

DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKUNDA KAZANILMIŞ HAKLARIN TANINMASI VE KAMU DÜZENİ

A. Gündüz ÖKÇÜN

I. İÇ HUKUKTA KAZANILMIŞ HAKLARIN TANINMASI

İç Hukukta kanunların zaman bakımından uygulanması konusu ele alınırken, kanunların geriye yürümediği (makale şamil olmadığı) ilkesi genel olarak kabul edilmektedir (1). Gerçekten, bu ilke kabul olunmadığı takdirde, toplum hayatında güven ve istikrardan bahsedilemez. Dolayısıyla, her olay olduğu (tekemmül ettiği) tarihte yürürlükte olan kanuna tabi olacaktır. Türk hukukunda, gerek Kanun-u Medenî'nin Suret-i Meriyeti ve Şekl-i Tatbiki Hakkında 864 Sayılı Kanun, gerekse Türk Ticaret Kanununun Meriyet ve Tatbik Şekli Hakkında 6763 Sayılı Kanun, bazı istisnalarla bu ilkeyi benimsemiştir. Konumuzu ilgilendirdiği için, söz konusu istisnalardan iki tanesini burada belirtmekle yetineceğiz. Bunlardan birincisine göre, yeni kanunun «intizam-ı âmme ve âdab-ı umumiyeti temin zımında» (2) konulmuş olan kuralları, yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren, haklarında istisnaî hüküm bulunmayan bütün olaylara uygulanır. Dolayısıyla, kamu düzenine ve genel âdaba aykırı olan eski kurallar, yeni kanunun yürürlüğe girmesiyle hiç bir şekilde kullanılmaz. İkinci istisna, kendilerinden kazanılmış hak vücuda gelmemiş olan olaylarla ilgilidir (3). Buna göre, **kazanılmış hak meydana getirmeyen olaylar**, yeni kanunun yürürlüğe girmesiyle, yeni kanuna tabi olurlar. Görülüyor ki, iç hukukta, eski kanun yürürlükte iken kazanılmış olan hakların, yeni

(1) H. V. Velidedeoğlu, *Türk Medenî Hukuku*, c. 1, Cüz 1, 6. bası, İstanbul, 1959, s. 98 ve 186 - 187; N. Bilge, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Ankara, 1962, s. 135. vd.; K. F. Arık, *Hukukun Temel Müesseseleri*, Ankara, 1961, s. 22 vd.

(2) Kanun-u Medenî'nin Suret-i Meriyet ve Şekl-i Tatbiki Hakkında 864 sayılı Kanun, madde 2.

(3) 864 sayılı Kanun, madde 4 ve Türk Ticaret Kanununun Meriyet ve Tatbik Şekli Hakkında 6763 sayılı Kanun, madde 4.

kanun yürürlüğe girdikten sonra da tanımakta devam olunacağı ilkesi kabul edilmiş bulunmaktadır.

II. DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKUNDA KAZANILMIŞ HAKLARIN TANINMASI İLKESİ

1. İngiliz - Amerikan Yazarları :

İç hukukta genel olarak kabul edilen «kazanılmış hakların tanınması» ilkesi çeşitli yazarlar tarafından devletler hususî hukukuna farklı şekillerde aktarılmıştır. Gerçekten, görüşlerini Hollanda okuluna, özellikle Huber'e dayandıran bazı İngiliz - Amerikan yazarları kazanılmış hakların tanınması ilkesini hukukların çatışmasının (4) temeli olarak kabul etmişlerdir. Bunlara göre, yargıç yabancı hukuku uygulamaz; ancak yabancı hukuka uygun olarak kazanılmış bir hakkın kendi hukuk biriminde hüküm ifade ettiğini, tanındığını tesbit eder. Özellikle, İngiltere'de Dicey, (5) Schmitthoff (6) ve Amerika Birleşik Devletlerinde de Beale (7) tarafından benimsenen bu görüş bir çok yazar tarafından haklı olarak tenkit edilmiştir (8). Bu tenkitlere göre, kazanılmış hakların tanınması ilkesini hukukların çatışmasının temeli olarak kabul etmek fasit bir daireye düşmekten başka bir şey değildir. Çünkü, bir hakkın kazanılıp kazanılmadığı yetkili hukuka bakılarak tesbit olunur. Dolayısıyla, yetkili hukuk tesbit edilmedikçe, bir hakkın o hukuka uygun olarak kazanılıp kazanılmadığı da bilinemez. Bugün artık, yabancı unsur taşıyan bir durumu karara bağlama konusunun ka-

(4) Çalışmamızda «kanunlar ihtilâfı», «kanun ihtilâfları» veya «yasaların çatışması» deyimleri yerine «hukukların çatışması» deyimini kullanmaktayız. Bizce, yargıç, her zaman yabancı kanunun kullanmamakta, bazı hallerde yabancı mahkeme içtihatlarını da olduğu gibi gözönünde bulundurmaktadır. M. R. Seviğ, *Türkiye Cumhuriyetinin Kanunlar İhtilâfı Kaidelerinin Sentezi*, İstanbul, 1941, s. 21; ve O. F. Berki, DHH, c. 2, 1966, s. 116.

(5) Dicey, *Conflict of Laws*, 5. bası, 1932, s. 17 vd. (Genel Prensipler I ve II).

(6) Schmitthoff, *The English Conflict of Laws*, 3. bası, London, 1954, s. 14-16.

(7) Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws*, c. 3, New York, 1935, s. 1967 vd.

(8) Arminjon, «La Notion des Droits Acquis en Droit International Privé», 44 *Recueil des Cours de L'Académie de La Haye* (1933 II), s. 14 - 70; Cook, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, 1943, Birinci Bölüm; Cheshire, *The Conflict of Laws*, Oxford, 1962, s. 31 - 33. İngiliz - Amerikan doktrinin anladığı şekli ile kazanılmış haklar nazariyesi Türkiye'de de tenkit edilmiştir. Bk. V. R. Seviğ, «Türkiye'nin Devletler Hususî Hukuku Sisteminde Müktesep Haklar Nazariyesinin Tatbik Şartları», 28 İHFM (1962) sayı 1, s. 105, 106 özellikle s. 108 ve 123 de.

zanılmış bir hakkın tanınması konusundan bağımsız olarak düşünülebileceği devletler hususi hukuku yazarlarının büyük bir çoğunluğu tarafından kabul edilmektedir (9).

