

İÇİNDEKİLER

- I. GİRİŞ**
- A) Kamu düzeni kavramı, tanımı, mahiyeti ve kapsamı
- B) Tahkim süresi geçtikten sonra karar verilmiş olması (HUMK 533/1).....
1. Kamu düzeni kavramı
2. Kamu düzeninin tanımı
3. Kamu düzeninin mahiyeti ve kapsamı
- C) Milletlerarası Özel Hukukta kamu düzeni
- II. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA KAMU DÜZENİNİN GEÇİRDİĞİ EVRELER ..**
- A) İtalya’da
1. Bartolus’a göre kamu düzeni
2. Mancini’ye göre kamu düzeni
- B) Almanya’da.....
1. Savigny’ye göre kamu düzeni
- C- Fransa’da.....
1. Pillet’e göre kamu düzeni
2. Bardin’e göre kamu düzeni
- D- Genel ve özel yetki nedeniyle hakem kararının bozulması.....
- III. KAMU DÜZENİNİN ÇEŞİTLERİ VE ETKİSİ**
- IV. KAMU DÜZENİNİN ÖZELLİKLERİ**
- A) Kamu düzeninin zaman içinde ve toplumdaki topluma değişmesi
- B) Kamu düzeninin uygulanmasında hâkimin takdirine geniş yer verilmesi
- C) Kamu düzeninin olumsuz ve olumlu etkisi.....
- D) Kamu düzeninin istisnâî oluşu.....
- E) Kamu düzeninin kazanılmış haklar karşısında olumsuz özelliğinin bulunması
- V. KAMU DÜZENİNİN MÜDAHALESİ VE SONUÇLARI**
- A) Kamu düzeninin müdahalesi.....
- B) Kamu düzeninin müdahalesinin sonuçları
- VI. KAMU DÜZENİNİN GÖREVİ**.....
- VII. TÜRK HUKUKUNDA KAMU DÜZENİNİN UYGULANMASI**

KAYNAKÇA

- ALTUĞ, Yılmaz** : Amme İntizamı ve Tesirleri, sh. 371-385.
- BATIFFOL, Henri/
LAGARDE, Paul** : Droit International Privé. Septième Edition Tome I. Paris 1981; Tome II, Paris 1983.
- BERKİ, Osman Fazıl** : Devletler Hususî Hukuku, Cilt II, «Kanun İhtilâfları», 5. baskı, Ankara 1963.
- ÇELİKEL, Aysel** : Milletlerarası Özel Hukuk (Genel Kurallar), İstanbul 1984.
- ÇELİKEL, Aysel/
NOMER, Ergin** : Devletler Hususî Hukuku, İstanbul 1982.
- ÇELİKEL, Aysel/
ŞANLI, Cemal** : Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı, 2. baskı, İstanbul 1986.
- HEINRICH v. Brmm,
Johann
(Çev : Sami ONURSAL)** : Avrupa Amme İntizamı, Batider 1965, cilt III, sh. 2.
- NOMER, Ergin** : Devletler Hususî Hukuku, 4. baskı, istanbul 1986 (Hususî Hukuk).
Rızaî Boşanma ve Kamu Düzeni. Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, yıl 4, sayı 2, İstanbul 1984 (Kamu Düzeni).
- ÖKÇÜN, Gündüz** : Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara 1967.
- SEVİĞ, Muammer Raşit** : Devletler Hususî Hukuku, İstanbul 1983 (Hususi).
Emniyet ve Asayiş Kanunları Hangileridir? İstanbul üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1939, cilt V, sh. 107-125 (Asayiş).
- TEKİNALP, Gülören** : Milletlerarası Özel Hukuk, 3. bası, İstanbul, 1986.
- TİMUR, Hıfzı** : Devletler Hususî Hukukunda Amme İntizamı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1941, cilt VII, sayı: 4, sh. 866-905.
- TOPÇUOĞLU, Hamide** : Kanuna. Karşı Hile, İzmît 1950.
- ULUOCAK, Nihal** : Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 1986.

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA KAMU DÜZENİ

Av. Kemal DAYINLARLI

I. GİRİŞ

Kanunlar ihtilâfı kuralı tarafından tayin edilen yabancı hukuk, sosyal ve hukukî anlayışlarımızı rencide eden hükümler ihtiva edebilir. Bu durumda hâkim, onların uygulanmasını reddeder. Böylece kamu düzenine aykırılık nedeni ile yabancı kanun uygulaması bertaraf edilir. Örneğin, millî kanunu müsaade etse bile, birden çok kadınla evlenmesi için, bir yabancıya Türkiye’de izin verilmez.

Kamu düzeni fikrinin muhtemelen orta çağda filizlendiği görülür. Bartole, statüleri uygun olmayan, rahatsız edici «odieux» ve «favorables» uygun, kabule şayan, olarak ikiye ayırmıştı. Birinciler onları neşreden site dışında hiçbir etki icra etmezdi. Örnek olarak da kadınların mirasçı olmadaki ehliyetsizliğini veriyordu. 18. yüzyılda Bouhier tarafından kanunlar «müşterek hukukun aşırısı» veya «açıkça haksız» kanunları şeklinde ayrılmıştır. Bununla birlikte, bu fikrin çabuk yaygınlaşmadaki görüldü. Çünkü, kuşkusuz kanunlar ihtilâfının büyük bir bölümü bölgelerarası nitelikli olduğundan birbirine muhteva itibarıyla çok yakın olan kanunlar arasında ortaya çıkıyor veya aynı hâkimiyetten kaynaklanıyordu. Bu da kamu düzeninin müdahalesini bertaraf ediyordu. Diğer yandan, hatta tüm Avrupa’da ağırlığı bulunan Roma hukukunun ve Hıristiyanlığın etkili rolü kanunlar arasında ayrılık unsurlarını asgariye indiriyordu¹.

Modern kanunlar batı dünyasının hukukî birliğini kırdı. Örneğin, 19. yüzyılda Fransız içtihadı, kendi millî kanunları bu dâvalara izin vermesine rağmen, yabancılara boşanmak veya babalığın araştırılmasını reddetmek için kamu düzeni düşüncesini kullanmada tereddüt etmedi. Burada hemen ihtilâfların halinde «perturbateur» altüst edici bir unsurun müdahalesini görüyoruz.

Çünkü, burada kabul edilen kuralların normal rolüne, beklenme dik bir tarzda enigel olunmaktadır. Bunun hükümleri ise hayr. ağırdır; buna rağmen içtihat kamu düzeninden doğan konuların bir tarifini bile ele almamıştır. Esasen, kuşkusuz buna ulaşmak da imkânsızdır. Buna ilâveten kamu düzeni kavramı ülkeden ülkeye, hatta zaman içinde aynı ülkede bile değişmektedir. Örneğin Fransa’da boşanma 1884 yılından ve babalığın araştırılması ise 1912 yılından beri artık kamu düzenine aykırı değildir².

Bu zorluklara rağmen Story’de (Conflict of Law § 25, 32), daha açık olarak da Savigny’de (Droit Romain, VIII § 149) görünen bu sistem, tüm ülkelerde değişik şekillerde görülmektedir. Bu sistem, bir çok kanunlarda yer almıştır³ (BGB nin başlangıç kısmının 30. maddesinde; 1942 tarihli İtalyan Medenî Kanununun 21. maddesinde; 1946 tarihli Yunanistan Medenî Kanununun 33 maddesinde; 1963 tarihli Çekoslovakya Kanununun 36. maddesinde; 1965 tarihli Polonya Kanununun 6. maddesinde; 1966 tarihli Portekiz Kanununun 22. maddesinde; 1962 tarihli Kore Kanununun 5. maddesinde; 1974 tarihli İspanyol Kanununun 3. maddesinde; 1975 tarihli Cezayir Kanununun 24. maddesinde; 1975 tarihli Demokratik Doğu Alman Cumhuriyeti Kanununda; 1978 tarihli Avusturya Kanununda).

¹ Batiffol, H./Lagarde, P.; age., sh. 409.

² Batiffol, H./Lagarde, P.; age., sh. 410 (dipnot).

³ Batiffol, H./Lagarde, P.; age., sh. 410.

Bu kaçınılmaz bir ihtiyaca cevap vermektedir. Yabancı kanunların uygulanmasını kabul ederken, kanun koyucu kâinatın yasa koyucularının tümüne, açık bono veremez; bu durum kanun koyucunun medeniyetinin gelişmesi ne olursa olsun böyledir. Raape'in deyiimi ile «karanlıkta sıçrama»yı engellemek için hâkim, içeriği kabul edilemez durumda olan bir kanunu reddedebilmelidir. Hiç kuşkusuz kavram, ihtilâf kurallarının rolünde altüst edici bir unsur da beraberinde getirir. Gerçekten arzu edilen husus, hâkimlerin bu ayrımı bilinçli olarak yapmalarıdır; fakat bu ayırım yapılırken mahsurların önlendiği söylenemez⁴.

Böylece kabul edilen kamu düzeni fikrinin haklılığı bununla birlikte eleştiriye uğramıştır. Bu itirazlara karşı onun haklılığını kanıtlamak gerekir; sonra da onun bu müdahalelerinin ve nihayet bu müdahale sonuçlarının hangi ölçüde sınırlanmasının mümkün olduğu araştırılmalıdır.

A) KAMU DÜZENİ KAVRAMI, TARİFİ, MAHİYETİ VE KAPSAMI

1. Kamu düzeni kavramı

İnsanlar toplum halinde yaşarlar. Toplumun kanun ve nizamları, örf ve âdetleri, o toplumun hukuk kurallarıdır. Hukuk kuralları bir toplumda barış ve düzeni temin etmek amacıyla vazedilirler. Kamu düzeni kuralları da aynı amacı güttüklerinden, ilk bakışta bunların hukuk kurallarından başka şeyler olmadığı izlenimi uyanır. Gerçekten de devletin devamlılığı ve selâmeti, halkın huzur ve barış içinde yaşamasını temin için kanun koyucunun vazettiği kanun ve nizamlarla, hâkimin kamu düzenini ileri sürerek verdiği kararlar arasında amaç bakımından hiçbir farkın olmaması gerekir⁵.

Toplumda bireylerarası ilişkilerin tümünün düzenlenmesini kanun koyucudan beklemek fiilen imkânsızdır. O halde fertler, aralarındaki ilişkilerde belli bir serbestliğe sahip olmalı ve fertlere karşılıklı iradeleriyle hukuk kuralı düzenleme fırsatı verilmelidir. Fakat, gene toplumun düzen menfaati için fertler arasında serbest irade ile yaratılan bu düzenlemeler, kanun koyucunun veya örf ve âdetin vazettiği genel hükümlere aykırı olamaz. İşte böyle bir aykırılığın olup olmadığını belirleme, belli bir hukukî vasıtayı gerektirir. İşte bu vasıta, kamu düzeni kuralıdır.

2. Kamu düzeninin tarifi

Kamu düzeninin tüm özelliklerini ifade eden bir tarifin yapılması kolay değildir. Bu nedenle, kamu düzeninin ayrı ayrı tarifini yapan müelliflere rastlanmaktadır. Türk Hukuk Kurumu'nun kamu düzeni tarifi şöyledir: «Kamu düzeni kuralları, bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertlerin aralarındaki münasebetlerde huzuru ve ahlâk kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin bütünüdür»⁶. *Aysel Çelikel*'e göre ise: «Kamu düzeni bir toplumun siyasî, sosyal, ekonomik ve hukukî açıdan temel yapısını ve temel menfaatlerini ilgilendiren kurallardır»⁷. Kamu düzeninin tarifini *Yılmaz Altuğ* ise şöyle yapmaktadır: «Belli bir ülkede ve belli bir zamanda kabul edilmiş özel şartlar, koşullar sebebiyle o memleketin esaslı çıkarlarından sayılan hukukî kuralların tümüdür»⁸.

⁴ Batiffol, H./Lagarde, P.; age., sh. 410.

⁵ Timur, H.; age., sh. 873.

⁶ Çelikel, A.; age. sh. 164'den naklen.

⁷ Çelikel, A.; age. sh. 180.

⁸ Altuğ, Y.; age., sh. 358.

