

ESER TAHLİL VE TENKİTLERİ

Robert A. Leflar, The Law of Conflict of Laws, Indianapolis, New York Bobbs-Merrill Company, 467 sahife.

Arkansas Üniversitesi profesörlerinden ve Arkansas Yüksek Mahkemesi eski yargıçlarından Robert A. Leflar'ın Kanunlar İhtilâfı Hukuku adlı bu kitabı Amerikan Kanunlar İhtilâfı kurallarını gayet açık bir şekilde özetleyip anlattığından Amerikalı olmayan hukukçuları da ilgilendirecek bir eserdir, tahlilini bu bakımdan faydalı bulduk.

Kitap 25 bahisten ibarettir, daha çok Arkansas federe devleti mahkemelerinin kararları izah edilmekle beraber diğer federe devletlerin mahkeme kararlarına da geniş yer verilmiştir.

İlk bahis olan Girişte Prof. Leflar kanunlar ihtilâfının bahis konusu olduğu dâvayı «birden ziyade devlette vuku bulan vakıaları ihtiva eden her dâvadır ki dâvanın halli için muhtelif devletlerin veya memleketlerin kanunları arasında birinin tercihi yapılması gereklidir.» şeklinde tarif etmektedir. Bundan sonra kanunlar ihtilâfı doktrinin Amerikadaki gelişimini anlatan yazar eseri 1834 te yayınlanan Harvard Üniversitesi profesörlerinden ve Federal Yüksek Mahkeme Yargıçlarından Joseph Story'i¹ geçen yüzyılın bu alandaki en tesirli hukukçusu olarak göstermektedir. Leflar'a göre XX. yüzyılda Story'nin etkisine benzeyen tesiri meydana getirebilen, eseri 1935 te üç cilt halinde yayınlanan Joseph Henry Beale olmuştur. Harvard profesörlerinden Beale'in tesirine itiraz edenler olmuştur. Nitekim American Law Institute'ün 1920 lerde Amerikan hukukunun mahkeme kararlarına göre belirtilmesi demek olan Restatement'ı hazırlatması sırasında Yale Üniversitesi Profesörlerinden Ernest G. Lorenzen 1925 te Prof. Beale'in görüşüne uygun olarak kaleme alınışına itiraz ederek mensup bulunduğu tahrir heyetinden

[1] Story hakkında bk. Yılmaz Altuğ «Anglo-Amerikan Âleminin İlk Önemli Devletler Hususî Hukukçusu Joseph Story», İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 24, Sayı 1-4, s. 63-75.

istifa etmiştir. Prof. Lorenzen bu suretle realist okulu kurmuş oldu. Bundan sonra yayınlanan eserler Konseptüalist Beale okulu ile realist Lorenzon okulu arasında taraf tutmaya başladılar. 1927 de yayınlanan Yargıç Herbert F. Goodrich'in «*Handbook of the Conflict of Laws*» adlı eseri Beale'i tutarken 1937 de Texas Üniversitesi Profesörlerinden George W. Stumberg'in «*Conflict of Laws*» adlı eseri realist görüşü desteklemektedir.

Profesör Walter Wheeler Cook'un «*The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*» adlı mükemmel eseri realist görüşü etrafıca izah etmektedir. 1950 lerde Restatement'ın Kanunlar İhtilâfı kısmı Columbia Üniversitesi Profesörlerinden Willis L. M. Reese'in liderliğinde 1934 nüshasının uğradığı bir çok tenkitlere cevap verecek şekilde yeniden kaleme alınmak istendi, çalışmalar hâlâ devam etmektedir. Fakat bu yeni tasarı da tenkitlere uğramaktadır. Örneğin Prof. Ehrenzweig «Tarihi perpektivinde Amerikan Kanunlar İhtilâfı; Restatement'a devam edilmeli mi?» (American Conflicts Law in Its Historical Persective: Should the Restatement be continued?) başlıklı şiddetli bir makale yazmıştır. Mamafih bugün akademik tartışma konseptüalistlerle realistler arasından çıkıp realistlerle Chicago Üniversitesi Profesörlerinden Brainerd Currie'nin temsil ettiği neo-realist okul arasına intikal etmiştir. Prof. Currie kanunlar ihtilâfı problemlerinden çoğunun, taraflardan biri diğer bir devletin hukukunun tatbikini gerektirecek özel sebepleri müsbet olarak göstermedikçe, mevcut olmadığını farzederek mahkemenin vakıaların meydana geldiği yerler nazarı itibara alınmadan kendi iç hukukunu uygulamasını istemektedir.