2. Kazanılmış Hakların Tanınması Konusunu Hukukların Çatışmasından Ayıran Görüş :

(a) Fransız Yazarları :

XX. yüzyılın ilk yarısında kazanılmış hakların tanınması ilkesi, özellikle Fransız devletler hususî hukuku yazarları tarafından hukukların çatışması kurallarından ayrı olarak ele alınmıştır. Bu görüşün öncülerinden Pillet'ye göre, devletler hususî hukukunun konusu başlıca üç kısımdan ibarettir : (10) (i) Yabancıların hukukî durumu (ii) hukukların çatışması ve (iii) kazanılmış hakların milletlerarası etkisi. Kazanılmış hakların milletlerarası etkisi konusunu bu şekilde hukukların çatışmasından ayıran yazar, kaynağında yabancı unsur bulunsun bulunmasın, bir ülkede usulüne uygun olarak kazanılmış olan hakların başka bir ülkede tanınacağını kabul etmektedir. Şu şartla ki, tanınması istenilen hak, ülkesinde ileri sürüldüğü devletin devletler hususî hukuku kuralları uyarınca bulunan yabancı hukuka uygun olarak kazanılmış olsun (11). Yazar kazanılmış haklara saygı ilkesini milletlerarası toplumda devletlerin egemenliğine dayandırmaktadır (12). Pillet'ye göre, kazanılmış haklara milletlerarası saygı ilkesinin bazı istisnaları mevcuttur (13). Örneğin, yabancı ülkelerde vergi veya ceza hukukuna uygun olarak kazanılmış olan haklar diğer ülkelerde tanınmaz. Aynı şekilde, yazara göre, kamu düzenine aykırı olan kazanılmış hakların tanınmayacağı da tabiidir. Bilindiği gibi, Pillet, hukukların çatışması alanında kamu düzenini normal bir kural olarak kabul etmektedir (14). Buna karşılık, yazar, kazanılmış hakların tanınmasında kamu düzeninin bir istisna olarak işlediği görüşündedir (15). Çünkü, yazara göre, kamu düzeni kaydı, bu gibi hallerde hakkın özüne dokunmaz ve sadece kazanılmış olan bir hakkın etkilerinden bazılarının tanınmasına engel olur.

(9) Bk. 8 No. lu dipnotunda adı geçen yazarlar.

(10) Pillet, *Traité Pratique de Droit International Privé*, c. 1, Paris, 1923, s. 2-18.

(11) *Ibid.*, s. 122.

(12) *Loc. cit.*,

(13) *Ibid.*, s. 123 vd.

(14) *Ibid.*, s. 101 vd.

(15) *Ibid.*, s. 123.

Fransız yazarlarından Niboyet (16) de kazanılmış haklara milletlerarası saygı ilkesi ile ilgili olarak benzer görüşler ileri sürmüştür. Niboyet de hukukların çatışması ile kazanılmış hakların tanınması ilkesinin devletler hususî hukukunda ayrı ayrı ele alınması gerektiği görüşünü savunmuştur. Yazara göre, kazanılmış hakların tanınması sorunu birkaç şekilde ortaya çıkabilir. Bazı hallerde, hakkın doğumu sırasında hiçbir yabancı unsur bulunmaz. İki İngilizin İngiltere'de evlenmeleri gibi. Bununla birlikte, bu şekilde kazanılmış bir hakkın bir başka ülkede tanınıp tanınmayacağı söz konusu edilebilir. Diğer bazı hallerde ise, hakkın kazanılması sırasında yabancı unsur mevcut olabilir. İki İngilizin Fransa'da boşanmaları gibi. Bu şekilde boşanan eşlerden birinin bir başka ülkede, örneğin İtalya'da, yeniden evlenip evlenemeyeceği sorunu, Niboyet'ye göre, hukukların çatışması kuralları ile çözümlenemez. Dolayısıyla, kazanılmış hakların tanınması ilkesinin devletler hususî hukukunda bağımsız olarak ele alınması gerekmektedir.

Niboyet'ye göre, kazanılmış bir hakkın varlığından bahsedebilmek için iki şartın gerçekleşmesi gerekir : (17)

(i) İlk olarak tanınması istenilen hak yetkili hukuk uyarınca kazanılmış olmalıdır. Yetkili hukukun ne şekilde tesbit edileceği konusunda yazarın görüşü zamanla değişmiştir. 1928 yılında Pillet'den ayrılarak ikinci baskısını hazırladığı **Manuel de droit international privé** adlı kitabında, Niboyet yetkili hukukun kazanılmış hakkın ileri sürüldüğü devletin devletler hususî hukuku kurallarına göre tesbit edileceği görüşünü savunmuştur (18). Buna karşılık yazar, 1944 yılında yayınladığı **Traité de droit international privé** adlı kitabının üçüncü cildinde (19) ve 1946 yılında yayınladığı **Cours de droit international privé** (20) adlı kitabında bu konuda bir ayırım yapmaktadır. Buna göre kazanılması Fransız hukukunca düzenlenen bir hakkın kazanılıp kazanılmadığı Fransız hukukuna göre tesbit olunur. Fransız hukukunun uygulanmadığı hallerde ise, ilgili hukukun kazanılmış hakkın ileri sürüldüğü ülkenin devletler hususî hukuku sistemine göre yetkili olması gerekir.

(16) Niboyet, *Manuel de Droit International Privé*, 2. bası, Paris, 1928, s. 427 vd. ve *Traité de Droit International Privé Français*, c. 3, Paris, 1944, s. 284 vd.

(17) Niboyet, *Manuel*, s. 438. Ayrıca bk. *Traité*, c. 3, s. 299 - 338 ve *Cours de Droit International Privé*, Paris, 1946, s. 442 vd.

(18) Niboyet, *Manuel*, 1928, s. 438.

(19) Niboyet, *Traité*, c. 3, s. 299 - 338. Özellikle s. 328 dipnotu 1.

(20) Niboyet, *Cours*, 1946, s. 442 vd.