Bazan, kamu düzeninin olumsuz etkisinin meydana gelmesi, sonuca ulaşmak için yeterli olmaz. Sonuca ulaşmak için, başka bir işlemin yapılması gerekir. Örneğin, kendi ülkesinde nafaka ödemekle mükellef olmayan kişi aleyhine, Türkiye’de nafaka dâvası açılmıştır. Bizde nafaka, kamu düzeninden kabul ediliyor. Bu durumda, Türk hukukuna göre nafaka yükümlüsü olan kişi nafaka ödemeye mahkûm ediliyor. Zira, nafaka yükümlülüğünü kabul etmeyen yabancı kanunun uygulanması bertaraf ediliyor Bu konuda Türk Yargıtayı’nın bir çok kararı mevcuttur. Bu uygulamayı somut bir örnekle açıklayalım: Kardeşine nafaka ödeme yükümlülüğü durumunda, Medenî Kanununun 315. maddesinin bütün şartlarını haiz olan kişiye nafaka için, MÖH-UK’nun 21. maddesine göre, borçlunun millî kanununa müracaat etmek gerekir. Borçlunun millî kanunu, kardeşe nafaka verilmesini kabul etmeyen bir kanun ise, nafaka borçlusu itiraz eder. Kendi ülkesinin kanunlarına göre kardeşe nafaka yükümlülüğünün olmadığını beyan eder. Türk hukukunda böyle bir durum kamu düzenine aykırı olduğu için bertaraf edilir. Fakat sonuca ulaşmak için hâkimin bir şey daha yapması kaçınılmazdır. Yani hâkimin nafakaya hükmetmesi gerekir. Nafaka borçlusunun millî kanununda bir hüküm olmadığına göre bu durumda ortaya çözüm boşluğu çıkar. Bu çözüm boşluğunun doldurulması gereklidir. İşte hâkim burada, Türk hukukunun ilgili hükmünü olaya uygulamak suretiyle, nafaka talebini çözüme kavuşturur. Yani Türk hukukuna göre nafakaya hükmeder.

Kamu düzeninin mahiyeti, ya bir *prensip* olarak veya bir *istisna* olarak kabul edilir. Kamu düzeni bir prensiptir, dediğimiz zaman kamu düzenine ait kurallar ülkesel nitelik taşırlar; yani doğrudan doğruya uygulanırlar. Başka bir deyimle olumlu etki meydana getirirler. O halde, kamu düzeninin olumlu etkisi ancak, kamu düzeni prensip olarak kabul edildiği takdirde vardır. Bu şu demektir: Ülkede kamu düzenine ait kurallar vardır ve bu kurallar doğrudan doğruya uygulanır.

Kamu düzeninin olumsuz etkisi ise, kamu düzeninin istisnaî olması halinde ortaya çıkar. İstisnaî olan kamu düzeni olumsuz etki gösteriyorsa, artık olumlu etki göstermez. Çünkü, burada prensip, yabancı hukukun uygulanmasıdır. İstisna o prensibi bertaraf eder. İstisna niteliği ile ortaya çıkan kamu düzeninin, mutlaka bertaraf etme keyfiyeti vardır. İstisnaî kamu düzeni, yabancı hukuku bertaraf etmeden kendi hukukunu uygulamaz. Diğer yandan, kamu düzeninin olumsuz etkisi bazan sonuca ulaşmaya yeterlidir. Örneğin, biri yahudi, diğeri yahudi olmayan iki kişi Türkiye’de evlenmek istemektedir. MÖH-UK madde 12’ye göre evlenme ehliyeti ve şartları tarafların evlenme anındaki millî kanununa tâbidir. Bu durumda tarafların mensup olduğu devletin kanununa göre, evlenmede ırk engeli karşımıza çıkar. Çünkü, bir yahudi, yahudi olmayan bir kimseyle evlenemez. O halde, millî kanunları uygulanırsa bu evlilik gerçekleşemez. Böyle bir durum Türk kamu düzenini ihlâl etmektedir. Çünkü, kamu düzenimiz evlenmede ırk ayrımı gözetmez. Bu bakımdan, bu iki kişi Türkiye’de geçerli bir evlilik yapabilir. Bu, ancak kendi milli kanunlarının bertaraf edilmesi ile mümkün olmaktadır. Demek ki, sadece yabancı hukukun uygulanmasının bertaraf edilmesi ile sonuca ulaşılmıştır.

3. Kamu düzeninin mahiyeti ve kapsamı

Yukarıda verilen tariflerin ışığı altında, kamu düzeninin müdahalesi için, Türk kanunlarının esas prensiplerine aykırılık; Türk âdap ve ahlâk anlayışına aykırılık; Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırılık hususlarından birinin veya birkaçının aynı olayda bulunması gerekir⁹.

⁹ Çelikel, A.; age. sh. 180.

Genel ahlâk ve âdap, toplumun düzen ve devamı için uyulması zorunlu telâkki edilmiş ahlâk kurallarının tümüdür MÖH-UK madde 12 hükmüne göre evlenme ehliyetine ve şartlarına, taraflardan herbirinin evlenme anındaki millî hukuku uygulanır. Ama buna rağmen:

a) Kendi millî kanunu, örneğin 11 yaşında evlenmeyi kabul ediyor olsa bile, 11 yaşındaki bu kişi Türkiye’de evlenemez. Zira, Medenî Kanun evlenme yaşını madde 88’de «erkek 17, kadın 15 yaşını ikmal etmedikçe evlenemez» şeklinde hükme bağlamıştır. Daha küçük yaşlarda evlenme, Türk kamu düzenine aykırıdır.

b) Aynı cinsten iki kişinin evlenmesinin kabul edildiği ülkeden, aynı cinsten iki kişi Türkiye’de evlenmek istese, bu durum Türk kamu düzenine aykırı olduğu için bu evlenmeye izin verilmez.

c) Sözleşmelerde, bir kimse ile evlenmeye veya evlenmemeye dair taahhütler, ahlâk ve âdaba aykırılık nedeni ile kamu düzenine de aykırıdır¹⁰.

Türk Anayasası’nda temel haklar konusunda kabul edilmiş genel hükümlere aykırılık da kamu düzenine aykırılık sayılır. Irk ve din esasına dayalı evlenme engelleri getiren yabancı kanun, Anayasa’ya aykırıdır. Örneğin, bir İsraili musevi ile bir Türk kızı arasındaki evlenme ehliyeti her bir tarafın millî kanununa tâbidir. İsraili için uygulanacak hukuk, bir musevinin, musevi olmayanla evlenmesini yasaklamaktadır. Anayasamız. din esasına dayanan evlenme yasağı tanımadığı için, Türkiye’de bu evlenmenin yapılmasına izin verilir.

B) İÇ HUKUKTA KAMU DÜZENİ

Buna, millî veya dahilî kamu düzeni de denir. Millî kamu düzeni denildiği zaman, yalnız o ülkenin tâbiyetinde olan kişilere uygulanması gereken kamu düzeni kastedilmiştir¹¹. İç hukukta kamu düzeni (Türk kamu düzeni), Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kuralların bütünüdür. Bu kurallar, iç hukukta tarafların riayet etmeleri zorunlu olan gerek kamu, gerekse özel hukuka ait kurallardan oluşur. Kamu düzeni kuralları, kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve bireyler arası eşit menfaat ilişkilerinde huzuru ve ahlâk kurallarına uygunluğu temine yarayan müessese ve kuralların tümüdür. Türk toplumunun düzen menfaati ve huzuru için, iç hukukta mevcut olan kamu düzeninin korunması zorunluğu vardır. Kamu düzeni, bütünlüğünün muhafazası için, kendi düzenim bozucu uygulamalarla karşılaşınca müdahale etmek zorunda kalır. İç hukukta kamu düzeninin müdahalesini gerektiren hususlar kısaca şunlardır:

- 1) Türk kanunlarının esas prensiplerine aykırılık;
- 2) Türk âdap ve ahlâk anlayışına aykırılık;
- 3) Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırılık;
- 4) Devletler hukukuna aykırılık.

Demek ki, her ülkenin kendine özgü bir kamu düzeni vardır. Kamu düzeni sabit değil, değişkendir; ülkeye göre değiştiği için ülkeseldir. Zamana göre değiştiği için en son zamana bağlı olandır, değişken olduğu için takdiridir. Yabancı bir kanunun yetkili olmasına rağmen onun uygulanmasına engel olduğu için de istisnaidir¹².

İç hukukta kamu düzeni, fertlerin başlangıçta mezun oldukları tasarruflarla, toplumun esas kanunları arasında bir ihtilâfın varlığında kendini gösterir. Kamu düzeni kavramı, bu

¹⁰ Çelikel, A.; age. sh. 180-181.

¹¹ Berki, O. F.; age. sh. 83.

¹² Altuğ, Y.; age., sh. 385.

ihtilâfi çözmeye, hangi hallerde genel hukuk kurallarının, fertlerin tasarruflarından önce geleceğini tespit etmeye yarar¹³. Bu durumda iç hukukta kamu düzeni, tarafların riayet etmeleri gereken gerek kamu, gerekse özel hukuka ait hukuk kuralları olarak yer almıştır.

Borçlar Kanunu madde 19/II ve 20/I bu açıdan sözleşme özgürlüğünün sınırını çizmiştir. Buna göre sözleşmeler, emredici kurallara, kanuna, ahlâk ve âdaba, kamu düzenine ve şahsiyet haklarına aykırı olamaz. Bu aykırılığın müeyyidesi butlan veya yokluktur. Borçlar Kanunu madde 20/I'e göre bir sözleşmenin mevzuu imkânsız ise veya kanuna ya da ahlâka aykırı ise sözleşme batıldır.

İç hukukta, fertlerin serbest iradeleri ile tayin edemeyecekleri hususlar, emredici kurallarla belirtilmiştir. Bu emredici kuralların konulmasında, kamu düzeni düşüncesi hâkimdir. Örneğin, evlenme kişiyi reşit kılar (MK. madde 11). İmza, üzerine borç alan kimsenin el yazısı ile olmak lâzımdır (BK. madde 14/1)¹⁴.

C) MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA KAMU DÜZEMİ

Milletlerarası özel hukukun konusuna giren ihtilâflarda kamu düzeni anlayışı, iç hukukta ona verilen anlamdan farklıdır. Milletlerarası kamu düzeni kavramı, iç hukuka nazaran daha dar ve sınırlıdır. İç hukukta kamu düzeninden kabul edilerek emredici kurallara bağlanan esaslar, milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeninden sayılmayabilir. Örneğin, rüşet yaşı ile ilgili olarak iç hukukta kabul edilen kurallar ve buna aykırı yabancı hukukun hükümleri kamu düzenimizi ihlâl etmez. İhlâl ettiği kabul edilseydi, Türk iç hukukuna aykırı olan her yabancı kanunun uygulanmaması gerekirdi. Esasen, MÖH-UK'nun 8. maddesi rüşet yaşının ilgililerin millî kanununa tâbi olduğunu beyan etmiştir. Aynı şekilde, evlenme ehliyeti ve manileri veya evlat edinmenin esasa ait şartları, herbir tarafın kendi millî hukukuna tâbidir.

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin hukukî niteliği ve işlevi konusunda iki görüş vardır:

Birinci görüş, kamu düzeni kurallarının bağlama kuralı gibi olaya uygulanmasını kabul eder. Mahallî kanunlar, niteliklerine göre kamu düzeninden oldukları takdirde, yetkili yabancı hukukta gidilmeksizin bir kanunlar ihtilâfi kuralı gibi uygulanırlar. Kaynağını İtalyan hukukçusu Mancini ve Fransız hukukçusu Pillet'ten alan bu görüş eleştirilmiştir. Bugün genellikle benimsenmemektedir.

İkinci görüş, kamu düzeni kurallarını doğrudan doğruya uygulanan kural olarak kabul etmez; fakat yetkili yabancı hukukun uygulanmasının bir istisnası olduğunu kabul eder. Bu görüşe göre esas olan, yetkili yabancı hukukun uygulanmasıdır. Fakat bu hukukun uygulanması, o ülkenin kamu düzenine aykırı sonuçlar verdiği takdirde, yabancı hukuk uygulanmaz. Başka bir deyimle, kamu düzeni yabancı hukukun uygulanmasına engel olan bir istisnadır. Bu görüş Alman hukukçusu von Savigny tarafından ortaya atılmış ve Amerikalı hukukçu Joseph Story tarafından benimsenmiştir. Savigny iki çeşit hukuk kuralı bulunduğunu, birinci grubun şahısların menfaati, ikinci grubun kanun menfaati ve ahlâkî sebeplerle konulmuş olduğunu kabul etmektedir. İşte, ikinci gruptaki kurallara aykırı olan yabancı hukukun tatbiki kamu düzeni mülâhazası ile uygulanmaz¹⁵.

