının istisnai mahiyet arz eden kurallar olduğunu kabul eden görüşün üstün gelmesi ile sona ermiştir⁽³²⁾. Savigny ve Mancini kamu düzeni kurallarının istisnai özellik gösteren kurallar bütünü olduğunu kabul ederken, Pillet, kamu düzeni kurallarını prensip kurallar olarak benimsemiştir⁽³³⁾. Pillet'e göre kamu düzeni kuralları diğer bağlama kuralları gibi bağımsız bir niteliktedir⁽³⁴⁾.

Kamu düzeni kuralları daha önce de belirttiğimiz gibi, kanunlar ihtilafı kurallarına göre aslında yetkili bulunan bir yabancı hukuk kuralının hakim mahalli kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi sebebiyle uygulanmasına mani olmaktadır. Kural, milletlerarası özel hukuk ilişkisine kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili bulunan yabancı kanunların uygulanmasıdır, kamu düzeni bu kuralın işlevine bir istisna getirmektedir⁽³⁵⁾. Kamu düzeni kuralları, kanunlar ihtilafı kurallarına yeni bir başka kural getirmekte, zaten mevcut kanunlar ihtilafı kurallarına istisnai bir hüküm teşkil etmektedirler⁽³⁶⁾. Bir başka deyişle, esas itibariyle uygulanacak olan bir kurala kamu düzeni cevaz vermemektedir. Bu durumda, kamu düzeninin prensip kurallar olduğunu ileri sürmek imkan dahilinde değildir. Ancak, kamu düzeninin istisnai özellik göstermesi ile kamu düzenini teşkil eden kurallar ve değerler bütünüünün genelliği birbirine ters anlamlar ihtiva eden hususlar değildir. Kamu düzenini teşkil eden kuralların tümü genel niteliktedir. Genel kabule genel tatbika dayanır. Kapsamı, etkisi geniştir. Ancak tatbik edilebilmesi için bazı şartların yerine gelmesi gerekir. Kamu düzeninin istisnai niteliği, kavramın, hakim takdir yetkisinin varlığına rağmen amacını aşacak şekilde genişletici yorumuna mani olmaktadır. Nitekim, Türk hukuk doktrini de kamu düzeninin uygulanacak olan kurala etkisinin istisnai özellik göstereceğini kabul etmektedir⁽³⁷⁾.

(32) Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 2000, s. 144.

(33) Nakleden Berki, Kanunlar İhtilafı, s. 23, 24.

(34) Dayınlarlı, age, s. 9.

(35) Berki, Devletler Özel Hukuku, s. 80; Dayınlarlı, age, s. 27.

(36) Altuğ, agm, s. 375.

(37) Gülören Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuku, İstanbul, 1997, s. 35. Berki, Kanunlar İhtilafı, s. 24.

4) Kamu Düzeninin Her Olayda Hakim Tarafından Reesen Göz Önünde Bulundurulması

Kamu düzeni kuralları, esasen kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken bir yabancı ülke kanununun tatbikine mani olacağından ve bunun gerekçesi de hakimin hukuk sistemi ve milli, ahlaki vb değerleri olduğundan hakim tarafından reesen göz önünde bulundurulmalıdır⁽³⁸⁾.

V- KAMU DÜZENİNİN ETKİLERİ

Kamu düzeni, kanunlar ihtilafı kurallarına göre aslında uygulanması gereken kurala etkisi açısından 2 türlü sonuca sebep vermektedir. Bunlar, uygulanacak kuralın kamu düzenine aykırılığı sebebiyle bertaraf edilmesi ve kuralın uygulanmasından beklenen hukuki sonucun elde edilmesine mani olunması, yani olumsuz etki ve uygulanması gereken ve men edici bir nitelik arz eden kuralın kamu düzenine aykırılığı sebebiyle, kamu düzenine uygun mahalli kuralların uygulanması, yani olumlu etki şeklinde tasnif edilebilir⁽³⁹⁾. Ancak, ister menfi olsun isterse müspet, kamu düzeni, üzerinde tesirini göstereceği ve kanunlar ihtilafı kurallarına göre tatbik edilecek yabancı ülke kanununun kendisiyle değil, bu kanunun doğuracağı tesir ile ilgilenmektedir⁽⁴⁰⁾. Ayrıca kamu düzenine aykırılıktan bahsedilebilmesi ve bu surette etkisini gösterebilmesi için kanunlar ihtilafı kurallarına göre esasen yetkili olan kanunun kamu düzenine aykırılığı tartışmaya lüzum kalmayacak şekilde açık olmalıdır⁽⁴¹⁾.

1) Kamu Düzeninin Olumsuz Etkisi

Kamu düzeni kurallarının, kanunlar ihtilafı esaslarına göre uygulanması gereken bir kuralın, kamu düzenine aykırılığı sebebiyle uygulanmasına cevaz ve tarafların beklediği hukuki yarara fırsat vermemesi kamu düzeninin olumsuz etkisi olarak vasıflandırılabilir⁽⁴²⁾. Burada dikkat edilecek nokta; kanunlar ihtilafı kıstasları itibariyle yetkili olan ülke kanunlarına

⁽³⁸⁾ Tekinalp, age, s. 35.