(ii) İkinci olarak, Niboyet'ye göre, yetkili hukukun, kazanılmış hakkın kazanılabilmesi için aradığı şartlar da ayrıca olayda gerçekleşmiş olmalıdır. Bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediği de yetkili iç hukuka bakılarak anlaşılır.

Niboyet'ye göre, kazanılmış bir hak, kazanıldığı ülkede sahip olduğu etkilerin aynına diğer ülkelerde de sahip olmalıdır (21). Bununla beraber, bu genel ilkenin istisnaları mevcuttur (22). Kamu düzeni bu istisnaların arasındadır (23). Gerçekten, yazara göre, yabancı ülkede kazanılmış bir hakkın tanınması kamu düzenine aykırı ise, o hak tanınmaz. Kamu düzeninin etkilerini incelerken, Niboyet, yine hakların yaratılması ile kazanılmış hakların tanınması arasındaki ayırımdan faydalanmaktadır. Hakların yaratılması ile ilgili olarak kamu düzeni kaydı, Niboyet'ye göre, iki şekilde işler. Bazı hallerde, kamu düzeninin etkisi tamamen olumsuzdur. Bazı hallerde ise, kamu düzeni önce olumsuz etki gösterir ve yetkili hukukun uygulanmasını önler; sonra da olumlu olarak işler ve *lex fori*'nin uygulanmasını sağlar. Kazanılmış hakların tanınması söz konusu olduğu hallerde, kamu düzeninin etkisi Niboyet'ye göre sadece olumsuzdur. Başka bir deyimle, yabancı ülkelerde kazanılmış olan bir hakkın tanınması kamu düzenine aykırı olduğu takdirde, o hak tanınmaz.

Öte yandan, Niboyet'ye göre, hakların kazanılması ile kazanılmış hakların tanınması arasındaki ayırım, kamu düzeninin yoğunluğunu izah bakımından da önem taşır. Gerçekten, yazara göre, kazanılmış hakların tanınmasında kamu düzeninin etkisi daha hafiftir (24). Hukuk birimi içinde kazanılması kamu düzenine aykırı sayılan bir hakkın, bu hak söz konusu hukuk birimi dışında kazanıldığı takdirde, kazanılmış hak olarak, o hukuk birimi içinde tanınması mümkündür. Kazanılmış hakların tanınmasında kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi (*effet atténué*) diğer devletler hususî hukuku yazarları tarafından da kabul edilmektedir (25). Konuyu aydınlatması bakımından, çok karılı evlenmeler örnek olarak veri-

(21) Niboyet, *Manuel*, 1928, s. 449.

(22) *Ibid.*, s. 455.

(23) *Ibid.*, s. 559 vd.; Niboyet, *Traité*, c. 3, s. 575 vd.

(24) Niboyet, *Manuel*, 1928, s. 567 - 568.

(25) Maury, *L'Eviction de la Loi Normalement Compétente: L'Ordre Public et La Fraude à la Loi*, Valladois, 1952, s. 114; Batiffol, *Traité Élémentaire de Droit International Privé*, 3. bası, 1959, s. 421 - 423; O. F. Berki, *DHH*, c. 2, Ankara, 1966, s. 106.

lebilir. Gerçekten, millî hukukuna göre, birden çok kadınla evlenebilen bir kimse, Türkiye'de ikinci defa evlenemez. Bununla beraber, ilgilinin kendi ülkesinde usulüne uygun olarak yapmış olduğu ikinci evlenme birçok bakımlardan Türkiye'de tanınabilir. Demek ki, belirli bir hak ülke içinde kamu düzeni sebebiyle kazanılamadığı halde, ülke dışında kazanılmış olan aynı hak, ülke içinde tanınabilmektedir.

(b) *Türk Yazarları :*

Kazanılmış hakların tanınması ile ilgili olarak Pillet ve Niboyet'nin yukarıda özetlediğimiz görüşleri Türkiye'de devletler hususî hukuku yazarlarımızın birçoğu tarafından kabul edilmektedir (26). Türk yazarları, kazanılmış hakların tanınması ilkesini incelediklerinde genel olarak hakkın yaratılması ile kazanılmış hakların tanınması arasındaki ayırımdan hareket etmektedirler. Kazanılmış hakların tanınması ile ilgili olarak sürülen klâsik şartların (27) da bazı ayrıntılarla, Türk yazarları tarafından kabul edildiği görülür. Gerçekten, Ord. Prof. Muammer Raşit Seviğ (28) ve Prof. Dr. Abdülhak Kemâl Yörük (29) Niboyet'nin 1928 yılında ileri sürdüğü görüşü benimsemişlerdir. Bu görüşe göre, yetkili hukukun kazanılmış hakkın ileri sürüldüğü ülkenin devletler hususî hukuku kurallarına göre tesbit edilmesi gerekir. Öte yandan, Profesör Osman Fazıl Berki de Niboyet'nin 1946 yılında yaptığı ayırımı benimsemektedir (30). Bu ayırımı göre, hakkın ileri sürüldüğü ülkenin ilgili bulunması halinde yetkili kanun tayin edilirken, hakkın ileri sürüldüğü ülkenin devletler hususî hukuku kuralları gözönünde bulundurulur. Hakkın ileri sürüldüğü ülkenin ilgili olmaması halinde ise, hakkın kazanıldığı ülkenin devletler hususî hukuku kuralları nazaran alınır. Sayın Profesör Berki, hukukların çatışması kural-

(26) M. R. Seviğ, *DHH*, c. 1, 1947, s. 342; A. K. Yörük, *Nazari ve Ameli Devletler Hususî Hukuku, Kanunlar İhtilâfı Nazariyeleri ve Esaslar Teşrii Selahiyet İhtilâfları*, 2. bası, İstanbul, 1950, s. 182 - 198; O. F. Berki, *op. cit.*, s. 97 - 107; Nihal Uluocak, *Bağlama Kaideleri* (Teksir Edilmiş ders notu), İstanbul, 1966, s. 162 - 166. Profesör Vedat Raşit Seviğ'in görüşleri için bk. aşağıda dipnotu 35. ve 37.

(27) Bu şartları şu şekilde özetlemek mümkündür: (i) Hak yetkili hukuka göre kazanılmış olmalıdır; (ii) Hakkın kazanılabilmesi için yetkili hukukun aradığı şartların ayrıca gerçekleşmesi gerekir. Bk. yukarıda dipnotu 11 ve 17.