¹³ Altuğ, Y.; age., sh. 163.

¹⁴ Çelikel, A.; age. sh. 163.

¹⁵ Çelikel, A.; age. sh. 165.

Temel haklarla ilgili hükümler, kamu düzeninin kapsamına girebildiği ölçüde, anayasanın tüm ilkeleri kamu düzeninden sayılabilir. Ancak, burada bir hususu açıklamak faydalı olacaktır. Yabancı hukuk Türkiye’de uygulanırken, yabancı hukukun Türk Anayasası’na aykırılığı ileri sürülemez. Çünkü, Türk kanunlarının Anayasa’ya aykırı olup olmadığını denetleyen Anayasa Mahkemesi vardır; fakat bu yüksek mahkeme, yabancı kanunların Türk Anayasası’na aykırı olup olmadığını denetlemez. Ancak, Anayasa’ya aykırılık yabancı hukukun uygulanmaması sonucunu doğurur. Bu uygulanmama, yabancı hukukun Türk Anayasası’na her aykırılığında kendini göstermez; ancak Türk Anayasasının temelinde yatan ilkelere aykırılığı halinde kendini gösterir. Bu durumda diyebiliriz ki, anayasadaki temel ilkeler kamu düzeninin kapsamına dahil olmaktadır. Eğer yabancı hukukun uygulanmasının anayasamızın ilkelerine aykırılığı kamu düzenimizi açıkça ihlâl ediyorsa, o yabancı hukuk artık anayasaya aykırılığı nedeniyle değil, somut olayın özelliğine göre, kamu düzenimize aykırılık nedeniyle uygulanmaz ve bertaraf edilir.

MÖH-UK’nun 38. maddesinde, yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de yetkili Asliye Mahkemesi tarafından tenfizi için gerekli şartlar sıralanmıştır. Bu şartlar arasında c) bendinde: «Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması» da vardır. Burada sözü edilen kamu düzeni, Türk kamu düzenidir. Yani yabancı ülkede alman ve o ülkede kesinleşen bir mahkeme kararının, Türkiye’de tenfizi için, o yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine aykırı olmaması gerekir. Aksi takdirde Türk hâkimi yabancı mahkeme kararının tenfiz talebini Türk kamu düzenine aykırılığı nedeniyle reddedecektir.

Buna paralel bir hüküm, gene yabancı hakem kararlarının Türkiye’de tenfizini düzenleyen MÖH-UK’nun 45. maddesinin b) bendinde yer almıştır. Buna göre, Türkiye’de tenfizi istenen yabancı hakem kararının genel ahlâka veya kamu düzenine aykırı olmaması gerekir. Aksi takdirde yabancı hakem kararının tenfizi kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle Türk hâkimi tarafından reddedilecektir.

II. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA KAMU DÜZENİNİN GEÇİRDİĞİ EVRELER

A) İTALYA’DA

1. Bartolus’a göre kamu düzeni

Milletlerarası özel hukukta kamu düzenine ilişkin ilk fikirler statücüler tarafından öne sürülmüştür. Statü nazariyesinin postglosatörlerinden Bartolus ve çağdaşları statü hükümlerini pratik yönden elverişli (favorable) ve çirkin (odieux) olmak üzere ikiye ayırmışlardır. Bartolus’a göre elverişli hükümler kişinin menfaatine olduklarından onu ülke dışında da takip ederler, buna mukabil toplumun menfaatlerine olan hükümler ise sadece ülke içinde uygulanırlar. Böylece ilk kamu düzeni fikrinin statücüler tarafından oluşturulduğunu görmekteyiz.

2. Mancini’ye göre kamu düzeni

İtalyan okulunda Mancini ile kamu düzeni kavramı, ilk defa bilimsel nitelik kazanmıştır. Mancini’ye göre kanunlar ihtilâfin da prensip, yabancı kanunların uygulanmasıdır. Fakat, bir yabancı kanunun, iç kamu düzenini ihlâl etmesi halinde uygulanmaması, onun yerine kamu düzeni kanunlarının uygulanması istisna teşkil eder. Mancini, Savigny nazariyesinin hilâfına kamu düzeni kanunlarının tadat edilmesi, hâkimin takdirine bırakılmaması fikrini savunmuştur.

B) ALMANYA'DA

1. Savigny'ye göre kamu düzeni

Alman hukukçusu Savigny ise 1855 de yayımladığı Roma Hukuku adlı eserinin 8. cildinde kamu düzeninden pek açık olmamakla birlikte bahsetmiştir (Droit Romain Volume VIII § 149)¹⁶. Savigny bu kitabında, kamu düzenine ilişkin kanunların istisnaî bir mahiyet arzettiğini ve bunların sayılmasına girişilmemesini, bunun hâkimin takdirine bırakılmasının icap ettiğini ileri sürmüştür.

C) FRANSA'DA

1. Pilet'e göre kamu düzeni

Pillet, Fransız hukukunda kamu düzeni kurallarının yabancı unsurlu olaylara, bir bağımsız kanunlar ihtilâfi kuralı gibi uygulanmasını savunmuştur¹⁷.

Fransız milletlerarası özel hukuk bilgini Pillet nazariyesine göre, kamu düzeni kanunları bir prensibin uygulanmasından ibaret olup, istisnaî değildir. Yani kamu düzeni bir ihtilâf kuralı meydana getirmektedir. Pillet'e göre kamu düzeni, genel kanunlardan başka bir şey değildir. Bir kanun sosyal amacı itibarı ile kamu düzenine bağlı ise geneldir. Buna karşılık genel olan bir kanun kamu düzenindedir. Kamu düzeni kanunu, yabancı bir kanunun uygulanmasına engel olan, yabancı bir kanunu akim bırakan kanun değil, genel olmak itibarı ile mülkî bir mahiyet: haiz olarak uygulanması lâzım gelen bir kanundur. Pillet, kamu düzeni kanunlarını şu şekilde 8 bölüme ayırmaktadır:

- Kamu düzeni kanunları,
- Şahsın emniyetine ilişkin kanunlar,
- Mülkiyet hakkındaki kanunlar,
- Genel itibara ilişkin kanunlar,
- Cebrî icra kanunları,
- Malî kanunlar,
- Ahlâkî kanunlar,
- İntizam kanunları.

Pillet nazariyesi, iki ana bölümde eleştiriye uğramıştır.

Birinci eleştiri: Bu nazariyede kamu düzeni kavramı¹⁸, kanunların mülkiyeti prensibi ile karıştırılmıştır. Eğer, bütün mülkî olan kanunlar aynı zamanda hem genel, hem de kamu düzeninden iseler, bu takdirde sırf genel bir kanun olmasından dolayı esasen yetkili olan mülkî kanunun yetkisini vücuda getirmek için kamu düzeni kavramına müracaat etmeyi, hem de bu kavrama milletlerarası özel hukukta diğerlerinden bağımsız büyük bir mevki ayırmaya gerek var mıdır?

Kamu düzeni yeni bir ihtilâf kuralı meydana getirmez.

İkinci eleştiri: Pillet'e göre normal surette yetkili kanun mahallî kanundur. Halbuki milletlerarası özel hukukta genellikle kabul edilen fikre göre, normal olarak yetkili olan ve

¹⁶ Batiffol, H./Lagarde, P.; age. sh. 409-410.

¹⁷ Çelikel, A.; age. sh. 166.

¹⁸ Altuğ, Y.; age., sh. 374-375.

uygulanması gereken kanun, yabancı kanundur. Fakat, sosyal düzenin bozulmaması için onun hüküm ve etkisi bertaraf edilmelidir¹⁹.

2. Bartın'e göre kamu düzeni

Fransız Medenî Hukuk Dersleri (Cours de Droit Civil Français) kitabının kamu düzenine ilişkin bölümünde Bartın'ın fikirlerini şöylece özetleyebiliriz:

«Lois de police et de sûreté» denilince kişilerin ve malların güven ve korunmasını sağlayan kanunlar, eski deyimini ile emniyet ve asayiş kanunları anlaşılır.

Medenî hukukta kamu düzenine ilişkin kanunlar şunlardır.

Nüfus siciline ilişkin olanlar; kocanın karısının şahsı üzerindeki, ana babanın, velinin çocuğun şahsı üzerindeki yetkisine ilişkin olanlar; bazı kişilere nafaka yükümlülüğü getiren kanunlar; birden fazla kadınla ve yakın akraba arasında evlenmeyi men eden kanunlar.

Emniyet ve asayişe ilişkin kanunlar, Fransız ülkesinde oturan tüm kişilere ve hatta Fransa'da geçici oturanlara da zorunlu olarak uygulanır. Fransız Medenî Kanununun 3. maddesinin 1 fıkrası «Article 3 - Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire» hükmünü içermektedir. Bunun Türkçe karşılığı şudur: «Emniyet ve asayiş kanunları ülkede ikamet eden herkesi riayete mecbur kılar». İşte böyle bir hüküm karşısında bir yabancı kendi millî kanununa göre nafaka vermeye mecbur olmadığı akrabasına Fransız Kanununa göre Fransa'da nafaka vermeye mahkûm edilebilir.

Bartın'e göre bazı durumlar vardır ki, bu durumlara Fransız Kanunu tüm yabancılara emredici nitelikte uygulanır. Çünkü, kendi aralarında veya kendileri ile Fransızlar arasında meydana gelen ihtilâfın bizzat prensibi Fransa'nın egemenliğine tâbidir. Dâvaya sebep olan olay Fransa'da meydana geldiği için bu olaya hükmetmek (haksız fiillerde olduğu gibi) veya Fransa'da bulunan bir gayrimenkul veya menkul malın tamamen veya kısmen temlikine hükmetmek hususunda Fransız Kanununun münhasır yetkisi vardır. Çünkü, bu konu kamu düzeni ile ilgilidir.

Bazı durumlarda ise, Fransız kanunu Fransa'da bulunan yabancılara uygulanır. Çünkü, bu kanun, Fransız kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince, dâvanın konusunu teşkil eden olayın tâbi olduğu yabancı kanunu bu olaya uygulamaktan, kamu düzeninin gereği olarak dâvayı gören Fransız mahkemesini men eder. Örneğin, Fransa'da kabul edilmeyen sebepler dolayısıyla boşanmaya izin veren bir kanun hükmüne göre evlenmiş olan bir karı-koca aynı şartlar altında boşanma hükmü alamazlar. Zira, kamu düzeninin müdahalesi ile karşılaşılır²⁰.

III. KAMU DÜZENİNİN ÇEŞİTLERİ VE ETKİSİ

Bir çok yazarlar, 1872 yılında Cenevre Hukuk Fakültesi Profesörlerinden Charles Brocher'in yaptığı ayırımı uyarak kamu düzenini, iç kamu düzeni ve milletlerarası kamu düzeni olarak ikiye ayırmaktadırlar.

¹⁹ Altuğ, Y.; age., sh. 374.

²⁰ Seviğ, M. R.; age., (Asayiş), sh. 111-112.

Charles Brocher'e göre²¹ iç kamu düzeni, âmir mahiyette bulunan ve kişilerin iradeleriyle bertaraf etmeleri mümkün olmayan kuralları içerir. Milletlerarası kamu düzeni ise, sosyal güvenliği muhafaza için yetkili kanunun tatbikine engel olan hukuk kurallarından ibarettir.

Weisse'e göre ise, iç kamu düzeni ve milletlerarası kamu düzeni şeklinde ayırım yapma zorunludur. Çünkü, iç hukukta kamu düzenine ilişkin her hüküm, yabancı hukukun tatbikine mani olmaz. Fakat, milletlerarası kamu düzenine ilişkin her hüküm, aynı zamanda iç kamu düzenine de ilişkin olur. Örneğin, Medenî Kanunumuzun rüştün 18 yaşın ikmali ile başlayacağını söyleyen 11. maddesi, iç kamu düzenine ilişkin olduğu halde bu hüküm, rüştün 20. yaşın ikmali ile tahakkuk edeceğini hükme bağlayan İsviçre Medenî Kanununun 14. maddesinin tatbikine mani olmaz. Halbuki yine «tekrar evlenmek isteyen kimse, vefat veya boşanma ile yahut butlan hükmü ile evliliğin zail olduğunu isbata mecburdur» diyen Medenî Kanunumuzun 93. maddesi, milletlerarası kamu düzenine ilişkindir. Türkiye'de evlenmek isteyen herhangi bir yabancıyı millî kanunu, Medenî Kanunumuzun 93. maddesinin hükümlerini zorunlu kılmaya bile, evlenmek isteyen o yabancı, ancak bu maddenin şartlarını yerine getirdikten sonra Türkiye'de evlenebilir²².