³⁹ Kamu düzeninin istisnai nitelik arz etmeyip prensip kurallar bütünü olduğu kabul edildiğinde kamu düzeninin sadece olumlu etkisinden bahsedilebilir, olumsuz etkisi bahis konusu olamaz. Bkz. Berki, Kanunlar İhtilafı, s.25, Berki, Devletler Özel Hukuku, s.83.

⁽⁴⁰⁾ Altuğ, agm, s.380.

⁽⁴¹⁾ Tekinalp, age, s.35.

⁽⁴²⁾ Dayınlarlı, age, s.27; Altuğ, agm, s.382; Nomer, age, s.148, 149.

göre, söz konusu milletlerarası özel hukuk ilişkisinin geçerliliğidir ancak, bu geçerliliğe hakim mahalli kamu düzeni kuralları mani olacaktır⁽⁴³⁾. Misal olarak, yeğeniyle Türkiye’de evlenmek isteyen Alman bir amcanın evlilik talebi gösterilebilir. Türk Milletlerarası Özel Usul Hukuku Kanunundaki kanunlar ihtilafı kurallarına göre evlilikle ilgili içinde yabancılik unsuru taşıyan bir özel hukuk ilişkisine o şahsın memleketinin kanunları tatbik olunacaktır (MÖHUK m. 12). Dolayısıyla, kanunlar ihtilafı kurallarına göre Türkiye’de yeğeniyle evlenmek isteyen Alman vatandaşının söz konusu evliliği ile ilgili olarak uygulanması gereken kanunlar Alman kanunlarıdır. Alman kanunları ise yeğenle evliliğe izin vermektedir. İşte burada devreye kamu düzeni kavramı girer. Zira, kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken ve yeğenle evliliğe müsaade eden Alman kanunlarının tatbiki “Türk Kamu Düzeni”ne aykırıdır. Türk kamu düzeni kurallarına göre yeğenle evlilik kesin evlilik yasakları kapsamındadır. Bu sebeplerle, söz konusu evliliğe müsaade eden Alman kanunları Türk kamu düzeni kurallarına aykırılığı sebebiyle uygulanmayacaktır ve evlilik gerçekleşmeyecektir. Bu da kamu düzeninin olumsuz etkisine tipik bir örnek teşkil etmektedir. Kamu düzeninin olumsuz etkisinin söz konusu olabileceği bir başka durum MÖHUK m. 38/c ve m. 42’ye göre yabancı bir mahkemenin vermiş olduğu kararın Türkiye’de tanınması ya da tenfizinde karşımıza çıkmaktadır. Zira, MÖHUK m. 38/c ve m. 42’ye göre yabancı bir mahkeme kararının Türk mahkemelerinde tanınması veya tenfizi için aranılan şartlardan bir tanesi hükmün açıkça Türk kamu düzenine aykırı olmamasıdır. Bu durumda kanun koyucu kamu düzeni ile ilgili bir dereceleme getirmiştir; açıkça kamu düzenine aykırılık. Açıkça kamu düzenine aykırılık teşkil eden yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi gerçekleşmeyecektir. Bu da kamu düzeninin olumsuz etkisine farklı bir örnek teşkil etmektedir⁽⁴⁴⁾.

2) Kamu Düzeninin Olumlu Etkisi

Kanunlar ihtilafı esaslarına göre uygulanacak olan memleket kanunları men edici bir nitelik arz ediyorsa ve bu kanunların tarafların taleplerini men edişleri ve bu men edişin gerekçeleri mahalli kamu düzeni esaslarına aykırılık teşkil ediyorsa, hakim önüne gelen olayda kanunlar ihtilafı kural-

⁽⁴³⁾ Berki, Kanunlar İhtilafı, s. 26, Berki, Devletler Özel Hukuku, s. 83; Tekinalp, age, s. 35.

⁽⁴⁴⁾ Dayınlarlı, age, s. 29.

larına göre uygulanması gereken memleket kanunlarını uygulamaz, ancak kendi mahalli kanunlarını uygular ve yabancı memleket kanunlarının men ettiği hukuki sonucun gerçekleşmesine cevaz verir. Buna kamu düzeninin olumlu etkisi denmektedir⁽⁴⁵⁾. Kamu düzeninin olumlu etkisinin görülebilmesi için men edici nitelik gösteren yabancı ülke kanunlarının tatbik edilememesi yeterli değildir. Bununla birlikte, dava konusu milletlerarası özel hukuk ilişkisine hakim mahalli kanunlarının da tatbiki de gerekir⁽⁴⁶⁾. Doktrinde Berki, bu durumu kamu düzeninin önce olumsuz sonra olumlu etkisi olarak adlandırmaktadır⁽⁴⁷⁾. Bununla beraber, Tekinalp, bazı istisnai hallerde hakim uygulanması gereken hukuku bertaraf ettikten sonra, kendi hukukundan başka bir hukuku da uygulayacağını belirtmekle beraber yazarın bu görüşü doktrinde taraftar bulmamıştır⁽⁴⁸⁾. Misal olarak Amerika Birleşik Devletleri Federe Devletlerinden Alabama vatandaşı biri beyaz diğeri siyah ırka mensup bay ve bayanın Türkiye’de evlenmek istemesi gösterilebilir. Kanunlar ihtilafı kurallarına göre bu evliliğe Alabama federe devletinin kanunları uygulanacaktır. Ancak, Alabama federe devletinin kanunlarına göre siyah-beyaz evliliği yasaktır. Bu durum ırk, dil, din mezhep ayrılığını benimsemeyen Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple, olayımızda evliliğe izin vermeyen Alabama federe devletinin kanunları uygulanmayacak onun yerine Türk Medeni Hukuku kuralları uygulanarak evliliğin gerçekleşmesi sağlanacaktır.