(28) M. R. Seviğ, *DHH*, s. 1, 1947, s. 342.

(29) Yörük, *op. cit.*, s. 188 - 195.

(30) Berki, *op. cit.*, s. 103 - 104.

larının tek yönlü olması fikrine dayanan bu ayırımı katılmanın yerinde olacağı görüşündedir (31). Buna karşılık, Profesör Nihal Erdener Uluocak (32) kişisel hükümler (ahkâm-ı şahsiye) ile ilgili bağlama kuralını iki yönlü olarak mütalâa etmekte kişisel hükümlerle ilgili olarak kazanılmış hakların tanınabilmesi için klâsik şartlardan (33) her ikisinin de aranması gerektiği görüşünü ileri sürmektedir. Sayın yazar, kişisel hükümler dışında diğer haller için sadece bir şartın (34) gerçekleşmesini yeterli görmektedir.

Kazanılmış hakların tanınması ilkesini Türkiye'de ders kitapları dışında ayrı olarak inceleme konusu yapmış olan Profesör Dr. Vedat Raşit Seviğ'in görüşleri şu şekilde özetlenebilir : Sayın Profesör 1952 - 1955 yılları arasından yaptığı yayınlarda (35) kazanılmış hakların tanınması konusunun hukukların çatışması konusundan ayrı olduğu sonucuna varmakta ve kazanılmış hakların «devletler hususî hukuku ilminin temellerinden biri olduğunu ileri sürmüş olan Pillet'nin ve Niboyet'nin fikirlerine iltihak» (36) ettiğini belirtmektedir. Bununla beraber, sayın yazarın son yıllarda yaptığı yayınlardan, kendisinin Pillet'nin ve Niboyet'nin fikirlerine tamamen katılmadığı anlaşılmaktadır (37). Gerçekten, yazara göre, kazanılmış haklara milletlerarası riayet ilkesi, Pillet'nin ileri sürdüğü şekilde, gerçeğe uymamaktadır. Çünkü, Pillet'nin kazanılmış haklar nazariyesi evrensel bir hukukların çatışması sisteminin varlığına dayanır ve çeşitli hukukların çatışması sistemlerinin mevcut olduğu bir dünyada bazı değişikliklere uğramak zorundadır (38).

(31) *Ibid.*, s. 104.

(32) Uluocak, *op. cit.*, s. 165.

(33) Bk. dipnotu 11, 17 ve 27.

(34) Yazarın deyimi ile «hakkın kazanıldığı memleket (hukukuna) ve usulüne göre elde edilmiş olması» şartı. Uluocak, *op. cit.*, s. 164 ve 165.

(35) V. R. Seviğ, «Mülkîlik Esası ve Müktesep Haklar», 18 *İHFM* (1952), sayı 1-2, s. 161-187; «Yeni Fransız Doktrininde Müktesep Haklar», 19 *İHFM* (1953), sayı 3-4, s. 700-720 ve «Anglo-Sakson Hukukunda ve Yeni Fransız Ekolünde Mülkîlik Esası ve Müktesep Haklar», 20 *İHFM* (1955), sayı 1-4 s. 124-142.

(36) V. R. Seviğ, «Anglo-Sakson Hukukunda ve Yeni Fransız Ekolünde Mülkîlik Esası ve Müktesep Haklar», 20 *İHFM* (1955), sayı 1-4, s. 135.

(37) V. R. Seviğ, *Hukuk ve Ticaret Dâvalarında Türk ve Yabancı Mahkemelerinin Devletler Hususî Hukuku Bakımından Yetkisi*, İstanbul, 1963, s. 113-124 ve 132 vd. Ayrıca bk. «Türkiye'nin Devletler Hususî Hukuku Sisteminde Müktesep Haklar Nazariyesinin Tatbik Şartları», 28 *İHFM* (1962), sayı 1, s. 100 vd. özellikle s. 109-114 ve s. 123-125.

(38) V. R. Seviğ, «Türkiye'nin Devletler Hususî Hukuku Sisteminde Müktesep Haklar Nazariyesinin Tatbik Şartları», 28 *İHFM* (1962), sayı 1, s. 124.

Öte yandan, yazara göre, «Niboyet'nin sistemi de tatminkâr değildir» (39). Çünkü, Niboyet hukukların çatışması kurallarının tek yönlü olduğu görüşündedir. Bu ise, Türk devletler hususî hukukunun, milletlerarası hayatın hususî hukuk münasebetlerini düzenlemek amacıyla Türk kanun koyucusuna çift yönlü kurallar koyma zorunluluğu yüklemeye keyfiyeti ile bağdaşamaz (40). Bu tenkitlerden sonra, sayın yazar, Türk devletler hususî hukukun sistemini kabul edebileceği bir kazanılmış (müktesep) haklar nazariyesi teklif etmektedir. Yazarın kazanılmış haklar nazariyesi şu şekilde özetlenebilir :

(i) «Haklarda istikrar ve milletlerarası münasebetlerde güvenlik sağlamak için hukukî münasebetin cereyan yerinin kanunlar ihtilâfı sistemine itibar etmek gerekir» (41). Bununla birlikte, «devletler kendi tebaasının kişisel durumu ile ilgili olarak kendi millî kanununun uygulanacağını öngörebilirler» (42).

(ii) Hukukî münasebetin cereyan yerinin kanunlar ihtilâfı sistemine göre bulunan «yabancı kanundan maksat yabancı memleketin iç hukuku olmalıdır» (43).

(iii) «Hangi hukukî münasebetin memleket dahilinde, hangilerinin dış memlekette cereyan ettiğini veya o memleketlerde ilgili olduğunu tesbite yarayan bir kıstaslar sistemi lüzumludur» (44).

Nazariyenin kazanılmış hakların tanınması ile ilgili olarak getirdiği en büyük yenilik kazanılmış haklara riayet ilkesinin klâsik şartları ile ilgilidir. Klâsik şartların her ikisinin de tatminkâr olmadığını söyleyen sayın Profesör (45) kazanılmış haklar nazariyesinin hangi şartları ihtiva edeceği konusunda şu sonuca varmaktadır :

«Türkiye dışında iktisap edilmiş bir hak veya bir statünün mevcudiyeti Türkiye'de ileri sürüldüğünde ihtilâf konusu

(39) *Loc. cit.*

(40) *Ibid.*, s. 125.