Kamu düzeninin iç ve milletlerarası olarak ikiye bölünmesi hususu, Türk hukukunda tartışmalıdır. *Osman Fazıl Berki*, kamu düzenini iç ve milletlerarası kamu düzeni olarak ikiye ayırmaktadır²³. *Hıfzı Timur*'a, göre kamu düzenini böyle iki gruba ayırmak gerek verdiği isimler bakımından, gerekse uygulamada arzettiği karışıklıklar bakımından tamamen yersizdir. Milletlerarası kamu düzeni özellikle yabancı kanunu bertaraf eden kamu düzenidir. Oynadığı rol, beynelmilel bir unsurun olaya müdahale etmesine mani olmaktır. Bu itibarla bu ismi taşıması doğru olmaz. Milletlerarası kelimesi ile sıfatlandırılan bu kamu düzeninde hiçbir beynelmilellik olmadığı gibi, aksine iç kamu düzeninden belki daha çok dahilî ve millî bir kamu düzenidir.

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni söz konusu olunca, mutlaka karşımıza iç hukukun âmir hükmü çıkmış demektir. Bu hüküm normal olarak tatbik olması lâzım gelen milletlerarası özel hukuk kuralım bertaraf etmektedir. Bu kuralı tatbiksiz bırakan kamu düzeni ile, iki türkün iradesi mahsulü olan bir tasarrufu hükümsüz bırakan kamu düzeni hep aynı kamu düzenidir. Tek bir kanunî hükme istinad eden bu kamu düzenini ikiye ayırmak, zaten muğlak bir kavram olan kamu düzeni kavramını büsbütün karıştırmak olur²⁴.

Belli bir olayda yetkili olan kanunu uygulayacak memleketin siyasal, ahlakî, sosyal ve iktisadî menfaatlerine dokunması dolayısıyla bertaraf eden, uygulamadan uzaklaştıran bir tedbir olan kamu düzeninin üç önemli niteliği vardır.

Kamu düzeninin birinci niteliği: Kamu düzeninin müdahale ettiği, üzerinde rol oynadığı olaylar çeşitlidir. Kamu düzeninin toplumun genel ahlâk telâkkisini haleldar edecek hususlarda müdahale ettiğini görüyoruz. Örneğin, evli bir kimsenin evlilik haricinde doğan çocuğunu tanımasını bertaraf eden yabancı bir kanun normal olarak memleketimizde yabancıya tatbik edilmesi lâzım gelirken, bu uygulama toplumumuzun ahlâkî telâkkilerini

²¹ **Altuğ, Y.;** age., sh. 377.

²² **Timur, H.;** age., sh. 875.

²³ **Berki, O. F.;** age., sh. 83; Aynı yönde görüşte olan yazarlar: Muammer Raşit Seviğ; Vedat Seviğ; Abdülhak Kemal Yörük.

²⁴ **Altuğ, Y.;** age., sh. 379.

rencide edeceğinden kamu düzeni bu yabancı kanuna müdahale etmekte ve uygulama alanından uzaklaştırmaktadır.

Sosyal alanda da kamu düzeni kavramı, sık sık yabancı kanunu bertaraf etmektedir. Hatadan kaynaklanan sorunlarda, boşanma sebeplerinde, terkte, velayette kamu düzeninin müdahalesi hep toplumun sosyal bünyesini korumak içindir.

Toplumun iktisadî hayatı söz konusu olunca, kamu düzeninin müdahale ettiği ve önemli bir rol oynadığı keza görülür. Bu alanda kamu düzeni özellikle akitlerin irade muhtariyetini frenlemekte ve yaptıkları tasarrufları, toplumun iktisadî menfaatlerine uygun kılmaya yaramaktadır. İş, akdinde, deniz hukukunda, kaza ve deniz nakliyatı konularında, borsa muamelelerinde ve faizde kamu düzeninin müdahalesi, hep toplumun iktisadî düzenini koruma amacına yöneliktir.

Siyasal düşüncelerle kamu düzeni ekseri hallerde yabancı kanunu tatbik etmemektedir. Toplumun siyasî menfaatlerine uygun düşmeyecek olan siyasî kanun, kamu düzeni düşüncesiyle tatbik olunamaz. Çünkü, demokratik toplumların siyasî temelleri demek olan bu esaslar, hiçbir şekilde haleldar edilemez. Türk milleti adına yargılama yapan hâkim kararında, bu esaslar hilâfına nü kümleler içeren bir kanunu dikkate alıp, ona istinaden hüküm veremez²⁵.

Kamu düzeninin ikinci niteliği: Kamu düzeninin ikinci niteliği onun izafi (değişken) bir kavram oluşudur. Kamu düzeni tatbik etmediği yabancı kanunu kendisiyle değil, doğuracağı sonuçla meşgul olur ve yalnızca onunla ilgilenir. Bu itibarla bir kanun, bazı sözleşmelere ve bazı şahıslara kamu düzenine muhalefet dolayısıyla uygulanmazken, diğer hallerde aynı kanunun uygulanması, kamu düzenini ihlâl etmeyebilir. Bu konuda milletlerarası alanda kamu düzeni hallerinin tadadının imkânsızlığını gösteren iki deneme yapılmıştır.

Bunlardan birincisi, 1894 yılında La Haye konferansında, diğeri 1910 yılında Devlet Özel Hukuku Enstitüsünün toplantısında vuku bulmuştur. 1894 La Haye konferansında milletlerarası özel hukuk mukavelelerinin bilhassa verasete ilişkin olanlarının hazırlanmasına başlayacağı sırada prensip olarak mirasların, müteveffanın millî kanununa tâbi olacağı esasının vazedilmesi istenmiştir. Bu kuralı kabulden sonra muhtelif ülkelerde kamu düzeni düşüncesiyle müteveffanın millî kanununun rolünün etkisinden korkulmuştur. Her hâkimin kendi dilediği şekilde hareket etmesine mani olmak için, tatbikine müsaade etmeyeceği hallerin tadadına çalışılmıştır. 1894 projesinin 3. maddesinde, millî kanunun uygulanmasına istisna teşkil eden haller tadat edilmiştir. Fakat konferansta mümessilleri bulunan memleketler bir taraftan fazla geniş, diğeri taraftan kifayetsiz olan bu tadadı kabul etmemişlerdir. Bunun üzerine ikinci konferansta Hollanda hükümeti birçok memleketlere şâmil bir kamu düzeni olmadığı fikrine dayanan başka bir usul teklif etmiştir. Bu sistem her devletin hususî bir kanun ile kendi memleketinde kamu düzeninin ne olduğunu belirtmesini istiyordu. Bu suretle 1900 projesi, andlaşma ile muhtelif kamu düzeni hallerini tadat etmeye imkân bulunmadığını tespit etmiştir. 1904 konferansında yeni bir sistem teklif olunmuştur. Bununla her hükümet, bir kanuna hacet kalmaksızın kendi memleketi dahilinde kamu düzeninden olan hususları diplomasi yoluyla bir protokolde tadat edecekti. Bu, kamu düzeninin millî vasfını teşvik etmekte. 1925 ve 1928 konferanslarında ortaya dördüncü bir proje çıkmış; bu projenin 3. maddesi ile herşey ortadan kaldırılmıştır. Sadece müteveffanın millî kanununun, açık surette kamu prensipleri ile bağdaşmazlık olmadıkça uygulanabileceği tespit olunmuştur. Bu suretle hareket noktasına dönülmüş oldu.

Kamu düzeni hallerinin tadat için ikinci teşebbüs²⁶ Devletler Özel Hukuku Enstitüsü tarafından yapılmıştır. Bu enstitünün 1910 yılındaki toplantısında kamu düzeni meselesi münakaşa edilmiştir Toplantı tutanağını yazarlardan Fiore ve Weiss, kamu düzeni hallerinin milletlerarası bir tadadının yapılmasını istemişlerdir. Bu iki hukukçu, Mancini nazariyesini benimsemiş olup tadadî usulün taraftarı idiler. Fakat Devletler Özel Hukuku Enstitüsü meseleye yakından bakınca bu tadadın milletlerarası bir anlaşma ile yapılmasının mümkün olmadığını fark etmiştir. Çünkü, her memleketin kendisine özgü bir kamu düzeni vardır. Enstitü şu karar suretini kabul etmiştir: Enstitü, hâkimin keyfî kararma yol açan ve hatta bu yüzden şahısların menfaatlerini haleldar eden kararsızlığın önüne geçmek için, her memleket kanununda kendi ahkâmından hangilerinin yabancı kanunun söz konusu hukuk münasebetinin çözümünde yetkili olması halinde dahi, bertaraf edilmeyeceğinin imkân nisbetinde açıklamalarını temenni eder.

Kamu düzeninin üçüncü niteliği: Kamu düzeninin doğurduğu sonuçlar ve yaptığı etki her zaman aynı değildir. Kamu düzeninin etkisi ya olumlu ya da olumsuz olur. Olumsuz etki²⁷, yabancı kanunu uygulama alanından uzaklaştıran etkidir. Olumlu etki ise²⁸, yabancı kanunun yerine mahallî kanunu (lex fori) yi olayda yetkili kılan etkidir.

IV. KAMU DÜZENİNİN ÖZELLİKLERİ

A) KAMU DÜZENİNİN ZAMAN İÇİNDE VE TOPLUMDAN TOPLUMADEĞİŞMESİ

Kamu düzeni zaman içerisinde ve toplumda topluma değişir. Bir toplumda kamu düzeni anlayışı siyasal, ekonomik ve sosyal hayata uyum gösterir. Toplumun menfaatleri zaman içerisinde değiştikçe, kamu düzeni anlayışı da değişir²⁹. Bunun açık bir örneğini kendi hukukumuzda görmekteyiz. Medenî Kanunun 1926'da uygulanmasından önce, ülkemizde islamî hukuk kurallarını içeren Mecelle uygulanırdı. Mecelle'de dört kadına kadar evlenmeye cevaz vardı. Medenî Kanun tek kadınla evlilik esasını getirmiştir. Bu nedenle, bugün aynı anda birden fazla kadınla evlenmeye imkân veren yabancı kanun, Türk kamu düzenine aykırı düşer. Bazı ülkelerde evlenecek kişiler arasındaki yakın kan hısımlığı evlenme engeli sayılmayabilir. Oysa, Türk Medenî Kanununun 92. maddesinde, yakın hısımlık evlenme engelidir Böyle bir evlenmeyi mümkün kılan yabancı kanun, Türk kamu düzenine aykırı düşer.

B) KAMU DÜZENİNİN UYGULANMASINDA HÂKİMİN TAKDİRİNEBÜYÜK YER VERİLMESİ

Kamu düzeninin uygulanmasında, hâkimin takdirine geniş yer verilmiştir. Yalnız hâkim, bu takdir hakkını keyfî olarak değil, belirli prensiplerin ışığı altında kullanmaktadır. MÖH-UK madde 5 bu takdir hakkının kullanılmasını «açıkça» deyimini ile sınırlamıştır.

²⁶ Altuğ, Y.; age., sh. 381.

²⁷ Evli olan Afgan tabiyetinde bir erkek poligamiyi kabul eden kendi millî kanununa göre Türkiye'de evlenmek isterse bu evliliğe Türkiye'de izin verilmez. Zira Türk Hukuku evlilikte monogami prensibini kabul etmiştir. Poligami sistemi Türk kamu düzenine aykırılık teşkil eder.

²⁸ Medenî Kanunun 315. maddesine göre herkes, yardım etmediği zaman zarurete düşecek olan usul ve fûruuna, erkek ve kız kardeşlerine yardım etmekle mükelleftir. Böyle bir nafaka borcunu kabul etmeyen bir devlete mensup kardeşler Türkiye'de nafaka dâvası açacak olurlarsa, bu dâva millî kanunlarında böyle bir mükellefiyet bulunmaması sebebiyle Türkiye'de reddedilemez. Nafaka talebi ahval-î şahsiyeye ilişkin olmakla birlikte kamu düzeni ile sıkı sıkıya ilişkisi bulunması sebebi ile, kamu düzeni önce olumsuz etkisini gösterecek; yani yetkili yabancı kanun uygulanmayacak daha sonra da olumlu etkisini gösterecek yanı Türk kanunu uygulanıp nafaka dâvası kabul edilip hükme bağlanacaktır.