VI- SONUÇ

Kamu düzeni, yukarıda özetlediğimiz hükümleri sebebiyle milletlerarası özel hukukun tüm gelişmelerine karşın mahalli hukuk sistemlerinin etkisinin hala dikkat çekecek derecede var olduğunu göstermesi açısından önemli bir müessesedir.

Milletlerarası özel hukukun en önemli konularından olan kamu düzeni kuralları kanunda açıkça tespit edilmemiş ve fakat uyulması mecburi kurallar niteliğindedir. Hakim önüne gelen yabancılık unsuru taşıyan bir özel hukuk ilişkisine uygulayacağı ülke kanunlarını tespitini kanunlar ihtilafı

(45) Berki, Devletler Özel Hukuku, s.84; Dayınlarlı, age, s. 28; Tekinalp, age, s. 36; Nomer, age, s. 150.

(46) Berki, Kanunlar İhtilafı, s. 26; Altuğ, agm, s. 382.

(47) Berki, Kanunlar İhtilafı, s. 26; Berki, Devletler Özel Hukuku, s. 84.

(48) Tekinalp, age, s. 35.

kurallarına göre gerçekleştirecektir. Bu itibarla, kanunlar ihtilafı kuralları prensip, esas kurallar şeklinde tanzim edilmiştir. Ancak kanunlar ihtilafı kurallarını sıkı sıkıya tatbik etmek hakim mahalli hukuk sisteminin bazı temel esaslarına, değerlerine ciddi derecede aykırılık teşkil edebilir. Bu durumda karşımıza kamu düzeni kavramı çıkacaktır.

Kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili ülke kanunlarının milli, manevi, ahlaki, siyasi, ekonomik değerlerine aykırılık teşkil etmesi halinde, hakim söz konusu ülke kanunlarını tatbik etmeyecektir (MÖHUK m. 5). Bu durum, kamu düzeninin kanunlar ihtilafı kurallarına getirilen istisna niteliğini ortaya koymaktadır. İstisna niteliğine binaen, kamu düzeni kavramı, hakim tarafından amacı aşan şekilde genişletici yoruma tabi tutulmamalıdır. Zira, hakim kamu düzeninin milletlerarası özel hukuk ilişkisine tatbiki açısından takdir yetkisini haizdir. Bu takdir yetkisi, kamu düzeninin tahdidi surette kanunlarda tespitinin imkansız olmasından kaynaklanmaktadır. Zira kamu düzeni, belirli bir ülkede ve belirli bir zamanda geçerliliği olan değerler bütünüdür. Ülkeden ülkeye ve aynı ülkede zamana göre değişkenlik gösterir.

Türk mahkemeleri önlerine gelen milletlerarası özel hukuk nitelikli ihtilaflarda, kanunlar ihtilafı kurallarının tayini ve tayin edilen kuralların tatbiki aşamalarında, kamu düzenine uygunluğu, öncelikli olarak reesen göz önünde bulundurulacaktır. Bu hususta, kanun koyucu, hakime takdir yetkisi dahi tanımamıştır.

BİBLİYOGRAFYA

- ALTUĞ, Yılmaz, Amme İntizamı ve Tesirleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt XXVII, Sayı 3, Doç. Dr. Cem Sayar'a Armağandan Ayrı Baskı, Ankara 1973.
- BERKİ, Osman Fazıl, Devler Hususi Hukuku, Cilt 2, Kanun İhtilafları, Ankara 1966.
- BERKİ, Osman Fazıl, Türk Hukukunda Kanun İhtilafları, Ankara 1971.
- BROCHER, Charles, Revue de droit international et de legislation comparee, 1872.
- DAYINLARLI, Kemal, Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994.
- DICEY's Conflict of Laws, 6. Edition, Under the General Editorship of J.H.C. Morris. 1949, CXXIV.
- ESPERSON, Pietro, Journal de Droit International, 1880.
- FOSTER, J. Droit International Prive, Recueil des Cours, 1938/III
- NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 2000.
- NUSSBAUM, Arthur, Principles of Private International Law, 1943
- STORY, Joseph, Conflicts of Law.
- TEKİNALP, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuku Bağlama Kuralları, İstanbul 1997.
- WOLFF, Martin, Private International Law, 2nd Edition, 1950.