(41) *Ibid.*, s. 128.

(42) *Loc. cit.*

(43) *Loc. cit.*

(44) *Ibid.*, s. 129.

(45) *Ibid.*, s. 130-131.

olan esas meselenin şahsî hâl, mülkiyet veya bunların dışında bir hak olup olmadığını araştırmak gerekir... Esas mesele bir şahsî hâl meselesi ise şahsî hâli bahsi konusu olan kişinin mensup olduğu devletin kanunlar ihtilâfı sisteminin yetkili saydığı şu veya bu memleketin kanunu muvacehesinde tanınması gereken statüyü muteber saymalıyız. Esas mesele mülkiyet meselesi ise iktisap anında mal hangi yabancı memlekette bulunuyor idiyse o yabancı memleketin kanunlar ihtilâfı sistemi iktisabın hukukî sebeplerinin (ödeme ve buna tekadüm eden akit veya haksız fiilden doğan borç veya miras yolu ile iktisap gibi sebeplerin) değerlendirilmesi için yetkili olarak tanıdığı şu veya bu memleketin kanununa itibar ederek hakkın iktisap edilmiş olup olmadığına hükmetmeliyiz. Bunun dışındaki hukukî münasebetlere dayanan iddialar, bahis konusu hukukî münasebetin normal olarak hukukî sonuçlarını meydana getirmesi gereken yerin kanunlar ihtilâfı sistemine göre yetkili sayılan kanuna tabii olarak mütaâlâ edilmelidir» (46).

Görülüyor ki, sayın yazara göre, hak kişisel durumla ilgili olduğu takdirde, kişinin mensup olduğu devletin hukukların çatışması kurallarına göre bulunacak hukuka bakılır. Konunun «mülkiyet meselesi» olarak ortaya çıkması halinde ise, «iktisap anında mal hangi yabancı memlekette bulunuyor idiyse» (47) o ülkenin hukukların çatışması kurallarının tanıdığı hukuka itibar olunacaktır. Bunun dışındaki hallerde, hukukî münasebetin normal olarak sonuçlarının meydana geldiği yerin hukukların çatışması kuralına bakılacak ve bu kural yardımı ile bulunacak hukuka gidilecektir. Teklif olunan her üç çözüm yolunun, daha önce nazariyenin temel kuralı olarak belirtilen «hukukî münasebetin cereyan yerinin kanunlar ihtilâfı sistemine itibar etmek gerekir» esasını son derece zayıflattığı söylenebilir.

Kazanılmış hakların tanınması ile ilgili olarak Türk doktrininin durumunu özetleyecek olursak, devletler hususî hukuku yazarlarımızın hukukların çatışması ile kazanılmış hakların tanınması arasında Pillet ve Niboyet tarafından yapılan ayırımı, genellikle, kabul ettikleri görülmektedir (48). Bununla birlikte, kazanılmış hak-

(46) *Ibid.*, s. 132.

(47) *Loc. cit.*

(48) M. R. Seviğ, *DHH*, s. 1947, s. 342; Yörük, *op. cit.*, s. 182-198; Berki, *op. cit.*, s. 98-106 Uluocak, *op. cit.*, s. 162-166.

ların tanınması için aranılan şartlarla ilgili olarak Türk yazarlarının farklı görüşlere sahip oldukları söylenebilir (49). Öte yandan, kazanılmış hakların tanınmasında kamu düzeninin etkisi konusunda Türk yazarları, bu etkinin sadece olumsuz olduğu görüşündedirler (50). Başka bir deyimle, tanınması Türk kamu düzenine aykırı olan kazanılmış hak Türkiye'de tanınmaz. Türk yazarları kazanılmış hakların tanınmasında kamu düzeninin daha hafifletilmiş bir etkiye sahip olduğu görüşündedirler (51).

3. Kazanılmış Hakların Tanınması Konusunu Hukukların Çatışmasından Ayırmak Mümkün müdür?

(a) Böyle Bir Ayırımın Yapılamıyacağı Görüşü :

Görülüyor ki, Pillet ve Niboyet tarafından konulduğu şekli ile, kazanılmış haklara milletlerarası saygı ilkesi, kazanılmış hakların tanınması konusu ile hukukların çatışması konusunun birbirinden bağımsız olduğu görüşüne dayanmaktadır. Gerçekten, kazanılmış hakların tanınması sorununu hukukların çatışmasından ayırmak mümkün müdür? Bazı Fransız yazarları, bu arada Bartin, (52) Arminjon, (53) ve Batiffol, (54) kazanılmış hakların tanınması konusunu hukukların çatışması konusundan bağımsız olarak ele almanın imkânsız olduğu görüşündedirler. Bu yazarlara göre, bir hakkın kazanılıp kazanılmadığı belirli bir hukukların çatışması kuralının yardımı ile bulunacak hukuka göre tesbit edilir (55). Bu sebeple de, kazanılmış hakların tanınması konusunun hukukların çatışması konusundan bağımsız olarak düşünülmesi imkânsızdır.

(b) Söz Konusu Ayırımı Gerektiren Durumlar :

Buna karşılık, kazanılmış hakların tanınması ilkesini savunanlar hakkın kazanılıp kazanılmadığını tesbit eden hukukun bulunmasına *lex fori*'nin hukukların çatışması kurallarının her zaman

(49) Bk. yukarıda s. 286 vd.

(50) Hıfzı Timur, «Devletler Hususî Hukukunda Âmmeye İntizamı», 7 *İHFM* (1941), s. 881; Berki, *op. cit.*, s. 106; Uluocak, *op. cit.*, s. 166.

(51) Berki, *loc. cit.*,

(52) Bartin, *Principes de Droit International Privé*, c. 1, 1930, s. 195.

(53) Arminjon, *op. cit.*, s. 22 - 28 ve 69 - 70.

(54) Batiffol, *op. cit.*, s. 373.