²⁹ Çelikel, A.; age., sh. 175.

Buna paralel bir hüküm, Alman Yeni Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 6. maddesinde de yer almıştır. Buna göre, yabancı bir devlet hukukunun uygulanması, Alman Hukukunun temel ilkeleri ile açıkça bağdaşmayacak sonuçlara götürüyorsa ve özellikle temel haklarla bağdaşmıyorsa uygulanmaz.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu hakkında son 1982 tasarısı da (madde 16), yabancı hukukun İsviçre kamu düzenine açıkça aykırı düşecek sonuçlar doğurması halinde tatbik edilmeyeceğini bildirmektedir³⁰.

Kamu düzeni ile (açıkça) bağdaşmama kıstası, milletlerarası çok taraflı sözleşmelerde de bir koşul olarak yer almaktadır. Türkiye'nin onayladığı Nafaka Yükümlülüğüne Dair Sözleşme madde 11 de mutad mesken kıstasının kamu düzeni ile «açıkça» bağdaşmaması halinde uygulanmayacağını kabul etmiştir.

C) KAMU DÜZENİNİN OLUMSUZ VE OLUMLU ETKİSİ

Bir Suudi Arabistanlı erkeğin Türkiye'de ikinci defa evlenme talebine izin verilmediği takdirde, kamu düzeninin olumsuz etkisi meydana gelir. Buna karşın, millî hukuklarına göre usul ve furuu arasında nafaka yükümlülüğü olmayan bir babanın, Türkiye'deki çocuğundan nafaka talep etmesi, Medenî Kanuna göre kabul görür. Yani bu olayda, Türk Kanunu uygulanır. Bu da kamu düzeninin olumlu yönünü teşkil eder. MÖH-UK madde 5 böyle bir uygulamaya yer vermektedir. Çünkü «gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır» demek suretiyle kamu düzeninin müspet etkisini öngörmüştür.

D) KAMU DÜZENİNİN İSTİSNAÎ OLUŞU

Türk Milletlerarası Özel Hukuk sisteminde, kamu düzeninin istisnaî özelliği vardır. Gösterici kanun ihtilâfî kurallarına göre yetkili olan yabancı kanunun uygulanmasının Türk kamu düzeni ile bağdaşmayacak sonuçlar doğurması halinde, bu hukuk uygulanmaz (MÖH-UK madde 5). Doktrinde Fransız hukuku yazarlarından Bartin, Niboyet, Lerebourg-Pigeonnière, Donnedieu de Vebres kamu düzeninin milletlerarası özel hukukta kanunlar ihtilâfî kurallarına bir istisna teşkil ettiğinde müttefiktirler³¹. Türk hukukunda da *Muammer Raşit Seviğ, Vedat Seviğ, Mustafa Reşit Belgesay, Abdülhak Kemal Yörük, Osman Fazıl Berki, Şakir Berki* kamu düzeninin istisnaî olduğunu kabul ederler. *Hıfzı Timur* ise, kamu düzeninin istisnaî oluşunu kabul etmeyip, bir kural olduğu görüşündedir³².

E) KAMU DÜZENİNİN KAZANILMIŞ HAKLAR KARŞISINDA OLUMSUZ ÖZELLİĞİNİN BULUNUŞU

Kamu düzeninin yabancı ülkelerde kazanılmış, elde edilmiş bazı hukukî durumlar karşısında, olumsuz Özelliği vardır. Yabancı ülkede elde edilmiş haklar, bir mahkeme kararına dayanabilir. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi hakkındaki hükümler (MÖH-UK madde 38/c, madde 42) «kararın kamu düzenine aykırı olması halinde» tanıma ve tenfizin red edileceğini bildirmektedir.

³⁰ Çelikel, A.; age., sh. 177'den naklen.

³¹ Altuğ, Y.; age., sh. 384.

³² Altuğ, Y.; age., sh. 384.

V. KAMU DÜZENİNİN MÜDAHALESİ VE SONUÇLARI

A) KAMU DÜZENİNİN MÜDAHALESİ

Bireylerarası eşit menfaat ilişkilerine ait yabancı unsurlu bir olaya, bir olguya veya bir ilişkiye kamu düzeninin müdahale edebilmesi, yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzenini ihlâl etmesine bağlıdır. Yoksa yabancı hukukun bizim hukuk düzenimize uygun olmaması, kamu düzeninin müdahalesini gerektirmez. O halde, bizim kanunî düzenlememize uygun olmayan yabancı kanunun uygulanması mümkündür.

Yabancı bir kanunun uygulanması, bizim ahlâk ve dürüstlük anlayışımıza, toplumun temel görüşlerini ciddi şekilde sarsmasından korkulacak derecede aykırı bulunuyorsa, kamu düzenimizin müdahalesi beklenebilir. Örneğin, 12 yaşındaki bir ispanyol kızı, türk evlendirme memuru önünde kendi millî hukukuna göre evlenmeye ehil olduğu gerekçesi ile evlenmek istediğinde, kamu düzeninin müdahalesi ahlâkî düşünüş tarzına bağlanabilir³³.

Anayasada yer alan temel haklar, yabancı hukukun uygulanmasında kamu düzeninin müdahalesini gerektirebilir. Türk hâkimi yabancı hukukun uygulanmasında, yabancı kanunun hükümlerinin anayasaya uygunluğu hususunu dikkatten uzak tutmamak zorundadır. Eğer yabancı kanun, temel hak ve hürriyetler bakımından anayasada yer alan prensip ve değer hükümlerini belirli bir olayda tahammül edilmez bir şekilde ihlâl ediyorsa, Türk hakimi tarafından uygulanmayacaktır. Bunda, ülkenin düzen menfaati bakımından zaruret vardır.

Özel hukuk normlarının, iyiniyet kurallarına dayanan hükümlerinin yabancı kanun tarafından ihlâl edilmesi halinde de kamu düzeni müdahale edebilir. Örneğin, hile ve ikrah nedeni ile akdin feshine ilişkin hükümler, fahiş cezaî şartın indirilmesini gerektiren hükümler bu niteliktedir.

Kamu düzeninin müdahalesi için yabancı hükme konu olan maddî ilişkinin, belli bir ölçüde ülke ile ilişkisinin bulunması şarttır. Zira, ilke olarak yabancı ülkede etkisini gösteren ve yabancı ülkede, yabancı hukuka tâbi olarak yapılan işlemler Türk kamu düzeninin müdahalesini gerektirmez.

Burada önemli bir hususa değinmede fayda vardır. Acaba yabancı hukukun, mahallî hukukun düzenlenmesine uygun olmaması, kamu düzeninin müdahalesini gerektirir mi? Yabancı hukukun, kamu düzeni sebebiyle tatbik edilemediği durumda, mahallî hukukun uygulanması menfaatler içtihadına uygun mudur?

Sadece yabancı hukukun mahallî hukukun düzenlenmesine uygun olmaması, kamu düzeninin müdahalesini gerektirmez. Esasen çoğu kez yabancı hukuk ile mahallî hukuk düzenlemeleri arasında uygunluk beklemek de yerinde bir görüş olmaz. Çünkü, yabancı hukuku düzenleyen kanun koyucunun sosyal, siyasal ve ekonomik amaçları birbirinden farklıdır. Kanun koyucular arasında esasen var olan bu farklı görüş, düşünüş ve amaçlar doğal olarak yabancı hukuk ile mahallî hukuk arasında düzenleme farklılığını meydana getirecektir. Sadece bu düzenlemelerde görülen farklılık, kamu düzeninin müdahalesini gerektirmez. Kamu düzeninin müdahale edebilmesi için, yabancı hukuk uygulandığı zaman, bunun doğurduğu somut sonuçların kamu düzenini ihlâl etmesi gerekir. Ancak o takdirde kamu düzeninin müdahalesi söz konusu olur. Bu durumda bizim hukukumuzun düzenlenmesine uymayan yabancı hukukun uygulanması mümkündür.

³³ Nomer, E.; age., (Hususî Hukuk), sh. 190.

İran uyruklu bir musevi, Türkiye'de menkul tereke bırakarak ölmüştür. Menkul tereke hakkında yetkili hukuk, Ölenin millî hukuku, yani İran hukukudur. İran hukuku, musevi dinine ait ve sağ kalan eşe miras hakkı tanımayan bir düzenlemeye sahiptir. Ölenin karısına miras hakkı tanımayan yabancı kanunun Türk Mahkemesince uygulanması, bizim hukukumuzdaki düzenlemeyle hiç uyuşmamasına rağmen kamu düzeninin müdahalesine uğramaz³⁴.

Yabancı hukukun uygulanmasını kabul eden milletlerarası sözleşmelerde, kamu düzeninin müdahalesini bertaraf etmek veya uygulanmasını zorlaştırmak için gayret edilmektedir. Çünkü, kamu düzeninin müdahalesi sonunda milletlerarası sözleşmelerin uygulanmasının bir kenara bırakılması tehlikesi daima mevcuttur. Milletlerarası sözleşmelere rağmen, gene de ülkeler kamu düzeninin müdahalesinden vazgeçmiş değildirler.

Milletlerarası özel hukuk sorunları ile ilgili milletlerarası sözleşmelerin bazılarında, genel bir kamu düzeni kaydı vardır. Böyle bir kayıt durumunda, bu milletlerarası sözleşmeye göre uygulanması gerekli hukuka ait hükümler, âkit devletlerin kamu düzenine ilişkin mahallî normlarına aykırı ise uygulama dışı kalır.

Durum böyle olmakla birlikte, son yıllarda La Haye konferanslarında hazırlanan sözleşmelerde, kamu düzeni kaydını sınırlayan bir formül kullanılmaya başlandı. Bunu şöyle açıklayabiliriz: Milletlerarası sözleşmeye göre uygulanması gerekli hukuk, ancak bu hukukun *lex fori*'nin kamu düzenine açıkça aykırılık «*manifestement incompatible*» olma durumunda bertaraf edilebilecektir.

Milletlerarası çok taraflı sözleşmelerde, kamu düzeni kaydı her zaman saklı tutulmuştur. Örneğin, Türkiye'nin onayladığı Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanun'a dair sözleşme madde 11'de, sözleşmenin kabul ettiği mutad mesken kıstasının kamu düzeni ile «açıkça» bağdaşmaması halinde uygulanmayacağı kabul edilmiştir.

Kuşkusuz bu durumda bile uygulanması gerekli yabancı hukuk normunun, mahallî kamu düzenine açıkça bağdaşmazlık hususunu, sözleşmeyi uygulama durumunda olan mahkeme veya idari makam takdir edecektir. MÖH-UK madde 5'de yer alan «açıkça» aykırı olmanın aranması, hâkimin takdir yetkisini genel kamu düzeni kaydına oranla daha sınırlayıcı bir formül olarak tercih sebebi sayılmalıdır.

Diğer yandan, gene La Haye konferansında hazırlanan bazı milletlerarası sözleşmelerde, kamu düzeni kaydına ilişkin bir hükmün yer almadığı görülmektedir. Bu durum, milletlerarası sözleşmeye göre, yetkili olan yabancı hukukun âkit devletlerin kamu düzeni karşısında uygulanıp uygulanamayacağı meselesi gerek doktrinde, gerekse uygulamada önemli fikir ayrılığına sebep olmuştur. Bu hususta, açık milletlerarası sözleşmelerle, kapalı milletlerarası sözleşmeler arasında bir ayırım yapılması gerekir. Kapalı milletlerarası sözleşmeler için kamu düzeni müdahalesinden âkit devletler vazgeçmiş sayılırlar. Buna karşın, müdahaleye açık milletlerarası sözleşmelerde, sözleşmeye taraf olan ülkelere kamu düzeninin müdahalesi nedeniyle kendi hukukunun uygulanması imkânı tanınmış olmaktadır.