Bundan sonraki paragrafta Prof. Leflar teknik kelime olarak bütün hukukta (jurisdiction) — kaza — kadar çeşitli anlamda ve yanlış olarak kullanılan kelime olmadığına işaret etmektedir. Yine Girişte «Federal Anayasanın Koyduğu Kontroller» başlığı altındaki bir paragrafta kanunlar ihtilâfı ile ilgili Federal Anayasa maddeleri olan 4. maddenin 1. ve 2. paragrafları ve 14. Ekin 1. paragrafı gösterilmektedir. Yasama kuvvetinin Federal Devlete verilmesi bazı kanunlar ihtilâfı problemlerini ortadan kaldırmaktadır, örneğin Kongrenin kabul ettiği Federal İşverenlerin Sorumluluğu Kanunu federe devletler arası işlerde çalışan demiryolu işçilerinin düçar oldukları kazalardan doğan kanunlar ihtilâflarını ortadan kaldırmaktadır.

Atfa ayrılan paragraf Devletler Hususî Hukuku kitabı yazar

Amerikalılar genel teorilere yer vermedikleri için kanaatimizca önemlidir.

Federal Mahkemelerin kanunlar ihtilâfını halletmelerine ayrılan paragrafta şu izah vardır: *Swift v. Tyson* dâvasında Federal Yüksek Mahkemenin kabul ettiği kuralı yüzyıla yakın tatbik eden federal mahkemeler herhangi bir federe devletin Common Law'unu — müşterek hukukunu - general jurisprudence — denilen alanda tesbit etmekte serbesttiler. Başka bir deyişle federal hükûmetin yasama organı Kongre tarafından kabul edilen federal kanunlar federal ve federe bütün devlet mahkemeleri tarafından uygulanır. Federal hukuk dışında geniş genel Common Law alanında federal mahkemeler tarafından uygulanan özel bir hukukun mevcudiyeti farz olunurdu². Federal Yüksek Mahkemenin kararlarına uyacaklarından Federal Mahkemelerin hukuku birleştirici rolü altında federal mahkeme içinde çalıştığı federe devletin kanunlar ihtilâfı kuralı olarak aynı federe devletin en yüksek mahkemesinin tesbit ettiği kuraldan değişik bir hüküm tesbit edebiliyordu. Federal Yüksek Mahkeme maalesef kanunlar ihtilâfı alanında hukuku birleştirici rol oynayamadı, bu konudaki bir çok dâvayı temyiz olarak bakmaktan vazgeçti. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesine temyiz bir çok hallerde otomatik değildir, ancak mahkeme daha önce dâvanın temyizen görülmesine müsaade ettiğini bildirirse o takdirde görülür, işte kanunlar ihtilâfı ile ilgili pek çok dâvayı temyizen görmeyi reddetti, aşağı dereceli federal mahkemelerin verdikleri kararlar arasında farklılık belirdi. Bunun üzerine 1938 tarihli *Erie Railroad Company v. Tompkins* dâvasındanberi federal mahkemeler mecburen federe devletlerin kanunlar ihtilâfı kurallarını tatbik etmektedirler. Yeni fikre göre federal kaza tarafların değişik federe devletlere mensup olmaları sebebiyle mevcutsa müşterek hukuk (common law) bakımından federal mahkemeler içinde çalıştıkları federe devletin mahkemesi sayılacak ve o devletin mahkemeleri tarafından tesbit edilmiş hukuku uygulayacaklardır.

Prof. Leflar «İkametgâh ve İlgili Kavramlar» başlıklı ikinci bahiste önemli bağlama unsuru ikametgâhı inceliyor, mümeyyiz reşidin, evli kadının, reşit olmayan küçüğün, gayrimümeyyiz, şirketin ikametgâhlarının nasıl tesbit edileceğini gösteriyor. Bura-

[2] Elliott E. Cheatham, «Problems and Methods in Conflict of Laws», *Recueil des Cours*, 1960 p. 261.

dan *a priori* olarak zannedileceği üzere ikametgâhın münhasır bağlama unsuru olmadığı anlaşılmaktadır.