(55) Bu görüş önce Bartin tarafından ortaya atılmıştır. Bk. *Principes*, c. 1, s. 195.

uygulanmayacağını ileri sürmektedirler (56). Gerçekten bazı hal-lerde, bir hak veya durum, mahkemenin mensup olduğu hukuk bi-rimi ile arasında herhangi bir ilişki bulunmaksızın, belirli bir huku-ka göre kazanılmış olabilir. Örneğin, İskoçya'da ikâmetgâh sahibi olan iki Danimarka vatandaşı İngiltere'de evlenebilirler (57). Söz konusu durumun Türkiye ile herhangi bir ilişkisi bulunmamakta-dır. İlgililer İskoç hukukuna göre ehil oldukları takdirde, İngilte-re'de yapılan evlenme gerek İskoç hukukuna gerekse İngiliz huku-kuna göre muteberdir. Yapılan evlenmenin Danimarka iç hukuku-na göre muteber olmadığını farzedelim. Böyle bir evlenmenin Tür-kiye'de muteber bir evlenme olarak tanınıp tanınmayacağı sorusu ortaya atıldığı takdirde Türk yargıcı ne yapacaktır?

Kazanılmış hakların tanınması ilkesini genel olarak kabul eden Türk devletler hususî hukuku yazarlarının görüşlerinden ha-reket edildiği takdirde, bu sorunun aşağıdaki şekillerde cevaplan-dırılabileceğini sanıyoruz. Ord. Prof. Muammer Raşit Seviğ (58) ve Prof. Dr. A. Kemâl Yörük (59) kazanılmış hakkın usulüne uygun olarak kazanılıp kazanılmadığını tayin edecek hukuku bulmak için Türk devletler hususî hukuku kurallarının uygulanacağı görüşün-dedirler. Buna göre, yargıç ilgililerin millî hukuku olan Danimarka iç hukukuna gidecektir. Evlenme bu hukuka göre muteber olma-dığı için, bu yazarların görüşü kabul edildiği takdirde, orada kaza-nılmış bir haktan bahsedilemez. Kişisel hükümlerle ilgili olarak kazanılmış hakların tanınmasında klâsik şartların her ikisinin de uygulanacağını kabul eden Profesör Dr. Nihal Erdener Uluocak'ın görüşünün kabul edilmesi halinde de aynı sonuca varılacağı söyle-nebilir (60). Öte yandan, Türk devletler hususî hukukunda kaza-nılmış haklar nazariyesini değişik bir şekilde geliştirmeye çalışan Prof. Dr. Vedat Raşit Seviğ'in görüşü kabul edildiği takdirde, «şahsî hâli bahsi konusu olan kişinin mensup olduğu devletin ka-

(56) Niboyet, *Traité*, c. 3, s. 285 vd. özellikle s. 328 vd. Berki, *op. cit.*, s. 104; Franciscakis, *La Théorie du Renvoi et les Conflits de Systèmes en Droit International Privé*, Paris, 1958, s. 189-203; V. R. Seviğ, «Türkiye'nin Devletler Hususî Hukuku Sisteminde Müktesep Haklar Nazariyesinin Tatbik Şartları», 28 *İHFM* (1962), sayı, s. 127 vd.

(57) Örnek Franciscakis tarafından verilen örneğin Türkiye bakımından değiştiril-miş şeklidir. Karş. Franciscakis, *op. cit.*, s. 193.

(58) M. R. Seviğ, *DHH*, c. 1, 1947, s. 342.

(59) Yörük, *op. cit.*, s. 193.

(60) Uluocak, *op. cit.*, s. 164-165.

nunlar ihtilâfı sistemine» (61) bakmamız gerekecektir. Buna göre, yargıç Danimarka hukukların çatışması kurallarını uygulayacak ve evlenmeyi, ilgililer Danimarka hukukuna göre ehil olmadıkları için, muteber addetmeyecektir. Buna karşılık, Profesör Osman Fazıl Berki, kazanılmış hakların tanınması konusunda Niboyet'nin yaptığı ayırımı benimsemektedir (62). Dolayısıyla, yargıç Türkiye ile ilgili olmayan bir olayda, kazanma yerinin, verdiğimiz örnekte, İngiltere'nin hukukların çatışması kurallarını nazara alacaktır. Bu görüş kabul edildiği takdirde, yargıcın söz konusu evlenmeyi Türkiye'de de muteber sayması gerekmektedir.

Söz konusu evlenmenin Türkiye'de muteber sayılması gerektiği sonucunu benimsemekle birlikte, kazanılmış hakların tanınması ilkesini Niboyet'nin teklif ettiği şekli ile, kabul etmenin zor olduğu görüşündeyiz. Gerçekten, Niboyet, teklifini hukukların çatışması kurallarının tek yönlü olma niteliğine dayandırmaktadır. Bizce, devletler hususî hukukunda uygulanacak hukuk kuralını bulmada hem tek yönlü hem de hem de çift yönlü gösterici hukuk kurallarından faydalanmak mümkündür. Öte yandan, hakkın kazanıldığı yerde yürürlükte olan hukukların çatışması kurallarının yardımı ile yetkili hukukun bulunması esası da tenkit edilebilir. Bu konuda, yine Niboyet'de mülhem bir başka teklif Fransız Medenî Kanununun reformu için kurulan komiteye sunulan öntasarının 53 üncü maddesinde yer almıştır. Bu maddeye göre, «Fransız hukukunun yetkili olmaması şartı ile, kendisini yetkili sayan yabancı hukuk uyarınca Fransa dışında yaratılan hukukî durumlar Fransada da hüküm ifade eder (63). İlgili maddenin raportörü olan Profesör Maury, maddenin prensip itibarıyla iyi olduğunu belirtmiş, ancak maddedeki kuralın yine tek yönlü olma niteliği üzerinde durmuştur (64). Profesör Maury'ye göre, bu şekilde Fransız hukukların çatışması kuralına aykırı olarak bulunacak «kendisini yetkili sayan hukukun» birden fazla olması halinde, söz konusu hukukî durumun, adı geçen hukukların hepsine göre, gerçekleşmiş olması gerekir (65). Çok daraltıcı olan bu görüş tartışmalarda haklı olarak tenkit edilmiştir (66). Öte yandan, profesör Maury, söz

(61) V. R. Seviğ, «Türkiye'nin Devletler Hususî Hukuku Sisteminde Müktesep Haklar Nazariyesinin Tatbik Şartları», 28 *İHFM* (1962), sayı 1, s. 132.