B) KAMU DÜZENİNİN MÜDAHALESİNİN SONUÇLARI

Kamu düzeninin müdahalesi, genel olarak yabancı hukukun uygulanmasını önlemek şeklinde ortaya çıkar. Böylece kamu düzeninin müdahalesi ile yetkili yabancı hukukun

³⁴ Çelikel, A.; age., sh. 176.

uygulanamaması durumunda ortaya bir boşluk çıkmaktadır. Yabancı hukuk kamu düzeni sebebiyle tatbik edilemediği durumda mahallî hukukun uygulanması menfaatler içtihadına uygun düşmeyebilir. Bu görüşte olanlar özellikle şunu demektedirler. Kamu düzeni nedeniyle yabancı hukukun bertaraf edilmesi üzerine boşluğun yine yabancı hukukta aranacak başka bir hukuk kuralı ile doldurulabileceğini ileri sürmüşlerdir. Gerçekten bu görüşe göre, yabancı hukukun bertaraf edilmesi üzerine meydana gelen boşluğun lex fori ile doldurulması menfaatler içtihadına uygun olmaz. Zira, o olayı düzenleme yetkisi bizzat kanunlar ihtilâfi kuralı ile yabancı hukuka verilmiştir. Öte yandan, lex fori'nin bu boşluğu doldurması da her zaman mümkün olmayabilir. Söz konusu görüşü aydınlatması bakımından Alman Temyiz Mahkemesinin 1921 yılında verdiği karar çok ilgi çekicidir. Alman Temyiz Mahkemesi, bu kararında³⁵, İsviçre hukukunun bazı alacakları zamanaşımına tâbi tutmayan kuralını Alman kamu düzenine aykırı saymış, ancak ortaya çıkan boşluğu, İsviçre hukukunun bir başka kuralım uygulayarak doldurmuştur. Yüksek mahkemeye göre söz konusu kuralın Alman kamu düzenine aykırı sayılması, İsviçre hukukunu tümünden bertaraf etmek için bir sebep oluşturmaz. Ancak İsviçre hukukunu uygulamak mümkün olmadığı zaman lex fori olarak Alman hukuku uygulanır. Fakat yabancı hukukun uygulanacak hükümleri tümü ile bizim kamu düzenimize aykırılık teşkil ederse, o zaman bizim hukukumuzun uygulanması veya zaruret halinde genel hukuk prensiplerine başvurulmasından başka çare yoktur³⁶.

Burada değinilmesi gereken bir durum da şudur: Acaba Türk kanunlar ihtilâfi kuralları gereğince yetkili olarak belirlenen hukukta, olaya uygulanması söz konusu hukuk kuralları, yetkili yabancı hukukun kendi kamu düzenine aykırı olması halinde hâkim acaba bu durumu da gözönüne alabilecek midir, eğer alacaksa bunu nasıl yapacaktır?

Türk kanunlar ihtilâfi kuralları gereğince yetkili olarak belirlenen hukukta, olaya uygulanması tespit edilen hukuk kuralları yetkili yabancı hukukun kamu düzenine aykırılık teşkil ederse hakim, bu durumu da gözönüne almak durumundadır. Ancak böyle durumlarda dahi aslında mahallî hukukun veya mahallî kamu düzeninin söz sahibi olduğu görülmektedir. Bu durumları şöyle açıklayabiliriz:

1) Yabancı hukuk, devam eden atf sonucu uygulanması gerekli bir hukuk ise, bu hukukun uygulanmasında bizim kanunlar ihtilâfi kuralımızca yetkilendirilen yabancı hukuk nizamının kamu düzeninin dikkate alınması gerekir.

Daha önce, hıristiyan bir avusturyalı ile yahudi letonyalı kız için verdiğimiz örnek aynen burada da geçerlidir³⁷.

İşte bu örnekte olduğu gibi Türk hâkimi, bu kamu düzeninin müdahalesini kabul edecektir. Çünkü, kanunlar ihtilâfi hukukumuzca yetkilendirilen hukuk, İtalyan hukukudur. Avusturya hukukunun ancak İtalyan hukukunun kabul ettiği ölçüde uygulanabilme imkânı vardır. Bu, bizim hukukumuzun isteği doğrultusunda böyle olmaktadır.

2) Yabancı hukukun kamu düzenine aykırılık, aynı zamanda Türk toplumunun ahlâk ve dürüstlük anlayışını da ihlâl etmekte ise, yine yabancı kamu düzeninin müdahalesi dikkate alınır. Ancak, burada yalnızca Türk kamu düzeni etkisini gösterir.

³⁵ Nomer, E.; age., (Hususî Hukuk) sh. 198.

³⁶ Nomer, E.; age., (Hususî Hukuk) sh. 196-198.

³⁷ Nomer, E.; age., (Hususî Hukuk) sh. 200.

Örneğin (DOLLE IPR 114); Londra’da oturan bir Fransız, yine Fransız vatandaşı olan çocuklarını, kanunî miras hakkından mahrum edebilmek maksadı ile İngiliz vatandaşlığına geçmiş ve daha sonra çocukları hiç dikkate almaksızın vasiyette bulunmuştur³⁸. Menkul tereke hakkında karar vermek durumunda olan Türk hâkimi, murisin millî hukuku olan İngiliz hukukundan hareket etmek (MİLK, madde 22), fakat İngiliz miras hukukunu çocukları Code Civil’in tanıdığı «portion réservée» den mahrum ettiği nisbette tatbik etmemek zorundadır. Bu durumda, Türk hâkimi murisin hileli statü değişikliğinden önceki millî hukuku olan Fransız hukukunu dikkate almış olmaktadır. Şu halde olayda, İngiliz hukukunun tatbikine mani olan Fransız kamu düzeni, Türk hâkimince nazara alınmaktadır; bunun sebebi ise bu kamu düzeni müdahalesinin Türk toplumunun ahlâk anlayışına da uygunluk göstermesidir.

Bu nev’i olaylarda çoğunlukla «kanuna karşı hile» probleminin de birlikte ortaya çıktığı hatırlanmalıdır.

VI. KAMU DÜZENİNİN GÖREVİ

Kamu düzeninin, olumsuz ve olumlu olmak üzere iki türlü etkisi vardır.

Kamu düzeni ilke olarak kabul edilirse, doğrudan doğruya mahallî hukuk uygulanır. Yabancı hukukun kamu düzenimize aykırılık teşkil edip etmediği hususu araştırılmaz. Buna zaten gerek de kalmaz.

Burada bir hususu açıklamada yarar vardır. Acaba örtülü kanunlar ihtilâfi kuralları ile kamu düzeninin olumlu etkisini meydana getiren maddî hukuk kurallarını birbirinden nasıl ayırabiliriz?

Mahallî hukuk normu, bizim için sanki Türk hukukuna yapılan bir atfı ihtiva eden «örtülü kanunlar ihtilâfi kaidesi» niteliğini de taşıyorsa, bu maddî norm karşısında yabancı Hukukun uygulanmasından vazgeçilir. Ancak, bu tür bir maddî normun uygulanabilmesi için bağlama unsurunun gerçekleşmesi gerekir. Örneğin, para borcu Türkiye’de ifa edilecekse, Borçlar Kanununun 83. maddesi gereği, Türk parası ile ödeme yapılır. Burada kamu düzeninin müdahalesi yoktur. Örtülü bir kanunlar ihtilâfi kurallarının varlığı nedeniyle, Türk maddî hukuk normunun uygulanması zorunluğunu kendini gösterir.

Hangi nitelikteki mahallî hükümlerin, kamu düzeninin olumlu etkisini meydana getirebileceği konusunda, tüm olayları içine alabilen kesin bir formül vermek imkânı bulunmamaktadır. Ancak, Alman Yargıtay’ı ve Mahkemeleri böyle bir formülü vermeye çalışmışlardır. Birinci formüle göre: «Devletler Hususî Hukuku hükümlerine göre uygulanması gereken yabancı hukuk ile Alman hukukunun dayandığı sosyal görüşler veya devlet politikasına ait görüşler arasındaki farklılık, yabancı hukukun tatbikini doğrudan doğruya Alman politik veya ekonomik hayatına tesir edebilecek derecede önemli bulunuyorsa» kamu düzeninin etkisi kendini gösterecektir. Bu formül yetersiz bulunarak Alman Federal Mahkemesi şu ikinci formülü geliştirmiştir: «Belirli olayda yabancı hukukun tatbiki, sonuç olarak, Alman düzenlemesinin temel fikirlerine ve bu düzenlemede yatan hakkaniyet anlayışlarına, yabancı hukukun tatbikini tahammül edilmez hale getirecek derecede aykırı bulunuyorsa» kamu düzeninin müdahalesi kaçınılmaz olur³⁹.

³⁸ Nomer, E.; age., (Hususî Hukuk) sh. 201.

³⁹ Nomer, E.; age., (Hususî Hukuk) sh. 188.

Kamu düzeni ile doğrudan doğruya uygulanan kanunlar arasında bir ilişki vardır. Yunan asıllı ünlü hukukçu Francescakis'e göre yabancı unsurlu bir ilişki devletin siyasî, ekonomik, hukukî bir örgütlenmesinin temel unsurlarından birini ilgilendiriyorsa, bu kurallar doğrudan doğruya uygulanır. İç hukukta, kamu düzeninden olan ve emredici nitelik taşıyan bir takım kurallar, yine kamu düzeni nedeniyle yabancı unsurlu ilişkiler için doğrudan doğruya uygulanır. Örneğin, akü hastalığı nedeniyle evlenmeyi yasaklayan Medenî Kanunun 89. maddesi, türk veya yabancı uyruklu olduğuna bakılmaksızın Türkiye'de evlenen herkes için evlenme engeli olarak konulmuştur. Millî hukukları öngörmeseler bile akıl hastaları Türkiye'de evlenemezler.

Aynı şekilde, Türkiye'de gayrimenkul kira sözleşmesine bağlı kira bedelinin tesbiti, ülkedeki yabancı uyruklu kişilerin yaptığı sözleşmelere de doğrudan doğruya uygulanır.

Borçlar Kanunu madde 161/2 deki «Hâkim fahiş gördüğü cezalan tenkis ile mükelleftir» şeklindeki kural da doğrudan doğruya uygulanır (BK. 95/1).

Diğer yandan, iç hukukta kamu düzeninden olan ve emredici olarak yer alan bir kuralın, hangi halde yabancı unsurlu ilişkiler için doğrudan doğruya uygulanan kurallar niteliğimi taşıdığını tespit, kolay bir iş değildir. Bu husus, iç hukuk bakımından güdülen siyaseti, korumayı amaçladığı kamu düzeni ve yararını, uygulanmaması halinde ortaya çıkacak sonuçları gözönünde bulundurmak suretiyle yapılacak bir yorumla tespit edilebilir.

İç kamu düzeni, milletlerarası kamu düzeni şeklindeki ayırımı biz de katılıyoruz. Fakat, iç hukuk kamu düzeni veya milletlerarası kamu düzeni olsun, her ikisi de iç hukukun sınırları içinde yer alan bir tek kavramı ifade eder. Başka bir deyimle, iç kamu düzenini iç hukukta, milletlerarası kamu düzenini başka ülkelerin hukuklarında aramayıp, ikisini de iç hukukumuzda aramamız gerekir.

Kamu düzeninin rolünü şu iki hususta görebiliriz:

Kamu düzeni ile kanun koyucunun iradesi, fert iradesine üstün tutulur. Kamu düzenine ters düşen fert iradesi itibar gömez.

Diğer yandan, kamu düzeninin rolü ile millî kanun koyucunun iradesinin, yabancı kanunun hükümlerine üstünlüğü sağlanmış olur.

Yabancı hukukun uygulanacağı ülkenin kamu düzenine aykırı olmamak kaydı ile uygulanması, milletlerarası özel hukukun bir genel kuralıdır. Bu esas, bütün hukuk sistemlerinde istisnasız kabul edilmiştir.

İhtilâfların hallinde yetkili olan, bazı iç hukuk kuralları vardır. Kamu düzeninden olan ve emredici nitelik taşıyan bu kurallar, yabancı unsurlu ilişkiler için doğrudan doğruya uygulanır. İç hukukta toplumun sosyal, ekonomik, siyasî yapısı ve genel ahlâk düşüncelerinin mahsulü olan bu kurallar olaya maddî çözüm getirirler. Bu kurallar yabancı unsur taşısın taşımamasın bütün olaylara uygulanırlar. Örneğin, kira tesbitine ilişkin kayıtlar, Türkiye'deki yabancıların yapacağı sözleşmelere de doğrudan doğruya uygulanır'

İç hukukta, kamu düzeninden olan ve emredici olarak yer alan bir kuralın, hangi halde yabancı unsurlu ilişkiler için doğrudan doğruya uygulanan kurallar niteliğini taşıdığını tespit etmek kolay değildir. Bu, aslında bir yorum meselesidir. Bu yorum iç hukuk kuralının

düzenlediği konu bakımından güdülen siyaseti, korumayı amaçladığı kamu düzen ve yararını, uygulanmaması halinde ortaya çıkacak somut sonuçları gözönünde bulundurarak yapılmalıdır.