Üçüncü bahis Mahkemelerin eşya üzerindeki kaza hakkı, dördüncü bahis ise mahkemelerin kişiler üzerindeki kaza hakkı, beşinci bahis mahkemelerin şirketler üzerindeki kaza hakkı üzerinedir. Altıncı bahiste kaza hakkının kullanılmasına engel olan sebepler izah edilmektedir. Bunların başında Devletlerin serbestliği gelmektedir. Devletin sınırları dışında hiç bir ilgi olmadan doğan dâva sebebiyle federe devletlerin mahkemelerini böyle bir dâvayı görmeye zorlayan Federal Anayasadan başka hiç bir hüküm ve kural yoktur.

(Characterization) - Vasıf üzerine yazılmış olan Yedinci bahiste bu konuda Amerikan metodunun bizim metottan ayrı olduğu görülmektedir. Bizde vasıfla bir hukuk kaidesine bir hukukî rabıtaya verilen hukukî mahiyet anlaşılır. Bu hukukî mahiyet tektir. Halbuki Prof. Leflar'ın gösterdiği üzere Amerikan hukukunda vasıflandırma bir hukukî rabıtaya çeşitli hukukî mahiyet verebilir. *Dyke v. Erie Ry Co.* dâvasında New York'tan aldığı biletle yine New York'a dönmekte olan bir yolcu Pennsylvania Federe Devletinde kazaya uğramıştı. Haksız fiilden dâva açsa idi bu hususta Pennsylvania kanununa göre en fazla 3000 dolar alacaktı. Dâvacı haksız fiil yerine New York'tan aldığı bilete dayanarak yolcu taşıma mukavelesine göre dâva açtı, mahkeme kendisine 35.000 dolar tazminat verdi, Temyiz de bunu tasdik etti. Dâvacının haksız fiile veya akte dayanarak dâva açabilmesi yanında Common Law'dan doğan halk taşıyan aracın yolcuyla salimen gideceği yere ulaştırmak vazifesinden dolayı da bir üçüncü dâva hakkı ve imkânı vardı. Dâva hakkı bu üç şekilden biri olarak vasıflanabilirdi. Dâvacı bunlardan kendine en uygun olanını seçmiştir. Benzer bir problem de Arkansas «zihni üzüntü kanunu - mental anguish statute» nun telgraf dâvalarına tatbikinde belirmişti. Bu kanunda telgraf şirketlerinin mesajların alınması, transmisyonu ve tesliminde, maddî hasar veya para kaybı olmasa dahi ihmal sebebiyle zihni ızdırıp veya üzüntüye sebep olurlarsa sorumlu olacakları bildirilmişti. Mesele, kanunlarında ihmal sebebiyle ızdıraplara tazminat verilmesini kabul etmeyen federe devletlere Arkansastan telegraf çekildiği veya böyle federe devletlerden Arkansasa telgraf yollandığı zaman doğuyordu. Mamafih Arkansas mahkemeleri her iki halde de tazminata karar verdiler. Mesaj Arkansasda teslimdeki ihmal yüzünden gecikirse bu haksız fiil addediliyor ve kanunlar ihtilâfındaki haksız fiilin vuku bulunduğu yer *lex loci delicti* kanunu kuralına göre Arkansas kanunu

uygulanıyor ve telgraf şirketi sorumlu tutuluyordu. Telgraf Arkansasdan diöer federe bir devlete yollandığında buradaki teslim ihmal sebebiyle geçikmişse ve o devlette te ıztırıp sebebiyle sorumluluk yoksa bu takdirde dâva sebebi Arkansas'ta yapıldığı farzolunan transmision ve teslim mukavelesine dayandırılarak akit yeri kanunu *lex loci contractus* olan Arkansas kanunu uygulanıyor ve telgraf şirketi yine sorumlu tutuluyordu.

Usuli meselelere ait Sekizinci bahiste *lex fori*'nin usuli meselelere uygulandığını açıklayan Prof. Leflar delillerin takdirinin, kariyelerin, zamanaşımalarının usule girdiğini belirtiyor. Common law'a göre forum'unkinden başka bütün devlet hukukları hukuk addedilmeyip sadece vakıa kabul edilip isbatı gereklidir.