(62) Berki, *op. cit.*, s. 104.

(63) *La Codification du Droit International Privé*, 1956, s. 22.

(64) *Ibid.*, s. 103 vd. s. 113-114 de.

(65) *Ibid.*, s. 114.

(66) *Ibid.*, s. 145.

konusu 53 üncü madde yerine, Benelux Projesinin biraz sonra ele alacağımız 25 inci maddesinin ikinci fıkrasını benimser görünmektedir (67). Tartışmalar sonunda, Komite sekize karşı on oyla, ileri sürüldüğü yerle herhangi bir ilgisi bulunmaksızın kazanılmış olan hakların tanınması ile ilgili olarak herhangi bir metin teklif etmeye, konunun daha liberal bir şekilde düzenlenebilmesi için bu görevi içtihadı bırakmaya karar vermiştir (68). Bununla birlikte, Komite, bir metin kabul edilmesi düşünüldüğü takdirde, Benelux Projesindeki hükme benzer bir maddenin kabulü görüşünü de, beşe karşı sekiz oyla, benimsemiştir (69).

Belçika, Hollanda ve Lüksemburg arasında belirli alanlarda hukukların çatışması kurallarının birleştirme amacını güden Benelux Projesi (Devletler Hususî Hukuku ile İlgili Yeknesak Kanun Projesi) (70) ileri sürüldüğü ülke dışında doğan veya sona eren hukukî münasebetin tanınması ile ilgili olarak oldukça başarılı bir hüküm ihtiva etmektedir. Projenin 25. maddesinin ikinci fıkrası, bu gibi hallerde, hukukî münasebetin, doğuşu veya sona eriştiğinde, esas itibarıyla ilgili olduğu ülkenin devletler hususî hukuku kuralları uyarınca bulunacak kanuna bakılmasını öngörmektedir. Hukukî münasebet, bu şekilde bulunacak kanuna uygun olarak doğmuş veya sona ermişse, bu durum, söz konusu Proje hükümleriyle yetkili olan kanuna aykırı olsa dahi, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg'da tanınır. Kaynağını Hollandalı Profesör Meijers'in görüşlerinden alan bu hükmün, devletler hususî hukuku yazarlarının birçoğu tarafından ana çizgileriyle benimsendiği görülür (71).

(c) *Kazanılmış Hakların Tanınması İle İlgili Görüşümüz :*

Belirli bir hukuk kaynağına uygun olarak doğmuş veya sona ermiş olan bir hukukî durumun Türkiye'de tanınıp tanınmayacağı konusu ile ilgili görüşümüzü şu şekilde özetleyebiliriz. Böyle bir sorunla karşılaşan yargıç, önce uygulayabildiği takdirde, kendi

(67) *Ibid.*, s. 114, 115 ve s. 145.

(68) *Ibid.*, s. 290.

(69) *Ibid.*, s. 291.

(70) Bu projenin metni için bk. *Revue Critique de Droit International Privé*, (1951), s. 710 - 714.

(71) Bk. Maury (Rapporteur), *La Codification du Droit International Privé*, (1956), s. 115 ve 145; Francescakis, *op. cit.*, s. 194. Kazanılmış hakların tanınması sorununu çözümlenmeye çalışırken bu madde hükmünden faydalandığımızı belirtmek isteriz.

hukukuna bakacaktır. Yargıçın duruma kendi hukukunu uygulayamaması halinde ise, iki yönlü gösterici hukuk kurallarının yardımı ile ilgili yabancı hukuku bulacak ve söz konusu durumun yabancı hukuka uygun olarak doğup doğmadığını veya sona erip ermediğini tesbit edecektir. Bununla beraber, bu son halde bir istisna kabul edilebilir. Bu da hukukî durumun mahkemenin mensup olduğu hukuk birimi ile iki yönlü gösterici hukuk kuralının yardımı ile bulunan yabancı hukuk biriminin dışında, bir başka hukuk birimine daha çok bağlı olması halidir. Yukarıda verdiğimiz örnekte, karı kocanın hiç biri zaman Danimarka'ya dönmedikleri ve evlenmeden sonra da hayatlarını devamlı olarak İngiltere'de geçirdiklerini farzedilirse, söz konusu evlenmenin İngiliz hukuk birimine en çok bağlı olduğu söylenebilir. Böyle bir halde, hukukî durumun doğup doğmadığını (veya sona erip ermediğini) tesbit için, hukukî durumun en çok bağlı olduğu hukuk birimine ait gösterici hukuk kurallarının yardımı ile bulunacak hukuk kuralına bakmak uygun olacaktır. Demek ki, vermiş olduğumuz örnekte, Türk yargıcı asli şartlar bakımından İngiliz gösterici hukuk kurallarının yardımı ile bulunan İskoç hukukuna, şekli şartlar bakımından da İngiliz iç hukukuna bakacak ve bu hukuklara göre muteber bir evlenmenin Türkiye'de de tanınacağı sonucuna varacaktır.

III. KAZANILMIŞ HAKLARIN TANINMASINDA KAMU DÜZENİ DÜŞÜNCELERİNİN ROLÜ VE ETKİSİ .

Kazanılmış hakların tanınması konusunun hukukların çatışması konusundan bağımsız olarak ele alınamayacağını savunan yazarlar da dahil olmak üzere, devletler hususî hukuku yazarları, kazanılmış hakların tanınmasında kamu düzeninin rolü ve yoğunluğu ile ilgili olarak aynı görüşleri ileri sürmektedirler. Gerçekten, genel olarak kabul edilen görüşe göre, kazanılmış hakların tanınmasında kamu düzeni sadece olumsuz etkiye sahiptir (72). Başka bir deyimle, yargıç, bu görüşe göre, tanınması kamu düzenine aykırı olan hak veya durumu tanımamakla yetinir. Bundan sonra *lex fori*'nin belirli bir kuralının uygulanması söz konusu değildir.