Kamu düzeni, bağımsız bir bağlama kuralı olarak kabul edilirse o takdirde yetkili hukuka gitmeden, bu kamu düzeni kuralı doğrudan doğruya uygulanır. Başka bir deyimle, yabancı unsur taşıyan bireylerarası bir ilişki, bir olay ve bir olguya kamu düzeni tek taraflı kanunlar ihtilâfi kuralı olarak uygulanır.

Tek taraflı kanunlar ihtilâfi kuralı, gösterici nitelikte bir bağlama kuralıdır. Lex fori'nin uygulanmasını sağlamak için konur. Bunlara hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde rastlanır. Tek yönlü kurallar kamu düzeni düşüncesi ile belirli hukukî ilişkiler için lex fori'nin uygulanması veya lex fori'nin çizdiği asgarî koşulların tanınması amacını taşır. Bu kuralların oluşmasında taraf menfaati, düzen menfaati, işlem güvenliği gibi düşünceler hâkimdir. Tek taraflı kanunlar ihtilâfi kurallarında kamu düzeninin yabancı hukukun bertaraf edilmesi gibi bir işlevi yoktur. Başka bir deyimle kamu düzeni yetkili yabancı hukukun uygulanmasını engeller. Tek taraflı kanunlar ihtilâfi kuralı ise zaten ihtilâflı olaya doğrudan doğruya uygulanır. Yetkin yabancı hukuku engelleme niteliği yoktur. Tek taraflı kanunlar ihtilâfi kuralı varsa öncelikle bu kural uygulanır⁴⁰.

Örneğin, Fransız Medenî Kanununun 3. maddesinin son fıkrasında şu hüküm yer almıştır:

«Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers». Bunun anlamı şudur: «Kişilerin hal ve ehliyetine ilişkin kanunlar yabancı ülkede ikâmet eden fransızlara da uygulanır». İşte bu kural, fransızlar açısından tek taraflı gösterici kurala örnektir. Bir diğer örneği Alman hukukundan vermemiz mümkündür. Alman Medenî Kanununun giriş bölümünde (EGBGB m. 12) «Almanya dışında ika edilen bir haksız fiilden dolayı Alman'a karşı, Alman kanunlarının kabul ettiğinden daha geniş talepler ileri sürülemez»⁴¹.

Bu tek taraflı kanunlar ihtilâfi kuralının hukuk politikası bakımından özel bir kamu düzeni kaydı olduğunu belirtmek gerekir. Kendi hukukumuzdan örnek verecek olursak, MÖH-UK madde 8 son fıkrada: «Tüzel kişilerin ya da kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir» hükmü yer almıştır.

Bu kural işlem güvenliği esasına dayanır⁴². Bu kural uyarınca kendi millî hukukuna göre ehil olmayan bir yabancı, Türk hukukuna göre ehil olduğu takdirde Türkiye'de yaptığı muamele ile bağlı olur. Bu hüküm ile hukukî muamele ehliyeti konusundaki genel kuralla istisna olarak, kamu düzeni düşüncesinden kaynaklanan tek taraflı bir kuralla Türk hukukunun uygulanması kabul edilmiş olmaktadır.

a) Herşeyden önce bağlama kuralı ile kamu düzeni aynı şey değildir. Bunlar arasında fark vardır. Bu fark kendini şöyle gösterir:

⁴⁰ Çelikel, A.; age., sh. 170.

⁴¹ Nomer, E.; age., (Hususî Hukuk) sh. 194.

⁴² Çelikel, A.; age., sh. 170

Bağlama kuralı, ihtilâflı olayın vuku bulmasından itibaren dâva açılması tarihine kadar değişse bile, mahkeme dâvaya ihtilâf anında yürürlükte olan bağlama kuralını uygular, halbuki kamu düzeni dâvanın görülmesi anına göre tespit edilir⁴³. Örneğin, Fransa’da 1884’e kadar boşanma ve 1912’ye kadar babalık dâvalarının açılması yasak idi. Bu tarihlerden sonra açılan ve bu tarihlerden önceki olaylara ilişkin dâvalara Fransız mahkemeleri bakmışlardır.

b) Kamu düzeni bağlama kuralı gibi doğrudan doğruya ihtilâflı olaya uygulanırsa, yabancı unsurlu bireylerarası eşit menfaat ilişkilerinde milletlerarası karar ahenginin temini mümkün olmaz. Zira, zaten hâkimin takdir hakkını Öyle veya böyle kullanmasına müsait olan kamu düzeni, her ihtilâfta yetkili yabancı hukukun uygulanmasını engelleyecektir. Oysa, günümüzde milletlerarası karar ahenginin sağlanması, milletlerarası özel hukukun varlığını daha da sağlamlaştıracaktır.

Kamu düzeni, istisnâ olarak kullanılırsa önce yetkili yabancı hukuku bertaraf eder, yani olumsuz etkisini icra eder. Bunu müteakip olumlu etkisini göstererek *lex fori*’nin uygulanmasını sağlar. Bizim MÖH-UK’umuzun 5. maddesinde yer alan kamu düzeni «yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır» demek suretiyle kamu düzeninin bir kanunlar ihtilâfı kuralı olarak doğrudan doğruya uygulanmasını öngörmemiştir. Aksine esas olan yetkili yabancı hukukun uygulanmasıdır. Kamu düzeninin uygulanması ise istisnâ niteliktedir.

KAMU DÜZENİNİN ÖNCE OLUMSUZ SONRA OLUMLU ETKİSİ

Kamu düzeninin olumsuz etkisinde, yabancı kanun hükmünün tasvip edilip edilemeyeceği üzerinde durulmaz. Ancak, bu hükmün ülkede belirli bir olaya uygulanmasının meydana getirdiği somut sonuç veya sonuçların hoş görülüp görülemeyeceği inceleme konusu olur.

Örneğin, evli bir iranlı kendi millî hukuku müsaade etmesine rağmen Türkiye’de yine bir iranlı ile ikinci evliliğini yapamaz. Buna karşın, kendi ülkesinde dört kadınla geçerli evlilikler yapmış olan iranlının, bu evliliklerinden olma çocukları arasında, Türkiye’de miras sebebi ile bir ihtilâf çıktığında, İran miras hukuku, tüm çocuklar için Türkiye’de doğmuş olanlar için dahi, Türk mahkemesince uygulanır. Görülüyor ki, İran hukukunun çok evliliğe ilişkin hükümleri, Türkiye’de doğrudan doğruya uygulanamamakta, buna karşın, mirasa ilişkin hükümlerin meydana getirdiği sonuçlar bakımından tatbik edilmesinde mahzur görülmemektedir⁴⁴.

Kamu düzeninin menfî etkisi ortaya çıktığı zaman, meydana gelen boşluk doldurulurken *lex fori*’ye göre mi doldurmak gerekiyor, veyahutta *lex causa*’nın diğer hükümlerine göre mi bu boşluğu dolduracağız?

Kamu düzeninin olumsuz etkisi ortaya çıktığı zaman, meydana gelen boşluk, prensip olarak yine yabancı hukukun hükümleri ile doldurulmalıdır. Ancak, yabancı hukuka ait ilgili hükümler tümü ile bizim kamu düzenimizin müdahalesi dolayısı ile uygulama dışı kalıyorsa, o takdirde bizim kendi hukukumuzun uygulanması yoluna gidilir. Zaruret halinde ise genel hukuk prensiplerine başvurulur⁴⁵.

⁴³ Batiffol, H./Lagarde, P.; age. sh. 412.

⁴⁴ Nomer, E.; age., (Hususî Hukuk) sh. 184.

⁴⁵ İtalyan hukuku tanıma yok ise babalığın mahkemece tesbiti müessesesini (herkesçe malûm metres hayatı yaşama, kaçırma ırza geçme gibi çok sınırlı istisnâ durumlar haricinde) prensip olarak kabul

VII. TÜRK HUKUKUNDA KAMU DÜZENİNİN UYGULANMASI

MÖH-UK madde 5’de, kamu düzeninin uygulanması ile ilgili, özel bir hüküm mevcuttur. Bu hüküm aynen şöyledir:

«Yetkili yabancı hukukun, belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır».

MÖH-UK’nun 5. maddesinin içeriğini tahlil edersek şu hususları görürüz: Herşeyden önce, bireylerarası eşit menfaat ilişkilerinde yabancı unsur taşıyan bir olay veya olgu var olacaktır. Bu olaya uygulanmak istenen bir yabancı hukuk bulunacaktır Fakat o yabancı hukukun uygulanmasının Türk kamu düzenine aykırı olduğu görülerek, bu yabancı hukukun uygulanması bertaraf edilecektir. Bu takdirde kamu düzeni zaten menfi etkisini meydana getirmiş olmaktadır. Sonra, gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanacaktır. Demek ki Türk hukuku otomatik olarak uygulanmaz. Türk hukukunun uygulanması, hâkimin gerekli görmesine bırakılmaktadır. O halde, gerekli görülen hal deyimi burada kamu düzeninden değildir. Aksi takdirde Türk kanunu doğrudan doğruya uygulanırdı. MÖH-UK’nun 5. maddesinde kanun koyucunun sözünü ettiği gerekli görülen hal, çözüm boşluğu varsa, demektir. Çünkü, çözüm boşluğu varsa, başka bir kural ile bu çözüm boşluğu giderilemiyor, yani bu boşluk, yabancı hukukun kendi içinde kalınarak giderilemiyor. Bu takdirde, Türk hukuku uygulanarak çözüme ulaşıyor. Bu da gösteriyor ki Türk hukukunda kamu düzeni istisnaîdir. Burada hâkimin Türk hukukunu uygulaması sebepsiz değildir. Çünkü, hâkim kendi maddi hukuk anlayışı adına, yabancı hukukun ilgili hükmünü zaten bertaraf etmiştir. O halde, kendi hukuk anlayışını temsil eden kuralları da nihaî olarak uygulamak suretiyle olayı çözebilir. Burada hukuk mantığı açısından bir kopukluk da söz konusu olmaz.

MÖH-UK’nun 5. maddesinde düzenlenen kamu düzeni ile ilgili hükümden çıkarılan sonuçlar ise şöyledir:

etmemektedir. Bu bizim için bütünü ile tahammül edilmez bir düzenleme sayılabilir. Burada İtalyan hukukunun bu düzenlemesi tatbik edilirse, çocuğu bizim hukuk sistemimize nazaran çok daha kötü bir duruma sokan, İtalyan hukukunun evlilik dışı çocuk statüsüne bağlamış oluruz. Çünkü İtalyan hukukunda tanımada ve istisnaen kabul edilen babalığın mahkemece tesbitinde çocuk ancak isim ve tabiyet haklarına ilişkin sonuçlar elde edebilmektedir. Üstelik (Kegel’in dediği gibi), yabancı hukuk faydasız olarak derin şekilde tecavüze uğramış olacaktır. Bu itibarla, İtalyan hukukuna nisbetle çocuk için daha kötü bir durum meydana getirmediği sürece, İtalyan nesep hukuku yerine mahallî hukuku (lex for’i) tatbik etmek en doğru çözüm olur.

Alman doktrininde genellikle tasvip gören görüş Alman temyiz mahkemesinin bir kararına dayanır. Bu karar şöyledir:

İsviçre hukukuna göre, Alman hukukunda olduğu gibi alacak hakları zamanaşımına tâbidir. Ancak İsviçre hukukunda bazı alacak hakları istisnaen zamanaşımına uğramazlar. Alman hâkiminin zamanaşımına tâbi olmayan böyle bir alacak hakkında karar vermesi zorunlu olunca; Alman Temyiz Mahkemesi İsviçre hukukunun bazı alacakların zamanaşımına uğramazlığı hükmünün kamu düzeni sebebiyle uygulanamayacağına karar vermiştir. Ancak bunun üzerine Alman zamanaşımı hükmünün uygulanacağı sonucuna da varmamıştır. Alman Temyiz Mahkemesine göre, Alman hâkimi boşluğun İsviçre hukukundan hareketle doldurulup doldurulamayacağı, bu halde İsviçre hukukunun genel zamanaşımı süresinin uygulanıp uygulanamayacağını incelemelidir. Bunun sonucu zamanaşımına Alman hükümlerinin değil, aksine yabancı hukukun genel nitelikteki zamanaşımı hükümlerinin uygulanması gereği ortaya çıkar. Böylece, yabancı hukukun istisnaî mahiyetteki belirli alacakların zamanaşımına tâbi olmamaları hükmü yerine aynı hukukun genel zamanaşımı hükmü uygulanır. Bu kararla Alman Temyiz Mahkemesi İsviçre hukukunun genel zamanaşımı hükmünü, bu hükmün uygulama alanı dışında bırakılmış bir olaya da teşmil etmiş olmaktadır.