Yabancı devlet hukuku isbat edilemezse durum ne olacaktır? Bu takdirde mahkemeler iki yol takip etmektedirler. Birincisinde mahkeme kendi kanununu uygulamaktadır. Bu hal tarzı bizim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 76. maddesindeki hükme uygundur. Bu maddenin ikinci ve son cümleleri şöyledir: «... Ancak bir ecnebi hukukunun tabiki lâzım olan hallerde, buna isnad eden taraf o kanun hükmünü isbatla mükelleftir. İsbat olunmazsa Türk kanunları mucibince hükmolunur.» Amerikan mahkemelerinin takip ettikleri ikinci yolda ise dâvacı iddiasını isbat edememiş farzolunarak dâva reddolunmaktadır.

Dokuzuncu bahis hükümler üzerinedir. Bunların ne vakit kaziyei muhkeme teşkil ettikleri incelenmektedir. Onuncu bahis yabancı şirketlere On birinci bahis ise yine şirketlere ait kanunlar ihtilâfı meselelerine hasredilmiştir. On ikinci bahiste ceza hukukuna ait kanunlar ihtilâfları, On üçüncü bahiste ise haksız fiillerden doğan kanunlar ihtilâfları incelenmiştir. On dördüncü bahis Mukavelelere aittir. Burada yazar Amerikan içtihatlarında mukavelelerin hangi kanuna tâbi olacaklarına dair bir oybirliği olmadığını belirtiyor hattâ bu hususta tam bir muğlaklık mevcut olduğunu gösteriyor. Bu bahiste ilk mesele mukavelenin hangi kanuna göre muteber sayılacağıdır. Üç hal tarzı vardır, birincisine göre mukavelenin yapıldığı yer kanunu, ikincisine göre mukavelenin icra, ifa edileceği yer kanunu, üçüncüsüne göre ise tarafların istedikleri kanun (irade serbestisi) mukavelenin muteber olup olmadığını tesbit eder.

Tarafların mefruz iradelerini analizle çıkardıklarını söyleyen mahkemeler bazan zıt sonuçlara varmaktadırlar. Nitekim bir Amerikan federe devletinde yapılmış birbirine eş iki ayrı mukaveleyi tahlil eden bir İngiliz mahkemesi tarafların İngiliz kanununu,

Amerikan mahkemesi ise Amerikan kanunu istediklerine karar vermiştir. Üç hal tarzı çok karışıklık meydana getirdiğinden Restatement'ı hazırlayan mahkemelerin en az takip etmelerine rağmen mukavelelerin yapıldığı yer kanunu kural olarak kabul ettiler, buna rağmen karışıklık devam etti. Nihayet 1954 te *Auten v. Auten* dâvasında New York mahkemesi *center of gravity* — sıklet merkezi — veya *grouping of contacts* — temas noktalarının gruplandırılması — denilen bir teori kabul etti, buna göre ne mukavelelerin yapıldığı yer ne ifa mahalli kanunu değil fakat en sıkı bağlar (significant contacts) bulunan yer kanunu uygulanır.

On beşinci bahis iş kazalarında işçilere verilecek tazminatlara, On altıncı bahis gayrimenkullere, On yedinci bahis ise menkullere dairdir.

On sekiz ve müteakip iki bahis aile hukuku ile ilgili kanunlar ihtilâf problemlerini incelemektedir. On sekizinci bahis evlilik ve evliliğin sona ermesinden, On dokuzuncu bahis karı kocanın mallarından, Yirminci bahis ise çocuklarla olan münasebetlerden bahsetmektedir.

Yirmi birinci bahis vasiyetnameler ve mirası, Yirmi ikinci ve Yirmi üçüncü bahisler terekelerin idaresini izah etmektedir. Son iki bahis bizim hukukumuzda mevcut olmayan ve bir çeşit tesise benzeyen (trust) ile vergilendirme üzerinedir.

Prof. Leflar'ın kitabı kanaatimizce Amerikan Kanunlar İhtilâfındaki çeşitli kuralları mükemmel bir şekilde özetleyip anlatmaktadır. Elli federe devletin kanunlar ihtilâfı kuralları yanıbaşında bir de federe devletin kendi kanunlar ihtilâfı kuralları mevcut olduğu ve mahkemelerin kararları ile mütemadiyen bunları değiştirdikleri gözönüne alınırsa, Prof. Leflar'ın çok zor bir iş başardığı ortaya çıkar.

Doç. Dr. Yılmaz ALTUĞ

ISTANBUL ÜNİVERSİTESİ
DEVLETLER HUKUKU ENSTİTÜSÜ