Bizce, kazanılmış hakların tanınmasında kamu düzeni kaydı, söz konusu hakkın tanınabilmesi için *lex fori*'nin aradığı asgarî şart olarak nitelendirilebilir. Gerçekten, yargıç, yetkili yabancı hukuka uygun olarak kazanılmış hak veya durumu tanırken, *lex fori*'

(72) Niboyet, *Traité*, c. 3, s. 584; Timur, *op. cit.*, s. 881; Berki, *op. cit.*, s. 106; Uluocak, *op. cit.*, s. 166.

nin aradığı «asgarî tanınabilme şartı»nı da gözönünde bulundurmak zorundadır. Bu şarta aykırı olan hak veya durum, yargıcın mensup olduğu hukuk birimi içinde tanınmaz. Öte yandan, bazı hallerde, asgarî tanınabilme şartı bazı düzenleyici hükümler de ihtiva edebilir. Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin 1944 yılında verdiği bir karar (73) bu konuda örnek olarak gösterilebilir. Bu kararında, Yargıtay, Yunan hukukuna tabi olduğunu kabul ettiği bir mukavelede, taraflarca bu hukuka uygun olarak tesbit edilen faiz haddinin, Türk kamu düzenine aykırı olduğu için, tanınmayacağı belirtilirken kamu düzenine dayanan faiz konusunun Türk kanunları tarafından düzenleneceğini de söylemeyi ihmal etmemiştir. Bu örnek, bize, kazanılmış hakların tanınmasında kamu düzeninin «asgarî tanınabilme şartı» olarak işlediğini ve bu şartın da bazı hallerde düzenleyici hükümler ihtiva edebileceğini göstermektedir.

Kazanılmış hakların tanınmasında kamu düzeninin etkisi konusu ile ilgili olarak devletler hususî hukuku yazarlarının büyük bir çoğunluğu bu etkinin hafifletilmiş ve sınırlı olduğu görüşünü ileri sürmektedir. Buna göre, bir hukuk birimi içinde kazanılması kamu düzenine aykırı olan bir hak veya durum, dışarıda kazanıldığı takdirde, aynı hukuk birimi tarafından kamu düzenine aykırı sayılmayarak tanınır (74). Bu konuda klâsik örnek çok karılı evlenmelerdir. Gerçekten, millî hukukuna göre birden fazla kadın ile evlenebilen bir Suudi Arabistan vatandaşı Türkiye'de ikinci defa evlenemez. Bununla birlikte, Suudi Arabistanda yapmış olduğu ikinci evlenme, bir çok bakımlardan, (75) Türkiye'de de muteber adlandırılır. Kazanılmış hakların tanınmasında kamu düzeni kaydının hafifletilmiş etkisi ile ilgili örnekler kolaylıkla çoğaltılabilir (76).

Görülüyor ki, kazanılmış hakların tanınmasında kamu düzeninin etkisi, hukuk birimi içinde belirli bir hak veya durumun yaratılması için yabancı hukukun uygulanmasında sahip olduğu etki-

(73) Yargıtay 2, H. D. (31 mart 1944), E. 40, K. 1014. O. F. Berki - H. Ergüney, *Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilâfları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahvil ve İzahları*, Ankara, 1963, s. 144 - 146.

(74) Maury, *L'Eviction*, s. 114; Batiffol, *op. cit.*, s. 421 - 423; Berki, *op. cit.*, s. 106.

(75) Gerçekten, söz konusu evlenme bazı bakımlardan Türkiye'de tanınmayabilir. Örneğin, kocanın her iki karısı ile birlikte aynı andan karı-koca hayatı yaşaması (*cohabitation*) nın Türk kamu düzenine aykırı düşeceğini sanıyoruz.

(76) Bu konuda bk. Niboyet, *Manuel*, 1928, s. 567 vd.

ye nisbetle daha sınırlıdır ve daha hafiftir. Ancak, bu sonuç kazanılmış hakların tanınmasında kamu düzeni kaydının hiç bir etkiye sahip olmadığı anlamına gelmemelidir. Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin yukarıda sözünü ettiğimiz kararında da görüldüğü gibi, yetkili yabancı hukuk uyarınca kazanılmış olan bir hakkın Türkiye'de tanınması Türk kamu düzenine aykırı düştüğü takdirde, Türk yargıcı o hakkı tanımayacaktır.

Kazanılmış hakların tanınmasında kamu düzeni kaydının daha sınırlı ve daha hafifletilmiş bir etkiye sahip olmasının nedenini bizce, kamu düzeni kavramının konu, zaman ve yer bakımlarından değişken olma niteliğinde aramak gerektir (77). Gerçekten, kazanılmış hak kavramı, aslında yetkili hukuka uygun olarak gerçekleşmiş veya sona ermiş bir hukukî durumun diğer bir hukuk birimi içinde hukukî sonuçlar doğurabileceğini öngörür. Bu sonuçlardan bazıları kamu düzenine aykırı olduğu için tanınmayabilir. Diğer bazıları ise, kamu düzenine aykırı addolunmaz ve tanınır. Dolayısıyla, bu konuda önemli olan her somut olayda söz konusu sonuçların kamu düzenine aykırı olup olmadığını tesbitten ibarettir. Öte yandan, kazanılmış hak kavramının içinde zaman ve yer unsurlarının mevcut olduğunu da belirtmek gerekir. Başka bir deyimle, ileri sürülen hakla ilgili hukukî durumun daha önceden gerçekleşmiş veya sona ermiş olması şarttır. Ayrıca, bu gerçekleşme veya sona erme söz konusu hakkın ileri sürüldüğü hukuk biriminin dışında olmalıdır. Bizce bütün bu unsurlar, daha önceden yabancı hukuka uygun olarak gerçekleşmiş veya sona ermiş bir durumun, kendi hukuk birimi içinde ne gibi hukukî sonuçlar doğuracağını tesbit eden yargıcın kamu düzeni kaydını daha sınırlı veya daha hafifletilmiş bir şekilde kullanmasını gerektirecek niteliktedir.

(77) Bk. benzer görüş : Timur, *op. cit.*, s. 879. Sayın Profesör Timur bu yazısında kamu düzeninin olayın kişilerine göre de şiddet ve etkisini değiştirdiğini belirtmekte ve örnek olarak üç kadınla evli bulunan bir Suriyeli'nin Türkiye'de evlilik sıfatı reddolunmaz demektedir. (*Loc. cit.*). Metinde kullandığımız «konu bakımından değişkenlik (izafilik)» kavramının kişi bakımından değişkenliği de kapsadığını sanıyoruz.