1) Bu hükümle, kamu düzeninin istisnâ niteliği olduğu kabul edilmiştir. Esas olan, ilgili yabancı hukukun uygulanmasıdır. Bu uygulamanın kamu düzenine aykırı olması hali nazara alınmıştır.

2) Yabancı kanunun Türk kamu düzenine aykırı olması halinde yabancı kanun uygulanamayacaktır. Örneğin, iki eşcinsel Türkiye’de evlenmek isteseler, millî kanunları cevaz verse dahi, bunların Türkiye’de evlenmelerine imkân yoktur. Burada, kamu düzeninin olumsuz etkisi vardır.

3) Gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır. Örneğin, usul-füru arasında nafaka yükümlülüğü tanımayan yabancı bir hukuk Türk kamu düzeninin engellemesi ile karşılaşır. Yani kamu düzeni önce olumsuz etkisini gösterir. Sonra da yabancı hukukta hüküm bulunmadığı için meydana gelen boşluk Türk hukukunun uygulanması ile doldurulur. İşte kamu düzeni burada olumlu etkisini göstermiş olur.

MÖH-UK’nun 16. maddesinde de nesebin düzeltilmesi hakkında getirilmiş olan uygulama, kamu düzeninin etkisini taşır. Bu maddeye göre:

«Nesebin düzeltilmesi babanın düzeltme anındaki millî hukukuna, nesebin bu hukuka göre düzeltilmemesi halinde, ananın millî hukukuna, buna göre dahi düzeltmenin mümkün olmaması halinde çocuğun millî hukukuna tâbidir».

Bu madde hükmünde kanun koyucu, nesebin düzeltilmesinin sağlanmasını amaç olarak ele almış ve bu amacı gerçekleştirecek çeşitli hukukların yetkisini kademeli olarak kabul etmiştir. Böyle bir uygulama kanunun kamu düzenini yakından ilgilendiren bir nitelik taşımasından doğmuştur. Devletler barış içinde yaşamak ve özellikle birbirleriyle ticarî ilişkilerde bulunmak zorundadırlar Bu ilişkilerin hakkaniyete uygun olarak yürütülmesi, menfaatlerin dengelenmesi yönünden önemlidir. Milletlerarası hukukta taraf menfaati, işlem menfaati, düzen menfaati gibi menfaatlerin milletlerarası karar ahengini, iç karar ahengini dengelemesi amaçlanır. Bu nedenle, özel hukuk alanına giren bireyler-arası eşit menfaat ilişkilerinde devletler, milletlerarası karar ahengi bakımından yabancı hukukun müdahalesini tanımak zorunda kalırlar. Ancak, gerek bu müdahale gerekse bu müdahaleyi kabullenme menfaatler içtihadına uygun olmalıdır.

MÖH-UK madde 5’de yer alan «gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır» ifadesi durum değerlendirmesi yapma bakımından isabetli tamamlayıcı bir hükümdür. Aksi takdirde yetkili olan yabancı hukukun kamu düzenine aykırı olması durumunda, yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilir. Burada, kamu düzeni olumsuz etkisini gösterir. Ama uygulanması bertaraf edilen yabancı hukukun yerine Türk hukuku uygulanırsa, kamu düzeninin olumlu etkisi söz konusu olur. Bu ikinci safhada ise Türk hukukunun uygulanması gerekmez. O takdirde, Türk hukukunun uygulanmaması menfaatler içtihadına daha uygun olabilir. Eğer gerekli görülürse uygulanır. Türk hukukunun yabancı unsurlu bireylerarası eşit menfaat ilişkisine uygulanıp uygulanmayacağı ise menfaatler içtihadına göre bir durum değerlendirmesi yapıldıktan sonra tespit edilir.

MÖH-UK madde 5’de yer alan «açıkça» deyimini, Türk maddî hukukuna aykırı olan her hükmün, kamu düzeni müdahalesine muhatap olmasını önleme sebebiyle konulmuştur. Yabancı hukukun aykırılığının «açıkça» olması, kamu düzeni ve vicdanında tahammül edilmez sonuçlar doğurması aranmıştır. Bu maddi hükmüne göre, yabancı hukukun kamu düzenine açıkça aykırılığı tespit edilirse, yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilir.

Burada, yabancı hukuku uygulayacak olan türk hâkiminin kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle olayda kullanacağı takdir hakkı, objektif ölçülerde sınırlanmaya çalışılmaktadır. Tümünden sınırlanmıştır diyemeyiz. Zira yine «açıkça» aykırılığın tesbiti konusunda gene hâkim takdir hakkını kullanacaktır.

VIII. SONUÇ

Milletlerarası yabancı unsur taşıyan bireylerarası ilişkilerde ihtilâf konusu olayı karara bağlamakla görevli olan hâkim, bu olayları karara bağlarken, sadece gösterici nitelikte kanunlar ihtilâfi kurallarını uygulamaz; aynı zamanda maddî hukuk kurallarını da uygular. Uygulanan bu maddî hukuk kurallarının iki çeşit olarak karşımıza çıktığını görüyoruz. Hâkim, gösterici hukuk kurallarının çizdiği sınırlar içinde, önce kendi iç hukukunu aslî hukuk kaynağı olarak uygular. Kendi iç hukukunda böyle bir aslî hukuk kaynağının bulunmaması halinde ise, yabancı hukuka müracaat ederek bu hukuku dolaylı kaynak olarak uygular. Böylece, çözüm bekleyen olay için somut bir hukuk yaratmak suretiyle dâvayı karara bağlar⁴⁶.

Milletlerarası özel hukukta aslî hukuk kaynaklarının uygulanması ile ilgili olarak, kamu düzeni, bu kaynakların yabancı unsur taşıyan belli bir ilişkiye uygulanıp uygulanmayacağını tespit eden tek yönlü, gösterici hukuk kurallarının oluşturulmasında rol oynamaktadır.

Bazı hallerde, yasama organı kamu düzenini koruma amacıyla, iç hukukun yabancı unsur taşıyan belirli bir ilişkiye (aslî hukuk kaynağı olarak) uygulanacağı öngörebilir. Doktrinde buna özel kamu düzeni kaydı (Clause de reserve speciale) adı verilmektedir. Bu kurallar yargı organlarınca da oluşturulmaktadır.

İç hukukun yabancı unsur taşıyan belirli bir ilişkiye uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ile karşılaşan hâkim, açık bir gösterici hukuk kuralının bulunmaması halinde, söz konusu maddî hukuk kaynağının yorumlama metoduna başvuracaktır. Bu yorumlamayı yaparken hâkim, söz konusu maddî hukuk kaynağının dayandığı siyasî düşünceleri, bu arada kamu düzeni düşüncelerini gözönünde bulundurur. Görülüyor ki, milletlerarası özel hukukun aslî kaynakları ile ilgili olarak kamu düzeni düşünceleri, bu kaynakların yabancı unsur taşıyan belirli bir grup olaya uygulanıp uygulanmayacağı tespit eden tek yönlü gösterici hukuk kurallarının, yasama ve yargı organları tarafından oluşturulması sırasında, gerekçe niteliği taşıyan bir rol oynamaktadır⁴⁷.

Diğer yandan, yabancı hukukun uygulanmasında kamu düzeni düşünceleri, söz konusu yabancı hukukun dolaylı kaynak olarak kullanılabilmesi için, hâkimin mensup olduğu hukuk biriminin aradığı asgarî şart olarak ortaya çıkmaktadır. Hâkim kullanılması kendi hukukunun kamu düzenine aykırı düşen yabancı hukuku uygulamamak durumundadır⁴⁸.

Görülüyor ki kamu düzeni, tâbi olduğu hukuk sisteminin kendi inançlarına aykırı yabancı hukuk hükümlerinin uygulanmasına karşı korunmasını temin etmektedir. Yabancı kanunu yetkili kılan bir ihtilâf kuralının uygulanması, ülkenin kamu düzenini sarsacaksa mahkeme bunun uygulanmasından çekinmekte haklıdır. Çünkü, her hukuk düzeni kendisini korumak zorunluğundadır. Bu durumda kamu düzeni, belli bir hukuk düzeninin bir başka

⁴⁶ Ökçün, G.; age., sh. 165.

⁴⁷ Ökçün, G.; age., sh. 166.

⁴⁸ Ökçün, G.; age., sh. 166.

hukuk düzeninin kendisi için tehlikeli olan hükümlerine karşı korunmasına yarayan bir vasıta⁴⁹.

Müktesep (kazanılmış) haklarla tanıma ve tenfizde kamu düzeninin etkisi ise daha farklıdır. Kamu düzeni, kazanılmış haklar üzerinde yalnız olumsuz etki yapar. Çünkü, kazanılmış haklar kamu düzeni nedeniyle kabul edilmiyorsa bertaraf edilir. Bu hak km yerine yenisi konulmaz. Örneğin, eğer kişisel statüde, Türkiye dışında kazanılmış haklar varsa bunlar Türkiye’de tanınır. Türkiye dışında yetkili kanuna göre kurulmuş olan hak Türk kamu düzenine aykırı da olsa tanınır. Kendi hukukuna göre çok kadınla evlenme hakkına sahip bir Suudi Arabistanlı erkek, Türkiye’de 2, 3 veya 4 kadınla evlilik yapamaz. Fakat daha önce kendi ülkesinde 4 kadınla evli olan Suudi Arabistanlı pekâlâ Türkiye’ye 4 karısını getirebilir. Türkiye’de bu evlilikler müktesep hak olarak tanınma durumundadır. Bu kadınlardan herbiri nafaka talebinde bulunursa. Türk hâkimi nafakaya da hükmeder. Çünkü çok kadınla evlilikler Türk hukuk sisteminin etki alanının dışında ve kişinin kendi yetkili hukukuna göre meydana gelmiştir. Eğer Türk hukukuna göre bu evlilikleri tanımazsak, milletlerarası özel hukukun işlevine ters düşen bir noktaya varmış oluruz. Çünkü, bu durumda kendi hukukuna göre muteber olan evliliğe dayanan kadın, Türkiye’de tek kadınla evlilik cari olduğu için 2, 3 ve 4. kadınlar kocasının metresi durumuna düşmüş olur.

Tenfizde de kamu düzeninin etkisi yumuşaktır. Çünkü, tenfiz de müktesep hakka dayanır. Türk hukuku din ayrılığı dolayısıyla boşanmayı kabul etmez. Böyle bir dâva Türk hâkimince reddedilir. Zira, böyle bir boşanma talebi, Türk kamu düzenine aykırıdır. Fakat aynı kişi, başka bir ülkede o ülkenin hukukuna göre din ayrılığına müsteniden boşanma karar almışsa, Türkiye’de bu karar tanınır.

Yukarıdaki açıklamalarımız gösteriyor ki, kamu düzeninin tanıma ve tenfizindeki etkisi ile kanunlar ihtilâfı alanındaki etkisi arasında fark vardır.

Kazanılmış hakların tanınmasında ve yabancı ilâmların tanınması veya tenfizinde kamu düzeni kaydı asgarî tanınabilme veya tenfiz edilebilme şartı olarak ortaya çıkmaktadır. Böylece kamu düzenine aykırı olan kazanılmış hak veya durum hâkim tarafından tanınmayacaktır. Aynı şekilde, kamu düzenine aykırı olan yabancı ilâmlar da yargı organları tarafından tanınmayacak veya tenfiz edilmeyecektir⁵⁰.

Kamu düzeni düşüncelerinin, zaman, yer ve konu bakımından değişebileceğini ve bu yüzden de kamu düzeninin muhtevasını önceden kesin bir şekilde tespit etmenin imkânsız olduğunu belirtmiştik. Kamu düzeninin bu şekilde değişken oluşu, bu kavramın her somut olay için ayrı ayrı tespit edilmesini gerektirmektedir⁵¹. Bunun tesbiti görevi ise hâkime düşer. Bu konuda hâkime verilen takdir hakkının Yargıtay’ın denetimine tâbi olduğu ise kuşkusuzdur

⁴⁹ Topçuoğlu, H.; age., sh. 247.

⁵⁰ Ökçün, G.; age., sh. 167.

⁵¹ Ökçün, G.; age., sh. 167.